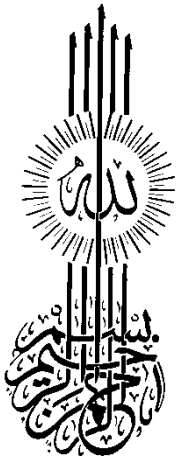

بسم الله الرحمن الرحيم

مجلة جامعة الملك سعود (الحقوق والعلوم السياسية)، مج (٣٣)، ع (٢)، ص ص ١١١-١٨٨ بالعربية، الرياض (٢٠٢١م/ ١٤٤٢هـ)

مجلة
جامعة الملك سعود

(دورية علمية محكمة)

المجلد الثالث والثلاثون
الحقوق والعلوم السياسية (٢)

يوليو (٢٠٢١م)
ذو القعدة (١٤٤٢هـ)

دار جامعة الملك سعود للنشر
KING SAUD UNIVERSITY PRESS
ص.ب ٦٨٩٥٣ - الرياض ١١٥٣٧ المملكة العربية السعودية

هيئة التحرير

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

أعضاء هيئة التحرير الفرعية

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

© ٢٠٢١م (١٤٤٢هـ) 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.

دار جامعة الملك سعود للنشر
KING SAUD UNIVERSITY PRESS

مجلة جامعة الملك سعود (الحقوق والعلوم السياسية)، مج (٣٣)، ع (٢)، ص ص ١١١-١٨٨ بالعربية، الرياض (٢٠٢١م/ ١٤٤٢هـ)

المحتويات

صفحة

الإفصاح عن المعلومات المتعلقة بشركات المساهمة العامة في التشريع الإماراتي
طارق عبدالرحمن كميل ١١١

التحقيق الجنائي الرقمي
حنان محمد الحسيني أحمد، وسحر علي عبدالله الهبدان ١٢٩

الاتجاهات الحديثة في نظام الإفلاس السعودي، وأثرها على حقوق الدائنين
أحمد عبدالله سفران ١٥١

أحكام نقص أهلية الشريك في النظام السعودي: دراسة مقارنة
فؤاد شهاب شياب ١٧١

مجلة جامعة الملك سعود (الحقوق والعلوم السياسية)، مج (٣٣)، ع (٢)، ص ص ١١١-١٢٧، الرياض (٢٠٢١م/ ١٤٤٢هـ)

الإفصاح عن المعلومات المتعلقة بشركات المساهمة العامة في التشريع الإماراتي

طارق عبدالرحمن كميل*

أستاذ القانون التجاري المشارك

جامعة العين، الإمارات العربية المتحدة

(قدم للنشر في ٢٤/ ٨/ ١٤٤٠هـ، وقبل للنشر في ٢٠/ ١/ ١٤٤١هـ)

ملخص البحث. تناول البحث مبدأ الإفصاح عن المعلومات في ظل مبادئ حوكمة الشركات المساهمة العامة في القانون الإماراتي، حيث تم تبيان المقصود بالإفصاح وبيان خصائص الإفصاح وأنواعه ونطاقه، كما تم بيان مدى التزام المشرع الإماراتي بتطبيق متطلبات الإفصاح، سواء تلك المتعلقة بالشركة ذاتها أو بأعضاء مجلس الإدارة والمساهمين وبقية أصحاب المصالح.

وتبين معنا إدراك المشرع الإماراتي المتزايد بأهمية ممارسة الحوكمة في الشركات المساهمة العامة، وهذا ما دفعه للتحول من الالتزام الشكلي إلى الالتزام القانوني لتطبيق مبادئ الحوكمة، حيث حرص على ضرورة التزام الشركة المساهمة العامة وكافة أصحاب المصالح فيها بالإفصاح عن جميع المعلومات المالية وغير المالية والتي لا تعد ذات طابع سري، وذلك من خلال التقارير الدورية التي تعدها الإدارة التنفيذية ومجلس الإدارة، والتي تبين المركز المالي للشركة وأسلوب أدائها.

الكلمات المفتاحية: حوكمة، إفصاح، الشركة المساهمة العامة، قانون الشركات التجارية.

DISCLOSURE OF INFORMATION REGARDING PUBLIC JOINT STOCK COMPANIES IN UAE LEGISLATION

Tariq Abdel Rahman Kameel

Associate Professor, Commercial Law, Al Ain University, UAE

(Received 24/08/1440 H., Accepted for Publication 20/01/1441 H.)

