



مجلة جامعة الملك سعود (دورية علمية محكمة)

المجلد الثاني والثلاثون الحقوق والعلوم السياسية (٢)

(٢٠٢٠م)

يوليو

(١٤٤١هـ)

ذو القعدة

هيئة التحرير

رئيس التحرير

- أ. د. أحمد بن سالم العامري
- أ. د. صالح بن زياد الغامدي
- أ. د. خالد بن عبدالله الرشيد
- أ. د. إبراهيم بن محمد الشهبان
- أ. د. أنيس بن حمزة فقيها
- أ. د. خالد بن حمد القدير
- أ. د. علي بن عبدالله الصياح
- أ. د. علي بن سالم باهمام
- أ. د. محمد بن عبدالله الثنيان
- أ. د. عبدالله بن جمعان الغامدي
- د. فهد بن سليمان الشايع
- د. فيصل بن محمد القحطاني
- د. منصور بن محمد السليمان

أعضاء هيئة التحرير الفرعية

- | | |
|--------|--------------------------------|
| رئيساً | أ. د. عبدالله جمعان الغامدي |
| عضواً | أ. د. الشهابي إبراهيم الشرقاوي |
| عضواً | أ. د. عبدالستار عبدالحميد سلمي |
| عضواً | أ. د. الدين الجيلالي بوزيد |
| عضواً | د. جمال عبدالرزاق العجروود |

© ٢٠٢٠م (١٤٤١هـ) 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

كفاية الدلائل المبررة لإجراء التفتيش	
أشرف محمد عبدالقادر سمحان	١٤١
أحكام إخضاع السعودي ومن في حكمه لضريبة الدخل: دراسة تأصيلية تطبيقية	
منصور بن عبدالرحمن الحيدري	١٩٥
التدابير الاحترازية ضد عروض الاستحواذ الهجومية: دراسة مقارنة	
عذبي عيد العنزي	٢٠٩
مظاهر السلطة التقديرية للنيابة العامة في الدعوى الجزائية وفق نظام الإجراءات الجزائية السعودي	
يونس بن أحمد المشيقح	٢٤٥

كفاية الدلائل المبررة لإجراء التفتيش

أشرف محمد عبدالقادر سمحان
أستاذ القانون الجنائي المساعد بكلية الشريعة والقانون،
جامعة الجوف، المملكة العربية السعودية

(قدم للنشر في ٢٢/٥/١٤٣٩هـ، وقبل للنشر في ٢٦/٢/١٤٤٠هـ)

ملخص البحث. اشترطت أغلب التشريعات المقارنة لصحة التفتيش توافر الدلائل الكافية على الاتهام، وعلى وجود أشياء تفيد التحقيق مع شخص ما أو في مكان معين. وفي هذه الدراسة، نجد أن هنالك مستويين اثنين لكفاية الدلائل المبررة للتفتيش: مستوى يتمثل في قيام الدلائل الكافية لاتهام أحد الأشخاص (سواء المراد تفتيشه أو مسكنه أو غيره) بارتكاب جريمة معينة - هي محل التحقيق - إليه، وهذه ما يمكن تسميتها بكفاية الدلائل لثبوت سبب التفتيش. ومستوى ثانٍ، يتمثل في قيام الدلائل الكافية للقول بوجود أشياء ومتعلقات ترتبط بالجريمة محل الاتهام وتفيد في التحقيق بها، وهذه ما يمكن تسميتها بكفاية الدلائل لثبوت غاية التفتيش، وهما مستويان متمايزان لكل منهما ذاتيته المستقلة التي تميزه.

كذلك نجد في هذه الدراسة أن كفاية الدلائل المطلوبة للتفتيش، تمتاز بخصوصية تبرز في علاقة التفتيش بالقبض؛ فلما كان التفتيش إجراء أقل خطورة وجسامة على حرية الأفراد من القبض، فقد كانت القاعدة المقررة فقهاً أنه في الأحوال التي يجوز فيها القبض يجوز فيها التفتيش، وهو ما يثبت خصيصاً أساسية وجوهرية في الإجراءات الجزائية، تتمثل في نسبة الإجراء، والتي تقرر أنه - وكلما كان الإجراء أكثر خطورة (سواء على المركز الإجرائي للمتهم أو بالعموم على حقوقه وحياته)، زادت الشكلية المطلوبة لاتخاذها وزادت ضماناته بوجه عام، الموضوعية منها والشكلية، والتي من بينها توافر الكفاية المطلوبة بدلائل الاتهام لتبرير اتخاذ الإجراء الجزائي المعني. إلا أننا سنجد أن القاعدة التي تقرر أن الدلائل التي تعتبر كافية للقبض تعتبر كافية حكماً وبشكل آلي للتفتيش، محصورة فقط في نطاق تفتيش الأشخاص، دون تفتيش المساكن، حيث سنؤصل في هذا البحث لمثل هذه الممايزة بين نوعي التفتيش.

وأخيراً، نجد أنه في حال ما إذا بني التفتيش على إجراء تحقيقي سابق عليه، فلا تشترط به الجدية لتقرير صحته، باعتبار أن الإجراء التحقيقي يتمتع بقرينة الجدية نظراً لصفة النزاهة والحياد التي تتمتع بها سلطة التحقيق، إلا أن مثل هذه القرينة بسيطة لا مطلقة، إذ يجوز إثبات خلافها من جهة الدفاع، وصولاً إلى إبطال التفتيش إذا ثبتت عدم جدية التحقيقات. أما التحريات التي تجريها سلطات الضبط الجنائي، فلا بد للنيابة العامة أن تثبت جديتها أمام المحكمة لإثبات صحة التفتيش؛ باعتبار ألا افتراض فيها كما هو الحال في جدية التحقيقات، لعدم توافر أساس افتراضها، والقرينة على وجودها، والمستمدة من نزاهة وحياد الجهة التي تجريها.

الكلمات المفتاحية: التفتيش، كفاية الدلائل، تفتيش المساكن، جدية التحريات.

THE SUFFICIENT EVIDENCES FOR INSPECTION

Ashraf Mohammed Abdel-Qader Samhan

*Assistant Professor in Criminal Law, Faculty of Sharia and Law
Al-Jouf University, Kingdom of Saudi Arabia*

(Received 22/05/1439 H., Accepted for Publication 26/02/1440 H.)

Abstract. Most comparative laws conditioned the legitimacy of the inspection by the sufficient evidences of the accused and by the existence of useful thing concerning the inspection with someone or specific place.

This study comes out of the following: There are two levels for the sufficient evidence to approve the inspection: one level is concerning the sufficient evidences to accused someone (who is going to be inspected or his dwelling) by the crime of the case, and this is what is called the sufficient evidences to approve the reasons of inspection. The second level is the sufficient evidence to say that there are things concerning the crime of the case and it is useful for the inspection, and this is what is called the sufficient evidences for the purpose of inspection. And these are different levels each one has its own characters.

The study also found out that the sufficient evidence for inspection has its own privacy which is (the relationship between the inspection and the arrest). Since the inspection is less in danger on humans freedom than arresting. Thus the rule that approves the arresting approves the inspection, and this approves a basic thing in criminal procedure which is the relativity of the procedure. Once it is more touching the accused procedural status or his freedom, the more it should be a formal procedure and there should be more guarantee for him formally and objectively (one of which is the sufficient evidence for the meant procedure). But we found that the rule that decided the sufficient evidence for arresting is enough for inspection is only confined on the inspection of the person himself without his dwelling, and hence we are going to differentiate between the two types of inspections.

Finally we found out that if the inspection is built on a previous investigation procedure, it is not conditioned by its seriousness to approve its correctness, because of the impartiality of the investigation body, but this is simple and not absolute presumption because the defense can approve the opposite of that to cancel the inspection (if it is approved that the investigation is not serious) but the public prosecution should approve to the court the seriousness of the investigation done by the criminal control authority to approve the correctness of the inspection. Considering its seriousness in investigation because of their unavailability and the evidence of its existence which is derived from the integrity and the impartiality of the entity that conducting it which is the power to investigate as a judicial authority.

Keywords: Inspection, Sufficient evidences, Dwelling inspection, Seriousness of investigations.

أهمية البحث

(أهمية تحديد ضوابط للدلائل الكافية للإجراء الجزائي)
ربط قانون الإجراءات الجزائية - في كثير من مفاصله، اتخاذ العديد من الإجراءات، وقيد سلطة الجهات ذات الاختصاص (سواء سلطات استدلال أو تحقيق أو حكم)، في اتخاذه بتوافر مثل هذه الكفاية في الدلائل.

ولما كان مفهوم "كفاية الدلائل" مفهوماً غير منضبط، فإنه يتيح المجال لممارسة الجهات المختصة سلطاتها بموجب قانون الإجراءات الجزائية بشكل تحكيمي، الأمر الذي يدعو إلى تعسف السلطة، حتى لقد ذهب البعض إلى وصف مفهوم "الدلائل الكافية" بأنه مفهوم غير محدد، الأمر الذي يجعله قاصراً عن تحقيق الغاية منها (الجعافرة، ٢٠٠٤م، ص ١١٧). كما ونجد أيضاً، من وصف مفهوم الدلائل الكافية بأنه "فكرة مرنة تستعصي على التحديد المجرد مقدماً، فهي أمر نسبي يختلف باختلاف الجرائم، كما يختلف باختلاف الزمان والمكان" (فاروق، ٢٠١٢م، ص ٢٠٤).

ولما كانت روح القانون واعتبارات العدالة، تتأبى على كل ما هو تحكيمي وغير منضبط؛ كان لزاماً البحث في مدى إمكانية وضع معايير موضوعية، تضبط قدر الإمكان مثل هذه السلطة التقديرية، بوزن مدى كفاية الدلائل لاتخاذ الإجراء المعني.

مما سبق، يهدف هذا البحث إلى محاولة وضع معايير وضوابط موضوعية، للحد من السلطة التحكيمية لرجال الضبط - ومن ورائهم جهات التحقيق، في تقدير توافر الدلائل الكافية لاتخاذ الإجراء الجزائي، ضماناً للحقوق والحريات.

مشكلة البحث وعناصرها

(تساؤلات البحث)

١ - هل تكفي الدلائل المطلوبة للاتهام للإيفاء بالكفاية المطلوبة للتفتيش؟ أم أنها تشترط كفاية أعلى من مجرد الاتهام؟ وهل هذه الكفاية متمايزة عن كفاية الدلائل على الاتهام كماً أو نوعاً؟

٢ - هل كفاية الدلائل المطلوبة للتفتيش تقع على الدرجة ذاتها

- بين تفتيش المتهم وتفتيش غيره؟ أم أنها تختلف بينهما؟ وهل مجرد الاتهام كافٍ كقرينة للقول بتوافر الدلائل الكافية للتفتيش أم أن ذلك مجرد قرينة بسيطة لا مطلقة؟ أي هل يجوز للمتهم إبطال التفتيش بإثبات أن النيابة كانت تعلم بعدم وجود أدلة تفيد التحقيق بمنزل المتهم، ورغم ذلك عمدت إلى تفتيشه تعسفياً.

٣ - ما دور قاعدة تخصيص التفتيش بجريمة معينة وبأدلتها المادية المعينة، في ضمان توافر الدلائل الكافية لجواز التفتيش؟

٤ - هل يمكن الوصول إلى درجة الكفاية المطلوبة في الدلائل اللازمة للتفتيش من خلال علاقة التفتيش بالقبض، تبعاً للقاعدة التي تقرر أنه في الأحوال التي يجوز فيها القبض يجوز فيها التفتيش، باعتبار أن التفتيش إجراء أقل خطورة وجسامة على حرية الأفراد من القبض، وما علاقة ذلك بالخصيصة الأساسية والجوهرية في الإجراءات الجزائية والمتمثلة في نسبية الإجراء.

٥ - هل القاعدة التي تقرر أن الدلائل التي تعتبر كافية للقبض تعتبر كافية حكماً - وبشكل آلي - للتفتيش، تشمل جميع أنواع التفتيش؟ أم هي محصورة فقط في نطاق تفتيش الأشخاص دون تفتيش المساكن؟ باعتبار أن تفتيش المساكن إجراء قد يحمل في ذاته مساساً بحرمة الحياة الخاصة، قد يتجاوز حتى القبض جسامة وخطورة؟

٦ - هل تشترط جدية التحريات في جميع أحوال التفتيش لصحة أو مشروعية الدلائل التي يقام عليها إجراء التفتيش؟ أم أنها تختلف تبعاً لما إذا سبقت التفتيش إجراءات تحقيقية أم مجرد استدلالات؟ خاصة إذا علمنا أن الإجراء التحقيقي يتمتع بقرينة الجدية، نظراً لصفتي النزاهة والحياد اللتين تتمتع بهما سلطة التحقيق، بدرجة تجعلها تنزهه عن إقامة الدليل على الجدية، وهل مثل هذه القرينة بسيطة أم مطلقة؟

٧- هل يطل التفتيش بالجملة، في حال انتفت الدلائل المثبتة لعنصر وجود فائدة من التفتيش، أم أنه يتحول إلى مجرد تفتيش وقائي لا تحقيقي؟

خطة البحث

لتحديد مفهوم شرط كفاية الدلائل المتطلبة لصحة التفتيش، يبدأ البحث بتحديد العلاقة بين كفاية الدلائل للاتهام وكفايتها للتفتيش (المبحث الأول)، لينتقل بعدها لدراسة ارتباط الدلائل الكافية للتفتيش بالغاية المرجوة منه (المبحث الثاني)، وأخيراً مشتملات الكفاية المادية والقانونية بالدلائل المبررة للتفتيش (المبحث الثالث).

المبحث الأول:

العلاقة بين كفاية الدلائل للاتهام وكفايتها للتفتيش

وفي هذا المبحث، نبدأ بتحديد كفاية الدلائل للاتهام كحد أدنى لكفايتها للتفتيش (المطلب الأول) لينتقل بعدها للبحث في مدى كفاية دلائل الاتهام للإيفاء بالكفاية المتطلبة للتفتيش (المطلب الثاني).

المطلب الأول: كفاية الدلائل للاتهام كحد أدنى لكفايتها للتفتيش

وفي هذا المطلب، يبدأ الباحث بتعريف الاتهام وتحديد الدلائل الكافية له (الفرع الأول) لينتقل بعدها للبحث في ضرورة توافر الدلائل الكافية للاتهام كشرط لكفايتها للتفتيش (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الاتهام وتحديد الدلائل الكافية له

لتحديد مفهوم الدلائل الكافية للاتهام، لابد ابتداءً من تحديد مفهوم الدلائل وارتباط كفايتها بجسامة الإجراء المراد تأسيسه عليها (البند الأول) لينتقل الباحث بعدها لدراسة مفهوم الاتهام والفرقة بينه وبين الاشتباه (البند الثاني).

البند الأول: مفهوم الدلائل وارتباط كفايتها بجسامة الإجراء المراد تأسيسه عليها

وفي هذا البند، يبدأ الباحث بدراسة مفهوم الدلائل وكفايتها بوجه عام (أولاً) لينتقل بعدها للبحث في تدرج كفاية الدلائل بجسامة الإجراء المراد ترتيبه عليها (ثانياً).

أولاً: مفهوم الدلائل وكفايتها بوجه عام

يعرف البعض الدلائل بما يبرز بعض شروط صحتها فيقرر أنها "وقائع محددة ظاهرة وملموسة، يُستنتج منها أن شخصاً معيناً هو مرتكب الجريمة، وبالتالي فهي تُستمد من وقائع معينة ومظاهر مادية ملموسة، تؤيد نسبة الجريمة لشخص معين" (عاصي، ١٩٩٨م، ص ص ١٣٩-١٤٠). كما وتعرف بأنها "وصف يشير إلى الشبهات أو العلامات الخارجية، التي تظهر على الشخص، تحمل قرائن تدل على ارتباط المتهم بالتهمة" (الدرعان، ٢٠١٣م، ص ٦٥٦).

والواقع أن الدلائل أو الاستدلالات هي كالقرائن؛ استنتاج واقعة مجهولة من واقعة معلومة، إلا أن مثل هذا الاستنتاج لا يكون بالضرورة على سبيل الجزم واليقين، ما يجعلها أقل قوة من الأدلة (الكاملة)، وغير صالحة وحدها للإدانة بالتالي. ومن أمثلة الدلائل: الشبهات المستمدة من واقع الجريمة، والظروف المحيطة بها؛ كسوابق المشتبه به، وضبطه في مسرح الجريمة، وهربه من مكان وقوعها، إضافة إلى وجود المصلحة من ارتكاب الجريمة، أو العداوة السابقة، التي قد تكون دافعاً لارتكابها (الجوخدار، ٢٠١١م، ص ٢١٨).

وعليه، يعرف البعض الآخر الدلائل بما يميز بينها وبين الأدلة الكاملة في الإثبات، فيقول بأنها "العلامات المستفادة من ظاهر الحال، دون ضرورة التعمق في تمحيصها، وتقليب وجوه الرأي فيها، وهي لا ترقى إلى مرتبة الأدلة، ووضعها يكون من استنتاجها من وقائع لا تؤدي إلى ثبوت التهمة بالضرورة، ولا بحكم اللزوم العقلي الجازم" (عبيد، ١٩٨٥م، ص ٣٣٦).

استخلاصه لهذه النتيجة قائماً على الجزم واليقين، بعيداً عن أي شك واحتمال. ويجب - عند الأخذ بالقرينة أيضاً، أن يتم ذلك بحذر وحيلة، مع بيان الأسلوب المنطقي الذي توصلت إليه المحكمة في اعتمادها القرينة، لأنها وإن كانت تصلح لأن تكون دليلاً، إلا أنها تعتبر من أقل البيّنات مرتبة^(١).

أما عن مفهوم كفاية الدلائل أو الدلائل الكافية، فقد عرف الفقه الفرنسي ما أساها بالدلائل الخطيرة المشترطة للاتهام، وبالتالي للقبض والتفتيش، بأنها "أمارات تنطوي على احتمال الإدانة أقل قوة من ذلك الذي تتضمنه الإدانة"، كما وعرفها بأنها "أمارات معينة تستند إلى العقل وتبدو من ظروف أو وقائع يستنتج منها الفعل، توحى للوهلة الأولى بأن جريمة ما قد وقعت، وأن شخصاً معيناً هو مرتكبها"، وفي جميع الأحوال فإن "الدلائل الخطيرة لا يكفي في تقديرها المنطق بل لابد في شأنها من الخبرة والتعقل" (فاروق، ٢٠١٢م، ص ٥٦٣).

وفي الفقه العربي، تعرّف الدلائل الكافية بأنها "توافر الشبهات على احتمال ارتكاب المتهم للجريمة" (شمس الدين، ٢٠١٢م، ص ١٧٠)، كما وتعرف بأنها "قيام شبهات مستندة إلى ظروف الواقعة تثير الاعتقاد بارتكاب الجريمة، وقد تتخذ صورة قول أو فعل أو مجرد تعبير على وجه المتهم، ولا يشترط فيها أن ترقى إلى مرتبة الأدلة" (الفقي، بدون سنة، ص ٩٤٤)، فالدلائل الكافية هي "الشبهات المستندة من الواقع والظروف المحيطة بالواقعة محل الاتهام" (سلامة، ١٩٧٩م، ص ٤٢١)، أي تلك التي يكون لها ما يؤيدها من وقائع الدعوى، لا تلك التي لا تعدو أن تكون محض مجرد خيال الرجل القائم بالإجراء. إلا أن الأمر لا يقتصر على هذا النحو - الذي يشكل الحد الأدنى من درجات الكفاية، ألا وهي واقعية الشبهة أو الاتهام، بمعنى أن يكون لها أساس من الواقع قائم وصحيح.

وقد اختلفت القوانين المقارنة في تعبيرها عن كفاية الدلائل، ففي المادة (٣/٦٢) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي نجده يطلق عليها اصطلاح "الدلائل الخطيرة"، في حين نجد المادة (٢٤) من القانون الإنجليزي الصادر سنة

وفي هذا المقام، نجد أن قانون الإجراءات الجنائية السوداني رقم (٦٥) لسنة ١٩٩١م بصيغتها المعدلة وفقاً للقانون المعدل رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٩م بين الشبهة المبررة للاستيقاف، والتهمة المبررة لإجراءات التحقيق وأوامره، ومن بينها التوقيف؛ فالشبهة هي الدلائل التي تثير الظن بارتكاب الجريمة لكن دون أن تكون من القوة بما يكفي للاتهام، وبالتالي فقد عرفت المادة (٥) من ذلك القانون التهمة بأنها: [يقصد بها الادعاء بارتكاب جريمة وتشمل أيّاً من فروع التهمة المركبة]. في مقابل ذلك، عرفت ذات المادة من ذات القانون الشبهة بأنها: [يقصد بها الظن بارتكاب جريمة قبل توجيه التهمة].

والدلائل في رأينا نوعان:

١- دلائل بأصلها، وهي ما تكون دلائل بحكم ماهيتها وطبيعتها، وهذه وسائل إثبات غير مباشرة، وهي بطبيعة الحال القرائن، لكنّ دلالتها تكون غير قطعية الثبوت، وهذا ما يميزها بطبيعة الحال عن القرائن التي تعد بمفهومها هذا دليلاً كاملاً.

٢- دلائل بوصفها، وهي ما تكون وسائل إثبات مباشرة، أي تصلح كأصل عام كأدلة كاملة الحجية في الإثبات، إلا إن حال دون ذلك وجعلها دلائل لا أدلة هو وصفها المتمثل في جمعها من قبل سلطة الاستدلال أو في مرحلة الاستدلال، ما يحول - بوصفها هذا - دون اعتبارها أدلة قانونية كاملة، باعتبار الظروف التي رافقت ضبطها والحصول عليها ووقت ذلك من ناحية، والسلطة التي تولّت ضبطها وجمعها من ناحية أخرى.

وتدليلاً على رأينا، نسوق ما أوضحته محكمة التمييز الأردنية للعلاقة بين الدلائل أو الاستدلالات، وبين القرائن كأدلة كاملة، بقولها أن "القرائن القضائية تعتبر دليلاً غير مباشر، يستخلصها القاضي من واقعة معلومة، لإثبات الواقعة التي يريد إثباتها، ويجب أن يكون هذا الاستخلاص متفقاً مع المنطق ووقائع الدعوى. وبغير ذلك، تعتبر دلائل وأمارات، لا ترقى إلى مرتبة الدليل المقصود في أصول المحاكمات الجزائية. (٢) على القاضي - حين يستمد قناعته بالقرينة، أن يستظهر العلاقة المنطقية بين الواقعة التي استثبتها واستمد منها هذه القرينة، وبين الواقعة المطلوب إثباتها في إدانة المميز، وأن يكون

(١) قرار محكمة التمييز الأردنية (جزائية) رقم ١٩٩٢/١٤٣ تاريخ ١٩٩٢/٧/٨ منشورات مركز عدالة.

١٩٨٦م - والخاص بتنظيم العلاقة بين المشتبه فيهم والشرطة - تطلق عليها وصف "السبب المعقول". كما وتسمى كذلك بالأسس المعقولة وفقاً للقانون الأمريكي، والذي يميز للشرطة القبض بغير إذن في حال وُجدت أسس معقولة لانتهاكهم (فاروق، ٢٠١٢م، ص ٥٦٠). أما أغلب القوانين العربية كما سيمر معنا فيطلق عليها مسمى "الدلائل الكافية".

ويضع جانب من الفقه للدلائل الكافية ضرورة توافر عناصر ثلاثة هي (الدرعان، ٢٠١٣م، ص ٦٠٤):

١ - أن تكون جدية.

٢ - أن تكون كافية (في دلالتها).

٣ - أن تكون مؤدية عقلاً إلى النتيجة التي استخلصت منها.

وكفاية الدلائل هي التي تبرر الخروج على قرينة البراءة التي تلازم الإنسان مشتبهاً به أو متهماً، طيلة مراحل الدعوى الجزائية، فقرينة البراءة - بوصفها هذا - هي الأساس القانوني لاشتراط توافر دلائل كافية للاتهام، ولاتخاذ الإجراءات التحقيقية بناء عليه، وهي التي أطلقنا عليها بهذا البحث وصف "البراءة الإجرائية"؛ باعتبار ارتباطها بشروط اتخاذ الإجراءات الجزائية كافة، بدءاً من الاستيقاف الذي يعد إجراءً ضبطياً أساساً - في منشئه ومبدأ وجوده، وانتهاءً بالحكم النهائي الفاصل في الدعوى الجزائية.

ومن المعلوم أن توافر الدلائل الكافية، شرط لكل إجراء يمس بحرية الشخص، أو حرمة أو حرمة مسكنه، وهو وحده الذي يبرر هذا المساس، وإلا كان الإجراء تعسفياً وباطلاً بالتالي (عبيد، ١٩٨٥م، ص ٣٣٨).

والعبرة في تقدير توافر الدلائل الكافية هي بوقت اتخاذ الإجراء، فلا يصح الادعاء بتوافر دلائل كافية على الاتهام في وقت سابق أو مرحلة سابقة لتبرير اتخاذ الإجراء التحقيقي، إذا لم تبق تلك الكفاية قائمة، فإذا ما انتفت بأن بطل الأساس الذي تقررت تلك الكفاية بناء عليه مثلاً، فلا يصح الإصرار على الاتهام بناء عليها، وإلا كان ذلك تعسفاً من لدن سلطة الاتهام، يُبطل الإجراءات التحقيقية المتخذة بناء عليه.

واشتراط "كفاية الدلائل" ليس للغاية ذاتها في جميع حالات ومراحل الدعوى الجزائية، إذ إنها في مجملها مشروطة

لمصلحة الفرد وحرية، باستثناء درجة واحدة فقط من درجات الكفاية، وهي كفاية الأدلة لإحالة القضية التحقيقية للمحكمة - أي لنقلها إلى طور المحاكمة؛ فمثل هذه الكفاية مقررّة لمصلحة المجتمع والعدالة، ذلك أن إحالة قضية تحقيقية ما للمحكمة بأدلة ضعيفة، يؤدي في الغالب الأعم إلى إعلان براءة المتهم بها، وهو ما يُفوّت على المجتمع حقه في العقاب، من خلال إفلات المتهم من الإدانة بسبب عدم كفاية الأدلة.

وللدلائل الكافية دور مهم في مرحلة التحقيق الابتدائي، فمن ناحية تبتدئ مرحلة التحقيق بالاتهام وتستلزم لبدئها بالتالي وجود دلائل كافية للاتهام، فالدلائل الكافية هذه هي التي تحرك الدعوى الجزائية ابتداءً. ومن ناحية أخرى، فإن مرحلة التحقيق تتميز بثلاث وظائف أو مهام رئيسية هي (سلامة، ١٩٧٩م، ص ٦٢):

١ - التحقق من وقوع الجريمة، واكتمال أركانها القانونية.

٢ - التحقق من توافر الدلائل الكافية على نسبتها للمتهم بارتكابها.

٣ - التحقق من اختصاص القضاء العادي بها.

وإذا كانت الدلائل الكافية للاتهام تشترك مع "الاعتقاد بارتكاب جريمة" من حيث عدم جواز نشوء الاعتقاد من فراغ أو على مجرد أحاسيس أو أوهام لا أساس لها من الواقع، ومن وجوب أن يكون الاعتقاد سابقاً على اتخاذ الإجراء في كليهما، والمتمثل في حالة الاعتقاد بدخول المنزل وفي حالة الاتهام اتخاذ الإجراء التحقيقي بناء عليه، حتى لقد ذهب البعض إلى تطبيق معيار الدلائل الكافية للقبض على حالة دخول المنازل بغير مذكرة (الجوخدار، ٢٠١٢م، ص ٢٥٧). نقول، إذا كان ذلك كذلك، فإن الدلائل الكافية للاتهام تختلف عن الاعتقاد بأن جريمة ترتكب بدخل منزل لدخوله بغير إذن، وهو ما يفسر عدم تحريك الدعوى الجزائية بمجرد الاعتقاد المذكور، وعدم عده أصلاً من أعمال التحقيق الأصلية ولا الاستثنائية (كما بحالة التلبس التي لا تقوم بمجرد الاعتقاد المذكور)، ويمكننا هنا عرض الفروق التالية بين كلٍّ منهما:

١ - من حيث التكوين: الدلائل الكافية للاتهام هي تلك التي تتضمن عنصرين اثنين: ارتكاب جريمة ونسبتها إلى

الدليل الكامل؛ فالأخيرة هي التي تحسم الدعوى الجزائية بناء عليها بالحكم الصادر في نهايتها، أما الأولى فلا تعدو وظيفتها أن تكون مجرد الإذن أو السماح للسلطات المعنية، باتخاذ الإجراء الجزائي (أحمد، ٢٠١١م، ص ٢٤٧)، سواء أكان الإجراء المعني - محل البحث - من إجراءات التحقيق أو الاستدلال، بحسب الأحوال. ولهذا كان يتوجب أن تكون درجة الكفاية لغايات الحكم في الدعوى الجزائية، أكبر وأعلى من تلك المطلوبة لمجرد اتخاذ إجراء فيها. ومثل هذا التدرج في كفاية الدلائل، يتفاوت بين جميع مفاصل الدعوى الجزائية، ويرتبط في تدرجه بمدى خطورة أو جسامة الإجراء المراد اتخاذه بناء عليها.

والواقع أن سوية الكفاية بدلائل الاتهام تختلف من إجراء لآخر تبعاً لشدته، وبالتالي تبعاً لدرجة كفاية الدلائل المطلوبة به، وهذا ما نسعى لإثبات فرضيته في هذا البحث؛ فإذا كان اتجاه من الفقه ذهب إلى تعريف الدلائل الكافية بأنها "تلك التي إذا ما حُققَت ومُحصَّت كانت كافية بذاتها لإدانة المتهم"، باعتبار أن "من غير المجدي اتخاذ إجراء تحفظي خطير قبل المتهم كالمقبض عليه للمحافظة على دلائل، مهما حُققَت ومُحصَّت، فإنها لا تكفي بذاتها لإدانتته"، إلا أن هذا الاتجاه تعرض للنقد باعتباره يخلط ما بين مفهومي "الدلائل" و"الأدلة"؛ فالدلائل أقل مرتبة ودرجة من الأدلة، ولا ترقى إليها، فهي مجرد "مظاهر خارجية" لا تعني بالضرورة "حتمية وجود دليل إثبات في حق المتهم"، سيما وأن تمحيص الأدلة، يكون في مرحلة لاحقة هي مرحلة المحاكمة (سرور، ٢٠١٦م، ص ٥١٧. وانظر كذلك: فاروق، ٢٠١٢م، ص ص ٥٦٨-٥٦٩).

ولهذا لا نتفق مع ما يذهب إليه جانب من الفقه، من أن جميع الاصطلاحات الواردة حول الدلائل الكافية، تتساوى في مدلولها القانوني، كالاقتناء والدلائل والأمارات القوية (الجوخدار، ٢٠١١م، ص ١٣٤)؛ فدرجة كفاية الدلائل المطلوبة لاتخاذ الإجراء تتفاوت وتندرج تبعاً لخطورة هذا الإجراء، وما ذلك إلا تطبيقاً لما يمكن تسميته بقاعدة نسبية الإجراء، والتي تقرر أنه كلما زادت خطورة الإجراء (خصوصاً على الحقوق والحريات) زادت الشكلية المطلوبة لاتخاذها، وزادت ضماناته بوجه عام - الموضوعية منها والشكلية.

المتهم بها، أما الاعتقاد بارتكاب جريمة بداخل منزل فيكتفى به بالعنصر الأول فقط دون ضرورة نسبتها إلى شخص معين.

٢- من حيث الغاية: الدلائل الكافية على الاتهام تدخل في أعمال التحقيق التي تستهدف إثبات وقوع الجريمة، وتحريك الدعوى الجزائية بشأنها، والقيام بإجراءات التحقيق بشأنها؛ أما الاعتقاد بارتكاب جريمة فلا يستهدف إثباتها، وإنما منع وقوعها كما أشارت إليه النصوص النازمة لهذه الحالة من قولها [إذا اعتقد بأن جريمة ترتكب...]. إضافة إلى أنها لا تقرأ كحالة منفردة قائمة بذاتها، وإنما كحالة مضافة إلى استنجد صاحب البيت أو المسكن.

٣- من حيث الجهة المخاطبة بكل منها (النطاق الوظيفي): الدلائل الكافية على الاتهام يجمعها رجال الضبط الجنائي وتقدر سلطة التحقيق كأصل عام مدى كفايتها، أما الاعتقاد بارتكاب جريمة فيخاطب به رجال الضبط الإداري، لأنهم هم المكلفون بمنع وقوع الجرائم كما سبقت الإشارة إليه.

٤- ويمكننا بالإضافة إلى كل ما سبق، أن نذكر فرقاً رابعاً، يتمثل في أن التعرض أو القبض المادي، إنما سمي كذلك كي يتميز عن القبض القانوني؛ فالأول لا أثر قانوني له - فلا يبرر التفتيش مثلاً، وإنما يتخذ أساسه من الضرورة الإجرائية، التي تنتهي باستيفاء غايتها، المتمثلة في تسليم الجاني لأقرب مأمور من مأموري الضبط الجنائي.

ثانياً: تدرج كفاية الدلائل وفقاً لجسامة الإجراء المراد ترتيبيه عليها

ربط قانون الإجراءات الجزائية - في كثير من مفاصله، اتخاذ العديد من الإجراءات، وقيد سلطة الجهات ذات الاختصاص (سواء أكانت سلطات استدلال أو تحقيق أو حكم)، في اتخاذه بتوافر الكفاية في دلائل الاتهام.

إلا أن هذه الكفاية لا تقع على السوية ذاتها، بل تتدرج تبعاً لخطورة الإجراء المراد اتخاذه بناء عليها، ولهذا كانت للدلائل والأمارات، وظيفة مختلفة عن الوظيفة المتوخاة من

الريف، لكنه لا يمكن أن يكون ذلك لو أن الجريمة ضبطت في المدينة وهكذا (فاروق، ٢٠١٢م، ص ٥٧٢).

وإذا كانت سوية الكفاية اللازمة في الدلائل للاشتباه، أقل منها لنقلنا إلى مرحلة التحقيق، ففي ذات هذه المرحلة الأخيرة، لا تقع كفاية الدلائل اللازمة لاتخاذ كل إجراء منها هي أيضاً، تحت سوية واحدة؛ فشرط الكفاية للاتهام والقبض والتفتيش، أقل منها للتوقيف، وهذه أقل منها لتقرير لزوم المحاكمة وهكذا.

واشترط كفاية الدلائل للاتهام كشرط لصحة الإجراء الجزائي، يستهدف ضمان حماية حقوق الإنسان، في مواجهة سلطات الدولة، لمنعها من التعسف، فيما يمكن أن تتخذه ضدهم من إجراءات؛ ذلك أن وجود الدلائل الكافية على الاتهام، هو المبرر الوحيد الذي يتاح من أجله - وبناء عليه - لسلطات الدولة المساس بحقوق الأفراد وحرياتهم (فاروق، ٢٠١٢م، ص ٥٥٩ و ٥٦٤).

البند الثاني: مفهوم الاتهام والفرق بينه وبين الاشتباه
وفي هذا البند، يبدأ الباحث بتحديد مفهوم الاتهام، وعلاقته الجوهرية بماهية الدلائل الكافية (أولاً) ليتقل بعدها للبحث في دور الدلائل الكافية في التفرقة بين مفهومي الاتهام والاشتباه، والآثار التي ترتبها هذه التفرقة (ثانياً).

أولاً: مفهوم الاتهام وعلاقته بماهية الدلائل الكافية.
اختلفت تعريفات المتهم بوجه عام، ففي حين اعتبر البعض الاتهام مجرد حالة أو صفة، فاكتمل بمجرد توافر الدلائل الكافية على ارتكاب جريمة معينة، وهذا تعريف سكوني (ستاتيكي) أو سلبي، فقال بأن المتهم هو "من توافرت ضده أدلة أو قرائن قوية كافية لتوجيه الاتهام إليه، وتحريك الدعوى الجنائية قبله" (آل ظفير، ٢٠١٥م، ص ١٤).

في مقابل ذلك، نجد من يعرف المتهم بأنه من يُتخذ قراراً (ضمني أو صريح) باتهامه، من خلال اتخاذ إجراء تحقيقي في مواجهته، وهذا تعريف حركي (ديناميكي) أو إيجابي؛ أي يشترط لاتخاذ صفة الاتهام، قيام السلطة المختصة بعمل إيجابي، يستفاد منه الاتهام صراحة (بتوجيهه بشكل مباشر) أو ضمناً (من خلال قرينة اللزوم المستشفة من اتخاذ الإجراء التحقيقي ذاته).

كذلك فإن قواعد التفسير تتأبى على القول بمساواة مدلولات ألفاظ مختلفة في معناها، فالقاعدة في رأينا هي "أن اختلاف المبنى يفضي - كأصل عام - إلى اختلاف المعنى".

ومن التعريف بماهية الاتهام الذي مر معنا، يبان لنا أن الدلائل الكافية للاتهام هي ذاتها الكافية لاتخاذ أي من إجراءات التحفظ والتحقيق ضد المتهم (من قبض وتفتيش)^(٢)، وهي سوية كفاية تختلف - بطبيعة الحال - عن تلك اللازمة للتوقيف، الذي ينطوي على خطورة خاصة، تستدعي مواجهتها برفع سوية الكفاية في الأدلة اللازمة له، سيما أنه يأتي بعد استجواب المتهم، وهو إجراء تُفحص به قيمة الأدلة كافة جملة واحدة، بعد مواجهة المتهم بها، وتلقّي رده عليها، واتاحة الفرصة له بتفنيدها - إن استطاع إلى ذلك سبيلاً، أو تقديم ما لديه من أدلة براءة - إن وجدت.

وعليه، فيلاحظ على "كفاية الدلائل" أنه مفهوم نسبي، يختلف تبعاً للإجراء الذي يتطلب كفاية الأدلة به؛ فكفاية الأدلة للاشتباه من قبل رجال الضابطة العدلية - في حالة الاستيقاف، هي أضعف درجات الكفاية، وكفاية الأدلة للإدانة من قبل المحكمة - في نهاية الدعوى الجزائية - هي أقواها، وبينهما نجد مجموعة كبيرة من درجات الكفاية، فهناك أولاً كفاية الدلائل للاتهام، ومن ثم نجد أقوى منها كفاية الدلائل للقبض والتفتيش، وأقوى منها نجد كفايتها للتوقيف، وأخيراً كفايتها لإحالة القضية التحقيقية ونقلها - بأدلتها القائمة - إلى مرحلة المحكمة، من خلال القرار الصادر بلزوم المحاكمة.

كذلك فإن نسبية الكفاية في دلائل الإثبات لا تقتصر على نوع الإجراء المتخذ، وإنما تطال الظروف والملابسة ذاتها، والمحيطه بضبط الجريمة، وأدلتها، ومكان وقوعها؛ فهي فكرة مرنة تختلف باختلاف المكان والزمان والأشخاص، كما وتختلف بحسب نوع الجريمة أيضاً؛ فما تعدّ دلائل كافية للاتهام بجريمة السرقة، لا تعد كذلك في جريمة القتل العمد، كما أن الظرف ذاته قد يعد دلائل كافية بارتكاب الجريمة إذا ضبط أو شوهد في

(٢) من عدم كفاية وجود دلائل على وقوع جريمة، وإنما ضرورة توافر الأدلة الكافية لربط المتهم بها، ونسبتها إليه. عن: (هرجة، بدون سنة، ص ٤٣٤).

"صفة المتهم لا يسبغها على الشخص سوى السلطة المختصة بتحريك الدعوى الجنائية" (آل ظفير، ٢٠١٥م، ص ١٣). ولهذا، نفضل تعريف المتهم بأنه الطرف الآخر في الدعوى الجنائية في مواجهة النيابة العامة، إذ هو من يوجه إليه الاتهام بتحريك الدعوى الجنائية ضده (بنمه، ١٩٩٨م، ص ١٠).

وفي ذلك يرى البعض أن الاستدلال في حقيقته مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية، إلا أنها مرحلة سابقة على الاتهام (الدرعان، ٢٠١٣م، ص ٥٥٩)، وهو ما يمكن أن تترتب عليه نتيجة تتمثل في أن الدعوى الجزائية تنشأ من لحظة ارتكاب الجريمة، وكل ما كان من الاتهام أن ينقلها من حال السكون إلى حال الحركة، ولهذا يمكن القول بأن كل جريمة تمر بمرحلة الاستدلال، فيفصلها وقت من وقوعها إلى الاتهام، باستثناء حالة التلبس - التي يتزامن فيها وقت وقوعها مع تحريك الدعوى الجنائية، التي تولد متحركة، أي متزامنة مع الاتهام.

لما سبق، يذهب رأي في الفقه إلى أننا لا نكون أمام اتهام رسمي أو قانوني إلا بصدر قرار بالاتهام، عند التصرف بالتحقيق الابتدائي بعد انتهاء مرحلته، وتمهيداً للانتقال إلى مرحلة المحاكمة، في حين أن الاتهام الواقعي أو الفعلي يكون بتحريك الدعوى الجزائية في مواجهته (السعيد، ٢٠١٠م، ص ٥١). ولا نؤيد هذا الرأي، كونه يميز بنتيجته بين الاتهام الرسمي والصريح، فالواقع أن كل أعمال التحقيق؛ من استجواب متضمن لنسبة الجريمة إلى المتهم، ومن تصرف بالتحقيق يقرر لزوم محاكمته عن التهمة المنسوبة إليه أمام المحكمة ذات الاختصاص؛ جميعها أعمال رسمية. إلا أن منها ما يكون الاتهام فيه ضمناً - يستشف من اتخاذ ذات الإجراء التحقيقي بحق المتهم، ومنها ما يكون صريحاً - بتقرير توجيه الاتهام بشكل صريح ومباشر في مواجهة المتهم، وهو ما نجده في الاستجواب، عند اعتبار الشخص ذي العلاقة متهماً، أي وضعه في موضع المركز القانوني للمتهم صراحة، وهو ما يتقرر حين يفهم المتهم بالتهمة المنسوبة إليه في معرض استجوابه.

وضرورة التمييز بين الاتهام الضمني والصريح - بالمفهوم الذي أوردناه، مستمدة من حق من يتخذ الإجراء في مواجهته بمعرفة التهمة المنسوبة إليه، وتقديم أدلة دفاعه عنه، وهو ما لا

وفي ذلك، عرف البعض المتهم بأنه "كل شخص تثور ضده شبهات معينة، لارتكابه فعلاً مجرمًا، ويترتب على ذلك التزامه بالخضوع للإجراءات التي يحددها القانون، والتي تستهدف تحييص هذه الشبهات، وتقدير قيمتها، ثم تقرير الإدانة أو البراءة عنها" (شمس الدين، ٢٠١٢م، ص ٤٣). ويرى جانب من الفقه، أن للمتهم معنيين: معنى ضيق، يتمثل فيمن تقام الدعوى الجزائية ضده، وهذا هو الاتهام الرسمي. ومعنى آخر واسع، يشمل كل من تنسب إليه جريمة لاتخاذ إجراء جزائي ضده، أو تُسبب إليه جريمة في بلاغ أو شكوى (بهنام، ١٩٧٧م، ص ١٥٨)، وهو ما يمكن تسميته بالاتهام الواقعي.

ولتوافر العنصر الشخصي في الاتهام - والمتمثل في نسبة الجريمة للمتهم، لا بد أن تنصب هذه الدلائل أيضاً على تحديد دوره فيها، سواء بوصفه فاعلاً أصلياً أو شريكاً، وقد اعتبر جانب من الفقه هذا الأمر شرطاً لتوافر صفة الاتهام (شمس الدين، ٢٠١٢م، ص ٤٤).

ولا نتفق مع من عرف المتهم بأنه من توافرت بحقه دلائل كافية على الاتهام، فالإتهام في رأينا يتأبى السكون، إذ لا يمكن أن ينشأ إلا من حالة من الحركة، بل لا بد من توافر فعل إيجابي مباشر موجه ضده، يتمثل في الاتهام الصريح أو الضمني من خلال اتخاذ إجراءات التحقيق في مواجهته، ولهذا كان تحريك الدعوى الجزائية نقلاً لها - كما هو معلوم - من حالة السكون إلى حالة الحركة، ولهذا أيضاً يرتبط مفهوم "المتهم" بتحريك الدعوى الجزائية ضده.

وعليه، نؤيد - في رأينا - القول بأن المتهم هو من تحرك ضده الدعوى الجنائية، لا من تتوافر به الدلائل الكافية للاتهام، فحتى ولو توافرت بحقه دلائل كافية للاتهام، لا يمكن عده كذلك إلا إذا حركت سلطة التحقيق الدعوى الجزائية في مواجهته، بتوجيه الاتهام إليه صراحة، أو ضمناً من خلال اتخاذ إجراءات التحقيق ضده.

ولهذا قيل بأن الشخص لا يكون متهماً إلا إذا حركت قبله الدعوى الجنائية، فلا يكفي ارتكاب شخص للجريمة حتى يعد متهماً بها، حتى لو اتخذت ضده بعض إجراءات الاستدلال. وإنما يكون في هذه الحال مشتبهاً فيه. وبالتالي فإن

يتحقق إلا بعد الاتهام الصريح، دون الضمني - الذي لا يكون المركز القانوني للمتهم به قد اكتمل واتضحت معالمه بعد.

وإذا كان للاتهام - على نحو ما سبق تبيانه - مفهومان: أولهما مفهوم عام للاتهام اصطلاح على تسميته بالاتهام الافتراضي أو المفترض، يبرر اتخاذ جميع إجراءات التحقيق ضده، وثانيهما مفهوم خاص اصطلاح على تسميته بالاتهام الرسمي (مليكه، بدون سنة، ص ص ٩-١٠)، وإذا كان "المتهم" هو من تتخذ في مواجهته إجراءات تحقيقية حتى ولو قبل توجيه الاتهام إليه رسمياً من النيابة؛ فإن ما يهمنا في هذا المقام هو الاتهام بمفهومه العام، والذي يبرر اتخاذ الإجراءات التحقيقية في مواجهة الشخص الذي توافرت به هذه الصفة، وفي ذلك يعرف المتهم بأنه "كل شخص اتخذت سلطة التحقيق سواء كانت النيابة أو قاضي التحقيق إجراء من إجراءات التحقيق في مواجهته، أو أقيمت الدعوى الجنائية عليه قانوناً؛ سواء من سلطة التحقيق، أو من جهات القضاء، أو من المدعي المدني، أو أوجد نفسه في حالة من الحالات التي يميز فيها القانون التحفظ عليه أو اقياده أو القبض عليه أو تفتيشه أو تفتيش مسكنه" (أبو الروس، أحمد بسيوني، المتهم. نقلاً عن: السبهان، ١٩٩٥م، ص ٣٢).

وهذا ما يسعى الباحث للوصول إليه، فيعدّ في حالة اتهام كل من وجد في حالة تلبس، إذ يكون بهذه الحالة وضع نفسه في موضع الاتهام، بما يبرر معه القانون لرجال الضابطة العدلية، اتخاذ إجراءات التحقيق الأولية بحقه.

وهكذا يختلف الاتهام - كحالة - عنه كإجراء مدبر أو عمل إرادي موجه يقصد منه ترتيب آثاره القانونية، فالاتهام يقوم كحالة - وهو ما نقصده في حالتنا هذه - حتى ولو لم يقصد منه أي من ذلك؛ إذ يتقرر بحكم القانون بمجرد اتخاذ إجراء تحقيقي، ولو لم يقصد منه متخذه ترتيب الآثار التي يقررها القانون عليه، كما ويقوم كحالة قانونية يرتبها القانون كذلك، بمجرد توافر الدلائل الكافية لعدّه كذلك، وهذا ما يفسر الإجراءات التحقيقية، التي يمكن لرجال الضبط الجنائي اتخاذها، بمجرد توافر حالة من حالات التلبس.

ومما يؤيد وجهة نظرنا - من أن حالة الاتهام تتقرر بحكم القانون، بمجرد توافر الدلائل الكافية عليها؛ ما يذهب إليه الفقه من أن مركز المتهم من حيث حقوقه وواجباته، يتقرر بحكم القانون (شمس الدين، ٢٠١٢م، ص ٤٥).

وعليه، فقيام الاتهام - كحالة تلقائية - تختلف عن توجيه الاتهام - كعمل إرادي، فحالة الاتهام تقوم بحكم القانون كما في أحوال التلبس، إذ يقرر القانون قيام حالة الاتهام، وينيب رجال الضبط الجنائي لاتخاذ الإجراءات التحقيقية، التي يتاح اتخاذها بناء عليها كالقبض والتفتيش. ما يعني - في رأينا، أنه وفي حالة التلبس يتولّى القانون ترتيب أثرين على قيامها، دون الحاجة لاتخاذ أي عمل إرادي بخصوصها من قبل النيابة أو سلطة التحقيق، هذان الأثران هما التاليان:

١- تقرير حالة الاتهام بحكم القانون، دون الحاجة لتوجيهه من قبل النيابة العامة.

٢- إنابة رجال الضبط الجنائي، المخولين باتخاذ إجراءات التحقيق التي تقتضيها حالة التلبس، إنابة قانونية؛ أي تتقرر بحكم القانون، دون الحاجة لإنابتهم لاتخاذها إنابة اتفاقية، والتي اصطلاح على تسميتها بالإذن.

وتدليلاً على ما سبق، نقول بأن منطقتي تقدير مدى كفاية الأدلة اللازمة للتحفظ ومرجعه، هو القائم به، أي رجل الضبط القضائي. وفي ذلك، تقرر محكمة النقض المصرية في حكم لها أن "تقدير الدلائل الكافية التي تبرر الإجراء التحفظي المناسب، منوطٌ بمأموري الضبط القضائي، تحت إشراف محكمة الموضوع. ومتى كانت المحكمة قد اقتنعت - على ما سلف بيانه - بتوافر مسوغات الإجراء التحفظي، الذي اتخذته ضابط مكتب مكافحة المخدرات - بميناء القاهرة الجوي - قَبْلَ الطاعنة؛ باقتيادها إلى مأمور الجمر، وهو ما لا يعد قبضاً - كما هو معرف به قانوناً؛ فلا تجوز المجادلة في ذلك أمام محكمة النقض"^(٣).

ونؤيد بدورنا الحكم الأخير، فالتحفظ - بحكم ماهيته - يحوّل رجل الضبط الجنائي تقييد حرية المتهم، والتعرض المادي

(٣) نقض مصرية تاريخ ١٣/٢/١٩٩٠م مجموعة أحكام النقض س ٤١ رقم ٩٩ ص ١٠٠. عن: (فاروق، ٢٠١٢م، ص ١٩٧).

معينة بالذات، ولذا فيتوجب إعلام المتهم بها (مليكه، بدون سنة، ص ١٣)، ليستعمل في مواجهتها حقوق وضمانات الدفاع التي يمنحه إياها القانون.

ولا يقتصر دور الاتهام في إباحة اتخاذ إجراءات مقيدة لحرية المتهم، وماسة بخصوصيته كما ذكرنا، إذ إن للاتهام في ذاته أثر معنوي بالغ، إذ يمثل صدمة نفسية لدى المتهم، تولّد لديه انفعالات عدة، تُصوّر له أنه أصبح محلاً للأُظْهَار وأن جميع من حوله يوجهون أصابع الاتهام إليه، مما يجعل الإدانة حتى في نظرهم تقطع شوطاً طويلاً، بمجرد توجيه الاتهام إليه، الأمر الذي يضّر بكل قطع وتأكيد بسمعته (مليكه، بدون سنة، ص ٧)، ومن هنا أيضاً - ونظراً لهذا الوقع الجسيم في نفس من يُتهم، كان الاتهام مشروطاً بضرورة توافر دلائل كافية تبرره.

وقد أدت صياغة بعض النصوص القانونية إلى الخلط بين المشتبه به والمتهم، من ذلك على سبيل المثال ما نصت عليه المادة (٤٠) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي والتي تطابق المادة (٩٢/٢) الإجراءات الجزائية اليمني، من أن [لأُمُور الضبط القضائي - أثناء جمع الاستدلالات، أن يسمعو أقوال من تكون لديهم معلومات عن الوقائع الجنائية ومرتكبيها، وأن يسألوا المتهم عن ذلك]. فطالما لا زلنا في مرحلة الاستدلال، فإن الوصف الدقيق الذي يطلق على من تحوم حوله الشبهات هو "المشتبه به" لا "المتهم".

وعلى كل حال، فتلعب الدلائل الكافية للاتهام دوراً هاماً وجوهرياً في التفرقة بين المتهم والمشتبه به، فالمشتبه به هو من تحوم حوله الشبهات بارتكاب جريمة معينة أو بعلاقته بها، دون أن تصل إلى درجة الدلائل الكافية لربطه بها، فإن وجدت مثل هذه الدلائل (الكافية) كان ممكناً اعتباره متهماً، لا مجرد مشتبه به.

وطالما كانت الشبهات التي تحوم حول المشتبه به، لم ترتق بعد إلى درجة الدلائل الكافية، فإن مثل هذه الدلائل لا تصلح بالتالي لعدده متهماً، وبالتالي لتحريك دعوى الحق العام في مواجهته، وكنا لا نزال بالتالي في مرحلة جمع الاستدلالات (التحقيق الأولي)، وكانت الإجراءات المتاح اتخاذها في مواجهته، هي إجراءات "التحري والاستدلال"، وكان الوصف الصحيح فيمن تتخذ في مواجهته هذه الإجراءات هو

لها، بخلاف الاستيقاف الذي يقف على أعتابها، دون التقييد الفعلي لها، وإن مثل هذه الماييزة بين الإجراءين، تبررها تقوية الشبهة بحق المتهم، ما يجعلها قرائن قوية، صالحة - من وجهة نظر رجل الضبط الجنائي ووفقاً لتقديره، لاتهام المشتبه به بالجرم المنسوب إليه؛ فلا يمنع بالتالي من القبض عليه، سوى أن من يوجد الشخص المتحفظ عليه تحت سلطته، لا يملك سلطة القبض عليه، فيقيد حريته انتظاراً لصدور قرار القبض ممن يملك سلطة اتخاذه، باعتبار أن الدلائل المجموعة بمحاضر الاستدلال والمعروضة على سلطة التحقيق كافية - من وجهة نظر رجل الضبط القائم بالتحفظ ووفقاً لتقديره - لاتهام المشتبه به، وتحريك الدعوى الجزائية في مواجهته. وهذا التخريج لطبيعة سلطة التحفظ تأييداً للتفرقة بين قيام حالة الاتهام وبين توجيه الاتهام، ففي حالة التحفظ تقوم حالة الاتهام بمجرد توافر الدلائل الكافية له، إلا أنه لا يمكن توجيه الاتهام كعمل قانوني - رغم قيام حالته أي أساسه الواقعي، إلا من السلطة التي تملك ذلك، ألا وهي سلطة التحقيق، فيكون التحفظ مبرراً لقيام حالة الاتهام - بتوافر الدلائل الكافية له - من ناحية، وعدم القدرة على توجيهه في الحال من ناحية أخرى، ما تقتضي معه الضرورة الإجرائية التحفظ على المشتبه به، إلى أن يتم اتهامه ضمناً بالقبض أو رسمياً بالاستجواب.

ثانياً: دور الدلائل الكافية في التفرقة بين مفهومي الاتهام والاشتباه والآثار المترتبة عليها

فرّقت بعض القوانين - كقانون الإجراءات الجنائية السوداني رقم (٦٥) لسنة ١٩٩١م بصيغتها المعدلة وفقاً للقانون المعدل رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٩م - بين الشبهة المبررة للاستيقاف والتهمة المبررة لإجراءات التحقيق، فعرفت المادة (٥/٣) من ذلك القانون التهمة بأنها [يقصد بها الادعاء بارتكاب جريمة وتشمل أيّاً من فروع التهمة المركبة]. في مقابل ذلك عرفت المادة (٥/٣) من ذات القانون الشبهة بأنها: [يقصد بها الظنّ بارتكاب جريمة قبل توجيه التهمة].

وليس بالضرورة للاشتباه أن يكون عن جريمة معينة، ولا إعلام المشتبه به بما يتخذ ضده من إجراءات، لجمع التحريات والاستدلالات؛ بخلاف الاتهام الذي لا يكون إلا عن جريمة

وفي ذلك يختلف المشتبه به عن المتهم، فالمشتبه به هو من تحوم حوله الشبهات بارتكاب جريمة معينة أو بعلاقته بها، دون أن تصل إلى درجة الدلائل الكافية لربطه بها، فإن وجدت مثل هذه الدلائل (الكافية) كان ممكناً اعتباره متهماً لا مجرد مشتبه به.

ولما كانت صفة المشتبه به ترتبط بإجراءات الاستدلال، في حين ترتبط صفة المتهم بإجراءات التحقيق؛ فيكون الشخص مشتبهاً به من اللحظة التي تبدأ فيها سلطات الاستدلال في إجراء التحريات وجمع الاستدلالات ضده. فإذا ما أصبحت هذه التحريات كافية نوعاً وكماً - على نحو ما سيأتي بيانه - لأن تكون دلائل للاتهام، انقلبت صفة ليشبه متهماً، ويتاح اتخاذ إجراءات تحقيقية ضده، بمعرفة سلطة التحقيق (مليكه، بدون سنة، ص ١٢).

وعليه، فالالاتهام صفة عارضة أو طارئة، يوصف بها الشخص بعد تحقق مجموعة من الأدلة، تُظهر نسبة جرم معين إليه (مليكه، بدون سنة، ص ٦) - سواء بوصفه فاعلاً أو شريكاً، وتبرّر اتخاذ إجراءات تحقيقية مقيدة للحرية أو ماسة بالخصوصية ضده.

وعليه، فصفة الاتهام لا يمكن أن توجه إلا أن يكون محلها شخصاً معيناً. ولا يمكن كذلك توجيهها إلى شخص ما، إلا إذا توافرت به من الأدلة والقرائن المؤيدة لنسبة الجريمة موضوع التحقيق إليه (السبهان، ١٩٩٥م، ص ٣٤). فحالة الاشتباه تتحقق "حين يكون الدليل من الضعف، بحيث لا يرجح به الاتهام" (السبهان، ١٩٩٥م، ص ٣٦)، وهو ما يثبت نسبية العلاقة بين الاشتباه والاتهام؛ فالاشتباه صفة قابلة للتطور إلى حالة من الاتهام، والاتهام هو الصفة التي تتطور إليها حالة الاشتباه، إذا ما تعززت وقويت أدلتها وتساندت.

وتترتب على التفرقة بين المشتبه به والمتهم، آثار غاية في الأهمية؛ فالمتهم من الممكن إلقاء القبض عليه، ومن الممكن كذلك تفتيشه، بخلاف المشتبه به بطبيعة الحال، والذي لا يجوز سوى استيقافه وسؤاله لتفنيد الشبهة التي أوجد نفسه بها، دون أن يكون من الممكن اتخاذ أي إجراء مقيد للحرية في مواجهته، احتراماً لحرية الشخصية ولقرينة البراءة التي لا تجرحها مجرد الشبهة.

"المشتبه به". أما إذا ارتقت هذه الشبهات لتصبح "دلائل كافية للاتهام"، كان من توافرت هذه الدلائل بحقه "متهماً"، وكانت إجراءات جمع "الأدلة" ضده "إجراءات تحقيقية"، وكانت الجهة المختصة بحسب الأصل بإجرائها "سلطة التحقيق".

ويرتبط ما سبق بفكرة هامة وجوهرية تدخل في تقدير مدى كفاية الدلائل للاتهام، فسلطة الاستدلال - في مرحلة التحري وجمع الاستدلالات - لا يتجاوز دورها جميع الاستدلالات الأولية، دون أن تكون لها أية سلطة في تجميعها وتقييمها؛ أما سلطة التحقيق، فتملك تجميع الأدلة وتحقيقها وتقييمها (الجوخدار، ٢٠١١م، ص ٢٢). وكذلك: عاصي، ١٩٩٨م، ص ٤١). ولهذا، كانت الأدلة التي تجمعها وتمحصها سلطة التحقيق بنفسها أو بمعرفتها - في مرحلة التحقيق الابتدائي، أكثر مصداقية من مجرد الاستدلالات التي تجمعها سلطة الاستدلال، وبالتالي كانت هذه الأدلة - دون غيرها - كافية للاتهام. وعليه، فالأدلة الكافية للاتهام هي فقط تلك التي تم تجميعها وتقدير مدى قيمتها من قبل سلطة التحقيق، باعتبارها وحدها التي تملك ذلك.

بناء على ما سبق، عرف جانب من الفقه المشتبه به بأنه "الشخص الذي لا يتوافر في حقه إلا مجرد اشتباه في ارتكابه جريمة ما، أو شكوك لا تكفي لتحريك الدعوى الجنائية قبله". كما وعرف المشتبه به بأنه "الشخص الذي بدأت ضده مرحلة التحريات؛ لقيام قرائن تدل على ارتكابه الجريمة - أو مشاركته فيها، ولم تُحرّك الدعوى الجزائية ضده" (عولقي، ٢٠٠٣م، ص ٣٦).

كذلك، نجد من يعرف المشتبه فيه بأنه "الشخص الذي تتوافر ضده دلائل غير كافية والعلامات التي تدل على اتهامه بارتكاب الجريمة ضعيفة، ولكن احتمال صلته بالجريمة قوية"، كما ويعرف الاشتباه بأنه "حالة يتولد فيها من الدلائل ما يثير الظن ولا تكون كافية لإثبات صلة المشتبه فيه بالجريمة مما يقوم عليه توجيه الاتهام إلى الشخص، ولكن توفر لدى رجل الضبط الجنائي ما يبعث عنده على احتمال ارتكاب الشخص للجريمة أو أنه يخفي شيئاً ممنوعاً يدل على ثبوتها في حقه" (الدرعان، ٢٠١٣م، ص ص ٥٨١-٥٨٢).

الاستدلالات الأولية دون أن تكون لها أية سلطة في تمحيصها وتقييمها، أما سلطة التحقيق فتتملك تمحيص الدلائل وتحقيقها وتقييمها (عاصي، ١٩٩٨م، ص ٤١)، ولهذا كانت الأدلة التي تجمعها وتمحصها سلطة التحقيق بنفسها أو بمعرفتها في مرحلة التحقيق الابتدائي أكثر مصداقية من مجرد الاستدلالات التي تجمعها سلطة الاستدلال، ولهذا بالتالي كانت هذه الأدلة - دون غيرها - كافية للاتهام. إذن، فالأدلة الكافية للاتهام هي فقط تلك التي تم تمحيصها وتقدير مدى قيمتها من قبل سلطة التحقيق، باعتبارها وحدها من تملك ذلك.

كذلك فتبان العلاقة الوثيقة بين التهمة وكفاية الدلائل على الاتهام من اشتراط الفقه لصحة التهمة أساساً وجود دلائل كافية عليها، باعتبار ذلك من الشروط الموضوعية لصحة الاتهام (المشهداني، ٢٠١٠م، ص ٤٥).

وقد أدت صياغة بعض النصوص القانونية إلى الخلط بين المشتبه به والمتهم، من ذلك على سبيل المثال ما نصت عليه المادة (٤٠) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي والمادة (٩٢/٢) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني من أن [المأمور الضبط القضائي، أثناء جمع الاستدلالات، أن يسمعو أقوال من تكون لديهم معلومات عن الوقائع الجنائية ومركبيها، وأن يسألوا المتهم عن ذلك]. فطالما لا زلنا في مرحلة الاستدلال، فإن الوصف الدقيق الذي يطلق على من تحوم حوله الشبهات هو "المشتبه به" لا "المتهم".

وعليه، كانت كفاية الدلائل لرغزة قرينة البراءة، هي الحد الأدنى من كفايتها بمرحلة التحقيق، وهي مبدأ التحقيق أصلاً، ولهذا كانت سوية الكفاية لها هي الأقل درجة في مرحلة التحقيق، ما يقتضي معه عدم جواز أن تقل عنها أية سوية للكفاية في الدلائل لاتخاذ أي إجراء تحقيقي؛ لأنه - بطبيعة الحال - سيكون لاحقاً على الاتهام، أو على الأقل يعبر الاتهام عن نفسه به، إذا كانت الدعوى الجنائية قد تحركت أساساً بذلك الإجراء.

أما قبل تحريك الدعوى الجزائية - أي في مرحلة التحري والاستدلال - فالمشتبه به لا يجوز سوى استيقافه، وسؤاله لتفنيد الشبهة التي أوجد نفسه بها، دون أن يكون من الممكن اتخاذ أي إجراء مقيد للحرية في مواجهته، احتراماً لحرية

والحكم السابق، مؤسس - في رأينا - على أن الاشتباه في ذاته لا يؤثر في المركز القانوني للمشتبه به، ما لم يتحول إلى اتهام (الجهني، ٢٠١٢م، ص ١٠٩). ولهذا، نجد أن معيار التأثير في المركز القانوني الإجرائي للشخص، هو ما يميز الاشتباه عن الاتهام، وهو ذاته ما يميز أعمال الاستدلال عن أعمال التحقيق، فالمتهم - لا المشتبه به - هو وحده من يجوز اتخاذ إجراءات التحقيق في مواجهته.

كذلك، فمجرد الاشتباه وما يرتبط به من إجراءات لجمع التحريات والاستدلالات ضده لا تكفي (أي لا تملك في ذاتها القوة الكافية) لتحريك الدعوى الجزائية ضده، إذ لا تكون قد بدأت بعد، بخلاف الاتهام والإجراءات التحقيقية المتخذة بناء عليه، فهي التي تحرك الدعوى الجزائية في مواجهة المتهم، ولهذا نجد من اتخذ من تحريك دعوى الحق العام معياراً للتفرقة بين المتهم والمشتبه به، وفي ذلك يقول جانب من الفقه بأن "معيار التفرقة بين المتهم والمشتبه به هو تحريك الدعوى الجنائية، وتحريكها يعني أن الدلائل التي توافرت بحق الشخص المشتبه به كافية لتوجيه الاتهام إليه، أما الذي لا يتوافر بحقه إلا مجرد اشتباه في ارتكابه جريمة ما أو شكوك لا تكفي لتحريك الدعوى الجنائية قبله فهو الذي يطلق عليه المشتبه فيه" (السبهان، ١٩٩٥م، ص ٣٦) (الحاشية رقم ٢)).

وطالما كانت الشبهات التي تحوم حول المشتبه به لم ترتق بعد إلى درجة الدلائل الكافية فإن مثل هذه الدلائل لا تصلح بالتالي لعدده متهماً، وبالتالي لتحريك دعوى الحق العام في مواجهته، كنا لا نزال في مرحلة جمع الاستدلالات (التحقيق الأولي) وكانت الإجراءات المتاح اتخاذها في مواجهته هي إجراءات "التحري والاستدلال"، وكان الوصف الصحيح فيمن تتخذ في مواجهته هذه الإجراءات هو "المشتبه به"، أما إذا ارتقت هذه الشبهات لتصبح "دلائل كافية للاتهام" كان "متهماً" وكانت إجراءات جمع "الأدلة" ضده "إجراءات تحقيقية" وكانت الجهة المختصة بحسب الأصل بإجرائها "سلطة التحقيق".

ويرتبط ما سبق بفكرة هامة وجوهرية تدخل في تقدير مدى كفاية الدلائل للاتهام، فسلطة الاستدلال في مرحلة التحري وجمع الاستدلالات لا يتجاوز دورها جميع

الشخصية، ولقرينة البراءة التي لا تجرحها مجرد الشبهة. هذا إضافة إلى أن الشبهة المبررة للاستيقاف ليس بالضرورة أن تقع على اكتشاف دلائل على ارتكاب جريمة، وإنما قد تقع على منع ارتكاب جريمة أثارت شبهةً سعيه لارتكابها، وهذا ما يجعل سلطة الضبط الإداري مخولة بالاستيقاف شأنها شأن سلطة الضبط الجنائي (سلطة الاستدلال).

وتتميز مرحلة التحقيق الابتدائي (عن مرحلة الاستدلال) بأنها لا تشمل فقط مجرد جمع الدلائل والقرائن والأدلة بالطبع، إنما تمتد وتتطور لتشمل وظيفة التمحيص والتقييم بكل دليل، والأدلة مع بعضها البعض، أي تقدير قيمة الدليل، لا مجرد وظيفة آلية بجمع الدلائل.

الفرع الثاني: ضرورة توافر الدلائل الكافية للاتهام كشرط لكفايتها للتفتيش

ابتداء، يثار التساؤل في هذا المقام، حول طبيعة تقدير كفاية الدلائل المبررة للتفتيش، وما تستبعضها من تحديد نوع الرقابة عليها. يرى البعض أن الكفاية المادية لدلائل الاتهام يدخل في عناصر رقابة المشروعية - شأنه شأن الكفاية القانونية (سرور، ٢٠١٥م، ص ١٠٤٢)، وينكر عليه بالتالي اعتبار الرقابة عليه من قبيل رقابة الملاءمة. ولا نتفق مع ذلك، ونرى أن للرقابة على كفاية الدلائل المبررة لاتخاذ الإجراء الجزائي وجهين؛ فتقدير كفاية الدلائل هي من ناحية مسألة مواءمة - باعتبارها من مسائل الموضوع، في حين أن استساغة هذا التقدير ومنطقيته تعدّ - من ناحية أخرى - مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض، باعتبارها من قبيل التسبيب.

وعلى كل حال، نبدأ في هذا الفرع، بالبحث في محل الدلائل الكافية للتفتيش (البند الأول) لننتقل بعدها للبحث في سوية الكفاية المطلوبة في دلائل الاتهام لتبرير إجراء التفتيش (البند الثاني).

البند الأول: محل الدلائل الكافية للتفتيش

لا يكفي مجرد توافر دلائل كافية على الاتهام لتبرير التفتيش، بل لابد أن يكون محل هذه الدلائل جريمة ارتكبت

بالفعل (أولاً) وأن تكون الجريمة - محل الاتهام - مما يجوز فيها القبض ابتداء (ثانياً).

أولاً: هي جريمة وقعت بالفعل

ويوضح جانب من الفقه علة ذلك بقوله "أن كون التفتيش إجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي، فإن ذلك يحظر على المحكمة إجراءه إن طرحت عليها الدعوى، لأنه أجاز استثناء من حقّ حرمة المسكن في سبيل تحقيق مصلحة عامة، هي تعرف الحقيقة في جريمة معينة، والاستثناء - لاسيما فيما يتعلق بالحريات العامة - لا يجوز التوسع في تفسيره، وقد جاءت القواعد الخاصة بالتفتيش في قانون الإجراءات الجنائية في الجزء الخاص بالتحقيق الابتدائي" (الفقي، بدون سنة، ص ٩٥٨).

وفي رأي آخر للفقه، يقرر أنه لا يمكن إجراء التفتيش إذا لم تكن الجريمة قد وقعت بالفعل، ولا يصح اعتبار التفتيش وسيلة من وسائل التحري، وإلا استبيحت حرمت الناس وانتهكت خصوصياتهم بدعوى التحري عن الجرائم، وهذا ما يؤسس في ذاته لشرط توافر الدلائل الكافية لتبرير إجراء التفتيش (بحر، ١٩٩٦م، ص ٦٠٥).

وتطبيقاً لذلك، يقع باطلاً التفتيش الذي يقع لكشف جريمة مستقبلية، أي لم تتوافر دلائل على وقوعها بالفعل، فمجرد معرفة موظف من سمعته بأنه يتقاضى رشوى من المراجعين بوجه عام لا يكفي لتبرير التفتيش، ما لم تتوافر دلائل على وقوع جريمة رشوة معينة بذاتها، وأنها وقعت بالفعل، وأن يستهدف التفتيش ضبط أدلة عليها كمبلغ الرشوة، والذي توافرت الدلائل على أنه تم دفعه بالفعل، لا لضبط ما عسى أن يكون قد قبضه من رشوى غير محددة. وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن الدفع ببطان التفتيش - كونه وقع على رشوة مستقبلية، هو دفع جدي ومؤثر، يتعين على المحكمة الإجابة عليه ومناقشته، تحت طائلة نقضه للقصور في التسبيب^(٤).

(٤) نقض مصرية ١٧/١٠/١٩٧٦م س ٢٧ ص ٧٦٣ رقم ٦٧. عن: (مهدي، ٢٠١٥م، ص ٦٣٦ (الحاشية رقم ٣٨)).

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض المصرية بأنه "لما كان الثابت بأقوال الضابط والشاهد الثاني أمين الشرطة، أنه أثناء تفقدتهما لحالة الأمن، شاهد المتهم، وما أن شاهدهما - ومع الأول اللاسلكي، حتى بدت عليه علامات الارتباك؛ فاستوقفه الضابط، وطلب إبراز تحقيق شخصيته، إلا أنه حاول الفرار، ولكن الضابط لم يمكنه من ذلك. وبتفتيشه وقائماً، عثر بين طيات ملابسه على المخدر المضبوط، بما مفاده أن المتهم وضع نفسه - طواعية - موضع الريب والظن، أن يستلزم تدخل الضابط للتحري عنها، والكشف عن حقيقته، بما يستوجب القبض والتفتيش ... لما كان ذلك، وكانت المادتان (٣٤ و ٣٥) من قانون الإجراءات الجنائية، لا تميزان لمأمور الضبط القضائي، أن يقبض على المتهم الحاضر، إلا في أحوال التلبس بالجنايات، والجرح المعاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ٣ أشهر؛ إذا وجد الدلائل الكافية على اتهمه. ... وكان سند إباحة التفتيش الوقائي، هو أنه إجراء تحفظي، يسوّغ لأي فرد من أفراد السلطة - المنفذة لأمر القبض - القيام به، درئاً لما قد يحتمل من أن يلحق المتهم أذى بشخصه، من شيء يكون معه، أو أن يلحق مثل هذا الأذى بغيره، ممن يباشر القبض عليه؛ فإنه بغير قيام مسوّغ القبض القانوني، لا يجوز لمأمور الضبط القضائي القيام بالتفتيش - كإجراء من إجراءات التحقيق أو كإجراء وقائي ... وإذا كان الحكم المطعون فيه، قد أثبت أن الضابط فُتّش الطاعن عند محاولته الفرار، لما طلب إليه تقديم بطاقته الشخصية، فلم يقدمها؛ وكانت هذه الجريمة، ليست من الجنايات ولا الجرح - التي تبرر القبض والتفتيش؛ مما كان لازمه عدم جواز قيام الضابط بالقبض على الطاعن وتفتيشه وقائياً"^(٦).