Abstract. This research addresses the principle of disclosure of data under the principles of the Public Joint Stock Companies' governance in the Emirati law. The research defines the meaning of disclosure, their criteria, types, and scope. In addition, the research clarifies the Emirati legislator commitment to implement the requirements of disclosure and reporting whether those that are related to the company itself or related to the members of the board, shareholders, and other stakeholders.

The research also reveals the increasing interest of the Emirati legislator in the practicing of governance in the Public Joint Stock Companies. This realization has led to a transfer from complying with formalities to legally complying with the principles of the governance. The Emirati legislator affirms that the public shareholding company and all shareholders must commit to disclose their non-confidential, financial and non-financial data by periodical reports that are prepared by the executive administration and the board; these reports show the financial status and the performance of the company.

Keywords: Governance, Disclosure, Public Joint Stock Companies, Commercial Companies Law.

* عضو هيئة تدريس مجاز، الجامعة العربية الأمريكية، فلسطين.

المقدمة

تهدف القوانين الناظمة للشركات التجارية إلى وضع الأسس التي تكفل نشأة واستمرار علاقات العمل داخل الشركة بشكل منتظم وبما يحقق مصالحها ومصلحة الاقتصاد الوطني ككل، وللحفاظ على هذه المصالح دأب المشرع على إرساء القواعد القانونية التي تكفل الازدهار للشركات التجارية ونموها. ولكن الواقع العملي أظهر بأن تلك القواعد وحدها لا تكفي في جعل الشركة قادرة على تحقيق أهدافها، والدليل على ذلك الأزمات المالية والانهيارات الاقتصادية التي عصفت بالكثير من الشركات التجارية على الصعيدين الوطني والعالمي حيث كان آخر تلك الأزمات الأزمة المالية العالمية عام ٢٠٠٨م.

ويعود ارتباط تلك الأزمات بانتشار الفساد الإداري والمالي والمحاسبي للقائمين على الشركة وغياب الإفصاح والشفافية والرقابة الفعالة على عمل تلك الشركات، وبالتالي جاء الاهتمام – على الصعيدين الدولي والوطني – بضرورة إيجاد نظام وقائي يحرص على تحقيق قواعد الإدارة السليمة في عمل الشركات التجارية والإفصاح والشفافية في بيانات وتقارير الشركة والمساواة بين حقوق المساهمين ومسائلة الإدارة، وهو ما يعرف بنظام الحوكمة في الشركات التجارية، التي تعرف بأنها "مجموعة الضوابط والقواعد التي تحقق الانضباط المؤسسي في العلاقات والإدارة في الشركة وفقاً للمعايير والأساليب العالمية وذلك من خلال تحديد مسؤوليات وواجبات أعضاء مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية العليا للشركة وتأخذ في الاعتبار حماية حقوق المساهمين وأصحاب المصالح"[١].

واتباع مبادئ الحوكمة من شأنه أن يجنب الشركة الفساد وسوء الإدارة، فهذين العاملين يشكلان سبباً رئيسياً لتنفير رؤوس الأموال مما يؤثر سلباً على القدرة المالية للشركة، فالمستثمر يعزف عن استثمار أمواله في الشركات التي تقودها إدارة فاسدة، والمستثمر يحرص كل الحرص قبل اتخاذ قراره في الاستثمار بأي شركة في التحقق من الطريقة التي تدار بها الشركة ومدى التزامها بقواعد الحوكمة.

ومن أجل تدعيم فرص الاستثمار الوطني والأجنبي اهتمت دولة الإمارات العربية المتحدة وعلى جميع المستويات بحوكمة الشركات التجارية، فعلى الصعيد الرسمي اهتم المشرع في قانون الشركات التجارية رقم (٢) لسنة ٢٠١٥م بحوكمة الشركات التجارية بشكل صريح، وأكد على ضرورة التزام الشركات التجارية بمبادئ الحوكمة تحت طائلة المسؤولية عند مخالفتها في المواد (٦، ٧) من قانون الشركات التجارية. كما أوعز بموجب المادة السادسة منه لهيئة الأوراق المالية والسلع إصدار القرارات التي تنظم حوكمة الشركات المساهمة العامة، وبالفعل فقد تم إصدار قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة رقم (٧/ ر.م.) لسنة ٢٠١٦م بشأن معايير الانضباط المؤسسي وحوكمة الشركات المساهمة العامة التي تطرح أسهمها في سوق الأوراق المالية[٢]، حيث تم الحرص من خلاله على التأكيد بضرورة الالتزام بمبدأ الإفصاح والشفافية في عمل مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة، وذلك نظراً لما يمثله هذا النوع من الشركات من أهمية لمختلف الفاعلين. أما على الصعيد غير الرسمي فقد تم عقد الكثير من المؤتمرات والندوات التي تهدف إلى التعريف بمفهوم الحوكمة وإبراز خصائصه وأهمية ضبطه وما يمكن أن يترتب عليه من نتائج وما يبرزه من خصائص أهمها الانضباط والإفصاح والشفافية،