البند الثاني: سوية الكفاية المطلوبة في دلائل الاتهام لتبرير إجراء التفتيش

وفي هذا المقام، نبدأ بالبحث في توافر الدلائل الكافية على الاتهام الحد الأدنى من كفايتها للتفتيش (أولاً)، لننتقل بعدها

وفي ذلك، نجد ما قضت به محكمة النقض المصرية، في حكم لها جاء فيه "أن كل ما يشترط لصحة تسجيل المحادثات الهاتفية، أو التفتيش الذي تجريه سلطة التحقيق المختصة، أو تأذن بإجرائه في مسكن المتهم - أو ما يتصل بشخصه؛ أن يكون رجل الضبط القضائي قد علم من تحرياته واستدلالاته، أن جريمة معينة - جناية أو جنحة - قد وقعت من شخص معين، وأن تكون هناك من الدلائل والأمارات الكافية والشبهات المقبولة ضد هذا الشخص، بقدر يبرّر تسجيل محادثاته الهاتفية، أو يبرّر تعرض التفتيش لحريته أو حرمة مسكنه، في سبيل كشف مبلغ اتصاله بتلك الجريمة. ولما كانت الواقعة - كما هي ثابتة في محضر التحريات، التي صدر إذن تسجيل المحادثات الهاتفية وإذن التفتيش الأول للمسكن بناء عليها - على ما نقله الحكم عنها - أن التحريات دلت على المتهم الأول مع بعض زملائه في مصلحة الدمغة والموازين، وهما المتهمان الثالث والرابع يقومون بعمليات دمع للمشغولات الذهبية المهربة بمسكن المتهم الأول، وأنهم قد ارتكبوا جريمة مماثلة يوم ... لصالح المتهمين الخامس والسادس، وأن ذلك يتم لقاء جُعلٍ مادي يتقاضاه المتهم الأول وزملاءه؛ فإن ذلك يفيد أن الإذن قد صدر بالتسجيل والتفتيش لجريمة تحقق وقوعها فعلاً من مقارفيها، لا لضبط جريمة مستقبلية أو محتملة. فإذا ما أسفر تسجيل المحادثات الهاتفية عن كشف أدلة أخرى أو متهمين آخرين، صحّ الأخذ بهذه المعلومات وتلك الأدلة. فإذا ما تضمنها محضر استدلال آخر، صدر بناء عليه إذن النيابة العامة، بامتداد الإذن السابق؛ فإن الإذن اللاحق يعتبر صحيحاً كذلك، ويصحّ الأخذ بالأدلة المترتبة على تنفيذ هذا الإذن، ويكون الحكم - إذا قضى بغير ذلك، قد أخطأ في تطبيق القانون، فضلاً عن فساده في الاستدلال"^(٥).

ثانياً: هي جريمة يجوز فيها القبض أصلاً

اشترط الفقه لجواز التفتيش أن يكون سببه جريمة يجوز فيها القبض أصلاً، ومن هذه الناحية، تبيّن العلاقة جلية ما بين القبض والتفتيش، إذ إن جواز القبض هو ما يحدد الإطار العام لصلاحيّة التفتيش.

(٦) نقض مصرية الطعن رقم ٦٦٤٣٣ لسنة ٧٥ جلسة (٢٠٠٨م. عن: (الفقي، بدون سنة، ص ٩٤٣).

(٥) قرار محكمة النقض المصرية (جنائي) رقم ١٧٥٢٠ لسنة ٦٢ ق (طلبات) تاريخ ١/٣/٢٠٠٠م منشورات مركز عدالة.

إلى البحث في اشتراط توافر سوية معينة من الكفاية اللازمة بدلائل الاتهام تتناسب وحرمة محل التفتيش (ثانياً).

أولاً: توافر الدلائل الكافية على الاتهام الحد الأدنى من كفايتها للتفتيش

التفتيش إجراء تحقيقي، لا يمكن اتخاذه إلا في مواجهة متهم، توافرت دلائل كافية على اتهامه. لهذا، نجد من الفقه من يشترط لصحة التفتيش، أن يكون هنالك اتهام موجه لمن يتخذ التفتيش بحقه، أو أن تتواجد من القرائن ما يفيد بحيازته أشياء تتعلق بالجريمة، وتفيد بالتالي في كشف الحقيقة (سلامة، ١٩٧٩م، ص ٥٢٨).

ولكن، ما المقصود "بالدلائل الكافية للاتهام"؟ الأصل أن الشبهات لا تجرح قرينة البراءة لدى المشتبه به، والذي قد يقوم الاشتباه به بناء على بلاغ أو شكوى مجردين من الدلائل لا أكثر، ما يعني أن مجرد تقديم البلاغ أو الشكوى بحق شخص، لا يكفي - بحال - لعدّه متهماً بالجريمة موضوع الشكوى أو البلاغ (الكبيسي، ١٩٨١م، ص ٢٢٤. وكذلك انظر: الخليفة، ١٩٨٩م، ص ١٣).

إذن، فلا يجوز اتهام شخص - ولو ضمناً - بالقبض على إنسان أو تفتيشه، لمجرد الاشتباه به، أو لمجرد تقديم بلاغ أو شكوى ضده؛ إذ لا يقوم ذلك في ذاته دليلاً كافياً يخول القبض، وفي ذلك قضت محكمة التمييز الأردنية في حكم لها بأن "مجرد وجود فتاة بين ركاب السيارة، لا يسوّغ ضبط الرخصة، أو القبض على السائق والركاب وأخذهم إلى المخفر؛ ما دام أن هذه الفتاة لم تدّع بوقوع أي تعدّ عليها، ولم يقع من المذكورين ما يستدعي الاشتباه بارتكابهم جرماً"^(٧).

كذلك، فقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن "التحريات لها أهمية كبرى في القبض والتفتيش، كأن يتلقى رجل الشرطة بلاغاً عن جريمة، فإن مجرد الإبلاغ دون إجراء

تحريات، وتثبت من الحقيقة؛ لا يسوّغ القبض على الأشخاص وتفتيشهم"^(٨).

وفي حكم آخر لمحكمة النقض المصرية، قضت فيه بأنه "إذا كان ما حصله الحكم من أقوال العقيد...، في معرض بيانه لواقعة الدعوى - وما أورده من أقواله في معرض الرد على الدفع بطلان إذن التفتيش - لا يعدو أن يكون مجرد بيانٍ لمسلِك شخصيٍّ للطاعن، يتمثل في وجود علاقة بينه وبين صاحب معرض السيارات، وفي لقائه ببعض قائدي السيارات في محل عام، وغير كاشف عن الارتباط بين علاقة الطاعن بهؤلاء الأشخاص، وتردّده عليهم ولقائه بهم؛ وبين مسلكه الوظيفي، ولا يفصح عن تأكيد الصلة أو العلاقة بينه وبين الشاهد الأول - المبلّغ، وعن صحة الوقائع المبلغ بها من الأخير، فتضحى من ثمّ التحريات مجرد بلاغ، تلقاه الضابط من الشاهد الأول، وهو ما لا يصح لإصدار إذن التفتيش"^(٩).

والحكم السابق تطبيق مهم لرقابة القضاء على تقدير سلطة التحقيق، لمدى كفاية الدلائل للتفتيش، وإبطال الإذن الصادر به، في حال تقدير عدم كفايتها.

إلا أنه "قد يحصل بعد ذلك، أن تظهر قرائن ودلائل تفيد في ارتكاب هذا الشخص للفعل الإجرامي، فإن وضعه القانوني يتزعزع بقدر دقة تلك القرائن والمعلومات والدلائل، فيتحول من مشتبه به إلى متهم" (عولقي، ٢٠٠٣م، ص ٣٧). بمعنى أن من تحوم حوله الشبهات والشكوك بارتكابه جريمة، يعتبر مشتبهاً به ابتداءً؛ حتى إذا قويت هذه الشبهات، لتصبح قرائن قوية على الاتهام، أصبح ذلك الشخص متهماً (الأحمد، ٢٠٠٩م، ص ١٥). وإذن، فتتحول صفة المشتبه به إلى متهم، مرتبطة بمقدار الدلائل التي تقدر مدى قوتها أو كفايتها الذاتية لتبرير الاتهام.

(٨) نقض مصرية جلسة ١٩٣٧/١٢/٢٠م، مجموعة أحكام النقض، رقم ١١، ص ٩٢٨. عن: الصيفي، عبدالفتاح، تأصيل الإجراءات الجنائية. نقلاً عن: (الصبحي، ١٩٨٩م، ص ٤١).

(٩) نقض مصرية ١٩٨٨/١١/٩م طعن رقم ٤١٨٦ لسنة ٥٧ق. عن: (ظاهر، ٢٠١٣م، ص ص ٣٤٨-٣٤٩).

(٧) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية رقم ١٩٧٧/٢٣٥ المنشور على الصفحة (٢١١) من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ ١٩٧٨/١/١م منشورات مركز عدالة.

كذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم آخر لها بأنه "يشترط لصحة التفتيش الذي تجريه النيابة العامة - أو تأذن به، أن يكون رجل الشرطة قد علم من تحرياته واستدلالاته أن جريمة معينة، قد وقعت من شخص معين، وأن يكون هناك من الدلائل الكافية، والشبهات المقبولة، ضد هذا الشخص، بقدرٍ يبرّر تعرض التحقيق لحرمة مسكنه، في سبيل كشف مبلغ اتصاله بتلك الجريمة"^(١٠).

المطلب الثاني: مدى استيفاء الدلائل الكافية للاتهام لشرط الكفاية المطلوبة للتفتيش
وفي هذا المطلب، نبدأ بدراسة الممايزة في تحديد درجة كفاية دلائل الاتهام للتفتيش؛ بين الأحوال الاعتيادية وأحوال التلبس (الفرع الأول) وبين تفتيش المتهم أو مسكنه، وتفتيش غيره أو مسكنه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الممايزة في كفاية دلائل الاتهام للتفتيش بين الأحوال الاعتيادية وأحوال التلبس
وفي هذا الفرع، نبدأ في بحث كفاية دلائل الاتهام للتفتيش في الأحوال الاعتيادية (البند الأول) لنتنقل بعدها للبحث في كفاية هذه الدلائل للتفتيش في أحوال التلبس (البند الثاني).

البند الأول: كفاية دلائل الاتهام للتفتيش في الأحوال الاعتيادية
الناظر إلى أغلب تشريعات الإجراءات الجزائية المقارنة، يجدها تشترط لصحة التفتيش، وكضمانة من ضماناته؛ ضرورة توافر دلائل كافية وأمارات قوية، تربط المراد تفتيشه بتهمة معينة بالذات، أي بجريمة وقعت فعلياً، سواء بوصفه فاعلاً لها أو شريكاً فيها (عولقي، ٢٠٠٣م، ص ٦٠). من ذلك على سبيل المثال، ما نصت عليه المادة (٩٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصري من أن [لقاضي التحقيق أن يفتش المتهم. وله أن يفتش غير المتهم، إذا انضح - من أمارات قوية - أنه يخفي أشياء تفيد في كشف الحقيقة].

(١٣) نقض مصرية رقم ٨٧/٧ جزائي جلسة ١٩٨٧/٣/٣٠م مجلة القضاء والقانون ١٩٨٧/١/١م - ١٩٨٧/٥/٣٠م أكتوبر ١٩٩٤م س ١٥ ع ١. عن: (الطويلة، ٢٠١١م، ص ٤٤).

والدلائل بمفهومها السابق، هي "وقائع محددة ظاهرة وملموسة يستنتج منها أن شخصاً معيناً هو مرتكب الجريمة، وبالتالي فهي تستمد من وقائع معينة، ومظاهر مادية ملموسة، تؤيد نسبة الجريمة لشخص معين" (عاصي، ١٩٩٨م، ص ص ١٣٩-١٤٠).

وفي معرض تفسيرها لنصوص المواد ذات العلاقة من قانون الجمارك المصري، عرفت محكمة النقض المصرية الشبهة بأنها "حالة ذهنية، تقوم في نفس المنوط بهم تنفيذ القوانين الجمركية، يصح معها - في العقل - القول بقيام مظنة التهريب، عند شخص موجود في حدود دائرة المراقبة الجمركية، وتقدير ذلك منوط بالقائم على أعمال التفتيش، تحت إشراف محكمة الموضوع"^(١١).

ثانياً: ارتباط سوية الكفاية اللازمة بدلائل الاتهام بحرمة محل التفتيش

إن مجرد كفاية الدلائل للاتهام لا يكفي لتبرير التفتيش، بل يشترط توافر سوية أعلى تتناسب مع حرمة شخص المراد تفتيشه أو حرمة مسكنه محل التفتيش، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن "الأصل في الإذن بالتفتيش، أنه إجراء من إجراءات التحقيق، لا يصح إصداره إلا لضبط جريمة جنائية أو جنحة واقعة بالفعل، وترجّحت نسبتها إلى متهم معين، وأن هنالك من الدلائل ما يكفي للتصدي لحرمة مسكنه أو لحرمة الشخصية"^(١٢).

وقد أكدت على ذلك محكمة النقض المصرية، في حكم لها جاء في أنه "لا يكفي مجرد اتهام الشخص المقيم بالمنزل المراد تفتيشه، بمساهمة كفاعل أو شريك في جنائية أو جنحة؛ بل يجب أن يكون هذا الاتهام جدياً، قامت عليه من الدلائل، ما يكفي لاقتحام مسكنه، الذي حفظت له القوانين حرمة"^(١٣).

(١٠) نقض مصرية ١٩٦٨/٦/٣م مجموعة الأحكام س ١٩ رقم ١٢٥ ص ٦٢٧. عن: (سلامة، ١٩٧٩م، ص ٤٣٣) (الحاشية رقم ٢٤)). وكذلك: جلسة ١٩٧٤/٢/١٨م س ٢٥ رقم ٢٤ ص ١٥١. عن: (السعيد، ٢٠١٠م، ص ٤٤٨).

(١١) نقض مصرية جلسة ١٩٧٣/٤/٢٢م، أحكام النقض، سنة ٢٤ ق، رقم ١١٢، ص ٥٤٤. عن: (غانم، ٢٠٠٨م، ص ٦٧).

(١٢) نقض مصرية جلسة ١٩٥٨/٦/١٦م مجموعة الأحكام س ٩ قاعدة ١٧٠ ص ٦٧٢. عن: (الفاقي، بدون سنة، ص ٩٦١).

وإتاحة الفرصة له بتفنيدها - إن استطاع إلى ذلك سبيلاً، أو تقديم ما لديه من أدلة براءة - إن وجدت.

والواقع أنه تترتب على التفرقة بين المشتبه به والمتهم آثار غاية في الأهمية، فالمتهم من الممكن إلقاء القبض عليه، ومن الممكن كذلك تفتيشه، بخلاف المشتبه به بطبيعة الحال، والذي لا يجوز سوى استيقافه وسؤاله لتفنيد الشبهة التي أوجد نفسه بها، دون أن يكون من الممكن اتخاذ أي إجراء مقيد للحرية في مواجهته؛ احتراماً لحريته الشخصية، ولقرينة البراءة التي لا تجرحها مجرد الشبهة.

كذلك، فإن مجرد الاشتباه وما يرتبط به من إجراءات، لجمع التحريات والاستدلالات ضده؛ لا تكفي لتحريك الدعوى الجزائية ضده، إذ لا تكون قد بدأت بعد، بخلاف الاتهام والإجراءات التحقيقية المتخذة بناء عليه، فهي التي تحرك الدعوى الجزائية في مواجهة المتهم، ولهذا نجد من اتخذ من تحريك دعوى الحق العام، معياراً للتفرقة بين المتهم والمشتبه به، وفي ذلك يقول جانب من الفقه بأن "معيار التفرقة بين المتهم والمشتبه به هو تحريك الدعوى الجزائية، وتحريكها يعني أن الدلائل التي توافرت بحق الشخص المشتبه به، كافية لتوجيه الاتهام إليه. أما الذي لا يتوافر بحقه إلا مجرد اشتباه في ارتكابه جريمة ما، أو شكوك لا تكفي لتحريك الدعوى الجزائية قبله؛ فهو الذي يطلق عليه المشتبه فيه" (أحمد، هلاي عبداله، المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي. نقلاً عن: السبهان، ١٩٩٥م، ص ٣٦ (الحاشية رقم ٢٢)).

ويستوقفنا في هذا المقام، حكم لمحكمة النقض المصرية، جاء فيه أنه "إذا كان الحكم قد أثبت أن المتهم تخلى عن الحقيبة التي كان يحملها. ولما سئل عنها، أنكر صلتها بها، الأمر الذي أثار شبهة رجال السلطة، فاستوقفوه، واقتادوه إلى الضابط القضائي، وقصّوا عليه ما حدث. وإذا وجد الضابط أن فيما أدلى به رجال الشرطة، الدلائل الكافية على اتهام المتهم، بجريمة إحراز مخدر؛ أجرى تفتيش الحقيبة، ووجد بها حشيشاً وأفيوناً؛ فإن الإجراءات تكون صحيحة، لأن استيقاف المتهم، واقتياده إلى مأمور الضبط القضائي، إنما حصل في سبيل تأدية رجال الشرطة لواجبهم إزاء الوضع المريب، الذي وضع المتهم

كذلك نصت المادة (٧٥) من قانون الإجراءات الجنائية القطري على أن [تفتيش المنازل عمل من أعمال التحقيق؛ لا يجوز إلا بإذن كتابي من النيابة العامة، بناءً على تحريات، تكشف أن حائز المسكن أو المقيم فيه، ارتكب جناية أو جنحة، أو اشترك في ارتكابها؛ أو وجدت قرائن تدل على أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة].

وفي قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، نجد المادة (٨١/١) منه تنص على أنه: [لا يجوز دخول المنازل وتفتيشها، إلا إذا كان الشخص الذي يراد دخول منزله وتفتيشه، مشتبهاً فيه بأنه فاعل جرم، أو شريك أو متدخل فيه، أو حائز أشياء تتعلق بالجرم، أو مخفٍ شخصاً مشتكى عليه].

وما يهنا في هذا المقام هو الاتهام بمفهومه العام، والذي يبرر اتخاذ الإجراءات التحقيقية، في مواجهة الشخص الذي توافرت به هذه الصفة، وفي ذلك يعرف المتهم بأنه "كل شخص اتخذت سلطة التحقيق - سواء كانت النيابة أو قاضي التحقيق - إجراء من إجراءات التحقيق في مواجهته، أو أقيمت الدعوى الجزائية عليه قانوناً؛ سواء من سلطة التحقيق، أو من جهات القضاء، أو من المدعي المدني، أو أوجد نفسه في حالة من الحالات، التي يميز فيها القانون التحفظ عليه، أو اقتياده، أو القبض عليه، أو تفتيشه أو تفتيش مسكنه" (السبهان، ١٩٩٥م، ص ٣٢).

ومن التعريف السابق، يبان لنا أن الأصل هو أن تكون الدلائل الكافية للاتهام، هي ذاتها الكافية لاتخاذ أي من إجراءات التحفظ والتحقيق ضد المتهم (من قبض وتفتيش)، وفقاً لأحكام المادة (٣٥/٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري^(١٤)، وهي سوية كفاية تختلف بطبيعة الحال عن تلك اللازمة للتوقيف الذي ينطوي على خطورة خاصة تستدعي مواجهتها برفع سوية الكفاية في الدلائل اللازمة له؛ سيما أنه يأتي بعد استجواب المتهم، وهو إجراء تفحص به قيمة الأدلة كافة جملة واحدة، بعد مواجهة المتهم به، وتلقّي رده عليها،

(١٤) من عدم كفاية وجود دلائل على وقوع جريمة، وإنما ضرورة توافر الأدلة الكافية لربط المتهم بها، ونسبتها إليه. انظر: (هرجة، بدون سنة، ص ٤٣٤).

بينه وبين الجريمة المتلبس بها. أما لو كانت الجريمة ضبطت خارج مسكن المتهم، فإن مجرد التلبس بها يبيح القبض على المتهم، وتفتيشه هو دون تفتيش مسكنه.

وفي ذلك، قضت محكمة النقض المصرية بأن "دخول المنازل لتنفيذ أمر القبض والتفتيش، لا يقتصر على دخول منزل المأذون بالقبض عليه وتفتيشه، بل إن لمأمور الضبط تنفيذ هذا الأمر، أينما وجد هذا الشخص؛ ما دام الإذن قد صدر ممن يملك إصداره، وما دام المكان الذي جرى فيه التفتيش، واقعاً في دائرة من نفذه. فدخول مأمور الضبط منزل شخص لم يأذن بتفتيش لضبط متهم فيه، لا يعد في صحيح القانون تفتيشاً بل هو مجرد عمل مادي، يقتضيه تعقب المتهم - أينما وجد، لتنفيذ الأمر بضبطه وتفتيشه" (١٨).

البند الثاني: كفاية دلائل الاتهام للتفتيش في أحوال التلبس

إذا كانت الأمارات القوية تحيز التفتيش، فمن باب أولى أن يميزه التلبس بالجريمة عياناً، إذ إن الأمارات القوية ظن راجح تؤيده أدلة ثابتة تؤدي عقلاً ومنطقاً إلى القول بصحة الاتهام، وهي مهما بلغت من القوة لا يمكن أن تتجاوز حالة التلبس التي تظهر فيها أدلة الجريمة على المتهم عياناً. وفي ذلك، قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأنه "متى كان غسيل معدة المتهم والحصول منه على أثر المخدر، لم يحصل إلا بعد أن شَم الضابط رائحة المخدر تبعث من فمه، على إثر رؤيته إياه يتلع مادة لم يتبينها؛ فإن هذا الإجراء يكون صحيحاً بناءً على حالة التلبس" (١٩).

والرأي السابق يجد سنده في ذات مفهوم التلبس وماهيته، إذ عرفه الفقهاء في فرنسا قديماً بأنه "مباغطة الجاني بالجريمة وهي ما زالت ساخنة" (مساعدة، ٢٠٠١م، ص ١٠١ (الحاشية رقم ١)).

ومن تطبيقات التفتيش بأحوال التلبس، نجد ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكم لها من أنه "إذا لاحظ الضابط

نفسه فيه" (٢٠). فمن الحكم السابق نستنتج أنه اعتبر كفاية الدلائل على الاتهام كفاية لها للتفتيش، باعتبار جواز التفتيش أثراً يترتب مباشرة على مجرد الاتهام.

كذلك، قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأنه "ليس في مجرد ما يبدو على الفرد من حيرة وارتباك، دلائل كافية على وجود اتهام، يبرر القبض عليه وتفتيشه" (٢١).

وفي قضاء محكمة التمييز الأردنية، نجدها تقرر في حكم لها بأنه "لا يكفي وقوع الجريمة، بل يجب توافر أمارات ودلائل قوية تنسب هذه الجريمة إلى مرتكبها، وتقدير هذه الدلائل يكون من سلطة الاتهام تحت إشراف محكمة الموضوع التي قد تقضي بعدم كفايتها وبالتالي استبعاد التفتيش واستبعاد الدليل المستمد منه" (٢٢).

من ناحية أخرى، يختلف التفتيش - بشكل جوهري - عن دخول المنازل بغير مذكورة في الحالات التي حددها القانون لذلك، وفي كل ما يشابهها باعتبار أنها غير محددة على سبيل الحصر، وإنما تستقيم جميعها في إطار نظرية واحدة، هي حالة الضرورة. فإذا ما شهد رجل السلطة أثناء دخوله مسكناً - بإحدى الحالات المذكورة - جريمة متلبساً بها؛ جاز له الإمساك بالمتهم، وتسليمه لأقرب مأمور ضبط قضائي. وإن كان من دخل المسكن، وشهد الجريمة، مأمور الضبط ذاته؛ فله أن يباشر جميع إجراءات التحقيق، التي أجازتها المادة (٣٤) من قانون الإجراءات الجنائية، كالقبض والتفتيش، دون أن يكون له تفتيش المسكن ذاته - على حد رأي هذا الجانب من الفقه (الفقي، بدون سنة، ص ٩٢١).

ولا تنفق مع الاجتهاد السابق، بل نرى أن كون الجريمة ضبطت داخل المسكن متلبساً بها، فإنه يجوز لمأمور الضبط القضائي تفتيش هذا المسكن، باعتبار دلالة الارتباط المكاني،

(١٥) نقض مصرية طعن رقم ١٨٣٥ تاريخ ١٩٦٠/٥/٢م، مجموعة أحكام النقض، سنة ٢٩ق، رقم ٧٩، ص ٣٩٩. عن: (الغزي، بدون سنة، ص ٧٥. وكذلك: هرقة، بدون سنة، ص ٤١٨).

(١٦) نقض مصرية جلسة ١٩٧٧/٣/٢٨م مجموعة أحكام النقض س ٢٨ رقم ٨٧ ص ٤١٦. عن: (الجوخدار، ٢٠١١م، ص ٢١٩).

(١٧) تمييز جزاء رقم ٥٩/٦٣ تاريخ ١٩٥٩/١١/٩م. عن: (ظاهر، ٢٠١٣م، ص ٣٤٩).

(١٨) نقض مصرية جلسة ١٩٨٣/٦/١٣م مجموعة الأحكام س ٣٤ قاعدة ٥١ ص ٧٥٩. عن: (الفقي، بدون سنة، ص ٩٢٣).

(١٩) نقض مصرية جلسة ١٩٤٦/١١/١١م، مجموعة القواعد القانونية، ج ٧، رقم ٢٣١، ص ٢٢٩. عن: (غانم، ٢٠٠٨م، ص ٧٥).

وأغلب القوانين المقارنة، تساوي بين تفتيش المتهم وتفتيش مسكنه بأحوال التلبس، من ذلك ما تقرره المادة (٤٦) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني من أن [موظفي الضابطة العدلية ... ملزمون في حال وقوع جرم مشهود، أو حالما يطلبهم صاحب البيت، أن ينظموا ورقة الضبط، ويستمعوا لإفادات الشهود، وأن يجروا التحريات وتفتيش المنازل، وسائر المعاملات التي هي في مثل هذه الأحوال من وظائف المدعي العام].

كذلك نجد ما تقرره المادة (٤٣) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠م من أن [لرجل الشرطة، إذا شهد ارتكاب جناية أو جنحة، أو حضر إلى محل الحادث والجريمة لا تزال مشهودة؛ أن يقوم بتفتيش المتهم أو مسكنه].

أما قوانين الإجراءات الجزائية بكل من الإمارات والبحرين والسعودية فتشترط - فوق قيام حالة التلبس - ضرورة توافر أمارات قوية على إخفاء أشياء تفيد في كشف الحقيقة، حيث تنص المادة (١/٥٣) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي على أنه [لا يجوز لمأمور الضبط القضائي تفتيش منزل المتهم غير إذن كتابي من النيابة العامة ما لم تكن الجريمة متلبساً بها وتتوفر أمارات قوية على أن المتهم يخفي في منزله أشياء أو أوراقاً تفيد كشف الحقيقة ويتم تفتيش منزل المتهم وضبط الأشياء والأوراق على النحو المبين بهذا القانون].

أما في قانون الإجراءات الجزائية البحريني، فتتضمن المادة (٦٧) منه على أن [لمأمور الضبط القضائي في حالة التلبس بجناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر أن يفتش منزل المتهم ويضبط فيه الأشياء والأوراق التي تفيد في كشف الحقيقة إذا اتضح له من أمارات قوية أنها موجودة فيه].

كذلك تنص المادة (٤٤) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي على أنه [يجوز لرجل الضبط الجنائي في حال التلبس بالجريمة أن يفتش مسكن المتهم ويضبط ما فيه من الموجودات التي تفيد في كشف الحقيقة؛ إذا اتضح من أمارات قوية أنها موجودة في المسكن].

المشتبه به، يدس شيئاً تحت قدميه، لدى مشاهدته الضابط؛ فطلب إليه النهوض والانتقال من موضعه، فلما ابتعد وجد الضابط في مكان قدمه، ورقة من السلوفان، بها قطعة من الأفيون؛ فإن مؤدى ذلك قيام دلائل كافية على اتهامه بإحراز المخدر، مما يسوغ القبض عليه وتفتيشه^(٢٠).

إلا أنه وبالرغم من حقيقة أن التلبس يكون في أغلب الأحوال، أكثر حالات ثبوت الجريمة وضوحاً وتأكيذاً، إلا أن التلبس - في حقيقة الأمر - نوعان هما:

١- تلبس حقيقي، وفيه تثبت نسبة التهمة إلى التلبس بالجريمة، شرط أن يضبط فيه المتهم ذاته متلبساً بارتكاب جريمته، لتثبت به نسبة الجريمة إليه بشكل قطعي.

٢- تلبس حكمي، وفيه لا تثبت بالضرورة - وبشكل آلي وطريقة حتمية، نسبة التهمة إلى التلبس بالجريمة، إذ تبدو عليه بعض الآثار التي يمكن أن تربطه بها، أو تضبط معه متحصلات أو أدوات يمكن أن تنسبها إليه؛ إلا أن دلالة كل ذلك لا تكون قطعية بالضرورة، وإنما لابد من توافر الدلائل الكافية لربط من وجدت عليه تلك الآثار، أو وجدت معه تلك الأدوات والمتحصلات بالجريمة التي يدعى تلبسه الحكمي بها.

وعليه، فحتى وقوع حالة من التلبس بالجريمة، إذا كان يبرّر قيام رجال الضبط الجنائي بتفتيش التلبس بارتكابها، فإن ذلك مشروط بثبوت نسبة التهمة إلى التلبس بها. وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن "حالة التلبس لا تعد من قبيل الأدلة الكافية، على نسبة الجريمة إلى المتهم، إلا إذا وجد الجاني وهو يرتكب الجريمة. أما فيما عدا ذلك، فلا بد من وجود الدلائل الكافية على نسبة الجريمة إلى شخص معين، ويتولى مأمور الضبط القضائي تقدير كفاية هذه الأدلة، ويخضع تقديره ذلك لرقابة المحقق وقاضي الموضوع"^(٢١).

(٢٠) نقض مصرية جلسة ١٩٥٧/٢/٤م مجموعة أحكام النقض س ٨ رقم ٣٤ ص ١١١. عن: (الجوخدار، ٢٠١١م، ص ٢٢٠).

(٢١) نقض مصرية جلسة ١٩٧٠/١/١٩م، مجموعة أحكام النقض، سنة ٢١ق، رقم ٣٢، ص ١٣٧. عن: (الغزي، بدون سنة، ص ٩٩).

المتهم، باعتبار أن الأصل ألا علاقة مباشرة له بالجريمة، في حين اكتفى في تفتيش ذات المتهم بعبارة "دلائل كافية".

والتمييز السابق، يفسر الاختلاف في الصياغة التشريعية بين النص على تفتيش مسكن المتهم، وبين تفتيش مسكن غير المتهم، من ذلك قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني الذي تنص المادة (٨١/١) منه على أنه: [(١) لا يجوز دخول المنازل وتفتيشها، إلا إذا كان الشخص الذي يراد دخول منزله وتفتيشه، مشتبهاً فيه بأنه فاعل جرم، أو شريك أو متدخل فيه، أو حائز أشياء تتعلق بالجرم، أو مخفٍ شخصاً مشتكى عليه]. كما وتنص المادة (٨٦/١) من ذات القانون على أن [للمدعي العام أن يفتش المشتكى عليه. وله أن يفتش غيره، إذا اتضح من أمارات قوية أنه يخفي أشياء تفيد في كشف الحقيقة].

وفي قانون الإجراءات الجنائية القطري، تنص المادة (٧٥) منه على أن [...] لعضو النيابة العامة أن يفتش المتهم. ولا يجوز له تفتيش غير المتهم، أو مسكن غير المتهم؛ إلا إذا اتضح من أمارات قوية أنه حائز لأشياء تفيد في كشف الحقيقة].

وكذلك الحال في قانون الإجراءات الجنائية المصري، والذي نص في المادة (٩٤) منه على أن [لقاضي التحقيق أن يفتش المتهم. وله أن يفتش غير المتهم، إذا اتضح من أمارات قوية أنه يخفي أشياء تفيد في كشف الحقيقة].

وفي ذلك تنص المادة (٨١) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي على أن: [للمحقق أن يفتش المتهم. وله تفتيش غير المتهم، إذا اتضح - من أمارات قوية، أنه يخفي أشياء تفيد في كشف الحقيقة...].

والناظر إلى مجمل النصوص السابقة، يجدها تفرق بين مستويين من كفاية الدلائل للتفتيش، هما (عاصي، ١٩٩٨م، ص ١٥٦):

(أ) تفتيش المتهم: ولا قيد عليه سوى الاتهام؛ فكفاية الدلائل للاتهام، هي ذاتها الكفاية اللازمة للتفتيش، كما هو ظاهر من النصوص السابقة.

(ب) تفتيش غير المتهم: وفي هذه الحالة، وطالما لم تتوافر به بطبيعة الحال دلائل مسبقة على الاتهام بالجريمة محل التفتيش؛ كان لابد من توافر "أمارات قوية" - بحسب تعبير المادة - على أنه يخفي أشياء تفيد في كشف الحقيقة.

إلا أننا نجد أن قانون الإجراءات الجنائية القطري رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٤م انفرد بحكم خاص عن القوانين السابقة، إذ يقرر أن مجرد التلبس بالجريمة، لا يخول مأمور الضبط - في بعض القوانين، وبشكل آلي؛ تفتيش مسكن الشخص المتلبس بها، إلا في مجموعة من الجرائم الأكثر خطورة وجسامة، حيث نصت المادة (٥٠) منه على أنه: [مع مراعاة أحكام المادة (٧٥) من هذا القانون، يجوز لمأمور الضبط القضائي، أن يجري تفتيش مسكن المتهم، في حالة التلبس بإحدى الجنايات الآتية، إذا توفرت أمارات قوية على أنه يخفي في مسكنه أشياء أو أوراقاً تفيد في كشف الحقيقة: (١) الجنايات الموجهة ضد أمن الدولة الخارجي أو الداخلي. (٢) جنايات الإرهاب. (٣) جنايات القتل العمد. (٤) الجنايات المنصوص عليها في قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية الخطرة وتنظيم استعمالها والإتجار فيها. (٥) الجنايات المنصوص عليها في قانون الأسلحة والذخائر والمتفجرات...].

وعلى كل حال، فلا يشترط لصحة التلبس بالجريمة - وما تفضي إليه من صحة التفتيش المجرى على إثره، ثبوت الجريمة بنتيجة التحقيق أو المحاكمة. وفي ذلك، قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن التلبس "حالة أو صفة تلازم الجريمة ذاتها لا شخص مرتكبها، ومتى قامت في الجريمة صحت إجراءات القبض والتفتيش في حق من له اتصال بها، سواء كان فاعلاً أو شريكاً. ولا يشترط لقيام حالة التلبس، أن يؤدي إلى ثبوت الجريمة قبل مرتكبها"^(٢٢).

كذلك فلا يشترط لثبوت حالة التلبس، بقاء آثارها المادية المثبتة لها قائمة؛ فقد تكون في بعض الأحوال ذات طبيعة معنوية لا مادية، بمعنى ألا تتخلف عنها آثار مادية دالة عليها (مساعدة، ٢٠٠١م، ص ١٠٨-١٠٩).

الفرع الثاني: الممايزة في كفاية دلائل الاتهام للتفتيش بين تفتيش المتهم وغيره

تحرز القانون من المساس غير المبرر لحقوق الأفراد وحرياتهم، فاشتراط توافر "أمارات قوية" في تفتيش غير

(٢٢) نقض مصرية جلسة ٢٠٠٦/٦/١٩٨٦م، مجموعة أحكام النقض، سنة ٣٧، رقم ٤٥، ص ٢١٧. عن: (مساعدة، ٢٠٠١م، ص ١٠٣).

المبحث الثاني:

ارتباط كفاية الدلائل للتفتيش بالغاية منه

وفي هذا المبحث، نتحدث عن وجود فائدة للتحقيق كأساس لارتباط كفاية الدلائل للتفتيش بالغاية المرجوة منه (المطلب الأول) ومظاهر ارتباط كفاية الدلائل للتفتيش بالغاية منه والمتمثلة في قاعدتي تخصيص التفتيش (المطلب الثاني) وتحديد (المطلب الثالث).

المطلب الأول: وجود فائدة للتحقيق كأساس لارتباط كفاية

الدلائل للتفتيش بالغاية منه

لا يكفي للتفتيش، مجرد كفاية الدلائل للاتهام، وإنما لابد - فوق ذلك - من توافر الدلائل الكافية للقول بوجود أشياء تفيد التحقيق، لدى من يراد تفتيشه أو سكنه؛ ليس هذا فحسب، بل وعدم وجود طريق آخر للوصول إلى الدليل بغير طريق التفتيش. وإلا فإن حدث ووقع التفتيش، رغم إمكانية الوصول إلى الدليل بغير طريق التفتيش، كان مثل هذا التفتيش غير مبرر، ما يجعله بالتالي تعسفياً، ويؤدي بالنتيجة إلى بطلانه (الديجاني، بدون سنة، ص ١١٥). وهي ما يمكن تسميتها بالكفاية المركبة فوق دلائل الاتهام، والتي نتولى تفصيلها لاحقاً.

وعليه، فإن مجرد اتهام المدعي عليه بجناية - ولو مشهودة، لا يكفي لتبرير التفتيش، بل لابد فوق ذلك من توافر قرائن قوية، على أنه يحوز في مسكنه، الأدلة المادية لتلك الجناية (الجوخدار، ٢٠١١م، ص ١٨٨).

وفي ذلك، قضت محكمة النقض بأنه "يجب أن تكون هنالك فائدة يحتمل الحصول عليها بالتفتيش، وإلا كان التفتيش تحكيمياً"^(٣٣).

كذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن التفتيش "لا يجد سند مشروعيته، فقط في كون الجريمة المتلبس بها، تميز لمأمور الضبط القضائي تفتيش شخص المتهم؛ بل إن مشروعية هذا الإجراء تتوقف أيضاً على الاعتقاد بتوافر

وسند التفرقة السابقة واضح؛ ففي حالة المتهم، تقوم قرينة بسيطة على وجود أشياء تفيد في كشف الحقيقة نوعاً، واشتراط سوية كفاية أقل قوة من تلك المشترطة في تفتيش غير المتهم. فتوافر المستوى الأول بحق المتهم يجعل من العقل والمنطق افتراض توافر المستوى الثاني بحقه، باعتبار أن ثبوت اتهام شخص ما بارتكاب جرم معين، يجعل من وجود أدلة جرمية تفيد التحقيق - سواء معه أو في مسكنه، أمراً قريب الاحتمال. وهو ما تقوم معه قرينة، تعفي النيابة من إثبات كفاية الدلائل على وجود أشياء تفيد التحقيق، مع المتهم أو في مسكنه.

لكن القرينة السابقة ليست قرينة مطلقة، إنها هي قرينة بسيطة، يمكن إثبات عكسها؛ إذ يجوز للمتهم إبطال التفتيش، بإثبات أن النيابة كانت تعلم بعدم وجود أدلة تفيد التحقيق، مع المتهم أو في منزله، ورغم ذلك عمدت إلى تفتيشه تعسفياً. ويؤيد ذلك، ما ذهب إليه جانب من الفقه، من الاكتفاء بالدلائل اللازمة للاتهام، كدلائل كافية لتفتيشه؛ دون ضرورة قيام دلائل متمايزة، على أن المتهم يحوز أشياء تفيد في كشف الحقيقة (الدرعان، ٢٠١٣م، ص ٦٥٩).

أما لتفتيش غير المتهم، فلا تقوم القرينة التي ذكرنا، باعتبار أن الغير لم يتوافر المستوى الأول بحقه هو، والقرينة التي أسلفنا القول عنها، قائمة على أساس الاتهام الذي يشكل جوهرها وأساس تقريرها. ولما كان غير المتهم، لا يتوافر بها مثل هذا الأساس المتمثل في الاتهام، فكان لازماً على النيابة أن تثبت هي توافر المستوى الثاني من كفاية الدلائل للتفتيش؛ ألا وهو كفايتها للقول بوجود أشياء تفيد التحقيق لدى الغير، سواء معه أو في سكنه. وهذا ما حدا بالمشروع الجزائي، للممايزة بين تفتيش المتهم وتفتيش غيره، واشتراط توافر الدلائل الكافية للقول بوجود أشياء تفيد التحقيق في تفتيش الغير، دون اشتراط ذلك في تفتيش المتهم.

والأمارات الكافية لتفتيش غير المتهم هي الأمارات القوية، أي تلك الجدية، والمنطوية على درجة من الخطورة، مما يخرج من نطاقها - بطبيعة الحال - مجرد الشبهات (عاصي، ١٩٩٨م، ص ١٥٦)؛ أي الاستنتاجات الذهنية، غير المؤيدة بأدلة ذات أساس مادي.

(٢٣) نقض مصرية ١٠/١/١٩٣٨م مجموعة القواعد القانونية ج ٤ رقم

١٤٩ ص ١٤٢. عن: (الدهبي، ١٩٩٠م، ص ٤٢٢).

ومن الأمثلة التي يمكن توظيفها بهذا الخصوص، ما يطرحه الفقه، كمثال على الشبهة التي تبرّر الاستيقاف، كرفض صاحب السيارة التوقف بعد أن طلب منه رجل الشرطة له ذلك، بل زاد من السرعة فجأةً، وتعدى نقطة التفتيش؛ فذلك مما تقوم معه شبهة، تبرّر اللحاق بتلك السيارة، وإجبارها على التوقف (الجهني، ٢٠١٢م، ص ٦٩).

ففي المثال السابق، لا يرد القول بأن حالة التلبس التي ثبتت بارتكاب مخالفة رفض الاستجابة لأوامر رقيب السير - وهي من الجرائم المرورية بطبيعة الحال، تبرّر تفتيش السيارة وصاحبها؛ ذلك أنه يلزم للتفتيش ضرورة وجود دلائل كافية، على أن بالسيارة - أو مع صاحبها - أدلة على الجريمة المتلبس بها. والواقع أن جريمة رفض التوقف، أو الاستجابة لأوامر رقيب السير؛ لا أدلة مادية عليها، يمكن إخفاؤها بالسيارة أو مع صاحبها.

وما سبق، يجعلنا أمام مستويين اثنين لكفاية الدلائل للتفتيش (كفاية مركبة)، هما:

١ - مستوى أول، يتمثل في قيام الدلائل الكافية، لاتهام أحد الأشخاص - سواء المراد تفتيشه أو سكته أو غيره، بارتكاب جريمة معينة - هي محل التحقيق - إلى ذلك الشخص، وهو ما يمكن تسميته بكفاية الدلائل لثبوت سبب التفتيش.

٢ - مستوى ثانٍ، يتمثل في قيام الدلائل الكافية للقول بوجود أشياء ومتعلقات ترتبط بالجريمة محل الاتهام - والمذكورة في المستوى الأول، وتفيد في التحقيق بها، وهي ما يمكن تسميتها بكفاية الدلائل لثبوت غاية التفتيش.

وتوافر المستوى الأول بحق المتهم، يجعل من العقل والمنطق افتراض توافر المستوى الثاني بحقه - باعتبار أن ثبوت اتهام شخص ما بارتكاب جرم معين، يجعل من وجود أدلة جرمية تفيد التحقيق معه - أو في مسكنه - أمراً قريب الاحتمال، وهو ما تقوم معه قرينة قضائية تعفي النيابة من إثبات كفاية الدلائل على وجود أشياء تفيد التحقيق مع المتهم أو في مسكنه. ويؤيد ذلك، ما ذهب إليه جانب من الفقه من الاكتفاء بالدلائل اللازمة للاتهام لتفتيش المتهم، كدلائل كافية لتفتيشه، دون ضرورة قيام دلائل متميزة على أن المتهم يحوز أشياء تفيد في كشف الحقيقة (الدرعان، ٢٠١٣م، ص ٦٥٩).

أمارات قوية، على أن المتهم يحوز - أو يخفي - أشياء تفيد في كشف الحقيقة عن الجريمة المرتكبة^(٢٤).

وشرط الوصول إلى الحقيقة لصحة التفتيش، هو الغرض الذي من أجله يقبل المشرع بتقييد الحرية الشخصية، والمساس بها وبالحق في السرّ. وفي هذا المعنى قضي بأن "تفتيش الأشخاص، الذي تبشره سلطات التحقيق - بالشروط وفي الحدود التي رسمها القانون؛ هو ذلك التفتيش الذي رخص الشارع فيه التعرض لحرية الشخص، لمناسبة جريمة وقعت، أو ترجّح وقوعها منه، تغلياً لمصلحة عامة على مصالح الأفراد الخاصة، وخوّل رعاية هذه المصلحة العامة سلطة التحقيق إجراء التفتيش، لاحتمال الوصول إلى دليل مادي، يفيد في كشف الحقيقة"^(٢٥).

أما فيما اصطلح عليه جانب من الفقه "بالجرائم المعنوية"، وهي التي لا تخلف وراءها دليلاً مادياً، يشير إليها، ويثبت ارتكابها، ونسبتها إلى المتهم بها؛ فلا يصح اتخاذ البحث عنها أساساً كافياً لإجراء التفتيش (الدرعان، ٢٠١٣م، ص ٦٥٧). وفي ذلك، يشير الفقه إلى أن هنالك من الحالات، التي يمكن أن تنسب فيها إلى المتهم ارتكاب جريمة ما، دون أن يكون لأية سلطة تفتيشه؛ باعتبار أن الجريمة - بحكم طبيعتها - لا تخلف آثاراً مادية وراءها، تقتضي التفتيش؛ كجرائم السبّ والقتل (الغزي، بدون سنة، ص ١٠٠. وكذلك: السعيد، ٢٠١٠م، ص ٤٥٥)، وجريمة الامتناع عن أداء الشهادة (مهدي، ٢٠١٥م، ص ٦٤٢).

على أن شرط وجود فائدة للتفتيش، لا يعني أن يكون الدليل المراد ضبطه، هو الوحيد على الجريمة؛ إنما يكفي أن يساهم في الوصول إلى الحقيقة، ولو مع أدلة أخرى معه، ما يعني أن سبق وجود أدلة أخرى على الجريمة، لا تنفي فائدة التحقيق عن التفتيش؛ لأن تقدير الاقتناع بأدلة الدعوى الجنائية يعود لمحكمة الموضوع، التي لها - كأصل عام - أن تبني قناعتها الوجدانية من أي دليل شاءت، وهي في ذلك قد يختلف تقديرها عن تقدير المحقق (مهدي، ٢٠١٥م، ص ٦٤٢).

(٢٤) نقض مصرية جلسة ١٠/١/١٩٥٦م، مجموعة أحكام النقض، سنة ٧ق، رقم ٩، ص ٢١. عن: (الغزي، بدون سنة، ص ٩٩).

(٢٥) نقض مصرية طعن رقم ٧٣٥ لسنة ٢٥ق جلسة ١٠/١/١٩٥٦م. عن: (ظاهر، ٢٠١٣م، ص ٣٩٢-٣٩٣).

إلا أن القرينة السابقة ليست قرينة مطلقة، إنما هي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها؛ إذ يجوز للمتهم إبطال التفتيش، بإثبات أن النيابة كانت تعلم بعدم وجود أدلة تفيد التحقيق بمنزل المتهم، ورغم ذلك عمدت إلى تفتيشه تعسفياً.

أما فيما يتعلق بالمستوى الثاني - والخاص بتفتيش غير المتهم، فيدخل البعض شرط العنصر الإضافي لكفاية دلائل التفتيش - والمتمثل في وجود أشياء تفيد في كشف الحقيقة - ضمن جدية التحريات، المشتربة لمشروعيتها ابتداءً. إلا أننا نرى أن وجود أشياء تفيد في كشف الحقيقة، وإن كانت تدخل في معنى جدية التحريات، إلا أن لها في إجراء التفتيش معنى مخصوصاً؛ فلا يكفي مثلاً مجرد تقديم بلاغ أو شكوى من أحدهم لتبرير التفتيش، ولا حتى ما يتناهى إلى سمع رجل الضبط الجنائي، مما يتردد على السنة الناس (غانم، ٢٠٠٨م، ص ٥٦). إذ كل ذلك لا يعدو في ذاته، أن يكون ادعاءً مجرداً يعوزه الدليل، وإنما لابد من وجود قرائن قوية على أن الأشياء - المطلوب التفتيش عنها - موجودة لدى الشخص المراد تفتيشه أو تفتيش منزله، أي لابد من وجود فائدة للتحقيق، يحتمل الوصول إليها من خلال التفتيش. وإلا كان التفتيش إجراءً تعسفياً، ووسيلة للافتئات على حقوق الأفراد وحررياتهم (آل هادي، ٢٠٠٤م، ص ٢٢١)، مما يؤدي إلى بطلانه، وتجريده من أية صفة قانونية له، ليصبح بالتالي مجرد عمل مادي (عاصي، ١٩٩٨م، ص ١٤٩) لا أثر قانوني له، لا بل اعتداءً مادياً يستوجب المسؤولية.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأنه "إذا ندب مأمور الضبط القضائي لتفتيش مسكن، بحثاً عن أسلحة غير مرخص بها؛ فعثر بين مراتب السرير على محفظة من الجلد، ففتحها، فوجد بها ورقة، ففحصها، فعثر فيها على مادة مخدرة؛ فإن التلبس لا يتحقق بذلك، إذ لا يقتضي البحث عن السلاح تفتيش المحفظة، ولا يستلزم فحص ورقة صغيرة، لا يُعقل أن تحتوي على شيء مما يجري البحث عنه"^(٢٦).

(٢٦) نقض ١٩٨١/١٢/٢٤م مجموعة أحكام النقض س ٣٢ رقم ٢١٤ ص ١٢٠٠. عن: (فاروق، ٢٠١٢م، ص ٤٧٩).

وفي حكم آخر لها، قضت محكمة النقض المصرية بأنه "لما كان من غير المتصور، أن يقتضي بحث الضابط عن سلاح مع المتهم، عند تفتيشه له تفتيشاً وقائياً، أو عن أشياء قد تساعده على الهرب؛ أن يقوم بالبحث عن ذلك داخل علبة ثقباب، وهي لا تصلح لوضع أي منها داخلها، فإن ذلك التفتيش منه - بالكيفية التي تم بها، يكون متجاوزاً للغرض الذي شرع من أجله، ويكون قد استطال لغرض آخر، وهو سعي من أجراء للبحث عن جريمة لا صلة لها بذلك النوع من التفتيش، الأمر الذي يكون معه الدفع ببطلانه سديداً في القانون"^(٢٧).

كذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه "إذا كان الضابط مكلفاً من النيابة بالتفتيش - بحثاً عن أسلحة وذخائر، وقال الضابط أن المتهم اشتهر عنه الإتجار بالمخدرات، وأنه لذلك وضع يده في جيب معطفه الداخلي الأيمن، فوجد به لفافة صغيرة بها قطعة أفيون، فإنه - وقد كان الترخيص بالبحث عن السلاح هو لغرض معين - فلم يكن للضابط أن يتجاوز هذا الغرض إلى التفتيش لغرض آخر؛ إذ لا يتصور أن يقتضي البحث عن السلاح أو الذخيرة، فحص لفافة صغيرة، لا تصلح لوضع سلاح أو ذخيرة بداخلها"^(٢٨).

في مقابل ذلك، راقبت محكمة النقض المصرية على مدى توافر الدلائل الكافية على وجود أدلة مادية على الجريمة أو أشياء تفيد في كشف الحقيقة فيها، حيث قضت بأن "ملاحظة الضباط انتفاخ جيب جلباب المتهم، وبروز بعض أوراق السلوفان، التي تستخدم في تغليف المخدرات، من هذا الجيب؛ قرينة قوية على أنها تخفي معها شيئاً يفيد في كشف الحقيقة، مما يميز لمأموري الضبط القضائي تفتيشها"^(٢٩).

والحكمة من ضرورة توافر دلائل كافية على وجود أدلة مادية - تثبت أو تنفي الجريمة محل الاتهام، لإجراء التفتيش؛

(٢٧) نقض مصرية الطعن رقم ٣٢٠٠ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٤م مجموعة الأحكام س ٣٨ ص ١١٣٩. عن: (الفقي، بدون سنة، ص ١٠٩٤).

(٢٨) نقض مصرية ١٩٧١/١١/١٥م مجموعة أحكام النقض س ٢٢ رقم ١٥٩ ص ٦٥٦. عن: (بهنام، ١٩٧٧م، ص ٧٥ (الحاشية رقم ٤٨)).

(٢٩) نقض مصرية جلسة ١٩٧٠/٣/٢٩م مجموعة أحكام النقض س ٢١ رقم ١١٥ ص ٤٧٨. عن: (السعيد، ٢٠١٠م، ص ٤٨٠).

أعمال التحقيق، ما يتطلب معه قيام الاتهام (بمعنصره الموضوعي والشخصي) ارتكاب جريمة معينة بذاتها.

ويربط البعض - بحق - بين قاعدة تخصيص التفتيش، وبين الرقابة على تقدير مدى كفاية الدلائل لإجراء التفتيش؛ حيث يقرر أن مثل هذه الرقابة، إنها فرضت لضمان أن يكون التفتيش مستهدفاً كشف أحد أدلة الجريمة، لا الكشف عن الجريمة ذاتها (سرور، ٢٠١٥م، ص ٩٢٤)؛ إذ إن هذا الأخير يخرج أصلاً وأساساً عن نطاق وظيفة التحقيق وماهيته، وفي هذا ضمانة هامة وجوهرية لحقوق وحريات الأفراد من عسف السلطة وحيفها.

ويقصد بالكشف عن الحقيقة، كل ما يفيد تدعيم الاتهام أو إثبات البراءة؛ وهو تأكيد لمبدأ الحياد الذي يتوجب أن يسود عمل النيابة في مرحلة التحقيق الابتدائي (حسني، ١٩٨٨م، ص ٦٥٩).

كذلك، فإن قاعدة تخصيص التفتيش تعني بالضرورة استهدافه الغاية التي حددها القانون له ألا وهي فائدة التحقيق، وإلا فإن التفتيش يكون مشوباً بالتعسف في استعمال السلطة، وهو ما يتحقق في حالتين: الأولى: في حال كانت من طبيعة الجريمة ذاتها، ألا تترك آثاراً مادية وراءها، تصلح لأن تكون محلاً للتفتيش؛ كما هو الحال في جرائم السب والقذف. والثانية: إجراء التفتيش في جريمة اتضحت أدلتها، ما لا يكون معه الغرض من التفتيش بعد ذلك سوى الانتقام من المتهم، أو البحث عن أدلة جريمة أخرى لم يتناولها التحقيق الأولي (حسني، ١٩٨٨م، ص ٦٥٩)، إضافة إلى الحالة التي يسبق فيها ضبط أدلة الجريمة فعلياً نتيجةً للتفتيش، ومع ذلك يستمر القائم به في التفتيش، وهو ما يمكن تسميته "بالتهادي في التفتيش".

وقاعدة تخصيص التفتيش تتعارض مع إتاحتها لمجرد الاشتباه العام، المتمثل في أولئك الموضوعين تحت الرقابة، وهو ما يفضي إلى عدم الاتفاق مع الحكم المضمن في المادة (٥٤) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي رقم (٣٥) لسنة ١٩٩٢م والتي نصت على أنه: [للمأمور الضبط القضائي - ولو في غير حالة التلبس بالجريمة، أن يفتش منازل الأشخاص الموضوعين - بنص القانون أو بحكم القضاء - تحت المراقبة؛ إذا وجدت أمارات قوية تدعو للاشتباه في ارتكابهم جناية أو جنحة].

هي التأكد مما إذا كانت هنالك فائدة تُرجى من التفتيش، بحيث تقوم بها المصلحة النافية لمظنة التحكّم والتعسف من قبل السلطة القائمة على التفتيش، والمبررة في الوقت ذاته - من ناحية أخرى - المساس بحقوق وحريات الأفراد الشخصية، ومن ضمنها الحق في السر والحق في الخصوصية وحرمة المساكن (الجوخدار، ٢٠١١م، ص ١٣٧).

أخيراً، فتجدر الإشارة إلى أن بعض القوانين تحزرت في منع التعسف في التفتيش وتأكيد الصفة الاستثنائية له إلى درجة تقرير عدم جواز التفتيش إلا إذا اقتضته ضرورة التحقيق، ولم توجد وسيلة أخرى للحصول على الدليل بغير التفتيش. من ذلك ما نصت عليه المادة (٨٠) من هذا القانون على أنه: [يجوز تفتيش الشخص أو مسكنه أو رسائله - بمعرفة المحقق أو بأمر منه، لضبط الأشياء التي استعملت في الجريمة، أو نتجت عنها، أو تعلقت بها؛ متى استلزمت ذلك ضرورة التحقيق، ولم توجد وسيلة أخرى للحصول عليه].

المطلب الثاني: قاعدة تخصيص التفتيش

وفي هذا المطلب، نبدأ بالبحث في مفهوم قاعدة تخصيص التفتيش ومحدداتها (الفرع الأول) لننتقل بعدها للبحث في تبني هذه القاعدة في التشريعات المقارنة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم قاعدة تخصيص التفتيش ومحدداتها

يشترط لجواز التفتيش، علاوة على توافر الدلائل الكافية للاتهام، تخصيص التفتيش بالفائدة المرجوة من التحقيق، ما يعني ارتباط كفاية دلائل التفتيش بقاعدة تخصيص التفتيش بأدلة الجريمة.

ويضع الفقه في هذا الخصوص قاعدة جوهرية تتمثل في "تخصيص التفتيش بأدلة الجريمة"، فنظراً لخطورة إجراء التفتيش ومساسه بحرمة الأشخاص وخصوصياتهم، فإنه يلزم لإجرائه التقيد بهذه القاعدة؛ ما لا يجوز معه التفتيش لمجرد التحري فيما إذا كانت هنالك جريمة من عدمه، وإنما لابد من وجود اتهام صريح أو ضمني بارتكاب جريمة معينة بذاتها، بناء على دلائل كافية لذلك (آل هادي، ٢٠٠٤م، ص ٢١٨). وهذه القاعدة هي - بطبيعة الحال - نتيجة منطقية لكون التفتيش من

إلا أن جانباً من الفقه يقرر أنه في حال انتفت هذه الدلائل، المثبتة لعنصر وجود فائدة من التفتيش، فإن التفتيش لا يبطل بالجملة، إنما يتحول إلى مجرد تفتيش وقائي لا تحقيقي (شمس الدين، ٢٠١٢م، ص ١٨٢). ولا نتفق مع هذا الرأي، لسببين: أولهما أنه وحتى التفتيش الوقائي يجب أن تثبت الظروف توافر الحاجة إليه، مثل هذه الظروف وملابس التفتيش، قد تتضمن ما يثبت عدم وجود الحاجة إليه أساساً، التي قد تتضمن ما يثبت عدم وجود الحاجة إليه أساساً، وهو ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية في بعض أحكامها.

أما ثانيهما، فإنه لا يصح القول بأن كلاً من بطلان التفتيش والتفتيش الوقائي، يشتركان بالنتيجة المتمثلة في عدم ترتيب أثر قانوني على أي منهما - ما يجعلهما بهذه الحالة في حكم الماهية الواحدة والحكم الواحد؛ فإذا كان لا يجوز الاعتماد على الدليل المضبوط نتيجة للتفتيش الباطل، فإن التفتيش الوقائي قد يشف عن حالة من التلبس، إذا ضبط بنتيجته ما يمكن أن تعد حيازته في ذاتها جريمة.

وعلى كل حال، فقاعدة تخصيص التفتيش، يحدد نطاقها بالأعمال القانونية المعد لها سلفاً، دون تلك التي تظهر عرضاً أو صدفة أي بشكل تلقائي، من ذلك ما تنص عليه المادة (٥٠) من قانون الإجراءات الجنائية المصري من أنه [لا يجوز التفتيش إلا للبحث عن الأشياء الخاصة بالجريمة، الجاري جمع الاستدلالات أو حصول التحقيق بشأنها. ومع ذلك، إذا ظهر عرضاً - أثناء التفتيش - وجود أشياء تعد حيازتها جريمة، أو تفيد في كشف الحقيقة في جريمة أخرى؛ جاز للمأمور الضبط القضائي أن يضبطها].

وفي ذات الاتجاه، نجد ما تنص عليه المادة (٥٦) من قانون الإجراءات الجنائية القطري رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٤م من أنه [لا يجوز التفتيش إلا للبحث عن الأشياء الخاصة بالجريمة، الجاري جمع الاستدلالات - أو حصول التحقيق - بشأنها. وإذا ظهر عرضاً أثناء التفتيش، وجود أشياء تعد حيازتها جريمة، أو تفيد في كشف الحقيقة في جريمة أخرى؛ قام مأمور الضبط القضائي بضبطها].

ولعل ما جعل المادة السابقة، تكتفي لجواز التفتيش وجود أمارات قوية على الاشتباه - لا على الاتهام، هو اعتبارها أن مجرد وضع المشتبه بهم تحت الرقابة، يجعل من مجرد الاشتباه بهم كافياً للتفتيش، لأنها تعتبر الشبهة العامة التي تقررت بوضعهم تحت الرقابة، عنصراً مكماً للشبهة الخاصة التي شكلتها القرائن القوية المذكورة في المادة؛ لتصبح في المحصلة مساوية للدلائل الكافية على الاتهام.

وتخصيص التفتيش مرتبط بسند مشروعيته، فالتفتيش كأصل عام اعتداء على الحق في الخصوصية والحق في السر، ولا تبرره استثناء من ذلك إلا فائدة التحقيق، بل حتى قاعدة تخصيص التفتيش مرتبطة بذات ماهية التفتيش؛ فلا يكون تفتيشاً أصلاً في رأي الباحث - وإنما محض اعتداء مادي؛ ذلك الذي لا ينصب على البحث عن الشيء أو الأشياء التي تفيد التحقيق.

ولا يصح قانوناً تجاوز قاعدة تخصيص التفتيش، حتى بأحوال رضا صاحب المنزل بتفتيشه بغير مذكرة، وهو ما يحدد في رأي الباحث مصدر قاعدة تخصيص التفتيش، ومن أنها غير مستمدة من الإذن بالتفتيش؛ سواء أكان من سلطة التحقيق، أو من صاحب المسكن نفسه. ولهذا، نجد ما قضت به محكمة النقض المصرية، في حكم جاء فيه أنه "إذا كان الضابط الذي فتش منزل المتهم، قد دخله وفتشه بوجه قانوني، بناء على رضا حر صريح منها - مع علمها بظروف التفتيش والغرض منه، وهو البحث عن المبلغ الذي اتهمها الطاعن بسرقة، فإن هذا الإذن يبيح له تفتيش مسكنها، في كل مكان يرى هو احتمال وجود المبلغ المسروق أو بعضه فيه، وبأي طريقة يراها موصلة لذلك. ومتى كان قد تبين أثناء التفتيش، وجود علبة للسجائر، وقدر أنه يوجد بها جزء من المبلغ المسروق، وظهر عرضاً أنها تحتوي على قطع من الحشيش، تفوح منها رائحته؛ فإنه بذلك يكون حيال جريمة متلبس بها، ويكون من واجبه ضبط ما كشف عنه هذا التفتيش، بوصف كونه مأموراً للضبطية القضائية، يباشر عملاً من حقه إجراؤه قانوناً"^(٣٠).

(٣٠) نقض مصرية ٢٧/٥/١٩٦٣م مجموعة الأحكام س ١٤ رقم ٩٠. عن: (سلامة، ١٩٧٩م، ص ٤٤٣. وكذلك عن: الدهبي، ١٩٩٠م، ص ٣٧٣ (الحاشية رقم ٣)).

في كشف الحقيقة؛ وتوصف هذه الأشياء وتعرض على المتهم، ويطلب منه إبداء ملاحظاته عليها [...].

وفيما يتعلق بضبط الرسائل والبرقيات، تنص المادة (٧٧) من قانون الإجراءات الجنائية القطري على أنه [يجوز لعضو النيابة العامة - بأمر كتابي من النائب العام، أن يضبط لدى مكتب البريد جميع الخطابات والرسائل، والمطبوعات، والطرود، والبرقيات؛ وأن يراقب المحادثات السلوكية واللاسلكية، وأن يسجل ما يجري في مكان خاص؛ متى كان لذلك فائدة في كشف الحقيقة...].

وفي قانون الإجراءات الجنائية المصري، تنص المادة (٩٥) منه على أن [لقاضى التحقيق أن يأمر بضبط جميع الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود، لدى مكاتب البريد، وجميع البرقيات لدى مكاتب البرق؛ وأن يأمر بمراقبة المحادثات السلوكية واللاسلكية، أو إجراء تسجيلات لأحداث جرت في مكان خاص؛ متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة، في جنائية، أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر].

وفي قانون الإجراءات الجنائية الاماراتي رقم (٣٥) لسنة ١٩٩٢م تنص المادة (٦٠) منه على أن [لأموري الضبط القضائي؛ أن يضعوا الأختام على الأماكن والأشياء، التي يكون فيها آثار تفيد في كشف الحقيقة، وأن يقيموا حراساً عليها، وعليهم إخطار النيابة العامة بذلك فوراً...].

وفيما يتعلق بضبط الرسائل والبرقيات، تنص المادة (١/٩٣) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني رقم (٤٦) لسنة ٢٠٠٢م على أنه [١] يجوز للنيابة العامة، أن تضبط لدى مكاتب البريد جميع الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود، ولدى مكاتب البرق جميع البرقيات، وأن تراقب المحادثات والمراسلات السلوكية واللاسلكية أو إجراء تسجيلات لأحداث جرت في مكان خاص؛ متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة في جنائية أو جنحة معاقب عليها بالحبس...].

وقد استعملت بعض التشريعات تعابير مختلفة عن "إظهار الحقيقة" و"فائدة التحقيق"، حيث استعملت المادة (٩٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني رقم ٣٢٨ لسنة

كذلك تنص المادة (٢/٨٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني على أنه: [لا يجوز التفتيش إلا عن الأشياء التي جرى التفتيش من أجلها؛ فإذا ظهر عرضاً أثناء التفتيش، وجود ما يشكل في ذاته جريمة، أو ما يفيد في الكشف عن جريمة أخرى؛ وجب ضبطه أيضاً].

والنصوص السابقة، تطبيقات تشريعية لما يمكن تسميتها بالجريمة العرضية، أي التي تضبط عرضاً في معرض التفتيش عن أدلة جريمة أخرى، ويؤكد أن ذلك لا يخل بقاعدة تخصيص التفتيش.

أخيراً، نجد أن بعض التشريعات، تبنت معياراً شخصياً أو ذاتياً لا موضوعياً، في تقدير مدى وجود فائدة للتحقيق من وراء التفتيش، من ذلك قانون الإجراءات الجنائية السوداني رقم (٦٥) لسنة ١٩٩١م والذي استعمل تعبير "متى رأى"، حيث تنص المادة (١/٨٦) منه على أنه [١] يجوز لوكيل النيابة أو القاضي (في أي وقت، من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب من الجهة المختصة، في أي دعوى جنائية)؛ أن يصدر أمراً بإجراء التفتيش الخاص، لأي مكان أو شخص؛ متى رأى أن ذلك يساعد في أغراض التحري، أو المحاكمة، أو للتنفيذ بحسب الحال].

الفرع الثاني: قاعدة تخصيص التفتيش في قوانين الإجراءات الجنائية المقارنة

تبنت أغلب قوانين الإجراءات الجنائية المقارنة قاعدة تخصيص التفتيش، من ذلك قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، الذي أكد على قاعدة تخصيص التفتيش بالفائدة المرجوة منه أو في إظهار الحقيقة، حيث اتخذتها معياراً لتحديد وجه تخصيص التفتيش. من ذلك ما تنص عليه المادة (١/٨٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني من أن: [١] يصطحب المدعي العام كاتبه، ويضبط - أو يأمر بضبط - جميع الأشياء التي يراها ضرورية لإظهار الحقيقة...].

كذلك، تنص المادة (٥٨) من قانون الإجراءات الجنائية القطري على أن [لأموري الضبط القضائي، أن يضبطوا الأشياء التي يحتمل أن تكون قد استعملت في ارتكاب الجريمة، أو نتجت عن ارتكابها، أو وقعت عليها، وكل ما يفيد

٢٠٠١م تعبير "أشياء تنير التحقيق" وهو تعبير رديف لكل من فائدة التحقيق وإظهار الحقيقة، حيث نصت على أن [لقاضي التحقيق أن ينتقل مع كاتبه، إجراء الكشف الحسي، على مكان وقوع الجريمة، أو لتفتيش أحد المنازل، بحثاً عن مواد جريمة أو أشياء تنير التحقيق...].

وفي قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠م، عرّ عن فائدة التحقيق بتعبير "الضرورة"، حيث نصت المادة (٤٤) منه على أنه [عند قيام أحد رجال الشرطة بالتحري، إذا وجد أن هناك ضرورة لإجراء تفتيش شخص أو مسكن معين؛ يجب عليه أن يعرض التحريات على المحقق. وللمحقق، إذا تأكد من أن الضرورة تقتضي الإذن بالتفتيش، أن يأذن له كتابة في إجراءاته، وعلى القائم بالتفتيش أن يعرض المحضر، ونتيجة التفتيش؛ على المحقق بعد انتهائه مباشرة...].

وفي رأينا، فإذا كانت التعابير السابقة، على اختلافها، لا تعدو أن تكون مرادفات للمعنى ذاته، فالضرورة التي يقتضيها التحقيق ليست سوى البحث عن أشياء تنير التحقيق، بمعنى أن تكون لها فائدة في إظهار الحقيقة، فإن قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي باستعماله تعبير "الضرورة" تميز عن غيره بأن ضيق من نطاق التفتيش؛ ففائدة التحقيق على سبيل المثال تتسع لتشمل كل شيء يمكن أن يؤدي ضبطه إلى تأييد الاتهام، بخلاف "الضرورة" التي لا يمكن أن تتحقق إلا بوجود شيء حاسم في الدعوى، بحيث يغير ضبطه وجه الحكم الصادر فيها، وهو ما لا يتحقق إلا بانتفاء الدليل السابق على التفتيش.

وإذا كان لنا أن نرجح بين الاتجاهين التشريعيين السابقين، فنجد أن الاتجاه الذي تبنته أغلب التشريعات المقارنة كان أكثر توفيقاً من النهج الذي اتبعه التشريع الكويتي؛ إذ من المعلوم أن وظيفة التحقيق لا تقف عند ضبط أدلة الجريمة، بل يتعدى ذلك إلى جمع كل دليل يمكن أن يفيد التحقيق، سيما وأن سلطة التحقيق لا تعلم أي الأدلة يمكن للمحكمة أن تبني عليها قناعتها الوجدانية في الإدانة أو البراءة - وفقاً لحريتها في الإثبات من أي دليل شاءت من تلك المقدمة في الدعوى، إضافة لمبلغ صحة أو بطلان كل دليل أساساً.

ويشار في هذا المقام، إلى أن بعض النصوص القانونية تبنت أسلوب التفصيل في تقريرها لقاعدة تخصيص التفتيش، من ذلك ما تنص عليه المادة (٣٢/١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني من أن [يضبط المدعي العام، الأسلحة وكل ما يظهر أنه استعمل في ارتكاب الجريمة، أو أعد لهذا الغرض؛ كما يضبط كل ما يرى من آثار الجريمة، وسائر الأشياء التي تساعد على إظهار الحقيقة].

كذلك تنص المادة (٦١) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي على أن [للمأموري الضبط القضائي، أن يضبطوا الأشياء التي يحتمل أن تكون قد استعملت في ارتكاب الجريمة، أو نتجت عن ارتكابها، أو يحتمل أن تكون قد وقعت عليها الجريمة؛ وكذلك كل ما يفيد في كشف الحقيقة]. وقد جاءت المادة (٧٣) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني رقم (٤٦) لسنة ٢٠٠٢م مطابقاً للنص السابق من القانون الإماراتي.

في مقابل ذلك، نجد من النصوص القانونية ما تبنت قاعدة تخصيص التفتيش بأسلوب الاستثناء الذي يفيد الحظر، حيث تنص المادة (٨٧/٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني على أن: [(٢) لا يجوز التفتيش إلا عن الأشياء التي جرى التفتيش من أجلها...]. كذلك نجد أن قانون الإجراءات الجنائية القطري رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٤م نص في المادة (٥٦) منه على أنه [لا يجوز التفتيش إلا للبحث عن الأشياء الخاصة بالجريمة، الجاري جمع الاستدلالات - أو حصول التحقيق - بشأنها].

كذلك، نجد أن قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، أضاف الوجه السلبي لفائدة التحقيق، والمتمثل في عدم الإضرار بمصلحة التحقيق، حيث تنص المادة (٨٩/٣) من هذا القانون على أن: [(٣) يطلع المدعي العام وحده، على الرسائل والبرقيات المضبوطة، حال تسلمه الأوراق في غلافها المختوم؛ فيحتفظ بالرسائل والبرقيات التي يراها لازمة لإظهار الحقيقة، أو التي يكون أمر اتصالها بالغير، مضرّاً بمصلحة التحقيق. ويسلم ما بقي منها، إلى المشتكى عليه، أو إلى الأشخاص الموجهة إليهم].

البند الأول: مفهوم قاعدة تحديد التفتيش ومحدداتها
اشترط الفقه أن يكون محل التفتيش معيناً تعييناً نافياً
للجهالة، ومحدداً بعينه، سواء أكان محله هذا شخصاً أو مسكناً،
وهو ما يرتبط كنتيجة لما يسمى في الفقه بتخصيص التفتيش
بجريمة معينة، وبأدلتها المادية المعينة، وبمحل معين
(الجوخدار، ٢٠١١م، ص ١٥٥).

وفي رأينا فإن هذا الشرط الجوهرى لصحة التفتيش،
يعكس أثره في الدلائل الكافية لجواز التفتيش؛ إذ لا يكفي أن
تنصب على وقوع الجريمة فقط، إنما أيضاً على نسبتها إلى متهم
معين - ليصح تفتيشه، أو أن تنصب على وجود أدلتها في
مسكن معين - لجواز تفتيشه أيضاً.

وتستمد قاعدة وجوب تحديد محل التفتيش، من مجموعة
من الاعتبارات: أولها باعتباره عملاً اجرائياً، يتوجب بهذه
الصفة أن يرد على محل محدد أو على الأقل قابل للتحديد
(سرور، ٢٠١٥م، ص ٩١٨). فلا يجوز مثلاً، إصدار أمر
بتفتيش منازل قرية معينة، أو جميع غرف فندق معين، وحتى في
حال صدر أمر بتفتيش شخص غير محدد، أو وردت بيانات
غير صحيحة بشأنه - كاسمه مثلاً - أو في تعيين مسكنه الذي
وقع الأمر على تفتيشه؛ فيعتبر باطلاً، حتى ولو تبين أن
الشخص الذي تم تفتيشه هو ذاته الشخص المقصود (مهدي،
٢٠١٥م، ص ٦٤٤)، أو تبين وجود الأدلة الجرمية لديه فتم
ضبطها. وما ذلك إلا لما ينبئ عنه هذا الخطأ من عدم جدية في
التحريات؛ تبطلها، وتبطل معها الإجراءات التحقيقية الذي تقرر
بناء عليها، والمتمثل في التفتيش بحالتنا هذه.

وثاني الاعتبارات التي تؤسس لقاعدة تحديد التفتيش،
اعتباراً يتعلق بتقنيات القانون، يتمثل في أن التفتيش عملاً من
أعمال التحقيق وما يرتبه ذلك، من ضرورة توجيه الاتهام إلى
شخص معين، هو المقيم في المسكن (حسني، ١٩٨٨م، ص
٦٥٧) محل مذكرة التفتيش؛ ما يعني - في رأينا - أن تعيين
المتهم محل الدعوى الجزائية، يقتضي بالضرورة تعيين المسكن
محل مذكرة التفتيش.

أخيراً، فهناك اعتبار ثالث يؤسس لقاعدة تحديد
التفتيش، يتعلق بحماية حقوق وحرّيات الأشخاص؛ إذ لم يعد
مقبولاً في القانون الحديث، إجراء تفتيش عام، غير محدد،

وأخيراً، فقد أكدت بعض التشريعات على حقيقة أن قاعدة
تخصيص التحقيق بالفائدة منه، تطبق في أدلة الإدانة والبراءة
معاً، باعتبارها قاعدة باتجاهين - لا باتجاه واحد، حيث تنص
المادة (١/٣٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني
على أنه [إذا وجد في مسكن المشتكى عليه، أوراق أو أشياء
تؤيد التهمة أو البراءة، أو ما يمنع القانون حيازته؛ فعلى المدعي
العام أن يضبطها، وينظم بها محضراً].