(١) انظر المادة الأولى من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة رقم (٧/ ر.م.) لسنة ٢٠١٦م بشأن معايير الانضباط المؤسسي وحوكمة الشركات المساهمة العامة. وقد جاء أيضاً في تعريف الحوكمة لمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية والمعنية بتطبيق حوكمة الشركات على المستوى العالمي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة بأنها "المنظومة التي تحدد توزيع الحقوق والمسؤوليات بين مختلف المشاركين، مثل مجلس الإدارة والمديرين والمساهمين وأصحاب المصالح الآخرين، كما أنها تبين القواعد والإجراءات اللازمة لاتخاذ القرارات بخصوص شؤون الشركة، وهي بهذا توفر أيضاً الهيكل الذي يمكن من خلاله وضع أهداف الشركة، ووسائل بلوغ تلك الأهداف، ورقابة الأداء". للمزيد راجع شرح مبادئ منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية بشأن حوكمة الشركات، مطبوعات منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، (٢٠٠٤م)، ص ٨.

(٢) عرفت المادة (١٠٥) من قانون الشركات التجارية الاتحادي الإماراتي شركة المساهمة العامة بأنها "الشركة التي يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة وتكون قابلة للتداول ويكتتب المؤسسون بجزء من هذه الأسهم بينما يطرح باقي الأسهم على الجمهور في اكتتاب عام، ولا يسأل المساهم فيها إلا بقدر حصته في رأس المال". كما جاء في قرار رئيس الهيئة بأن الشركة هي "الشركة المساهمة العامة المدرجة في السوق".

ولعب مركز أبوظبي للحوكمة التابع لغرفة تجارة وصناعة أبوظبي الدور الريادي في نشر الوعي وتعزيز الكفاءات وتبيان أفضل الممارسات الدولية في تطبيق قواعد الحوكمة في الشركات التجارية.

وقد وقع اختيار هذا الموضوع نظراً لما يمثله مبدأ الإفصاح والشفافية من حماية لجميع الأطراف والمتعاملين مع الشركات المساهمة العامة، فكثير من الشركات يعود سبب انهيارها أو اضطراب أوضاعها إلى نقص أو عدم إظهار للبيانات والمعلومات الصحيحة التي تعكس الواقع الحقيقي عن الشركة، وما يترتب عليه من تباين المعلومات واختلافها داخل الشركة وخارجها، مما زعزع ثقة المستفيدين والجهات المختصة من تلك المعلومات المقدمة، وهذا ما دفع الشركات المساهمة إلى الاستجابة لمصالح الأطراف المختلفة في تحقيق المزيد من الإفصاح والشفافية في تلك المعلومات. الأمر الذي دفعنا إلى التساؤل عن ماهية الإفصاح في ظل مبادئ حوكمة الشركات المساهمة العامة؟ وهل وفق المشرع الإماراتي في جعل واجب الإفصاح عن المعلومات في الشركة المساهمة العامة متطابقاً ومبادئ الحوكمة؟ وما مدى قدرة المشرع الإماراتي على مواكبة الاتجاهات الحديثة في توفير إطار فعال للإفصاح في عمل تلك الشركات بما يتلاءم ومبادئ الحوكمة؟

للإجابة عن هذه التساؤلات فقد تم إتباع المنهج الوصفي التحليلي في قراءة وتحليل النصوص التشريعية ذات الصلة والتي عالجت الإفصاح في الشركة المساهمة العامة في التشريع الإماراتي، وذلك من خلال المبحثين التاليين:

- المبحث الأول: ماهية الإفصاح في ظل قواعد الحوكمة.
- المبحث الثاني: مضمون واجب الإفصاح عن المعلومات والجزاء المترتب على مخالفته.