المطلب الثالث: قاعدة تحديد التفتيش

بناء على ربط التفتيش بالدلائل الكافية للاتهام، وبالتالي
بالغاية المرجوة منه، والمتمثلة في إظهار الحقيقة وفائدة
التحقيق؛ يشترط في التفتيش أن يكون خاصاً لا عاماً، فلا بد
من وجود قرائن قوية على أن الأشياء المطلوب التفتيش عنها،
موجودة في مكان بعينه؛ فلا يجوز إجراء تفتيش عام، دون
تحديد شخص معين يراد تفتيشه، أو مكان معين بذاته، يراد
الدخول إليه وتفتيشه (آل هادي، ٢٠٠٤م، ص ٢١٩).

وبالرغم من كون العلاقة وثيقة ما بين تخصيص التفتيش
وتحديده، إلا أنها يتمايزان عن بعضهما البعض بأن تخصيص
التفتيش نوعي يحدد غايته، في حين أن تحديده كفي ينصب
على محله، أن تخصيص التفتيش غائي يرتبط بماهية التفتيش
ذاته، في حين أن تحديده شكلي يتعلق بتقييد السلطة القائمة به،
أن تخصيص التفتيش يحدد الإطار العام له، في حين أن تحديده
ينصب على تفاصيله، وأخيراً فإذا كان مناط تحديد التفتيش هو
بوقت صدور الإذن الخاص به، فإن تخصيصه يتحدد بوقت
تنفيذ هذه المذكرة.

وفي هذا المطلب، نبدأ بعرض مفهوم قاعدة تحديد التفتيش
ومحدداتها (الفرع الأول) لننتقل بعدها للبحث في موقف
التشريعات المقارنة من هذه القاعدة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم قاعدة تحديد التفتيش والتوسع فيها

وفي هذا الفرع، نبدأ بعرض مفهوم قاعدة تحديد التفتيش
ومحدداتها (البند الأول) لننتقل بعدها للبحث في التوسع
بمفهوم قاعدة تحديد التفتيش (البند الثاني).

بحيث يشمل جميع المساكن التي تقع في حي ما، أو قرية معينة، وإلا عُدَّ مثل ذلك إجراء تعسفياً، بل وانتهاكاً جسيماً للشرعية الجزائية يوجب المساءلة.

وقد عبّرت محكمة النقض المصرية عن قاعدة تحديد التفتيش بقولها "لا يملك المحقق، الأمر بتفتيش عام في جميع المنازل الموجودة بجهة معينة، فمثل هذا التفتيش يكون للبحث عن الجريمة وفعالها، وهو غير جائز بالتالي" (٣١)، على اعتبار أن البحث الذي يستهدف الجريمة وفعالها معاً، هو من قبيل أعمال الاستدلال السابقة على كشفها، والتي لا يصح التوسل بإجراء تحقيقي - كالتفتيش - بصدها.

وفي ذات الاتجاه، قضت محكمة النقض المصرية بأنه "إذا جاء الإذن الصادر من النيابة بإجراء التفتيش مجهلاً، خالياً من أية إشارة تحدّد الشخص المراد تفتيشه، والبلدة التي يقع فيها منزله؛ بل هو - في عبارته العامة المجهلة، يصلح لأن يُوجّه ضدّ أي شخص؛ فإنه لا يكون إذناً جدياً، ويكون التفتيش - الذي حصل على مقتضاه - قد وقع باطلاً" (٣٢).

وتطبيقاً لقاعدة تحديد التفتيش، اشترطت محكمة النقض المصرية في حكم لها ضرورة أن يكون تحديد التفتيش نافياً لأية جهالة فاحشة، من وقت الإذن بالتفتيش لا عند تنفيذه. حيث قضت في حكم لها بأنه "إذا صدر أمر التفتيش بتاريخ ١٤/٦/١٩٥٢م، على الوجه الآتي: (نأذن بتفتيش منزل المدعو عبدالمقصود، والمقيم ببلدة بجوار الجرايدة، والذي يرشد عنه حسن خليفة حسن...)، فانتقل الضابط في يوم ١٥/٦/١٩٥٢م إلى بلدة المعصرة - حيث يقيم الطاعن، وأجرى تفتيش الجراج والمساكن المملوكين له، وعثر فيهما على قطعة من الخيش المعدّ للّف البضاعة، وبعض الأقمشة؛ فإن هذا الضبط يقع باطلاً، لأن تعيين الشخص المراد تفتيشه، يجب أن يكون واضحاً، ومحدداً له تحديداً نافياً للجهالة وقت صدور الإذن. ولما كان الثابت، أن الإذن الصادر من النيابة

بإجراء التفتيش، قد جاء مجهلاً، خالياً من أية إشارة، تحدد شخص المراد تفتيشه، والبلدة التي يقع فيها منزله - بل هو في عبارته العامة المجهلة، يصلح لأن يوجه ضد كل شخص، يقيم في أية بلدة تجاور بلدة الجرايدة، ما دام أن الأمر متروك للمرشد، على ما يراه هو، دون أي تحديد؛ هذا بالإضافة إلى أن الإذن قد صدر عن شخص يُدعى عبدالمقصود، ولم يثبت من الأوراق أن الطاعن معروف بذلك الاسم؛ فمثل هذا الإذن لا يعتبر جدياً، ويكون التفتيش الذي وقع على مقتضاه قد وقع باطلاً، لمخالفته الأصول المقررة للتفتيش، ويبطل تبعاً للدليل المستمد منه" (٣٣).

وتطبيقاً لذلك أيضاً، قضت محكمة النقض المصرية في حكم آخر لها بأنه "لما كانت الوقائع - على ما جاء به الحكم المطعون فيه - أنه تمّ القبض على الطاعن وتفتيشه، لمجرد كونه متواجداً مع المأذون بتفتيشه، دون أن يكون إذن النيابة العامة صادراً بتفتيشه أو تفتيش من عساه أن يكون موجوداً مع المأذون بتفتيشه - لدى تنفيذه، ودون قيام حالة من حالات التلبس بالجريمة، كما هو معرف قانوناً، أو توافر حالة تجيز القبض عليه - وبالتالي تفتيشه؛ فإن تفتيشه يكون باطلاً، ويبطل كذلك كل ما ترتب عليه - تطبيقاً لقاعدة (كل ما يترتب على الباطل فهو باطل)، ويكون ما أسفر عنه ذلك التفتيش قد وقع باطلاً، وكذلك شهادة من أجراه، لكونها مترتبة عليه، ولا يصح التعويل على الدليل المستمد منها في الإدانة..." (٣٤).

وقاعدة تحديد التفتيش، تنطبق حتى بحالات الاشتراك الجرمي؛ فمجرد الاشتراك في الاتهام بين شخصين، لا يبرر امتداد أثر مذكرة التفتيش التي تصدر بحق أحدهما لتفتيش الآخر. وفي ذلك، قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأنه "إذا قد اقتصر الأمر الصادر من النيابة العامة بالتفتيش، على المتهم الأول في الدعوى ومسكنه، فإنه ما كان يجوز لرجل الضبط القضائي - المندوب لإجرائه - أن يفتش المطعون

(٣٣) نقض مصرية ٣/١١/١٩٥٩م مجموعة أحكام النقض س ١٠ ص ٨٥٢

رقم ١٨٢. عن: (مهدي، ٢٠١٥م، ص ٦٤٥ (الحاشية رقم ٥٦)).

(٣٤) قرار محكمة النقض (جنائي) (مصر) رقم ٢٣٧٦٥ لسنة ٦٧ق.

(طلبات) تاريخ ١٧/١/٢٠٠٠م منشورات مركز عدالة.

(٣١) نقض مصرية ٣/١١/١٩٥٩م مجموعة أحكام النقض س ١٠ رقم

١٨٢ ص ٨٥٢. عن: (الدهبي، ١٩٩٠م، ص ٤٢١).

(٣٢) نقض مصرية ٢٢/٥/١٩٧٢م مجموعة أحكام النقض س ٢٣ رقم

١٧٧ ص ٧٨٦. عن: (الدهبي، ١٩٩٠م، ص ٤٢٢).

توافرت شروط ذلك، والتي من أهمها توافر قرائن قوية، على أنه يخفي أشياء تغيد في كشف الحقيقة. أما بغير إذن من السلطة المختصة بذلك، فلا يصح تفتيش غير المتهم، وذلك في حال صدر القرار ابتداء بتفتيش شخص المتهم لا مسكنه.

وعليه، فإن مجرد تواجد شخص مع المتهم المأذون بتفتيشه، وإن كان قد يشكل - في بعض الأحوال - قرينة قوية على حيازته أشياء تغيد في الكشف عن الحقيقة؛ إلا أن ذلك لا يُحوّل القائم بالتفتيش، توسيع النطاق المحدد في مذكرة التفتيش، ليشمل ذلك الشخص من تلقاء نفسه، بل لابد من صدور الإذن من الجهة المختصة بذلك.

إضافة لما سبق، فإن وجود مبرر يفسر تواجد الشخص الآخر مع المتهم، يمنع - في رأينا - من اعتبار هذه الواقعة قرينة كافية للدلالة على حيازته أشياء تغيد بكشف الحقيقة، ما يعني أن الإذن الصادر بتفتيش المتهم لا يتيح تفتيش زوجته، باعتبار أن رابطة الزوجية تبرّر أو تفسّر تواجدها معه بوقت التفتيش.

أما في حال مشاهدة رجل الضبط القائم على التفتيش، زوجة المتهم - المأذون بتفتيشه، تحوز شيئاً ممنوعاً تيقّن من مظهره أنه كذلك، فإن سنداً مستقلاً للتفتيش يقوم بهذه الحالة، غير الإذن الصادر بتفتيش المتهم، ألا وهو قيام حالة التلبس بجريمة مستقلة، هي حيازة أشياء ممنوعة كالمخدرات أو السلاح بغير ترخيص، أو إخفاء أدلة عن سلطة التحقيق بما يؤدي بالضرورة إلى تضليل العدالة. فتعمّد الزوجة حيازة أشياء تغيد بالكشف عن الحقيقة، تقوم به جريمة الإخفاء، والتي يكفي التلبس بها لإجراء تفتيشها، لكن شرط أن يُعاين رجل الضبط القائم بالتفتيش وجودها بحيازته، لا مجرد أن يظنّ بذلك دون أن تكون هذه الأشياء ظاهرة أمامه. وهنا يكمن موضع تخطيط الحكم السابق وتعيّبه، إذ إن مجرد قبض الزوجة بيدها على شيء، يمكن أن يشكل قرينة قوية - بطلّ الظروف المحيطة المتمثلة بتفتيش زوجها - على حيازتها أشياء تغيد بكشف الحقيقة، إلا أنها لا يمكن بحال أن تعد تلبساً بجريمة حيازة أشياء ممنوعة أو بجريمة الإخفاء، ليتاح بالتالي لرجل الضبط القائم على تفتيش زوجها إجراء تفتيشها هي أيضاً باعتبار التلبس، فمن أهم شروط قيام حالة التلبس يقينية دلالة المظاهر الخارجية التي عاينها مأمور الضبط على وقوع الجريمة.

ضده، الذي يقيم في مسكن مستقلّ عنه، إلا إذا توافرت في شأنه حالة التلبس بالجريمة، طبقاً للمادة (٣٠) من قانون الإجراءات الجنائية، أو قامت الدلائل الكافية على اتهامه بالجنائية، وفقاً للمادة (١/٣٤) من القانون المذكور^(٣٥).

في مقابل ذلك، فحتى وجود رابطة بين الشخص المراد تفتيشه، والمتهم الذي صدر الإذن بتفتيشه ابتداءً - تبرّر تواجده معه وتفسّره، لم يمنع محكمة النقض المصرية، من الحكم بامتداد نطاق التفتيش، ليشمله باعتبار واقعة تواجده مع المتهم عند إجراء التفتيش، حيث جاء في حكم لها قولها "إذا صدر إذن بتفتيش متهم، ثم عند تنفيذه، وجد الضابط المتهم وزوجته جالسين على كنبه، ثم لاحظ أن الزوجة مطبقة بيدها على شيء، فأجرى فتح يدها، فوجد بها قطعة من الأفيون، فإن رابطة الزوجية بين هذه الزوجة وزوجها، لا تمنع من سريانه عليها، باعتبارها موجودة معه وقت التفتيش"^(٣٦).

ولا نؤيد الاجتهاد القضائي السابق لمحكمة النقض، باعتبار ضرورة التفرقة في رأينا بين حالتين: صدور الإذن بتفتيش شخص المتهم نفسه أو بتفتيش مسكنه.

ففي حال صدر الإذن بتفتيش مسكن المتهم - لا شخصه فقط، فإن القانون أجاز صراحة أن يمتدّ تنفيذ ذات مذكرة التفتيش - أو الإذن به - لأي شخص كان متواجداً بذلك المسكن، لحظة تنفيذ التفتيش، إذا وجدت قرائن على أنه يخفي أشياء تغيد التحقيق؛ ما يعني أن صلاحية إجراء تفتيشهم تعود لرجل الضبط القائم بالتفتيش، دون حاجة لصدور إذن جديد ومستقل بتفتيشهم.

أما في حال صدور الإذن بتفتيش شخص المتهم فقط - دون مسكنه، فلا بد في هذه الحالة من صدور إذن جديد بتفتيش ذلك الشخص (الآخر)، ذلك أن القانون أجاز تفتيش غير المتهم، بحالات تفتيش الأشخاص، لكن شرط صدور إذن بتفتيشه، من السلطة المختصة بذلك، لا من السلطة القائمة على تنفيذ الإذن بالتفتيش، وذلك - بطبيعة الحال - إذا

(٣٥) قرار محكمة النقض المصرية (جنائي) رقم ١١٩٦ لسنة ٣٨ ق (طلبات) تاريخ ١٤/١٠/١٩٦٨ م منشورات مركز عدالة.

(٣٦) نقض مصرية ٢٥/٢/١٩٥٢ م مجموعة القواعد ج ١، ص ٤٠٥، رقم ١٠٩. عن: (سلامة، ١٩٧٩ م، ص ٥٣٤ (الحاشية رقم ٢٢)).

ضبط الغير إلا إذا كان وجوده مع المتهم بمنزله أو بمحل عمله؛ لأن عبارة الإذن عامة تنصرف إلى أي مكان^(٣٩).

وقد انتقد جانب من الفقه - بحق - الاجتهاد القضائي السابق، بقوله أنه "لا يجوز الإذن بتفتيش من يتصادف وجوده مع المتهم، على مجرد مظنة اشتراكه معه في الجريمة" (سرور، ٢٠١٥م، ص ٩٣٩ (الحاشية رقم ٣)).

كذلك، فلا نؤيد بدورنا الحكم السابق، باعتباره يخلّ بقاعدة تحديد التفتيش، ويسمح لعبارات عامة مطلقة في الإذن به لتجاوز هذه القاعدة بشكل صارخ وجسيم، يخرجنا من ذات مفهوم التحديد وماهيته، ويجعلنا أمام تفتيش مفتوح غير محدد أصلاً، ويخرج عما أجازه القانون استثناء في بعض الأحوال (كتفتيش من كان متواجداً بالمسكن المأذون بتفتيشه عند التفتيش، وتوافرت قرائن قوية على إخفائه أشياء تفيد التحقيق)، وبما يخالف - بالتالي - القاعدة التي تقرر أن الاستثناء لا يجوز التوسع في تفسيره ولا القياس عليه. وإذا كانت واقعة التواجد مع المتهم عند تنفيذ التفتيش، تبرّر مثل هذا التجاوز؛ فلا أقل من أن تكون واقعة التواجد مقصودة، لا أن تكون عرضية، كحال التواجد العرضي مع المتهم في سيارة الأوتوبيس، إذ لا تشكل والحال كهذه قرينة كافية على إخفاء أشياء تفيد التحقيق، وتبرّر إجراء تفتيش غير المتهم، وبما يجاوز الحدود المقررة لمحل التفتيش.

وتبعاً لذلك، قضت محكمة النقض المصرية في حكم آخر لها على خلاف اجتهادها الأول، جاء فيه أن "تفتيش الطاعن لمجرّد وجوده في سيارة المأذون بتفتيشه، دون إذن ودون تلبّس، يعد باطلاً"^(٤٠).

إلا أن المقصود بالقاعدة التي تقرر أن تفتيش المساكن تخول تفتيش أصحابها أو المتواجدين بها عند التفتيش، مقيد في رأينا بضرورة عدم تجاوز الحدود المكانية والزمانية للتفتيش؛ أي أن يكون في معرض تفتيش المسكن الذي صدرت المذكرة

تبعاً لما سبق، لا نؤيد حكم محكمة النقض المصرية السابق، ونؤيد - في مقابل ذلك - ما قضت به في حكم آخر لها بما يخالف اجتهادها السابق، جاء فيه أن "صدور الإذن بتفتيش شخص المتهم ومسكنه، لا يبرر تفتيش زوجته؛ إلا إذا توافرت حالة التفتيش في حقها، أو وجدت دلائل كافية على اتهامها في جناية إحراز الجوهر المخدر"^(٣٧).

كذلك، فإذا كان لا يجوز تفتيش الزوجة، لمجرد تواجدها في بيت المتهم المأذون بتفتيشه، فمن باب أولى، عدم جواز تفتيش زوجة المتهم بحال لم تكن متواجدة معه أو في مسكنه أصلاً وقت إجراء التفتيش. وفي ذلك، قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأنه "إذا كانت النيابة، لم تأمر بضبط الطاعنة وتفتيشها، وإنما كان إذناً منصباً على ضبط زوجها وتفتيشه وتفتيش مسكنه ومحل تجارته، ومن يوجد معه وقت ضبطه وتفتيشه، بل كانت وحدها في المحل الذي ضبطت هي فيه وفُتشت، ولم تكن كذلك في حالة من حالات التلبس بالجريمة، التي تجيز التصدي لها بالضبط والتفتيش؛ فإن تفتيشها يكون باطلاً، ويطلّ تبعاً لذلك الدليل المستمد منه"^(٣٨).

وقد أجازت محكمة النقض المصرية صدور الإذن بالتفتيش بشكل غير محدّد ابتداءً، شرط أن يكون مقيداً باتصاله بمحل التفتيش المحدد به، كما هو الحال بواقعة التواجد مع المتهم. وليس هذا فحسب، بل أقرت ذلك حتى ولو كان التواجد مع المتهم عرضياً أو غير مقصود، كما هو الحال بالتواجد مع المتهم بإحدى وسائل النقل - كالأوتوبيس. حيث قضت في حكم لها بأنه "إذا كان إذن النيابة في التفتيش، منصوباً فيه على ضبط المتهم وتفتيشه وتفتيش منزله أو محل عمله ومن يوجدون بها أو معه ... إلخ، وقام الضبط الذي كلف بتنفيذ ذلك، فأمسك بالمتهم في سيارة أوتوبيس وفتشه وفتش من كان يجلس بجواره، فوجد مع هذا مخدراً، فلا يصح القول ببطالان هذا التفتيش على أساس أن الإذن به، لم يُجر

(٣٩) نقض مصرية ١٩٤٨/١١/٣م مجموعة القواعد ج ١، ص ١٠٤، رقم ١٠٣. عن: (سلامة، ١٩٧٩م، ص ٥٣٥).

(٤٠) نقض مصرية ٢٠٠٧/٣/٥م الطعن رقم ١٩٠٨٣ لسنة ٧٦ق. عن: (سرور، ٢٠١٥م، ص ٩٣٩ (الحاشية رقم ٣)).

(٣٧) نقض مصرية ١٩٦٩/١١/٢٨م مجموعة الأحكام س ١٧ رقم ٢١ ص ١١٧٣. عن: (سرور، ٢٠١٥م، ص ٩١٩).

(٣٨) نقض مصرية ١٩٥٢/٥/١٣م مجموعة القواعد ج ١، ص ٤٠٥، رقم ١١٠. عن: (سلامة، ١٩٧٩م، ص ٥٣٥).

البند الثاني: التوسع في مفهوم تحديد التفتيش وفي محله
إلا أن قاعدة تحديد التفتيش ليست قاعدة مطلقة، بل لقد تم التوسع في مفهوم تحديد التفتيش (أولاً)، بل وقد أُجيز التوسع في محل التفتيش ذاته (ثانياً).

أولاً: التوسع في مفهوم تحديد التفتيش
يقصد بقاعدة تحديد التفتيش - في رأينا، تحديد محله بشكل معين، تعييناً نافياً لأي جهالة يمكن أن تقع عند تنفيذه. وهذا المعيار الغائي، هو ما حدا بجانب من الفقه، إلى القول بجواز أن يكون محل التفتيش محددًا أو قابلاً للتحديد من خلال الظروف المحيطة بأمر التفتيش (سرور، ٢٠١٥م، ص ٩١٨)، بمعنى أن يكون قابلاً للتحديد عند تنفيذ مذكرة التفتيش أي عند إجراء التفتيش فعلياً.

وعليه، فمن الممكن تحديد التفتيش عند تنفيذه، بذكر عناصر واقعية معينة أو أوصاف محددة. وقد فرضت محكمة النقض المصرية - في العديد من أحكامها، شرط تعيين أو تحديد المسكن محل التفتيش، مستندة في ذلك إلى اشتراط قانون الإجراءات الجنائية المصري "وجود اتهام موجه إلى شخص مقيم في المسكن" المراد تفتيشه، وما يفترضه ذلك من تعيين الشخص المقيم في المسكن، وبالتالي ضرورة تعيين المسكن الذي يقين فيه^(٤٣).

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض المصرية بأنه "إذا كان الأمر الصادر من النيابة، قد نص على تفتيش المتهم وتفتيش مسكنه، دون أن يحدد مسكناً معيناً، فهو بهذا يشمل كل مسكن له مهما تعدد"^(٤٤). وفي حكم آخر، قضت محكمة النقض المصرية بأنه "لا يعيب إذن التفتيش، عدم تعيينه مكاناً يجري التفتيش في نطاقه"^(٤٥).

بتفتيشه، وإلا أخذ تفتيش الأشخاص إذا انفصل عن نطاق تفتيش المسكن، ذاتية تميزه عنه، ولا يتبعه ولا يأخذ حكمه، ولا يشمل به في ذات المذكرة التي صدرت به وأجازته، ويتطلب بالتالي إذنًا خاصاً به، وإلا يطل.

ويستدلّ الباحث على صحة نظره هذا، بما قضت به محكمة النقض المصرية، في حكم لها جاء فيه أن "الإذن الصادر من النيابة بتفتيش منزل المتهم بجناية أو جنحة، لا يمكن أن ينصرف - بحسب نصه والغرض المقصود منه - إلى غير ما أُذن بتفتيشه. وذلك لما يقتضيه صدور كل إذن من هذا القبيل، من نظر خاص في تقدير الظروف المستلزمة للتفتيش، ومبلغ احتمال استفادة التحقيق منه. فإذا صدر الإذن بتفتيش منزل المتهم، لضبط ما يوجد به من مواد مخدرة، ففتشه، ولم يجد فيه شيئاً، ثم قبض عليه وأودعه المستشفى مدة يوم كامل، بغير إذن آخر من النيابة، وجمع ما خرج منه في ذلك اليوم، من بول أو براز، لما عساه يظهر بعد تحليلها من دليل ضده؛ فإن هذا الإجراء الأخير يكون باطلاً، لعدم وجود ما يستند إليه سوى الإذن الصادر بتفتيش المنزل. والحكم الذي يجعل سنده في القضاء بإدانة هذا المتهم، ما أظهره التحليل من أثر المخدر في تلك المتحصلات، يكون باطلاً هو الآخر"^(٤٦).

وقد حددت محكمة النقض، المقصود بالقرائن القوية على أن الشخص يُخفي أشياء تفيد في كشف الحقيقة، والتي تميز امتداد تفتيش المسكن، ليشمل من به من أشخاص، ولو خلاف المتهم. بقولها أنه "يتعين أن توجد قرائن قوية، على أن هذا الغير يخفي شيئاً يفيد في كشف الحقيقة، أو كان وجوده ينم عن احتمال اشتراكه في الجريمة، أو كانت الأحوال التي أحاطت به، توحي بأن له اتصالاً بها، بحكم ظاهر صلته بالمتهم الضالع فيها"^(٤٧).

(٤٣) نقض مصرية ١١/٢/١٩٣٥م مجموعة القواعد القانونية ج ٣ رقم ٣٣٥ ص ٤٢٥ وكذلك: ٢٢/٥/١٩٧٢م مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٢ رقم ١٧٧ ص ٧٨٦. عن: (حسني، ١٩٨٨م، ص ٦٥٧).

(٤٤) نقض مصرية ١٣/١/١٩٨٣م س ٣٤ رقم ١٦ ص ٩٥. عن: (الدهبي، ١٩٩٠م، ص ٤٢١ (الحاشية رقم ٢)).

(٤٥) نقض مصرية ٢٢/٤/١٩٩١م الطعن رقم ٥٥٥ لسنة ٦٠ ق. وكذلك جلسة ٩/٥/١٩٩١م الطعن رقم ٤٦٥ لسنة ٦٠ ق. عن: (سرور، ٢٠١٥م، ص ٩٢٥).

(٤٦) نقض مصرية ١٢/١٢/١٩٣٨م مجموعة القواعد ج ١، ص ٤٠٣، رقم ٩٨. عن: (سلامة، ١٩٧٩م، ص ٥٣٦ (الحاشية رقم ٢٦)).

(٤٧) نقض مصرية ٢١/٢/١٩٦٦م مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٧ رقم ٣٢ ص ١٧٥. عن: (حسني، ١٩٨٨م، ص ٥٩٣ (الحاشية رقم ٥)). وكذلك جلسة ١٦/١/٢٠١٠م الطعن رقم ٣٨١٢ لسنة ٧٣ ق. عن: (سرور، ٢٠١٥م، ص ٩٣٩).

ففي قضاء محكمة النقض المصرية، نجد تطبيقاً لتحديد التفتيش بناء على واقعة يمكن أن تتكشف أثناء التفتيش، نجد ما قضت به من أنه "إذا استصدر مأمور الضبط إذنًا من النيابة، بتفتيش مسكن أحد المتهمين، وملحقات هذا المسكن الملاصق له، والتي يشغلها بعض أقربائه دون تحديد أسرائهم. وحال تنفيذ إذن التفتيش، شاهد رجال الضبط إحدى قريات المتهم، تخرج من مسكنها الملاصق لمنزل المتهم، وتحاول الهرب، فتحفظ عليها، وقام بتفتيش مسكنها، فعثر فيه على عدة كيلوغرامات من الحشيش؛ فلا يقبل دفع دفاع المتهم بطلان إذن التفتيش - لعدم تحديده المسكن الملاصق للمتهم وعدم ذكر اسم قاطنته في الإذن بالتفتيش، باعتبار أن هذا المسكن هو المقصود في أمر التفتيش، والذي وصف في الأمر بأنه المسكن الملاصق لمسكن المتهم الآخر، الذي يشغله بعض أفراد أسرته مما مؤداه أن أمر التفتيش قد انصب على المتهم، باعتبارها إحدى قريباته، التي دلت التحريات على أنها تشاركه في حيازة الجواهر المخدرة"^(٤٨).

وفي قضاء محكمة التمييز الأردنية أيضاً، نجد تطبيقاً لما سبق، بقولها أنه "لا يعتبر باطلاً، ضبط الدولارات المزيفة مع المتهم، لأنه منظم من قبل موظفي الضابطة العدلية المكلفين باستقصاء الجرائم، وجمع أدلتها، والقبض على فاعليها. وقد أجازت المادة (٩٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية لهم - عند التحري والتفتيش في مكان، تفتيش أي شخص في الحال؛ إذا اشتبه بأنه يخفي معه مادة يجري التحري عنها. وعليه، فإن تفتيش المتهم الثاني - المميز - إثر ضبط الدولارات المزيفة مع المتهم الأول - التي أخذها منه، بعد أن اشتبه به بأنه يخفي دولارات مزيفة يجري التحري عنها؛ يجعل من الضبط المنظم بحقه صحيحاً وموافقاً للقانون"^(٤٩).

وتترتب على تحديد التفتيش نتيجة هامة وجوهرية تتمثل في بطلان أي تجاوز لمحل التفتيش المحدد بالإذن الصادر به،

وقريب من الاجتهاد السابق، نجد ما قضت به محكمة النقض المصرية، من جواز تحديد التفتيش بناء على واقعة أو قيد أو صفة، طالما كان ذلك كافياً لنفي الجهالة الفاحشة عن محل التفتيش، حيث قضت في حكم لها بأن "الأمر الصادر بتفتيش شخص معين، ومن قد يكون موجوداً معه - أو في محله أو مسكنه وقت التفتيش، دون بيان لاسمه ولقبه - على تقدير اشتراكه معه في الجريمة، أو اتصاله بالواقعة التي صدر أمر التفتيش من أجلها؛ يكون صحيحاً في القانون"^(٥٠).

كذلك قضت محكمة النقض المصرية في حكم آخر لها بأن "من المقرر في قضاء محكمة النقض، أنه إذا كانت النيابة العامة - بعد التحريات التي قدمها إليها رجال الشرطة، قد أمرت بتفتيش شخص معين، ومن قد يتصادف وجوده معه وقت التفتيش، على أساس مظنة اشتراكه معه في الجريمة، التي أذن بالتفتيش من أجلها؛ فإن الإذن الصادر بالتفتيش بناء على ذلك، يكون صحيحاً في القانون، وبالتالي يكون التفتيش الواقع بناء عليه على المأذون بتفتيشه، ومن كان يرافقه صحيحاً أيضاً، دون حاجة إلى أن يكون المأذون بتفتيشه معه، مسمى باسمه أو أن يكون في حالة تلبس قبل تنفيذ الإذن، وحصول التفتيش. وإذا كان الحكم قد التزم هذا النظر، وأقر ما تم من إجراءات بالنسبة للطاعنة، التي يعتبر الإذن قد شملها، باعتبارها من المتواجدين في السيارة، الذين أجاز الإذن تفتيشهم؛ فإن نعي الطاعنة في هذا الصدد لا يكون له محل"^(٥١).

وليس ما سبق وحسب، بل نجد من أحكام القضاء ما أجاز تحديد التفتيش بناء على واقعة مادية تحدث أثناء التفتيش، دون ضرورة أن يؤدي تحديده إلى نفي جهالته عند إصدار مذكرة التفتيش أو الإذن به، ولا حتى ضرورة وضع أوصاف معينة بمذكرة التفتيش تمكن من تحديد محلها بشكل نافي للجهالة عند تنفيذها.

(٤٦) نقض مصرية ١٩٦٦/٦/٢٠م مجموعة أحكام النقض س ١٧ رقم ١٦١ ص ٨٥٢. عن: (الدهي، ١٩٩٠م، ص ٤٢٢ (الحاشية رقم ٢)). وكذلك نقض مصرية ١٩٥٤/١٠/٥م مجموعة القواعد، ج ١، ص ٣٩٨. عن: (سرور، ٢٠١٥م، ص ٩١٨ (الحاشية رقم ١)).
(٤٧) قرار محكمة النقض (جنائي) (مصر) رقم ٢٥٦٠١ لسنة ٦٧ق. (طلبات) تاريخ ٢٢/٢/٢٠٠٠م منشورات مركز عدالة.
(٤٨) نقض مصرية جلسة ١٣/٢/١٩٦١م مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٢ رقم ٣٤ ص ٢٠٩. عن: (شمس الدين، ٢٠١٢م، ص ٤٦٢).
(٤٩) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية رقم ١٩٩٦/٧٨٠ تاريخ ٥/٢/١٩٩٧م منشورات مركز عدالة.

ولا تتفق مع ما تضمنه النص السابق، فإذا كان من الممكن تجاوز التوسع في محل التفتيش، فلا يمكن بحال أن يصل ذلك إلى حد القول بأن صدور قرار بتفتيش مسكن، ينصرف ليجيز تفتيش كل مسكن يعود للمطلوب تفتيشه، غير المسكن المحدد بإذن التفتيش. ولهذا أيضاً، لا تتفق مع ما جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية، من أنه "إذا كان الأمر الصادر من النيابة، قد نص على تفتيش مسكن المتهم، دون أن يحدد مسكناً معيناً، فهو بهذا يشمل كل مسكن له، مهما تعددت المساكن"^(٥١).

وليس هذا فحسب، بل جاء في اجتهاد محكمة النقض المصرية أن الأمر بتفتيش المتهم أو مسكنه، يشمل تفتيش محله التجاري، وغير ذلك مما يعود لمن تقرر الإذن بتفتيشه أو تفتيش مسكنه. حيث جاء في حكم لها قولها أنه "إذا كان هنالك إذن بتفتيش متهم ومنزله؛ فلا يقبل منه الطعن ببطالان تفتيش دكانه، بالقول أنه لم يصدر به إذن"^(٥٢).

وفي حكم آخر، أصلت محكمة النقض اجتهادها السابق، وأُسسته على سند من القول بأن "حرمة المتجر مستمدة من اتصاله بشخص صاحبه أو مسكنه، وأنه ما دام هنالك أمر من النيابة بتفتيش أحدهما أو كليهما، فإنه يشمل بالضرورة ما يكون متصلاً به، والمتجر كذلك"^(٥٣).

وكفاية الدلائل على الاتهام كشرط لصحة التفتيش، تثير إشكالية حول مدى صحة إذن التفتيش غير المحدد، أي الذي يخول مأمور الضبط تفتيش شخص معين وكل من يتواجد معه، أو تفتيش منزل معين وكل من يتواجد به. والواقع أن الاجتهاد القضائي انقسم حول هذه المسألة؛ ففي البدء كانت محكمة النقض المصرية تجيز ذلك، وتصحح "إصدار إذن التفتيش من قبل النيابة لمأمور الضبط القضائي، بتفتيش المتهم ومن قد يتصادف وجوده معه - وقت التفتيش، على أساس مظنة اشتراكهم معه في الجريمة، التي أُذن بالتفتيش

باعتبار أن ذلك يخلّ بشرط توافر الدلائل الكافية، حيث نجد تطبيقاً له في مجال المحادثات التليفونية، والتي تنحصر حجيتها في الشخص أو الأشخاص الذين تقرر تسجيل محادثاتهم دون غيرهم، وإلا فلا يجوز قانوناً اعتبار تسجيل محادثاتهم دليلاً جرمياً ضدهم. فقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأنه "لما كان قانون الإجراءات الجنائية قد استلزم في جميع أحوال مراقبة المحادثات التليفونية، صدور أمر قضائي مسبب، وذلك صوناً لحرمة تلك المحادثات، التي تنبثق من الحرية الشخصية، التي تتعلق بكيان الفرد وحياته الخاصة، وهو الأمر الذي حرص الدستور القائم على تأكيده، فحظّر في المادة (٢/٤٥) منه انتهاك حرمة المحادثات التليفونية وإفشاء أسرارها، ما لم يصدر بذلك قرار قضائي مسبب. ولما كان البين من المفردات التي أمرت المحكمة بضمها - تحقيقاً لوجه الطعن، أن الأمر الصادر من النيابة العامة لمراقبة المكالمات التليفونية، قد اقتصر على تسجيل المحادثات التي تتم بين المبلغ وبين أعضاء الجمعية التعاونية الاستهلاكية بشركة ... والمحددة أسماؤهم به، والذين ليس من بينهم الطاعن، فإنه ما كان يجوز لمأمور الضبط القضائي - المندوب لإجراء الإذن، تسجيل المحادثات التليفونية التي تمت بين المبلغ وبين الطاعن. وأما وقد تم تسجيلها، فإن هذا التسجيل يكون وليد إجراء غير مشروع، لم يؤذن به، ويكون الدفع ببطالان الدليل المستمد منه في محله"^(٥٤).

ثانياً: التوسع في محل التفتيش

تثير قاعدة تحديد التفتيش، إشكالية امتداد نطاق المحل المحدد بمذكرة التفتيش، ليشمل تلقائياً تفتيش كل ما يندرج ضمن وصف أو جنس معين لمحل التفتيش. وتطبيقاً لذلك، نجد ما نصت عليه المادة (٧٥) من قانون الإجراءات الجنائية القطري رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٤م أن [يجوز أن ينصرف الإذن، إلى كل مسكن يحوزه المتهم أو يقيم فيه، ولو بصفة غير دائمة ...].

(٥٠) نقض مصرية ١٥/١١/١٩٩٨م طعم رقم ١٣٤٣٤ لسنة ٦٦ق. عن: (مهدي، ٢٠١٥م، ص ٦٩٧ (الحاشية رقم ١٢)).

(٥١) نقض مصرية ١٢/٥/١٩٥٨م مجموعة الأحكام س ٩ رقم ١٣١ ص ٤٨٦. عن: (سرور، ٢٠١٥م، ص ٩١٨ (الحاشية رقم ٢)).

(٥٢) نقض مصرية ١٠/١٠/١٩٤٩م مجموعة القواعد ج ١، ص ٤٠٤، رقم ١٠٤. عن: (سلامة، ١٩٧٩م، ص ٥٢٠ (الحاشية رقم ١٦)).

(٥٣) نقض مصرية ٣/١/١٩٩٨م س ٣٩ رقم ١ ص ٤٩. عن: (سرور، ٢٠١٥م، ص ٩١٥).

جدياً، ويكون القبض الذي حصل على مقتضاه، قد وقع باطلاً، لمخالفته الأصول المقررة للقبض والتفتيش^(٥٦).

أخيراً، فمن مظاهر التوسع في محل التفتيش، جواز التفتيش العشوائي للمركبات العامة، حيث ميّزت محكمة النقض المصرية من حيث جواز التفتيش العشوائي بين المركبات العامة والخاصة، فأجازت التفتيش العشوائي للمركبات العامة دون الخاصة، باعتبار أن قاعدة تحديد التفتيش ينحصر نطاقها في المركبات الخاصة دون العامة. فجاء في حكم لها أنه "لما كان من المقرر، أن القيود الواردة على حق رجال الضبط القضائي، في إجراء القبض والتفتيش؛ إنما تنصرف إلى السيارات الخاصة بالطرق العامة، فتحول دون تفتيشها أو القبض على ركبها، إلا في الأحوال الاستثنائية التي رسمها القانون، طالما كانت في حيازة أصحابها. أما السيارات المعدة للإيجار - كالسيارات التي كانت تستقلها الطاعنة، فإن من حق مأموري الضبط القضائي إيقافها أثناء سيرها في الطرق العامة، للتحقق من عدم مخالفة أحكام قانون المرور"^(٥٧).

في مقابل ذلك، رفضت محكمة النقض المصرية التفتيش العشوائي على السيارات الخاصة، حيث قضت في حكم لها بأنه "لا يجوز تفتيش السيارات الخاصة بالطرق العامة بغير إذن من سلطة التحقيق، وفي غير حالات التلبس؛ إلا إذا كانت خالية، وكان ظاهر الحال يشير إلى تخلي صاحبها عنها"^(٥٨).

ومن المعلوم أن الحكمة من التمييز بين المركبات العامة المعدة للإيجار وغيرها، تتمثل في أنه يشترط لاعتبار السيارة امتداداً لشخص صاحبها - وحرمتها بالتالي مستمدة من حرمتها، أن تكون السيارة خاصة لا عامة؛ فلا ينطبق الحكم - على سبيل المثال - على سيارات الأجرة والباصات، باعتبارها

من أجلها. ويكون التفتيش - والحالة هذه - مستنداً إلى إذن صحيح، دون حاجة إلى أن يكون المأذون بتفتيشه معه، مسمّى باسم، أو يكون في حالة تلبس بالجريمة، قبل تنفيذ الإذن وحصول التفتيش^(٥٩).

وفي ذات الاتجاه، قضت محكمة النقض المصرية في حكم آخر بأنه "إذا أصدر المحقق إذن التفتيش، ونص فيه على تفتيش المتهم، ومن قد يتصادف معه وقت التفتيش، على أساس مظنة اشتراكهم معه في الجريمة، التي أذن بالتفتيش من أجلها؛ فإن الإذن الصادر بالتفتيش يكون سليماً، والتفتيش الذي جرى بناء عليه يكون صحيحاً"^(٦٠).

وقد وجهت للاتجاه القضائي السابق انتقادات عدة من الفقه؛ من ناحية أن عدم تحديد محل التفتيش، ينبئ عن عدم توافر دلائل كافية تبرره، وأنه إذا كانت عدم جدية التحريات تبطل التفتيش، فإن عدم وجودها أصلاً تبطله من باب أولى (مهدي، ٢٠١٥م، ص ٦٤٦)؛ فتوافر الدلائل الكافية للتفتيش يفترض سبق إجراء تحريات جدية حول محل التفتيش، وهو ما يقتضي معه أن يكون هذا المحل محدداً أي معيناً بالذات.

وتبعاً لانتقادات الفقه التي وجهت للاتجاه القضائي السابق، فقد عدلت محكمة النقض عن اتجاهها ذلك، حيث أخذت تقرر إبطال إذن التفتيش غير المحدد بأشخاص معينين بذواتهم، فجاء في حكم لها أن "الإذن الصادر من النيابة بإجراء التفتيش، قد جاء حالياً من أية إشارة محدّدة شخص الطاعن، وكل ما أورده في هذا الصدد - بعد الإذن بضبط الطاعن الأول وتفتيشه، هو عبارة (وكذا ضبط وتفتيش شخص كل من يتواجد معه)؛ فإن هذا الإذن في هذه العبارة العامة المجهولة، يصلح لأن يوجه ضد كل شخص يتواجد بمصنع الطاعن الأول، إذ يجعل الخيار في هذا الشأن متروكاً لإرادة مأمور الضبط القضائي، على ما يراه هو دون أي تحديد؛ فمثل هذا الإذن لا يعتبر في خصوصية العبارة آنفة الذكر إذناً

(٥٦) نقض مصرية جلسة ١٩٩٥/٣/٢٢ طعن رقم ١٧٤١ لسنة ٦٣ ق. عن: (ظاهر، ٢٠١٣م، ص ٣٩٧).

(٥٧) نقض مصرية الطعن رقم ١٠٧٤٨ لسنة ٦٧ جلسة ١٩٩٩/٥/٤م مجموعة الأحكام س ٥٠ ص ٢٧٥. عن: (الفقي، بدون سنة، ص ١٠٦٣).

(٥٨) نقض مصرية ٢٥/١٠/٢٠١٠م الطعن رقم ٥١٩٦٥ لسنة ٧٣ ق. وكذلك تاريخ ٢٣/١/٢٠١٢م الطعن رقم ٦٠٤٢ لسنة ٨١ ق.

عن: (سرور، ٢٠١٥م، ص ٧١٥).

(٥٩) نقض مصرية جلسة ١٩٧١/١٢/٥م مجموعة أحكام النقض س ٢٢ ق ١٦٨ ص ٦٩١. عن: (ظاهر، ٢٠١٣م، ص ٣٩٦).

(٥٥) نقض ٢٣/١٢/١٩٨٧م مجموعة أحكام النقض س ٣٨ ص ١١٣٤ رقم ٢٠٦. عن: (مهدي، ٢٠١٥م، ص ٦٤٥).

(١) تحدد النياية العامة في إذن التفتيش، أجزاء المسكن التي ينصرف إليها الإذن، وما إذا كان يشمل كامل المسكن وملحقاته، أو أجزاء محددة منه [...].

وفي قانون الإجراءات الجنائية السوداني رقم (٦٥) لسنة ١٩٩١م، تنص المادة (٨٧) على أن [يكون أمر التفتيش على الأمكنة مكتوباً، ويتضمن بيان الغرض من التفتيش، والمكان المراد تفتيشه...].

وفي قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، تنص المادة (٨٧) على ضرورة تحديد المكالمات المراد مراقبتها في إذن التسجيل، حيث نصت على أن: [...] أما المحادثات الهاتفية، فيجوز للمحقق أن يكلف أحد رجال إدارة الهاتف أو رجال الشرطة بالاستماع لها، وتسجيلها لنقل صيغتها إليه. ويجب أن يتضمن الأمر تحديداً واضحاً للمكالمة أو المكالمات المطلوب تسجيلها، بحيث لا تستمر المراقبة أو الاستماع مدة تزيد على ما تقتضيه ضرورة التحقيق].

البند الثاني: توسع التشريعات المقارنة في مفهوم تحديد التفتيش
توسّعت التشريعات المقارنة في مفهومها لتحديد التفتيش، توسعاً أخرجه من مفهومه وماهيته في بعض الأحيان، فنجد على سبيل المثال أن قانون الإجراءات الجنائية السوداني أجاز إجراء التفتيش العام، حيث نصت المادة (٢/٨٦) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني رقم (٦٥) لسنة ١٩٩١م: [(٢) يجوز للقاضي - في أي وقت بناء على طلب من الجهة المختصة، أن يصدر أمراً بإجراء التفتيش العام إلى أمكنة أو أشخاص؛ متى رأى أن ذلك يساعد في أغراض اكتشاف الجريمة].

إلا أن التفتيش العام الذي قرره قانون الإجراءات الجنائية السوداني، يختلف عما يمكن تسميته بالتفتيش الموسّع، وهو ما يثير إشكالية امتداد مفعول أو أثر مذكرة التفتيش، لتشمل تلقائياً تفتيش ما يتضح - أثناء تنفيذ المذكرة - أنه يفيد في الكشف عن الحقيقة، دون إذن خاص يصدر لهذا الخصوص، باعتبار ما يبرره من ضرورة التحفظ على ما يفيد بالكشف عن الحقيقة. وفي ذلك، نصت المادة (٧٥) من قانون الإجراءات الجنائية القطري رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٤م على أنه [...] يجوز أن ينصرف الإذن إلى كل مسكن يحوزه المتهم أو يقيم فيه، ولو بصفة غير دائمة [...].

تدخل في مفهوم المكان العام، الذي يجوز لأي شخص الدخول إليه، مما يغدو معه البحث فيها من أعمال التحري والاستدلال، لا من قبيل التفتيش (الديجاني، بدون سنة، ص ١٣٥) بالمعنى المقصود؛ أي التفتيش التحقيقي. وقد أكدت محكمة النقض المصرية على هذه الحقيقة، حيث اعتبرت في حكم لها أن "استيقاف السيارات للتحقق من عدم مخالفة قانون المرور، لا يعدّ تفتيشاً، ولا إجراء من إجراءات التحقيق؛ إنما هو من إجراءات الضبط الإداري"^(٥٩).

وفي حكم آخر، وسّعت محكمة النقض المصرية، من نطاق الغايات التي يجوز لأجلها استيقاف المركبات العمومية المعدة للإيجار، حيث قضت في حكم لها بأنه "يجوز لرجال الضبط استيقاف السيارات العامة المعدة للإيجار في الطرق العامة، للتأكد من تراخيص القيادة أو مراعاة سلامة السيارة، أو التحقق من شخصية ركبها، وللتأكد من عدم مخالفة أحكام قانون المرور"^(٦٠).

الفرع الثاني: موقف التشريعات المقارنة قاعدة تحديد التفتيش

وفي هذا المقام، نبدأ بتأكيد التشريعات المقارنة على قاعدة تحديد التفتيش (البند الأول)، لننتقل بعدها إلى توسع هذه التشريعات في مفهوم تحديد التفتيش (البند الثاني).

البند الأول: تأكيد التشريعات المقارنة على قاعدة تحديد التفتيش

تبنت أغلب التشريعات المقارنة قاعدة تحديد التفتيش بمحل معين، ففي قانون الإجراءات الجنائية القطري وفي معرض تنظيمه لتفتيش المساكن، أوجبت المادة (١/٧٦) منه ضرورة تحديد أجزاء المنزل محل التفتيش، في حال أمكن ذلك، حيث نصت على أنه [مع مراعاة أحكام تفتيش المساكن المنصوص عليها في هذا القانون يتعين مراعاة الضوابط التالية:

(٥٩) نقض مصرية ٢٥/١/٢٠٠٩م الطعن رقم ٥٩٦١٣ لسنة ٧٥ق. وكذلك تاريخ ١٩/٩/١٩٩٩م مجموعة الأحكام س ٥٠ ص ٤٤٦. عن: (سرور، ٢٠١٥م، ص ٧١٦).
(٦٠) نقض مصرية ٦/٦/٢٠١٢م الطعن رقم ٦٨٩٤٣ لسنة ٧٤ق. عن: (سرور، ٢٠١٥م، ص ٧١٥).

الذي يجري تفتيشه - أو بالقرب منه، يُخفي شيئاً مما يجري التفتيش عنه، فيجوز تفتيش ذلك الشخص]. وفي قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي رقم (٣٥) لسنة ١٩٩٢م، تنص المادة (٥٧) منه على أنه [إذا قامت - أثناء تفتيش منزل المتهم، قرائن قوية ضده، أو ضد شخص موجود فيه؛ على أنه يخفي معه شيئاً يفيد في كشف الحقيقة؛ جاز لمأمور الضبط القضائي أن يفتشه].

وقد جاءت المادة (٦٨) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني رقم (٤٦) لسنة ٢٠٠٢م مطابقة للنص السابق في القانون الإماراتي.

كذلك، فقد توسعت العديد من التشريعات المقارنة في قاعدة تحديد محل التفتيش، لتشمل الجريمة العرضية التي يتم الكشف عنها في معرض التفتيش عن أدلة الجريمة الأصلية. من ذلك ما نصت عليه المادة (٥٠) من قانون الإجراءات الجنائية المصري من أنه [...] إذا ظهر عرضاً أثناء التفتيش، وجود أشياء تعد حيازتها جريمة - أو تفيد في كشف الحقيقة في جريمة أخرى؛ جاز لمأمور الضبط القضائي أن يضبطها].

وفي قانون الإجراءات الجنائية القطري رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٤م، نصت المادة (٥٦) منه على أنه [...] إذا ظهر عرضاً أثناء التفتيش، وجود أشياء تعد حيازتها جريمة، أو تفيد في كشف الحقيقة في جريمة أخرى؛ قام مأمور الضبط القضائي بضبطها].

وفي قانون الإجراءات الجزائية الاماراتي رقم (٣٥) لسنة ١٩٩٢م، نصت المادة (٥٥) منه على أنه [...] إذا ظهرت عرضاً أثناء التفتيش أشياء تعدّ حيازتها جريمة، أو تفيد في كشف الحقيقة في جريمة أخرى؛ قام مأمور الضبط القضائي بضبطها].

وقد جاء نص المادة (٦٩) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني رقم (٤٦) لسنة ٢٠٠٢م مطابقاً للفقرة الثانية من النص السابق في القانون الإماراتي محل البحث.

والنصوص السابقة جميعها، يمكن أن تكون سنداً تشريعياً لما يمكن تسميتها بالجريمة العرضية، أي التي تضبط عرضاً في معرض التفتيش عن أدلة جريمة أخرى (أصلية)، حيث تؤكد أن ذلك لا يخل بأي من قاعدتي تخصيص التحقيق أو تحديده.

ويشير النص السابق إشكالاً حول مدى دستوريته، باعتبار أن ارتكاب شخص لجناية لا يبيح تفتيش جميع مساكنه، إلا إذا توافرت دلائل كافية على أن مسكناً محدداً أو معيناً منها، هو الذي توجد به أشياء أو أدلة تفيد التحقيق أو في كشف الحقيقة.

كذلك، تثير قاعدة تحديد التفتيش، إشكالية أخرى تتعلق بامتداد أثر مذكرة التفتيش من حيث الأشخاص في معرض تفتيش المساكن، وهو ما تقرره القاعدة المتضمنة أن "تفتيش المساكن يبيح تفتيش الأشخاص"، حيث نصت المادة (٤٩) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه [إذا قامت أثناء تفتيش منزل متهم، قرائن قوية ضد المتهم، أو شخص موجود فيه؛ على أنه يخفي معه شيئاً يفيد في كشف الحقيقة؛ جاز لمأمور الضبط القضائي أن يفتشه].

كذلك فقد نصت المادة (٥٤) من قانون الإجراءات الجنائية القطري رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٤م على أنه [إذا قامت أثناء تفتيش منزل المتهم قرائن ضده، أو ضد شخص موجود فيه، على أنه يخفي معه شيئاً يفيد في كشف الحقيقة، جاز لمأمور الضبط القضائي القبض عليه وتفتيشه].

وفي أصول المحاكمات الجزائية الأردني، نجد ما تنص عليه المادة (٩٧/١) من أنه: [عند التحري والتفتيش في مكان، إذا اشتبه في شخص أنه يخفي معه مادة يجري التحري عنها، يجوز تفتيشه في الحال].

وكذلك، فقد أجاز قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠م تفتيش منزل غير المتهم، حيث نصت المادة (٥٠) منه على أنه [لمن يقوم بتنفيذ القبض، أن يدخل مسكن الشخص المطلوب القبض عليه للبحث عنه، وله أن يدخل أي مسكن آخر لنفس الغرض؛ إذا وجدت قرائن قوية على أن المتهم قد اختبأ فيه ...].

وفي قانون الإجراءات الجنائية السوداني رقم (٦٥) لسنة ١٩٩١م توسع في قاعدة امتداد التفتيش، لتشمل ليس فقط من يتواجد في المسكن الذي يجري تفتيشه، بل كذلك في أي مكان بالقرب منه، حيث نصت المادة (٩٢) من هذا القانون على أنه: [إذا قامت شبهة معقولة، بأن أي شخص موجود في المكان

معينة، تؤدي - وفقاً لقواعد العقل والمنطق - إلى ترجيح نسبة الجريمة إلى المتهم بها، ووجود الأدلة المراد التفتيش عنها لدى الشخص أو في المكان المراد تفتيشه.

وفي ذلك، نجد ما قضت به محكمة التمييز الكويتية في حكم لها من أنه "يجوز تفتيش الشخص أو مسكنه أو رسائله، بمعرفة المحقق أو بأمر منه، لضبط الأشياء التي استعملت في الجريمة، أو نتجت عنها أو تعلقت بها؛ متى استلزمت ذلك ضرورة التحقيق، ولا توجد وسيلة أخرى للحصول عليها. مفاده أنه متى اقتضت مصلحة التحقيق إجراء التفتيش، لضبط الأشياء التي ذكرتها المادة، فذلك لعدم وجود وسيلة أخرى للحصول على الأشياء المراد ضبطها غير إجراء التفتيش، كإمكان توجيه أمر إلى حائز الشيء بتسليمه، أو تقديمه أو تمكين المحقق من الاطلاع عليه، بالطريقة التي يحددها ... وذلك متروك تقديره للمحقق، تحت رقابة محكمة الموضوع"^(٦١).

- وعليه، فإن كفاية الدلائل للتفتيش مبنية على عنصرين هما:
- ١- وجود ظروف أو وقائع ثابتة بالأدلة، تشير إلى وقوع جريمة وإلى نسبتها لمتهم معين.
 - ٢- ترجيح الظروف أو الوقائع المذكورة - وفقاً لقواعد العقل والمنطق - وجود دلائل الجريمة لدى شخص معين (بتفتيش الأشخاص) أو في مكان معين (في تفتيش المساكن).
- وفيما يلي، يمكن تفصيل العنصرين السابقين في بندين، نبش في أولهما عنصر الاتهام بارتكاب الجريمة (البند الأول) وفي ثانيهما عنصر وجود أدلة الجريمة لدى شخص معين أو في مكان معين (البند الثاني).

البند الأول: عنصر الاتهام بارتكاب الجريمة

والعنصر الأول (الاتهام بارتكاب جريمة) - والذي بحثنا به في بداية هذا البحث، لا بد أن يُبنى على وقائع وظروف ثابتة بالبين، وإلا كنا أمام حالة من الاشتباه المجرد، والذي تعوزه الوقائع والظروف الثابتة كما قلنا. ومن هنا كان تفتيشاً باطلاً، ذلك الذي يُبنى على الاشتباه فقط.

(٦١) تمييز كويتية طعن رقم ٨٧/٢٦١ جزائي، جلسة ٢١/٣/١٩٨٨م. عن: (المشعل، ٢٠٠٣م، ص ١١٠).

أخيراً، فقد توسعت التشريعات المقارنة في تحديد محل التفتيش، بحالات الشرعية الإجرائية الاستثنائية، حيث خرجت بعض قوانين مكافحة الإرهاب على قاعدة التحديد الدقيق للتفتيش، باعتبار ما تمتاز به من شرعية إجرائية استثنائية. من ذلك على سبيل المثال، قانون منع الإرهاب الإنجليزي الصادر سنة ١٩٨٩م، والذي نص في المادة (١٥/أ) منه على أنه [إذا اقتنع القاضي، أنه توجد أسباب معقولة للاشتباه في أن الشخص الذي يعتقد رجال الشرطة وجوب القبض عليه - وفقاً لنص المادة (١٤/ب) - يوجد في أحد المباني؛ يُصدر له إذنًا بتفتيش هذا المبنى]. ما يعني جواز أن يصدر إذن التفتيش ليشمل مبنى بأكمله، دون ضرورة تحديد شقة بعينها منه.

المبحث الثالث:

العناصر المادية والقانونية لكفاية الدلائل للتفتيش

وفي هذا المبحث، نستعرض مشتملات كفاية الدلائل بنوعيتها: الكفاية المادية (المطلب الأول) والكفاية القانونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مشتملات الكفاية المادية بالدلائل المتطلبة للتفتيش

وفي هذا المطلب، نبدأ بالبحث في عناصر الكفاية المادية بالدلائل المتطلبة للتفتيش (الفرع الأول) لنتقل بعدها بالبحث في خصوصية كفاية الدلائل المتطلبة للتفتيش (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عناصر الكفاية المادية بالدلائل المتطلبة للتفتيش

الدلائل الكافية للتفتيش هي "تلك المبنية على احتمال معقول، تؤيده الظروف، والتي تكفي للاعتقاد بارتكاب جريمة" (الجعافرة، ٢٠٠٤م، ص ١١٧)، ونسبتها إلى شخص معين. وعليه، فليس بالضرورة أن نكون أمام أدلة قاطعة بارتكاب الجريمة ونسبتها للمتهم بها، وإلا كنا أمام كفاية متطلبة للإدانة، والحال أننا إزاء إجراء التفتيش نكون لا زلنا في مرحلة سابقة على الحكم، بل وحتى على مرحلة المحاكمة ذاتها، حيث تجمع بالتفتيش أدلة الجريمة في مرحلة التحقيق. ومن ثم، يكفي لتوافر الدلائل الكافية للتفتيش وجود قرائن مستندة إلى ظروف أو وقائع

وعليه فيكون محل الدلائل الكافية للتفتيش هو وقوعها على جريمة ارتكبت بالفعل، لا متوقعة الوقوع ولو تأكد وقوعها مستقبلاً. ويربر هذا الشرط، بأن للجاني العدول عن جريمته حتى وقت ارتكابها، وإن سبب الدعوى الجزائية التي تخول اتخاذ جميع الإجراءات الجزائية بحق الشخص، يتحقق بوقوع الجريمة فعلياً، لا باحتال وقوعها في رأينا. كذلك، فيبرر الفقه هذا الشرط باستثنائية الإجراء الجزائي وحصره، وارتباطه بوجوب توافر مقتضى له يبرره، وإلا أدى التوسع فيه إلى تهديد الحقوق والحريات الفردية (شمس الدين، ٢٠١٢م، ص ٤٥٦).

وقد أكد قانون الإجراءات الجنائية القطري على الحقيقة السابقة، إذ نصّ في المادة (٧٥) منه على أن [تفتيش المنازل عمل من أعمال التحقيق، لا يجوز إلا بإذن كتابي من النيابة العامة، بناءً على تحريات تكشف أن حائز المسكن - أو المقيم فيه، ارتكب جريمة أو جنحة، أو اشترك في ارتكابها، أو وجدت قرائن تدل على أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة...].

وتطبيقاً لضرورة توافر الدلائل الكافية على وقوع جريمة بالفعل، قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأنه "لا يجوز الإذن بتفتيش الموظف، قبل وقوع جريمة الرشوة؛ حتى إذا كانت التحريات قد دلت على أن الجريمة ستقع حتماً، في لحظة لاحقة على الإذن"^(٦٤).

كذلك قضت محكمة النقض في حكم آخر لها بأنه "إذا كانت النيابة قد أصدرت إذنًا بالتفتيش، استناداً إلى ما قرره الضابط، من أن المتهم سيقوم بنقل كمية من المخدر إلى خارج المدينة؛ فإن الحكم إذ دان المتهم، دون أن يعرض لبيان ما إذا كان إحرازه للمخدر كان سابقاً على صدور إذن التفتيش أو لاحقاً له؛ يكون مشوباً بالقصور والخطأ في تطبيق القانون"^(٦٥). إلا أنه ينبغي في هذا المقام، التحوط في تحديد الجريمة محل التفتيش، بين الجريمة التي وقعت وتحقق وقوعها، والجريمة

فلا يكفي وجود دلائل على ارتكاب جريمة معينة، وإنما لابد أيضاً من توافر الدلائل على ربط الشخص - المراد تفتيشه أو منزله أو رسائله، بذلك الجرم محل التحقيق، وفي إطار العلاقة بين كفاية الدلائل للاتهام وكفايتها للتفتيش، نجد أن هنالك شرطاً جوهرياً للتفتيش - بمعناه الدقيق أي التفتيش التحقيقي، يتمثل في ضرورة توجيه اتهام لشخص معين، بارتكاب جريمة معينة؛ أي لابد من أن يكون التفتيش إجراء تحقيقاً، ولا يصح أن يكون من قبيل أعمال الاستدلال؛ بمعنى ضرورة مباشرة التحقيق من سلطة التحقيق للقيام بالتفتيش (العطوي، ١٩٨٧م، ص ٨٥). ولهذا كان التفتيش محصوراً ومقيداً فقط بالجريمة المعنية التي يراد التفتيش عن أدلتها.

وفي ضرورة وجود الدلائل الكافية للتفتيش، قضت محكمة النقض المصرية بضرورة وجود اتهام جدي للشخص المراد تفتيشه أو مسكنه، بأنه مرتكب الجريمة أو مساهم فيها، أو يخفي أشياء تتعلق بها، وهي دلائل يجب أن تكون كافية للتصدي لحرمة الشخص - أو مسكنه - حسب الأحوال^(٦٦).

والقاعدة السابقة، نتيجة منطقية لكون التفتيش من أعمال التحقيق، ومن المعلوم أن هذه الأعمال لا تبدأ إلا بعد وجود الدلائل الكافية على الاتهام (الضميني أو المبدئي)، والذي ينشأ بوجود الدلائل الكافية على وقوع جريمة معينة، وعلى نسبتها لمن يتخذ الإجراء التحقيقي في مواجهته؛ مما لا يجوز معه إجراء التفتيش بأية حال إلا لجريمة ثبت وقوعها فعلياً، مما يخرج عنه الجريمة التي لم تقع بعد، وإن أثبت التحريات أنها على وشك الوقوع بالقطع، فلا يصح صدور أمر التفتيش ولا إجراءاته قبل ثبوت وقوعها فعلياً.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأنه "لا يجوز الإذن بتفتيش الموظف قبل وقوع جريمة الرشوة، إذا كانت التحريات قد دلت على أن الجريمة ستقع حتماً في لحظة لاحقة على الإذن"^(٦٧).

(٦٢) نقض مصرية تاريخ ١٦/١٠/١٩٦٧م، مجموعة أحكام النقض، سنة ١٨ق، رقم ١٩٥، ص ٩٦٥. عن: (العدوان، ٢٠٠٩م، ص ٢١١-٢١٢ (الحاشية رقم ٣)).

(٦٣) نقض مصرية جلسة ٧/٢/١٩٦٧م، مجموعة أحكام النقض، سنة ١٨ق، رقم ٣٤، ص ١٧٤. عن: (غانم، ٢٠٠٨م، ص ٦٧).

(٦٤) نقض مصرية جلسة ٧/٢/١٩٦٧م، مجموعة الأحكام، سنة ١٨ق، رقم ٣٤، ص ١٧٤. عن: (غانم، ٢٠٠٨م، ص ٦٧).

(٦٥) نقض مصرية ١/١/١٩٦٢م مجموعة أحكام النقض س ١٣ رقم ٥ ص ٢٠. عن: (الدهبي، ١٩٩٠م، ص ٤٢٠).

ولما كانت جريمة الرشوة تقع تامة بمجرد طلبها من الموظف أو عرضها من صاحب المصلحة. فقد قضت محكمة النقض المصرية - تبعاً لذلك - بأنه "لما كان الحكم الطعون فيه، أسس قضاؤه ببراءة المطعون ضده على قوله ... بأن محضر التحريات لا يتضمن تحريات جدية تستوجب إصدار الإذن، لأنه جاء خلواً من بيان أي قرائن أو أمارات تشير إلى كشف الحقيقة، وأنه يريد الضبط تبريراً له في احتمال ضبط أدلة مادية للجريمة، إذ لم يتضمن المحضر وقوع جريمة بالفعل؛ وحيث أن المبلغ تردد كثيراً على المتحرى عنه، ولم يقل أنه تقاضى منه ثمة مبالغ قبل ذلك، وقضى بالتالي ببطالان الإذن الصادر بناءً عليها، وما تلى ذلك من إجراءات. لما كان ذلك، وكان القانون قد جعل من مجرد طلب الرشوة جريمة تامة، وكان الحكم الطعون فيه قد أورد في معرض سرده لأقوال المبلغ والضابط مجري التحريات، أن المطعون ضده قد طلب من المبلغ مبالغ مالية، لتنفيذ عمل من أعمال وظيفته؛ فإنه إذ قضى ببراءة المطعون ضده - بمقولة أن المحضر لم يتضمن وقوع جريمة بالفعل، يكون قد أخطأ في تطبيق القانون"^(٦٦).

البند الثاني: وجود أدلة الجريمة لدى شخص معين أو في مكان معين

والعنصر الثاني (والمتمثل في وجود أدلة الجريمة لدى شخص معين أو في مكان معين)، مبني على الظن والرجحان، وهو ما سنعرض له في هذا الموضوع من البحث. وقد أكد جانب من الفقه على العنصر الثاني، المتمثل في توافر دلائل على إخفاء أشياء تفيد التحقيق، حيث ذهب إلى القول بأن مجرد اتهام المدعي عليه بالجناية أو الجريمة المشهودة، لا يكفي لتبرير التفتيش؛ بل لابد فوق ذلك من توافر قرائن قوية، على أنه يجوز في مسكنه الأدلة المادية لتلك الجناية (الجوخدار، ٢٠١١م، ص ١٨٨).

وتطبيقاً للعنصر الثاني، نجد في قضاء محكمة التمييز الأردنية، اشتراطها توافر حالة اشتباه بأن من جرى تفتيشه، يُخفي معه أشياء

متوقعة الحدوث؛ ففي بعض الأحيان نكون أمام جريمة من جرائم السلوك المجرد تقع الجريمة بمجرد تحقق السلوك، دون انتظار تحقق نتيجته؛ حيث يجرم القانون سلوكاً مجرداً، يمكن أن يصبح في حال تطوره سلوكاً لجريمة أخرى، تستغرق الجريمة الأولى (باعتبار القاعدة التي تقرر أن النص طويل المدى يستغرق النص قصير المدى)، وهي ما يمكن تسميتها بحالات التجريم التحوطي أو الاستباقي؛ فمجرد حيازة المخدر جريمة، حتى ولو لم يتم عرضه، ومجرد عرضه جريمة، حتى ولو لم يتم بيعه فعلياً.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض المصرية بأنه "إذا أثبتت التحريات أن المتهم يحتفظ بالمخدر بملايسه، ثم صدر أمر النيابة بالتفتيش حال نقله المخدر، فإن هذا الأمر يكون صحيحاً؛ لأنه صدر لضبط جريمة تحقق وقوعها، بحسب أن نقل المخدر مظهر لنشاطه في الإتجار، لا لضبط جريمة مستقبلية"^(٦٧).

وفي حكم آخر لها، قضت محكمة النقض المصرية بأنه "إذا صدر الإذن بالتفتيش، استناداً إلى تحريات تدل على أن المتهمين شحنوا كمية من المخدرات، على مركب وصلت للمياه الإقليمية؛ فإن مفهوم ذلك أن الأمر قد صدر لضبط جريمة تحقق وقوعها من مقارفتها، لا لضبط جريمة مستقبلية أو محتملة"^(٦٨).

وكذلك الحال في جريمة الرشوة، فإن عرض الرشوة أو طلبها، يعدّ كل منهما في حد ذاته جريمة مستقلة قائمة بذاتها، حتى ولو لم يثبت الاتفاق أو يتم؛ ولهذا فلا نكون إزاءهما أمام جريمة مستقبلية. وبناء على ذلك، قرر الفقه بأن جريمة الرشوة تقع بمجرد طلبها من الموظف أو قبولها من لدنه، ولهذا فيجوز تفتيش الموظف، لضبط ما يكون في حوزته، مما تسلمه من مبلغ الرشوة تنفيذاً للاتفاق عليها؛ وحينها لا تكون الجريمة محل التفتيش، هي جريمة أخذ الرشوة (إذ إنها لم تكن قد وقعت عند إصدار الإذن بالتفتيش)، إنما تكون جريمة سابقة عليها، ألا وهي جريمة طلب الرشوة أو قبولها (سرور، ٢٠١٥م، ص ٩٢٦).

(٦٦) نقض مصرية ١٩٧٤/٣/١٧م مجموعة الأحكام س ٢٥ رقم ٦٤ ص ٢٩٢. عن: (سرور، ٢٠١٥م، ص ٩٢٥) (الحاشية رقم ٢٢).

(٦٧) نقض مصرية ١٩٨٥/١/٢٤م مجموعة أحكام النقض س ٣٦ رقم ١٦ ص ١١٧. عن: (شمس الدين، ٢٠١٢م، ص ٤٥٦).

(٦٨) نقض مصرية جلسة ٢٠٠٤/١١/٤م الطعن رقم ٥٤٥١ لسنة ٩٥ ق. عن: (شمس الدين، ٢٠١٢م، ص ٤٥٧).

- ١- اتخاذ الاستدلالات اللازمة بشأن الشبهات التي تدور حول التهمة، أو حول إخفاء أدلة متعلقة بها.
- ٢- تدوين أعمال الاستدلال المذكورة بمحضر التحريات.
- ٣- أن تشف الاستدلالات المتخذة، عن دلائل كافية على الاتهام أو الإخفاء.
- ٤- أن يصدر الإذن بالتفتيش بناء على تلك الدلائل الكافية، لا العكس؛ بمعنى أن تكون هذه الدلائل سبباً للإذن بالتفتيش، لا أن يتم تحصيلها كنتيجة لإجراء التفتيش.

الفرع الثاني: خصوصية كفاية الدلائل المطلوبة للتفتيش

تبرز خصوصية الكفاية المطلوبة بدلائل التفتيش، من ناحيتين اثنتين: أولاًها ناحية ذاتية أو قاعدية، ترتبط بقاعدة تخصيص التفتيش بالغرض منه. لذلك نجد ما يقرره جانب من الفقه (أحمد، ٢٠١١م، ص ٢٩٨) من ضرورة أن تكون الشبهة أو الأمانة التي تجيز التفتيش - وينبغي عليها إجراؤه، مرتبطة بشيء معين بالذات، أي بدليل جرمي معين بالذات، لا أن تنصب على أي شيء ممنوعة حيازته قانوناً، وإلا بطل التفتيش.

أما الناحية الثانية فعلائقية، ترتبط بعلاقة التفتيش بالقبض؛ فلما كان التفتيش إجراء أقل خطورة وجسامة على حرية الأفراد من القبض (أحمد، ٢٠١١م، ص ٢٩٧). ولهذا، كانت القاعدة المقررة فقهاً أنه في الأحوال التي يجوز فيها القبض يجوز فيها التفتيش، وهو ما يثبت في رأينا خصيصاً أساسية وجوهرية في الإجراءات الجزائية تتمثل في نسبية الإجراء.

وقد عبّر عن هذه الحقيقة، قانون الإجراءات الجنائية المصري صراحة في المادة (٤٦) منه، حين نصت على أن [في الأحوال التي يجوز القبض قانوناً على المتهم يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يفتشه].

وذات الحكم، نجده مقررراً في قانون الإجراءات الجنائية القطري، حيث تنص المادة (٤٧/١) منه على أن [لمأمور الضبط القضائي، في الأحوال التي يجوز فيها قانوناً القبض، أن يجري تفتيش المتهم للبحث عما يكون بجسمه أو ملابسه، أو ما يحمله؛ من أمتعة أو أشياء تتعلق بالجريمة الجاري التفتيش بشأنها].

تفيد في كشف الحقيقة، حيث جاء فيه قولها أنه "لا يعتبر باطلاً، ضبط الدولارات المزيفة مع المتهم؛ لأنه منظم من قبل موظفي الضابطة العدلية المكلفين باستقصاء الجرائم وجمع أدلتها والقبض على فاعليها، وقد أجازت المادة (٩٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية لهم عند التحري والتفتيش في مكان، تفتيش أي شخص في الحال؛ إذا اشتبه بأنه يخفي معه مادة يجري التحري عنها. وعليه، فإن تفتيش المتهم الثاني - المميز - إثر ضبط الدولارات المزيفة مع المتهم الأول - التي أخذها منه، بعد أن اشتبه به بأنه يخفي دولارات مزيفة يجري التحري عنها؛ يجعل من الضبط المنظم بحقه صحيحاً وموافقاً للقانون"^(٦٩).

وشرط كفاية الدلائل يقتضي - بطبيعة الحال - عدم كفاية مجرد تقديم شكوى أو بلاغ للإذن بالتفتيش، فلا بد من أن تسبقه تحريات كافية، عما اشتملت عليه الشكوى أو البلاغ (السعيد، ٢٠١٠م، ص ٤٤٨)، بحيث لا يصدر الإذن بالتفتيش إلا إذا شفت هذه التحريات عن دلائل كافية للتفتيش، كفاية تبرّر المساس بحقوق وحرريات الأفراد، وعلى رأسها حقهم في السر.

إلا أن اشتراط وجود تحريات كافية، لا يصل إلى درجة القول بضرورة فتح تحقيق قبل الإذن بالتفتيش، فيصح أن يكون الإذن بالتفتيش هو ذاته الإجراء الذي يتم فتح التحقيق به، أي تحريك الدعوى الجزائية به. وفي ذلك، قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأنه "لا يشترط التحقيق المفتوح الذي يسوغ التفتيش؛ أن يكون قد قطع مرحلة، أو استظهر قدراً معيناً من أدلة الإثبات؛ بل ترك ذلك لتقدير سلطة التحقيق، لكي لا يكون وراء غلّ يده، احتمال فوات الغرض منه، بما تتأثر به مصلحة الجماعة، التي تسمو على مصلحة الفرد"^(٧٠).

وعليه، فلكي يكون إذن التفتيش مستوفياً شرط كفاية الدلائل لإصداره، لابد من توافر شروط أربعة - تبعاً لما يقرره الفقه، هي (السعيد، ٢٠١٠م، ص ٤٥٠):

(٦٩) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية رقم ١٩٩٦/٧٨٠ (هيئة خماسية) تاريخ ١٩٩٧/٢/٥ م منشورات مركز عدالة.

(٧٠) نقض مصرية ١٩٥٢/٦/٤ م مجموعة الأحكام س ٤ رقم ٢٣٠ ص ٩٠٩. عن: (السعيد، ٢٠١٠م، ص ٤٥٠).

الفرع الأول: مشروعية التحريات التي أفضت إلى الدلائل الكافية للتفتيش

وفي هذا الفرع يبدأ الباحث بدراسة عناصر المشروعية المباشرة للتحريات التي أفضت إلى الدلائل الكافية للتفتيش (البند الأول) لينتقل بعدها لدراسة جدية التحريات كشرط غير مباشر لمشروعيتها (البند الثاني).

البند الأول: عناصر المشروعية المباشرة للتحريات التي أفضت إلى الدلائل الكافية للتفتيش

يشترط لمشروعية أي إجراء جزائي، أن تكون كفاية الدلائل التي استند إليها، مبنية على تحريات جدية. وأولى مراتب جدية التحريات ضرورة تحقق مشروعيتها؛ بمعنى أن تكون مستندة إلى إجراءات مشروعة. ولكي تكون كذلك، لابد من توافر عناصر ثلاثة هي: عنصر مادي، وآخر معنوي، وثالث يتعلق بالاختصاص، نشرحها تباعاً كما يلي.

أولاً: العنصر المادي: ويتمثل في قيام شبهة حقيقية مبدئية أو محرّكة للتحريات

فلا بد ابتداءً لجدية التحريات، أن تكون مؤسسة - في أصلها - على وجود شبهات حقيقية، حول ارتكاب جريمة ونسبتها إلى الشخص الذي تجري التحريات عنه؛ فلا يجوز أن تجري التحريات أصلاً وابتداءً حول أحد الأشخاص، قبل أن توجد بحقه ابتداءً شبهة حول صلته بجريمة قد اكتشفت فعلياً، فلا يجوز البدء بالتحريات "بناءً على أسباب وهمية أو من محض الخيال".

ثانياً: العنصر المعنوي: ويتمثل في مشروعية الغرض من إجراء التحريات

فغرض التحريات يجب أن ينحصر في جمع المعلومات عن الجريمة؛ فلا يجوز أن يكون الغرض من إجراء التحريات مثلاً إشباع الفضول، أو الانتقام والتشفي، أو كشف الأسرار (العدوان، م٢٠٠٠، ص ١٦٨) وهتك الخصوصية، أو حتى مجرد التسلّط.

وعليه، تترتب على ما سبق، نتيجة هامة وجوهرية في نطاق بحثنا هذا تتمثل في أن الدلائل التي تعتبر كافية للقبض تعتبر كافية حكماً وبشكل آلي للتفتيش، إلا أن هذا محصور في رأينا بتفتيش الأشخاص، دون تفتيش المساكن، لسببين أو اعتبارين اثنين، أولهما: باعتبار أن تفتيش المساكن إجراء قد يحمل في ذاته مساساً بحرمة الحياة الخاصة، قد يتجاوز حتى القبض جسامةً وخطورةً.

أما السبب أو الاعتبار الثاني للحكم السابق، فيتمثل في أنه إذا كان مجرد توافر الدلائل الكافية، يربط المتهم بجريمة معينة (تجيز القبض)، يحمل في ذاته شبهات كافية باحتمال أن يكون معه دليل جرمي على التهمة المنسوبة إليه؛ إلا أن ذلك ليس بالقوة ذاتها، لأن ذلك يلبي الكفاية المطلوبة لتفتيش مسكنه أو مسكن غيره - إلا أن تكون هنالك شبهات إضافية، مستقلة عن ذات الاتهام المتضمن مجرد نسبة ارتكاب جريمة ما إلى متهم معين، تتمثل في وجود القرائن والشبهات القوية، على أنه يخفي بمسكنه أدلة جرمية، أو أشياء يعود ضبطها بالنفع على سير التحقيق أي يفيد في الوصول إلى الحقيقة.

المطلب الثاني: مشتملات الكفاية القانونية بالدلائل المطلوبة للتفتيش

يقصد بالكفاية القانونية أو النوعية، تلك الشروط التي فرضها القانون في نوعية الدلائل، التي تصلح لأن تتخذ أساساً كافياً أو مبرراً لاتخاذ الإجراء؛ وهذا هو المفهوم الخاص لشرعية الدليل، والذي يقابل المفهوم العام لشرعية الدليل، والتي تشمل أيضاً مشروعية الوسيلة التي يتم بها ضبط الدليل، بموافقتها للمبادئ العامة في الإجراءات الجنائية، وبالتحديد لأخلاق المجتمع ونواميسه.

وفي هذا المطلب يبدأ الباحث بدراسة عناصر مشروعية التحريات التي أفضت إلى الدلائل الكافية للتفتيش (الفرع الأول) لينتقل بعدها لدراسة إشكالية مدى ضرورة إجراء تحقيقات جديدة لجواز التفتيش أي مدى تطلب وجود تحقيق مفتوح لصحة الإذن بالتفتيش (الفرع الثاني).

ثالثاً: عنصر الاختصاص: والمتمثل في التقيد بحدود الجريمة المكلف بإجراء التحريات حولها

فإذا كُلف رجل الضابطة العدلية بإجراء التحريات حول جريمة ما، فعليه التقيد بذلك، ولا ينبغي له تجاوزها للانتقال للتحري عن غيرها؛ وإلا قامت القرينة بحقه على التعسف بالإجراء، إلا طبعاً إذا كشف عرضاً - أثناء تحريه عن جريمة وفي معرض جمع المعلومات عنها، وجود جريمة أخرى، إذ يكون له بهذه الحالة التحري عنها مباشرة (العدوان، ٢٠٠٠م، ص ص ١٦٨-١٦٩). ويستمد تحريه عن الجريمة الجديدة مشروعيتها في هذه الحالة، من مشروعية تحريه عن الجريمة الأصلية، التي كُلف بالتحري عنها ابتداءً؛ إذ نجد الصلة التي تربط بين المشروعيتين، باعتبار مشروعية السبب الذي من خلاله اتصل بالجريمة الجديدة، والنابعة من تلقائية أو عفوية الكشف عنها، في معرض - أو خلال - التحري عن الجريمة الأصلية، التي كلف ابتداءً بالتحري عنها.

البند الثاني: جدية التحريات كشرط غير مباشر لمشروعيتها

إضافة لمشروعية التحريات، لابد من كفاية التحريات ونضجها، لنقلها إلى سلطة التحقيق، لاتخاذ الإجراء التحقيقي بناء عليها؛ وهو ما يطلق عليه الفقه اصطلاح "جدية التحريات".

وعليه، فإذا كان تقدير كفاية الدلائل مسألة متروكة كما قلنا لسلطة التحقيق، فإن قيداً هاماً يرد على ذلك يتمثل في ضرورة إجراء التفتيش بناء على تحريات، إذ يشترط في ذلك أن تكون التحريات - التي تبني سلطة التحقيق عليها قرارها بإجراء التفتيش - تحريات جدية، وإلا كان إذن التفتيش باطلاً في حال تبين عدم جدية التحريات، التي صدر الإذن بناء عليها.

وفي هذا البند، نبدأ بعرض بعض التطبيقات القضائية لبطلان التفتيش لعدم جدية التحريات السابقة عليه (أولاً)، لنتتقل بعدها لتحديد النطاق المتطلب لإثبات جدية التحريات (ثانياً).

أولاً: التطبيقات القضائية لبطلان التفتيش لعدم جدية التحريات السابقة عليه

من أهم تطبيقات عدم جدية التحريات، ثبوت الخطأ باسم من تم إجراء التحريات عنه. باعتبار أن الضابط الذي أجرى التحريات - لو كان جدّاً في البحث والتحري عن المتهم المقصود، لكان عرف اسمه، وأن جهله حتى باسم المتهم يثبت عدم جديته في البحث عنه، فيكون ذلك تحرياً غير جدي يؤدي لبطلان إذن التفتيش الصادر بناء عليه.

ففي حكم لمحكمة النقض المصرية، نجد قولها أنه "لما كان الثابت، أن المحكمة إنما أبطلت إذن التفتيش تأسيساً على عدم جدية التحريات، لما تبينته من أن الضابط الذي استصدره - لو كان جاداً في تحرياته عن المتهم المقصود، لعرف حقيقة اسمه. أما وقد جهله، فذلك لقصوره في التحري، مما يطل الأمر الذي استصدره، ويهدر الدليل الذي كشف عنه تنفيذه، ولم يطل الأمر لمجرد الخطأ في ذكر الاسم. وهو استنتاج محتمل، تملكه محكمة الموضوع"^(٧١).

وفي حكم آخر، قضت محكمة النقض المصرية بأن مجرد قول الحكم المطعون فيه (بأن الدفع بعدم جدية التحريات مردود بما ثبت من أقوال رئيس مكتب المخدرات، من أن المتهم هو ذات الشخص المقصود من التحريات، والتي ثبت - من الكارت الخاص بمكتب المخدرات، أنه هو ذات المطلوب صدور الإذن بتفتيشه)؛ لا يصلح رداً على دفاع المتهم، إذ إن مقتضى وجود ملف وكارت بالاسم الحقيقي للمتهم في مكتب المخدرات، ومقتضى أن رجال المباحث يقصدون تفتيش صاحب هذا الاسم بالذات، وهو الذي انصبت تحرياتهم عليه؛ مقتضى ذلك كله، ألا يتصدروا إذن النيابة بالتفتيش باسم آخر، غير الاسم الذي يعرفونه من التحريات ومن السجل الخاص. مما لا يتصور معه وقوع خطأ مادي في الاسم، فيكون الإذن قد صدر في حق شخص آخر غير المتهم، ويكون تعليل الحكم لما دفع به المتهم تعليلاً غير سائغ، منطوياً على فساد في الاستدلال"^(٧٢).

(٧١) نقض مصرية جلسة ١٨/٣/١٩٦٨م، مجموعة أحكام النقض، سنة ١٩ق، رقم ٦١، ص ٣٣١. عن: (الكواري، ٢٠٠٧م، ص ٢٠٤).

(٧٢) نقض مصرية جلسة ١/٣/١٩٦٠م مجموعة أحكام محكمة النقض س ١١ رقم ٤٠ ص ٢٠٥. عن: (شمس الدين، ٢٠١٢م، ص ص ٤٦٠-٤٦١).

كذلك، فمن الدلائل على عدم جدية التحريات التي أُخذت أساساً لمنح الإذن بالتفتيش، عدم تحديد عنوان المشتبه به وعمله وسنه في محضر التحريات. ففي حكم آخر لمحكمة النقض لمصرية، نجدها تقرر أنه "لما كانت المحكمة قد أبطلت أمر التفتيش - تأسيساً على عدم جدية التحريات، لما يبيّن من أن الضابط الذي استصدره - لو كان قد جدّ في تحريه عن المتهم الأول، لتوصل إلى عنوان المتهم ومسكنه. أما وقد جهله، وخلا محضره من الإشارة إلى عمله وتحديد سنه، فإن ذلك يفصح عن قصور في التحري، يُبطل الأمر الذي استصدره، ويُهدر الدليل الذي كشف عنه، وهو استخلاص سائغ تملكه محكمة الموضوع"^(٧٥).

ومن الأدلة كذلك، على عدم جدية التحريات التي صدر الإذن بالتفتيش بناء عليها أيضاً، عدم التحديد الدقيق للجريمة المنسوبة للمتهم - كالخطأ في تحديد نوع المخدر الذي يحوزها، وفيما إذا كان يحوزها بقصد التعاطي أم الإتجار. ففي الحكم السابق ذاته، نجد ما قضت محكمة النقض المصرية لها بأنه "إذا كان ما تضمنه المحضر المحدد بطلب الإذن بالتفتيش، لم تتضمن من الدلائل والأمارات ما يقنع المحكمة بجدية الاستدلالات التي بني عليها أمر التفتيش، أو كفايتها لتسويق إصداره. وآية ذلك، ما قرره مستصدر الإذن بالتحقيقات، من أن التحريات - التي قام بها بنفسه - أكدت أن المتهم يتجر في مادة ماكستون فورت، وأن المدمنين يترددون عليها لتعاطيها، في الوقت الذي لم يذكر شيئاً عن ذلك في محضره، مكتفياً بإطلاق اسم المادة التي زعم أن المتهم يتاجر فيها، وهي المواد المخدرة دون ترخيص. والفرق بين الإتجار في المواد المخدرة وإعطاء حقنة الديسافيتامين واضح، ولو صحّ زعم الضابط بشأن تحرياته لأثبتها في محضره، وهو الأمر الذي يشكك المحكمة في صحة قيام هذه التحريات، ويجردها من صفة الجدية. ومن ثم، فإن إذن التفتيش الصادر بناء على هذه التحريات يكون باطلاً - هو وما يترتب عليه من إجراءات"^(٧٦).

وفي ذات السياق، قضى في حكم آخر بأنه "من المقرر أن تقدير جدية التحريات وكفايتها لتسويق الأمر بالتفتيش، هو من الموضوع الذي يستقلّ به قاضيه بغير معقب. ولما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أبطل إذن التفتيش، تأسيساً على عدم جدية التحريات؛ لما تبين من أن الضابط الذي استصدره - لو كان قد جدّ في تحريه عن المتهم المقصود، لعرف حقيقة اسمه، وعرف حقيقة التجارة التي يمارسها - خاصة وأن المتهم معروف باسمه الحقيقي المسجل في ملفه بمكتب مكافحة المخدرات، وسبق ضبطه في قضية مماثلة؛ فإن ما انتهى إليه الحكم، لم يكن أساسه مجرد الخطأ في اسم المقصود بالتفتيش، وإنما كان مرجعه القصور في التحري، بما يبطل الأمر ويهدر الدليل الذي كشف عن تنفيذه، وهو استنتاج سائغ تملكه محكمة الموضوع"^(٧٧).

ومن الدلائل على عدم جدية التحريات كذلك، ذكر اسم أب المطلوب تفتيشه لا اسمه هو، أو تبين وفاة الشخص المذكور في إذن التفتيش. حيث قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأنه "إذا كان ما تقدم، وكان الحكم المطعون فيه قد أبطل إذن التفتيش بناء على عدم جدية التحريات، لما تبين أن الاسم الوارد بها هو اسم والد المطعون ضده، الذي كان من تجار المخدرات، وتوفي إلى رحمة الله؛ وأنه لا يمكن اعتبار ما حدث مجرد خطأ مادي في تحديد الاسم، لأن الاستفادة مما سجله الضابط من أنه (قد اتضح بعد الضبط أن المتهم يُدعى ...). فإن التحريات التي صدر على أساسها الإذن، لم تكن جدية بالقدر الذي يسمح بإصدار الإذن، والمتهم معروف للضابط باسمه الحقيقي، وسبق ضبطه في قضية مماثلة، فإن ما انتهى إليه الحكم لم يكن أساسه مجرد خطأ مادي في اسم المقصود بالتفتيش، وإنما كان مرجعه القصور في التحري، بما يبطل الأمر، ويهدر الدليل الذي كشف عن تنفيذه، وهو استنتاج سائغ تملكه محكمة الموضوع"^(٧٨).

(٧٥) نقض مصرية ١٦/١٠/١٩٩٤م، مجموعة القواعد القانونية، ج ٦، رقم ٣٧٩، ص ٥١. عن: (الجعافرة، ٢٠٠٤م، ص ١١٨).

(٧٦) نقض مصرية جلسة ٦/١١/١٩٧٧م، مجموعة أحكام النقض، سنة ٤٧ق، رقم ٦٤٠، ص ٩١٤. عن: (الكواري، ٢٠٠٧م، ص ٢٠٥ الحاشية رقم ٢١).

(٧٣) نقض مصرية ٢٦/١١/١٩٧٨م مجموعة أحكام النقض س ٢٩ ص ٨٣٠. عن: (ظاهر، ٢٠١٣م، ص ٣٥٥-٣٥٦).

(٧٤) نقض مصرية جلسة ٦/١١/١٩٧٧م، مجموعة أحكام النقض، سنة ٤٧ق، رقم ٦٤٠، ص ٩١٤. عن: (الكواري، ٢٠٠٧م، ص ٢٠٤-٢٠٥).

أما جدية التحريات التي تجريها سلطات الضبط الجنائي، فلا بد للنيابة العامة أن تثبتها أمام المحكمة لإثبات صحة التفتيش؛ تبعاً للقاعدة العامة في الإثبات - والتي تلقي على النيابة عبء الإثبات كأصل عام، وكذلك باعتبار ألا افتراض فيها للصحة والمشروعية كما هو الحال في جدية التحقيقات التي تتمتع بقرينة المشروعية، لعدم توافر أساس افتراضها، والقرينة على وجودها، والمستمدة من نزاهة وحياد الجهة التي تجريها، ألا وهي جهة التحقيق، باعتبارها سلطة قضائية.

وتدليلاً على وجهة نظرنا السابقة، نجد أن كثيراً من قوانين الإجراءات الجنائية لا تعترف لمحاضر الاستدلال بأية قيمة قانونية مطلقاً أو على الأقل تعترف لها بقيمة قانونية ناقصة، ومثال الأولى أي التي لم تعط قيمة قانونية ذاتية لمحاضر الاستدلال، نجد ما قرره صراحة المادة (٤٦) من قانون الإجراءات والمحاکمات الجزائية الكويتي من أن [(١) محاضر التحري التي يجريها رجال الشرطة، يجب عرضها على النيابة العامة أو محققي الشرطة - بحسب الأحوال - للتصرف فيها ومباشرتها، وعلى هؤلاء التأكد من استيفائها. (٢) لا يكون لهذه المحاضر حجية في الإثبات أمام القضاء].

ومثال الثانية، نجد قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، الذي أوجب على النيابة العامة - في بعض الأحوال، إثبات صحة وسلامة الظروف التي تحيط بإجراءات التحري والاستدلال التي تجريها الضابطة العدلية. من ذلك مثلاً ما أوجبه من إثبات صحة الظروف التي تحيط بالإفادة الأولية التي تجريها الشرطة، تحت طائلة طرحها من عداد بينات النيابة، إن هي عجزت عن إثبات صحة وسلامة الظروف التي أخذت الإفادة الأولية بها. فرغم أن قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني قرّر اعتبار القبض من أعمال الاستدلال - باعتباره من الصلاحيات الأصلية للضابطة العدلية وفقاً للمادة (١٠٠) منه؛ فإن الإفادة المعطاة في معرضه لا تعدّ دليلاً صالحاً للإدانة إلا إذا أقامت النيابة الدليل على صحة الظروف التي أُخذ الاعتراف بها، حيث نصت المادة (١٥٩) منه على [أن الإفادة التي يؤديها المتهم أو الظنين أو المشتكى عليه في غير حضور المدعي العام، ويعترف فيها بارتكابه جرمًا؛ تقبل فقط

إلا أنه - في المقابل من ذلك، لا يقدح في جدية التحريات، رفض مأمور الضبط الجنائي الإفصاح عن اسم المخبر السري، الذي أبلغ عن الجريمة والمشتبه به بارتكابها، أو عن المرشد الذي تلقى المعلومة عنه، ولا يرغب في الإفصاح عن اسمه؛ فذلك من فنيات التحري والاستدلال، التي لا بد من احترامها، باعتبارها ضماناً لتشجيع الأفراد للإبلاغ عن الجرائم، دون الخشية من ملاحقتهم بعد ذلك من قبل فاعليها^(٧٧).

ثانياً: نطاق الالتزام بإثبات جدية التحريات

للا التزام بإثبات جدية التحريات نطاقان: نطاق موضوعي يتعلق بالتحريات التي تتطلب إثبات جديتها أصلاً وابتداءً. ونطاق آخر زمني، يتعلق بالوقائع التي تصلح لأن تتخذ أساساً لإثبات جدية التحريات الممهدة للإذن بالتفتيش، وفيما إذا كانت قبل التفتيش أم بعده. وفيما يلي دراسة كل من النطاقين المذكورين:

(١) النطاق الموضوعي للتحريات التي تتطلب إثبات جديتها من المعلوم أن التحريات التي يتطلب القانون لصحتها ضرورة إثبات جديتها ابتداءً، هي تلك التي تجريها سلطة الاستدلال دون سلطة التحقيق، فإذا بني التفتيش على إجراء تحقيقي سابق عليه، فلا تشترط به الجدية في رأيها، باعتبار أن الإجراء التحقيقي يتمتع بقرينة الجدية، نظراً لصفة النزاهة والحياد التي تتمتع بها سلطة التحقيق، بدرجة تجعلها تنزه عن إقامة الدليل على الجدية. إلا أن مثل هذه القرينة بسيطة - لا مطلقة؛ أي جائز إثبات خلافها من جهة الدفاع، وصولاً إلى إبطال التفتيش، إذا ثبتت عدم جدية التحقيقات. وإلا فإن القول بخلاف ذلك، يجعل السلطة الممنوحة لجهة التحقيق سلطة تحكيمية مطلقة لا تقديرية، وهو ما لا يجوز في دولة القانون.

(٧٧) في هذا المعنى: انظر حكم محكمة النقض المصرية جلسة ١٣/٥/١٩٧٣م، مجموعة أحكام النقض، سنة ٢٤ق، رقم ١٢٨، ص ٦٢٤. عن: (غانم، ٢٠٠٨م، ص ٥٧).

وفي حكم آخر لها، قضت محكمة النقض المصرية بأنه "لا يصلح للرد على الدفع بطلان إذن التفتيش لعدم جدية التحريات القول بأن ضبط المخدر في حيازة الطاعن دليل على جدية تحريات الشرطة، ذلك أن ضبط المخدر وهو عنصر جديد في الدعوى لاحق على تحريات الشرطة وعلى إصدار الإذن بالتفتيش بل إنه هو المقصود بذاته من إجراء التفتيش، فلا يصح أن يُتخذ منه دليل على جدية التحريات السابقة عليه، لأن شرط صحة إصدار الإذن أن يكون مسبوقاً بتحريات جدية يرجع معها نسبة الجريمة إلى المأذون بتفتيشه مما كان يقتضي من المحكمة - حتى يستقيم ردها على الدفع - أن تبدي رأيها في عناصر التحريات السابقة على الإذن دون غيرها من العناصر اللاحقة عليه، وأن تقول كلمتها في كفايتها لتسويق إصدار الإذن من سلطة التحقيق، أما وهي لم تفعل فإن حكمها يكون معيباً بالقصور والفساد في الاستدلال"^(٧٩).

وإذا كان يشترط لصحة التفتيش أن يكون مسبوقاً بتحريات جدية تبرره وتقدم له، فإنه لا يشترط - في المقابل من ذلك - أن يُسفر التفتيش عن ضبط دليل بالجريمة، وذلك باعتبار أن "الأحكام الإجرائية تجري على حكم الظاهر، وهي لا تبطل - من بعد - نزولاً على ما قد ينكشف من أمر الواقع"^(٨٠).

ولما كان لا يجوز إصدار الإذن بالتسجيل إلا بعد تحريات جدية تسبقه وتبرره، فلا يجوز أن يُتخذ - من ذات التسجيل - وسيلة من وسائل التحري وجمع المعلومات. وفي ذلك، قضت محكمة النقض المصرية بأنه "عقب صدور الإذن لعضو الرقابة الإدارية بالتسجيل للمتهمين، اقتصر دوره على تفريغ ما أسفرت عنه عملية التسجيل، واتصال كل من المتهمين الآخرين بالطاعن الأول، وطلبه مراقبة هؤلاء، نظراً لما تكشف له من أحداث دارت بين المتهمين؛ مما مفاده، أنه استعمل مراقبة المحادثات التليفونية، كوسيلة من وسائل جمع المعلومات والتنقيب عن الجرائم المسند إلى المتهمين ارتكابها، وهو الأمر الذي حرّمه القانون، حفاظاً على سرية المحادثات التليفونية، التي حرص

إذا قدمت النيابة بينة على الظروف التي أدت فيها، واقتنعت المحكمة بأن المتهم أو الظنين أو المشتكى عليه أداها طوعاً واختياراً. ما يعني أنها لا تحوز القوة القانونية الكاملة للإدانة كما هو الحال بإجراءات التحقيق.

(٢) النطاق الزمني للقائع التي تصلح لأن تتخذ أساساً لإثبات جدية التحريات

فما هو معلوم بالضرورة - من مقتضيات العقل والمنطق، أن ما تسوقه النيابة للتدليل على جدية تحرياتها يجب أن يكون سابقاً على صدور الإذن بالتفتيش، فلا ينبغي للنيابة - في معرض سعيها لإثبات جدية الاتهام، أن تسوق أدلة حصلت عليها بعد التفتيش، وإنها العبرة - في مدى كفاية الدلائل القائمة - هي بلحظة صدور الإذن بالتفتيش؛ فلا يصلح للرد على الدفع بعدم جدية التحريات، إثبات جديتها بمجرد القول بضبط الأشياء التي أريد البحث عنها بالتفتيش على إثر إجراءاته. وفي ذلك، قضت محكمة النقض المصرية بأنه "لا يصلح للرد على الدفع بطلان إذن التفتيش لعدم جدية التحريات، القول بأن ضبط المخدر في حيازة الطاعن دليل على جدية تحريات الشرطة؛ ذلك بأن ضبط المخدر هو عنصر جديد في الدعوى، لاحق على تحريات الشرطة، وعلى إصدار الإذن بالتفتيش، بل إنه هو المقصود بذاته بإجراء التفتيش، فلا يصح أن يُتخذ منه دليلاً على جدية التحريات السابقة عليه؛ لأن شرط صحة إصدار الإذن أن يكون مسبوقاً بتحريات جدية، يُرجَّح معها نسبة الجريمة إلى المأذون بتفتيشه، مما كان يقتضي من المحكمة - حتى يستقيم ردها على الدفع، أن تبدي رأيها في عناصر التحريات السابقة على الإذن، دون غيرها من العناصر اللاحقة عليه، وأن تقول كلمتها في كفايتها أو عدم كفايتها، لتسويق إصدار الإذن من سلطة التحقيق. أما ولم تفعل، فإن حكمها يكون - فوق قصوره في التسبيب، معيباً بالفساد في الاستدلال"^(٧٨).

(٧٨) نقض مصرية جلسة ٢٣/١٠/١٩٦٠م مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٢ رقم ١٦٥ ص ٨٤١. عن: (شمس الدين، ٢٠١٢م، ص ٤٦١). وفي ذات المعنى انظر: نقض مصرية جلسة ١١/١١/١٩٨٧م مجموعة أحكام النقض س ٣٨ ص ٩٤٣ رقم ١٧٣ طعن رقم ٣٥٥٧ لسنة ٥٧ق. عن: (مهدي، ٢٠١٥م، ص ٦٣٩ (الخاصية رقم ٤٤)).

(٧٩) نقض مصرية ٢٠/١٢/١٩٧١م مجموعة أحكام النقض س ٢٢ ص ٨٠١. عن: (ظاهر، ٢٠١٣م، ص ٣٥٣).

(٨٠) نقض مصرية ٥/١٢/١٩٦٦م مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ١٠٨٢ رقم ٢٢٣. عن: (مهدي، ٢٠١٥م، ص ٦٣٩).

الفرع الثاني: مدى ضرورة إجراء تحقيقات جديدة لجواز التفتيش (مدى تطلب وجود تحقيق مفتوح)

إذا كان يتوجب في كفاية الدلائل، أن تكون - كأصل عام - بعد تمحيص من سلطة التحقيق، وفي معرض تحقيق مفتوح إزاء جريمة معينة بذاتها، إلا أنه لا يشترط في ذلك التحقيق أن يصل إلى درجة معينة من كفاية الدلائل، أو أن يستظهر قدراً محدداً من النضج والكفاية فيها، إذ يخضع ذلك - بطبيعة الحال - لتقدير سلطة التحقيق ذاتها. وفي ذلك، قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن "... تفتيش المنازل عمل من أعمال التحقيق، ولا يجوز الالتجاء إليه إلا في تحقيق مفتوح، وبناء على تهمة موجهة إلى شخص مقيم في المنزل المراد تفتيشه، بارتكاب جريمة أو جنحة، أو باشتراكه في ارتكابها. وإذا كان الشارع قد نص على أن يكون هنالك تحقيق مفتوح، فإنها قصد بذلك التحقيق الذي تتولاه سلطة التحقيق، بما يصل إلى علمها من الإبلاغ عن جريمة أو جنحة. ولم يشترط الشارع في التحقيق المفتوح - الذي يسوغ التفتيش، أن يكون قد قطع مرحلة أو استظهر قدراً معيناً من أدلة الإثبات، بل ترك ذلك لتقدير سلطة التحقيق، لكي لا يكون من وراء غلّ يدها احتمال فوات الغرض منه" (٨٣).

ووجوب أن يكون هنالك تحقيق مفتوح من قبل سلطات التحقيق، لا يعني بالضرورة أنه يتوجب على سلطة التحقيق إجراء أية تحقيقات إضافية، قبل إصدار الإذن بالتفتيش؛ وإنما يعني أن تمحّص الاستدلالات المقدمة إليها، وتقدر مدى جديتها، قبل إصدارها الإذن بالتفتيش. وفي ذلك، قضت محكمة النقض المصرية بأنه "إذا كانت النيابة قد أمرت بالتفتيش، بعد أن قدرت هي جدية البلاغ المقدم لها، عن إتيان المتهم بالمخدرات، وكان تقديرها في ذلك، مستمداً من التحقيق الذي ندبت أحد مأموري الضبط القضائي لإجرائه، ثم أقرتها محكمة الموضوع على تقديرها؛ فلا أهمية لما إذا كان المأمور - الذي نفذ أمر النيابة العامة بالتفتيش، لم يصطحب كاتباً؛ لأنه لا يشترط لاتخاذ إجراء التفتيش، أن يكون مسبقاً بتحقيق، أُجري بمعرفة سلطة التحقيق" (٨٤).

الدستور على حمايتها. لما كان ما تقدم، وكان الإذن الأول الصادر بتاريخ ٣٠/٥/٢٠٠١م بالمراقبة والتسجيل، قد بُني على مجرد معلومات، قد وردت إلى المأذون له بصورة مرسلة، وأنه لم يُجر بشأنها أي تحريات، حسبما جرت أقواله في تحقيقات النيابة، قبل حصوله على الإذن. ومن ثم، يُبطل هذا الإذن" (٨١).

وفيما يتعلق بمراقبة المحادثات التلفونية أيضاً، أوضحت محكمة النقض المصرية، العلة من ضرورة وجود تحريات سابقة على الإذن بالتسجيل، وضرورة أن تكون جديّة، تحريها سلطات التحقيق، دون الاكتفاء بمحضر تحريات الشرطة فقط، حيث قضت في حكم لها بأن "الدستور إذ كفل في صلبه حرمة الحياة الخاصة، بما تشتمله من حرمة الحديث ضد تسجيله، قد قرنهما بضمانات إجرائية، توازن بين حق الفرد في الحرية من ناحية، وحق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية من ناحية أخرى. وليوفر لها الحماية من جوانبها العملية، وليس من معطياتها النظرية، بما نص عليه في المادة (٤٥) منه، إنفاذاً للضمانات الدستورية؛ فإن قانون الإجراءات الجنائية، في الفقرتين (٢، ٣) من المادة (٢٠٦) منه - المستبدلة بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢م، لم يُجر هذا الإجراء، إلا إذا كانت هنالك فائدة في ظهور الحقيقة - في جريمة أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر، وأن يكون بناء على أمر مسبب من القاضي الجزئي، ولمدة محددة. ومفاد ذلك، ألا يُسمَح بهذا الإجراء لمجرد البلاغ والظنون والشكوك، أو البحث عن الأدلة. وإنما عند توافر أدلة جادة تقتضي تدعيمها بنتائج هذا الإجراء. ... لما كان ذلك، ولم يكن لإذن المراقبة والتسجيل في الدعوى، من ركيزة سوى تحريات الشرطة، وكانت المحكمة قد أبطلت هذا الإذن لما تبينه من واقع محضر التحريات، وأقوال محرهما، أنه لم يجر أية تحريات؛ مما يُبطل الإذن المرتكن إليها، ويهدر الدليل الذي كشف عنه تنفيذه، ويبطل كذلك إذن التفتيش الذي بني عليه، والدليل المستمد منه ..." (٨٢).

(٨١) نقض مصرية ٢٥/١٢/٢٠٠٢م طعن رقم ٨٧٩٢ لسنة ٧٢ق. عن: (ظاهر، ٢٠١٣م، ص ٤٣٩).

(٨٢) نقض مصرية جلسة ١٤/١/١٩٩٤م مجموعة أحكام النقض ٤٧ ص ٢٢ رقم ٩ طعن رقم ٦٨٥٢ لسنة ٥٢ق. عن: (ظاهر، ٢٠١٣م، ص ٤٣٨).

(٨٣) نقض مصرية جلسة ٤/٦/١٩٥٣م مجموعة أحكام النقض س ٤ ص ٩٠٩. عن: (ظاهر، ٢٠١٣م، ص ص ٣٣٩-٣٤٠).

(٨٤) نقض مصرية ٥/١/١٩٥٤م مجموعة أحكام النقض س ٥ ق ٧٢ ص ٢١٣. عن: (ظاهر، ٢٠١٣م، ص ٣٥٢).

ولا تزال بعض القوانين محتفظة بهذا النص، رغم إلغائه في قانون الإجراءات الجنائية المصري، كقانون إجراءات الجنائية الليبي في المادة (٧٥) منه، والتي تنص على أن [تفتيش المنازل عمل من أعمال التحقيق، ولا يجوز اللجوء إليه إلا في تحقيق مفتوح، وبناء على تهمة موجهة إلى شخص مقيم في المنزل المراد تفتيشه، بارتكاب جناية أو جنحة، أو باشتراكه في ارتكابها، أو إذا وجدت قرائن على أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة].

وعلى كل حال، فدون وجود شرط صريح يشترط مباشرة وجود تحقيق مفتوح - كما هو الحال بالنص السابق، لا حاجة لوجوده لصدور الإذن بالتفتيش، فيصح أن يكون مصدراً للدلائل الكافية للتفتيش كل من التحريات والاستدلالات التي تجريها سلطة الاستدلال، دون ضرورة فتح تحقيق مستقل بشأنها أو إجراء تحقيقات سابقة عليها.

وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن "إصدار الإذن بالتفتيش، يعد بذاته مباشرة للتحقيق من أعماله، ولا يشترط لصحته - طبقاً للمادة (٩١) من قانون الإجراءات الجنائية، أن يكون قد سبقه تحقيق مفتوح، أجرته السلطة التي ناط بها القانون إجراءه، بل يجوز لهذه السلطة أن تصدره إذا رأت أن الدلائل المقدمة إليها - في محضر الاستدلالات كافية، وبعد - حينئذ - الأمر بالتفتيش إجراء مفتوحاً للتحقيق، ويكون اشتراط مباشرة التحقيق اقتضاءً لحاصل"^(٨٥).

وعليه، فلا يشترط لإجراء التحقيق بوجه عام - ومن قبيله التفتيش بطبيعة الحال، سوى أن تكون الدلائل التي جمعتها شرطة الاستدلال في مرحلة التحريات كافية لاتخاذها. وفي ذلك، قضت محكمة النقض المصرية بأنه "متى كان سلطة التحقيق، قد رأت - بعد اطلاعها على محضر جمع الاستدلالات - أنه يتضمن وقوع جنحة معينة، ووجود أدلة تسمح بتوجيه الاتهام إلى شخص معين، وقدّرت صلاحية هذا المحضر - وكفايته - لفتح التحقيق؛ فقد أصبح المحقق - في هذه الحالة - متصلاً بالواقعة الجنائية المراد تحقيقها، مخولاً له اتخاذ كافة الإجراءات التي تقتضيها مصلحة

ولا يشترط لإجراء التفتيش، وجود تحقيق مفتوح فعلياً، بمعنى أن يتم استيفاء الدلائل الكافية للأمر بالتفتيش، من خلال إجراءات تحقيقية أخرى قبل التفتيش؛ فيتصور أن يكون إجراء التفتيش هو الإجراء الأول - الذي تحركت الدعوى الجزائية به، وذلك على خلاف ما كانت تنص عليه المادة (٩١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، قبل تعديلها بالقانون رقم (٤٣) لسنة ١٩٥٨م، وذلك بحذف العبارة التي كانت تشترط لصحة التفتيش إجراءه في تحقيق مفتوح، وذلك بخصوص تفتيش المساكن.

وفي ذلك، جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور قولها أنه "تشرط الفقرة الأولى من المادة (٩١) من قانون الإجراءات الجنائية، لتفتيش المنازل أن يسبقه تحقيق مفتوح، تجر به سلطة التحقيق بنفسها، أو بمن تنتدبه لذلك من رجال الضبطية القضائية. لكنها لم تشترط في هذا التحقيق، أن يكون قد قطع مرحلة معينة أو استظهر قدرًا معيناً من أدلة الإثبات، ولا أن يُسفر عن أدلة جديدة، غير ما تضمنته تحريات البوليس. ولسلطة التحقيق - تحت إشراف محكمة الموضوع، تقدير مبررات هذا التفتيش. ولما كان اشتراط إجراء تحقيق على هذا الوضع، قبل أن تجري سلطة التحقيق التفتيش بنفسها، أو أن تأذن لأحد مأموري الضبط القضائي بإجرائه؛ قد تضرّ بالمصلحة العامة، التي يجب أن تسمو على مصلحة الفرد، لأنه قد يعطل سير الإجراءات، خصوصاً في الأحوال التي لا تحتمل التأخير، وقد يؤدي طول الإجراءات إلى إذاعة خبر التفتيش قبل إجرائه، وليس فيه أيّ ضمانة جدية تتوافر للمتهم من إجراءاته، ما دام تقدير مبررات التفتيش متروك لسلطة التحقيق، تحت إشراف المحكمة" (الجوخدار، ٢٠١١م، ص ١٣٤).

كما وجاء في ذات المذكرة الإيضاحية - الخاصة بتعديل المادة ذاتها، قولها أن "تراخي إصدار الإذن، إلى حين افتتاح التحقيق، واتخاذ بعض إجراءاته، وما يصاحب ذلك من علانية؛ قد يفسد الغرض من التفتيش، ويتيح الفرصة للجنة لإخفاء الأشياء التي يستهدف التفتيش ضبطها، وهو ما يؤدي إلى الإضرار بالمصلحة العامة؛ لما ينطوي على مخالفة ذلك، من تعطيل سير الإجراءات، خصوصاً في الأحوال التي لا تحتمل التأخير" (شمس الدين، ٢٠١٢م، ص ٤٦٤ (الحاشية رقم ١)).

(٨٥) نقض مصرية جلسة ١١/٣/١٩٩٩م مجموعة أحكام محكمة النقض س ٥٠ ص ١٥٩. عن: (شمس الدين، ٢٠١٢م، ص ٤٦٤).

تنفيذه، ويطلب كذلك إذن التفتيش الذي بني عليه والدليل المستمد منه، وكان تقدير جدية التحريات وكفايتها لإصدار الإذن بمراقبة وتسجيل المحادثات السلوكية والسلوكية والأحاديث الشخصية - وإن كان موكولاً لسلطة التحقيق وإلى القاضي الجزئي المنوط به إصدار الإذن، إلا أن الأمر في ذلك خاضع لرقابة محكمة الموضوع، بغير معقب، لتعلقه بالموضوع لا بالقانون^(٨٧).

النتائج والتوصيات

(أ) النتائج

- ١- إن هنالك كفاية مركبة من مستويين اثبتن لكفاية الدلائل للتفتيش، هما: مستوى أول، يتمثل في قيام الدلائل الكافية لاتهام أحد الأشخاص (سواء المراد تفتيشه أو مسكنه أو غيره) بارتكاب جريمة معينة - هي محل التحقيق - إليه، وهذه ما يمكن تسميتها بكفاية الدلائل لثبوت سبب التفتيش. ومستوى ثانٍ، يتمثل في قيام الدلائل الكافية للقول بوجود أشياء ومتعلقات ترتبط بالجريمة محل الاتهام (والمذكورة في المستوى الأول)، وتفيد في التحقيق بها، وهذه ما يمكن تسميتها بكفاية الدلائل لثبوت غاية التفتيش.
- ٢- لما كان ثبوت اتهام شخص ما بارتكاب جرم معين، يجعل من وجود دلائل جرمية تفيد التحقيق معه - أو في مسكنه - أمراً قريب الاحتمال، وهو ما تقوم معه قرينة قضائية تعفي النيابة من إثبات كفاية الدلائل على وجود أشياء تفيد التحقيق مع المتهم أو في مسكنه. ولكن هذه القرينة ليست قرينة مطلقة، وإنما هي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، إذ يجوز للمتهم إبطال التفتيش بإثبات أن النيابة كانت تعلم بعدم وجود أدلة تفيد التحقيق بمنزل المتهم، ورغم ذلك عمدت إلى تفتيشه تعسفياً.

التحقيق، ومنها تفتيش مسكن المتهم، دون توقف على اتخاذ أي إجراء آخر شكلي أو غير شكلي، كفتح محضر أو سؤال المبلغ عن الواقعة، أو قطع مرحلة من مراحل التحقيق، أو السير فيه عن نحو معين. بل يجوز أن يفتح التحقيق بتفتيش منزل المتهم، وهو عمل من أعمال التحقيق، يصح قانوناً أن تباشره سلطة التحقيق بنفسها، أو من تندبه لذلك - من مأموري الضبط القضائي^(٨٨).

إلا أن عدم تطلب وجود تحقيق مفتوح لصحة الإذن بالتفتيش، لا يعني بحال عدم تطلب وجود دلائل كافية للتفتيش، تنصب على أن جريمة وقعت فعلاً، ليكون من الجائز بالتالي البحث عن أدلتها. وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن "الدستور إذ كفّل في صلبه حرمة الحياة الخاصة - بما تشتمله من حرمة الحديث ضد تسجيله، قد قرنها بضمانات إجرائية، توازن بين حث الفرد في الحرية من ناحية، وحق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية من ناحية أخرى. وليوفر لها الحماية الفعلية من جوانبها العملية، وليس من معطياتها النظرية بما نص عليه في المادة (٤٥) منه، إنفاذاً للضمانات الدستورية؛ فإن قانون الإجراءات الجنائية في المادة (٢٠٦/٢ و٣) منه، لم يجز هذا الإجراء إلا إذا كانت هنالك فائدة في ظهور الحقيقة في جنابة أو جنة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر، وأن يكون بناء على أمر مسبب من القاضي الجزئي - ولمدة محددة، ومؤدى ذلك ألا يسمح بهذا الإجراء لمجرد البلاغ أو الظنون أو الشكوك والبحث عن الأدلة، وإنما عند توافر أدلة جادة تقتضي تدعيمها بنتائج هذا الإجراء... لما كان ذلك، ولم يكن لإذن المراقبة والتسجيل من ركيزة سوى تحريات الشرطة، وكانت المحكمة قد أبطلت هذا الإذن، لما تبينته من واقع محضر التحريات وأقوال محرره، من أنه لم يجز أية تحريات؛ مما يبطل معه الإذن المرتكن إليها، ويهدر الدليل الذي كشف عنه

(٨٦) نقض مصري ١٩٦٩/٦/٢ م س ٢٠ رقم ١٩٣ ص ٩٧٦ عن: (أبو عامر، ١٩٨٤م، ص ٦٨٩). وكذلك جلسة ١٢/٢٦/١٩٦١م مجموعة أحكام النقض س ١٢ رقم ٢١٣ ص ١٠١٠. عن: (الجوخدار، ٢٠١١م، ص ١٣٤).

(٨٧) نقض مصرية ١٩٩٦/١/١٤ م مجموعة أحكام النقض س ٤٧ ص ٧٢ رقم ٩ طعن رقم ٦٨٥٢ لسنة ٥٩ هـ. عن: (مهدي، ٢٠١٥م، ص ٦٩٦ (الحاشية رقم ٩)).

معه دليل جرمي على التهمة المنسوبة إليه؛ إلا أن ذلك ليس بالقوة ذاتها لأن يَلْبِي الكفاية المطلوبة لتفتيش مسكنه أو مسكن غيره، إلا أن تكون هنالك شبهات إضافية، مستقلة عن ذات الانهام المتضمن مجرد نسبة ارتكاب جريمة ما إلى متهم معين بها، تتمثل في وجود القرائن والشبهات القوية على أنه يخفي بمسكنه أدلة جرمية، أو أشياء يعود ضبطها بالنفع على سير التحقيق، أي يفيد في الوصول الى الحقيقة.

٦- في حال ما إذا بني التفتيش على إجراء تحقيقي سابق عليه، فلا تشترط به الجدية لتقرير صحته، باعتبار أن الإجراء التحقيقي يتمتع بقرينة الجدية نظراً لصفة النزاهة والحياد التي تتمتع بها سلطة التحقيق، وبدرجة تجعلها تنزهه عن إقامة الدليل على الجدية. إلا أن مثل هذه القرينة بسيطة لا مطلقة، أي يجوز إثبات خلافها من جهة الدفاع، وصولاً إلى إبطال التفتيش إذا ثبتت عدم جدية التحقيقات. وإلا، فإن القول بخلاف ذلك، يجعل السلطة الممنوحة لجهة التحقيق سلطة تحكمية لا بسيطة، وهو ما لا يجوز في دولة القانون. أما التحريات التي تجريها سلطات الضبط الجنائي، فلا بد للنيابة العامة أن تثبت جديتها أمام المحكمة، لإثبات صحة التفتيش؛ تبعاً للقاعدة العامة في الإثبات، والتي تُلقَى على النيابة عبء الإثبات كأصل عام، وكذلك باعتبار ألا افتراض فيها كما هو الحال في جدية التحقيقات، لعدم توافر أساس افتراضها، والقرينة على وجودها، والمستمدة من نزاهة وحياد الجهة التي تجريها، ألا وهي جهة التحقيق - باعتبارها سلطة قضائية.

٧- لا يستحيل التفتيش وقائياً، في حال انتفت الدلائل المثبتة لعنصر وجود فائدة من التفتيش، وإنما يبطل بالجملة، لأنه حتى التفتيش الوقائي يجب أن تثبت الظروف توافر الحاجة إليه، مثل هذه الظروف وملابس التفتيش، قد تتضمن ما يثبت عدم وجود الحاجة إليه أساساً، كذلك، فلا يصح القول بأن كلاً من بطلان التفتيش والتفتيش الوقائي، يشتركان بالنتيجة المتمثلة في عدم ترتيب أثر قانوني على أي منهما - ما يجعلها بهذه الحالة في حكم

٣- إن قاعدة تخصيص التفتيش بجريمة معينة وبأدلتها المادية المعنية، وتحديدته بالتالي بمحل معين؛ تلعب دوراً جوهرياً بصحة التفتيش، يعكس أثره في الدلائل الكافية لجواز التفتيش؛ إذ لا يكفي أن تنصب على وقوع الجريمة فقط، وإنما أيضاً على نسبتها إلى متهم معين ليصح تفتيشه أو تفتيش مسكنه، أو أن تنصب على وجود أدلتها مع شخص معين - ولو لم يكن متهاً بالجريمة المعنية - أو في مسكن معين له لجواز تفتيشه أيضاً.

٤- تمتاز كفاية الدلائل المطلوبة للتفتيش، بخصوصية تبرز من ناحيتين: الأولى ذاتية أو قاعدية، ترتبط بقاعدة تخصيص التفتيش بالغرض منه، وهو المستمد من ضرورة أن تكون الشبهة أو الأمانة التي تميز التفتيش - وينبغي عليها إجراؤه، مرتبطة بشيء معين بالذات، أي بدليل جرمي معين بالذات، لا أن تنصب في صورة عامة على أي شيء ممنوعة حيازته قانوناً، وإلا بطل التفتيش. أما الوجه الثاني لخصوصية الدلائل الكافية للتفتيش، فتبرز من ناحية علائقية، تتمثل في علاقة التفتيش بالقبض؛ فلما كان التفتيش إجراء أقل خطورة وجساماً على حرية الأفراد من القبض، فقد كانت القاعدة المقررة فقهاً أنه في الأحوال التي يجوز فيها القبض يجوز فيها التفتيش، وهو ما يثبت - في رأينا - خصيصية أساسية وجوهرية في الإجراءات الجزائية، تتمثل في نسبية الإجراء، وتقرر أنه - وكلما كان الإجراء أكثر خطورة (سواء على المركز الإجرائي للمتهم أو بالعموم على حقوقه وحرياته)، زادت الشكلية المطلوبة لاتخاذها وزادت ضماناته بوجه عام، الموضوعية منها والشكلية.

٥- إن القاعدة التي تقرر أن الدلائل التي تعتبر كافية للقبض تعتبر كافية حكماً وبشكل آلي للتفتيش، محصورة فقط في نطاق تفتيش الأشخاص، دون تفتيش المساكن؛ باعتبار أن تفتيش المساكن إجراء قد يحمل في ذاته مساساً بحرمة الحياة الخاصة، قد يتجاوز حتى القبض جساماً وخطورةً. وكذلك باعتبار أنه إذا كان مجرد توافر الدلائل الكافية بربط المتهم بجريمة معينة (تمييز القبض)، يحمل في ذاته شبهات كافية باحتمال أن يكون

٤- نوصي بتعديل المادة (٤٤) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي بما يتضمن استبدال عبارة "ضرورة التحقيق" بعبارة "فائدة التحقيق" أو "الفائدة في إظهار الحقيقة".

المراجع

أولاً: الكتب

- أحمد، عبدالرحمن توفيق (٢٠١١م). شرح الإجراءات الجزائية. ط ١، عمان: دار الثقافة.
- أبو عامر، محمد زكي (١٩٨٤م). الإجراءات الجنائية. دار المطبوعات الجامعية.
- آل ظفير، سعد بن محمد (٢٠١٥م). الإجراءات الجنائية في المملكة العربية السعودية. بدون طبعة أو دار نشر.
- بهنام، رمسيس (١٩٧٧م). الإجراءات الجنائية: تأصيلاً وتحليلاً. ج (١)، الإسكندرية: منشأة المعارف.
- الجوخدار، حسن (٢٠١١م). التحقيق الابتدائي في قانون أصول المحاكمات الجزائية. ط ٢، عمان: دار الثقافة.
- الجوخدار، حسن (٢٠١٢م). البحث الأولي أو الاستدلال في قانون أصول المحاكمات الجزائية. ط ١، عمان: دار الثقافة.
- حسني، محمود نجيب (١٩٨٨م). شرح قانون الإجراءات الجنائية. ط ٢، دار النهضة العربية.
- الدرعان، عبدالله بن عبدالعزيز (٢٠١٣م). المبسوط في قانون الإجراءات الجنائية. ط ١، مكتبة التوبة.
- الدهبي، إدوار غالي (١٩٩٠م). الإجراءات الجنائية. ط ٢، مكتبة غريب.
- سرور، أحمد فتحي (٢٠١٥م). الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية. الكتاب الأول، دار النهضة العربية.
- السعيد، كامل (٢٠١٠م). شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية. ط ٣، عمان: دار الثقافة.
- سلامة، مأمون محمد (١٩٧٩م). الإجراءات الجنائية في التشريع المصري. دار الفكر العربي.

الماهية الواحدة والحكم الواحد؛ فإذا كان لا يجوز الاعتماد على الدليل المضبوط نتيجة للتفتيش الباطل، فإن التفتيش الوقائي قد يشف عن حالة من التلبس، إذا ضبط بنتيجته ما يمكن أن تعد حيازته في ذاتها جريمة.

٨- يميز فيما يتعلق بالتفتيش العشوائي للمركبات على الطرق العامة، بين المركبات العامة والخاصة؛ فيجوز التفتيش العشوائي للمركبات العامة دون الخاصة، باعتبار أن السيارات المعدة للإيجار من حق مأموري الضبط القضائي إيقافها أثناء سيرها في الطرق العامة، للتحقق من عدم مخالفة أحكام قانون المرور.

٩- إن الاتجاه الذي تبنته أغلب التشريعات المقارنة من اشتراط فائدة التحقيق أو الفائدة في إظهار الحقيقة لصحة التفتيش، كان أكثر توفيقاً من النهج الذي اتبعه قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، الذي اشترط لصحة التفتيش في المادة (٤٤) منه، توافر ضرورة تقتضيه؛ إذ من المعلوم أن وظيفة التحقيق لا تقف عند ضبط أدلة الجريمة، بل يتعدى ذلك إلى جمع كل دليل يمكن أن يفيد التحقيق، سيما وأن سلطة التحقيق لا تعلم أي الأدلة يمكن للمحكمة أن تبني عليها قناعتها الوجدانية في الإدانة أو البراءة - وفقاً لحريتها في الإثبات من أي دليل شاءت من تلك المقدمة في الدعوى، إضافة لمبلغ صحة أو بطلان كل دليل أساساً.

(ب) التوصيات

- ١- نوصي بإدراج نص تشريعي يقرر صراحة بطلان التفتيش بحال تبين عدم وجود فائدة له بالتحقيق، أو بحال تبين أن الجهة القائمة عليه لم تستهدف منه الحصول على دليل في الدعوى القائمة.
- ٢- نوصي بإدراج نص تشريعي صريح يقتضي جدية التحريات التي قادت إلى صدور الأمر بالتفتيش.
- ٣- حسم الخلاف حول التفتيش العشوائي للمركبات على الطرقات، بحصر جواز التفتيش العشوائي لها بالمركبات العامة منها دون الخاصة.

الجعافرة، أيمن سالم (٢٠٠٤م). بطلان التفتيش وآثاره في ظل قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني: دراسة مقارنة. رسالة ماجستير، جامعة مؤتة.

الجهني، سعد بن سلمان (٢٠١٢م). الاستيقاف: شروطه ووضاؤه. رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية.

الخليفة، عبدالله محمد (١٩٨٩م). حقوق المتهم في مرحلة الضبط والتحقيق. رسالة ماجستير، المعهد العربي للعلوم الأمنية.

الديحاني، فهد محسن (د.ت.). تفتيش الأماكن في مرحلة التحقيق وتطبيقاته في القضاء الكويتي. رسالة ماجستير، أكاديمية نايف العربية للدراسات الأمنية.

السبهان، فهد إبراهيم (١٩٩٥م). استجواب المتهم. رسالة ماجستير، جامعة المنصورة.

الصبحي، عيد عواد دخيل الله (١٩٨٩م). ضمانات حقوق الإنسان في مرحلة جمع الاستدلالات. رسالة ماجستير، المعهد العربي للعلوم الأمنية.

الطويلة، أحمد محمد (٢٠١١م). بطلان إجراءات التفتيش في القانونين الأردني والكويتي: دراسة مقارنة. رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط.

عاصي، عثمان جبر (١٩٩٨م). ضمانات المشتكى عليه في التحقيق الجزائي الابتدائي في الأردن. رسالة ماجستير، جامعة آل البيت.

العدوان، ممدوح حسن (٢٠٠٩م). ضمانات المتهم أثناء التحقيق ومدى مراعاة القانون الدولي لحقوق الإنسان في المجال الجنائي. أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية.

العطوي، أحمد عيد (١٩٨٧م). التفتيش ودوره في الإثبات الجنائي. رسالة ماجستير، المعهد العالي للعلوم الأمنية (جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية).

عولقي، رائد سعيد (٢٠٠٣م). حق المتهم في الدفاع خلال مرحلة التحقيق الابتدائي: دراسة مقارنة. رسالة ماجستير، جامعة عدن.

شمس الدين، أشرف توفيق (٢٠١٢م). شرح قانون الإجراءات الجنائية المصري. طبعة خاصة بالتعليم المفتوح.

ظاهر، أيمن (٢٠١٣م). شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية، ج(١): الدعوى الجزائية ومرحلة جمع الاستدلالات. ط ١، (بدون دار نشر).

عبيد، رؤوف (١٩٨٥م). مبادئ إجراءات الجنائية في القانون المصري. ط ١٦، دار الجليل.

فاروق، ياسر الأمير (٢٠١٢م). القبض في ضوء الفقه والقضاء. دار المطبوعات الجامعية.

الفقي، عماد (د.ت.). أدلة الإثبات الجنائي في ضوء الفقه وأحكام النقص. شركة ناس للطباعة.

المشهداني، ياسين خضير (٢٠١٠م). التهمة وتطبيقاتها في القضاء الجنائي. ط ٢، عمان: دار الثقافة.

مهدي، عبدالرؤوف (٢٠١٥م). شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية. دار النهضة العربية.

هرجة، مصطفى مجدي (د.ت.). التعليق على قانون الإجراءات الجنائية في ضوء الفقه والقضاء. مج(١)، القاهرة: دار محمود.

ثانياً: الرسائل الجامعية

الأحمد، أحمد سعدي (٢٠٠٩م). المتهم ضماناته وحقوقه في الاستجواب والتوقيف في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية: دراسة مقارنة. رسالة ماجستير، جامعة النجاح.

آل هادي، علي محمد جبران (٢٠٠٤م). ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق طبقاً لنظام الإجراءات الجزائية السعودي الجديد. رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية.

بنمه، عبدالله محمد (١٩٩٨م). سؤال المتهم واستجوابه في كل من القانون اليمني والإماراتي والشريعة الإسلامية. رسالة ماجستير، جامعة عدن.

مساعدة، أنور محمد صدقي (٢٠٠١م). القبض في التشريع
الجزائري الأردني: دراسة مقارنة. رسالة ماجستير،
جامعة آل البيت.

المشعل، مشعل سلطان (٢٠٠٣م). الاختصاص والسلطات
الاستثنائية للمأموري الضبط القضائي في النظام
الكويتي. رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية
للعلوم الأمنية.

مليكه، درياد (د.ت.). ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي.
رسالة ماجستير، جامعة الجزائر.

ثالثاً: المجموعات التشريعية والقضائية

- منشورات مركز عدالة.

غانم، محمد علي (٢٠٠٨م). تفتيش المسكن في قانون
الإجراءات الجزائية الفلسطيني: دراسة مقارنة. رسالة
ماجستير، جامعة النجاح الوطنية.

الغزي، فهد محمد (د.ت.). الاختصاصات الجنائية لمدرء
مراكز الشرطة في النظام السعودي. رسالة ماجستير،
جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية.

الكبيسي، عبدالستار سالم (١٩٨١م). ضمانات المتهم قبل
وأثناء المحاكمة. رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة.

الكواري، منى جاسم (٢٠٠٧م). التفتيش: شروطه وحالات
بطالانه. رسالة ماجستير، جامعة بيروت العربية.

أحكام إخضاع السعودي ومن في حكمه لضريبة الدخل: دراسة تأصيلية تطبيقية

منصور بن عبدالرحمن الحيدري

الأستاذ المشارك بالمعهد العالي للقضاء، ص ب ٥٨١٠ الرياض ١١٤٣٢

المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

البريد الإلكتروني mahidry@imamu.edu.sa

(قدم للنشر في ٩/٦/١٤٤٠هـ، وقبل للنشر في ٦/٨/١٤٤٠هـ)

ملخص البحث. لم يكن المواطن السعودي ولا المواطن الخليجي في أي حالة من الحالات خاضعاً لضريبة الدخل في المملكة العربية السعودية قبل صدور نظام ضريبة الدخل عام ١٤٢٥هـ الذي قد يُفهم منه إخضاع السعودي ومن في حكمه لضريبة الدخل في حالتين: الأولى هي ما نصت عليه الفقرة (هـ) من المادة الثانية من خضوع من يعمل في مجال استثمار الغاز الطبيعي وإنتاج الزيت والمواد الهيدروكربونية لضريبة الدخل دون ربط لذلك بموضوع الجنسية، والحالة الثانية هي فرض الضريبة على السعودي إذا كان غير مقيم.

وقد خلص البحث إلى أن فرض الضريبة على السعودي مخالف لنظام جباية الزكاة الذي نصّ على خضوع السعودي - فرداً كان أم شركة - لأحكام الزكاة دون تفريق بين نشاط أو نشاط آخر، ودون التفريق بين مقيم أو غير مقيم، ولا يستقيم القول بنسخ نظام ضريبة الدخل لنظام جباية الزكاة؛ لإمكان الجمع بين المتقدم والمتأخر، ولعاجتهما أحكاماً وأشخاصاً مختلفين، كما أن فرض الضريبة على الخليجي مخالف لأحكام الاتفاقية الاقتصادية الموحدة بين دول مجلس التعاون الخليجي وكذلك قرار المجلس الأعلى المتعلقة بالسوق الخليجية المشتركة، وكذلك المرسوم الملكي القاضي بالاكْتفاء بجمع الزكاة من مواطني دول المجلس الطبيعيين والاعتباريين.

الكلمات المفتاحية: ضريبة القيمة المضافة، الخصم، المحاسبة الذاتية، التسجيل الوجوبي، التسجيل الاختياري، إلغاء التسجيل.

VALUE ADDED TAX: DEFINITION, PRINCIPLES, AND REGISTRATION

Mansour A. Alhaidary

*Associate Professor at the Higher Judicial Institute, P.O. Box 5810 Riyadh 11432
Higher Judicial Institute, Imam Mohammad Ibn Saud Islamic University
Email: mahidry@imamu.edu.sa*

(Received 09/06/1440 H., Accepted for Publication 06/08/1440 H.)

Abstract. Saudi and GCC citizens were not subject to any tax prior to the proclamation of the Saudi Income Tax in 2005. New Saudi Income Tax may be understood to subject Saudi and GCC citizens to income tax in two cases: a person being engaged in the field of oil and hydrocarbons production (regardless of the nationality of that person), and a person is classified as non-resident with other taxable income from sources within the Kingdom.

This paper found that subjecting Saudi and GCC citizens to income tax is in violation of Zakat Collection Law which subject the Saudi only to Zakat whether the person is natural or legal and without differentiating between a business or the other. Arguing that Income Tax Law repealed the relative provisions in these two cases is not convincing. First, repeal must be express or implied. We do not have an express repeal, and the implied repeal can be argued if no reconciliation is reached between seemingly contradicted provisions. We see no contradiction between these provisions. In addition, both laws treat different obligations and persons, therefore repeal argument is weak. Moreover, subjecting Saudi and GCC citizens to income tax contradicts the Economic Agreement Between the GCC States, the decision of the Supreme Council of GCC Common Market, and Saudi Royal decree that GCC citizens are to be treated as Saudis.

Keywords: Value Added Tax, Credit, Self-policing, Compulsory registration, Optional registration, Deregistration.

مقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، أما بعد: كان الأشخاص الطبيعيون والأشخاص الاعتباريون ممن يحملون الجنسية السعودية خاضعين لأحكام نظام جباية الزكاة الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٨٦٣٤/٢٨/١٧ وتاريخ ١٣٧٠/٦/٢٩ هـ وتعديلاته اللاحقة، واستمر الوضع على ما هو عليه حتى صدر نظام ضريبة الدخل بموجب المرسوم الملكي رقم م/١ وتاريخ ١٤٢٥/١/١٥ هـ فأصبحت الهيئة العامة للزكاة والدخل لا تنظر إلى جنسية الشخص لتحديد خضوعه لضريبة الدخل من عدمها بل تنظر إلى إقامته في المملكة، وأصبحت ضريبة الدخل تُفرض على السعودي رغم عدم وجود نص صريح في نظام ضريبة الدخل يجعل السعودي خاضعاً ضريبياً، وهذا الإشكال العملي يقتضي دراسته بحثياً؛ للنظر في مدى مشروعية هذا الاتجاه من الهيئة العامة للزكاة والدخل؛ ولذلك رأيت الحاجة إلى الكتابة حول هذا الموضوع وسبر أغواره.

وقد قسّمت هذا البحث إلى مقدمة وتمهيد ومبحثين يتضمن كل منهما عدداً من المطالب وفق التفصيل الآتي:

- المقدمة.
- التمهيد: نبذة تاريخية عن ضريبة الدخل في المملكة وتعريف الإخضاع الضريبي:
 - المطلب الأول: نبذة تاريخية عن ضريبة الدخل في المملكة.
 - المطلب الثاني: التعريف اللغوي للإخضاع الضريبي.
 - المطلب الثالث: التعريف النظامي للإخضاع الضريبي.
- المبحث الأول: الموقف الضريبي للسعودي المقيم ومن في حكمه:
 - المطلب الأول: الموقف الضريبي للسعودي المقيم.
 - المطلب الثاني: الموقف الضريبي للخليجي المقيم.
- المبحث الثاني: الموقف الضريبي للسعودي غير المقيم ومن في حكمه:
 - المطلب الأول: الموقف الضريبي للسعودي غير المقيم.
 - المطلب الثاني: الموقف الضريبي للخليجي غير المقيم.
- الخاتمة.

التمهيد:

نبذة تاريخية وتعريف الإخضاع الضريبي

المطلب الأول: نبذة تاريخية عن ضريبة الدخل في المملكة

صدر أول نظام لضريبة الدخل بموجب المرسوم الملكي رقم ٣٣٢١ وتاريخ ١/٢١/١٣٧٠ هـ^(١)، ثم صدر بعده نظام ضريبة الدخل الإضافية على الشركات المشتغلة بإنتاج الزيت والمواد الهيدروكربونية^(٢) ويبدو أن الهيئة العامة للزكاة والدخل^(٣) عاملت - في فترة قصيرة تلي إقرار النظام - السعودي والأجنبي وفقاً لأحكام ضريبة الدخل بدليل أنه قد صدر مرسوم ملكي ينظم أحكام جباية الزكاة بعد مضي نحو من ستة أشهر على إقرار نظام ضريبة الدخل ونصّ بشكل صريح على اعتبار نظام ضريبة الدخل خاصاً بمن لا يحملون الرعوية السعودية من الأشخاص والشركات^(٤).

وقد فرضت الضريبة على الأشخاص الأجانب نظراً لحاجة الدولة لزيادة إيراداتها، ثم إنه بعد مرور نحو من ٢٥ سنة ونظراً لتحسن الأوضاع الاقتصادية في المملكة؛ ونظراً لرغبة المملكة في استقطاب الكفاءات الأجنبية؛ ولتخفيض قيمة العقود التي تبرمها الدولة مع الشركات الأجنبية، وللتخفيف من أثر ارتفاع الأسعار على الموظفين والعمال الأجانب، وبسبب ارتفاع أسعار البترول وارتفاع واردات المملكة تبعاً فقد أصبحت الضريبة على المرتبات لا تشكل إيراداً مهماً وكان المقترح في قرار مجلس الوزراء إما تخفيضها وإما إلغاؤها بالكلية^(٥)، وقد كان القرار الذي انتهى إليه

(١) نظام ضريبة الدخل (ملغى) الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم ٣٣٢١ وتاريخ ١/٢١/١٣٧٠ هـ.

(٢) نظام ضريبة الدخل الإضافية على الشركات المشتغلة بإنتاج الزيت والمواد الهيدروكربونية (ملغى) الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٧٦٣٤ وتاريخ ٣/١٦/١٣٧٠ هـ.

(٣) كان اسمها مصلحة الزكاة والدخل وقد أنشئت بموجب قرار وزير المالية رقم ٣٩٤ وتاريخ ٧/٨/١٣٧٠ هـ ثم صدر الأمر الملكي رقم م/١٣٣ وتاريخ ٣٠/٧/١٤٣٧ هـ بالموافقة على تحويل "مصلحة الزكاة والدخل" لتكون "الهيئة العامة للزكاة والدخل"، وترتبط بوزير المالية، ويكون لها مجلس إدارة يرأسه وزير المالية.

(٤) المرسوم الملكي رقم ٨٦٣٤/٢٨/١٧ وتاريخ ١٣٧٠/٦/٢٩ هـ.

(٥) قرار مجلس الوزراء رقم ٥٢٩ وتاريخ ٣/٥/١٣٩٥ هـ.

اللغوي المشار إليه، وإنما المراد تطامن الشخص الذي تجب عليه الضريبة ونزوله إلى الاستجابة للإلزام النظامي بهذا الأمر دون اختياره.

وأما كلمة الضريبي فإنها نسبة إلى الضريبة، فقد قال الخليل "الضريبة: الطبيعة، يقال: إنه لكريم الضرائب. والضريبة: غلة تضرب على العبد. والضريبة: كل شيء ضربته بسيفك من حي أو ميت ... والضرائب: ضرائب الأرضين في وظائف الخراج عليها" (الفراهيدي، د.ت؛ ابن منظور، ١٩٩٤م؛ الأزهرى، ٢٠٠١م). والمعنى الموافق للمعنى الاصطلاحي للضريبة هو أنها شيء مضروب أي مفروض. وعرفها معجم اللغة العربية المعاصرة أنها "ما يفرض على المالك والعمل والدخل من الفرد لصالح الدولة بصفة جبرية مساهمة منه في الأعباء العامة، وتكون مباشرة بالاقتطاع من الرواتب والأجور، وغير مباشرة بفرضها على السلع والمواد الاستهلاكية" (عمر، ٢٠٠٩م؛ ابن منظور، ١٩٩٤م؛ الأزهرى، ٢٠٠١م).

وقد اختلف اللغويون في حكم النسب إلى فعيلة كضريبة؛ إذ يرى بعضهم خطأ ذلك فلا يقال "ضريبي"؛ لأنه يجب حذف ياء فعيلة عند النسب إليها، والراجع عند بعض المعاصرين جواز ذلك (عمر وآخرون، ٢٠٠٩م).

المطلب الثالث: التعريف النظامي للإخضاع الضريبي

يقصد بالخضوع للقانون "الالتزام به سواء من قبل المحكومين أو الحكام وسواء كان تشريعاً دستورياً، أو تشريعاً عادياً، أو تشريعاً فرعياً" (بوديار، د.ت.) ومعناه إذن في السياق الضريبي اعتبار فئة من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين أو فئة من السلع أو الخدمات أو غير ذلك ملزمين بأحكام النظام الضريبي بحيث تنطبق عليهم أحكامه.

وقد عرّفت الاتفاقية الخليجية الموحدة لضريبة القيمة المضافة على سبيل المثال الشخص الخاضع للضريبة أنه "الشخص الذي يزاول نشاطاً اقتصادياً بصفة مستقلة بهدف تحقيق الدخل، ويكون مسجلاً أو ملزماً بالتسجيل لغايات الضريبة وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية"^(٦) كما أشارت إلى خضوع التوريدات من سلع

المجلس إلغاء ضريبة الدخل المفروضة على الأشخاص الأجانب العاملين في المملكة^(٧).

وفي عام ١٤٢٤هـ صدر نظام ضريبة استثمار الغاز الطبيعي الذي نظم أحكام الضريبة المتعلقة باستثمار الغاز^(٨)، ثم صدر نظام ضريبة الدخل الحالي بموجب المرسوم الملكي رقم م/١ وتاريخ ١٥/١/١٤٢٥هـ الذي ألغى الأنظمة السابقة وجمع أحكامها في نظام واحد.

وقد ظلت الهيئة العامة للزكاة والدخل تعامل الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتباريين ممن يحملون الجنسية السعودية وفقاً لأحكام نظام جباية الزكاة واستمر الوضع على ما هو عليه حتى صدور نظام ضريبة الدخل الحالي؛ إذ أصبحت الهيئة العامة للزكاة والدخل لا تنظر إلى جنسية الشخص لتحديد خضوعه لضريبة الدخل من عدمها بل تنظر إلى إقامته في المملكة كمعيار للخضوع الضريبي.

المطلب الثاني: التعريف اللغوي للإخضاع الضريبي

الإخضاع مصدر للفعل أخضع، وهو ماضٍ رباعي أصله الخاء والضاد والعين. قال ابن فارس: "الخاء والضاد والعين أصلان: أحدهما تطامن في الشيء، والآخر جنس من الصوت" (ابن فارس، ١٩٧٩م). وقال الخليل "الخضوع: الذل والاستخذاء" (الفراهيدي، د.ت؛ ابن منظور، ١٩٩٤م، الأزهرى، ٢٠٠١م) وجاء في جمهرة اللغة "خضع الرجل يخضع خضوعاً إذا ذل وكل ذليل خاضع ... وخضع الرجل وأخضع إذا لأن كآلامه للنساء" (ابن دريد، ١٩٨٧م). فمعنى الخضوع يرجع إلى انحناء ونزول على الأصل الأول وأصله من خضوع العنق أي انحناءه، والأصل الآخر جنس من الصوت لا يظهر ارتباطه بمحل البحث. ويظهر أن المراد من هذه استخدام هذا المصطلح ليس الذل والاستخذاء كما هو المعنى

(٦) المرسوم الملكي رقم م/٣٧ وتاريخ ٤/٥/١٣٩٥هـ.

(٧) نظام ضريبة استثمار الغاز الطبيعي (ملغى) الصادر بموجب

المرسوم الملكي رقم م/٣٧ وتاريخ ٢٥/٦/١٤٢٤هـ.

(٨) نظام ضريبة الدخل الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١ وتاريخ

١٥/١/١٤٢٥هـ.

(٩) الاتفاقية الخليجية الموحدة لضريبة القيمة المضافة، المادة ١.

التمتع بحق الملكية أو الثروة على إقليم تلك الدولة (الجنابي، د.ت.؛ أحمد، ٢٠١٧م).

وقبل تناول الأحكام الضريبية الخاصة بالسعودي المقيم فإنه من المناسب التأكيد على أنه لا يجوز خضوع الدخل لضريبتين باعتبار واحد؛ حيث تنص المادة الثامنة والستون من نظام ضريبة الدخل في الفقرة (هـ) على أنه "إذا دفع مبلغ إلى غير مقيم واستقطعت الضريبة عنه وفقاً لأحكام هذه المادة تكون تلك الضريبة نهائية، مع مراعاة عدم فرض ضريبة أخرى على الدخل الذي استقطعت عنه الضريبة"^(١٣)، كما نصت ذات المادة في الفقرة (ز) على أنه "إذا استقطعت الضريبة عن مبلغ مدفوع لمكلف احتسب في وعائه الضريبي، فإن الضريبة المستقطعة تحسم من الضريبة الواجبة على المكلف عن الوعاء الضريبي"^(١٤) والحكمة من ذلك ظاهرة؛ إذ إنه إذا استقطعت الضريبة مرتين على ذات الدخل كانت النسبة المستقطعة من الدخل أكثر مما هو واجب نظاماً. وقياساً على ذلك فإنه لا يجوز الجمع بين الزكاة والضريبة على ذات الدخل؛ إذ معنى ذلك أن الالتزام المالي أصبح أكثر مما هو مطلوب نظاماً. ومن جهة أخرى فإن إخضاع الأجنبي لضريبة الدخل دون أي التزام زكوي يقتضي من باب العدالة إخضاع السعودي للزكاة دون أي التزام ضريبي، والمقصود بذلك ألا يكون السعودي مكلفاً زكواً ومكلفاً ضريبياً في الوقت نفسه؛ إذ إن النظام السعودي من خلال معاملته لغير السعودي لا يفرض عليه إلا الضريبة فحسب ولا يجمع عليه بين زكاة وبين ضريبة.

وإذا استقر ذلك فقد بيّنت المادة الثانية من نظام ضريبة الدخل الأشخاص الخاضعين للضريبة وهم:

(أ) شركة الأموال المقيمة عن حصص الشركاء غير السعوديين^(١٥).

(ب) الشخص الطبيعي المقيم غير السعودي الذي يمارس النشاط في المملكة^(١٦).

وخدمات لأحكام الاتفاقية بقولها "يحق للخاضع للضريبة الذي يقوم فقط بتوريدات خاضعة للضريبة"^(١٧)، كما أن الدخل نفسه يمكن أن يخضع كما نصّ عليه نظام ضريبة الدخل بقوله "الدخل الخاضع للضريبة"^(١٨) وهو أمر مجازي؛ إذ لا يمكن لجمادات أن تخضع بنفسها وإنما المقصود هو كونها مشمولة بأحكام النظام، كما عرّف النظام السعودي المكلف الضريبي أنه "الشخص الخاضع للضريبة بمقتضى هذا النظام"^(١٩)، فيكون الإخضاع الضريبي بهذا المفهوم إلزام الشخص الخاضع للضريبة بمقتضى أحكام النظام.