المبحث الأول:
ماهية الإفصاح في ظل قواعد الحوكمة

يعد الإفصاح القناة الرئيسية لمعرفة المعلومات والبيانات الهامة والضرورية للأطراف أصحاب المصالح والفاعلين بالشركة، ويمكن القول بأن الإفصاح والشفافية يُعدان من أهم المبادئ التي يقوم عليها نظام الحوكمة، فهما يشكلان حجر الزاوية في مقومات إنجاح هذا النظام، فما المقصود بالإفصاح والشفافية وما هي خصائصه وأنواعه ونطاقه. هذا ما سيتم تبيانه من خلال المطالب التالية.

المطلب الأول: مفهوم الإفصاح وأنواعه

لم يعرف قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة رقم (٧/ ر.م.) لسنة ٢٠١٦م بشأن معايير الانضباط المؤسسي وحوكمة الشركات المساهمة العامة الإفصاح، وإنما جاء في المادة الأولى منه تعريف لقواعد الإفصاح بأنها "ضوابط ومتطلبات الإفصاح الواردة في القانون والأنظمة والقرارات الصادرة بمقتضاه، واللوائح الداخلية الخاصة بالسوق". وقد عرف البعض الإفصاح في مجال حوكمة الشركات كشف وإعلام الشركة لأصحاب المصالح بمختلف الوسائل عن البيانات والمعلومات في الوقت المناسب، وبشكل يسمح بالتنبؤ بقدرة الشركة على تحقيق الأرباح والوفاء بالتزاماتها، وهذا يتطلب إشهار كافة الحقائق عن الشركة وإظهار جميع البيانات والمعلومات سواء كانت دورية أو غير دورية وسواء كانت مالية وغير مالية لجميع الأطراف (بلعادي وحدو،٢٠١٠م؛ خضر، ٢٠١٢م).

وهناك من عرف الإفصاح بأنه نشر المعلومات والبيانات والتقارير والتي يعتمد عليها المستثمرون الحاليون والمحتملون في قراراتهم، ونقل هذه المعلومات للجميع وللجهات الرقابية بالطرق التي حددها القانون وجميع الوسائل الحديثة بحيث يمكن الاطلاع عليها بسرعة ويسر، وبصفة دورية وفي الحالات الطارئة (اليامي، ٢٠١٧م؛ بن صالح، ٢٠٠٩م؛ بدوي، ٢٠٠٦م؛ محمود، ٢٠٠٦م).

ونعتقد بأن الإفصاح هو سلوك أو نهج تتعهد بموجبه الشركة بالإعلان ونشر البيانات والمعلومات والتقارير المتعلقة بنشاطها وأوضاعها المالية والاقتصادية والإدارية بصفة دورية وكذلك في الحالات الاستثنائية، التي تعتمد عليها الأطراف ذات العلاقة المهتمة بالشركة في اتخاذ قراراتها، فهو لا يعني مجرد توفير معلومات وبيانات والسماح بالاطلاع عليها فقط، وإنما هو تعهد تلتزم من خلاله الشركة بتقديم تلك المعلومات والبيانات وإيصالها بصفة دورية وفي الوقت المناسب لكي يستفيد منها جميع الفاعلين والمهتمين في الشركة بمختلف الوسائل.

وتجدر الإشارة إلى أن الإفصاح ارتبط بالشفافية[٣] (النعيمي، ٢٠٠٤م)، ويعني هذا الأخير قيام الجهة المختصة في الشركة بإعداد التقارير الصحيحة واللازمة عن المعلومات والبيانات المتعلقة بنشاط الشركة والإفصاح عنها ووضعها تحت تصرف المساهمين وأصحاب المصالح، لتمكينهم من تقييم أداء الشركة والتزاماتها وقدرتها على خلق القيمة التي تضيفها والمحافظة عليه، فالشفافية في الشركة تهدف إلى عدم حجب المعلومات وتوصيلها للكافة بدقة وفي الوقت المناسب وبالقدر الكافي وبشكل لا يضر بمصالحها، فيجوز لها الاحتفاظ بسرية المعلومات التي من شأن الإفصاح عنها إلحاق ضرر بها (خضر، ٢٠١٢م؛ اليامي، ٢٠١٧م؛ بن صالح، ٢٠٠٩م؛ بدوي، ٢٠٠٦م؛ محمود، ٢٠٠٦م)، وتعد الشفافية حقاً دائماً يتمتع به المساهمون ومن في حكمهم من الممولين والدائنين.