المبحث الأول:

الموقف الضريبي للسعودي المقيم ومن في حكمه

المطلب الأول: الموقف الضريبي للسعودي المقيم

يُرجع علماء المالية العامة السند القانوني لفرض أي دولة الضريبة على أي شخص طبيعي أو اعتباري إلى حق في الدولة في فرض الضريبة على من تربطها به واحدة من تبعيات ثلاث: التبعية السياسية، أو التبعية الاقتصادية، أو التبعية الاجتماعية. (صقر، ١٩٩٦م) وقد اختلف علماء المالية العامة في تسوية حق الدولة في ذلك بناء على نظريتين معروفتين: نظرية العقد المالي الاجتماعي، ونظرية التضامن الاجتماعي المقترن بسياسة الدولة. فتقوم نظرية العقد المالي الاجتماعي على أن يدفع المواطن الضريبة مقابل المنفعة العامة، ثم اختلف أصحاب هذا الاتجاه فيما بينهم فيمن يكتف ذلك على أن العملية عقد بيع وفقاً للاتجاه الأول، أو عقد شركة بين الدولة والمواطنين وفق اتجاه ثانٍ، أو كأنها هي عملية تأمين وفقاً لاتجاه ثالث. فيما تقوم نظرية التضامن الاجتماعي المقترن بسياسة الدولة على أن هناك تضامناً اجتماعياً مفترضاً بين الدولة والمواطنين تقوم بموجبه الدولة بحماية المجتمع وتوفير الخدمات العامة. ولكون التضامن الاجتماعي لوحده لا يكفي لفرض الضريبة على الأجنبي الذي لا تربطه بالدولة رابطة اجتماعية فإن حق السيادة هو ما يخوّل الدولة فرض الضريبة على الأجنبي مقابل ما تمنحه للمستثمر فيها لأجل ممارسة أنشطة اقتصادية أو

(١٣) نظام ضريبة الدخل، المادة ٦٨/هـ.

(١٤) نظام ضريبة الدخل، المادة ٦٨/ز.

(١٥) نظام ضريبة الدخل، المادة ٢/أ.

(١٦) نظام ضريبة الدخل، المادة ٢/ب.

(١٧) الاتفاقية الخليجية الموحدة لضريبة القيمة المضافة، المادة ٥٠/٤.

(١٨) نظام ضريبة الدخل، المادة ٨.

(١٩) نظام ضريبة الدخل، المادة ١.

نظام ضريبة الدخل المتعلقة بتحديد إقامة الشركات، بأنها المكان الذي يتم فيه بشكل رئيسي رسم السياسات العليا واتخاذ القرارات الإدارية والتجارية الرئيسية لضرورة تنفيذ أعمال الشركة بشكل عام، ويعد مكان الإدارة الرئيسية في المملكة عندما يتحقق اثنان على الأقل من الشروط التالية:

(أ) عقد الاجتماعات المعتادة لمجلس الإدارة التي تتم بشكل منظم ويتم من خلالها اتخاذ السياسات والقرارات الرئيسية المتعلقة بإدارة الشركة وتسيير أعمالها في المملكة. (ب) اتخاذ القرارات التنفيذية العليا المتعلقة بإدارة وظائف الشركة مثل قرارات المدير التنفيذي ونوابه في المملكة العربية السعودية^(٢٦).

(ج) أن تكون معظم أعمال الشركة والتي يتحقق منها معظم إيراداتها في المملكة.

والسؤال محل البحث هنا مداره مدى نظامية إخضاع الشخص السعودي سواء أكان فرداً أم شركة لضريبة العمل في مجال استثمار الغاز الطبيعي وإنتاج الزيت والمواد الهيدروكربونية وفقاً لأحكام الفقرة (هـ) والفقرة (و) من المادة الثانية من نظام ضريبة الدخل^(٢٧).

مما يظهر أن نظام ضريبة الدخل لم يتناول الجنسية وأثرها في الخضوع الضريبي إلا في الفقرة (ب) التي أخضعت الشخص الطبيعي المقيم غير السعودي الذي يمارس النشاط في المملكة للضريبة^(٢٨). وأما الفقرة (أ) فيفهم منها أن الأصل عدم شمول السعودي بضرورة الدخل؛ إذ إن الضريبة في حق الشركاء غير السعوديين دون السعوديين^(٢٩)، وأما الفقرتان (هـ) و (و) اللتان تناولتا من يعمل في مجال استثمار الغاز الطبيعي وفي إنتاج الزيت والمواد الهيدروكربونية^(٣٠) فإنها لم تتعرض لجنسية

(ج) الشخص غير المقيم الذي يمارس النشاط في المملكة من خلال منشأة دائمة^(٣١).

(د) الشخص غير المقيم الذي لديه دخل آخر خاضع للضريبة من مصادر في المملكة^(٣٢).

(هـ) الشخص الذي يعمل في مجال استثمار الغاز الطبيعي^(٣٣).

(و) الشخص الذي يعمل في إنتاج الزيت والمواد الهيدروكربونية^(٣٤).

وقد بين النظام مفهوم الإقامة وفرّق بين الشخص الطبيعي وبين الشركات، فأما الشخص الطبيعي فإنه يعدّ مقيماً في المملكة إذا توفرت إحدى حالتين:

١- أن يكون له مسكن دائم في المملكة، وأن يقيم في المملكة لمدة لا تقل في مجموعها عن ٣٠ يوماً في السنة الضريبة^(٣٥)، أو:

٢- أن يقيم في المملكة لمدة لا تقل عن ١٨٣ يوماً في السنة الضريبة ولو لم يكن له مسكن دائم في المملكة^(٣٦).

وقد بينت اللائحة أن المقصود بالسكن الدائم هو السكن المملوك للشخص الطبيعي أو المستأجر بعقد إيجار لا يقل عن سنة أو السكن المؤتمن للشخص الطبيعي من جهة أخرى لمدة لا تقل عن سنة^(٣٧).

وأما الشركات فإنها تعدّ مقيمة في المملكة إذا كانت منشأة وفقاً لنظام الشركات^(٣٨)، أو أن تقع إدارتها الرئيسة في المملكة^(٣٩).

وقد بين تعميم الهيئة العامة للزكاة والدخل المقصود بعبارة (الإدارة الرئيسية) المنصوص عليها في المادة (٣/ب/٢) من

(١٧) نظام ضريبة الدخل، المادة ٢/ج.

(١٨) نظام ضريبة الدخل، المادة ٢/د.

(١٩) نظام ضريبة الدخل، المادة ٢/هـ.

(٢٠) نظام ضريبة الدخل، المادة ٢/و.

(٢١) نظام ضريبة الدخل، المادة ٣/أ/١.

(٢٢) نظام ضريبة الدخل، المادة ٣/أ/٢.

(٢٣) اللائحة التنفيذية لنظام ضريبة الدخل الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٥٣٥ وتاريخ ١١/٦/١٤٢٥هـ، المادة ٣/٢.

(٢٤) نظام ضريبة الدخل، المادة ٣/ب/١.

(٢٥) نظام ضريبة الدخل، المادة ٣/ب/٢.

(٢٦) تعميم الهيئة العامة للزكاة والدخل رقم ١٤٣٢/١٦/٤٥٢٩

وتاريخ ٢٧/٧/١٤٣٢هـ المبني على قرار معالي وزير المالية رقم

٢١٩٤ وتاريخ ١٢/٧/١٤٣٢هـ المبلغ للهيئة بكتاب معاليه رقم

٦٩٣٢ وتاريخ ١٣/٧/١٤٣٢هـ.

(٢٧) نظام ضريبة الدخل، المادة ٢.

(٢٨) نظام ضريبة الدخل، المادة ٢/ب.

^(٢٩) نظام ضريبة الدخل، المادة ٢/أ.

(٣٠) نظام ضريبة الدخل، المادة ٢/هـ؛ المادة ٢/و.

٥- صدر قرار مجلس الوزراء الآخر رقم ١٠٣ وتاريخ ١٤٠٥/٦/٢٤هـ الذي نص على أن تُجبي الزكاة كاملة من جميع الشركات والمؤسسات وغيرها، والأشخاص ممن يخضعون للزكاة^(٣٤).

٦- صدر المرسوم الملكي رقم م/٤٠ وتاريخ ١٤٠٥/٧/٢هـ الذي قضى بجباية الزكاة كاملة من جميع المؤسسات والأشخاص والشركات ممن يخضعون للزكاة^(٣٥).

وهذه النصوص الصريحة كلها تفيد بخضوع السعودي سواء أكان شركة أم كان شخصاً طبيعياً لأحكام الزكاة لا لأحكام الضريبة، ولا يمكن أن تصادم بالاحتمالات ما لم يكن هناك نص نظامي صريح، وقد يحتج البعض بأن هناك نصوصاً متعارضة بين النظامين؛ وحيث إن نظام ضريبة الدخل متأخر عن نظام جباية الزكاة، وحيث لا يمكن الجمع بينهما فإن نظام ضريبة الدخل ناسخ للأحكام ذات العلاقة في نظام جباية الزكاة فيما يتعلق بالسعودي شركة أو فرداً ممن يستثمر في الغاز الطبيعي أو ينتج الزيت والمواد الهيدروكربونية، والجواب عن ذلك من وجوه:

- الأول: أن نسخ الأنظمة (إلغاؤها أو استبدالها) يكون إما بشكل صريح أو شكل ضمني، فأما الصريح فكان ينص النظام الجديد بشكل صريح على إلغاء النظام القديم أو جزء منه، وأما الضمني فيكون بسنّ نظام جديد يتضارب مع النظام القديم (السنهوري وأبو ستيت، ١٩٥٠م) وليس بين يدينا ما يدلّ على النسخ الصريح لنظام الزكاة أو أي شيء من أحكامه، بل كان النص الصريح على إلغاء كل الأنظمة الضريبية السابقة فحسب، فلم يبق إلا الكلام عن احتمالية النسخ الضمني، وهو ما نتناوله في النقطة التالية.
- الثاني: أن النسخ لا يصار إليه إلا عند التعارض وتعذر الجمع بين الأمرين (السلمي، ٢٠٠٦م) وأما إن أمكن الجمع بين المتقدم والمتأخر فإنه لا يصار إلى النسخ (الشاطبي، ١٩٩٧م) وهذا مستقر في علم أصول الفقه؛

الخاضع لأحكام الضريبة؛ فيحتمل أن تشمل السعودي سواء أكان مقيماً أم غير مقيم، وسواء أكان شركة أم كان فرداً.

غير أن هذا الاتجاه الضمني المحتمل مُعارضٌ بنصوص نظامية أخرى صريحة لا تحتمل التأويل وفيما يلي بيانها:

١- نصت المادة الثانية من نظام جباية الزكاة على أن "تستوفي من الأفراد والشركات الذين يحملون الرعوية السعودية الزكاة الشرعية وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية السمحاء"^(٣٦). وصريح هذه المادة يجعل الحق المالي الواجب على السعودي أكان فرداً أم شركة ممن يحمل الجنسية السعودية هو الزكاة.

٢- نصّت تعليقات جباية الزكاة على أنه تستحق الزكاة على جميع الأشخاص والشركات الذين يحملون الرعوية السعودية على السواء ذكوراً أو إناثاً بالغين أو قاصرين أو محجوراً عليهم في ختام كل عام وفقاً لأحكام الشريعة ابتداءً من غرة المحرم ١٣٧٠هـ وكذلك نصت على أنه تعتبر رؤوس الأموال وغلاتها وكل الواردات والأرباح والمكاسب التي تدخل على الأشخاص والشركات المذكورة خاضعة للزكاة بمقتضى نصوص الأحكام الشرعية فيها.

٣- صدر المرسوم الملكي رقم ٥٧٧/٢٨/٢/١٧ وتاريخ ١٣٧٦/٣/١٤هـ بجباية الزكاة كاملة من كافة الرعايا السعوديين والشركات السعودية ومن الشركاء السعوديين في الشركات المؤلفة من سعوديين وغير سعوديين^(٣٧)؛ وواضح من هذا المرسوم التفريق بين السعودي وغيره؛ إذ جعل على السعودي الزكاة وجعل على الأجنبي الضريبة.

٤- صدر قرار مجلس الوزراء رقم ٦٤٥ وتاريخ ١٣٨٢/١٢/٢٩هـ ونصّ على أن تُجبي الزكاة كاملة من جميع الشركات المساهمة وغيرها، والأشخاص ممن يخضعون للزكاة^(٣٨).

(٣١) نظام جباية الزكاة الصادر بالمرسوم الملكي رقم ١٧/٢/٢٨/٨٦٣٤ وتاريخ ١٣٧٠/٦/٢٩هـ، المادة ٢.

(٣٢) المرسوم الملكي رقم ٥٧٧/٢٨/٢/١٧ وتاريخ ١٣٧٦/٣/١٤هـ.

(٣٣) قرار مجلس الوزراء رقم ٦٤٥ وتاريخ ١٣٨٢/١٢/٢٩هـ.

(٣٤) قرار مجلس الوزراء رقم ١٠٣ وتاريخ ١٤٠٥/٦/٢٤هـ.

(٣٥) المرسوم الملكي رقم م/٤٠ وتاريخ ١٤٠٥/٧/٢هـ.

بشكل صريح على تعديل نظام جباية الزكاة فيما يتعلق بهذه الجزئية كما جرت العادة في البيئة التنظيمية السعودية.

- الرابع: أن النظام الأساسي للحكم نصّ على أنه (لا تفرض الضرائب والرسوم إلا عند الحاجة، وعلى أساس من العدل، ولا يجوز فرضها، أو تعديلها، أو إلغاؤها، أو الإعفاء منها إلا بموجب النظام)^(٣٦)، ولا يمكن القول إن المنظم قد فرض ضريبة الدخل على السعودي دون أن يكون ذلك صريحاً بشكل لا يقبل التأويل فيما أن المستقر أن السعودي لا يعامل إلا بالزكاة لا بالضريبة.

كما أن القول بشمول السعودي بضريبة الدخل مؤداه عدم فرض الزكاة عليه، ولا شك أن هذا غير مقصود من المنظم السعودي؛ إذ الزكاة ركن من أركان الإسلام الذي تتولى الدولة جبايتها وفقاً لما نصّ عليه النظام الأساسي للحكم من أنه "تجبي الزكاة وتنفق في مصارفها الشرعية"^(٣٧).

المطلب الثاني: الموقف الضريبي للخليجي المقيم

نصت المادة الثامنة من الاتفاقية الاقتصادية الموحدة بين دول مجلس التعاون الخليجي الموقعة بتاريخ ١١/١١/١٩٨١م على أن "تتفق الدول الأعضاء على القواعد التنفيذية الكفيلة بمعاملة مواطني دول مجلس التعاون في أي دولة من هذه الدول نفس معاملة مواطنيها دون تفرق أو تمييز في المجالات التالية ... حرية ممارسة النشاط الاقتصادي"، فالأصل وفقاً لهذه الاتفاقية أن يعامل كل مواطن خليجي في أي دولة خليجية كما يعامل المواطن فيها دون تفرق أو تمييز في عدد من النشاطات والتي منها "حرية ممارسة النشاط الاقتصادي". وإذا تقرر ذلك وأصبح للخليجي حرية ممارسة النشاط الاقتصادي فإن من مقتضيات ذلك معاملته بشكل مماثل من ناحية الالتزامات المالية؛ ولذلك فقد وافق المقام السامي على مقترح معالي وزير المالية بتسوية المعاملة بين كافة مواطني دول المجلس

ومستقر في علم أصول القانون؛ إذ الجمع بين النصين وإعمالهما أولى من إهمال أحدهما بادعاء نسخه (السنهوي وأبو ستيت، ١٩٥٠م). ومن تأمل في النظامين وجد أنهما يعالجان أحكاماً مختلفة، وموضوعاً مختلفاً، وأشخاصاً مختلفين؛ إذ كان النظامان "نظام جباية الزكاة" و "نظام ضريبة الدخل" نافذين في وقت واحد قبل صدور النظام الحالي، وبيان ذلك فيما يلي:

(أ) كان "نظام جباية الزكاة" و "نظام ضريبة الدخل" نافذين في وقت واحد وكان كل منهما موجهاً إلى طائفة من المكلفين، فنظام جباية الزكاة يستهدف المكلف السعودي، ونظام ضريبة الدخل يستهدف المكلف الأجنبي، فليس صدور نظام ضريبة الدخل الحالي ناسخاً لأحكام نظام جباية الزكاة؛ إذ إنه يعد تطوراً لنظام ضريبة الدخل السابق فحسب، ولذلك لا يمكن - وفقاً لقواعد إصدار الأنظمة - القول بنسخ نظام ضريبة الدخل لنظام جباية الزكاة في هذه الجزئية.

(ب) أن موضوع الالتزام القانوني مختلف بين النظامين؛ فنظام جباية الزكاة يعالج المسائل الزكوية فيما أن نظام ضريبة الدخل يعالج المسائل الضريبية، والنسخ لا بد أن يقع على حكم واحد لا حكمين مختلفين، كما يجب أن يستحيل الجمع بين المتقدم والمتأخر للقول بالنسخ، وهما موضوعان مختلفان، كما أن الجمع بين النظامين ممكن بأن يكون نظام جباية الزكاة خاصاً بالسعودي، ونظام ضريبة الدخل خاصاً بالأجنبي وليس هناك تعارض يقتضي اللجوء للنسخ.

- الثالث: أن نظام ضريبة الدخل نظم المسائل الضريبية لا الزكوية، ومن ثم فإن كون السعودي - ومثله الخليجي - خاضعاً للزكاة فإن تغيير خضوعه ليكون ضريبياً لا زكويّاً في بعض الحالات بمجرد صدور نظام ضريبة الدخل ليس صحيحاً؛ إذ لو كان الأمر كذلك لنصّ نظام ضريبة الدخل

(٣٦) النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي أ/ ٩٠ وتاريخ

٢٧/٨/١٤١٢هـ، المادة ٢٠.

(٣٧) النظام الأساسي للحكم، المادة ٢١.

المطلب الأول: الموقف الضريبي للسعودي غير المقيم صور المسألة

- ١- سعودي لديه مؤسسة سعودية تمارس التجارة غير أن هذا الشخص لا تتوفر فيه شروط الإقامة المنصوص عليها نظاماً، فهو لا يملك سكناً دائماً في المملكة ولا يقيم فيها المدة المطلوبة نظاماً، كأن يكون هذا الشخص مقيماً في دولة أخرى لدراسته أو عمله أو غير ذلك، فهل تجبى الزكاة من أرباح هذه المؤسسة؟ أم تفرض عليه ضريبة الدخل لكونه غير مقيم؟
 - ٢- سعودي لديه أسهم في شركة أموال تدرّ عليه أرباحاً سنوية، غير أن هذا الشخص لا تتوفر فيه شروط الإقامة المنصوص عليها نظاماً، فهو لا يملك سكناً دائماً في المملكة ولا يقيم فيها المدة المطلوبة نظاماً، كأن يكون هذا الشخص مقيماً في دولة أخرى لدراسته أو عمله أو غير ذلك، فهل تجبى الزكاة على أرباح هذه الأسهم؟ أم تفرض عليه ضريبة الدخل لكونه غير مقيم؟
- سبق بيان حكم إخضاع السعودي المقيم داخل المملكة للضريبة في حال استثمار في نشاط الغاز الطبيعي أو إنتاج الزيت أو المواد الهيدروكربونية، وتبين أن الراجح عدم خضوع السعودي للضريبة، ويثور تساؤل آخر عن مدى نظامية ممارسة الهيئة العامة للزكاة والدخل بإخضاع السعودي الذي لا يعدّ مقيماً في المملكة للضريبة الدخل إذا مارس أيّاً من الأنشطة داخل المملكة من خلال منشأة دائمة فيها وفقاً لأحكام الفقرة (ج) من المادة الثانية من نظام ضريبة الدخل، أو كان شخصاً غير مقيم ولديه دخل آخر خاضع للضريبة من مصادر في المملكة وفقاً لأحكام الفقرة (د) من المادة الثانية من نظام ضريبة الدخل^(٣٨).

تعامل الهيئة العامة للزكاة والدخل السعودي في كلتا الصورتين وفقاً لأحكام نظام ضريبة الدخل، وتفرض عليه ضريبة دخل، كما تفرض عليه ضريبة استقطاع وفقاً لأحكام المادة الثامنة والستين من النظام فيما لو حوّلت أي مبالغ إليه خارج المملكة. ووجهة نظر الهيئة أن الضريبة تفرض على غير

ضريبياً في المملكة وبين المواطن السعودي سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو معنويين بمعاملتهم جميعاً بالزكاة وليس ضريبة الدخل عن أنشطتهم في المملكة ونص على "الاكتفاء بجمع الزكاة من مواطني دول المجلس الطبيعيين والاعتباريين بدلاً من إخضاعهم لضريبة الدخل إن باسروا نشاطاً بالمملكة أسوة بإخوانهم من مواطني المملكة"^(٣٩). كما نص قرار المجلس الأعلى المتعلق بالسوق الخليجية المشتركة في دورته التاسعة في المنامة لعام ١٩٨٨م الموافق عليه من مجلس الوزراء بالموافقة على "المساواة في المعاملة الضريبية بين مواطني دول المجلس"^(٤٠).

ويتربت على ما سبق عدم شمول الخليجي بنظام ضريبة الدخل أسوة بالسعودي؛ لأن القول بخلاف ذلك معارض بالاتفاقية الاقتصادية الموحدة، وقد نصت الاتفاقية على أنه "تكون أولوية التطبيق لأحكام تلك الاتفاقية في حال تعارضها مع القوانين والأنظمة المحلية للدول الأعضاء"^(٤١). كما لا يجوز معارضة نظام محلي لاتفاقية دولية؛ وقد نص النظام الأساسي للحكم في مادته ٨١ على أنه "لا يخل تطبيق هذا النظام بما ارتبطت به المملكة العربية السعودية مع الدول والهيئات والمنظمات الدولية من معاهدات واتفاقيات"^(٤٢)، مما يعطي للاتفاقيات الدولية التي وافقت عليها المملكة وزناً أعلى من الأنظمة المحلية؛ إذ منع النظام الأساسي للحكم - وهو أعلى الأنظمة - أن يتعارض مع أي اتفاقية دولية، فكيف يمكن لنظام محلي أن يعارض اتفاقية دولية. وحيث إن السعودي لا تجب عليه إلا الزكاة بموجب صريح المادة الثانية من نظام جباية الزكاة وبموجب ما سبق إيراده من أوامر وقرارات، فإن الخليجي لا تجب عليه إلا الزكاة.

المبحث الثاني:

الموقف الضريبي للسعودي غير المقيم ومن في حكمه

(٣٨) بموجب المرسوم الملكي رقم ٥٠٦/٥ م وتاريخ ١٩/٠٢/١٤٠٥هـ.

(٣٩) قرار مجلس الوزراء رقم ١٥١ وتاريخ ٢٠/٨/١٤٠٩هـ.

(٤٠) الاتفاقية الاقتصادية الموحدة بين دول مجلس التعاون الخليجي

الموقعة في ١١/١١/١٩٨١م، المادة ٣٢/١.

(٤١) النظام الأساسي للحكم، المادة ٨١.

(٤٢) نظام ضريبة الدخل، المادة ٢.

وليس بين يدينا ما يدلّ على النسخ الصريح لنظام الزكاة أو أي شيء من أحكامه، بل كان النص الصريح على إلغاء كل الأنظمة الضريبية السابقة فحسب، فلم يبق إلا الكلام عن احتمالية النسخ الضمني، وهو ما نتناوله في النقطة التالية.

- الثاني: أن النسخ لا يصار إليه إلا عند التعارض وتعذر الجمع بين الأمرين (السلمي، ٢٠٠٦م)، وأما إن أمكن الجمع بين المتقدم والمتأخر فإنه لا يصار إلى النسخ (الشاطبي، ١٩٩٧م) وهذا مستقر في علم أصول الفقه، ومستقر في علم أصول القانون؛ إذ الجمع بين النصين وإعمالهما أولى من إهمال أحدهما بادعاء نسخه (السنهوري وأبو ستيت، ١٩٥٠م). ومن تأمل في النظامين وجد أنها يعالجان أحكاماً مختلفة، وموضوعاً مختلفاً، وأشخاصاً مختلفين؛ إذ كان النظامان "نظام جباية الزكاة" و "نظام ضريبة الدخل" نافذين في وقت واحد قبل صدور النظام الحالي، وبيان ذلك فيما يلي:

(أ) كان "نظام جباية الزكاة" و "نظام ضريبة الدخل" نافذين في وقت واحد وكان كل منهما موجهاً إلى طائفة من المكلفين، فنظام جباية الزكاة يستهدف المكلف السعودي، ونظام ضريبة الدخل يستهدف المكلف الأجنبي، فليس صدور نظام ضريبة الدخل الحالي ناسخاً لأحكام نظام جباية الزكاة؛ إذ إنه يعد تطويراً لنظام ضريبة الدخل السابق فحسب، ولذلك لا يمكن - وفقاً لقواعد إصدار الأنظمة - القول بنسخ نظام ضريبة الدخل لنظام جباية الزكاة في هذه الجزئية.

(ب) أن موضوع الالتزام القانوني مختلف بين النظامين؛ فنظام جباية الزكاة يعالج المسائل الزكوية فيما أن نظام ضريبة الدخل يعالج المسائل الضريبية، والنسخ لابد أن يقع على حكم واحد لا حكمين مختلفين، كما يجب أن يستحيل الجمع بين المتقدم والمتأخر للقول بالنسخ، وهما موضوعان مختلفان، كما أن الجمع بين النظامين ممكن بأن يكون نظام جباية الزكاة خاصاً بالسعودي، ونظام ضريبة

المقيم سواء أكان سعودياً أو خليجياً^(٤٣)، واستشهدت بما ورد في اللائحة التنفيذية لنظام ضريبة الدخل التي نصت على أنه "لا يؤخذ بجنسية الشخص لتحديد مكان إقامته حيث يعد الشخص، طبيعي أو اعتباري، غير مقيم في المملكة إذا لم تنطبق عليه شروط الإقامة المحددة في النظام وهذه اللائحة بغض النظر عن جنسيته"^(٤٤)، غير أنه لم يتح للهيئة أن تناقش الأمر من جانب موضوعي؛ إذ صدر القرار برفض التظلم شكلياً؛ لعدم تقدم الشركة بتقديم الضمان البنكي وفقاً لأحكام المادة ٦٦ من نظام ضريبة الدخل^(٤٥).

وأرى أن هذا الاتجاه من الهيئة مصادم للنصوص النظامية الصريحة في إخضاع السعودي للزكاة لا للضريبة بغض النظر عن كونه مقيماً أو غير مقيم؛ إذ إن إخضاع السعودي للضريبة في حال كونه غير مقيم لا يعدو أن يكون إما نسخاً لأحكام السعودي في نظام جباية الزكاة وإما أن يكون تقييداً لها، وسوف نتناول الاحتمالين فيما يلي.

الاتجاه الأول: القول بالنسخ

إن قيل بأن نظام ضريبة الدخل قد نسخ جزءاً من أحكام نظام جباية الزكاة فيما يتعلق بالسعودي غير المقيم، وهو ما يُفهم مما أجابت به الهيئة العامة للزكاة والدخل في القضية المشار إليها، فإن الجواب عن ذلك من عدة أوجه:

- الأول: أن نسخ الأنظمة (إلغاؤها أو استبدالها) يكون إما بشكل صريح أو شكل ضمني، فأما الصريح فكأن ينص النظام الجديد بشكل صريح على إلغاء النظام القديم أو جزء منه، وأما الضمني فيكون بسنّ نظام جديد يتضارب مع النظام القديم (السنهوري وأبو ستيت، ١٩٥٠م)،

(٤٣) القرار رقم ١٥ لعام ١٤٣٨هـ المؤيد من اللجنة الاستئنافية الضريبية بالقرار رقم ١٩٥٢ لعام ١٤٣٩هـ.

(٤٤) اللائحة التنفيذية لنظام ضريبة الدخل، المادة ٣.

(٤٥) نظام ضريبة الدخل، المادة ٦٦، وذلك قبل صدور المرسوم الملكي رقم م/ ١١٣ وتاريخ ١١/٢/ ١٤٣٨هـ بتعديلها؛ إذ كانت تقضي بأن (على المكلف الذي يريد استئناف قرار لجنة الاعتراض الابتدائية التقدم بطلب الاستئناف خلال المدة المحددة، وتسديد الضريبة المستحقة وفقاً للقرار المذكور، أو تقديم ضمان بنكي مقبول بالمبلغ).

دَمًا مَسْفُوحًا^(٤٩) فإن الدم قد أطلق تحريمه في الآية الأولى وقيد في الآية الثانية بالدم المسفوح فيكون المحرم الدم المسفوح لا مطلق الدم، وعند النظر في مسألة الزكاة والضريبة فإنه لا يمكن القول بكون نظام ضريبة الدخل قد قيد إطلاق إيجاب الزكاة على السعودي بإخضاعه للضريبة في حال كونه غير مقيم؛ لأن الحكم والسبب مختلفان، فإن الحكم في نظام جباية الزكاة هو دفع الزكاة، وأما الحكم في نظام ضريبة الدخل فهو دفع الضريبة، كما أن السبب مختلف؛ لأن سبب جباية الزكاة إلزام الشارع، وأما سبب جباية الضريبة فهي من باب التوظيف على الأموال متى ما تحققت شروطها (الجويني، ١٩٨١م).

المطلب الثاني: الموقف الضريبي للخليجي غير المقيم
تعامل الهيئة العامة للزكاة والدخل الخليجي غير المقيم معاملة السعودي غير المقيم، ومن ثم تفترض عليه ضريبة الدخل إن كان يمارس النشاط من خلال منشأة دائمة، أو ضريبة استقطاع إن كان ليس له منشأة دائمة، وقد أيدتها اللجنة الاستئنافية الضريبية في قرار لها حيث جاء ما نصه: "وبناءً عليه وحيث إن ... [شركة خليجية] يعد جهة غير مقيمة وله منشأة دائمة بالمملكة، فإنه والحال كذلك لا يعد جهة غير مقيمة خاضعة لضريبة الاستقطاع، وإنما هو جهة غير مقيمة لها منشأة دائمة في المملكة ويخضع فيما يخص هذا البند لضريبة الدخل ..."^(٥٠).

وقد سبق أن بينا أن المادة الثامنة من الاتفاقية الاقتصادية الموحدة بين دول مجلس التعاون الخليجي الموقعة بتاريخ ١١/١١/١٩٨١م قد نصت على أن يعامل كل مواطن خليجي في أي دولة خليجية كما يعامل المواطن فيها دون تفريق أو تمييز في عدد من النشاطات والتي منها "حرية ممارسة النشاط الاقتصادي"^(٥١). كما أشرنا إلى موافقة المقام السامي على

الدخل خاصاً بالأجنبي وليس هناك تعارض يقتضي اللجوء للنسخ.

- الثالث: أن نظام ضريبة الدخل نظم المسائل الضريبية لا الزكوية، ومن ثم فإن كون السعودي - ومثله الخليجي - خاضعاً للزكاة فإن تغيير خضوعه ليكون ضريبياً لا زكوباً في بعض الحالات بمجرد صدور نظام ضريبة الدخل ليس صحيحاً؛ إذ لو كان الأمر كذلك لنصّ نظام ضريبة الدخل بشكل صريح على تعديل نظام جباية الزكاة فيما يتعلق بهذه الجزئية كما جرت العادة في البيئة التنظيمية السعودية.
- الرابع: أن النظام الأساسي للحكم نصّ على أنه (لا تفرض الضرائب والرسوم إلا عند الحاجة، وعلى أساس من العدل، ولا يجوز فرضها، أو تعديلها، أو إلغاؤها، أو الإعفاء منها إلا بموجب النظام)^(٥٢)، ولا يمكن القول إن المنظم قد فرض ضريبة الدخل على السعودي دون أن يكون ذلك صريحاً بشكل لا يقبل التأويل فيما أن المستقر أن السعودي لا يعامل إلا بالزكاة لا بالضريبة.

كما أن القول بشمول السعودي بضريبة الدخل مؤداه عدم فرض الزكاة عليه، ولا شك أن هذا غير مقصود من المنظم السعودي؛ إذ الزكاة ركن من أركان الإسلام الذي تتولى الدولة جبايتها وفقاً لما نصّ عليه النظام الأساسي للحكم من أنه "تجبي الزكاة وتنفق في مصارفها الشرعية"^(٥٣).

الاتجاه الثاني: تقييد المطلق

قد يقال إن نظام جباية الزكاة مطلق حيث نظم أحكام الزكاة بشكل عام، فجاء نظام ضريبة الدخل فقيّد هذا المطلق في بعض صوره التي منها كون السعودي غير مقيم في المملكة، فإن الجواب على هذا يتضح بالنظر لحالات تقييد المطلق بالمقيّد، فإنه يجب أن يتحد الحكم والسبب في الموضوعين حتى يحمل المطلق على المقيّد (ابن قدامة، ٢٠٠٣م) كقوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَمْوَالُهُمْ وَأَلَدُهُمْ﴾^(٥٤) مع قوله تعالى ﴿أَوْ

(٤٩) سورة الأنعام، الآية ١٤٥.

(٥٠) القرار رقم ٣٠ لعام ١٤٣٣هـ، المؤيد من اللجنة الاستئنافية الضريبية بالقرار رقم ١٤٨٥ لعام ١٤٣٦هـ.

(٥١) الاتفاقية الاقتصادية الموحدة بين دول مجلس التعاون الخليجي، المادة ٨.

(٤٦) النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي أ/ ٩٠ وتاريخ ٢٧/٠٨/١٤١٢هـ، المادة ٢٠.

(٤٧) النظام الأساسي للحكم، المادة ٢١.

(٤٨) سورة المائدة، الآية ٣.

الشركاء غير السعوديين، والثانية ممارسة الشخص الطبيعي المقيم غير السعودي للنشاط في المملكة، وتركت ما عدا ذلك لمسألة الإقامة؛ إذ هي أحد العناصر المعبرة لإيجاب الضريبة.

٤- أن نصوص نظام ضريبة الدخل يُحتمل أن تفهم بشكل يُخضع السعودي لضريبة الدخل إذا كان السعودي مقيماً في المملكة وممارس نشاطاً متعلقاً باستثمار الغاز الطبيعي وإنتاج الزيت والمواد الهيدروكربونية.

٥- أن نصوص نظام ضريبة الدخل يُحتمل أن تفهم بشكل يُخضع السعودي لضريبة الدخل إذا كان السعودي غير مقيم في المملكة.

٦- أن إخضاع السعودي سواء أكان فرداً أم شركة للضريبة في حال ممارسته نشاطاً متعلقاً باستثمار الغاز الطبيعي وإنتاج الزيت والمواد الهيدروكربونية أو كان غير مقيم مخالف للنصوص الصريحة في نظام جباية الزكاة التي لم تفرّق بين نشاط وآخر، ولم تفرّق بين الإقامة أو عدمها، كما أنه لا يستقيم القول بنسخ نظام ضريبة الدخل لبعض أحكام نظام جباية الزكاة أو تقييدها لها لعدم انطباق شروط النسخ وحمل المطلق على المقيد.

٧- أن الخليجي يعامل معاملة السعودي وفقاً للاتفاقية الخليجية الموحدة وما صدر من مراسيم وقرارات، ومن ثم فإنه يسري عليه ما يسري على السعودي من إخضاعه للزكاة لا الضريبة سواء أكان مشغلاً باستثمار الغاز الطبيعي وإنتاج الزيت والمواد الهيدروكربونية أم كان غير مقيم.

والله تعالى أعلم وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

المراجع

أولاً: الكتب والأبحاث

ابن فارس، أحمد (١٣٩٩هـ/١٩٧٩م). معجم مقاييس اللغة. تحقيق: عبدالسلام هارون، القاهرة، مصر: دار الفكر.

مقترح معالي وزير المالية بتسوية المعاملة بين كافة مواطني دول المجلس ضريبياً في المملكة وبين المواطن السعودي سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو معنويين بمعاملتهم جميعاً بالزكاة وليس ضريبة الدخل عن أنشطتهم في المملكة^(٥٢)، وكذلك نص قرار المجلس الأعلى المتعلقة بالسوق الخليجية المشتركة على الموافقة على المساواة في المعاملة الضريبية بين مواطني دول المجلس^(٥٣).

ويترتب على ما سبق عدم شمول الخليجي بنظام ضريبة الدخل أسوة بالسعودي ولو كان الخليجي غير مقيم في المملكة؛ لأن القول بخلاف ذلك معارض للاتفاقية الاقتصادية الموحدة التي نصت على أولوية الاتفاقية في حال تعارضها مع القوانين والأنظمة المحلية^(٥٤)، كما يعارض ذلك النظام الأساسي للحكم الذي منع من معارضته - وهو أعلى الأنظمة - للاتفاقيات والمعاهدات الدولية^(٥٥). وحيث إن السعودي لا تجب عليه إلا الزكاة بموجب صريح المادة الثانية من نظام جباية الزكاة وبموجب ما سبق إيراده من أوامر وقرارات، فإن الخليجي لا تجب عليه إلا الزكاة ولو كان غير مقيم في المملكة.

الخاتمة

ويمكن في ختام هذا البحث الإشارة إلى النتائج بشكل مقتضب، وهي كالآتي:

- ١- أن الأصل عدم إخضاع ذات الدخل إلى ضريبتين أو التزامين ماليين كالزكاة والضريبة لما يفضي إليه من ازدواج.
- ٢- أن الأصل خضوع السعودي لأحكام نظام جباية الزكاة؛ وذلك لصريح النصوص النظامية في ذلك.
- ٣- أن نصوص نظام ضريبة الدخل لم تعالج مسألة الجنسية إلا في حالتين: الأولى ما يتعلق بالضريبة على حصص

(٥٢) بموجب المرسوم الملكي رقم ٥٠٦/٥ م وتاريخ ١٩/٢/١٤٠٥هـ.

(٥٣) قرار مجلس الوزراء رقم ١٥١ وتاريخ ٢٠/٨/١٤٠٩هـ.

(٥٤) الاتفاقية الاقتصادية الموحدة بين دول مجلس التعاون الخليجي الموقعة في ١١/١١/١٩٨١م، المادة ٣٢/١.

(٥٥) النظام الأساسي للحكم، المادة ٨١.

عمر، أحمد مختار (١٤٢٩هـ/ ٢٠٠٩م). معجم اللغة العربية المعاصرة. ط ١، القاهرة، مصر: دار عالم الكتب.
عمر، أحمد مختار وآخرون (١٤٢٩هـ/ ٢٠٠٩م). معجم الصواب اللغوي دليل المثقف العربي. ط ١، القاهرة، مصر: دار عالم الكتب.
الفراهيدي، الخليل بن أحمد (د.ت.). كتاب العين. تحقيق: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، دون طبعة، بيروت، لبنان: دار ومكتبة الهلال.

ثانياً: الأوامر والمراسيم الملكية والقرارات

- الأمر الملكي رقم ١٣٣/أ وتاريخ ٣٠/٧/١٤٣٧هـ.
- قرار مجلس الوزراء رقم ١٠٣ وتاريخ ٢٤/٦/١٤٠٥هـ.
- قرار مجلس الوزراء رقم ١٥١ وتاريخ ٢٠/٨/١٤٠٩هـ.
- قرار مجلس الوزراء رقم ٥٢٩ وتاريخ ٣/٥/١٣٩٥هـ.
- قرار مجلس الوزراء رقم ٦٤٥ وتاريخ ٢٩/١٢/١٣٨٢هـ.
- المرسوم الملكي رقم ٥٧٧/٢٨/٢/١٧ وتاريخ ١٤/٣/١٣٧٦هـ.
- المرسوم الملكي رقم ٨٦٣٤/٢٨/٢/١٧ وتاريخ ٢٩/٦/١٣٧٠هـ.
- المرسوم الملكي رقم ٥٠٦/٥/٢/١٩ وتاريخ ١٤٠٥هـ.
- المرسوم الملكي رقم ٣٧/م/٤ وتاريخ ٥/٥/١٣٩٥هـ.
- المرسوم الملكي رقم ٤٠/م/٢ وتاريخ ١٤٠٥هـ.

ثالثاً: الاتفاقيات والأنظمة واللوائح والتعاميم

- الاتفاقية الاقتصادية الموحدة الموقعة في ١١/١١/١٩٨١م.
- الاتفاقية الخليجية الموحدة لضريبة القيمة المضافة.
- تعميم الهيئة العامة للزكاة والدخل رقم ١٤٣٢/١٦/٤٥٢٩ وتاريخ ٢٧/٧/١٤٣٢هـ.
- القرار رقم ١٥ لعام ١٤٣٨هـ المؤيد من اللجنة الاستثنائية الضريبية بالقرار رقم ١٩٥٢ لعام ١٤٣٩هـ.
- القرار رقم ٣٠ لعام ١٤٣٣هـ، المؤيد من اللجنة الاستثنائية الضريبية بالقرار رقم ١٤٨٥ لعام ١٤٣٦هـ.
- قرار وزير المالية رقم ٣٩٤ وتاريخ ٧/٨/١٣٧٠هـ.

ابن قدامة، موفق الدين (١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣م). روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل. ط ٢، بيروت، لبنان: مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع.
ابن منظور، جمال الدين (١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م). لسان العرب. ط ٣، بيروت، لبنان: دار صادر.
الأزدي، أبو بكر محمد بن دريد (١٩٨٧م). جبهة اللغة. تحقيق: رمزي منير بعلبكي، ط ١، بيروت، لبنان: دار العلم للملايين.

الأزهري، محمد (٢٠٠١م). تهذيب اللغة. تحقيق: محمد عوض مرعب، ط ١، بيروت، لبنان: دار إحياء التراث العربي.
بوديار، حسني (د.ت.). الوجيز في القانون الدستوري. دون طبعة، دون مكان نشر: دار العلوم للنشر والتوزيع.
الجويني، أبو المعالي (١٤٠١هـ/ ١٩٨١م). غياث الأمم في التياث الظلم. تحقيق: عبدالعظيم الديب، ط ٢، القاهرة، مصر: مكتبة إمام الحرمين.
رائد ناجي أحمد (٢٠١٧م). علم المالية العامة والتشريع المالي في العراق. ط ٣، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي العراقية.
السلمي، عياض (١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٦م). أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله. ط ١، الرياض، السعودية: دار التدمرية.

السنهوري، عبدالرزاق؛ وأبو ستيت، أحمد (١٩٥٠م). أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون. دون طبعة، القاهرة، مصر: مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر.
الشاطبي، إبراهيم بن موسى (١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م). الموافقات. تحقيق: مشهور آل سلمان، ط ١، عمان، الأردن: دار ابن عفان.

طاهر الجنابي (د.ت.). علم المالية العامة والتشريع المالي. دون طبعة، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي العراقية.
عطية عبدالحليم صقر (١٤١٦هـ/ ١٩٩٦م). مبادئ علم المالية العامة والتشريع المالي: دراسة مقارنة بالنظام المالي الإسلامي. دون طبعة.

- اللائحة التنفيذية لنظام ضريبة الدخل الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٥٣٥ وتاريخ ١١/٦/١٤٢٥هـ.
- النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي أ/٩٠ وتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ.
- نظام جباية الزكاة الصادر بالمرسوم الملكي رقم ١٧/٢/٢٨/١٤٣٤ وتاريخ ٢٩/٦/١٣٧٠هـ.
- نظام ضريبة استثمار الغاز الطبيعي (ملغى) الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/٣٧ وتاريخ ٢٥/٦/١٤٢٤هـ.
- نظام ضريبة الدخل (ملغى) الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم ٣٣٢١ وتاريخ ٢١/١/١٣٧٠هـ.
- نظام ضريبة الدخل الإضافية على الشركات المشتغلة بإنتاج الزيت والمواد الهيدروكربونية (ملغى) الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٧٦٣٤ وتاريخ ١٦/٣/١٣٧٠هـ.
- نظام ضريبة الدخل الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١ وتاريخ ١٥/١/١٤٢٥هـ.

التدابير الاحترازية ضد عروض الاستحواذ الهجومية: دراسة مقارنة

عذبي عيد العنزي

المحامي أ/مأم المحاكم الكويتية والأستاذ المتدرب لدى قسم القانون في كلية الدراسات التجارية

(قدم للنشر في ٧/٣/١٤٤٠هـ، وقبل للنشر في ١/٩/١٤٤٠هـ)

ملخص البحث. تعتبر عروض الاستحواذ الهجومية مهمة جداً في السوق من حيث تسهيل وتسريع عمليات الاستحواذ وبالتالي إعادة هيكلة رأس المال. وقد عرفها الفقه بأنها تلك العمليات التي لا تقيم لمجلس الإدارة أي اعتبار فالعرض يتم تقديمه مباشرة إلى المساهمين ومن غير موافقة مجلس الإدارة. وبالتالي فهي هجومية بالنسبة له. إلا أن تصور أنها بالضرورة خطيرة على الشركة هو تصور خاطئ. فالعارض الهجومي يقدم حصة أعلى من الحصة السوقية بكثير وفقاً للقدرة التفاوضية التي تعطيها التدابير الاحترازية لمجلس الإدارة. إلا أن المشرع البريطاني وتأثرأ به من قبل المشرع الكويتي قد اتبع أسلوباً مختلفاً في تقييد مجلس الإدارة من أية تدابير احترازية ضد العرض الهجومي باستثناء تلك التي تكون سابقة على تقديم العرض وبموافقة الجمعية العامة. وبدورنا فإننا نتجه إلى انتقاد توجه القانون الكويتي في اتباعه القانون البريطاني بسبب اختلاف البيئة التشريعية والاقتصادية وارتباط المشرع البريطاني بالاتفاقية الأوروبية للاستحواذ والاندماج ومحاباة تعظيم رأس المال للمساهمين والتركيز على الاستثمارات قصيرة الأجل دوناً أي مراعاة للمصلحة الجماعية للشركة بما يخل إستراتيجية الشركة بعيدة الأمد. وبالنسبة للمشرع الأمريكي، فقد أجاز توظيف التدابير الاحترازية بالنسبة لمجلس الإدارة لكون هؤلاء أكثر خبرة ودراية في مجال العمل التجاري من مجموع المساهمين.

الكلمات المفتاحية: استحواذ هجومي، تدابير احترازية، قانون الشركات، قانون هيئة أسواق المال، مجلس الإدارة، فصل الملكية عن الإدارة، تمويل الشركات، المنافسة في عروض الاستحواذ، قيمة سوقية، حوكمة الشركات، الإفصاح، تعظيم الأرباح، المصلحة الجماعية، سمو مجلس الإدارة، قاعدة العمل التجاري المستقل، قاعدة عدالة العمل التجاري، حقوق أقلية المساهمين، أحكام انتقال السيطرة.

DEFENSIVE MEASURES AGAINST HOSTILE TAKEOVERS: A COMPARATIVE STUDY

Athbi Alenezi

*An Authorised Solicitor at Kuwaiti Courts and a
Law Lecturer at the Public Authority of Applied Education and Training*

(Received 07/03/1440 H., Accepted for Publication 01/09/1440 H.)

Abstract. Hostile takeovers are important in the market in terms of facilitating and accelerating takeovers transactions, which can help in capital restructuring. Legal jurisprudence defines hostile offers as the offers tendered to the shareholders without the consent of boards of directors. Hostile takeover cannot be perceived as danger against companies. The acquirer usually tenders offers at a higher premium according to negotiation position. Both of UK's and Kuwaiti positions have the same attitudes. Both of them ban defensive measures unless they are prior to the offer with the consent in general meeting of shareholders. Kuwaiti's adaptation to the UK's position is criticized somehow. Legal and economic environment are different to Kuwaiti ones. The UK is connected with the European legislature and has shareholder primacy theory. Furthermore, there is more focus on short term investment without regarding the interests of pluralist theory of the company. It is believed that allowing defensive measures against hostile takeovers can be beneficial to the company as a whole. Board of directors has the commercial experience to do so. Thus, The US legislature has more sophisticated vision in this regard by allowing such defensive tactics.

Keywords: Hostile takeovers, Defensive measures, Corporate law, Capital markets law, Board of directors, Separation between ownership and control, Corporate finance, Competition in takeovers, Wealth maximisation, Market value, Corporate governance, Disclosure, Pluralist theory, Corporate supremacy, Business judgment rule, Entire fairness rule, Minority shareholders rights, Transfer of control.

المقدمة

يلعب الاستحواذ دوراً مهماً في انتعاش السوق والاقتصاد بشكل عام. فهو يلعب دوراً مهماً جداً في إنعاش الشركات المتعثرة مالياً من جهة، ومن جهة أخرى في إعادة هيكلتها. هذا وقد يلعب دوراً آخر في تنفيذ سياسات التوسع الاستثمارية. لذلك فقد عرف الاستحواذ بأنه "عملية قانونية تتم بين شخصين يرتب عليها حصول أحدهما على كل أو بعض حصص رأس مال إحدى الشركات سواء باتفاق مع الإدارة أو بدون اتفاق، وتؤدي إلى السيطرة على مجلس إدارة الشركة المستهدفة" (شوقي، ٢٠٠٦م). وبناء على ذلك، فالاستحواذ من حيث موافقة مجلس الإدارة من عدمها ينقسم إلى نوعين وهما استحواذ رضائي أو هجومي. فأما الأول فإنه يتم برضا وموافقة مجلس الإدارة، أما الثاني فهو الذي يتم رغماً عن مجلس الإدارة ومن غير موافقته.

ويعرف الاستحواذ الهجومي بأنه ذلك العرض الذي لا يقيم لوجود مجلس الإدارة أي اعتبار، فيذهب العارض لتقديم عرض مباشر للمساهمين (Nyombi, 2015). لكن يجب التنبيه إلى أن هذا الضرب من النشاط المالي يعتبر مشابهاً للاندماج من حيث الاتفاق المتبادل بين الشركة الداجمة والمدمجة على مشروع الاندماج والذي يؤدي بدوره إلى زوال الشخصية الاعتبارية للمدمجة ونقلها للداجمة أو زوال الكيانين وإفراز كيان اقتصادي جديد. في حين أنه ليس للاستحواذ هذا الأثر بل يعتبر مقدمة له وفي ذلك عدم تراضي مع مجلس الإدارة فقد تحصل صفقة الاستحواذ حتى دون موافقة مجلس الإدارة. وقد اختلفت التبريرات في تأسيس فكرة التدابير الاحترازية، فمنهم من يرى أن هذا الحق مستمد من فكرة الشخص في حماية ملكه ومن أي تصرف قد يضر به فيلزم ذلك لاستخدام أية وسائل يراها نافعة ولازمة (الصغير، ٢٠٠٤م). على سند من القول أن حق الملكية هو حق جامع ومانع ومطلق يخول صاحبه سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف (السيد، ٢٠١٤م). والجدير هنا وصف المنع إذ يستأثر مالك الشيء بجميع مزايا الملكية عليه (منصور، ١٩٦٥م). هذا على تأسيس أن عرض الاستحواذ الهجومي إنما يهدف إلى معاداة الشركة الهدف والإضرار بمصالحها (الشحومي، ٢٠١٧م).

أهمية البحث

- ينتقد البحث فكرة تأثير المشرع الكويتي بقاعدة حظر مجلس الإدارة من توظيف أية تدابير احترازية ضد عرض الاستحواذ الهجومي ونقله للتجربة البريطانية. فالظروف الاقتصادية في المملكة المتحدة تختلف عنها في الكويت وإنما تم إعمال هذه القاعدة في بريطانيا من أجل تسريع عمليات الاستحواذ والاندماج من أجل إعادة هيكلة رؤوس الأموال تمهيداً لإنشاء السوق الأوروبية المشتركة حيث إن هناك ارتباطاً بين القانون في بريطانيا وبين اللاتئة الأوروبية في شأن عمليات الاستحواذ والاندماج عام ٢٠٠٤م وذات الأمر غير موجود في الكويت.
- ينتقد البحث منع مجلس الإدارة من توظيف التدابير الاحترازية ضد عروض الاستحواذ الهجومي، حيث يوجه إلى ضرورة تبني نظرية المصلحة الجماعية للشركة باعتبارها مجموعة من الروابط العقدية وأن مجلس الإدارة يسعى للتوفيق بينها.
- يدعو الباحث إلى ضرورة التركيز على الاستثمارات بعيدة الأجل وأن التركيز المبالغ فيه على الاستثمارات قصيرة الأجل لا يخدم هذه المصلحة الجماعية للشركة.
- يجد البحث أيضاً أهميته من خلال تشجيع فكرة حماية الأقلية المساهمة. ذلك أن إعطاء فرصة تحديد مصير العرض الجمعية العامة للمساهمين من شأنه خدمة مصالح الأغلبية.
- ينتقد البحث فكرة الحماية المبالغ فيها بها للمساهمين من عدة نواح أهمها أن القانون خول لمجلس الإدارة اتخاذ القرارات الاستثمارية للشركة. وكفل للمساهمين محاسبة مجلس الإدارة على تقصيره إن وجد من خلال عدة أمور أهمها محاسبة الجمعية العامة والحماية القضائية للمساهمين من خلال رفع دعاوى الشركة والدعوى الفرعية المشتقة.
- يدعو البحث إلى ضرورة تبني التوجه الأمريكي في هذا الصدد. أي توظيف التدابير الاحترازية ضد عرض الاستحواذ الهجومي وإطلاق يد مجلس الإدارة في هذا السبيل، وكذا بالنسبة للإدارة التنفيذية. ومن ثم ربط سلوك مجلس الإدارة بقواعد مهمة أهمها قاعدة العمل التجاري المستقل وقاعدة سمو مجلس الإدارة. ومن ثم إذا

منهجية البحث

تتبع الدراسة منهجية النظام المقارن من خلال مقارنة التشريع الكويتي بالبريطاني واستعراض موقف المشرع الأمريكي. فيعرض الأفكار والنظريات المرتبطة بالإشكالية والتأصيلات ذات الارتباط من جهة. وبعد عرض الآراء والتوجهات ونقدها يعرض موقف المشرع الكويتي ليتتقده. وهذا كله بناء على النظريات القانونية والاقتصادية وانطلاقاً منها وتأصيلاً عليها.

خطة البحث

اعتمد البحث على مباحث ليصل إلى نتائجه في الخاتمة من

خلالها كالتالي:

- المبحث الأول: مفهوم الاستحواذ الهجومي والآراء حوله.
- المبحث الثاني: أهمية التدابير الاحترازية وأنواعها.
- المبحث الثالث: موقف المشرع البريطاني وأسبابه.
- المبحث الرابع: موقف المشرع الأمريكي وأسبابه.
- المبحث الخامس: موقف المشرع الكويتي وأسبابه.

المبحث الأول:

مفهوم الاستحواذ الهجومي والآراء حوله

يعرف الاستحواذ الهجومي بأنه العرض الذي لا يقيم وجوداً لمجلس الإدارة فيقدم مباشرة للمساهمين. إلا أن الآراء قد اختلفت في حقيقة هذه العروض من حيث النفع والضرر على الشركة الهدف، ومجلس إدارتها، وجمعيتها العامة وكذلك بالنسبة للشركة مقدمة العرض.

المطلب الأول: مفهوم الاستحواذ الهجومي

يعرف الاستحواذ الهجومي بأنه ذلك العرض المقدم للمساهمين مباشرة من غير اعتبار لوجود مجلس الإدارة أو من غير موافقته، فهو غالباً ما يتم على خلاف رغبة مجلس الإدارة، ويعزى له بأنه هجومي أي يهاجم وجود مجلس الإدارة. ويتج عن ذلك أن يكون القرار النهائي بشأن عرض الاستحواذ متروكاً للجمعية العامة وأن يلتزم مجلس الإدارة الحياد حوله من حيث منعه من توظيف التدابير الاحترازية ضد هذه العروض (Nyombi, 2015).

انحرف مجلس الإدارة عن القيام بأعمالها وفقاً لمعايير حسن النية، ومعيار العمل لمصلحة الشركة ومن غير تنازع المصالح. فإنه يتوفر للمساهمين وسائل وقائية كالاقتراض على قرارات الجمعية العامة لدى هيئة سوق المال متى ما توافر النصاب المطلوب. وكذلك حماية قضائية تتمثل في دعوى المساهم الفردية المبنية على قواعد المسؤولية التقصيرية، ودعوى الشركة والتي تحرك وفقاً للشخصية الاعتبارية من قبل الجمعية العامة ضد مجلس الإدارة.

إشكالية البحث

لقد قام المشرع الكويتي بغل يد مجلس الإدارة عن استخدام التدابير وتوظيفها ضد عروض الاستحواذ الهجومي. فإن افتراض المشرع الكويتي سوء النية في مجلس الإدارة وذلك من خلال رفع يده عن استخدام أية تدابير احترازية يخالف القواعد العامة ويخالف الالتزام الذي وضعه عليه من خلال إلزامه أن يعمل وفقاً لمعيار الرجل الحريص وواجب الولاء. ثم إن اقتفاء المشرع الكويتي لأثر المشرع البريطاني في هذا الصدد اقتفاء غير صحيح، ففي أوروبا يوجد مشروع السوق المشترك الذي هو غير موجود أساساً في الخليج أو الوطن العربي لذلك اتبعت بريطانيا هذه الفرضية ومنعت مجلس الإدارة لتتم عمليات الاستحواذ بسرعة ومن غير تأخير. وفي مادة البحث سوف نقوم بتفنيد كل هذه الآراء مع طرح الحلول المثلى.

فرضية البحث

يبني البحث دراسته وتحليلاته على فرضية مهمة جداً، وهي أن عرض الاستحواذ الهجومي يختص البت فيه الجمعية العامة. ولا يعني ذلك، أن مجلس الإدارة يجب أن يمنع من استعمال أية تدابير احترازية مطلقاً، فمجلس الإدارة بحكم منصبه أكثر خبرة وحرفية في اتخاذ القرارات الاستثمارية والتجارية بالنسبة للشركة، خاصة فيما يتعلق بالإدارة بالتنفيذية.

بملاكها وهم المساهمون وبين الوكلاء وهم مجلس الإدارة حيث تتحد مصالحهم في الأرباح والمكافآت. وقد يوازن بينه وبين خطر تغيره من قبل المعارض الهجومي حال نجاح صفقة الاستحواذ فيستعمل التدابير الاحترازية ضد هذا العرض الأمر الذي يدخلنا في مسألة تنازع المصالح.

الفرع الثاني: ارتباط مفهوم الاستحواذ الهجومي بالتدابير الاحترازية

ترتبط عروض الاستحواذ الهجومي بالتدابير الاحترازية من حيث إن هذه التدابير تكون ردة الفعل من قبل مجلس الإدارة لصد هذه العروض أو جعلها أكثر تكلفة على المعارض الهجومي. وقد اختلفت التبريرات بشأن التدابير الاحترازية. وبيان ذلك كالتالي:

- ١- حماية الشخص المملوك (السيد، ٢٠١٠م): على سند من القول أن حق الملكية حق جامع ومانع يخول صاحبه سلطة التصرف والاستغلال والاستعمال^(١). وغالباً ما يشترط لصحة استعمال هذه التدابير الاحترازية شرطان، أولهما أن العرض الهجومي خطر على مصالح الشركة وأن تتناسب التدابير الاحترازية المتخذة مع درء الخطر^(٢).
- ٢- الاستثمارات طويلة الأجل: ومنها ما ينطلق من حيث ضرورة التركيز على المصلحة الجماعية للشركة وعدم ترك القرار متفرداً بيد الجمعية العامة. حيث سيكون التركيز أكثر على الاستثمارات قصيرة الأجل. وهو ما قد يهدد حياة الشركة ووضعها الائتماني بالخطر.

المطلب الثاني: الآراء حول الاستحواذ الهجومي

قد يمثل الاستحواذ الهجومي خطراً حقيقياً على مجلس الإدارة. فالعرض الهجومي إنما يقدم مباشرة للمساهمين وعلى نقيض رغبة مجلس الإدارة في عدم القبول. وقد يخشى مجلس

الفرع الأول: ارتباط مفهوم الاستحواذ الهجومي بقاعدة الحياد ترتبط قاعدة الحياد بالعرض الهجومي من خلال أن قاعدة الحياد التي توضح مسؤولية مجلس الإدارة في هذه العروض هي قاعدة عامة، فتعلو كلمة الجمعية العامة في تحديد مصير العرض بينما يلتزم مجلس الإدارة الحياد ولا يقوم إلا بدور استشاري في التوصية إما بقبول العرض أو رفضه أمام الجمعية العامة. وبيان ذلك كالتالي:

- ١- إن قاعدة الحياد تفرض واجباً مهماً يتمثل في عدم اتخاذ تدابير ضد العرض، ويقتصر واجب مجلس الإدارة على محض الاستشارة، وكما ترتبط هذه الاستشارة بكل تأكيد بالواجبات العامة لمجلس الإدارة كواجب عدم تنازع المصالح وواجب حسن النية وواجب الولاء، إلا أن الحكمة من فرض هذه القاعدة في ظروف العرض الهجومي تتمثل في أن المشرعين افترضوا تنازع المصالح ضد مجلس الإدارة وأنه يخشى من استخدام التدابير الاحترازية إن أمكنه أنه يسعى بالتالي للحفاظ على منصبه خوفاً من نجاح عملية الاستحواذ وتبديله بمجلس آخر.
- ٢- إن هذا التوجه غير محمود بالنسبة للباحث. فكان بالإمكان إتاحة الفرصة في استخدام التدابير الاحترازية حفاظاً على عدة مصالح للشركة تتمثل الأولى في المصلحة الجماعية ذلك من حيث إن الجمعية العامة ستسعى لحماية نفسها وتعظيم أرباحها من جهة، ومن جهة أخرى فإن المساهم الذي يخشى من أن مجلس الإدارة لن يحافظ على مصالح الشركة يستطيع تحريك الدعاوى المختلفة ضد هذا المجلس.

- ٣- بالنسبة لتنازع المصالح، فمن المعلوم أن مجلس الإدارة يتقاضى مكافآته من خلال الأرباح التي تحققها الشركة بناء على القرارات الاستثمارية التي يتخذها المجلس وغيرها من الالتزامات العقدية المتبادلة (LeRoy, 2012). فقد يسعى مجلس الإدارة لقبول أعلى عرض من قبل المستحوذ الهجومي والذي سوف يقدمه بأعلى من القيمة السوقية بكثير مما يترتب عليه عائد مجز. فينتج عنه ارتفاع مكافأة أعضاء المجلس وأرباحهم. وفي مثل الحالة السابقة يتحقق الارتباط بين مصلحة الشركة ممثلة

(١) القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠م مادة ٨١٠.

(2) Unocal Corp. v Mesa Petroleum Co. 493 A.2D 946 Del. 1985.

١- توافر المعلومات: وذلك أن المستحوذ الهجومي لديه من المعلومات الخاصة عن الشركة، وأنه لم يسع ويبدل كل ما يستطيع للسيطرة إلا وهو يتوقع أفضل مردود من ناحية السلوك والأداء التي تعقب تمام ونجاح صفقة الاستحواذ (Frank and Mayer, 1996).

٢- عرض بقيمة أعلى: إن العرض المقدم للمساهمين سيكون أعلى قيمة منه في حالة العرض الرضائي العادي. ولهذا السبب فإن السوق في المملكة المتحدة واللوائح أكثر انفتاحاً على مسألة العروض الهجومية والتي بدورها تعمل كتطبيق مثالي لنظرية تعظيم الأرباح خاصة في ظل وجود المساهم المؤسسي (Mitchell, O'Donnell and Ramsay, 1996). بسبب أن الأخير يشجع الاستثمار قصير الأجل من أجل تحقيق السيولة في العوائد بالنسبة للمدخرين كصناديق الاستثمار الجماعي مثلاً (حلمي، ٢٠١٠م).

٣- تحفيز مجلس إدارة الشركة الهدف: وبيان ذلك، أن مجلس إدارة الشركة الهدف قد يتخذ قرارات استثمارية ضعيفة تؤدي بدورها إلى انخفاض قيمة أسهمها. فيستغل المعارض الهجومي هذا الانخفاض فيبادر إلى تقديم عرض استحواذ هجومي نتيجة لهذا الانخفاض في قيمة الأسهم. وهو ما قد يهدد استقرار مجلس الإدارة وعندها لن يكون أمامه إلا اتخاذ قرارات استثمارية سليمة من الناحية الفنية تصب في مصلحة الشركة الجماعية وإستراتيجيتها أو الاستبدال عن طريق عروض الاستحواذ الهجومي (White, 2012).

وفي هذا الصدد، تبني تقنين المدينة البريطاني هذه الفكرة وقد تأثرت بها لائحة الاستحواذ الأوروبية عام ٢٠٠٤م^(٣) حيث نصت في المادة ٣ على مجموعة من الضمانات والتي اعتبرتها لازمة لتحقيق مبدأ الحياد. وتجسد هذه الفكرة غايتها من خلال تسهيل عمليات الاستحواذ والاندماج كأحد أشكال إعادة هيكلة الشركات من جهة، ومن جهة أخرى لتسهيل عملية إنشاء السوق المشتركة الأوروبية.

الإدارة أن يتم استبداله من قبل المستحوذ الجديد إن تمت العملية بنجاح. هذا وقد لا يكون الأمر بالضرورة هجومياً ضد جموع المساهمين فالعارض الهجومي سوف يقدم عرضاً بأعلى من القيمة السوقية.

الفرع الأول: الرأي المعارض للاستحواذ الهجومي

ويرجع تبرير ذلك إلى عدد من الأمور المهمة:

- ١- التكلفة العالية: ذلك أن المعارض الهجومي إنما يتحمل نفقات عالية جداً في تقديمه للعرض العدائي. فالعارض سوف يرفع من قيمة العرض أعلى من قيمة السوق. وسوف يتكبد نفقات أخرى أيضاً متمثلة في المزايدة برفع قيمة العرض إذا كان هناك عرض منافس ل عرضه ويجب عليه أن يبقي قيمة العرض عالية حتى يستطيع التغلب على رغبة المساهمين في عدم البيع (Gaughan, 2013). وهذا من شأنه رفع تكاليف صفقة الاستحواذ الهجومي حتى تمامها.
- ٢- تغيير مجلس الإدارة: في هذه الفرضية، إذا نجحت صفقة الاستحواذ، فإن المستحوذ الهجومي. ففي غالب الأحوال، فإن المستحوذ ليس على استعداد للإبقاء على مجلس الإدارة الذي كان قد رفض عرضه ابتداء الأمر الذي حدا بالأول بأن يتحمل نفقات باهظة حتى ينجح استحواذه. أو قد يتبع المستحوذ طريقاً آخر متمثلاً بشراء حقوق التصويت. ومن ثم يقوم من قام بشراء هذه الحقوق بالعمل كممثل للمساهمين الذين باعوا حقوق التصويت بمحاسبة مجلس الإدارة وتغييره إن أمكن واستلزم الأمر (John, 1988). وتغيير مجلس الإدارة إنما يكون بهدف تحويل العرض من هجومي إلى رضائي من خلال المجلس الجديد والذي سوف يقبض سيطرته عليه من خلال شراء حقوق التصويت.

الفرع الثاني: الرأي المؤيد للاستحواذ الهجومي

وبالنسبة لتأييد الاستحواذ الهجومي، يقوم هذا الرأي على مجموعة من الحجج والأسانيد الاقتصادية، وبيان ذلك كالتالي:

(3) European Directive on Takeover Bids (2004/25/EC).

اعتداء الغير (السيد، ٢٠١٠م). على سند من القول أن حق الملكية حق جامع ومانع يخول صاحبه سلطة الاستغلال والاستعمال والتصرف (محجوب والدريعي والهندياني، ٢٠١٢م). وللتدابير الاحترازية ضد عرض الاستحواذ الهجومي أهمية اقتصادية وأخرى قانونية.

الفرع الأول: الأهمية الاقتصادية للتدابير الاحترازية

تكمن الأهمية الاقتصادية بالنسبة للتدابير الاحترازية في مسائل تتعلق بالحالة الائتمانية للشركة مقدمة العرض وكذا الشركة الهدف. فقد يكون الغرض من استعمال التدابير الاحترازية تعظيم أرباح المساهمين، أو قد ينتج عنه الأثر السيء بالنسبة لمفهوم كفاءة السوق وانعكاسه على القيمة الفعلية للورقة المالية من خلال تقديم الشركة الهدف عرضاً أعلى بكثير من القيمة السوقية، وكذا قد يتمثل في دفع تكاليف باهظة في عملية الاستحواذ بالنسبة للشركة مقدمة العرض مما ينتج عنه تبديد لأموال وثروة المساهمين في للشركة مقدمة العرض، أو قد يتسبب في إغراق الشركة الهدف بالدين. ويتضح ذلك من خلال الآتي:

١- قد يتجه مجلس الإدارة إلى استعمال التدابير الاحترازية من أجل تعظيم أرباح المساهمين من خلال مقاومة عرض الاستحواذ الهجومي. فيضطر العارض الهجومي إلى رفع قيمة العرض أكثر مما هو عليه بالنسبة للقيمة السوقية للأسهم. فعرض الاستحواذ عامة يكون أعلى من القيمة من السوقية. والعارض الهجومي سيقوم برفع العرض من أجل إقناع المساهمين في البيع بعد استعمال التدابير الاحترازية التي من شأنها جعل العرض أكثر تكلفة (Stout, 1990).

٢- قد تسبب التدابير الاحترازية من قبل الشركة الهدف في رفع عرض الاستحواذ من قبل الشركة العارضة. وهو ما قد يسبب أزمة بالنسبة للمساهمين في الشركة مقدمة العرض، من حيث إن عرض الاستحواذ الهجومي سيكون أعلى من القيمة السوقية. ويتوقع ألا ينتج عنه مقابل مماثل في الأرباح بالنسبة لمساهمي الشركة مقدمة العرض وهو ما ينتج عنه إضاعة لثروة المساهمين في الشركة مقدمة العرض في تقديرهم (Black, 1989).

أما عن الاعتبار لدى المشرع الكويتي، فإنه قد أشار في كتاب الاستحواذ والاندماج من اللائحة التنفيذية لعام ٢٠١٥م لقانون هيئة أسواق المال عام ٢٠١٠م في مادة ١٦-١-٣ إلى قيد مهم على مجلس الإدارة وهو "لا يجوز للشركة محل العرض القيام خلال فترة العرض أو المفاوضات الأولية القيام بأي مما يلي: ... (٥) اتخاذ أي إجراء من شأنه أن يؤدي إلى عدم قبول العرض أو حرمان المساهمين من فرصة اتخاذ قرار بشأنه". وفي هذا اقتفاء لأثر التوجه البريطاني بهذا الخصوص. ولنا في هذا الشأن عدة ملاحظات أهمها، أن تأصيل استعمال التدابير الاحترازية ضد العرض الهجومي نخل بفرصة المساهمين في تعظيم أرباحهم تصور خاطئ. فإن إعطاء القدرة التفاوضية من خلال استخدام التدابير الاحترازية ضد العروض الهجومية من شأنه أن يؤدي إلى رفع قيمة العرض كما سنبينه في مادة البحث.

المبحث الثاني:

أهمية التدابير الاحترازية وأنوعها

وتعرف التدابير ضد عروض الاستحواذ الهجومية بالإجراءات التي يتخذها مجلس الإدارة لصد عرض استحواذ هجومي من خلال رفع قيمة صفقة الاستحواذ وجعلها أكثر تكلفة. وتجد التدابير الاحترازية ضد عروض الاستحواذ الهجومية أهميتها من حيث إنها تحمي الشركة من الاعتداء على مصالحها. ويقوم هذا التأسيس على فرضية مهمة وهي أن التدابير الاحترازية من شأنها إنتاج أثر خاص جداً ينعكس في زيادة ثروة المساهمين من خلال رفع تكلفة العرض على مقدمه (Gorzala, 2010). وترتبط التدابير الاحترازية بعدة مفاهيم أخرى لعل أهمها الطبيعة القانونية لهذه التدابير ومسؤولية مجلس الإدارة إذا ما قام باستعمالها اعتماداً على موقف التشريعات منه. وتنوع التدابير الاحترازية ضد عروض الاستحواذ الهجومي على نوعين وهي تدابير سابقة على تقديم العرض وتدابير لاحقة عليه.

المطلب الأول: أهمية التدابير الاحترازية

يستند حق إجراء التدابير الاحترازية ضد عرض الاستحواذ الهجومي على أساس حماية الشخص للملكه من

الفرع الثاني: الأهمية القانونية للتدابير الاحترازية

تلعب التدابير الاحترازية دوراً مهماً من الناحية القانونية. فانقسمت التشريعات في هذا الصدد إلى قسمين. قسم يجعل من المنع هو الأصل العام والإجازة على سبيل الاستثناء وقسم يجعل الإباحة هي الأصل لكن يقيدتها بشروط مهمة. وبيان ذلك كالتالي:

١- تكمن الأهمية القانونية في تحديد مسؤولية مجلس الإدارة لدى استعماله لهذه التدابير الاحترازية ضد عرض الاستحواذ الهجومي. فاكتمل المشروعان الكويتي والبريطاني بالخطر في هذا النطاق مع الاستثناء في الاستعمال حالة وجود إذن من الجمعية العامة للمساهمين شريطة أن يكون الاستعمال سابقاً على تقديم العرض الهجومي.

٢- لقد اكتمل كل من المشروعين الكويتي والبريطاني بقصر دور مجلس الإدارة في هذا الصدد على الواجب الاستشاري. بمعنى أن يقدم مجلس الإدارة الاستشارة للجمعية للمساهمين في قبول العرض أو رفضه. وتلعب هذه الاستشارة دوراً مهماً في تحديد مصير العرض كما أثبتته الدراسات التجريبية في هذا الصدد.

٣- لقد ربط المشروع البريطاني الدور الاستشاري في شأن عرض الاستحواذ الهجومي المقدم من قبل مجلس الإدارة بمجموعة من الواجبات الائتمانية حتى يضبط هذا الدور. لعل أهمها واجب الولاء للشركة والعمل لمصلحتها ككل وعدم تنازع المصالح. والتزام مجلس الإدارة في هذا الصدد هو التزام ببذل عناية لذا ربطه المشروع البريطاني بواجب بذل العناية اللازمة كما هو وارد في قانون الشركات البريطاني. وعلى ذلك، فإن قامت الجمعية العامة بقبول عرض استحواذ هجومي أو رفضه بناء على تزكية من مجلس الإدارة فإن مسؤولية هذا الأخير لا تقوم إلا في حالة توافر مفهوم الخطأ الجسيم الذي يخالف مقتضيات الإدارة السليمة وبذل العناية اللازمة.

٣- تعطي التدابير الاحترازية المركز التفاوضي بالنسبة لمجلس الإدارة في الشركة الهدف بالنسبة لسعر الصفقة الاستحواذ الهجومي في عرض قيمة أعلى من سعر السوق. وهو ما قد يعود بالنفع بالنسبة للمساهمين من خلال هذه التدابير الاحترازية (Frederikslust, Ang and Sudarsanam, 2007).

٤- قد يلجأ مجلس إدارة الشركة الهدف إلى التدابير الاحترازية عن طريق رفع دين الشركة الهدف. وذلك كطريقة في التدابير الاحترازية من أجل رفع تكلفة صفقة الاستحواذ على المعارض الهجومي. ذلك أن عملية الاستحواذ سواء من قبل مقدم العرض أو الشركة الهدف تتطلب تمويلاً عن طريق الاقتراض وكذا عملية سداد الفوائد المستحقة والتي تعتمد على طريقة بيع الأصول من أجل تسريع تدفق السيولة المالية (Clemens, 1987). إلا أن هذا النوع من التدابير الاحترازية قد يشكل خطراً على الشركة الهدف سواء في رفع نسبة الدين على الشركة من أجل جعل المعارض الهجومي يُعرض عن الصفقة ويترتب عليه إغراق الشركة في الديون وتعرضها لمخاطر الإفلاس. وكذا هو الحال بالنسبة لبيع الأصول من أجل سداد الفوائد المستحقة على عملية التمويل. فتستغني الشركة الهدف عن أصول مهمة قد تمثل لها مدخلاً تجارياً وحاسماً بالنسبة للقرارات الاستثمارية. وكذا هو الحال بالنسبة لتمويل صفقة العرض الهجومي، فقد يلجأ المعارض الهجومي إلى مؤسسات الإقراض والتمويل من أجل تمويل صفقة الاستحواذ الهجومي بسعر أعلى بكثير من القيمة السوقية ويضمن بالتالي عملية التمويل والفوائد المترتبة من خلال الأرباح المتوقع حصولها من صفقة الاستحواذ الهجومي. إلا أن الصفقة قد تفشل من خلال استعمال الشركة الهدف للتدابير الاحترازية في صدها الأمر الذي قد يدخل الشركة مقدمة العرض في أزمات اقتصادية في مواجهة مؤسسات التمويل والإقراض (Skeel, 2001).

٢- الحبوب السامة: وهذا النوع من التدابير يكون من خلال قيام مجلس الإدارة بتقديم ضمان للمساهمين بإعادة شراء الأسهم بأقل من القيمة السوقية حين حدوث عرض استحواذ هجومي على الشركة الهدف (Seretakakis, 2012). والهدف من هذا الأسلوب هو إعطاء مجلس الإدارة قدرة تفاوضية في مواجهة العارض الهجومي (Suzann, Robert and David, 1987). وكذلك، فإنه يقوم بنشيت حصص المستحوذ الهجومي وإضعافها (Lowry, 1992).

٣- إصدار أسهم ممتازة: تعرف الأسهم الممتازة بأنها طائفة من الأسهم تحول لصاحبها حقوقاً إضافية في التصويت والأرباح ونواتج التصفية ولكونها استثناء على مبدأ المساواة بين المساهمين فتحتاج للنص عليها في عقد تأسيس الشركة (الملحم، ٢٠١٥م). وبإصدارها يتمتع حملة من المساهمين ومجلس الإدارة بناء على تفويض من عقد تأسيس الشركة ونظامها الأساسي بجواز استخدام مجلس الإدارة لهذه الطائفة من الأسهم كتدابير احترازية ضد العروض الهجومية (السالوس، ٢٠١٠م). بشرط أن يتم تقديم هذه الأسهم لمساهمين يتمتعون بالولاء للشركة (الشحومي، ٢٠١٥م). ومن مميزات هذه الطائفة من الأسهم أنها تحول حاملها ميزة التصويت المزدوج حيث يقوم المستحوذ الهجومي بالسيطرة على الأسهم العادية بينما يحتفظ هؤلاء بأسهمهم الممتازة في مواجهته فيحتفظون بالسيطرة في مقابلته (Seretakakis, 2012). وهذا من شأنها عدم قدرة العارض الهجومي حال تمام استحواذه من تنفيذ إستراتيجياته وعرقلة تنفيذها بسبب ما لهذه الأسهم الممتازة من سيطرة مضافة على الشركة (Bebchuk and Cohen, 2005).

٤- تأسيس شركة قابضة: تعرف الشركة القابضة بأنها شركة تملك أسهمها في عدة شركات أخرى تسمى بالشركات التابعة بالقدر الذي تخولها السيطرة عليها وتولي إدارتها (الشرقاوي، ١٩٨٠م). وتسعى الشركة القابضة لبسط نفوذها القانوني والاقتصادي على شركاتها التابعة (المصري، ١٩٨١م). وذلك يكمن من خلال أن لهذه

٤- بينما يتجه المشرع الأمريكي إلى جواز استعمال التدابير الاحترازية، شريطة أن يشكل عرض الاستحواذ الهجومي خطراً على مصالح الشركة، وأن يكون هذا الاستعمال لازماً لدرء هذا الخطر.

٥- ربط المشرع الأمريكي استعمال التدابير الاحترازية ضد عرض الاستحواذ الهجومي بقاعدة العمل التجاري المستقل والتي بناء عليها تتحدد مسؤولية مجلس الإدارة في إدارة الشركة. وتأتي هذه القاعدة ترتيباً لفكرة مهمة جداً وهي سمو مجلس الإدارة أي أن مجلس الإدارة مختص في اتخاذ القرارات الحاسمة والمصيرية في الشركة بالإضافة إلى أعمال الإدارة اليومية التي تترتب وفقاً لمفهوم فصل الملكية عن الإدارة.

المطلب الثاني: أنواع التدابير الاحترازية

تتنوع التدابير الاحترازية بحسب توقيت العرض الهجومي. فإذا كانت سابقة على تقديم العرض فبعض التشريعات تجيزها شريطة موافقة الجمعية العامة للمساهمين. وإذا كانت لاحقة فتمنع على مجلس الإدارة اتخاذها.

الفرع الأول: التدابير الاحترازية السابقة على تقديم العرض

وتكون هذه التدابير متفقاً عليها بين المساهمين ومجلس الإدارة من أجل حماية الشركة وتحصينها ضد العروض الهجومية المفاجئة. وتنقسم بدورها لعدد من التدابير كالتالي:

١- تغير أعضاء مجلس الإدارة بشكل تدريجي: وهنا يتم تقسيم أعضاء مجلس الإدارة إلى ثلاث مجموعات ويتم تعيين كل مجموعة بشكل سنوي من خلال الجمعية العامة للمساهمين. فيكون الناتج أن لكل مجموعة أن تدير الشركة خلال كل عام وهنا يرتبط مجلس الإدارة مع الشركة من خلال عقد لمدة ثلاث سنوات (Koppes, Ganske and Haag, 1999). وتكمن العلة في استخدام هذا التدبير الاحترازي أنه يعطل مقدم العرض في حال تمكنه من السيطرة والاستحواذ على الشركة من خلال حقوق التصويت من تعطيل مجلس الإدارة بالكامل. وبسبب ذلك فإنه يفقد السيطرة على مجلس الإدارة وفرض إستراتيجياته على الشركة (Ruback, 1988).

الشركة القابضة من القدرة والنفوذ الاقتصادي والقانوني الذي تستطيع مجابهة العارض الهجومي حال تقديم هذا الأخير عرضاً هجوماً على الشركة التابعة. وتقل فرصة العارض الهجومي في السيطرة كلما زادت نسبة استحواد الشركة القابضة (الشحومي، ٢٠١٥م).

الفرع الثاني: التدابير الاحترازية اللاحقة على تقديم العرض

لقد اختلفت التشريعات في موقفها على هذه التدابير. فالمشروع البريطاني ومعه الكويتي يمنعا، إذ إن الشرط يكمن في وجوب أن تكون التدابير الاحترازية قبل تقديم العرض. أما التدابير الاحترازية اللاحقة فتم منعها مطلقاً على مجلس الإدارة لدى هذه التشريعات. أما المشروع الأمريكي فقد اتخذ موقفاً مغايراً من خلال ربط هذه التدابير الاحترازية بقاعدة العمل التجاري المستقل والقرار التجاري العادل من جهة. ومن جهة أخرى اشترط في التدابير الاحترازية أن تكون لازمة لدرء خطر عرض هجومي. وبدورها تنقسم هذه التدابير لعدة أنواع:

١- التقاضي: يعتبر التقاضي أحد أهم التدابير الاحترازية اللاحقة على تقديم العرض الهجومي. ويعرف بأنه تلك الدعاوى التي تقوم الأطراف المعنية بالعرض بتحريكها من أجل تأخير أو عرقلة عملية الاستحواذ الهجومي (Mukwiri, 2013). وهو ما يدفع بمقدم العرض إلى رفع قيمة عرضه تجنباً لأية مشاكل أو تأخيرات ستطرأ بسبب الدعاوى المرفوعة (Jarrell, 1985).

٢- إعادة هيكلة الشركة: وهو أحد التدابير اللاحقة على تقديم العرض يتم من خلاله رفع دين الشركة أو شرائها لأسهم الخزينة. وهو ما يجبر العارض الهجومي على رفع تمويل عرضه وزيادته بسبب التكاليف الباهظة المترتبة على رفع الدين (Brunner, 1985). وكذا الأمر بالنسبة لتحويل ديون الشركة إلى أسهم وهو الأمر الذي سيستج عنه زيادة القدرة المالية للشركة في مواجهة عرض الاستحواذ الهجومي (الشحومي، ٢٠١٥م). وتلعب فكرة زيادة الدين دوراً مهماً في التدابير الاحترازية وهو أن العارض الهجومي سيلجأ إلى تمويل أكبر مما سيرفع تكلفة الاستحواذ عليه. أما مسألة

تحويل ديون الشركة لأسهم فإنه يتعين على مجلس الإدارة أن يقوم بطرحه على المساهمين أولاً تطبيقاً لمبدأ أولوية المساهمين في شراء الأسهم. وهو ذاته سترتب على زيادة رأس مال الشركة مما يحتاج بدوره إلى انعقاد جمعية عامة غير عادية. أما بالنسبة لإصدار الشركة لأسهم الخزينة فتعرف بأنها تلك الأسهم التي تطرحها الشركة في السوق لتعيد شراءها مجدداً (Kotler, 1952). ويترتب على عملية شراء الشركة لأسهم الخزينة التي قامت بإصدارها من السوق بأن يجعل من سعر السهم مرتفعاً (Yallapragada, 2014).

٣- إصدار أسهم لمستحوذ صديق: وتسمى بعملية الفارس الأبيض أيضاً وتتم من خلال إصدار أسهم لمستحوذ صديق ينافس بدوره العارض الهجومي حيث سيقوم المستحوذ الصديق بالاستحواذ على حصة تتراوح ما بين ٢٥-٣٠٪ من أسهم الشركة (Koppes, Ganske and Haag, 1999). ويتصور أن يكون هذا النوع من الاستحواذ رضائي من حيث الاعتبار القانوني لأنها تمت بالترتيب والتنسيق مع مجلس إدارة الشركة الهدف.

٤- بيع أصول جوهرية في الشركة: وتكون هذه العملية أحد أهم التدابير الاحترازية ضد عرض الاستحواذ الهجومي. وذلك من خلال أن يقوم مجلس الإدارة ببيع أصل مهم من أصول الشركة لم يكن العارض الهجومي ليقدم عرضه لولا هذا الأصل بهدف أن يجعل من تكلفة صفقة الاستحواذ باهظة القيمة عليه (MacKinnon, 2002). وفي حالة إكمال العارض الهجومي لعملية استحواده فإنه سيصيب سعر السهم حالة انخفاض بسبب عدم وجود الأصل الذي يعكس قيمة عالية داخل الشركة (Cupta, 2010).

٥- الاستحواذ المعاكس: ويقصد به أن تقوم الشركة الهدف بتقديم عرض استحواذ معاكس للاستحواذ على الشركة العارضة هجوماً ومن ثم فرض سيطرتها على هذه الأخيرة (Gorzala, 2010). ويتميز هذا النوع من التدابير الاحترازية أنه يكون موازياً للعرض الهجومي فهو لا يتصور إلا أن يكون عرضاً هجوماً من قبل الشركة الهدف على الشركة العارضة.

١٩٥٠م مكوناً من كبار المختصين من المستشارين في البنوك البريطانية والمساهمين المؤسساتيين (Armour and Skeel, 2007). كما نظم المشرع البريطاني القواعد الحاكمة لعرض الاستحواذ الهجومي من خلال تقنين المدينة عام ١٩٥٨م. خاصة في المادة ٢١ والمادة ٣١ منه. الجدير بالذكر أن المشرع البريطاني قد نقل تأثيره إلى المشرع الأوروبي في هذا الصدد ليتبنى هذا الأخير أحكام التشريع البريطاني الخاصة في عرض الاستحواذ الهجومي (Habersack, 2018).

وتهدف الاتفاقية الأوروبية بشأن الاستحواذ والاندماج إلى هدفين رئيسيين بشكل عام، أولهما أنها تسعى إلى تنظيم العلاقة فيما بين مجلس إدارة الشركة الهدف ومساهميها من جهة. ومن جهة أخرى تسعى إلى تنظيم العلاقة فيما بين الشركة العارضة ومساهمي الشركة الهدف (Payne, 2011). وتنص هذه الاتفاقية على مجموعة من القواعد الإلزامية والتي يتعين على الدول الأعضاء الالتزام بها. وتلك القواعد تنفرض لتشمل عرض الاستحواذ الإلزامي^(٥)، تخارج وإخراج أقلية المساهمين في الشركات المدرجة^(٦). بينما تنص على مسألتين اختيريتين وليست إلزاميتين على الدول الأعضاء وهي القواعد المنظمة بشأن حياد مجلس الإدارة وقاعدة إبطال أثر الالتزامات العقدية فيما بين مساهمي الشركة الهدف ومجلس إدارة الشركة الهدف ذاته والتي تنص على منع تحويل الأسهم وحقوق التصويت إذا كان العرض قد قدم ولم يتم البت فيه من قبل المساهمين (Papadopoulos, 2008). وعلى ذلك،

(٥) يعرف عرض الاستحواذ الإلزامي - والتي تنص على من يفرض سيطرته على الشركة المدرجة من خلال عمليات الاستحواذ - بأن يقدم عرضاً إجبارياً بنفس سعر الشراء لبقية المساهمين في الشركة حماية للأقلية وتوفيراً لحق الخروج. وتقدر نسبة ٣٠٪ عادة بأنها حصة سيطرة في غالبية الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي. للمزيد انظر (Schuster, 2019).

(٦) يعرف حق تخارج الأقلية بأنه ذلك الحق الذي تملكه أقلية المساهمين الذي لا يتجاوز نسبتهم ١٠٪ في أن يقدموا طلباً للمستحوذ المسيطر على ٩٠٪ بأن يشتري حصصهم جبراً عنه وينفس سعر الشراء، بينما حق إخراج الأقلية فهو حق المستحوذ الذي أكمل حصة استحواذ ٩٠٪ أن يقوم بطرد الأقلية والتي تمثل ١٠٪ جبراً عنهم من خلال شراء حصصهم المتبقية. للمزيد في هذا الشأن انظر (Forde, 1984).

المبحث الثالث:

موقف المشرع البريطاني وأسبابه

ولعل من أبرز وأهم أسباب التي دفعت المشرع البريطاني لمنع استعمال التدابير الاحترازية هو تسهيل عمليات الاستحواذ فيما بين الدول الأعضاء توصلًا إلى تحقيق التكامل والتعاون الاقتصادي وتعزيز المنافسة وإنشاء السوق المشتركة حيث ارتأى المشرعون الأوروبيون أنه الحل الأمثل تأثراً بالنسخة القديمة من تقنين المدينة البريطاني لعام ١٩٥٨م^(٧). وعلى أية حال، ففكرية حياد مجلس الإدارة كما عبرت عنها الاتفاقية الأوروبية ووصفها تقنين المدينة البريطاني في القاعدة ٢١ بقاعدة القيد على تصرفات مجلس الإدارة بأنه يجب على مجلس الإدارة التزام الحياد الكامل في شأن عروض الاستحواذ المقدمة وأن من يقرر مصير العرض هم المساهمون مع كفالة حق الآخرين بالاطلاع على كامل المعلومات المهمة بخصوص العروض المقدمة كما تم النص عليه في الاتفاقية.

المطلب الأول: موقف المشرع البريطاني

إن منع مجلس الإدارة من استعمال أية تدابير احترازية ضد العرض الهجومي يعد تطبيقاً لقاعدة الحياد التي نصت عليها الاتفاقية الأوروبية بشأن الاستحواذ عام ٢٠٠٤م. إلا أن هذا لا يعني أن مجلس الإدارة ليس له أي دور البتة في شأن العروض المقدمة له. بل على العكس له القيام بواجب الاستشارة. ولكن تنبغي الإشارة هنا إلى أن القاعدة من حيث كونها أصلاً في الحياد، فإنه بإمكان مجلس الإدارة أن يتعدى لاستخدام بعض التدابير الاحترازية ضد هذه العروض. فالمنع مقصور على حالة تقديم العرض وبالتالي يجوز الاتفاق على التدابير الاحترازية بشكل ابتدائي مع المساهمين.

الفرع الأول: الإطار التشريعي البريطاني المنظم لعروض الاستحواذ الهجومي

لقد أنشأ المشرع البريطاني جهازاً مختصاً بتنظيم عمليات الاستحواذ يسمى بمجلس المدينة، وهو جهاز تم إنشاؤه في عام

(4) The High Level Group of Company law Experts on Issues Relating to Takeover Bids' (2002) (The Winter Report).

يوصف نظام الاستحواذ البريطاني والأوروبي على حد سواء بأنه متركز على المساهمين من حيث تقرير مصير عرض الاستحواذ (Payne, 2011).

الفرع الثاني: عدم جواز استعمال التدابير الاحترازية ضد عروض الاستحواذ الهجومي

يشار إلى الخطر الوارد في استعمال التدابير الاحترازية من قبل مجلس الإدارة ضد عرض الاستحواذ الهجومي في المملكة المتحدة كما أسأها تقنين المدينة بقاعدة عدم جواز إحباط فرصة المساهمين في تقرير مصير العرض. لكن وإن كان الأصل هو عدم جواز إحباط مجلس الإدارة من خلال استعمال التدابير الاحترازية. إلا أن هذا الخطر مشروط بشرطين كما نصت عليه المادة ٢١. فأولاً يشترط ألا يكون استعمال التدابير الاحترازية بعد تقديم العرض وألا يكون ومن دون موافقة مسبقة من قبل الجمعية العامة.

وفي نظرنا، أنه يتنازع في هذه المسألة نظريتان تسيران في اتجاه معاكس. أولاًهما وهي نظرية فصل الملكية عن الإدارة وثانيها كون الجمعية العامة صاحبة الاختصاص الأصيل في تسيير شؤون الشركة الحاسمة والمهمة وسوف نفصل في المسألتين كما يلي:

١- تعني نظرية فصل الملكية عن الإدارة أن تثبت ملكية المساهمين للشركة والأوراق المالية فيها، بينما تفصل الإدارة عنهم وتثبت لجهاز فني مختص وهو مجلس الإدارة. ويحقق هذا المبدأ ميزتين بالنسبة للشركة، أولاًهما أن الإدارة تثبت لمختصين في مجال التجارة والأعمال والاستثمار فقد لا يكون المساهمون على قدر من الخبرة الإدارية. فيستفيد المساهمون في هذه الحالة من ترك الإدارة لهذا الجهاز. وثانيهما أن مجلس الإدارة هنا يستفيد من حيث إنه يتقاضى مكافآت من الشركة بناء على الأرباح التي تحققها الشركة. وبالتالي فإن عدم نجاح الشركة بالضرورة يعني أن يتحمل مجلس الإدارة هذه المخاطر (Jensen and Fama, 1983).

٢- اختصاص الجمعية العامة في الأمور المهمة والمصيرية: تختص الجمعية العامة للمساهمين بحسب الأصل في الفصل في الأمور المهمة والمصيرية المتعلقة بالشركة (رضوان، ١٩٨٨م). ومن هذه القرارات على سبيل المثال الموافقة على مشروع الاندماج، والقرارات المتعلقة بزيادة رأس مال الشركة أو تخفيضه، وتعيين مجلس الإدارة ذاته. وقد تبني المشرع البريطاني في هذا الصدد ما يميز أن القرارات الخاصة المتعلقة باستعمال التدابير الاحترازية ضد عروض الاستحواذ الهجومية هي قرارات تثبت للجمعية العامة وحدها. وعلى ذلك لا يختص مجلس الإدارة باستعمالها دون إذن من الجمعية العامة لأن المشرع البريطاني لا يعتبرها من قبيل أعمال الإدارة اليومية. بل من قبيل القرارات الحاسمة والمصيرية.

الفرع الثالث: الاستثناءات التي تجيز استعمال التدابير الاحترازية ضد عروض الاستحواذ الهجومي

كما أوردنا أعلاه، فإن الخطر في سبيل استعمال التدابير الاحترازية ضد عروض الاستحواذ الهجومية هو حظر غير مطلق. فالقاعدة التي لا ترد عليها استثناءات هي قاعدة جامدة غير عملية. وتظهر الاستثناءات جلية في وجوب أن يكون استعمال التدابير الاحترازية سابقاً على تقديم العرض، وبموافقة من الجمعية العامة للمساهمين كما نصت عليه المادة ٢١ من تقنين المدينة. ويتضح ذلك من خلال التفصيل التالي:

١- وجوب أن يكون استعمال التدابير الاحترازية سابقاً على تقديم العرض: لقد تبني المشرع البريطاني حالة استعمال التدابير الاحترازية السابقة على تقديم العرض. وتعني هذه التدابير كما تم بيانه في مواضع متقدمة من هذه الدراسة تلك التدابير التي يكون متفقاً عليها فيما بين المساهمين ومجلس الإدارة من أجل تحصين الشركة مسبقاً ضد أي عرض استحواذ هجومي مفاجئ. وقد أجاز المشرع البريطاني استعمال هذه التدابير الاحترازية كغير مجلس الإدارة بشكل تدريجي أو إصدار أسهم ممتازة أو إنشاء شركة قابضة.

للجمعية العامة للمساهمين في هذا الشأن. فإن مثل هذا النظام يوصف بنظام سمو المساهمة وتعظيم رأس المال. والهدف من هذا التوجه، هو أن الهدف من إدارة الشركة هو تعظيم أرباح المساهمين (Keay and Adamopoulou, 2012). ويبدو ذلك واضحاً من حيث إن القرار يترك للجمعية العامة للمساهمين، وحتى في سبيل استعمال التدابير الاحترازية ضد عرض الاستحواذ الهجومي فيحتاج مجلس الإدارة موافقة مسبقة من قبل الجمعية العامة شريطة أن تكون الموافقة قبل تقديم العرض الهجومي. وبالتالي، فإن الجمعية العامة للمساهمين ستراعي في هذا السبيل مصلحة الأغلبية وتتخذ القرارات الاستثمارية في المقام الأول وفقاً لما يعظم أرباحهم واستثماراتهم. وتعتمد نظرية سمو المساهمة على جملة من الأسباب سنوردها فيما يلي:

١- نظرية الوكالة: إن مجلس الإدارة يدير الشركة ويقوم بالتصرفات التجارية والاستثمارية بوصفه وكيلًا عن المساهمين. ويوصف المساهمون بأنهم الملاك للشركة ويدير مجلس الإدارة أموالهم واستثماراتهم نيابة عنهم. الأمر الذي يعود بالنفع على كل من المساهمين والإدارة حيث تعظم أرباح الملاك ويستفيد مجلس الإدارة من المكافآت في المقابل نظير أعمالهم في تعظيم الأرباح (Fama, 1980). وتقوم الجمعية العامة بدورها في مراقبة ومحاسبة مجلس الإدارة عن التصرفات (Matheson and Olson, 1992). وتظهر هذه الفكرة بجلاء من خلال تعيين الجمعية العامة للمساهمين لمجلس الإدارة حتى يدير أموالهم نيابة عنهم (Jones, 1980).

٢- نظرية المدعين المتبقين: وتقوم هذه الفكرة تأسيساً على أن مجلس الإدارة يجب عليه أن يعمل لمصلحة المساهمين وتعظيم أرباحهم، حيث إن الشركة إذا مرت بأزمات مالية فإن الجميع سيستفيد ما عدا المساهمين، وذلك من خلال التزاماتهم العقدية في مواجهة الشركة وعلى ذلك فيجب أن تسمو مصلحة المساهمين فوق أي اعتبار (Weide, 1996). وتكاد تكون هذه الحجة هي أرجح ما يتمسك به هذا الاتجاه المناادي بضرورة أن يكون نشاط الشركة موجهاً لمصلحة المساهمين وتعظيم ثروتهم (Easterbrook and Fischel, 1991).

٢- وجوب أن يتم استعمال التدابير الاحترازية بموافقة مسبقة من الجمعية العامة: وتنطلق هذه الإجازة من فكرة أن الجمعية العامة هي المختصة باتخاذ القرارات المصيرية للشركة. حيث إن استعمال هذه التدابير من غير توفر هذه الشروط يقيم مسؤولية مجلس الإدارة في مواجهة المساهمين ويترتب عليه إحباط فرصتهم في تقرير مصير عرض الاستحواذ الهجومي. فقد يرغب المساهم في البيع اعتماداً على فروق الأسعار خصوصاً وأن جزءاً كبيراً من الجمعية العامة هم من قبيل المساهمين الاعتباريين كصناديق الاستثمار الجماعي (حلمي، ٢٠١٠م).

المطلب الثاني: أسباب المشرع البريطاني

تتنوع الأسباب في هذا الصدد لاعتناق المشرع البريطاني لفكرة منع مجلس الإدارة من استعمال وتوظيف التدابير الاحترازية ضد عرض الاستحواذ الهجومي. أول هذه الأسباب هو اعتماد المشرع البريطاني على نظرية سمو المساهمة من جهة حيث يخضع قرار الموافقة على البيع من عدمه بالنسبة للجمعية العامة للمساهمين. ثانياً: فإن هذه الفكرة تضمن عدم تنازع المصالح من قبل مجلس الإدارة، فهو ممنوع من استعمال التدابير الاحترازية لأغراض تخرج عن مصلحة الشركة (Kershaw, 2007). ثالثاً: إن في قاعدة منع مجلس الإدارة من توظيف التدابير الاحترازية ضد عرض الاستحواذ الهجومي تسهيل لعملية إعادة هيكلة الشركات المتعثرة حيث يكون بيد الجمعية العامة القرار في شأن عرض الاستحواذ الهجومي ومن ثم فإن هي ارتأت أن وضعها الاقتصادي بحاجة لقبول العرض فإنها ستقبله. رابعاً: إن في هذه القاعدة هي تسهيل لإنشاء السوق الأوروبية المشتركة (Davies, Schuster and De Ghelcke, 2010).

الفرع الأول: نظرية سمو المساهمة

عطفاً على ما تقدم، ولما كان المشرع البريطاني قد غل يد مجلس الإدارة عن توظيف التدابير الاحترازية ضد عرض الاستحواذ الهجومي قاصداً من ذلك إبقاء كلمة الفصل

٣- مفهوم الإنتاجية: وفقاً لهذا التصور، فإنه يتعين على مجلس الإدارة حتى يرفع ويزيد من إنتاجية الشركة أن يعمل لمصلحة المساهمين حيث إن المساهمين يملكون الحافز الأكبر لمراقبة عمل مجلس الإدارة خوفاً من تبديد أموالهم. وهذا الأمر سيجعل مجلس الإدارة متخوفاً من المحاسبة وبالتالي سيعمل على رفع إنتاجية الشركة من خلال اتخاذ أفضل القرارات الاستشارية لمصلحة المساهمين. كما وأن مجلس الإدارة يعمل وفقاً لواجبات الائتمانية والتي قررها القانون لمصلحة المساهمين (Keay, 2010).

الفرع الثاني: عدم تنازع المصالح

لقد وضع المشرع البريطاني من خلال فرض الحظر على مجلس الإدارة من توظيف أية تدابير احترازية ضد عرض الاستحواذ الهجومي قرينة مفترضة في مجلس الإدارة أنه سيسعى من خلال هذا الاستعمال لدرء عرض الاستحواذ ومن ثم الحفاظ على منصبه (Crossan, 2011). ويتضح ذلك من خلال تحليل معين من أن المعارض الهجومي لم يكن على وفاق ابتداء مع مجلس الإدارة ومن ثم فإنه في حال نجاح عرض الاستحواذ الهجومي وسيطرته من ثم على الجمعية العامة فإنه سيقوم بتغيير مجلس الإدارة. الجدير بالذكر، أن المشرع البريطاني قد فرض واجب عدم تنازع المصالح في قانون الشركات عام ٢٠٠٦م المادة ١٧٥ منه على هذا الالتزام من قبل مجلس الإدارة^(٧). ويرتبط تنازع المصالح في التدابير الاحترازية من خلال منع المشرع البريطاني مجلس الإدارة من أن:

١- تقوم مسؤولية مجلس الإدارة أمام المساهمين في حال إحباط فرصة تقرير المساهمين لمصير عرض الاستحواذ الهجومي من خلال التدابير الاحترازية ودونها إذن مسبق من الجمعية العامة. خاصة إذا اقترنت التدابير الاحترازية بتعارض المصالح كأن يسعى مجلس الإدارة للحفاظ على منصبه ومكافاته على حساب مصلحة الشركة.

٢- لقد قرر المشرع البريطاني واجب الولاء وبذل العناية اللازمة لمصلحة الشركة. وهذا يستلزم عدم العمل وفقاً لتعارض المصالح، وأن يكون الهدف من وراء اتخاذ القرارات الاستشارية هو مصلحة الشركة. ومن باب أولى، فإذا حظر المشرع عملاً معيناً، يستلزم معه أن يمتنع مجلس الإدارة عن القيام بهذا العمل وهو استعمال التدابير الاحترازية.

٣- لقد قدر المشرع البريطاني في خلوده أن عملية الاستحواذ الهجومي ستكون مكلفة بالنسبة للمعارض الهجومي. وكما يعبر الفقه في هذا الصدد، فالمعارض هو من يتحمل تكلفة ومخاطر أية عملية استحواذ (Athanasios, 2008). وعلى ذلك، فالمعارض الهجومي ليس على استعداد في سبيل تحمل مخاطر عملية الاستحواذ الهجومي وتكلفتها في مقابل أن يبقى على ذات مجلس الإدارة الذي يبقى في مركز خطر تخوفاً من تغييره (Budenov, 2016).

الفرع الثالث: إعادة هيكلة الشركات المتعثرة

إن من أهم أسباب الحظر الوارد على مجلس الإدارة من استعمال أية تدابير احترازية ضد عرض الاستحواذ الهجومي هو تسريع عملية إعادة هيكلة الشركات المتعثرة وإنعاشها اقتصادياً (Chiu et al., 2015). ويتضح ذلك من خلال التالي:

١- إن أحد أهداف عمليات الاستحواذ والاندماج بوصفها تركيزاً لرؤوس الأموال وعمليات السيطرة هو إعادة هيكلة الشركات ورأس مالها (Fred and Kwang, 1990). واستعمال التدابير الاحترازية في هذا الشأن قد يعيق إنعاش الشركات المتعثرة وإعادة هيكلتها.

٢- إن استعمال التدابير الاحترازية ضد عرض الاستحواذ الهجومي قد يؤخر من عملية البت في صفقة الاستحواذ ذاتها من جهة. أو يجعلها أكثر غلاء بالنسبة للمعارض الهجومي مما يجعله يعرض عنها نتيجة لارتفاع التكلفة الهجومي (Corelli, 2016). أو أن استعمال التدابير الاحترازية في حد ذاته قد يكون مكلف بالنسبة للشركة الهدف.

(7) UK Company Act 2006 section 175.

استعمال التدابير الاحترازية على هذا النحو من شأنه تعزيز المنافسة في الاتحاد الأوروبي. وهذا ما تبناه المشرع البريطاني بشأن قاعدة الحياد. ولتوضيح ذلك، فإن عمليات الاستحواذ والاندماج يقصد بها تركيز رؤوس الأموال وإنتاج كيانات اقتصادية ضخمة وهذا من شأنه الميلان أكثر نحو اتجاه احتكار وسائل الإنتاج لدى كيانات ضخمة جداً. ولكن، المنافسة العالية في السوق تستلزم تدفق المعلومات فيه. وهو ما يستلزم قلة التكلفة في مراقبة عمل مجلس الإدارة نتيجة لتدفق المعلومات سلفاً. فيكون استعمال الدفاعات بهذه الطريقة من خلال إذن الجمعية العامة وفقاً لتدفق المعلومات معززاً للمنافسة على الشركة الهدف (Cremers, Nair and Peyer, 2008).

المطلب الثالث: مسؤولية مجلس الإدارة كما تبناها المشرع البريطاني وتوجهات القضاء البريطاني

لمجلس الإدارة دور مهم جداً في عمليات الاستحواذ الهجومي. فيجب عليه أن يمتنع عن استعمال أية تدابير من شأنها إعاقه فرصة المساهمين في سبيل تحديد مصير العرض. ويطراً على هذا الأصل العام كما تمت الإشارة إليه استثناء مهم وهو جواز استعمال التدابير الاحترازية مقيد بقيدين وهما موافقة الجمعية العامة على هذا الاستعمال للتدابير وأن تكون الموافقة سابقة على تقديم العرض الهجومي المفاجئ. إلا أن مجلس الإدارة في هذا الصدد يتعين عليه واجب مهم وهو واجب تقديم الاستشارة للمساهمين. ويرتبط هذا الواجب بالواجبات الائتمانية المنصوص عليها في قانون الشركات البريطاني عام ٢٠٠٦م. وللقضاء البريطاني توجهات في صدد تقييم واجب الاستشارة.

ويقتضي التنويه أنه لا تقوم مسؤولية مجلس الإدارة حال توظيف التدابير الاحترازية ضد عرض الاستحواذ الهجومي في حالة كان توظيف التدابير سابقاً على تقديم العرض، وبإجازة من المساهمين أنفسهم. ويعود السبب في أن قرار تحديد مصير العرض إنما هو نابع من المساهمين أنفسهم. وعلى ذلك لا تقوم مسؤولية مجلس الإدارة في مثل هذه الأحوال إذا كان قد اكتسب إجازة من المساهمين في الجمعية العامة

٣- ترك القول الفصل بالنسبة لعروض الاستحواذ الهجومية بيد الجمعية العامة للمساهمين من شأنه سرعة اتخاذ قرار استشاري إما بالبيع أو البقاء في الشركة بالنسبة لأفراد المساهمين. الأمر الذي يترتب معه سرعة في عملية إعادة هيكلة الشركة ورأس مالها.

الفرع الرابع: إنشاء السوق الأوروبية المشتركة

تعتبر اتفاقية الاستحواذ والاندماج الأوروبية إحدى أساسيات ومقومات إنشاء السوق الأوروبية المشتركة. وفي سبيل تحقيق التعاون مع الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي فقد ظهرت قاعدة الحياد من أجل إنشاء السوق الأوروبية المشتركة. وتعرف السوق الأوروبية المشتركة بأنها سوق موحدة فيما يخص البضائع، والخدمات، ورؤوس الأموال والأشخاص كما نصت عليها في اتفاقية روما عام ١٩٥٧م (Knudsen, 2005). ويتضح الدور الخاص لقاعدة الحياد بإنشاء السوق الأوروبية المشتركة كالآتي:

١- إن السوق الأوروبية المشتركة تهدف إلى تحقيق التعاون الاقتصادي فيما بين الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي. وللاستحواذ العابر للحدود دور مهم في هذا الصدد. فالاستحواذ العابر للحدود يحدث في حالة كان العارض شركة مدرجة في سوق في دولة تختلف عن الشركة الهدف (Ryngaert, 2007). فقد يقوم العارض بعملية الاستحواذ بشكل رضائي مع مجلس الإدارة أو قد يقوم به بشكل هجومي. ففي حالة كون العارض الهجومي مدرجاً في دولة تختلف عن الشركة الهدف فيوصف الاستحواذ هنا بأنه عرض استحواذ هجومي عابر للحدود. واستعمال التدابير الاحترازية في هذا المقام من شأنه أن يعيق العرض أو قد يجعل العارض الهجومي يعرض عنه. وهو ما لا يتلاءم مع إنشاء السوق الأوروبية المشتركة خاصة فيما يخص جزئية انتقال رؤوس الأموال.

٢- إن قاعدة الحياد تستلزم من حيث التطبيق الصحيح موافقة الجمعية العامة للمساهمين وقبل تقديم العرض بشأن استعمال التدابير الاحترازية. وفي هذا الصدد، فإن

فإن تقديم الاستشارة في هذا الصدد للجمعية العامة سيكون حاسماً بالنسبة لهم.

٤- ونظراً لما ترتبط به الاستشارة من مجموعة نتائج مهمة، فإنه من المتصور أن يجد مجلس الإدارة صعوبة في عدم التوصية بقبول العرض ذي القيمة العالية (Sappideen, 1987)، وذلك أن المساهمين إنما ينصب تركيزهم على ارتفاع العائد من بيع السهم وتداوله.

الفرع الثاني: الواجبات الائتمانية المتعلقة

لقد انتبه المشرع البريطاني إلى خطورة الدور الذي يقوم به مجلس الإدارة من خلال الواجب الاستشاري في النصح لجموع المساهمين في سبيل اتخاذ قرار استثماري في البيع من عدمه. خصوصاً أن الدراسات العملية أثبتت فعلاً أهمية هذا الدور من حيث الناحية الواقعية من حيث تحديد مصير العرض الهجومي (Noel and Pauline, 1999). فوفقاً لتقرير (وينتر) والذي أشار إلى أن مجلس الإدارة وما يمتلكه من خبرة في الإدارة الإستراتيجية للشركة يعد أفضل جهاز استشاري بالنسبة للمساهمين^(٨). وعلى ذلك، فإن مجلس الإدارة يمتلك القوة غير المباشرة في تحديد مصير العرض الهجومي بالنسبة للمساهمين من خلال تلك الاستشارات والتوصيات (Tsagas, 2014). ومن ثم، فقد ربط المشرع البريطاني هذا الدور الخطير لمجلس الإدارة حتى يمنع الانحراف فيه من قبل مجلس الإدارة بمجموعة من الواجبات الائتمانية ضبطاً للاستشارة المقدمة لجموع المساهمين. ويتضح ذلك من خلال التالي:

- ١- واجب مراعاة نجاح الشركة ككل: ولقد نص عليه المشرع البريطاني في عجز المادة ١٧٢ من قانون الشركات البريطاني. ويرتبط هذا الواجب من خلال أن الاستشارة المقدمة للمساهمين سوف تحدد وبشكل جلي مسار العرض الهجومي كما تم بيانه.
- ٢- واجب الإدارة في شأن بذل الاستشارة بالنسبة للمساهمين يتحدد وفقاً للظروف والمعطيات. بمعنى آخر، هو واجب بذل العناية اللازمة وليس تحقيق

(Stokka, 1981). وقد حكم القضاء البريطاني في هذا المنحى في واقعة (بامفورد)^(٩)، حيث قرر عدم مسؤولية مجلس الإدارة عن التدابير الاحترازية التي اتخذها لصد العروض الهجومية بموافقة من المساهمين.

الفرع الأول: الدور الاستشاري لمجلس الإدارة

إن الدور الاستشاري لمجلس الإدارة مهم جداً في تحديد مصير العرض. وعلى ذلك، فإن لمجلس الإدارة القوة غير المباشرة في صد العروض من خلال التوصيات للمساهمين برفضها (Tsagas, 1984). وترتبط هذه الاستشارات بنجاح الشركة من عدمه. ويتضح ذلك من خلال التالي:

- ١- إن للاستشارات المقدمة من مجلس الإدارة دور مهم في تحديد مسار استثمارات الشركة على المدى القصير أو البعيد. وتعني الاستثمارات قصيرة الأجل التركيز المبالغ به من قبل المستثمرين على الربح في المدى القصير وعدم الاكتراث لإستراتيجية الشركة بعيدة الأجل (Sappideen, 2014). وكتيجة لذلك، فإنه يترتب على هذه الاستثمارات قصيرة الأجل انخفاض في معدلات كفاءة السوق، انخفاض في عوائد الاستثمارات، وانخفاض في كفاءة لوائح حوكمة الشركات (Sappideen, 2014).
- ٢- ونظراً لاعتماد كفاءة السوق على كفاءة الشركات. فإن مفهوم الكفاءة في هذا الصدد يعني الانعكاس الصحيح للأوراق المالية من حيث القيمة الفعلية بناء على توافر المعلومات من قبل المضاربين فيه (Fischel, 1998). وتقوم عناصر الكفاءة على ثلاث فرضيات مرتبطة بأداء المضاربين وسلوكهم، وتوقعاتهم بالنسبة لأسعار الأوراق المالية، وحركة الأسعار بناء على انتقال المعلومات اللحظي بين المضاربين (Sappideen, 1987).
- ٣- ونظراً لارتباط الاستشارة من قبل مجلس الإدارة بكفاءة السوق من حيث انعكاس القيمة الفعلية للأوراق المالية ومدى تطابق العرض مع قيمة أعلى من القيمة السوقية.

(9) Report of the High Level Group of Company Law Experts at 20.

(8) Bamford v Bamford [1970] Ch. 212.

للمساهمين لن تكون وفقاً لما هو حقيقي بما يعكس القيمة الفعلية للأوراق المالية، وعلى ذلك فإن مجلس الإدارة سيلعب دوراً محورياً في تقديم الاستشارة في هذا الصدد (Grossman and Hart, 1980).

٥- يرتبط واجب مجلس الإدارة بتقديم الاستشارة للمساهمين بواجب بذل العناية اللازمة في إدارة الشركة واتخاذ قراراتها. وقد نص المشرع البريطاني على هذا الالتزام في المادة ١٧٤ من قانون الشركات البريطاني عام ٢٠٠٦م. ولهذا الالتزام عنصران مهمان وهما: وفقاً لمعيار الرجل الحريص اليقظ في ذات الظروف، بالإضافة إلى معيار الإدارة الحريصة. وعلى ذلك، فيتوجب على مجلس الإدارة بذل الاستشارة وفقاً لما تقتضيه ظروف الحال وبما يملك من احتراف في الإدارة بتقديم الاستشارة وفقاً لعناية الرجل الحريص.

الفرع الثالث: توجهات القضاء البريطاني

لقد قام المشرع البريطاني بربط الدور الاستشاري بالنسبة لمجلس الإدارة بمجموعة من الواجبات الائتمانية كما هو وارد في قانون الشركات البريطاني عام ٢٠٠٦م. إلا أن هذا الربط والتحديد لم يحسم المسألة في كيفية توجيه عمل مجلس الإدارة بالنسبة للدور الاستشاري المقدم منه أثناء فترة عرض الاستحواذ الهجومي. واختلف القضاء البريطاني في هذا الصدد على توجيهين مهمين:

- ١- واقعة (داوسون)^(١١): وقد اجتهد فيها القضاء البريطاني في تحديد طبيعة الدور الاستشاري في محاولة ربطه بمجموعة من الاعتبارات لعل من أهمها التوصية بقبول عرض الاستحواذ الهجومي الأعلى في القيمة من حيث المنفعة الاقتصادية. وعليه ينقضي التزام مجلس الإدارة في تقديم الاستشارة على هذا النحو دوناً أدنى مسؤولية من قبله. ومن ثم فالقرار النهائي بيد المساهمين.
- ٢- واقعة (ري كومباني)^(١٢): وقد كان هناك عرضان مقدمان للشركة أحدهما من شركة مسيطر عليها من قبل أحد

نتيجة. بمعنى أنه لا يستلزم أن يتحقق أعلى معدل ربح بالنسبة لصفقة الاستحواذ بناء على الاستشارة المقدمة من قبل مجلس الإدارة للمساهمين (Okanigbuan, 2019).

٣- يرتبط واجب تقديم الاستشارة بشكل مباشر مع واجب عدم تنازع المصالح. وقد نص عليه المشرع البريطاني في قانون الشركات عام ٢٠٠٦م في المادة ١٧٥. ويتضح ذلك من خلال أن الاستشارة تلعب دوراً مهماً في تحديد مصير عرض الاستحواذ الهجومي. في مقابل أن مجلس الإدارة قد لا يرغب في دخول مستحوذ جديد لم يكن على وفاق معه ابتداء من خلال تقديم العرض الهجومي. وبالتالي، فقد يقوم المستحوذ الهجومي بتغيير مجلس الإدارة حال نجاحه في السيطرة على أغلبية الأسهم وحقوق التصويت. بينما مجلس الإدارة، إنما يرغب في الحفاظ على منصبه ومكافآته وتحقيق سياسة توسعية داخل الشركة المهدف ذاتها. ويحدث تنازع المصالح كنتيجة منطقية لمفهوم فصل الملكية عن الإدارة حيث قد يستغل الوكيل في هذه الحالة وهو مجلس الإدارة توافر المعلومات وتدفقها بشأن ثروة المساهمين وهم الملاك فيعمل لصالحه الشخصي في اتخاذ القرارات بالإنيابة عنهم.

٤- يرتبط التزام مجلس الإدارة بتقديم واجب الاستشارة بواجب بذل التقدير المستقل بالنسبة للقرارات التجارية. وقد نص المشرع البريطاني على هذا الالتزام في المادة ١٧٣ من قانون الشركات البريطاني عام ٢٠٠٦م. وهو التزام طبيعي بما لمجلس الإدارة من توافر الخبرة المطلوبة والاحتراف في الإدارة في اتخاذ القرارات الاستثمارية. وأي شرط يضيق من حرية مجلس الإدارة في هذا الصدد يعد قابلاً للإبطال (Roach, 2018). ويرتبط هذا الواجب بمبدأ حسن النية وأن تكون القرارات المتخذة في مصلحة الشركة^(١٣). وعلى ذلك، وفقاً لهذا التوجه، فإنه ينبغي على مجلس الإدارة تقديم الاستشارة اللازمة للمساهمين وفقاً لما يتمتع به من حرية في اتخاذ القرارات مراعيًا مصلحة الشركة ووفقاً لمبدأ حسن النية. خاصة في حالة عدم كفاءة السوق، فإن المعلومات المتوفرة

(11) Dawson International plc v Coats Paton plc and others (1989) BCLC 233.

(12) Rea Company (1986) BCLC 383.

(10) Fulham Football Club Ltd v Cabra Estates plc: CA 1994.

الخاصة لعروض الاستحواذ من خلال قانون الأوراق المالية عام ١٩٣٤م^(١٣). ثم أعقبه بتعديلات مهمة وردت في قانون ويليام عام ١٩٦٩م^(١٤). جدير بالذكر أن هذا القانون يضع الحد الأدنى من القواعد المنظمة للاستحواذ مثل وجوب الإفصاح من جهة ومبدأ التناسب في شراء الأسهم (Magnuson, 2009). وذلك من أجل أن يتسنى للمساهمين الإحاطة بالعرض علماً ولتحقيق أقصى درجات الشفافية من أجل اتخاذ أفضل قرار استثماري في هذا الصدد (Subramanian, 1998). ولقد نظم القانون الأخير بعض المسائل المرتبطة بالإفصاح عن عرض الاستحواذ كما في المادة ١٣. حيث تنص على أنه إذا أقدم المستحوذ على تقديم عرض الاستحواذ فيجب عليه أن يفصح عن أسبابه ومصدر تمويله وما إذا كان يسعى إلى تصفية الشركة الهدف أو أي تغييرات قد تطرأ على إستراتيجية الشركة. وذهبت المادة ١٤ من ذات القانون إلى فرض التزامات أخرى فيستطيع المساهم الذي قام بعرض أسهمه للبيع أن يقوم بالتراجع عن ذلك خلال سبعة أيام من العرض. بينما على المستحوذ أن يبقي عرضه مفتوحاً لمدة ٢٠ يوماً على الأقل. وإذا تم عرض مزيد من الأسهم فعلى المستحوذ العارض أن يقوم بالشراء وفقاً لقواعد التناسب حيث سيقوم بشراء جميع الأسهم المعروضة بنفس السعر مما سيحقق مبدأ العدالة بين المساهمين. هذا، ويلعب قضاء الولايات وقانونها المحلي دوراً مهماً في تشكيل القواعد القانونية ذات الارتباط. خاصة إذا ما ذكرنا قضاء ولاية ديلاوير كأحد أبرز العناصر الفعالة في هذا الشأن. ذلك بسبب أن الشركات الأمريكية عموماً مسجلة في هذه الولاية أكثر من غيرها (Fisch, 2000).

الفرع الأول: الإطار التشريعي الأمريكي المنظم لعرض الاستحواذ الهجومي

لم ينظم المشرع الأمريكي في قانونه الفيدرالي قانون تداول الأوراق المالية عام ١٩٣٤م عملية تنظيم العرض الهجومي أو استخدام التدابير الاحترازية ضده. وإنما نظم بعض القواعد المرتبطة بالإفصاح عن العرض كما هو في قانون ويليام عام

أعضاء مجلس إدارة الشركة المستهدفة والآخر عرض أعلى من شركة منافسة. إلا أن مجلس الإدارة قام بعمل توصية بقبول العرض الأول ورفض العرض الثاني المقدم من الشركة المنافسة. فحكم القضاء البريطاني أن مجلس الإدارة لم يخل بالتزاماته طالما أنه مكن المساهمين من الاطلاع الكامل على المعلومات المتعلقة بالعرض ومن دون تضليل لهم بمعلومات خاطئة فإن القرار النهائي يكون بيد المساهمين ولهذا يكون قد أوفى بالتزامه. وعلى ذلك، فإن التزام مجلس الإدارة في تقديم واجب الاستشارة بالنسبة للمساهمين يجب ألا يتضمن تضليلاً بالنسبة للمعلومات وفي فترة مناسبة لاتخاذ القرار الاستثماري من قبل المساهمين (Griffiths, 2005).

المبحث الرابع:

موقف المشرع الأمريكي وأسبابه

لقد سكت المشرع الأمريكي عن مدى جواز استعمال التدابير الاحترازية ضد عرض الاستحواذ الهجومي. ولما كان الأصل في الأشياء الإباحة، فإن القضاء الأمريكي، خاصة محاكم ولاية ديلاوير، قد أجازت هذا الأمر مشروطاً بعدة شروط. فاشتطت أولاً: أن يمثل العرض الهجومي خطراً على مصالح الشركة، وثانياً: أن تكون التدابير المستعملة لازمة ومتناسبة لصدد هذا الخطر. ومن ثم انطلقت هذه المحاكم من هذا المفهوم وربطت هذا الجواز بقاعدة العمل التجاري المستقل وعدالة القرار التجاري. ذلك أن مجلس الإدارة تحت مظلة القانون الأمريكي يتمتع بصلاحيات أكثر مما هو عليه الحال في القوانين المقارنة الأخرى.

المطلب الأول: موقف المشرع الأمريكي

يعتبر موقف المشرع الأمريكي أحد المواقف البارزة في صدد الحديث عن عرض الاستحواذ الهجومي. ذلك أن للولايات المتحدة دوراً مهماً جداً في تبني عدد من النظريات المهمة في هذا الصدد والتي كانت إحدى دوافع المشرع الأمريكي لهذا التوجه. فالمشرع الأمريكي قد نظم القواعد

(13) Securities Exchange Act of 1934.

(14) The Williams Act 1968

ويجب على مجلس الإدارة أن يثبتوا بأنفسهم توفر هذين الشرطين إذا ما قام المساهمون بالاعتراض والطعن على قراراتهم (Welch, 2018). وهو ما أكدته محكمة ديلاوير في واقعة يونيتران إنكوربوريشن^(١٥):

١- أن يمثل عرض الاستحواذ الهجومي خطراً على مصالح الشركة: ويمثل عرض الاستحواذ الهجومي خطراً على مصالح الشركة من عدة نواح. فأولاً: قد يتمثل الخطر على مجلس الإدارة ذاته. فالعارض الهجومي لم يكن على وفاق وتراض مع مجلس الإدارة حينما أقدم على عرضه من خلال التقديم المباشر للجمعية العامة للمساهمين. ويحدث هذا الأمر من عدة أوجه، فالعارض الهجومي سوف يقدم عرضاً بأعلى من القيمة السوقية، وقد يتكبد نفقات إضافية في حالة استعمال مجلس الإدارة للتدابير الاحترازية والتي قد تعطيه قوة في التفاوض حتى يستطيع إقناع الجمعية العامة في البيع (Gaughan, 2013). وكنتيجه لذلك قد لا يرغب العارض الهجومي حال نجاح استحواذه في الإبقاء على مجلس الإدارة. ثانياً: قد يشكل عرض الاستحواذ الهجومي خطراً على الشركة من ناحية اتباع سياسة الإحلال على الموظفين والعمال والتهديد بخسارة الوظائف الحالية لهم بسبب سياسة الإحلال التي قد يستخدمها المستحوذ الجديد (Cuomo, 1989). أو قد يكون الخطر متمثلاً في إرهاب كل من العارض الهجومي أو الشركة المهدف بالدين. وهذا يتمثل في مسألة مهمة وهي تمويل الاستحواذ بالدين فالعارض الهجومي سيقوم بتمويل نفسه من خلال الاقتراض من أجل تمويل صفقة الاستحواذ من ناحية وكما أن الشركة المهدف ستقوم برفع نسبة الدين كأحد التدابير الاحترازية من جهة أخرى (Proxmire, 1988).

٢- أن تكون التدابير لازمة لدرء خطر الاستحواذ الهجومي: كأن يشكل عرض الاستحواذ الهجومي خطراً على مجلس الإدارة مثلاً أو أن يشكل خطراً على العاملين في الشركة. فلا يتناسب لدرء هذا الخطر أن

١٩٦٩م. حيث تناول هذا الأخير كثيراً من المسائل المتعلقة بعروض الاستحواذ الجزئي وغيرها من الأمور المتصلة. الجدير بالذكر، أن قضاء ولاية ديلاوير قد طور من أحكام استخدام التدابير الاحترازية ضد عروض الاستحواذ الهجومي كما سيلي بيانه لاحقاً.

الفرع الثاني: جواز استعمال التدابير الاحترازية ضد عروض الاستحواذ الهجومي

إن القوانين الفيدرالية لم تنظم مسألة جواز استعمال هذه التدابير بل إن سكوت المشرع الأمريكي يعني إباحته لها فهو قد نظم المسائل الخاصة في الإفصاح المتعلق بعروض الاستحواذ الهجومي عامة كما في قانون ويليام عام ١٩٦٩م. ولقد أباح القضاء الأمريكي استخدام التدابير الاحترازية ضد عرض الاستحواذ الهجومي. وهذا بغض النظر عما إذا كانت التدابير سابقة أو لاحقة على تقديم عرض الاستحواذ الهجومي. وهذا بسبب التطبيق لمبدأ مهم وهو أن هذه التدابير تدخل من صميم أعمال مجلس الإدارة وإن بقيت كلمة الفصل النهائية في هذا الشأن للجمعية العامة للمساهمين على اعتبار أنها صاحبة الاختصاص الأصيل في تسيير شؤون الشركة المهمة والحاسمة من حيث التصديق على قرارات مجلس الإدارة من عدمها (Bainbridge, 2002). ومن ثم ربط القضاء الأمريكي أحوال استخدام التدابير الاحترازية ضد عروض الاستحواذ الهجومي بقاعدتين مهمتين وهما قاعدة العمل التجاري المستقل وقاعدة عدالة العمل التجاري.

الفرع الثالث: شروط استعمال التدابير الاحترازية ضد عروض الاستحواذ الهجومي

إن استعمال التدابير الاحترازية ضد عرض الاستحواذ الهجومي ليس مباحاً على إطلاقه تحت مظلة القانون الأمريكي كما فسرتة محاكم ولاية ديلاوير. على سند من القول وأنه يجب توفر شرطين مهمين يقيدان هذا الاستعمال وهما أن يمثل عرض الاستحواذ الهجومي خطراً على مصالح الشركة وأن يكون استعمال التدابير الاحترازية لازماً لدرء هذا الخطر.

(15) Unitrin, Inc. v American General Corp 651 A.2d 1361 (Del. 1995).

يقوم مجلس الإدارة مثلاً ببيع جميع أصول الشركة لرد هذا الخطر. بل إنه في مثل هذه الحالات فإن مجلس الإدارة قد أوقع الشركة في مخاطر تفوق مخاطر عرض الاستحواذ الهجومي وتقوم مسؤولية مجلس الإدارة بالتالي أمام الجمعية العامة للمساهمين.

المطلب الثاني: أسباب المشرع الأمريكي

لقد اعتنق المشرع الأمريكي مسألة وهي إجازة اتخاذ التدابير الاحترازية ضد عروض الاستحواذ الهجومي لعدة أسباب مهمة. لعل أهمها نظرية المصلحة الجماعية للشركة. ومن ثم فإن التدابير الاحترازية تلعب دوراً مهماً في عرض الاستحواذ الهجومي. وفيما يبدو للكاتب أنها في مقدمة الأسباب التي دعت المشرع الأمريكي لإجازة استعمال التدابير الاحترازية.

الفرع الأول: المصلحة الجماعية للشركة

تتعلق نظرية المصلحة الجماعية من حيث أصلها في بيان الهدف الذي أسست من أجله الشركة بشكل عام. وفي ضوء ذلك فإنه يجب على مجلس الإدارة العمل من أجل تحقيق هذه الأهداف التي من أجلها أنشئت الشركة. وتتنازع في هذا السبيل نظريتان مهمتان جداً وهما نظرية الملاك وتعظيم رأس مال الشركة ونظرية المصلحة الجماعية للشركة (Keay, 2010). وتعرف نظرية الملاك على أن الغرض من إدارة الشركة هو تعظيم رأس المال والأرباح وأن ذلك يعود بالنفع على الجميع وهو بدوره يكون الالتزام الأوضح لمجلس الإدارة باعتباره وكيلاً عن الملاك في إدارة أموالهم (Rhee, 2017). بينما تتجه نظرية المصلحة الجماعية في إدارة الشركة أن الشركة في حد ذاتها عبارة عن مجموعة من الروابط العقدية وينبغي على مجلس الإدارة أن يوفق بين هذه المصالح المشتركة فهي تدعو للموازنة (Jackson, 2011). وعلى ذلك، ولما كان القرار النهائي بشأن عروض الاستحواذ الهجومي مرتبطاً بالجمعية العامة والتي يحكمها قانون أغلبية المساهمين. فإن ارتباط النظرية الجماعية بالتدابير الاحترازية يركز في عدة أمور كالتالي:

١- إن الجمعية العامة لدى اتخاذها قراراً استثمارياً بالبيع فإنها حتماً ستراعي مسألة البيع على الأجل القصير وفقاً لمسألة فروقات الأسعار وذلك بسبب أن عرض الاستحواذ بشكل عام سيكون وفقاً لسعر أعلى من القيمة السوقية (Nyombi, 2015). فالجمعية العامة يحكمها أغلبية المساهمين والمساهم المؤسسي يشكل جزءاً كبيراً من هذه الأغلبية حتماً كصناديق الاستثمار وصناديق التأمينات والتي بدورها تميل أكثر للاستثمار قصير الأجل (Richard, Ramsay and Malcolm, 2005). والتي من شأنها التأثير على المصلحة الجماعية والاستثمارات طويلة الأجل للشركة.

٢- إن تطبيق نظرية المصلحة الجماعية للشركة يستلزم مراعاة مجلس الإدارة لمصلحة جميع أصحاب المصالح المرتبطين بها وليس مصلحة الملاك حصراً. وأصحاب المصالح يعرفون بأنهم الذين يرتبطون مع الشركة بموجب علاقة عقدية ويتأثرون بعلاقاتها وهم على فئات على رأسهم الدائنون والموردون والموظفون والمساهمون أنفسهم (Fairfax, 2006). وعلى ذلك، تقوم هذه النظرية على تصور مهم قائم على أن الربح هو نتيجة من وراء إستراتيجية الشركة وليست الدافع من الإدارة حيث تجب في هذا الشأن الموازنة بين أصحاب المصالح المختلفة (Freeman, Wicks and Parmar, 2004).

٣- إن تقرير مصير العرض وتركه بيد الجمعية العامة للمساهمين من شأنه التركيز على الربح وتعظيم رأس المال بسبب أن الجمعية العامة يحكمها أغلبية المساهمين. واستعمال الدفاعات من شأنه عرقلة هذه الفرصة.

الفرع الثاني: حماية أقلية المساهمين

لعل المشرع الأمريكي أراد تفعيل حماية أقلية المساهمين من خلال استعمال مجلس الإدارة للتدابير الاحترازية ضد عروض الاستحواذ الهجومي. لاسيما وأن المشرع الأمريكي لا يعترف بمسألة العرض الاستحواذ الإلزامي كما هو الحال لدى المشرع البريطاني (McCahery et al., 2002). وتكون حماية الأقلية في

الشأن خصوصاً في الحكمين الشهيرين (أونيكال) و(ريفلون) بخصوص مسؤولية مجلس الإدارة واستعمال التدابير الاحترازية خاصة فيما يتعلق بمفهوم السيطرة.

الفرع الأول: ارتباط نظرية سمو مجلس الإدارة بالمسؤولية
تفترض قاعدة سمو مجلس الإدارة أن الشركة ما هي إلا مجموعة من الروابط العقدية اتحدت في الشركة من أجل رفع كفاءة عوامل الإنتاج والنشاط التجاري الخارجي. ويفترض على مجلس الإدارة من أجل تحقيق هذه الغاية أن تكون له الكلمة العليا في هذا الشأن كما يفترض أن يقوم بدور مهم يتمثل في التوفيق بين هذه الروابط العقدية المختلفة وتبقى كلمة الفصل لدى مجلس الإدارة (Bainbridge, 2008) وهو ما أكدته محكمة ولاية ديلاوير في واقعة غورمان^(١٦).

وتعتمد هذه النظرية كآلية لإصدار القرار الاستشاري على ركنين أساسيين هما ركن الصلاحية والمسؤولية أي الصلاحية في اتخاذ القرارات الاستثمارية المصيرية الحاسمة وتلك المتعلقة بأعمال الإدارة اليومية (Bainbridge, 2001). وفي هذا تأكيد أن المشرع الأمريكي لم يفترض نظرية سمو المساهمة وتعظيم الأرباح على سند من القول أن هذه الأخيرة تفترض القول الفصل للجمعية العامة في مثل هذه المسائل (Coates, 1999).

الفرع الثاني: قاعدة العمل التجاري المستقل كميّار لمسؤولية مجلس الإدارة

تقوم قاعدة العمل التجاري المستقل على فرضية مؤداها أن القرارات التي يتخذها مجلس إدارة الشركة صحيحة وأن القضاء بدوره يمتنع عن مراقبة القرارات والأعمال التجارية لمجلس الإدارة (Branson, 2002). ويتضح ذلك كالتالي:

١- إن قاعدة العمل التجاري المستقل ترتبط بثلاثة واجبات ائتمانية لازمة لضمان العمل واتخاذ القرارات الاستثمارية بشأن الشركة من قبل مجلس الإدارة وهي واجبات بذل العناية، وواجب الولاء للشركة وواجب حسن النية (Bainbridge, 2004). وهو ما أكدته محكمة ديلاوير في

هذه الحالة من خلال تحديد مصير العرض سيكون بيد الجمعية العامة للمساهمين والتي يحكمها قانون الأغلبية. فقد يرغب المساهمون الأقلية في البيع أو بدخول مستحوز جديد في الشركة من جهة، ولا تتوفر لهم الحماية اللازمة كما هي لدى عرض الاستحواذ الإلزامي والذي يعد من أهم أهدافه هو تفعيل حق الخروج من الشركة من خلال عدم رغبة المساهمين الأقلية في البقاء في الشركة مع مستحوز جديد قد لا تتوافق أهدافهم سوية (Schuster, 2013). وليس من بين قواعد المشرع الأمريكي تنظيم مسألة العرض الإلزامي ومن ثم فإن كفاءة حق الخروج في مواجهة مستحوز جديد لا يتصور تحقيقها إلا من خلال دفع المستحوز الهجومي في حال استعمال التدابير الاحترازية إلى تسوية أوضاع المساهمين الأقلية.

المطلب الثالث: مسؤولية مجلس الإدارة كما تبناها المشرع الأمريكي والتوجهات القضائية

تختلف مسؤولية مجلس الإدارة تحت مظلة التشريع الأمريكي بشكل عام في إدارة الشركة عما هو مقرر في غيره من التشريعات الأخرى. على سند من القول أن مركز مجلس الإدارة يعلو غيره من مراكز أعضاء الشركة وعلى رأسهم المساهمون. فمجلس الإدارة يختص باتخاذ القرارات المصيرية وغيرها والتي تخص الأنشطة التجارية والاقتصادية اليومية كما تقتضيها نظرية فصل الملكية عن الإدارة. ومن هذا المنطلق انطلقت نظرية تسمى بسمو مجلس الإدارة في الولايات المتحدة الأمريكية. وعلى هذا الأساس والمنوال يستطيع مجلس الإدارة توظيف التدابير الاحترازية لصد عروض الاستحواذ الهجومي. إلا أن هذا الاستعمال ليس على إطلاقه وإنما يخضع للرقابة القضائية ومقيد باستعمال قاعدة العمل التجاري المستقل. وترتبط قاعدة العمل التجاري بعدد من الواجبات الائتمانية المرتبطة بها كواجب الولاء وواجب عدم تنازع المصالح. سيما وأن المشرع البريطاني افترض مسبقاً تنازع المصالح لدى مجلس الإدارة فغل يده عن استعمال التدابير الاحترازية واكتفى بمجرد واجب النصح والاستشارة المقدمة للمساهمين في هذا الصدد. وقد اختلفت توجهات قضاء ولاية ديلاوير في هذا

(16) *Gorman v. Salamone, C.A. No. 10183-VCN* (Del. Ch. July 31, 2015).

انتقل العبء على مجلس الإدارة لينفي بدوره هذه الأمور وليثبت عدالة القرار التجاري (Johnson, 2013). وفي حالة عدم قدرة المساهم المدعي في إثبات دعواه، فإنه بالتالي لا يتصور قيام المسؤولية من قبل مجلس الإدارة في هذا الصدد. وهو ما أكدته قضاء ولاية ديلاوير في حكم (سيترون)^(١٧). وعلى ذلك فإن قرينة صحة القرارات لم تنتقض. وعلى ذلك تحقق قاعدة العمل التجاري المستقل جملة من الفوائد أهمها أن يعمل مجلس الإدارة بكل حرية في اتخاذ القرارات الاستثنائية، وإبعاد الخوف من الوقوع تحت طائلة المسؤولية في مواجهة المساهمين، ولتخفيف العبء على المحاكم في هذا الصدد من خلال رفع معيار المسؤولية وتشديد عبء الإثبات (Taylor, 1998).

الفرع الثالث: ارتباط قاعدة العمل التجاري بالتدابير الاحترازية ضد عرض الاستحواذ الهجومي

وترتبط قاعدة العمل التجاري باستعمال التدابير الاحترازية في عدد من الأمور وفقاً لما سبق:

- ١- تحديد معيار أداء عمل مجلس الإدارة بعناية الرجل الحريص، والعمل وفقاً لمصلحة الشركة ودون تعارض المصالح.
- ٢- إن تعريف مصلحة الشركة مهم جداً في هذا الصدد، فمجلس الإدارة يوظف التدابير الاحترازية مراعيًا مصلحة الشركة ككل من حيث عدم مراعاة مصلحة معينة بحد ذاتها ووضعها فوق اعتبار بقية المصالح كمصلحة المساهمين مثلاً (Tomasic, Bottomley and Mcqween, 2002). خاصة فيما يتعلق بمصلحة الدائنين والتي يجب على الجمعية العامة للمساهمينجنباً إلى جنب مع مجلس الإدارة مراعاتها وفقاً للقرارات التي تتعلق بالشركة بشكل عام لأنها مصلحة تتعلق بالحالة الائتمانية للشركة (Langton and Trotman, 1999). والقرارات المتعلقة بالتدابير الاحترازية من قبل مجلس الإدارة.
- ٣- كذلك هو الحال فيما يتعلق بمسألة تنازع المصالح، حيث يعرف تنازع المصالح بأنه التزام يقع على عاتق مجلس الإدارة يترتب عليه أن يبتعد مجلس الإدارة من أية

واقعة (آرانسون) من أن قاعدة العمل التجاري المستقل تمنح مجلس الإدارة حرية اتخاذ القرارات الاستثنائية والتي من غير المتصور إمكانية عرقلتها من خلال الدعاوى المختلفة من قبل المساهمين متى ما كانت القرارات قد اتخذت بحسن نية ولمصلحة الشركة^(١٨).

٢- وقد اعترض البعض على هذه القاعدة حيث يرى هذا الاتجاه أن القاعدة تحمي مجلس الإدارة طالما كان عملهم يتم وقراراتهم تتخذ وفقاً لمبدأ حسن النية الشهيرة (Gevurtz, 2000). إلا أن هذه القاعدة لا تخلق حصانة لمجلس الإدارة الشركة، فعضو مجلس الإدارة الذي يحصل عنده تنازع في المصالح لدى اتخاذ قرار استثماري، أو عضو مجلس الإدارة غير الحريص الذي يتخذ قرارات ليس مبنية على المعلومات المتاحة لديه، فلا تشملهم هذه الحماية (Peebles, 1985).

٣- وبناء على ما تقدم وهدياً به، ولما كان الأصل العام عدم إمكانية مقاضاة مجلس الإدارة عن الأخطاء التي قد تقع بموجب أعمال الإدارة والقرارات الاستثمارية في هذا الصدد. إلا أنه أمكن على سبيل الاستثناء مقاضاتهم وإثبات مسؤوليتهم إذا أثبت المساهم المدعي أن القرارات الاستثمارية لم تتخذ بموجب حسن النية. وهو ما أكدته قضاء ولاية ديلاوير في واقعة (بريم)^(١٩)، حيث أكد القضاء أن القاعدة لا تحمي عضو مجلس الإدارة الذي لديه تنازع مصالح، وأهمل واجب الولاء وواجب الحرص في أداء عمله ووقع في الخطأ الجسيم الذي يتنافى مع مقتضيات العمل التجاري.

٤- وحيث إن قاعدة العمل التجاري قرينة مفترضة في مجلس الإدارة. فإنه يستوجب على المساهم المدعي بخطأ مجلس الإدارة ومخالفته للواجبات الائتمانية المرتبطة بقاعدة العمل التجاري أن يثبت الخطأ من جانب مجلس الإدارة في اتخاذ القرارات الاستثمارية وأن هذا الخطأ كان جسيماً مصاحباً لمخالفة حسن النية وتنازع مصالح ومن غير ولاء للشركة. فإذا نجح المساهم المدعي في الإثبات

(19) Citron v. Fairchild Camera and Instrument Corp., 569 A.2d 53, 64 (Del. 1989).

(17) Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 812 n.6 (Del. 1984),

(18) Brehm v. Eisner, 746 A.2d 244, 264 n.66 (Del. 2000).

وعدم تنازع المصالح أن يقوم بحماية هذه المصالح. إلا أنه يشترط أن يبذل مجلس الإدارة العناية اللازمة في بيان إذا ما كان العرض يشكل خطراً على مصالح الشركة وأن تكون التدابير الاحترازية لازمة لدرء هذا الخطر. وتخص حالة السيطرة فيما يتعلق بمسألة سيطرة مجلس الإدارة على الشركة حينما تكون الشركة مهددة بخطر الاستحواذ الهجومي (Cahill and Wink, 1990).

٢- توجه ريفلون^(٢١): يقوم هذا التوجه على اعتبار مهم يختلف عن سابقه وهي حالة انتقال السيطرة. ويقصد بانتقال السيطرة تلك الحالة المتمثلة بدخول مستحوذ جديد كنتيجة مترتبة على الاستحواذ. فيجب على مجلس الإدارة البحث عن أعلى العروض إعمالاً لمسألة تعظيم الأرباح والاستثمارات قصيرة الأجل (Gilson and Kraakman, 1990). لذا ركز هذا التوجه من أجل إعماله على مسألتين أولاهما: العمل من أجل تعظيم الأرباح على المدى القصير^(٢٢). وثانيهما: إذا عمل مجلس الإدارة وفقاً لهذا الواجب الأخير والمتعلق بتعظيم الأرباح فإن قرينة العمل التجاري المستقل لن تكون مفترضة بل يجب على مجلس الإدارة أن يثبتها لدى رفع الدعوى أمام القضاء^(٢٣). والعلة في ذلك أن العمل وفقاً لتعظيم الاستثمارات قصيرة الأجل سيتقل السيطرة في الشركة مما سيقلب بدوره مجلس الإدارة إلى مضارين على الشركة بدلاً من كونهم حراساً يحمون مصالحها (Furrow, 2009). وقاعدة العمل التجاري المستقل إنما قررت من أجل إعطاء مجلس الإدارة الفرصة من أجل أن يعمل ويتخذ قرارات استثمارية بشكل أفضل لا أن يخاطر بمصلحة الشركة والمساهمين.

المبحث الخامس:

موقف المشرع الكويتي وأسبابه

إن المشرع الكويتي لا يعيش بمعزل عن التشريعات المقارنة. فهو بكل تأكيد يتأثر بالتوجهات العالمية في القانون التجاري لاسيما قانون هيئة أسواق المال. فالكويت حديثة التجربة في هذا المجال.

صفقات أو معاملات تحمل مصلحة شخصية لأي عضو في مجلس الإدارة من شأنها التأثير على مصلحة المساهمين (Shaw, 1990). ويتحقق تنازع المصالح في حال خوف مجلس الإدارة من أن يقوم المعارض الهجومي حال نجاح استحواذه باستبداهم وبالتالي ضياع مناصبهم. إلا أن المشرع الأمريكي أجاز استعمال التدابير الاحترازية ومن ثم ربطها بقاعدة العمل التجاري المستقل. فالأصل هو صحة التدابير الاحترازية ومن ثم عدم تنازع المصالح فيها إلى أن يثبت العكس.

الفرع الرابع: توجهات قضاء ولاية ديلاوير فيما يخص

مسؤولية مجلس الإدارة من استعمال التدابير الاحترازية

توجه قضاء ولاية ديلاوير لتقييم عملية استعمال التدابير الاحترازية ضد عروض الاستحواذ الهجومي إلى توجيهين أساسيين. التوجه الأول يخص تقييم مسألة عدم انتقال السيطرة من خلال عرض الاستحواذ الهجومي وكذا فيما يخص حالة حماية أقلية المساهمين وهو المعروف بتوجه (يونيكال). أما في الحالة الثانية فقد توجه القضاء في ولاية ديلاوير لحالة معينة تخص عملية انتقال السيطرة من خلال عرض الاستحواذ الهجومي ويسمى بتوجه (ريفلون). الجدير بالذكر أن كلا من التوجيهين اختلفا في تطبيق قاعدة العمل التجاري المستقل. وسنقوم بتبيين كلا التوجيهين كالتالي:

١- توجه يونيكال^(٢٤): يرتبط توجه يونيكال في المقام الأول إلى حالة معينة وهي تخص حالة عدم انتقال السيطرة على الشركة. وتقاس وفقاً لقاعدة العمل التجاري المستقل في تحديد صحتها وهي أن يعمل مجلس الإدارة وفقاً لواجب الولاء للشركة وبذل العناية وعدم تنازع المصالح. وحيث قام مجلس الإدارة في شركة يونيكال برفض عرض الاستحواذ الهجومي المقدم من شركة ميسا بترولسيوم في هذه الواقعة حماية لأقلية المساهمين في الشركة. وأن في قبول العرض إضراراً بمصالح الشركة ككل وأنه يتوجب على مجلس الإدارة من خلال واجب الولاء وبذل العناية

(21) *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173, 179 (Del. 1986).

(22) *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173, 179 (Del. 1986).

(23) *Ibid.*

(20) *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946 (Del. 1985).

- يجب على مقدم العرض أن يعامل جميع مساهمي الشركة محل العرض من الفئة ذاتها معاملة عادلة^(٢٦).
- يقوم مقدم العرض بتقديم عرضه لمساهمي الشركة محل العرض مباشرة، على أن يتاح لكل مساهم الخيار ببيع أسهمه لمقدم العرض أو الاحتفاظ به^(٢٧).
- يجب على مجلس إدارة الشركة محل العرض تزويد مساهميها بالمعلومات والتوصيات الكافية لتمكينهم من التوصل إلى قرار من أجل قبول العرض أو رفضه^(٢٨).
- يجب على مجلس إدارة الشركة محل العرض تفادي أي تعارض للمصالح عند تقديمهم توصيات لمساهمي الشركة بخصوص أي عرض استحواذ^(٢٩).

وكذا هو الحال، فقد تطرق المشرع في عدة مواضع أخرى لمسؤولية مجلس الإدارة والواجبات الائتمانية في هذا الصدد كما هو منظم وفقاً لقانون الشركات الكويتية عام ٢٠١٦م. فقد نص في المادة على حقوق والتزامات مجلس الإدارة وكذا حقوق التزامات الجمعية العامة في هذا الصدد بالنسبة لشركات المساهمة العامة والتي تكون محلاً للإدراج بالهيئة ومن ثم تطبق قواعد الاستحواذ عليها إذ إن المشرع الكويتي قصر التنظيم بالنسبة لمسائل الاستحواذ على الشركات المدرجة فقط. أما بالنسبة لالتزامات وواجبات مجلس الإدارة والجمعية العامة فقد توزع التنظيم فيما بين قانون الشركات وأسواق المال.

الفرع الثاني: عدم جواز استعمال التدابير الاحترازية ضد عروض الاستحواذ الهجومي

لقد تبني المشرع الكويتي ذات الموقف الذي تبناه المشرع البريطاني في تقنين المدينة. ونص على ذات الشروط والأحوال المترتبة من حيث المنع والجواز. ويبدو أن الأمر أقرب إلى مسألة الاقتباس التشريعي في هذا الصدد. فالمشرع الكويتي في هذا المجال حديث فقانون أسواق المال صدر في عام

وقد استعانت في هذا الصدد بالتجربة البريطانية والتي نقلت تأثيرها للاتفاقية الأوروبية. وعلى هذا المنوال، توجه المشرع الكويتي إلى تبني قاعدة حياد مجلس الإدارة في عدم جواز استعمال أية تدابير احترازية. واكتفى بالواجب الاستشاري المقدم للجمعية للمساهمين. ومن أجل ضمان جودة الاستشارة قام بربطها بعدد من الواجبات الائتمانية. وعلى ذلك، فإن القرار النهائي يثبت للجمعية العامة للمساهمين في شأن تحديد مصير العرض. إلا أن هذا الأمر لا يعني عدم إمكانية توظيف الجمعية العامة للمساهمين أنفسهم هذه التدابير. وحسب قانون الأغلبية، فإن القرارات التي تتخذ في الجمعية العامة قد يشوبها الشك في مراعاة مصلحة هؤلاء الأغلبية من حيث مراعاة كبار المستثمرين وعدم الاكتراث لمصلحة الأقلية ومن جهة الأخرى الإخلال كذلك بالاستثمارات طويلة الأجل.

المطلب الأول: موقف المشرع الكويتي

إن الكويت حديثة التجربة في هذا المجال فالقانون تم تشريعه في عام ٢٠١٠م^(٣٠) ولائحته التنفيذية في عام ٢٠١٥م^(٣١). وجدير بالذكر أن القانون إنما يتطور بأحد أمرين، إما يتطور بشكل تلقائي وذاتي نظراً للأخطاء التي طرأت عليه في تنفيذه والثغرات التي تم اكتشافها في الواقع العملي، وإما أنه يتطور استجابة لتغيرات السوق المختلفة ومتطلباتها أو بالنظر في القوانين المنظمة لعملية العرض الهجومي واستعمال التدابير في هذا الصدد.

الفرع الأول: الإطار التشريعي المنظم لعمليات الاستحواذ الهجومي في الكويت

نجد أن المشرع قد تطرق لعمليات الاستحواذ الهجومي بالتنظيم في كتاب الاستحواذ والاندماج من اللائحة التنفيذية عام ٢٠١٥م لقانون هيئة أسواق المال عام ٢٠١٠م. فقد نص كتاب الاستحواذ والاندماج على مجموعة مبادئ:

- (٢٤) اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠م بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية وتعديلاته.
- (٢٥) قرار رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٥م بشأن إصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠م بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية وتعديلاته.

- (٢٦) كتاب الاستحواذ والاندماج من اللائحة التنفيذية ٢٠١٥م ١-3-2.
- (٢٧) كتاب الاستحواذ والاندماج من اللائحة التنفيذية ٢٠١٥م ١-3-3.
- (٢٨) كتاب الاستحواذ والاندماج من اللائحة التنفيذية ٢٠١٥م ١-3-7.
- (٢٩) كتاب الاستحواذ والاندماج من اللائحة التنفيذية ٢٠١٥م ١-3-8.

اتخاذ أي من التصرفات المشار إليها بشرط موافقة الجمعية العامة للمساهمين، أو في الأحوال التي نشأ فيها التزام الشركة باتخاذ تلك التصرفات قبل تقديم العرض^(٣٠). فحاكي ذات الاستثناءات المنصوص عليها لدى المشرع البريطاني. بل وأعطت اللائحة التنفيذية دوراً مهماً لمجلس الإدارة في هذا الصدد وهو الدور الاستشاري حيث نصت على: "يجب على مجلس إدارة الشركة محل العرض تزويد مساهميها بالمعلومات والتوصيات الكافية لتمكينهم من الوصول إلى قرار من أجل قبول العرض أو رفضه". ونص في الفقرة التي تليها على أنه: "يجب على أعضاء مجلس إدارة الشركة محل العرض تفادي أي تعارض للمصالح عند تقديمهم توصيات بخصوص أي عرض استحواذ"^(٣١).

المطلب الثاني: أسباب المشرع الكويتي

فيما يبدو أن المشرع الكويتي قد حاكى التشريع البريطاني من خلال قانون أسواق المال. فالقانون الكويتي في هذا الصدد هو قانون ناشئ حديث يحتاج إلى محاكاة غيره من التشريعات. لكن قد تكمن خطورة في هذه المحاكاة فالنظام التشريعي بالنسبة للمملكة المتحدة وبالنسبة لسوق الأوراق المالية هو سوق متطور جداً. وكذلك ارتباط التشريع البريطاني بالتشريع الأوروبي بهدف تحقيق التعاون الاقتصادي فيما بين دول أعضاء الاتحاد الأوروبي الأعضاء. وآية ذلك، أن من أهداف الاتفاقية هو تسهيل عمليات الاستحواذ والاندماج من خلال تقرير حق المساهمين لفرصهم الاستثمارية ومنع مجلس الإدارة من اتخاذ أية تدابير احترازية إلا بإذنهم. كذلك. فيما يبدو أن للمشرع الكويتي غاية أخرى وهي حماية كبار المستثمرين والمساهمين في الجمعية العامة من خلال تمكين الجمعية العامة من اتخاذ القرار في شأن عرض الاستحواذ الهجومي دون ثمة أي تقرير لبعض المبادئ المهمة في حماية أقلية المساهمين والتي نص عليها التشريع الأوروبي ككفالة حق التخارج.

٢٠١٠م ولائحته التنفيذية في عام ٢٠١٥م. وتطورات السوق بشكل عام والتماشي مع التشريع والملائمة معه تستدعي التقليد في هذا الصدد. فتناول المشرع الكويتي في قانون أسواق المال في اللائحة التنفيذية مسألة العرض الهجومي وقيد مجلس الإدارة من توظيف أية تدابير احترازية في هذا الصدد من شأنها أن تعيق فرصة المساهمين في تحديد مصير عرض الاستحواذ الهجومي. ولقد قرر المشرع الكويتي كأصل عام مبدأ الحظر على مجلس الإدارة من خلال منعه من القيام بأية تصرفات قد تخل بفرصة المساهمين في تحديد مصير العرض الهجومي. حيث نص على جملة من التصرفات المحظورة. وبالنظر إلى التصرفات المحظورة على مجلس الإدارة أثناء تقديم العرض نجد النص عليها كالتالي: "لا يجوز للشركة محل العرض القيام - خلال فترة العرض أو المفاوضات الأولية بشأن تقديم عرض - بأي مما يلي:

- إصدار أسهم جديدة في حدود رأس المال المصرح به أو إصدار أو منح خيارات تتعلق بهذه الأسهم.
 - إصدار هذه الأسهم. إصدار أي أوراق مالية قابلة للتحويل إلى أسهم.
 - التصرف في أي أصول ذات قيمة مؤثرة.
 - إبرام عقود خارجة عن إطار النشاط العادي للشركة.
 - اتخاذ أي إجراء من شأنه أن يؤدي إلى عدم قبول العرض أو حرمان المساهمين من فرصة اتخاذ قرار بشأنه.
 - تحميل الشركة بأي التزامات مادية مؤثرة، إلا في حدود تمكينها من تمويل وممارسة أنشطتها العادية".
- بما يعني أن قانون أسواق المال ولائحته التنفيذية قد تبنت ذات الموقف لدى التشريع البريطاني وبالضرورة هو نفسه الموقف لدى المشرع الأوروبي.

الفرع الثالث: إجازة استعمال التدابير الاحترازية ضد عرض الاستحواذ الهجومي

أعقبت اللائحة التنفيذية في هذا الشأن استثناءً مهماً بعد تقريرها مبدأ الحظر وضرورة التزام مجلس الإدارة لدور الحياد في شأن عروض الاستحواذ الهجومي. فنصت على: "ولا تخل القيود المفروضة بشأن هذه المادة بحق الشركة محل العرض في

(٣٠) كتاب الاستحواذ والاندماج من اللائحة التنفيذية ٢٠١٥م 3-16.

(٣١) كتاب الاستحواذ والاندماج من اللائحة التنفيذية لسنة ٢٠١٥م

المادة ٣-١-٧.

الفرع الأول: محاكاة التشريع البريطاني

لقد تأثر المشرع الكويتي في كثير من أحكامه خاصة في المجال التجاري بالتشريع البريطاني. فنقل الكثير من التجربة البريطانية لتكون له محل انطلاقة ينطلق منها. ففي كثير من أحكام قوانين الشركات وأسواق المال تأثر كبير بهذا التوجه. نورد منها على سبيل المثال أحكام عرض الاستحواذ الإلزامي كآلية لحماية أقلية الشركات المدرجة. فنظم عرض الاستحواذ الإلزامي في المادة ٧٤ من قانون هيئة أسواق المال^(٣٢). لكن المحاكاة التشريعية تستلزم أن تكون التجربة المنقولة تتماثل أو تتشابه من حيث المعطيات في البيئة التشريعية والاقتصادية. وهو الأمر الذي قد يتسبب في سوء التنظيم. خاصة وأن للمشرع البريطاني أسباب في بني حياد مجلس الإدارة ومنع استعمال التدابير الاحترازية. وبيان ذلك كالتالي:

١- لقد تأثر المشرع البريطاني بنظرية سمو المساهمة وتعظيم رأس المال كهدف من إدارة الشركة. الأمر في مثله لا يتضح بالنسبة للمشرع الكويتي، فقد نص في كتاب حوكمة الشركات من اللائحة التنفيذية عام ٢٠١٥م لقانون هيئة أسواق عام ٢٠١٠م في القاعدة التاسعة منه على ضرورة احترام مصلحة أصحاب المصالح. حيث نص على أنه: "يتعين على الشركة أن تضع النظم والسياسة التي تكفل مصلحة حماية حقوق أصحاب المصالح"^(٣٣). وكذا نص المشرع الكويتي في قانون الشركات لسنة ٢٠١٦م في المادة ١٨٦ على أنه: "تضع الجهات الرقابية المعنية قواعد حوكمة الشركات الخاضعة لرقابتها، بما يحقق أفضل حماية وتوازن بين مصالح إدارة الشركة والمساهمين فيها، وأصحاب المصالح الأخرى المرتبطة بها، كما تبين الشروط الواجب توفرها في أعضاء مجلس الإدارة المستقلين". ومن خلال هذا التوجه يتضح أن المشرع الكويتي يميل الكفة إلى نظرية المصلحة الجماعية في إدارة الشركة. ثم هو يتراجع

ويقرر نظرية سمو المساهمة في شأن عرض الاستحواذ الهجومي من خلال منع مجلس الإدارة من توظيف أية تدابير احترازية إلا بموافقة الجمعية العامة للمساهمين.

٢- لقد نقل المشرع الكويتي نظرية الحياد المستمدة من المشرع البريطاني والذي بدوره نقلها للمشرع الأوروبي. إلا أن نظرية الحياد مرتبطة كما تم بيانه بمجموعة من المبادئ التي نصت عليها الاتفاقية الأوروبية بشأن الاستحواذ والاندماج عام ٢٠٠٤م. ولم يرق بدوره المشرع الكويتي بنقل كل تلك المبادئ والتي من أهمها حق تخارج الأقلية في حال إذا بلغت حصة المستحوذ ٩٠٪ فيجوز للأقلية طلب إخراجهم من الشركة فرضاً على المستحوذ المسيطر.

٣- ارتبطت نظرية حياد مجلس الإدارة بضرورة إنشاء سوق أوروبية مشتركة في شأن البضائع والخدمات والأشخاص، وهو الأمر الذي لا يتوفر على مستوى الخليج العربي أو الوطن العربي بشكل عام. فلمسألة حياد مجلس الإدارة أهمية إقليمية ذات أثر اقتصادي عال. وهو تسريع عملية إعادة هيكلة الشركات من خلال تسهيل عمليات الاستحواذ العابر للحدود حيث إنه قد ينتج تأخير في الفصل في عروض الاستحواذ الهجومي.

الفرع الثاني: محاباة كبار المستثمرين

إن في تطبيق نظرية الحياد تفضيلاً لمصالح كبار المستثمرين من خلال تقرير مصير الاستحواذ بيد الجمعية العامة للمساهمين. فإن فيه عدم احترام لرأي الأقلية (الشعومي، ٢٠١٥م). وأية ذلك من خلال التالي:

١- إن في عدم إجراء أية تدابير احترازية ضد عرض الاستحواذ الهجومي من خلال عدم إجازة اتخاذ تدابير احترازية ضد العروض الهجومي وجعل القرار منفرداً بيد المساهمين عدم احترام لحقوق الأقلية. حيث إن الجمعية العامة يحكمها قانون الأغلبية، واتخاذ القرار فيها فإنه قد يخدم مصالح الأغلبية وحدها في شأن العرض الهجومي وهذا من شأنه أن يؤدي إلى تعسف الأغلبية الذي لا يراعي مصلحة الشركة كجماعة (المطيري، ٢٠١٣م).

(٣٢) قانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠م بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية المادة ٧٤.

(٣٣) كتاب حوكمة الشركات من اللائحة التنفيذية عام ٢٠١٥م القاعدة ٩.

- ٢- حتى في الاستثناء الذي أجازته المشرع الكويتي بجواز اتخاذ الشركة للتدابير وبشكل مسبق على تقديم العرض الهجومي وبموافقة الجمعية العامة يشوبه بعض الانتقادات. فإن هذا الأمر من شأنه الإضرار بحقوق أقلية المساهمين (الشحومي، ٢٠١٥م). حيث من المعلوم أن قاعدة الأغلبية في اتخاذ القرارات في الجمعية العامة العادية وغير العادية هي الطريقة في قيادة الشركة. بيد أن الأغلبية قد تتعسف في هذا السياق وتوجه قرارات الشركة ليس لخدمة الأخيرة بل لخدمة أنفسهم مما يدخلنا في دوامة تعسف الأغلبية (الملحم، ٢٠١٥م). ويكون ذلك السماح لمجلس الإدارة في عرقلة أي عروض أو إحباطها خاصة تلك التي لا تتوافق مع مصلحة الأغلبية. فالأغلبية إنما انحرفوا في استخدام حقهم وتطبيق مبدأ ديمقراطية الشركة. فهذا الأخير إنما يهدف إلى الإدارة عبر ما تراه أغلبية حملة الأسهم. وفيما يصب ويخدم مصلحة الشركة. إلا أن تقرير هذا الأمر كحق من الحقوق قد يشوبه التعسف والاستغلال الأمر الذي يجعله ينقلب من حق إلى سيف مسلط على رقاب الشركة جمعاء. ومن جهة أخرى، فإن تعسف الأغلبية إنما يعتبر إخلالاً بمبدأ المساواة فيما بين المساهمين فالتعسف قد يقصد منه حماية مصالح الأغلبية أو الإضرار بمصالح الأقلية (أحمد، ١٩٨٦م). ويتضح من هذا الأمر في تبرير قاعدة الحياد أن المشرع الكويتي هنا يميل إلى حماية مصالح كبار المستثمرين.
- ٣- لقد نقل المشرع الكويتي أحكام الاستحواذ الهجومي من المشرع البريطاني كما أسلفنا. وقد نقل المشرع البريطاني تأثيره للمشرع الأوروبي والذي قرر قواعد مهمة في هذا السبيل. وربط ما بين أحكام الاستحواذ الهجومي بمجموعة من المبادئ أهمها تلك التي تتعلق بحقوق أقلية المساهمين كالاستحواذ الإلزامي وتجاوز الأقلية. غير أن المشرع الكويتي لم يلتفت لهذه الأخيرة ولم يدرجها ضمن الأحكام المنظمة لعمليات الاستحواذ.
- ٤- ولا يعني هذا الأمر عدم إمكانية إجراء التدابير الاحترازية ضد عرض الاستحواذ الهجومي إطلاقاً في ضوء قاعدة الحياد. فإن الجمعية العامة وكما أسلفنا هي صاحبة الاختصاص الأصيل في إدارة الشركة من خلال اتخاذ القرارات المهمة والمصيرية. إلا أنه لمجلس الإدارة مراعاة بحسب الأصل للمصلحة الجماعية للشركة، وهو ما قد لا يتوفر لدى الجمعية العامة للمساهمين والتي يحكمها قانون الأغلبية فإن التركيز سيكون أكثر للبيع وفقاً لفروقات الأسعار على الأجل القصير.
- ٥- قد يقول قائل، إن الأقلية متى ما ارتأت تعسفاً من قبل الجمعية العامة في حقوقهم تقرير حق الخروج من الشركة من خلال بيع نصيبهم. وإن عرض الاستحواذ الهجومي إنما قدم بشكل أعلى من القيمة السوقية. هذا التصور صحيح إلى حد ما، إلا أنه مردود عليه في ناحية أن الأقلية قد تكون لها إستراتيجية بعيدة الأجل وقد تريد تفعيل حقها في البقاء. وهو ما لا يتوافر دونها استعمال للتدابير الاحترازية ضد عرض الاستحواذ الهجومي.
- ٦- يستطيع أقلية المساهمين، وقبل اللجوء إلى الدعاوى القضائية والتظلم من القرارات الصادرة عن الجمعية العامة والتي تحجب بحقوقهم. ويعرف تعسف الأغلبية بأنه: "الاستعمال المغالي فيه والزائد في إبان استعمال الحق، مما يترتب عليه المساس بحقوق الغير، سواء أكان التعسف إيجابياً من أي باتخاذ قرارات نقض مصلحة الشركة، تهدف منه الأغلبية إلى تحقيق مزية خاصة على حساب فئة الأقلية. والتضحية بمصالحهم. أو كان التعسف سلبياً برفض اتخاذ القرار من قبل الأغلبية وعدم التصويت. رغبة منهم في إعاقة أو عرقلة اقتراح أو مشروع قدمه الأقلية" (تارديس، ٢٠١٤م). حيث تبطل قرارات الجمعية العامة متى ما انطوت على غش من الأغلبية أو قصد الإضرار بمصالح الأقلية وليس لمصلحة الشركة.
- ٧- يستطيع الأقلية قبل تحريك أية دعوى قضائية كدعوى المسؤولية أو دعوى المساهم المشتقة التظلم من

القرارات التي تصدرها الجمعية العامة^(٣٤). "ويكون حق المساهم في التظلم متى كان حاضراً وأثبت اعتراضه أو كان غائباً بعذر مقبول أو منع من الحضور من مجلس الإدارة أو من دائني الشركة ما دام القرار قد وقع مخالفاً للقانون أو النظام الأساسي للشركة أو على خلاف شروط القرض بالنسبة لحملة السندات" (أبو زيد، ١٩٨٥م).

وقد اشترط قانون الشركات الكويتي في المادة ٢٢٠^(٣٥)، بالنسبة للتظلم من قرارات الجمعية العامة للمساهمين حتى يثبت للأقلية هذا الحق ما نسبته ١٥٪ شريطة عدم سبق الموافقة منهم على القرار المتظلم منه. ولما كان الحال هنا هو تظلم الأقلية على القرارات المجحفة بشأن عرض استحواذ هجومي، فمجال الحديث هو الاعتراض الصادر من الأقلية بالنسبة للشركات المدرجة فقد اشترطت المادة ٧٣ من قانون أسواق المال حصة لا تقل عن ٥٪ ولا تزيد على ٣٠٪ حتى تستطيع الأقلية تقديم تظلمها على قرارات الجمعية العامة التي انطوت على إجحاف بحقوقهم^(٣٦).

الفرع الثالث: تنازع المصالح

لقد افترض المشرع الكويتي سلفاً في مجلس الإدارة قرينة تنازع المصالح. ويتضح ذلك من خلال اللائحة التنفيذية حين إيرادها لالتزام الإدارة بالدور الاستشاري. فقد نصت اللائحة على: "يجب على مجلس إدارة الشركة محل العرض تفادي أي تعارض للمصالح عند تقديمهم توصيات لمساهمي الشركة محل

العرض بخصوص أي عرض استحواذ"^(٣٧). في الوقت نفسه الذي ألزم المشرع الكويتي عضو مجلس الإدارة أن يكون مالكاً بصفة شخصية للأسهم أو أن يكون من يمثل مالكاً للأسهم حيث نصت المادة ١٩٣ فقرة ٣ على: "يجب أن تتوافر في من يرشح لعضوية مجلس الإدارة الشروط التالية: فيما عدا أعضاء مجلس الإدارة المستقلين، يجب أن يكون مالكاً بصفة شخصية أو يكون الشخص الذي يمثل مالكاً لعدد من أسهم الشركة. وإذا فقد عضو مجلس الإدارة أياً من الشروط المتقدمة أو غيرها من الشروط الواردة في هذا القانون أو القوانين الأخرى زالت عنه صفة العضوية من تاريخ فقدان ذلك الشرط"^(٣٨).

ومن هنا يظهر أن المشرع الكويتي يهدف من خلال هذا الشرط إلى تحقيق واجب الولاء للشركة وبذل العناية اللازمة من خلال جعل عضو مجلس الإدارة مساهماً في الشركة من حيث الأصل أو يتم انتخابه من قبل المساهمين أنفسهم. ومن ثم عاد المشرع الكويتي ليفترض بشكل مسبق تنازع المصالح في عضو مجلس الإدارة من خلال غل يده عن استعمال أية تدابير احترازية ضد عرض الاستحواذ الهجومي وهو ما لا يتلاءم مع وجهة نظرنا.

المطلب الثاني: مسؤولية مجلس الإدارة كما تبناها المشرع الكويتي، وتوجهت في ذلك أحكام القضاء
يعتبر اختصاص المجلس في إدارة الشركة اختصاصاً أصيلاً بقوة القانون، ولذلك لا يصح أن تكون قرارات الجمعية العامة سالبة لهذا الاختصاص وجوهره (أبو زيد، ١٩٨٨م). وكذا مما يعاب على المشرع الكويتي أنه ناقض مفهوم فكرة الوكالة في إدارة الشركة. فما هو مستقر عليه تطبيق مبدأ فصل الملكية عن الإدارة. ورغم ذلك، فالمشرع الكويتي ضمن للمساهمين التأثير على قرارات الشركة فلم يعزلهم بشكل كامل عن إدارتها وذلك من خلال ضمان حق الرقابة في الجمعيات العامة.

(٣٤) يعد التظلم من القرارات الصادرة عن الجمعية العامة شرطاً لقبول الدعوى أمام القضاء. فقد اتجهت محكمة النقض المصرية "ولما كان الثابت بالأوراق لم يتقدموا بالتظلم إلى اللجنة المنصوص عليها في المادة ٥٠ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٢/٩٥ قبل رفع الدعوى الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم قبول الدعوى لعدم سبق التظلم فهذه الأسباب حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى شكلاً لعدم سابقة التظلم وألزمت رافعها بالمصروفات" محكمة القضاء الإداري الدائرة السابعة دعوى رقم "٣٦٦٦٦" لسنة ٦٠.

(٣٥) قانون الشركات الكويتي عام ٢٠١٦م المادة ٢٢٠.

(٣٦) قانون هيئة أسواق المال الكويتي عام ٢٠١٠م المادة ٣٧.

(٣٧) كتاب الاستحواذ والاندماج من اللائحة التنفيذية ٢٠١٥م المادة

١-٣-٨.

(٣٨) قانون الشركات الكويتي عام ٢٠١٦م المادة ١٩٣.

الفرع الأول: مسؤولية مجلس الإدارة كما تبناها المشرع الكويتي
 مما لا شك فيه أن المشرع الكويتي اقتفى أثر التوجه العالمي في فصل الملكية عن الإدارة. ذلك من خلال ما يسمى بالوكالة في إدارة الشركة. إذ تعبر فكرة الوكالة عن أن الشخص الاعتباري لا جسد له يمكنه من التعبير عن إرادته، فيكون الوكيل المنفصل عنه في التكوين معبراً عن إرادة هذا الأخير (وصفي، ١٩٥٩م).
 وحيث أورد في ذلك القضاء الكويتي على "انتخاب رئيس مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة بالاقتراع السري لرئاسة الشركة، ويمثلها لدى الغير، وتنفيذ قرارات مجلس الإدارة مقيداً بتوصيات نظير مكافآت تحدد بنسبة من الربح إن وجدت، يدل على أن رئيس مجلس الإدارة لا يعد عاملاً، إذ يباشر سلطاته من خلال نيابة قانونية"^(٣٩). وبيان ذلك كالآتي:

١ - فقد نص المشرع الكويتي في قانون الشركات على ما يلي:
 "ويذلل مدير الشركة ومجلس إدارتها عناية الرجل الحريص في ممارسة سلطاتهم وواجباتهم"^(٤٠). والوكالة في هذا الصدد على قسمين، إما وكالة بأجر أو وكالة بلا أجر وقد تطلب المشرع الكويتي في بذل كليهما عناية الرجل المعتاد في إدارة شؤونه كما تنص قواعد القانون المدني^(٤١). ومن المعلوم أن إدارة الشركة تعتبر من قبيل الوكالة بأجر^(٤٢). وفيما يبدو أن المشرع الكويتي إنما استثنى القيام بأعمال الشركة، ليرفع درجة العناية التي يمارسها مجلس الإدارة لكونها تتحدد وفقاً لمعيار الرجل الحريص بناء على التصرف بعقد الوكالة الذي يربط ما بين مجلس الإدارة والمساهمين في إدارة شؤون الشركة. وتعليلاً لهذا المسلك، فالشركة كمشروع اقتصادي تحتاج خبرة وكفاءة عالية ومن شأن ذلك منع المغامرين من عديمي الخبرة من دخول مجلس الإدارة (الشمري، ١٩٨٥م).

٢ - إن عضو مجلس الإدارة بصفته وكيلاً عن المساهمين يتمتع عن الاستفادة من المعلومات الداخلية للشركة كما جاء في نص المادة ١٩٥ من قانون الشركات الكويتي^(٤٣). وهذا حظر عام يتمتع معه عضو مجلس الإدارة الاستفادة معه من المعلومات الداخلية للشركة^(٤٤). وقد تأكد هذا الحظر في اللائحة التنفيذية لقانون أسواق المال عام ٢٠١٥م في كتاب الاستحواذ والاندماج (الحبيني، ٢٠١٢م). وكل هذه القيود المفروضة إنما وضعت لتحقيق غاية وهي أن يتصرف مجلس الإدارة وفقاً لما تتطلبه مصلحة الشركة. وهذه أحد الآثار اللازمة لنظرية الوكالة في إدارة الشركة (الحبيني، ٢٠١٢م). وبكل تأكيد، فإن تقدير هذا الأمر هو من المسائل التي تختص بها محكمة الموضوع، لكن القاضي لا يتدخل في المسائل الفنية بل يقف عند حد التأكد من عدم الانحراف في استخدام السلطة من قبل مجلس الإدارة (بريري، ٢٠٠٢م).

الفرع الثاني: الواجبات الائتمانية محل الارتباط

لقد ربط المشرع الكويتي امتناع مجلس الإدارة في استعمال التدابير الاحترازية ضد عرض الاستحواذ الهجومي بعدد من الواجبات الائتمانية وكذلك هو الحال بالنسبة للواجب الاستشاري من قبل مجلس الإدارة للمساهمين. ويتضح ذلك من خلال التالي:

١ - عدم تنازع المصالح: فإن المشرع من خلال وضع تقرير مصير العرض بيد المساهمين وحدهم. كأنه قد افترض تنازع المصالح من قبل مجلس الإدارة وأنه سيقوم برفض العرض فقط حماية لمناصبهم في الشركة. فلعل واجب الولاء هو الأكثر ارتباطاً في هذا المقام. وهو يقتضي القيام بأعمال الإدارة من غير تنازع مصالح وبحسن نية (الملحم، ٢٠١٦م). وكذا نص

(٣٩) الطعن رقم ٩٢/٢٣ م تجاري، جلسة ١٤/٢/١٩٩٤م، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الثالث، المجلد الثالث، يوليو ١٩٩٩م ص ٤٠.

(٤٠) القانون رقم ١ لسنة ٢٠١٦م بإصدار قانون الشركات الكويتي. مادة ٢١.

(٤١) القانون المدني الكويتي مادة ٧٠٥.

(٤٢) القانون رقم ١ لسنة ٢٠١٦م بإصدار قانون الشركات الكويتي. مادة ١٩٨.

(٤٣) قانون الشركات الكويتي ٢٠١٦م ١٩٥.

(٤٤) فهد الحبيني، مسؤولية أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة عن قرارات مجلس الإدارة: دراسة مقارنة. رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠١٢م، ص ١٢٢.

أصاها ضد مجلس الإدارة (بربري، ٢٠٠٦م). فقد نص
المشرع الكويتي في قانون الشركات في عجز المادة ٢٠١^(٤٧).
وبيان ذلك كما يلي:

١- إن القضاء الكويتي قد قرر في أحكامه الأساس حيث
أكد على: "أن الشركة باعتبارها شخصاً قانونياً تستطيع
- كما هو الحال بالنسبة للمساهمين والغير - رفع دعوى
المسؤولية في مواجهة رئيس وأعضاء مجلس الإدارة في
جميع الأحوال التي تترتب فيها أضرار مباشرة للشركة
ناجمة عن أعمال الغش والإدارة وإساءة استعمال السلطة
والمخالفة للقانون أو نظام الشركة أو نتيجة الخطأ في
الإدارة"^(٤٨).

٢- ومن أهم الأضرار التي تصيب الشركة والتي تكون
أساساً لهذه المسؤولية هو الإهمال الجسيم في الإدارة أو
التعسف في استخدام السلطة أو سمعتها المالية الائتمانية
(رضوان، ١٩٧٨م). وقد نص قضاء التمييز على: "إن
صنوف الضرر الأدبي إنما جاءت على سبيل المثال لا
الحصر وأن التعويض جاز عن الضرر الأدبي في شتى
مظاهره. ولما كان ذلك وكانت الطاعة قد طلبت
القضاء لها بالتعويض عن الضرر الأدبي على سند من
قيام المطعون ضدها بطبع وتوزيع المصنفات التي تنفرد
الطاعة بحق طبعها وتوزيعها قد أدى إلى تشويه سمعتها
لتداول منتج رديء ليس أصلياً وبتقنيات أقل جودة

قانون الشركات حيث يلتزم العضو بالامتناع عن أي
عمل من شأنه الإضرار بمصالح الشركة المالية
والأدبية"^(٤٩). كما نص على عدم جواز أن يكون لمجلس
الإدارة مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في العقود
والصفقات التي تبرم مع الشركة ولحسابها. والحظر
يسري على كل تصرف يرمه العضو لمصلحته أو
لحسابه ويمتد ليشمل أيضاً كل تصرف يبذله الغير
لمصلحة العضو ذاته (الحبيني، ٢٠١٢م). وبالتالي
يرتبط هذا الواجب بالتدابير الاحترازية ضد عرض
الاستحواذ الهجومي من خلال توظيف هذه التدابير
وتوجيهها لمصالح شخصية وليس لمصلحة الشركة.

٢- عدم جواز منافسة الشركة: لقد حظر المشرع الكويتي
على مجلس الإدارة اشتراك رئيسه أو أحد أعضائه أو
المدير في شركة مشابهة منافسة لشركته^(٥٠). وتنص المادة
١٩٧ من القانون المدني الكويتي على مبدأ حسن النية
وشرف التعامل في تنفيذ العقود. ووجه الارتباط هنا في
التدابير الاحترازية، هو أن يستغل عضو مجلس الإدارة
بحكم منصبه توافر هذه المعلومات ويقوم بتقديم عرض
استحواذ صديق بحكم جمعه لأكثر من منصب في أكثر
من مجلس إدارة كما نصت عليه المادة ١٩٥ من قانون
الشركات الكويتية. حيث حصرت العدد في خمس
مجالس إدارة شركات.

الفرع الثالث: مسؤولية مجلس الإدارة كما تبناها القضاء الكويتي

لو أعطي لمجلس الإدارة دوراً أكبر في استخدام تدابير
احترازية. ثم تبين للمساهمين أن مجلس الإدارة قد أخل
باستخدامه لهذه الوسائل على الشكل غير الصحيح. فأولاً:
تمتلك الشركة ذاتها، كأثر لازم لتطبيق مبدأ الشخصية
المنفصلة، الحق في رفع دعوى الشركة عن أي ضرر لحق بها أو

(٤٧) قانون الشركات الكويتي ٢٠١٦م/٢٠١٦ وتنص على ما يلي: "رئيس
مجلس الإدارة وأعضاؤه مسؤولون تجاه الشركة والمساهمين والغير
عن جميع أعمال الغش وإساءة استعمال السلطة، وعن كل مخالفة
للقانون أو لعقد الشركة، وعن الخطأ في الإدارة. ولا يحول دون
إقامة دعوى المسؤولية اقتراح من الجمعية العامة بإبراء ذمة مجلس
الإدارة، ولا يجوز لأعضاء مجلس الإدارة الاشتراك في الإدارة. إذا لم
توجه الدعوة لاجتماع الجمعية من قبل مجلس الإدارة لأي سبب من
الأسباب في الحالات التي يتعين فيها على المجلس دعوة الجمعية
للاجتماع. وتحل الوزارة محل مجلس الإدارة في اتخاذ الإجراءات
اللازمة لعقد الاجتماع، ولها أن تترأس الاجتماع، ما لم تنتخب
الجمعية أحد المساهمين لهذا الغرض".

(٤٨) تمييز رقم ٩٩٣/٢٠٠٣ تجاري جلسة ١٤/١/٢٠١٦م، المستحدث،
المكتب الفني لمحكمة التمييز، أبريل ٢٠٠٦م ص ١٣٣.

(٤٩) القانون رقم ١ لسنة ٢٠١٦م بإصدار قانون الشركات
الكويتية. مادة ١٧٩.

(٤٦) قانون الشركات الكويتي ٢٠١٦م مواد ١٩٧ و ١٩٩.

هذه الدعوى هي المسؤولية التقصيرية حيث تقوم أركانها على الخطأ والضرر وعلاقة السببية، ذلك على أساس أن مجلس الإدارة هو وكيل عن الشركة وليس لكل مساهم على منفرداً (الحبيني، ٢٠١٢م) ويتصور هنا أن مساهماً أو مجموعة من المساهمين قد وقع عليهم ضرر معين بحيث يتصور أن المجلس قد قام بعمل أو امتنع عن عمل قد رتب ضرراً عليهم. وقد أورد قانون الشركات الكويتي هذا الحق للمساهمين حيث نص في المادة ٢٠٤ عليه^(٥١).

الخاتمة

فيما يبدو أن اقتفاء المشرع الكويتي لموقف المشرع البريطاني لا يصلح. فالمشرع البريطاني مرتبط بالتشريع الأوروبي والذي أتت لائحة الاستحواذ في شأنه على هذه المبادئ من أجل تسريع عمليات إعادة هيكلة رأس المال من خلال تسهيل عمليات الاستحواذ والاندماج تمهيداً لإنشاء السوق الأوروبية المشتركة. وهو ما لا يقتضي معه الحال ذات الأمر في البيئة التشريعية في الكويت. ثم إن منع مجلس الإدارة من استخدام التدابير الاحترازية ضد العرض الهجومي في حقيقته يخل بمصالح الشركة. قد يضر بحقوق أقلية المساهمين واعتبارات المصلحة الجماعية في إدارة الشركة. بخلاف الحال، فإن تمكين مجلس الإدارة من اتخاذ التدابير الاحترازية من شأنه أن يراعي المصلحة الجماعية للشركة على خلاف الحال إذا ترك القرار للجمعية العامة فإن المساهم سوف يفكر فقط في استثماراته قصيرة الأجل غير مكترث بمصير الشركة. بل إن الأدهى من ذلك أن المشرع فرض مجموعة واجبات ائتمانية تحكم عمل مجلس الإدارة كواجب عدم تنازع المصالح. كذلك أعطى المشرع للمساهمين إمكانية مقاضاة مجلس الإدارة عن

وكان الحكم المطعون فيه وبعد أن سجل ثبوت خطأ المطعون ضدها من واقع الحكم الجزائي النهائي الصادر ضد تابعها لما نسب إليه من اعتداء على حقوق الطاعنة بنسخ المصنفات المملوكة حق لها ووضع علامتها التجارية عليها انتهى رغم ذلك إلى القضاء برفض طلبها التعويض عن الضرر الأدبي على سند تقديمها الدليل المثبت لما لحقها من أضرار فإنه يكون معيياً مما يستوجب تمييزه لهذا الوجه. وحيث إنه وبالبناء على ما تقدم فإنه لما كانت الشركة المستأنف ضدها بأداء مبلغ ٥٠٠١ على سبيل التعويض المؤقت عن الضرر المادي والأدبي جراء فعل الأخيرة وترى المحكمة القضاء لها بمبلغ ألفي دينار تعويضاً نهائياً يكفي لجبر الأضرار الأدبية التي لحقت بها متمثلة فيما أصابها من ضرر نتيجة الإساءة إلى سمعتها"^(٥٢).

٣- لقد قرر المشرع الكويتي عدم سقوط دعوى المسؤولية الاقتراع بإبراء الذمة الذي يقدمه في الجمعية العامة لمجلس الإدارة وذلك لأنه لم يكن معلوماً حقيقة أفعال مجلس الإدارة أو إساءة الأغلبية تعسفها في استعمال السلطة^(٥٣). وقد نص قضاء محكمة التمييز على: "تحسباً لما قد يصدر من الجمعية العامة من قرارات بسقوط دعوى المسؤولية قبل أعضاء مجلس الإدارة من دون علم منهم بحقيقة ما اقترفه المجلس أو أحد أعضائه من خطأ يستوجب المسؤولية أو نتيجة لتدخل منه أو مجاملة حيث تسيء الأغلبية إلى الأقلية، وما قد يحمله من إبراء بذمة مجلس الإدارة. فلا مسأغ معه للقول بأن الإبراء يحول دون رفع الدعوى، إذا تم كشف مجلس الإدارة عن جميع والتصرفات التي قام بها، بما في ذلك التصرفات المخالفة، إذا في ذلك تخصيص لعموم الذي وردت عباراته عامة مطلقة، بحيث يشمل الاقتراع على إبراء الذمة".

٤- ويوجد أيضاً دعوى المساهم المشتقة وهي متى صدر من مجلس الإدارة خطأ تسبب في ضرر للمساهم. فأساس

(٥١) قانون الشركات الكويتي ٢٠١٦م مادة ٢٠٤ وتنص على التالي: "لكل مساهم أن يرفع دعوى المسؤولية منفرداً نيابة عن الشركة في حالة عدم قيام الشركة برفعها، وفي هذه الحالة يجب اختصاص الشركة ليحكم لها بالتعويض إن كان له مقتضى. ويجوز للمساهم رفع دعواه الشخصية بالتعويض إذا كان الخطأ ألحق به ويقع، ا ضرر باطلاً كل شرط في عقد الشركة يقضي بغير ذلك".

(٤٩) الطعن بالتمييز رقم ٩١٨/٢٠٠٦ تجاري/٣.

(٥٠) الطعن رقم ٩٦/٨١ تجاري، جلسة ٢٩/٣/١٩٩٨م، مجلة القضاء والقانون، مايو ٢٠٠١م، السنة ٢٦، الجزء ١، ص ص ٢٣٠-٢٣٤.

المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

(١) الكتب والأبحاث العلمية

أحمد، عبدالفضيل محمد (١٩٨٦م). حماية الأقلية من القرارات التعسفية الصادرة عن الجمعيات العامة: دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي. المنصورة: مكتبة دار الجلاء الجديدة.

بربري، أحمد محمود مختار (٢٠٠٦م). المعاملات التجارية. ط٢، القاهرة: دار النهضة العربية.

تارديس، خليل فيكتور (٢٠١٤م). تعسف أقلية المساهمين في التصويت في الجمعية العامة لشركة المساهمة. (بدون ناشر).

الحسيني، فهد (٢٠١٢م). مسؤولية أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة عن قرارات مجلس الإدارة: دراسة مقارنة. رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة، كلية الحقوق.

حلمي، خالد سعد زغلول (٢٠١٠م). التنظيم القانوني لسوق الأوراق المالية في القانون المصري والكويتي (مع دراسة أثر الأزمة العالمية على أسواق المال العربية).

الكويت: مجلس النشر العلمي جامعة الكويت. رضوان، أبو زيد (١٩٧٨م). شركات المساهمة والقطاع العام. القاهرة: دار الفكر العربي.

رضوان، أبو زيد (١٩٨٨م). الشركات التجارية. القاهرة: دار الفكر العربي.

السالوس، طارق محمود عبدالسلام (٢٠١٠م). العروض العامة للشراء بقصد الاستحواذ. القاهرة: دار النهضة العربية.

السيد، نهاد أحمد إبراهيم (٢٠١٤م). الاستحواذ على الشركات التجارية. القاهرة: دار النهضة العربية.

الشحومي، محمد خليفة (٢٠١٧م). النظام القانوني للاستحواذ على أسهم الشركة المساهمة العامة في القانون الكويتي والمصري والفقه المقارن. القاهرة: دار النهضة العربية.

الأخطاء التي تصدر منهم أثناء إدارة الشركة متى كان هناك ضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر.

لكل ما تقدم من البحث، فإننا نوصي بالتالي:

١- تعديل المادة ٣-١-١٦ من كتاب الاستحواذ والاندماج من القرار رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٥م بشأن إصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠م بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية وتداولها ليكون النص كالتالي: "ويستطيع مجلس إدارة الشركة أن يستخدم وسائل الدفاع قبل أن يكون العرض حالاً أو بعد تقديمه متى كان العرض العدائي يشكل خطراً على مصالح الشركة شريطة أن يتناسب الدفاع مع درء خطر العرض".

٢- إضافة نص صريح لكتاب الاستحواذ والاندماج في أن مجلس الإدارة يعمل للمصلحة الجماعية الشركة وقت تقديم عروض الاستحواذ. وهو ما شأنه أن تتم مراعاة مصلحة أصحاب المصالح المختلفة من جهة، ومن جهة أخرى مراعاة الاستثمارات طويلة الأجل وحماية حقوق أقلية المساهمين.

٣- نقل لصريح تطبيق قاعدة العمل التجاري المستقل المستمدة من قضاء ولاية ديلاوير في القانون الكويتي لإتاحة الفرصة لمجلس الإدارة حتى يعمل بكل أريحية في سبيل اتخاذ القرارات الاستثمارية للشركة.

٤- نقل فكرة سمو مجلس الإدارة في استعمال التدابير الاحترازية ضد عرض الاستحواذ الهجومية وربطها بقاعدة العمل التجاري المستقل.

٥- تطبيق أحكام المصلحة الجماعية بشكل صريح في القانون الكويتي، حتى يتسنى لمجلس الإدارة العمل بموازنة فيما بين تعظيم أرباح المساهمين والعمل على مصلحة أصحاب المصالح المختلفة من دائنين وموردين وموظفين وزبائن.

٦- نقل فكرة المصلحة الجماعية من خلال سلوك مجلس الإدارة في اتخاذ القرارات الاستثمارية.

٧- نقل الأفكار المستمدة من قضاء ديلاوير في أحكام يونيكال وريفلون لتكون محلاً للتطبيق في الكويت.

- القرار رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٥ م بشأن إصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ م بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية وتعديلاتها.

(٣) مجموعة الأحكام القضائية

- الطعن رقم ٩٦/٨١ تجاري، جلسة ٢٩/٣/١٩٩٨ م، مجلة القضاء والقانون، مايو ٢٠٠١ م، السنة ٢٦.
- تمييز الطعن رقم ٩٦/٨١ تجاري، جلسة ٢٩/٣/١٩٩٨ م، مجلة القضاء والقانون، مايو ٢٠٠١ م، السنة ٢٦، الجزء ١، ص ص ٢٣٠-٢٣٤.
- الطعن رقم ٩٩٣/٢٠٠٣ تجاري جلسة ١٤/١/٢٠٠٦ م، المستحدث، المكتب الفني لمحكمة التمييز، أبريل ٢٠٠٦ م.
- الطعن رقم ٩٢/٢٣ م تجاري، جلسة ١٤/٢/١٩٩٤ م، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الثالث، المجلد الثالث، يوليو ١٩٩٤ م.

ثانياً: المراجع باللغة الإنجليزية

(1) Statutes

- City Code 2016.
- Company Act 2006.
- European Directive on Takeover Bids (2004/25/EC).
- Securities Exchange Act 1934.
- The Williams Act 1968.

(2) Cases

- *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 n.6 (Del. 1984).
- *Bamford v Bamford* [1970] Ch. 212.
- *Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244, 264 n.66 (Del. 2000).
- *Citron v. Fairchild Camera and Instrument Corp.*, 569 A.2d 53, 64 (Del. 1989).
- *Dawson International plc v Coats Paton plc and others* (1989) BCLC 23.
- *Fulham Football Club Ltd v Cabra Estates plc*: CA 1994.
- *Gorman v. Salamone*, C.A. No. 10183-VCN (Del. Ch. July 31, 2015).
- *Re a Company* (1986) BCLC 38.
- *Revlon*, 506 A.2d at 182.
- *Unitrin, Inc. v American General Corp* 651 A.2d 1361 (Del. 1995).
- *Unocal Corp v Mesa Petroleum Co* 493 A.2d 946 Del. 1985.

الشرقاوي، محمود سمير (١٩٨٠م). المشروع متعدد القوميات والشركة القابضة كوسيلة لقيامه. مجلة مصر المعاصرة، القاهرة، ع (٣٦٢)، سنة (٦٦)، ص ص ١٤٠-٢٤٢. الشمري، طعمة (١٩٨٥م). مجلس إدارة الشركة المساهمة. ط ١، الكويت: مؤسسة الكويت للتقدم العلمي.

الصغير، حسام الدين (٢٠٠٤م). النظام القانوني لاندماج الشركات. الإسكندرية: دار الفكر العربي.

محجوب، جابر، والدريعي، سامي، والهندياني، خالد (٢٠١٢م). حق الملكية في القانون الكويتي: دراسة مقارنة. ط ٣، الكويت: جامعة الكويت.

المصري، حسني (١٩٨١م). شركات الاستحواذ. القاهرة: دار النهضة العربية.

المطيري، نورة (٢٠١٧م). التنظيم التشريعي لعروض الشراء بقصد الاستحواذ وحماية حقوق أقلية المساهمين في شركات المساهمة وفقاً للقانون الكويتي. القاهرة: دار النهضة العربية.

الملحم، أحمد عبدالرحمن (٢٠١٥م). قانون الشركات الكويتي والمقارن. ط ٢، ج (٢)، الكويت: مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت.

منصور، مصطفى سلامة (١٩٦٥م). حق الملكية في القانون المدني الكويتي. القاهرة: مكتبة سيد عبدالله وهبة.

مؤمن، طاهر شوقي (٢٠٠٦م). الاستحواذ على الشركة: دراسة نظرية وتطبيقية. القاهرة: دار النهضة العربية.

وصفي، مصطفى كمال طه (١٩٥٩م). المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة في شركة المساهمة العامة. رسالة دكتوراه بجامعة فؤاد الأول، كلية الحقوق.

(٢) القوانين

- القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ م.
- القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ م بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية وتعديلاته.
- القانون رقم ١ بشأن إصدار قانون الشركات الكويتي لسنة ٢٠١٦ م.

- Fisch, J. (2000). The peculiar role of the Delaware courts in the competition for corporate charters. *University of Cincinnati Law Review*, 68, 1061-1100.
- Fischel, D. (1998). Efficient capital market theory, the market for corporate control, and the regulation of cash tender offers. *Texas Law Review*, 57, 1-45.
- Freeman, E., Wicks, A., & Parmar, B. (2004). Stakeholder theory and "The Corporate Objective Revisited". *Organization Science*, 15, 364-369.
- Furlow, C. (2009). Reflections on the Revlon doctrine. *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 11, 519-572.
- Gilson, R., & Kraakman, R. (1990). What triggers Revlon. *Wake Forest Law Review*, 25, 37-59.
- Grossman, S., & Hart, O. (1980). Takeover bids, the free-rider problem, and the theory of the corporation. *The Bell Journal of Economics*, 11, 42-64.
- Habersack, M. (2018). Non-frustration rule and mandatory bid rule: Cornerstones of European takeover law? *European Company and Financial Law Review*, 15, 1-40.
- Jarrell, G. (1985). The wealth effects of litigation by targets: Do interests diverge in a merge? *The Journal of Law and Economics*, 28, 151-177.
- Jensen, M., & Fama, E. (1983). Separation of ownership and control. *The Journal of Law and Economics*, 26(2), 301-325.
- Johnson, L. (2013). Unsettledness in Delaware corporate law: Business judgment rule, corporate purpose. *Delaware Journal of Corporate Law*, 38, 405-451.
- Jones, T. (1980). Corporate social responsibility revisited, redefined. *California Management Review*, 22, 59-67.
- Julian, F., & Mayer, C. (1996). Hostile takeovers and the correction of managerial failure. *Journal of Financial Economics*, 40, 163-181.
- Keay, A. (2010). Shareholder primacy in corporate law: Can it survive? Should it survive? *European Company and Financial Law Review*, 7, 369-413.
- Keay, A., & Adamopoulou, R. (2012). Shareholder value and UK companies: A positivist inquiry. *European Business Organization Law Review*, 13, 1-29.
- Kershaw, D. (2007). The illusion of importance: Reconsidering the UK's takeover defence prohibition. *International and Comparative Law Quarterly*, 56, 267-307.
- Knudsen, J. S. (2005). Is the single European market an illusion? Obstacles to reform of EU takeover regulation. *European Law Journal*, 11, 507-524.
- Koppes, R., Ganske, L., & Haag, C. (1999). Corporate governance out of focus the debate over classified boards. *The Business Lawyer*, 54, 1023-1055.
- Kotler, H. (1952). Treasury stock: A corporate anomaly. *Cleveland State Law Review*, 1, 9-22.
- Langton, R., & Trotman, L. (1999). Defining 'the best interests of the corporation': Some Australian reform proposals. *Flinders Journal of Law Reform*, 3, 163-181.
- (3) Academic Articles**
- Armour, J., & Skeel, D. (2007). Who, writes the rules for hostile takeovers, and why? The peculiar divergence of US and UK takeover regulation. *Georgetown Law Journal*, 95, 1727-1794.
- Bainbridge, S. (2001). Director primacy in corporate takeovers: Preliminary reflections. *Stanford Law Review*, 55, 719-818.
- Bainbridge, S. (2002). The board of directors as nexus of contracts. *Iowa Law Review*, 88, 1-34.
- Bainbridge, S. (2004). The business judgment rule as abstention doctrine. *Vanderbilt Law Review*, 57, 83-130.
- Black, B. (1989). Bidder overpayment in takeovers. *Stanford Law Review*, 14, 597-660.
- Branson, D. (2002). The rule that isn't a rule: The business judgment rule. *Valparaiso University Law Review*, 36, 631-654.
- Budenov, Y. (2016). Protection of minority shareholders: Mandatory bid or partial bid rule. *SSRN Electronic Journal*, 1-27.
- Cahill, D., & Wink, S. (1990). Time and time again the board is Paramount: The evolution of the Unocal standard and the Revlon trigger through Paramount V. Time. *The Notre Dame Law Review*, 66, 159-210.
- Chrispas, N. (2015). A critique of shareholder primacy under UK takeover law and the continued imposition of the Board Neutrality Rule. *International Journal of Law and Management*, 57(4), 235-264.
- Clemens, R. (1987). Poison debt: The new takeover defense. *The Business Lawyer*, 42, 747-760.
- Coates, J. (1999). Measuring the domain of mediating hierarchy: How contestable are U.S. public corporations? *The Journal of Corporation Law*, 24, 837-867.
- Cremers, M., Nair, V., & Peyer, U. (2008). Takeover defenses and competition: The role of stakeholders. *Journal of Empirical Legal Studies*, 5, 791-818.
- Crossan, K. (2011). The effects of a separation of ownership from control on UK listed firms: An empirical analysis. *Managerial and Decision Economics*, 293-304.
- Cuomo, J. (1989). State regulation of hostile takeovers: The constitutionality of third generation business combination statutes and the role of the courts. *St. John's Law Review*, 64, 107-131.
- Dawson, S., Pence, R., & Stone, D. (1987). Poison pill defensive measures. *The Business Lawyer*, 42, 791-817.
- Fairfax, L. (2006). The rhetoric of corporate law: The impact of stakeholder rhetoric on corporate norms. *Journal of Corporation Law*, 31, 675-718.
- Fama, E. (1980). Agency problems and the theory of the firm. *The Journal of Political Economy*, 88, 288-307.

- Schuster, E-P. (2013). The mandatory bid rule: Efficient, after all? (United Kingdom, European Union). *Modern Law Review*, 67, 529-563.
- Seretakis, A. (2012). Hostile takeovers and defensive mechanisms in the UK and the US: A case against the US regime. *SSRN Electronic Journal*, 245-379.
- Shaw, B. (1990). Resolving the conflict of interest in management buyouts. *Hofstra Law Review*, 19, 143-170.
- Stokka, S. (2013). Defence tactics in hostile takeovers: An analysis of the rules imposed on the pursued target. *Southampton Student Law Review*, 3, 1-28.
- Stout, L. (1990). Are takeover premiums really premiums? Market price, fair value, and corporate law. *The Yale Law Journal*, 99, 1235-1296.
- Subramanian, G. (1998). A new takeover defense mechanism: Using an equal treatment agreement as an alternative to the poison pill. *Delaware Journal of Corporate Law*, 23, 375-422.
- Taylor, M. (1998). Tender offers and the business judgment rule. *University of Miami Business Law Journal*, 7, 171-199.
- Thanassoulis, J., & Somekh, B. (2016). Real economy effects of short-term equity ownership. *Journal of International Business Studies*, 47, 233-254.
- Tsagas, G. (2014). A long-term vision for UK firms? Revisiting the target director's advisory role since the takeover of Cadbury's PLC. *Journal of Corporate Law Studies*, 14, 241-275.
- Weston, J. F., & Chung, K. S. (1990). Takeovers and corporate restructuring: An overview. *Business Economics*, 25, 6-11.
- White, A. (2012). Reassessing the rationales for the takeover bids directive's board neutrality rule. *European Business Law Review*, 5(23), 789-807.
- Yallapragada, R. (2014). Stock buybacks: Good or bad for investors? *Journal of Business & Economics Research (JBER)*, 12, 193-197.
- Lowry, J. (1992). Poison pills in U.S. corporations: A re-examination. *May Journal of Business Law*, 337-341.
- MacKinnon, G. (2002). Asset sales and takeover threats. *The Quarterly Review of Economics and Finance*, 42, 765-777.
- Magnuson, W. (2009). Takeover regulation in the United States and Europe: An institutional approach. *Pace International Law Review*, 21, 205-240.
- Matheson, J., & Olson, B. (1992). Corporate law and the long term shareholder model of corporate governance. *Minnesota Law Review*, 76, 1313-1513.
- Mitchell, R., O'Donnell, A., & Ramsay, I. (2005). Shareholder value and employee interests: Intersections between corporate governance, corporate law and labor law. *Wisconsin International Law Journal*, 23, 171-207.
- Mukwiri, J. (2013). Takeovers and incidental protection of minority shareholders. *European Company and Financial Law Review*, 10, 432-460.
- O'Sullivan, N., & Wong, P. (1999). Board composition, ownership structure and hostile takeovers: Some UK evidence. *Accounting and Business Research*, 29, 139-155.
- Okanigbuan, F. (2019). Corporate takeovers and shareholder protection: UK takeover regulation in perspective. *Manchester Student Law Review*, 2, 267-292.
- Papadopoulos, T. (2008). The European Union directive on takeover bids: Directive 2004/25/EC. *International and Comparative Corporate Law Journal*, 6, 13-103.
- Paredes, T. (2004). The firm and the nature of control: Toward a theory of takeover law. *SSRN Electronic Journal*, 103-178.
- Payne, J. (2011). Minority shareholder protection in takeovers: A UK perspective. *European Company and Financial Law Review*, 8, 146-173.
- Peebles, R. (1985). The use and misuse of the business judgment rule in the close corporation. *Notre Dame Law Review*, 60, 456-509.
- Pound, J. (1988). Proxy contests and the efficiency of shareholder oversight. *Journal of Financial Economics*, 20, 237-266.
- Proxmire, W. (1988). What's right and wrong about hostile takeover? *Wisconsin Law Review*, 1, 353-363.
- Rhee, R. (2008). A legal theory of shareholder primacy. *Minnesota Law Review*, 102, 1951-2017.
- Ryngaert, C. (2007). Cross-border takeover regulation: A transatlantic perspective. *European Company and Financial Law Review*, 4, 434-459.
- Sappideen, R. (2008). Explaining securities markets efficiency. *Capital Markets Law Journal*, 3, 326-342.
- Sappideen, R. (2011). Focusing on corporate short-termism. *Singapore Journal of Legal Studies*, 1, 412-431.

(4) Reports

Report of the high level group of company law experts on issues relating to takeover bids. (2002) (The Winter Report).

(5) Workshop

Freeman, R. E., & McVea, J. (2001). A stakeholder approach to strategic management. *Darden Business School Working Paper No. 01-02*.

(6) Books

Bainbridge, S. (2008). *The new corporate governance in theory and practice*. Oxford University Press.

Brunner, R. (2004). *Applied mergers and acquisitions*. Wiley.

Chiu, I., & McKee, M. (2015). *The law on corporate governance in banks*. Edward Elgar Publishing.

Corelli, A. (2016). *Analytical corporate finance*. Springer.

- McCahery, J., Moerland, P., Renneboog, L., & Raaijmakers, T. (2002). *Corporate governance regimes: Convergence and diversity*. Oxford University Press.
- Miller, R. L. (2012). *Cengage advantage books: Fundamentals of business law today: Summarized cases* (9th ed.). South-Western College.
- Roach, L. (2018). *Company law* (5th ed.). Oxford University Press.
- Ruback, R. (1998). An overview of takeover defenses. In A. J. Auerbach (Ed.). *Mergers and acquisitions*. University of Chicago Press.
- Skeel, D. (2001). *Debt's dominion: A history of bankruptcy law in America*. Princeton University Press.
- Tomasic, R., Bottomley, S., & McQueen, R. (2002). *Corporations law in Australia* (2nd ed.). The Federation Press.
- van Frederikslust, R. A. I., Ang, J. S., & Sudarsanam, P. S. (2007). *Corporate governance and corporate finance: A European perspective*. Routledge.
- Welch, E. (2018). *Folk on the Delaware general corporation law 2019: Fundamentals*. Wolters Kluwer Law & Business.
- Davies, P., Schuster, E-P., & van de Walle de Ghelcke, E. (2010). The takeover directive as a protectionist tool? In Ulf U. Bernitz and Wolf-Georg W. Ringe (Eds.). *Company law and economic protectionism: New challenges to European integration*. Oxford University Press.
- Easterbrook, F., & Fischel, D. (1991). *The economic structure of corporate law*. Harvard University Press.
- Gevurtz, F. (2000). *Corporation law*. West Academic Publishing.
- Gorzala, J. (2010). *The art of hostile takeover defence*. Diplomica Verlag.
- Griffiths, A. (2005). *Contracting with companies (contemporary studies in corporate law)*. Hart Publishing.
- Gupta, M. (2010). *Contemporary issues in mergers and acquisitions*. Himalaya Publishing House.
- Koulouridas, A. (2008). *The law and economics of takeovers; An acquirer's perspective*. Hart Publishing.
- Mallin, C. (2010). *Corporate governance* (3rd ed.). Oxford University Press.

مظاهر السلطة التقديرية للنيابة العامة في الدعوى الجزائية وفق نظام الإجراءات الجزائية السعودي

يونس بن أحمد المشيقح

أستاذ القانون الجنائي المساعد، قسم الأنظمة

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة القصيم

(قدم للنشر في ١٤/٧/١٤٤٠هـ، وقبل للنشر في ٨/٩/١٤٤٠هـ)

ملخص البحث. من مقتضيات العدالة الجنائية منح النيابة العامة سلطة تقديرية للقيام بواجبها، بل هي لازمة لحسن سير أعمالها، وقد أوضح البحث نطاق هذه السلطة والصلاحيات الممنوحة لها عند مباشرة اختصاصاتها وفق الاعتبارات والضمانات القانونية التي تحكمها، ليتمكن أعضاؤها من القيام بعملهم على أكمل وجه بالطرق النظامية، كما أظهر البحث أهم مظاهر السلطة التقديرية للنيابة العامة سواء عند نظر الدعوى الجزائية، أو عند مباشرة إجراءاتها، أو في التصرف بالمتهم والدعوى، ورؤية المنظم السعودي لتلك السلطة وحدودها. الكلمات المفتاحية: النيابة العامة، السلطة التقديرية، التحقيق، المتهم، الدعوى الجزائية.

THE DISCRETIONARY POWER OF THE PUBLIC PROSECUTION IN THE CRIMINAL CASE IN ACCORDANCE WITH THE SAUDI CODE OF CRIMINAL PROCEDURE

Youness Ahmad Almushaigeh

Assistant Professor of Criminal Law, Department of Law
College of Sharia and Islamic Studies, Qassim University

(Received 14/07/1440 H., Accepted for Publication 08/09/1440 H.)

Abstract. The research has clarified the scope of this authority and the powers vested in it when exercising its competencies in accordance with the considerations and legal guarantees that govern it, so that its members can perform their work in the fullest manner by regular means. The research also showed the most important aspects of the discretionary power of the Public Prosecution, whether in the case of the commencement of its proceedings, the conduct of the accused and the prosecution, and the Saudi Legislature vision of that authority and its limits.

Keywords: Public Prosecution, Discretionary power, Investigation, Accused, Criminal case.

مقدمة عامة

يشكل تغيير المسمى الجديد لهيئة التحقيق والادعاء العام إلى النيابة العامة في المملكة العربية السعودية نقطة تحول في استقلاليتها، وضمانة لتطبيق المبدأ الدستوري الهام وهو الفصل بين السلطات (سلطة الاتهام وسلطة الحكم)، ونقطة مهمة لمضي النيابة العامة قدماً في أداء دورها والقيام بواجبها في تحقيق ميزان العدالة وحفظ النظام العام والمحافظة على حق المجتمع نيابة عنه، وفي الوقت نفسه المحافظة على حقوق المتهم وأطراف الدعوى، وهذا لا يتأتى إلا بمنحها سلطات خاصة للقيام بدورها، وأهمها السلطة التقديرية للتصرف بملف التحقيق الابتدائي.

ومهما بلغ الحديث عن دور النيابة العامة في تحقيق العدالة ومكافحة الجريمة وتطبيق الأنظمة والإجراءات، وحيث لا يمكن وضع قواعد لكل حدث وجريمة، إذ إنها تتجدد باستمرار وتختلف وقائعها وتتسابق العدالة معها، إلا أن النظام العدلي يحتم أن يكون هناك قدر من السلطة تمنح للنيابة العامة عند ممارسة أعمالها بدءاً من علمها بالجريمة وتحريك الدعوى وانتهاً بالتصرف بالدعوى كاملة، وأن تتسم هذه السلطة أيضاً بمساحة تقديرية موزونة وفق القواعد الأساسية التي تحكم العمل الاجرائي الجنائي.

وأهم ما يبرر منح النيابة العامة هذه السلطة التقديرية هي مقتضيات العدالة التي تضمن حفظ الحقوق وعدم التجاوز في شخص المتهم أو ماله أو حقوقه، ودفع الضرر وتحقيق الأمن للمجتمع، وإقرار سلطة الدولة في العقاب، وبدون هذه السلطة قد يتحول عضو النيابة إلى آلة تجمع الوقائع من جهة وتخرجها مغلفة بنص قانوني من جهة أخرى دون الوصول إلى جوهر العدالة ومراعاة جميع المصالح.

ومع افتراض أن القاضي الجزائي هو من يقوم بتمحيص الدعوى ووزن الأدلة والفصل فيها بعد إحالتها إليه باعتباره الحارس الطبيعي للحقوق والحريات؛ إلا أن الواقع العملي والملاحظ أن مرحلة التحقيق الابتدائي يطول معها أمد القضية ما يؤثر سلباً على تأخير العدالة للمجتمع، ومن جهة أخرى الإضرار بحقوق الآخرين أو المساس بحرياتهم، مع ما ينشأ

من صعوبات نفسية لأطراف الدعوى، فضلاً عن إشغال الجهات القضائية بما يمكن تفاديه.

أهداف البحث

تهدف الدراسة لتأصيل مفهوم السلطة التقديرية للنيابة العامة واعتباراتها القانونية، كما تهدف إلى تسليط الضوء على أهم مظاهر هذه السلطة التقديرية في الدعوى الجزائية، بدءاً من التحقق من إجراءات التحري والاستدلال وحتى تحريك الدعوى الجزائية ومباشرتها، إضافة لأهم مظاهر هذه السلطة في توقيف المتهم وفي الدعوى الجزائية ذاتها.

أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في تحديد نطاق سلطة عضو النيابة التقديرية في التعامل مع المتهم والدعوى، وسلطته في تحريكها وجمع أدلتها والتصرف فيها، ومدى أعمال التقدير الشخصي والموضوعي أمام الإجراءات المتخذة بشأن الدعوى كونه في غاية الأهمية لتحقيق ميزان العدالة الجنائية، بل هو صلب عمل النيابة العامة ولا يستطيع اتخاذ إجراءاته القانونية إلا بالاعتماد عليها. وما يبرز هذه الأهمية لاسيما لأعضاء النيابة العامة إضافة لما سبق عدة أمور منها:

- ١- أنها وسيلة عضو النيابة العامة أثناء محاكمة المتهم.
- ٢- تعيين عضو النيابة العامة على فحص الأدلة.
- ٣- تساعد في تقييم الإجراءات السابقة المتخذة من جهات الضبط الجنائي.
- ٤- أن السلطة التقديرية تساهم بحفظ حق المجتمع في عقاب من ينتهك حقوقه ونظامه العام وفقاً لما لها من ولاية عامة تخولها تحريك الدعوى الجزائية في جميع الجرائم^(١).
- ٥- ارتباطها بالوصول للحقيقة وتحقيق العدالة والإنصاف لأطراف الدعوى.

(١) وقد أكد على هذا المفهوم معالي النائب العام في البيان الصادر من النيابة العامة في تاريخ ٢٠/١١/١٤٣٨هـ (انظر: الموقع الرسمي للنيابة العامة: <https://www.bip.gov.sa/news/25386>).

- ٦- يبرز هذا الدور في الوقت الحاضر في ظل تنوع القضايا وتشابهاها.
 - ٧- الحد من التوسع بالادعاءات وتفصيل ضمانات المتهم.
 - ٨- أنها عملية غير مرئية، مرتبطة ولها ارتباط بالتكوين الشخصي والوظيفي لعضو النيابة العامة.
 - ٩- يعتمد عليها في اتخاذ الإجراءات وترتيب الآثار خاصة أن النيابة العامة تعد خصماً شريفاً تهدف لإظهار الحقيقة.
 - ١٠- دورها في رسم الحدود الفاصلة عند التعارض بين مصلحة المجتمع ومصلحة المتهم.
- حدود البحث**
- الحدود الموضوعية للبحث ستكون منصبة على بيان سلطة النيابة العامة التقديرية بموجب نظام الإجراءات الجزائية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢) وتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢هـ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (١٤٢) وتاريخ ١٤٣٦/٣/٢١هـ.
- منهج البحث**
- ستتبع في عرض البحث المنهج التحليلي والوصفي للأنظمة ذات العلاقة للوقوف على موقف المنظم السعودي من مظاهر السلطة التقديرية للنيابة العامة في الدعوى الجزائية.

خطة البحث

سيتم تقسيم خطة الدراسة إلى خمسة مباحث على النحو الآتي:

- المبحث الأول: التعريف بالسلطة التقديرية للنيابة العامة، وطبيعتها القانونية:
 - المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للنيابة العامة وأساسها القانوني.
 - المطلب الثاني: المبدأ القانوني الذي يحكم السلطة التقديرية للنيابة العامة.
- المبحث الثاني: ضمانات السلطة التقديرية للنيابة العامة.
- المبحث الثالث: مظاهر السلطة التقديرية للنيابة العامة عند نظر الدعوى الجزائية:

المبحث الأول:

التعريف بالسلطة التقديرية

للنيابة العامة وطبيعتها القانونية

من المهم عند الحديث عن موضوع السلطة التقديرية للنيابة العامة الإشارة إلى مفهوم هذا المصطلح كمدخل عام للموضوع، ومعرفة الأساس القانوني لاستعماله وطبيعته في العمل القانوني والقضائي وامتداده لأفرع القانون، ويمتد الحديث عن هذا المصطلح لاستكشاف رؤية المنظم في أعمال هذه السلطة من قبل الجهات العدلية، وكيف تم رسمها للنيابة العامة كإحدى الجهات العدلية الهامة للقيام بوظيفتها في تحقيق العدالة، وإظهار المبدأ القانوني التي تقوم عليه عند ممارسة تلك السلطة، وهذا ما يحتم علينا الحديث عن هذا الموضوع من خلال المطلبين التاليين.

المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للنيابة العامة وأساسها القانوني

السلطة لغة: التسلط والسيطرة، والتحكم، والتمكن، والتقدير لغة: من قَدَّر يقدر وقدرة ومقدار، وهي القوة والغنى، والتقدير يطلق على عدة معاني منها التروي، والتفكير في تسوية أمر وقياسه (ابن منظور، ١٤١٤هـ؛ إبراهيم أنيس وآخرون، ١٣٩٢هـ)، فمادة السلطة تدل على القوة والقهر والتمكن، والتسليط وضبط النظام ولو بالقوة. كما تدل على: "القوة والصلاحيات التي تمنح لمعين للقيام بتقدير أمر ما؛ بالتفكير فيه وتبنيه والتدبر فيه بحسب نظر العقل ومقايسته على أمور أخرى" (بركات، ١٤٢٧هـ).

ويشير فقهاء القانون إلى أن فكرة السلطة التقديرية نشأت ابتداء مع الإدارة، وفقاً لمقتضيات العمل وضرورات الحياة الإدارية التي تتطلب عدم انحصار وظيفة السلطة التنفيذية على مجرد تنفيذ القوانين التي تبرمها السلطة التشريعية مما ولدت معه السلطة التقديرية وازداد الاهتمام بها والتوسع في نظيرها ودراسة أفكارها قانوناً كنظرية مستقلة لدى القانون الإداري، إذ هي لازمة لحسن سير الإدارة لزوم السلطة المحددة لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم وحرية الإرادة التي تتمثل في سلطتها التقديرية، وهي ضرورة اجتماعية فيما يتعلق بعلاقة الإدارة بالمشرع وفيما يتعلق بعلاقتها بالقضاء (الطماوي، ١٩٥٧م)^(٢).

(٢) وما يشار إليه أن عبارة السلطة التقديرية وإن كانت شائعة ومستخدمة في كتب القانونيين إلا أن هناك من يشير إلى أنها ظهرت في الفقه الإسلامي تحت مصطلحات مشابهة، وما استخدموه: (رأي القاضي، نظر القاضي، سلطة القاضي، تقدير القاضي، اجتهاد القاضي، حكم القاضي)، وهذه المصطلحات بما بينها من تداخلات تعد وجهاً لشي واحد بما يسمى (السلطة التقديرية). ويقصد بها في الفقه الإسلامي: "صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكير والتدبر بحسب النظر والمقايضة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها؛ ابتداء من قبول سماعها إلى تبنيها لإثبات صحتها أو كذبها إلى الحكم عليها واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي" (بركات، ١٤٢٧هـ).

فالسلطة التقديرية بمعناها الواسع يعني "تمتعها بقسط من حرية التصرف عندما تمارس اختصاصاتها القانونية، بحيث يكون للإدارة تقدير اتخاذ التصرف أو الامتناع عن اتخاذ، أو اتخاذ على نحو معين أو اختيار الوقت الذي تراه مناسباً للتصرف أو السبب الملائم له أو تحديد محله، ولذلك فالسلطة التقديرية في حقيقة الأمر هي وسيلة لتطبيق القانون والالتزام بمبدأ المشروعية مثلها مثل السلطة المقيدة" (حمد، ١٤٢٣هـ).

وإذا ورد الحديث عن السلطة التقديرية في الدعوى الجزائية وأدلتها فالأمر غالباً يتجه للقضاء مباشرة، وفقاً للاتجاه السائد في غالب التشريعات، وتحديداً مع أدلة الإثبات، إذ سلطة القضاء فيه واسعة فتقدر الأدلة من حيث كفايتها للإدانة من عدمها، ولها أن تأخذ ما تظمن إليه وتطرح ما دون ذلك، إلا أن هذه السلطة التقديرية تمتد لغير القضاء إلى أعضاء النيابة العامة في مرحلة التحقيق، مما يتطلب بيان نطاق وحدود هذه السلطة ومعيارها الشرعي أو القانوني. إذ إن إعطاء عضو النيابة العامة سلطة معينة تعتبر من أخص لوازم ولايته على الدعاوى الجزائية، فلا يمكن للقيام بعمله إلا بتمكينه من سلطة تتفق مع ما يقوم به من أعمال وإجراءات، فكما أن القاضي لا يستطيع إيصال الحقوق والفصل في الخصومات إلا بمنحه سلطة تقديرية يجب عليه استعمالها عند تحقق شروطها، فكذلك عضو النيابة العامة. وقد سار التنظيم القانوني الجنائي في المملكة العربية السعودية على إسناد سلطتي التحقيق والادعاء العام (الاتهام) أمام جهة واحدة (النيابة العامة)، وهاتان المرحلتان تشكلان حيزاً ومفصلاً لا يقلان في أهميتهما عن مرحلة المحاكمة في الدعوى الجزائية، مما تحتاج معه إلى سلطة تقديرية تضمن معها تطبيق النصوص الشرعية والنظامية في عملها.

وتستمد النيابة العامة أساس سلطتها التقديرية من السلطة الممنوحة لها من الدولة التي تسعى لتنظيم مرافقتها وتدير شؤونها ورعاية الصالح العام، وبالتالي فهي سلطة ضرورية لمراعاة المصالح العامة، وقد أكدت المادة (٦٧) من النظام الأساسي للحكم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٩٠/أ) وتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ إلى أن: (تختص السلطة التنظيمية بوضع

في هذا الصدد - نظامان يسودان هذه السلطة، الأول نظام الشرعية الذي يحتم على النيابة العامة تحريك الدعوى واتخاذ الإجراءات القانونية والمحاكمة متى توافرت أدلة الاتهام، والثاني نظام الملاءمة الذي يخول النيابة العامة تحريك الدعوى أو حفظها بالرغم من ثبوت الأدلة. وقد يتضح من هذين النظامين (الشرعية والملاءمة) أنها متعارضان إلا أن الأساس الذي يعتمد عليه في تحريك الدعوى واحد في الحالتين وهو المصلحة العامة للمجتمع بأكمله (الغريب، ١٤١١هـ)، وهذان المبدأان اللذان يختص بهما عضو النيابة العامة بتطلبان إدراك حدود سلطته تقييداً أو تخيراً.

فالمبدأ المقيد لسلطة النيابة العامة يرتبط بمبدأ الشرعية المتضمن: "أن كل جريمة قابلة للمساءلة عنها استقلالاً عن أية إرادة أخرى، غير إرادة سلطة التحقيق؛ يتعين عليها لزوماً تحريك إجراءات التحقيق فيها والمحاكمة عليها متى كانت متوافرة فيها الأدلة الكافية لإدانة مقترفها" (مقابلة، ٢٠١٤م)، ومقتضى هذا المبدأ التزام المجتمع وجميع أجهزة الدولة بسيادة القانون وحكمه في كافة مظاهر نشاطها، وتبدو أهمية المبدأ في نطاق القانون الجنائي في صيانتها لحقوق الإنسان من خطر التجريم والعقاب بغير الأدلة التشريعية التي تخولها الدساتير سلطة سن القوانين واللوائح لمكافحة الجريمة وبسط الأمن في المجتمع (تاج الدين، ١٤٢٥هـ). وتحقيق هذا المبدأ يسلب معه المشرع كل سلطة تقديرية للنيابة العامة ويقع على عاتقها رفع الدعوى عن كل جريمة علمت بها أيّاً كانت درجة جسامتها، فلا تملك النيابة العامة تقدير دواعي الاتهام، بل هي ملزمة بإقامة الدعوى الجنائية أمام المحكمة المختصة ومباشرتها إذا توافرت العناصر القانونية للواقعة الجرمية. وهذا المبدأ بالرغم من أهميته ومزاياه إلا أنه يحد من السلطة التقديرية للنيابة العامة^(٣).

(٣) وبالرغم من كون بعض التشريعات أخذت بتطبيق هذا المبدأ كأصل عام لعدة مبررات إلا أنها بدت تتخفف عنه كثيراً في أحوال استثنائية. ومن أخذ بهذا المبدأ المشرع الألماني وفقاً للمادة (٢/١٥٢) من قانون الإجراءات الجنائية، فالنيابة العامة إذا ما أبلغت بوقوع جريمة، وتثبتت من توافر أركانها القانونية ونسبتها إلى شخص معين؛ تحتم عليها أن تبشر وظيفتها في الاتهام الموجه للمتهم دون أن تملك سلطة تقدير ملائمة الاتهام. مع أن القانون الألماني وتخفيفاً من جود هذا المبدأ تضمن بعض الحالات الاستثنائية على سبيل الحصر (وللمزيد انظر: مقابلة، ٢٠١٤م).

الأنظمة واللوائح فيما يحقق المصلحة أو يرفع المفسدة في شؤون الدولة وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية، وتمارس اختصاصاتها وفقاً لهذا النظام ونظامي مجلس الوزراء ومجلس الشورى)، وهو ما تم التأكيد عليه عند صدور نظام هيئة التحقيق والادعاء العام بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٦) وتاريخ ٢٤/١٠/١٤٠٩هـ (النيابة العامة حالياً) ونظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ.

وما يسير عليه النظام الجنائي السعودي يتفق مع القوانين والشريعة الإسلامية، باعتباره طريقاً لتأمين العدالة، وتحقيق ذلك من إقامة شرع الله في الأرض، وعمل النيابة العامة واختصاصاتها قائم على حماية الحقوق وتنفيذ الشريعة، فهي تنوب عن المجتمع بهدف حمايته من المساس بحقوقه، ومنع الخروج على القوانين والأحكام التي تحمي الحقوق العامة وتؤمن مصالح الناس وترعى النظام العام والآداب والأخلاق التي يقوم عليها المجتمع (الزحيلي، ١٤٣٦هـ).

وعلى ذلك يمكن لنا تعريف السلطة التقديرية للنيابة العامة بأنها: "صلاحية يمنحها النظام لعضو النيابة العامة عند نظر الدعوى الجزائية، ومباشرة إجراءاتها، والتصرف فيها تحقيقاً لميزان العدالة الجنائية بحفظ حق المجتمع وأطراف الدعوى".

المطلب الثاني: المبدأ القانوني الذي يحكم السلطة التقديرية للنيابة العامة

من المقرر أن عضو النيابة يباشر سلطته واختصاصاته القانونية من خلال مركزه النظامي ودوره العلي، ومن خلال طبيعة عمله والإجراءات المسندة إليه، وهذا الأمر بطبيعته يتطلب أن يحكم هذه السلطة مبدأ معين واعتبارات قانونية يلتزم بها بدءاً من تحريك الدعوى الجزائية وحتى التصرف فيها بما يضمن توفير أكبر قدر من العدالة الجنائية للمجتمع وللمتهم في حد سواء. لذا كان على المنظم السعودي تحديد المبدأ القانوني للسلطة الممنوحة للنيابة العامة ما بين سلطة مقيدة، أو سلطة تقديرية.

ويمكن القول إن المنظم إذا رسم للنيابة العامة حدوداً لا تحيد عنها في الدعوى الجزائية فهي سلطة مقيدة، أما إذا ترك المنظم للإدارة قدراً من حرية التقدير سواء بالنسبة لاتخاذ الإجراءات أو التصرف فيها أو في المتهم أو التهمة فهي سلطة تقديرية، ويظهر -

قانون. كما يبرز الاتجاه لإقرار السلطة التقديرية للنيابة العامة النص القانوني الذي يعبر عنه في عدد من مواد النظامية كعبارة (يجوز، ويحق، وللمحقق... إلخ) من العبارات التي ترد في الأنظمة وتدل عليها، ومن ذلك المواد: (٢٨، ٣٨، ٦٢، ٦٤، ٦٨، ٧٦-٨١، ٩٩، ١٠٣، ١١٩، ١٢٠، ١٢٤) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي.

المبحث الثاني:

ضمانات السلطة التقديرية للنيابة العامة

السلطة التقديرية تكليف ومسؤولية، وفي الوقت ذاته التزام بتطبيق القواعد والنصوص القانونية على الوقائع الجنائية، وإزاء هذه المسؤولية سار النظام العدلي الجنائي في المملكة على تقرير مبادئ تشكل ضمانات قانونية مهمة لقيام عضو النيابة بسلطته، توازي المهام العدلية المسندة إليه، تقوم على أسس العدالة والنزاهة والحيدة، ومن أبرز تلك الضمانات على وجه الخصوص مايلي.

أولاً: تعديل المركز القانوني للنيابة العامة

يشكل تعديل المركز القانوني للنيابة العامة خطوة مهمة لضمان استمرار قيامها بسلطتها على الوجه المطلوب، بدءاً من تعديل مساهماتها من هيئة التحقيق والادعاء العام إلى النيابة العامة، وتعديل مرجعيتها من وزير الداخلية إلى ارتباطها بالملك مباشرة، وقد تضمن الأمر الملكي الكريم رقم (أ/٢٤٠) وتاريخ ٢٢/٩/١٤٣٨هـ مبرر هذا التعديل: "وأنه وفقاً للصفة القضائية لأعمال هيئة التحقيق والادعاء العام وتمشياً مع القواعد والمبادئ القضائية المتبعة في العديد من دول العالم، وبما يتفق مع القواعد والأحكام الشرعية، ولأهمية وضرورة الفصل بين السلطة التنفيذية في الدولة والهيئة وأعمالها باعتبارها جزءاً من السلطة القضائية، ومنحها الاستقلال التام في مزاولتها مهامها بما يضمن لها مباشرة عملها بكل حياد ودون تأثير من أي جهة كانت". وهذه النقلة النوعية للنيابة العامة بمرجعيتها وبمساهماتها ومركزها الجديد يمنحها استقراراً وثباتاً عند ممارستها سلطتها، ويمكنها من ممارسة عملها القضائي وفقاً للمعايير الدولية في أعمال النيابة العامة.

والمبدأ الثاني المتعلق بمبدأ الملاءمة (التخيري) يعالج ما يتعلق بالتطبيق الجاد للشرعية الجزائية من الناحية العملية، إذ قد يسبب تطبيقه كثيراً من العيوب في بعض الحالات، مما أوجد مبدأ يعطي الحق للنيابة العامة في إعمال سلطة تقديرية، وهو ما يسمى بمبدأ الملاءمة. ويعني هذا المبدأ "منح النيابة العامة سلطة مخولة بوقف الإجراءات حتى ولو كان الفعل الذي أتاها الشخص معاقباً عليه وأدلة الاتهام كافية، وذلك تغلياً وترجيحاً لاعتبارات المصلحة العامة أو تقديراً لدواع إنسانية" (تاج الدين، ١٤٢٥هـ).

ويعرف هذا المبدأ بالمبدأ التخيري أو مبدأ السلطة التقديرية في تحريك الدعوى الجزائية من عدمه رغم شرعيتها الجزائية، ويقوم هذا المبدأ على ظهور السياسة الجنائية التي تتبنى فكرة المنفعة الاجتماعية، وبالتالي لا يلزم النيابة العامة تحريك الدعوى الجزائية مهما توافرت العناصر القانونية للواقعة الإجرامية ونسبتها إلى متهم ولا يشوب الدعوى أي مانع إجرائي عن تحريكها، ويخولها سلطتها الامتناع عن رفعها رغم توافر ذلك طالما تبتغي في هذا المصلحة العامة، فهو يخول النيابة العامة حدها ودون سائر الأشخاص الإجراءيين سلطة تقديرية بشأن التمسك بحق الدولة في العقاب، فلها حرية التقدير بتحريك الدعوى الجنائية (مقابلة، ٢٠١٤م).^(٤)

وقد أخذت أغلب التشريعات ومنها النظام السعودي بهذا المبدأ، خاصة مع الاتجاه الحديث للاعتراف بالصفة القضائية للنيابة العامة، وبالتالي يظهر من هذا الاتجاه إعطاء جهات التحقيق سلطة تقديرية واسعة بخلاف النظام المقيد كما يظهر من تطبيقات هذا المبدأ التأثير الكبير لسلطة المحقق في الدعوى الجزائية. وتعتبر الأنظمة غالباً عن هذه السلطة التقديرية والمبدأ التخيري (بالملاءمة، أو عدم وجاهة إقامة الدعوى، أو لا مصلحة في إقامة الدعوى) بحسب تعبير كل

(٤) ويشير البعض إلى أن نظام الملاءمة ليس مضاداً للمبدأ المقيد أو مبدأ الشرعية وإنما هو تلطيف لنظام الشرعية الذي يظل المبدأ الأساس، فهو لا يعني إطلاقاً التعسف أو التحكم أو إرضاء رغبات شخصية، وإنما مراعاة لاعتبارات موضوعية تتعلق بمصلحة المجني عليه في الجريمة أو المتهم أو المصلحة العامة (الغريب، ١٤١١هـ).

ثانياً: الفصل بين السلطات

الفصل بين جهتي التحقيق والادعاء أو الجمع بينهما مسألة قانونية بارزة تختلف فيها النظم، ويمكن القول أن هذه المسألة مصدر العمل الإجرائي، إذ هي مؤثرة في تحديد واختيار العمل الإجرائي، فكل من يأخذ باتجاه معين غايته توفير ضمانات أكثر للسلطة التقديرية بين جهتي التحقيق والادعاء، وهذا بطبيعة الحال يؤثر في طبيعة القرار الصادر بإحالة الدعوى أو حفظها، وكذلك في مدى توافر ضمانات النزاهة والحياد في إصداره، ووجود رقابة قضائية داخل النيابة العامة لضمان قانونية هذا القرار وفقاً لمبدأ التدرج والتبعية بالنيابة العامة، فتحديد النظام الإجرائي والتنظيم القانوني لها يحدد نطاق السلطة التقديرية للمحقق.

ونلاحظ أنه في ظل الاتجاه الذي يأخذ بمبدأ الجمع بين سلطتي التحقيق والإحالة أمام سلطة واحدة والذي سارت عليه بعض الدول كما في مصر - خلافاً لنظم إجرائية أخرى - تبرز السلطة التقديرية وحرية النيابة العامة في تقدير ملاءمة تحريك الدعوى إلى المحكمة المختصة من عدم تحريكها (عبدالمعظم، ١٩٩٩م).^(٦)

وهو ما سارت عليه المملكة العربية السعودية حينما جمعت بين وظيفتي التحقيق والإحالة أمام جهة واحدة فقد نصت المادة (١٣) من نظام الإجراءات الجزائية على أن: "تتولى هيئة التحقيق والادعاء العام التحقيق والادعاء العام طبقاً لنظامها ولائحته"، حيث نصت المادة الثالثة من نظام هيئة التحقيق والادعاء العام اختصاصات الهيئة بأمور منها: "التحقيق في الجرائم والتصرف في التحقيق برفع الدعوى أو حفظها طبقاً لما تحدده اللوائح، والادعاء أمام الجهات القضائية وفقاً لللائحة التنظيمية، وطلب تمييز الأحكام".

(٥) وقد سار على هذا الاتجاه أغلب التشريعات الأوروبية كما في تشريعات إيطاليا وألمانيا وغيرها، بل أصبح نظام الفصل بين سلطتي الادعاء والتحقيق متقدماً حتى في فرنسا لما يجد من نشاط القاضي وطول أمد العمل وتشتيت الدليل وخلق ثغرات في التحقيق ورغبة لتبسيط الإجراءات بما لا يؤثر على حسن سير العدالة (انظر في ذلك: تاج الدين، ١٤٢٥هـ، ص ٢٧؛ أحمد، ٢٠٠٢م، ص ٦٢).

ولضمان التطبيق الأمثل لهذا المبدأ في النظام السعودي قد يكون من المناسب أن ينص نظام النيابة العامة (المتنظر صدوره) على إعادة توزيع العمل وفقاً لصفة عضو النيابة العامة، مما يخفف من سلبات الجمع بين وظيفتي التحقيق والادعاء وتحقق ضماناته عند إعمال السلطة التقديرية لعضو النيابة العامة وتحديد ضوابط وحدود الجمع بين الوظيفتين للمحافظة على الوجه المطلوب^(٦).

ثالثاً: الاستقلال

نصت المادة الخامسة من نظام هيئة التحقيق والادعاء العام على أنه: "يكون لعمل أعضاء الهيئة الصفة القضائية، ويتمتعون بالاستقلال التام، ولا يخضعون في عملهم إلا لأحكام الشريعة الإسلامية، والأنظمة المرعية، وليس لأحد التدخل في مجال عملهم".

ويقصد بالاستقلال: "ألا يخضع العضو في مباشرة عمل من أعمال الادعاء العام لرقابة سابقة من السلطة التنفيذية أو السلطة التشريعية، فلا يخضع إلا لمقتضيات الوصول إلى الحقيقة في وضع إجرامي معين واعتبارات الصالح العام وحماية الأرواح والممتلكات فهذه هي الغاية التي يسعى إليها، وليس لأي سلطة أن تحمله عن هذه الغاية" (النجار، ١٤١٧هـ).

ويهدف الاستقلال إلى الاعتراف بذاتية واستقلال النيابة العامة، ومباشرة عملها بكل حياد ودون تأثير من أي جهة

(٦) مع الإشارة إلى أن اتجاه الجمع بين هاتين الوظيفتين أياً كان تقسيم هذا الاتجاه وملاءمته والمصلحة التي رآها المنظم في الأخذ بهذا الاتجاه رغبة منه في سرعة إنجاز العمل وتسهيل الإجراءات؛ إلا أنه لضمان حسن تطبيقه وحمايته من الاستغلال أو الانحراف في تطبيقه؛ يجب أن يصاحبه تحقيق أكبر قدر من النزاهة والحيادة وتوفير ضمانات إضافية للدفاع عن المتهم وللقيام بالتحقيق، وألا يؤثر الجمع بين السلطتين على حسن سير العدالة. كما يتطلب الأمر عدم إسناد المهمتين في يد شخص واحد. ويمكن القول: في هذا الصدد أن النيابة العامة في السعودية سعت وبوضوح لتحقيق القدر اللازم لضمان حسن سير العمل، فأنشأت دوائر مستقلة ولجان مراقبة بفروع الهيئة ومتابعة مستمرة للقضايا ورقياً والإلكترونياً. كما سعت إلى إحاطة عضو النيابة بتدابير وإجراءات تضمن قيامه بدوره العدلي المناط به على أكمل وجه والحد من التأثيرات المصاحبة لعدم تطبيق المبدأ.

الذي يركز عليه نظام النيابة من مظاهر القوة والوحدة والتضامن كضمانة لتحقيق الشرعية الجزائية (مقابلة، ٢٠١٤م). وفي النظام السعودي نجد النص صراحة على تطبيق هذا المبدأ وأن المدعي العام يجب أن يحضر جلسات المحكمة، ويتحقق ذلك بحضور أي مدع عام مكلف لجلسات المحاكمة حتى وإن لم يكن هو من أعد لائحة الدعوى الجزائية العامة. كما في المادة (١٥٦) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي والمادة (١٠٨) من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية.

سادساً: تشكيل لجان لمراجعة قرارات الاتهام

نصت المادة الرابعة من نظام الهيئة على أن من اختصاص مجلس الهيئة ما يأتي: (أ- تشكيل دائرة أو أكثر لمراجعة قرارات الاتهام في القضايا التي يطلب فيها الحكم بعقوبة القتل، أو القطع، أو الرجم، أو القصاص في النفس أو فيما دونها، وأي قرار يحيله رئيس الهيئة إليها) مما يعني أن سلطة عضو الهيئة عند إصدار قرارات الاتهام في القضايا الإتلافية^(٧) مقيدة بمراجعتها من جهة أعلى لخطورة هذه الجرائم، فوجود مثل هذه الضمانة يحقق ضماناً لمنع أو تقليل فرص الأخطاء، كما يضمن التحقق من سير العمل، ومعالجته في وقته. ولا شك أن هذه الضمانة لا تعارض الاستقلالية المقررة لعضو النيابة، إذ هي - بوجهة نظري - تطبيقي عملي لمبدأ الوحدة الذي يسود عمل النيابة العامة، وتفترضه السلطة الإشرافية بمتابعة سير العمل والرقابة عليه، كما أنه امتداد لخصائص النيابة العامة فيما يتعلق بالتبعية التدريجية المقررة قانوناً والمتمثلة "بخضوع عضو النيابة العامة لسلطة الرئيس في توجيه عمله ورقابته له في تنفيذها وتصحيح العمل المخالف، وترتيب المسؤولية التأديبية جزاء المخالفة" (حسني، ٢٠١٧م).

ومما يجدر التأكيد عليه من خلال الواقع العملي أن نطاق الإشراف والمراقبة ليس على نمط واحد على في جميع القضايا، وإنما يختلف بحسب القضية؛ فقرارات الاتهام في القضايا

كانت، ورسم حدود واضحة للعلاقة بينها وبين السلطات التي يتصل عملها بها، وبالتالي فغاية استقلالية عضو النيابة العامة أن يكون لديه سلطة تقديرية للوصول إلى الحقيقة وبسط العدالة الجنائية وممارسته أعماله الإجرائية للوصول إلى الحقيقة ولا تملك أية سلطة حمل العضو على الميل عن هذه الغاية، وعدم خضوعه فيما يباشره من أعمال لأي جهة أو سلطات إلا لأحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة السائدة.

رابعاً: عدم مسؤوليته عن الأعمال

يمكن القول إن هذه الضمانة امتداد للضمانة السابقة، فلا يتم مساءلته عن الإجراءات التي اتخذها ولم يترتب عليها إدانة للمتهم، أو مطالبته بالتعويض عند البراءة، طالما أنها في الحدود التي رسمها له المنظم حتى لو اتضح خطأه في الدعوى الجزائية أو خطؤه في تقدير الوقائع والأدلة، وهو ما أخذت به معظم التشريعات المقارنة، ويبرر الأخذ بهذا المبدأ أنه يضطر عضو النيابة العامة إلى عدم مباشرة الادعاء العام خشية المساءلة اللاحقة (النجار، ١٤١٧هـ). مع أنه من المتصور نظاماً مساءلته قانونياً عن الخطأ المهني الجسيم كالمساس بالحرية الشخصية للمتهم في حالة تجاوزه لمدة التوقيف المنصوص عليها نظاماً.

خامساً: الوحدة وعدم التجزئة

يعبر عن هذا المبدأ بوحدة النيابة العامة أو عدم تجزئتها، ويقصد به: "أن أعضاء النيابة العامة يتصرفون كأهم أعضاء في جسد واحد، فينوب بعضهم عن بعض، والعمل الصادر عن عضو النيابة كأنه صادر عن النيابة العامة في مجموعها كشخص معنوي، ومن ثم يتقيد به جميع الأعضاء متى ما كان إعمالاً وتطبيقاً لحكم القانون" (حسني، ٢٠١٧م، ص ٨٣٨). وهذا المبدأ مما تنفرد به سلطة النيابة العامة عن غيرها من هيئات إدارة العدالة كالقضاء، ففي القضاء لا يشترك في المداولة والحكم غير القضاة الذين سمعوا المرافعة، ويرجع ذلك إلى أن أعمال النيابة العامة لا تصل خطورتها إلى الدرجة التي تصلها الأعمال القضائية إذ هي خاضعة دائماً لمطلق تقدير القاضي (الصفيني، ٢٠٠٢م). وهذه الصفة تعبر في الواقع عن المعنى أو الأساس

(٧) مما يشار إليه أن عبارة (الجرائم الإتلافية والجرائم غير الإتلافية) مصطلح دارج في عمل النيابة العامة وهو مستوحى من المادة الرابعة من نظام الهيئة المشار إليها، ويقصد بالجرائم الإتلافية: الجرائم التي يحكم فيها أو يطالب فيها بعقوبة تتضمن الإتلاف كالقتل أو القطع أو الرجم أو القصاص في النفس أو ما دونها، والجرائم غير الإتلافية ما سوى ذلك مما يحكم فيها بالسجن أو الجلد أو الغرامة أو غيره.

ومع أهمية هذه المرحلة التي تتسم بنشاط واتساع أكبر مما تتسم به إجراءات التحقيق الابتدائي إلا أن إجراءات الاستدلال في الوقت نفسه تعد من الأخطار التي تهدد عضو النيابة في ممارسة سلطته، إذ يظهر أمام أعمال النيابة العامة في هذا الصدد خطران أساسيان أولهما: اعتماد عضو النيابة العامة على المحاضر وإجراءات الاستدلال التي قام بها رجال الضبط، فقد تكون هذه المحاضر خاطئة أو خادعة، أو الغرض منها الانتهاء من الإجراءات بسرعة دون النظر لشرعيتها وخطورتها على حقوق وحرية الأفراد، وثانيهما: اعتماد رجال الضبط على طراز معين من الطاعة العمياء لرئيسهم الإداري ولو لتحقيق أغراض تتنافى مع العدالة، ويزداد الأمر صعوبة بعدم الإفصاح عن مصادر تحرياتهم (نصر، ٢٠١٠م).

ومن هذا المنطلق فإجراءات الاستدلال أولى المهام التي تظهر للنيابة العامة إعمال سلطتها التقديرية واتخاذ قرار بشأن الدعوى الجنائية، وتحديد موقفها من الدعوى، وتؤكد هذه السلطة كون هذه الإجراءات واسعة وغير محصورة، وقد تفتقد للضمانات القانونية عند اتخاذها؛ مما يتطلب الأمر تمحيصها وفحصها، وهذا ما يمنح النيابة العامة سلطة تقديرية أمام هذه الإجراءات المتخذة. وإزاء ذلك ووفقاً لنظام الإجراءات الجزائية؛ فقد قررت مواد النظام: (٦٣، ٦٥، ٦٦) أن للنيابة العامة بناء على محاضر الاستدلال أن تتخذ أحد القرارات التالية:

(أ) القيام بحفظ الأوراق دون اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق.

(ب) الاكتفاء بإجراءات الاستدلال وإحالتها إلى المحكمة المختصة إذا كانت الأدلة كافية لإثبات الجريمة ولم تكن الجريمة من القضايا الكبيرة^(٨).

(٨) يقصد بمصطلح الجرائم الكبيرة هي الجرائم الموجبة للتوقيف هي المحددة بالقرار الوزاري رقم ٢٠٠٠ وتاريخ ١٠/٦/١٤٣٥هـ وفقاً للمادة (١١٢) من نظام الإجراءات الجزائية، والجرائم غير الكبيرة ما لم تكن غير ذلك، وقد حدد القرار الوزاري المشار إليه ما يعد من الجرائم الكبيرة وهي قرابة ٢٠ جريمة ذكرت بالقرار كجرائم الحدود المعاقب فيها بالقتل أو القطع، وجرائم الإرهاب، وجرائم السجن المعاقب فيها مدة تزيد عن سنتين في الأنظمة التعزيرية كأنظمة مكافحة الرشوة والتزوير ومكافحة المخدرات وغسل الأموال والجرائم المعلوماتية... إلخ، وما يشار إليه أن النيابة العامة نشرت العديد من الإيضاحات والتفصيلات حول هذا القرار عبر موقعها الرسمي. انظر: <https://www.bip.gov.sa/news/1224?page=27>.

الإتلافية ينعقد اختصاص مراجعتها لمجلس إدارة الهيئة بالمقر الرئيس، في حين تختص اللجان في فروع النيابة العامة في المملكة بمراجعة القضايا غير الإتلافية للتحقق من سلامة الاتهام والإجراءات.

المبحث الثالث:

مظاهر السلطة التقديرية

للنيابة العامة عند نظر الدعوى الجزائية

يشكل الحديث عن مظاهر السلطة التقديرية للنيابة العامة الناحية التطبيقية لموضوع الدراسة، وهو الأهم إذ لا قيمة للنظريات والمبادئ القانونية ما لم يتم استظهار مظاهرها العملية والأعمال المناطة بالنيابة العامة والكشف عن حدود تلك السلطة. ويمكن القول بداية إن سلطة النيابة العامة ومن خلال دورها ومهامها تبرز سلطة المحقق التقديرية ابتداءً عند تقييم إجراءات الاستدلال في الدعوى الجزائية المتخذة من قبل رجال الضبط الجنائي ومدى تحريك الدعوى ومباشرتها من عدمه، كما تبرز بشكل أساسي وواضح عند اتخاذ المحقق أخطر إجراء من إجراءات التحقيق وهو توقيف المتهم أو في الدعوى الجنائية، وهو ما سنتناوله في المطالب الثلاث الآتية.

المطلب الأول: السلطة التقديرية للنيابة العامة أمام إجراءات الاستدلال

إجراءات الاستدلال هي: "مجموعة من الإجراءات التمهيدية والسابقة على تحريك الدعوى الجنائية والتي تهدف إلى جمع المعلومات في شأن جريمة ارتكبت كي تتخذ سلطات التحقيق بناء عليها القرار فيما إذا كان من الجائز أو الملائم تحريك الدعوى فيها، ويتم اتخاذها من قبل رجال الضبط الجنائي في مرحلة الاستدلال" (حسني وآخرون، ٢٠١٧م).

ويظهر أثر إجراءات الاستدلال على الدعوى الجزائية في تحديد مصير الدعوى الجزائية أمام سلطة التحقيق والقضاء، إذ تكشف عن وقوع الجريمة، وكيفية حدوثها، والظروف التي رافقتها، بصورة واضحة وتساعد في تحريك الدعوى الجنائية، وقد تكتفي جهة التحقيق بها وترفع الدعوى أمام القضاء مباشرة بناء على محاضرها (م: ٦٥ نظام الإجراءات الجزائية).

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للنياحة العامة عند تحريك الدعوى الجزائية

يقصد بتحريك الدعوى "نقل الدعوى من حال السكون إلى حالة الحركة، وذلك بإدخالها إلى حوزة السلطات المختصة" (حسني، ٢٠١٧م، ص ١١٧).

وتظهر أهمية الحديث عنه أنه أول اختصاص أصيل تباشر فيه النيابة العامة سلطتها في الدعوى الجزائية، باعتبار أن إجراءات الاستدلال لا تعتبر تحريكاً للدعوى الجزائية وفقاً للاتجاه السائد في القانون الجنائي وإنما مرحلة ممهدة ومساعدة لسلطات التحقيق، فمباشرة إجراءاتها وإن كانت ضرورية ولكنها لا تؤدي إلى تحريك الدعوى، إذ يفترض أهل القانون أن تحريك الدعوى داخل في نطاق أعمال النيابة العامة وإجراءات الاستدلال إنما هي أولية وسابقة عليها، كما يظهر أهمية استبعاد أعمال الاستدلال من الإجراءات التي تتحرك بها الدعوى أن القانون إذا علق تحريك الدعوى على شكوى أو طلب أو إذن ساغ القيام بأعمال الاستدلال قبل تقديمها واعتبرت بناء على ذلك صحيحة (حسني، ٢٠١٧م).

ووفقاً للمبادئ القانونية التي تحكم عمل النيابة العامة في مرحلة التحقيق يظهر أماناً اتجاهان بارزان في تحريك الدعوى؛ إما سلب النيابة العامة سلطتها التقديرية وإلزامها بتحريك الدعوى عن كل جريمة تعلم بها ومباشرة إجراءات اقتضاء الدولة لحقها في العقاب بغض النظر عن الظروف، استناداً لمبدأ الشرعية وإلزامها بذلك طالما توافرت أركان الجريمة. والاتجاه الآخر بمنح النيابة العامة حق الملاءمة وإعمال السلطة التقديرية، وعدم تحريك الدعوى بالرغم من توافر أركان الجريمة، وهو ما يمكن أن يطلق عليه - بحسب التعبيرات المختلفة - بحفظ الدعوى لعدم وجهة السير فيها، أو حفظ الأوراق، أو الحفظ للملاءمة ونحوها.

ويظهر أثر الأخذ بمبدأ الملاءمة أمام عضو النيابة العامة عند تنازل المجني عليه في الجرائم التي تقام منه، إذ لا ينصرف تنازله إلا إلى دعوى الحق الخاص فقط وليس له التنازل عن الحق العام ذلك باعتبار السلطة التقديرية للنياحة العامة، كما يبرز أثر الأخذ به أن نظام الإجراءات الجزائية كما مواده: (١٦،

(ج) مباشرة إجراءات التحقيق وجوباً وذلك في الجرائم الكبيرة، أو في غير الجرائم الكبيرة إذا وجد أن ظروفها أو أهميتها تستلزم ذلك.

(د) ندب رجل الضبط الجنائي للقيام ببعض إجراءات التحقيق.

فالمسار المتخذ تجاه إجراءات الاستدلال يلعب دوراً هاماً جداً في القرار الذي سيتخذه عضو النيابة العامة في الدعوى الجزائية، فقد تنتهي منه الدعوى بإجراءات مبسطة، وقد يتطلب الأمر جهداً خاصاً في فهم أبعاد الدعوى وفق دوره العدلي في الحفاظ على حقوق المجتمع وحقوق أطراف الدعوى لاسيما المتهم.

وهذا الجانب - برأبي - يحدد الصلة والرابطة القانونية بين النيابة العامة ورجال الشرطة ويكشف عن دور النيابة العامة واحتفاظها بسلطة التوجيه والتقدير، إذ إن قيمة أعمال الاستدلال تتوقف على تقدير النيابة. كما يمتد هذا الدور للنياحة العامة حتى لو تم تحريك الدعوى الجزائية بواسطة المدعي المدني بطريق تكليف المتهم بالحضور؛ إذ يظل لها كامل دورها في مباشرة الدعوى الجزائية المطروحة أمام المحكمة، ولكن يزول حقها فقط في مباشرة التحقيق بالنسبة إلى المتهم (عبدالمعز، ١٩٩٩م).

ومما يعضد حق عضو النيابة في بسط سلطته؛ خطورة إجراءات الاستدلال وموقعها التمهيدي لمراحل الدعوى الجزائية، كونها تنصب في معارضة القواعد العامة كأصل براءة المتهم، وقاعدة شرعية الجرائم، وحصراً أحوال التلبس... إلخ، وهذا بدوره يوجب على عضو النيابة سلطة تقديرية تتسم بالبحث عن الشرعية (الموضوعية والإجرائية) بشكل أصيل، ويظهر في هذه المرحلة مدى تطبيق الأنظمة ومدى شرعيتها. وللتطبيق الأمثل أسند النظام لعضو النيابة العامة في المادة (٢٥) من نظام الإجراءات الجزائية سلطة الإشراف على أعمال رجال الضبط الجنائي، والنظر في أمر كل ما تقع من رجال الضبط الجنائي مخالفة لواجباتهم أو تقصير في أعمالهم ورفع الدعوى التأديبية أو الجزائية.

أعمالهم الوظيفية كما تقتضيه العدالة، غايتها كشف الحقيقة، سواء ترتب على ذلك ثبوت التهمة ونسبتها إلى المتهم أو نفيها عنه (تاج الدين، ١٤٢٥هـ).

ووفقاً لذلك منحت الأنظمة الاجرائية النيابة العامة سلطة تقديرية واسعة في اتخاذ إجراءات متنوعة على نحو لا يمكن معه حصرها بدقة^(٩). ومن ثم كان للمحقق أن يتخذ أي إجراء من شأنه التنقيب عن الدليل إذا توافرت له شروط المشروعية، ولم يكن متضمناً اعتداء على حق يصونه القانون أو وسيلة لا يقرها أو دون تعسف، طالما اتجه غرضه للكشف عن الحقيقة، كما لم تلزمه القوانين باتباع ترتيب معين في اتخاذ الإجراءات وإنما يتبع الترتيب الذي يراه الأكثر ملاءمة بالنظر إلى ظروف كل جريمة وفي ضوء الخطة التي يضعها للتحقيق، كما أن للمحقق السلطة التقديرية في أن يستجيب ويرفض طلب أحد أطراف الدعوى في اتخاذ إجراء معين ما يراه (حسني، ٢٠١٧هـ؛ تاج الدين، ١٤٢٥هـ).

ومن تطبيقات ذلك على سبيل المثال نجد أن المواد (٩٥-٩٩) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي خولت عضو النيابة العامة سلطة تقديرية عند سماع شهود الوقائع التي تؤدي إلى ثبوت الجريمة وإسنادها إلى المتهم أو نفيها عنه وبرأته منها، إذ للمحقق تفريق الشهود، وله أن يواجه الشهود بعضهم ببعض، وله أن يسمع شهادة الشهود التي يطلب الخصوم سماعها ما لم تتبين عدم الفائدة، وله رفض سماع أحد الشهود سواء عند طلب أحد الخصوم، أو عند حضور الشاهد من تلقاء نفسه وقدر المحقق أن سماعه لا يعود على التحقيق بأي فائدة، وهكذا الحديث في بقية الإجراءات من الاستجواب والتفتيش والانتقال والمعاينة وغيرها.

(٩) يدرج أهل القانون أعمال التحقيق على اختلافها تحت نوعين: إجراءات تهدف إلى التنقيب عن الأدلة المتعلقة بالواقعة الإجرامية، ويطلق عليها إجراءات جمع الأدلة: كالانتقال والمعاينة، وندب الخبراء، والتفتيش، وضبط الأشياء، وسماع الشهود، والاستجواب والمواجهة. وإجراءات احتياطية لمنع المتهم من الهرب أو العبث بالأدلة، وتشمل: الأمر بالحضور، والأمر بالقبض والإحضار، والأمر بالحبس الاحتياطي. انظر: (حسني، ٢٠١٧م؛ تاج الدين، ١٤٢٥هـ؛ الغريب، ٢٠١٠م؛ عوض، ١٤٢٥هـ؛ الصيفي، ٢٠٠٢م).

(١٧، ١٩) قرر عدداً من الحالات التي يسمح للنيابة العامة بالتدخل في الدعوى كما في القضايا التي يتعلق فيها حق خاص ويقع حق رفعها للمجني عليه أو وارثه من بعده، إذ أوجب أنه على المحكمة - وفي الحال - إبلاغ المدعي العام بالحضور، أو إذا رأت مصلحة عامة في الشكوى المقدمة من المجني عليه أو من ينوبه، وفي حالة لاحقة أوجبت على المحكمة إبلاغ النيابة العامة في حالة تصديها للدعوى وتحريكها، وبالتالي ومع حق تلك الجهات سواء (المجني عليه، أو وارثه، أو المحكمة) يظهر عدم احتكار النيابة العامة لسلطة التحريك، وفي الوقت نفسه يظهر سلطتها التقديرية عندما يتم تحريكها من قبل غيرها.

وما يجدر التأكيد عليه في مجال تحريك الدعوى أن سلطة النيابة العامة التقديرية تظهر في مجال الجرائم التعزيرية بخلاف جرائم الحدود والقصاص، فمتى ثبتت الحدود وجبت، ولا يجوز لولي الأمر العفو عنها أو إبدالها بعقوبة أخرى أخف منها، وكما لا يجوز للمجني عليه النزول عنها، لا يجوز كذلك لولي الأمر النزول عن القصاص لتعلق حق العباد به (عوض، ١٤٢٥هـ).

المطلب الثالث: السلطة التقديرية للنيابة العامة عند مباشرة الدعوى الجزائية

يقصد بمباشرة الدعوى: "اتخاذ إجراء أو مجموعة من الإجراءات التي يفترضها سير الدعوى نحو الحكم البات الفاصل في موضوعها" (حسني، ٢٠١٧م)، وتعبر مباشرة الدعوى الجنائية يتسع لمفهوم تحريك الدعوى، والفرق بينهما أن مباشرة الدعوى أو استعمالها سلطة مقتصرة على النيابة العامة وتختص وحدها بذلك بخلاف تحريك الدعوى فيمتد لها ولغيرها. وخصوصية قيام النيابة العامة بهذا الإجراء كون مرحلة التحقيق مرحلة خطيرة فهي ليست مرحلة جمع للمعلومات على غرار مرحلة الاستدلال، وإنما نشاط أكثر فعالية، تملك فيه النيابة العامة سلطة واسعة للتوصل إلى الحقيقة، وتشمل المساس بحريات الأفراد وحقوقهم مما يتطلب الأمر إسناد هذه السلطة إلى سلطة عدلية يتمتع أعضاؤها بضمانات عالية تكفل استقلالهم وحيدتهم ونزاهتهم في أداء

ويمكن القول إن سلطة عضو النيابة في تقدير الأدلة والإجراءات لا تبدأ إلا بعد اتخاذها وتقدير أثرها، بمعنى أنه لا يلزم في كل إجراء أن يثمر وإنما يجب أن يتخذ دون استثناء أي إجراء طالما أنه قد يكون كاشفاً للحقيقة. إلا أن الفارق الوحيد بين الإجراءات أن ما يتعلق بالمساس بحرية الشخص وحقوقه ومسكنه واتصالاته ووثائقه لا بد من وجود أدلة كافية عند اتخاذ الإجراءات الماسة بذلك، أما الإجراءات التي لا يترتب عليها شيء من ذلك فيرجع فيها للسلطة التقديرية للمحقق في مجال البحث عن الحقيقة.

المبحث الرابع:

السلطة التقديرية للنيابة العامة في التوقيف الاحتياطي

يبرز أمام سلطة النيابة العامة تحدُّ خطير في تحديد الموقف النظامي عند التصرف بالمتهم، وبشكل عبئاً ثقيلاً على عضو النيابة، إذ إن طبيعة إجراء التوقيف أنه من الإجراءات الاحتياطية التي تهدف إلى المحافظة على الأدلة، وعدم التأثير على مجريات الدعوى وتسهيل محاكمته، فضلاً عن أثره في تهدئة الشعور العام في المجتمع ولدى المتضرر؛ وفي الوقت نفسه ألا يضر المتهم أو تسلب حريته. ولخطورة هذا التصرف إما بالإفراج عن المتهم أو توقيفه وما ينتج عنه من آثار خطيرة؛ نجد أن المنظم السعودي حدد معياراً قانونياً (مقيداً) لا يسمح لعضو النيابة بالخروج عنه. وتتخلص قاعدة ذلك: أنه إذا كان وصف القضية ضمن الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف. فسلطته مقيدة ولا يملك المحقق في هذه الحالة إلا إصدار أمر بتوقيفه وفق الإجراءات المقررة نظاماً وذلك استناداً للمواد (١١٣-١١٤) من نظام الإجراءات الجزائية، وفي غير تلك الجرائم (كقاعدة عامة) لا يجوز للمحقق الاستمرار في توقيف المتهم. وهذه القاعدة الإجرائية تحتم على النيابة العامة الالتزام بها انطلاقاً من مبدأ الشرعية الإجرائية. مع ملاحظة أن الوصف المعتد به في تقدير ونظر القضية؛ هو الوصف الجرمي الذي ينتهي إليه المحقق بقرار الاتهام.

بيد أن سلطة المحقق التقديرية عند التصرف بالمتهم - ومن خلال الواقع العملي - قد تخرج عن هذه القاعدة العامة في

نطاق محدد وضيق، إذ يملك المحقق التوقيف في غير القضايا الكبيرة، ويملك كذلك الإفراج في القضايا الكبيرة. وتطبيقاً يمكن إبراز هاتين الحالتين كالتالي.

المطلب الأول: السلطة التقديرية في التوقيف بالجرائم غير الكبيرة

تظهر هذه الحالة عندما يقدر عضو النيابة العامة وجود ضرورة لاستمرار توقيف المتهم في جريمة غير موجبة للتوقيف. ويلاحظ أن نظام الإجراءات الجزائية السعودي كما مواده (١٠٨، ١١٣) والمادة (٢٤) من اللائحة التنفيذية للنظام قيدت سلطة المحقق باستمرار توقيف المتهم عند وجود أسباب التوقيف النظامية، وحصرها في خمس حالات، وهي:

- ١- كون الجريمة من الجرائم الكبيرة.
 - ٢- حالة عدم وجود محل إقامة معلوم يوافق عليه المحقق فيجوز إصدار أمر بإيقافه.
 - ٣- إذا خشي هرب المتهم أو اختفائه.
 - ٤- إذا لم يتعهد المتهم بالحضور عندما يطلب منه ذلك.
 - ٥- إذا كانت مصلحة التحقيق تستوجب توقيفه.
- والملاحظ في هذه الأحوال وإن كانت حالات موضوعية يمكن التحقق منها مباشرة، إلا أن الحالة الخامسة المتعلقة بمصلحة التحقيق تبرز فيه السلطة التقديرية للمحقق، وخطورة هذه الحالة أن المصلحة قد تكون سرية ولا يفصح عنها المحقق وفقاً لطبيعة الإجراءات الجزائية وسريتها المقررة نظاماً (م: ٦٨ نظام الإجراءات الجزائية) ووفقاً لطبيعة الجريمة أو المتهمين.

وفي تقديرنا أن رؤية المنظم استمرار توقيف المتهم في هذه الحالة لا إشكال فيه، نظراً لمقتضيات العدالة الجنائية وضمان حالة المتهم للمحاكمة، إلا أن اتجاه المنظم لوجوبية التوقيف على المحقق في هذه الحالة المقررة في نص المادة (١١٣) من نظام الإجراءات التي نصت على أنه: "إذا تبين بعد استجواب المتهم، أو في حالة هربه، أن الأدلة كافية ضده في جريمة كبيرة، أو كانت مصلحة التحقيق تستوجب توقيفه؛ فعلى المحقق إصدار أمر بتوقيفه مدة لا تزيد على خمسة أيام من تاريخ القبض عليه؛" قد يقيد سلطة المحقق التقديرية لاسيما مع عمومية عبارة مصلحة التحقيق، إذ هي حالة مؤقتة يقصد منها غالباً المحافظة على تحقيق أعلى قدر من

المبحث الخامس:

سلطة النياحة العامة التقديرية

عند التصرف في الدعوى الجزائية

التصرف في التحقيق هو: "اتخاذ قرار يتضمن تقييماً للمعلومات والأدلة التي يمكن الحصول عليها أثناءه وبياناً للطريق الذي تسلكه الدعوى بعد ذلك" (حسني، ٢٠١٧م).

ونظراً لكون التصرف في الدعوى الجزائية هو الأخطر والأبرز في إجراءات التحقيق فقد منحت فيه النياحة العامة سلطة تقديرية مستقلة ينتج عنها آثار قانونية ومؤثرة في الدعوى، مما أدى إلى وصف أوامر التصرف في التحقيق بأنها ذات طبيعة قضائية، وقد قررت المادة الخامسة من نظام هيئة التحقيق والادعاء العام أنه: "يكون لعمل أعضاء الهيئة الصفة القضائية، ويتمتعون بالاستقلال التام، ولا يخضعون في عملهم إلا لأحكام الشريعة الإسلامية، والأنظمة المرعية، وليس لأحد التدخل في مجال عملهم".

"وقد تشابه فيه النياحة العامة سلطة القضاء من كون اتفاقهما في سلطة تقديرية واحدة إذ يتفق سلطة المحقق والقاضي في مسألة قبول الدليل، وإنما تختلف سلطتهما في مسألة تقدير الدليل؛ باعتبار أن قبول الدليل مسألة قانونية لا مجال لإعمال أي سلطة تقديرية فيه، وقد حسم المنظم ذلك بتحديد النموذج القانوني للدليل القابل للإثبات، فمتى ما توفرت فيه شروط هذا النموذج طبقاً لمبدأ الشرعية الإجرائية وجب على القاضي إخضاعه لعملية تقديره وبعبارة أخرى يجب عليه استبعاد ما لم تتوفر شروط هذا النموذج، وبالتالي ليس للقاضي سلطة قبول الشهادة كدليل لمن كان ممنوعاً منها كالزواج والأصول والفروع ضد بعضهم" (زيدان، ١٩٩٩م). وعليه إذا انتهى المحقق من إجراءات التحقيق وجمع الأدلة ووفقاً لسلطة الاتهام المخولة له نظاماً بالتصرف بالدعوى الجزائية ووفق إطار الشرعيتين الموضوعية والإجرائية، فإن سلطته التقديرية لا تخرج عن أمرين: إما حفظ الدعوى أو إحالتها للمحكمة المختصة.

وتظهر أهمية هذا الإجراء قانوناً "أن قرار إحالة الدعوى ورفعها للمحكمة تعني غل يد سلطة التحقيق ولا يجوز لها اتخاذ أي إجراء في شأن الدعوى سواء تعلق

العدالة الجنائية، ناهيك عن خطورة التوقيف أصلاً وما يترتب عليه من آثار قانونية. وعليه فقد يكون من المناسب جوازياً التوقيف للمحقق في هذه الحالة بالذات، وإعادة النظر في صياغة المادة (١١٣) من نظام الإجراءات الجزائية، بأن يكون التوقيف في حالات مصلحة التحقيق جوازياً للمحقق^(١٠).

المطلب الثاني: السلطة التقديرية في الإفراج بالجرائم الكبيرة

منح النظام عضو النيابة سلطة تقديرية في الإفراج عن المتهم وفق الفقرة ثانياً من القرار الوزاري رقم (٢٠٠٠)، إذ نصت على أنه: "الرئيس هيئة التحقيق والادعاء العام - بناءً على توصية مسببة من المحقق الذي يتولى القضية وتأيد رئيس الدائرة - الموافقة على الإفراج عن المتهم في الجرائم المنصوص عليها في الفقرات (١٢، ١٣، ١٤، ١٥، ١٦، ١٧، ١٨، ١٩، ٢٠) من هذا القرار". وقد قيدت المادة (٨٣) من اللائحة التنفيذية "أن الإفراج بشرط ألا تكون الأدلة كافية ضده في جريمة كبيرة". وهذا الإجراء قد يلجأ إليه المحقق في قضايا معينة أو أحوال وظروف شخصية أو إنسانية يقدرها المحقق ويثبت فيها الأسباب للإفراج. فالمحقق هو من ينشئ الطلب ولكن لا يكتمل الا بتأييد رئيس الدائرة وموافقته معالي رئيس الهيئة^(١١).

(١٠) ولا شك أن هذا يتوافق مع الاتجاه الدولي باعتبار أن التوقيف المؤقت (احتياطي) جوازي، وهو ما يكون مناسباً إزاء منح السلطة التقديرية في النظر لمصلحة التحقيق، حتى تتضح معالم الجريمة وطبيعتها، وهو ما أخذت به بعض الأنظمة كما في المادة (١٣٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصري. وكذلك مشروع النظام الموحد للإجراءات الجزائية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية كما في المادة (١٠٢) "يجوز لعضو النيابة العامة (الادعاء العام) بعد استجواب المتهم أن يصدر أمراً بحبسه احتياطياً إذا كانت الدلائل كافية وكانت الواقعة جنائية أو جنحة معاقباً عليها بغير الغرامة".

(١١) وموافقة معالي رئيس الهيئة في مثل هذه الحالة - بنظرنا - تتفق مع النظام العدلي، فإذا كان رئيس الهيئة هو المختص بتحديد ما يعد من الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف وفق المادة (١١٢) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي، فلا يمكن الخروج من هذا الإطار إلا بالطريق نفسه ووفق ما يراه مناسباً في الحالة المرفوعة إليه. مع الإشارة إلى أن نظام القضايا الإلكتروني المطور لدى الهيئة، وما اشتمل عليه من تقنية متطورة وتواصل مباشر بين فروع المملكة يسهم في تحقيق هذا الإجراء بما يضمن سرعة اتخاذه والبت فيه، ويبقى الأمر موكول لسلطة المحقق وما يورد بتوصيته من أسباب.

بإجراءات البحث عن الأدلة أو بإجراءات تأمينها، كما يترتب على غل يد سلطة التحقيق سقوط كافة أوامر الندب التي صدرت إلى مأموري الضبط القضائي، وفي حالة ظهور أدلة جديدة فيتعين عرضها على المحكمة المختصة بنظر الدعوى، بيد أنه يلاحظ أن زوال ولاية التحقيق مقصور فقط على الحدود العينية والشخصية للدعوى التي خرجت من حوزتها، فإذا ظهر متهمون جدد أو وقائع جديدة جاز لها إجراء التحقيق" (عبدالمعزم، ١٩٩٩م).

وأما كان الخيار القانوني الذي ستسلكه سلطة التحقيق بشأن التصرف في الدعوى الجنائية إلا أن سلطة عضو النيابة العامة في النظام السعودي مقيدة إجرائياً عند الحفظ أو عند رفع الدعوى وفق المادتين (١٢٤، ١٢٦) من نظام الإجراءات الجزائية، وبيان ذلك على النحو التالي.

المطلب الأول: سلطة النيابة العامة التقديرية في حفظ الدعوى

يعني حفظ الدعوى "أن الدعوى لا تتوافر لها المقومات القانونية والفعالية التي تحمل النيابة على السير فيها" (نصر، ٢٠١٠م)، وحفظ الدعوى بناء على عدم كفاية الأدلة يتعلق بموضوع الدعوى الجنائية من حيث صلة المنسوب إليه الاتهام بماديات الجريمة ووقوعها منه ونسبتها إليه، وهذا يدل على أن المدلول يتسع ليشمل عدة أسباب يبنى عليها أمر الحفظ (تاج الدين، ١٤٢٥هـ).

وقد منح النظام السعودي المحقق سلطة تقديرية في حفظ الدعوى في حالتين:

- الأولى: حفظ الأوراق، وفقاً للاختصاص الأصيل للنيابة العامة وبموجب المادة (٣/١/ب) من نظامها، ووفقاً للمادة (٦٣) من نظام الإجراءات الجزائية وأنه: "للمحقق إذا رأى أن لا وجه للسير في الدعوى أن يوصي بحفظ الأوراق"، إلا أن الحفظ في هذه الحالة مقيد أمام سلطة المحقق بالألا يتم اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق، واعتباره من قبيل الحفظ الإداري كما قرره المادة (٤٢/٢) من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية. وتظهر هذه الحالة سلطة تقدير إجراءات الاستدلالات، بمعنى

أنه لا يظهر للمحقق نية البدء بإجراءات التحقيق ولا رفع الدعوى إلى القضاء، وبالتالي فطبيعة هذا القرار لا تستند إلى سبب معين وإنما إلى حسن تقدير جهة التحقيق لعناصر الدعوى، فقد تستند إلى سبب قانوني ككون الفعل لا يشكل جريمة أو إلى سبب موضوعي يتعلق بعدم كفاية الأدلة، أو كانت الأدلة كافية ولكن ليس هناك جدوى للسير في الدعوى كأن يكون المتهم غير معروف، أو تفاهة الجريمة وهو ما يسمى بالقانون (بالحفظ لعدم الأهمية) (نصر، ٢٠١٠م). وعليه تظهر في هذه الحالة سلطة المحقق التقديرية وفقاً لمبدأ ملاءمة تحريك الدعوى.

- الثانية: حفظ الدعوى، وترد أسباب حفظ الدعوى وفقاً للنظام الإجرائي السعودي، ووفقاً لاختصاص النيابة العامة إلى أسباب ثلاثة قررها نظام الإجراءات الجزائية في كل من المواد (٢٢، ٢٣، ١٢٤) وتعود إما إلى عدم كفاية الأدلة، أو أنه لا وجه لإقامة الدعوى، أو توافر أحد أسباب انقضاء الدعوى.

ويلاحظ أن سلطة عضو النيابة تعتبر مقيدة في الحالة الأخيرة (انقضاء الدعوى)، بخلاف الحالة الأولى والثانية، إذ يظهر فيهما السلطة التقديرية، فحالة أن لا وجه لإقامة الدعوى تعني أن ما انتهى إليه التحقيق لا يصلح أو لا يكفي لتحريك الدعوى الجنائية ضد المتهم الذي بوشر التحقيق معه، وتنطوي غالباً على سلطة تقديرية كبيرة لسلطة التحقيق، فقد تجد أن هناك جريمة مكتملة الأركان ولكن ترى أن مصلحة المجتمع في التغاضي عنها أكبر من مصلحته في عقاب المتهم، فإن كانت الأدلة كافية لإحالة الدعوى فلا يعني توافرها وجوب رفعها إذا لم يكن من شأن رفعها تحقيق المصلحة العامة (نصر، ٢٠١٠م).

ونظام الإجراءات الجزائية السعودي ولائحته التنفيذية لم يوضحا حالات حفظ الدعوى لعدم وجهة السير فيها، وبالتالي فإن تقدير الأمر متروك لسلطة التحقيق والمصلحة بإقامة الدعوى الجزائية كأن يكون الضرر الناتج من الجريمة يسيراً أو صغراً سن المتهم أو غير ذلك مما يظهر للمحقق ويستطيع استظهاره في قرار الحفظ، فمتى ما توافر لدى النيابة

صحيحاً وتكون المحكمة ملزمة الفصل فيها (حسني، ٢٠١٧م؛ الغريب، ١٤١١هـ؛ نصر، ٢٠١٠م)^(١٣).

المطلب الثاني: سلطة النيابة العامة التقديرية في رفع الدعوى

تملك النيابة العامة وحدها تقدير إحالة الدعوى الجنائية الى القضاء، بوصفها ممثلة للمجتمع ووكيلة عنه بشأن الدعوى العمومية، إلا أن سلطة النيابة العامة التقديرية في النظام السعودي عند رفع الدعوى ترتبط بنطاق معين من الجرائم، إذ يقرر المنظم أن سلطته لا تخرج عن حالتين، الحالة الأولى: سعة السلطة التقديرية للنيابة العامة في نطاق معين من الجرائم، وذلك باكتفاء المحقق برفع الدعوى للقضاء دون إجراء أي تحقيق، وإنما بتكليف المتهم بالحضور مباشرة أمام المحكمة المختصة، وذلك في الجرائم غير الكبيرة، ما لم ير المحقق وجود ظروف تستلزم التحقيق فيها وذلك استناداً للمادة (٦٥) من نظام الإجراءات الجزائية، وبالتالي فمعيار تقدير المحقق في إجراء التحقيق من عدمه في مثل هذه الجرائم بحسب ظروف الجريمة وأهميتها.

والحالة الثانية: تقييد سلطة المحقق التقديرية عند رفع الدعوى الجزائية بانتهاء التحقيق، وبالتالي لا يملك المحقق رفع الدعوى الجزائية للمحكمة المختصة إلا بعد الانتهاء من إجراءات التحقيق وفقاً لعناصر الدعوى التي بين يديه وتقديرها قانونياً وموضوعياً، إلا أنه في هذه الحالة تظهر سلطة المحقق التقديرية في تقدير أدلة الإثبات وتقييمها أو ما يسمى نظاماً بمعيار الأدلة الكافية الذي يحدد الإحالة من عدمه وفق نص المادتين (١٢٤، ١٢٦) من نظام الإجراءات الجزائية.

(١٣) مع الإشارة إلى أن هناك بعض الحالات التي يجوز فيها للنيابة العامة التصالح كما في بعض الجرائم الاقتصادية لدى بعض القوانين المقارنة، حيث أجاز قانون الجرائم الاقتصادية الأردني رقم (١١) لعام ١٩٩٣م إجراء الصلح مع المتهم إذا أعاد كلياً الأموال التي حصل عليها نتيجة ارتكاب الجريمة أو أجرى تسوية عليها، بعد موافقة لجنة قضائية برئاسة رئيس النيابة العامة، وفي هذا الاتجاه ذهب المشرع المغربي في قانون المسطرة الجنائية رقم (٢٣) ورقم (٢٤) وتاريخ ٢٠٠٥م في المادة (٤١) منه إلى حق النيابة العامة في إجراء الصلح في الدعوى الجنائية إذا تعلق الأمر بجريمة يعاقب عليها بستين حبساً أو أقل أو بغرامة لا يتجاوز حدها ٥٠٠٠ درهم بناء على طلب المشتكي وموافقة المتضرر وقبول وكيل الملك.

العامة سبب تقدر أهميته فيجوز للنيابة العامة حفظ الدعوى تأسيساً على مبدأ الملاءمة^(١٤).

والحالة الثانية في عدم كفاية الأدلة، تعني أنه لم يظهر للمحقق احتمالية واقعية تشير إلى إمكانية إدانة المتهم إذا تمت محاكمته، ومن ثم فإن رفع الدعوى الجزائية في هذه الحالة يمثل إهداراً للموارد المادية والبشرية التي تستطيع أجهزة العدالة الجنائية المعنية استثمارها لتتبع القضايا التي من الممكن أن تحقق فيها نجاحاً والحصول على حكم بإدانة المتهم (الحرقان، ١٤٣٦هـ). وما يميز هذه الحالة عن الحالة السابقة أنه يجوز لسلطة التحقيق الرجوع عن تقديرها في حفظ الاتهام متى ما ظهرت أدلة جديدة تقوي الاتهام (م: ١٢٥ نظام الإجراءات الجزائية). باعتبار أن أمر الحفظ لا يترتب عليه انقضاء الدعوى الجزائية باتفاق الفقه القانوني، وإنما وقف السير في إجراءاتها بحالتها بحيث يمنع هذا الأمر من العودة إلى الدعوى الجنائية طالما ظل هذا الوضع قائماً إلا إذا تغيرت حالة الدعوى بظهور أدلة جديدة تبرر السير فيها (تاج الدين، ١٤٢٥هـ).

والسؤال الذي يثار هنا وفقاً لسلطة المحقق في الحفظ: هل تملك النيابة العامة التنازل عن الدعوى؟ يقرر عدد من المختصين أن الأصل في الدعوى الجنائية أنها ملك للمجتمع كله وليست ملكاً لجهة التحقيق وإنما تملك جهة التحقيق تحريك ومباشرة الدعوى نيابة عن المجتمع، فليس لها أن تخرج عن حدود وكالتها وإلا عد ذلك باطلاً، ولا تملك النيابة العامة أيضاً أن تتصالح مع المتهم بعوض أو بدون عوض، ولا تملك سحب الدعوى بعد رفعها، ولا تملك التنازل عن الدعوى عن طريق اتفاق أو تصالح أو عن طريق بعض التصرفات القانونية كالتبرع لجهة خيرية مثلاً، ولو رفعت الدعوى رغم وجود اتفاق على ذلك كان رفعها

(١٢) ومن الحالات المقررة نظاماً في هذا الصدد ما قرره المادة (٢/٤٢) من نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٩) وتاريخ ١٤٢٦/٧/٨هـ إذ أجازت حفظ التحقيق في قضايا استعمال المواد المخدرة في المرة الأولى وفقاً لاعتبارات معينة تتعلق بسن المتهم واقتصار الجريمة على التعاطي فقط وعدم اقترانها بحقوق خاصة، أو مقاومة للسلطة.

ويقصد بمعيار الأدلة الكافية أي "الأدلة التي ترجح توجيه الاتهام ونسبة الجريمة الى المتهم" (تاج الدين، ١٤٢٥هـ)، فهي حالة تسمح بتقديم المتهم للمحاكمة مع رجحان الحكم بإدانته، فرجحان إدانة المتهم ليس إلا اقتناعاً من سلطة التحقيق بملاءمة إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة التي وحدها تستطيع أن تحسم ما إذا كان هذا الاقتناع يتطابق في نهاية الأمر مع حقيقة الواقع وصحيح القانون. وعليه فإن السلطة التقديرية لعضو النيابة برفع الدعوى من عدمه تتمحور في كون الأدلة كافية وتصلح للاتهام وإحالتها للمحكمة فقط دون الإدانة التي يختص بها القاضي، إذ إن أدلة الاتهام تسمح بتوجيه الاتهام وإحالة الدعوى للقضاء، فإذا حكم به القاضي أصبح الدليل آنذاك دليل إدانة (عبدالمعظم، ١٩٩٩م). ويظهر إعمال السلطة التقديرية للمحقق في أدلة الاتهام، بتقدير قيمتها ووزنها وترجيحها وبالتالي لا يتطلب من جهة التحقيق أن تكون الأدلة ثابتة ثبوتاً قطعياً، بل تكفي لترجيح أدلة الاتهام على أدلة البراءة.

وإذا نظرنا إلى نص المادة (١٢٦) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي نجد أنها تناولت عناصر الاتهام الموضوعية والشكلية^(١٤) التي تبرز فيها السلطة التقديرية للمحقق، فإذا توافرت هذه الشروط مجتمعة، فيجب إحالة الدعوى الجزائية للمحكمة المختصة.

(١٤) حيث قررت المادة (١٢٦) من نظام الإجراءات الجزائية: "إذا رأت هيئة التحقيق والادعاء العام بعد انتهاء التحقيق أن الأدلة كافية ضد المتهم تُرفع الدعوى إلى المحكمة المختصة، وتُكلف المتهم بالحضور أمامها، وترفع الدعوى وفق لائحة تشمل البيانات التالية: تعيين المتهم ببيان اسمه ولقبه وجنسيته وسنه ومكان إقامته ومهنته أو وظيفته ورقم هويته وأهليته. وتعيين مدعي الحق الخاص - إن وجد - ببيان الاسم والصفة والعنوان ورقم الهوية. وبيان الجريمة المنسوبة إلى المتهم، بتحديد الأركان المكونة لها، وما يرتبط بها من ظروف مشددة أو مخففة. وذكر النصوص الشرعية أو النظامية التي تنطق عليها، وتحديد نوع العقوبة حداً كان أو تعزيراً. وبيان الأدلة على وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم. وبيان أسماء الشهود إن وجدوا. واسم عضو هيئة التحقيق والادعاء العام وتوقيعه. وتبلغ هيئة التحقيق والادعاء العام الخصوم بالأمر الصادر إحالة الدعوى إلى المحكمة خلال خمسة أيام من تاريخ صدوره".

كما تظهر مظاهر السلطة التقديرية كذلك عند رفع النيابة العامة الدعوى واتضح وجود ارتباط بين الجرائم، إذ تملك النيابة العامة سلطة تقدير إجراء الضم فتعملها إذا ما قدرت أن تسهيل الإجراءات والتحقيق والحكم في القضايا يستلزم ذلك من أجل حسن إدارة العدالة، وتخطئ النيابة العامة قانوناً إن هي فصلت بين الدعاوى المرتبطة فيما بينها ارتباطاً لا يقبل التجزئة وأحالت كلاً منها إلى القضاء المختص بها أصلاً (عبدالمعظم، ١٩٩٩م). وهو ما قرر نظام الإجراءات الجزائية السعودي في المادة (١٢٧) وحق النيابة العامة برفع الجرائم المرتبطة بأمر واحد إلى المحكمة المختصة إذا كانت من اختصاص محاكم متاثلة الاختصاص، وإذا كانت من اختصاص محاكم مختلفة الاختصاص فتحال إلى المحكمة الأوسع اختصاصاً.

الخاتمة

في نهاية البحث يمكن أن نلخص أهم النتائج والتوصيات على النحو التالي:

- ١- مفهوم السلطة التقديرية للنيابة العامة يشير إلى صلاحية يمنحها النظام لعضو النيابة العامة عند علمه بالدعوى الجزائية ومباشرة إجراءاتها والتصرف فيها تحقيقاً لميزان العدالة الجنائية بحفظ حق المجتمع وأطراف الدعوى. وتعتبر من أخص لوازم ولايته على الدعاوى الجزائية للقيام بعمله.
- ٢- تحكم سلطة عضو النيابة اعتبارات قانونية مهمة في الدعوى الجزائية يجب أن يلتزم بها بدءاً من تحريك الدعوى وحتى التصرف فيها، وهما نظامان، نظام الشرعية (المقيد) ونظام الملاءمة (الاختياري) وقد أخذت به أغلب التشريعات ومنها النظام السعودي.
- ٣- قرر النظام السعودي عدة اعتبارات وضمانات لقيام النيابة العامة بسلطانها التقديرية على الوجه المطلوب بما يوازي المهام العدلية المسندة إليها، كتعديل المركز القانوني للنيابة العامة بعد تعديل مسماها من هيئة التحقيق والادعاء العام إلى النيابة العامة، وضمان الفصل بين

لاستقلال كل وظيفة في إطار أعمال السلطة التقديرية لعضو النيابة العامة.

٢- أهمية إبراز الدور الفني والعملي لعضو النيابة العامة في التقسيم والنظر بما يضمن معه قيام سلطته التقديرية أمام جميع الإجراءات المتخذة قبل وبعد تحريكه للدعوى وإبراز المعايير التي تحدد نطاق دوره العدلي وتهيئة الملكة لديه.

٣- تفعيل موضوع إشراف النيابة العامة على أعمال رجال الضبط الجنائي بشكل ملموس أثناء مباشرتهم لأعمالهم، للقيام بسلطتها على أكمل وجه.

٤- التوصية بإعادة النظر في صياغة المادة (١١٣) من نظام الإجراءات الجزائية، بأن يكون التوقيف في حالات مصلحة التحقيق جوازياً للمحقق وليست وجوبياً، مما يمنح المحقق سلطة تقديرية في تطبيق العدالة الجنائية، فضلاً عن خطورة التوسع في التوقيف وما يترتب عليه من آثار قانونية.

٥- التوصية بتكثيف الدراسات المعمقة للتأصيل والتحليل للوظائف الفنية والموضوعات العملية التي تهم موظفي الجهات العدلية والمختصين للحاجة إليها وأثرها في بناء الفكر القانوني وترتيب الآثار القانونية عليه.

وهذا وبالله التوفيق ... وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

المراجع

أولاً: الكتب والأبحاث

ابن منظور، محمد بن مكرم (١٤١٤هـ). *لسان العرب*. ط ٣، بيروت: دار صادر.

أنيس، إبراهيم، وآخرون (١٣٩٢هـ). *المعجم الوسيط*. ط ٢، إسطنبول: المكتبة الإسلامية.

بركات، محمود محمد (١٤٢٧هـ). *السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي*. ط ١، عمان: دار النفائس.

الحرقان، عبد الحميد بن عبدالله (١٤٣٦هـ). *شرح نظام الإجراءات الجزائية*. ط ١، طبعة خاصة، الرياض.

السلطات، وتحقيق مبدأ الاستقلال، ووحدة العمل، وعدم مسؤولية عضو النيابة، ووجود لجان مراقبة قرارات الاتهام.

٤- تبرز مظاهر السلطة التقديرية للنيابة العامة في عدة مهام أساسية، عند نظر الدعوى ابتداءً أو عند توقيف المتهم أو التصرف في الدعوى كاملة.

٥- يشكل تحريك الدعوى أول اختصاص أصيل تباشر فيه النيابة العامة سلطتها في الدعوى الجنائية وتظهر سلطتها التقديرية في الجرائم التعزيرية بخلاف جرائم الحدود والقصاص، وتبرز سلطتها بشكل واسع في اتخاذ إجراءات التحقيق المتنوعة على نحو لا يمكن معه حصرها بدقة طالما تهدف لكشف الحقيقة.

٦- تلتزم النيابة العامة بتحديد التصرف النظامي بالمتهم إما بالتوقيف أو الإفراج وفق القاعدة الإجرائية المحددة للجرائم الموجبة للتوقيف نظاماً، بيد أن هذه السلطة قد تخرج عن إطار الشرعية في نطاق ضيق، يملك فيه المحقق التوقيف في غير القضايا الكبيرة أو الإفراج في القضايا الكبيرة.

٧- منح النظام المحقق سلطة تقديرية في حفظ الدعوى سواء حفظ الأوراق أو حفظ الدعوى في الحالات الثلاث (عدم كفاية الأدلة، أو أنه لا وجه لإقامة الدعوى، أو توافر أحد أسباب انقضاء الدعوى) وتبرز سلطة المحقق التقديرية في الحالة الأولى والثانية في حين أنها مقيدة في الحالة الثالثة.

٨- تتمحور السلطة التقديرية لعضو النيابة عند رفع الدعوى وفق قاعدة كفاية الأدلة وصلاحياتها للاتهام، وذلك بتقدير قيمتها ووزنها وترجيحها، فلا يتطلب من جهة التحقيق أن تكون الأدلة ثابتة ثبوتاً قطعياً، بل تكفي لترجيح أدلة الاتهام على أدلة البراءة.

ومن التوصيات:

١- لضمان التطبيق الأمثل لمبدأ الفصل بين السلطات نوصي بأن يتضمن نظام النيابة العامة وهيكلتها توزيع الاختصاصات بما يخفف من آثار الجمع بين وظيفتي التحقيق والإحالة (الاتهام) التي قد تنشأ، وذلك ضمناً

النجار، عماد عبد الحميد (١٤١٧هـ). الادعاء العام والمحكمة الجنائية. الرياض: معهد الإدارة العامة.
نصر، محمود (٢٠١٠م). السلطة التقديرية وضمانات المتهم في الإجراءات الجنائية (دراسة مقارنة). الإسكندرية: منشأة المعارف.

ثانياً: المواقع الإلكترونية

- الموقع الرسمي للنيابة العامة:
(<https://www.bip.gov.sa/news/25386>)
- رابط الجرائم الكبيرة:
(<https://www.bip.gov.sa/news/1224?page=27>)

ثالثاً: الأنظمة والقوانين

- الأمر الملكي رقم (أ/٢٤٠) وتاريخ ٢٢/٩/١٤٣٨هـ بتعديل المسمى للنيابة العامة.
- القرار الوزاري المحدد للجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف رقم ٢٠٠٠ وتاريخ ١٠/٦/١٤٣٥هـ.
- النظام الأساسي للحكم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (أ/٩٠) وتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ.
- نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ.
- نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (أ/٣٩) وتاريخ ٨/٧/١٤٢٦هـ.
- نظام هيئة التحقيق والادعاء العام الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٦) وتاريخ ٢٤/١٠/١٤٠٩هـ والمعدل عام ١٤٣٦هـ.
- اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية السعودي الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (١٤٢) وتاريخ ٢١/٣/١٤٣٦هـ.

حسني، محمود نجيب (٢٠١٧م). شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية. ط ٥، الإسكندرية، مصر: دار المطبوعات الجامعية.
حمد، حمد عمر (١٤٢٣هـ). السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها. ط ١، الرياض: أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية.

الزحيلي، محمد (١٤٣٦هـ). الإجراءات الجنائية الشرعية: دراسة مقارنة مع الأنظمة والقوانين المعاصرة. ط ١، دمشق: دار الفكر.

زيدان، فاضل (١٩٩٩م). سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة. ط ١، عمان، الأردن: مكتبة دار الثقافة.

الصيفي، عبدالفتاح مصطفى (٢٠٠٢م). تأصيل الإجراءات الجنائية. الإسكندرية: دار الهدى.

الطهاوي، سليمان محمد (١٩٥٧م). النظرية العامة للقرارات الإدارية. ط ١، القاهرة: دار الفكر العربي.

عبدالمنعم، سليمان (١٩٩٩م). إحالة الدعوى من سلطة التحقيق إلى قضاء الحكم. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.

عوض، محمد محيي الدين (١٤٢٥هـ). الدعوى الجنائية ودور المدعي العام فيها. بحث منشور في كتاب دراسات في الادعاء العام. ط ١، الرياض: جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية.

الغريب، محمد عيد (١٤١١هـ). النظام الإجرائي في المملكة العربية السعودية. ط ١، جدة: مكتبة مصباح.

مدني، عبدالرحمن تاج الدين (١٤٢٥هـ). أصول التحقيق الجنائي وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية (دراسة مقارنة). الرياض: معهد الإدارة العامة.

مرغلاني، كمال سراج (١٤٢٥هـ). إجراءات الضبط والتحقيق الجنائي. ط ٢، طبعة خاصة، الرياض.

مقابلة، حسن يوسف (٢٠١٤م). دور الادعاء العام في تحقيق الشرعية الجزائية (دراسة مقارنة). ط ١، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.



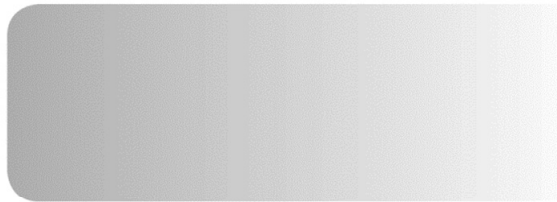
**IN THE NAME OF ALLAH,
MOST GRACIOUS, MOST MERCIFUL**

**Journal of
King Saud University**
(Refereed Scientific Periodical)

Volume 32

Law & Political Science (2)

July (2020)
Dhu Al-Qa'dah (1441H.)



• Editorial Board •

Ahmad S. Al-Amri
Saleh Z. Alghamdi
Khaled A. Al-Rasheid
Ibrahim M. Al-Shahwan
Anis H. Fakeeha
Khalid H. Alqudair
Ali A. Sayah
Ali S. BaHammam
Mohammed A. Al-Thenayian
Abdullah J. Alghamdi
Fahad S. Alshaya
Faisal M. Alqahtani
Mansour M. Al-Sulaiman

(Editor-in-Chief)

Division Editorial Board

Abdullah Jumman Alghamdi
Elshehabi Ibrahim Elsharqawi
Abdel Sattar A. Selmy
Bouzid Dine
Jamel Abdelrazzak Ajroud

Division Editor

© 2020 (1441 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 Sufficient Evidences for Inspection (English Abstract) Ashraf Mohammed Abdel-Qader Samhan	142
Value Added Tax: Definition, Principles, and Registration (English Abstract) Mansour A. Alhaidary	196
Defensive Measures Against Hostile Takeovers: A Comparative Study (English Abstract) Athbi Alenezi	210
The Discretionary Power of the Public Prosecution in the Criminal Case in Accordance with the Saudi Code of Criminal Procedure (English Abstract) Youness Ahmad Almushaigeh	245