وعلى الرغم من استخدام الإفصاح والشفافية كمصطلحات مترادفة تدل على كشف المعلومات وإتاحتها للجميع ضمن ضوابط معينة، إلا أنها لا تحمل ذات المغزى، فالشفافية هي الإجراءات العملية الواجب اتباعها لتوفير متطلبات الإفصاح عن أنشطة وأهداف ونتائج عمل الشركات المساهمة من خلال عدم حجب المعلومات وإيصالها للكافة في الوقت المناسب، أما الإفصاح فهو التزام الشركة بتقديم المعلومات بصفة دورية لأصحاب المصالح، وبالتالي فهما يختلطان ببعضهما البعض ويوجد تداخل وترابط بينهما إلى درجة يصعب التمييز بينهما، فكلاهما يعني تقديم المعلومات والتقارير وإتاحتها لكل ذي شأن، وما يدلل على ذلك أن مبادئ حوكمة الشركات التي صدرت عن منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECD في عام ١٩٩٩م والتي تم تعديلها في عام ٢٠٠٤م، قد استخدمت مبدأ الإفصاح والشفافية على أنهما شيء واحد دون الفصل بينهما، وهو ما سار عليه الفقه والتشريعات المقارنة ومن بينها المشرع الإماراتي التي اشتقت مبادئ الحوكمة من قواعد المنظمة. حيث تناولت الإفصاح والشفافية على أنهما بنفس المعنى ويعد كلاهما التزاماً قانونياً (بن علوش، ٢٠١٣م؛ بلعادي وحدو، ٢٠١٠م).

وكي يؤدي الإفصاح دوره على أكمل وجه هناك خصائص معينة لابد من توافرها في المعلومات محل الإفصاح، حيث لابد من أن تكون المعلومات حقيقية وصادقة وأن تكون دقيقة وواضحة، ويجب أن يكون الوقت الذي يتم فيه الإفصاح عن المعلومات مناسباً، وعدم تعارض تلك المعلومات مع السرية التي تؤثر على الشركة، وأن يكون الإفصاح قد صدر للكافة بمختلف وسائل الإعلام التقليدية والحديثة.

وفي نطاق ذلك أشارت الفقرة (١٨) من المادة (٤٣) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة، بأن يلتزم مجلس الإدارة في الشركة المساهمة العامة بوضع سياسة الإفصاح والشفافية الخاصة بالشركة ومتابعتها، وأن يعمل على توفير المعلومات للمساهمين والمستثمرين بصورة دقيقة وواضحة وغير مضللة وفي الأوقات المحددة، مما يمكنهم من اتخاذ قراراتهم وكذلك استخدام موقع الشركة الإلكتروني على شبكة الإنترنت لتعزيز الإفصاح والشفافية.

وبالتالي فالمعلومة التي يتم الإفصاح عنها يجب أن تكون دقيقة أي أن تكون صحيحة وخالية من الأخطاء ومضبوطة، ومحددة وتشمل جميع العناصر المتعلقة بمحل الاتصال ولا تدع مجالاً للشك حولها، وأن تكون صادقة غير مضللة، متضمنة كافة العناصر الإيجابية والسلبية للموضوع (Turner, 2009)، وتوافر هذه الخاصية يؤكد على ضرورة توافر الثقة ومبدأ حسن النية في العلاقات[٤]، وأن يتم الإفصاح عن المعلومة في الأوقات المناسبة لتمكن المساهمين والمستثمرين من اتخاذ قراراتهم في الوقت المناسب وبأي وسيلة من وسائل الاتصال.

ويمكن تقسيم الإفصاح من حيث مدى إلزاميته إلى إفصاح إلزامي وآخر طوعي أو اختياري ومن حيث محل المعلومات المفصح عنها (في نطاق الشركات المساهمة) إلى إفصاح مالي وآخر غير مالي.

(٣) يقصد بالشفافية في معناها العام "منح المواطنين كافة حقوقهم في المشاركة والتأثير في عملية صنع القرار عبر فسح المجال أمامهم لممارسة حق الاطلاع".

(٤) يعود الالتزام بتطبيق مبدأ الإفصاح إلى متطلبات مبدأ حسن النية في التعامل لأن هذا الأخير يقوم على الإفصاح التام عن البيانات والمعلومات وأن تكون على درجة عالية من الشفافية والمصداقية.

أولاً: الإفصاح الإلزامي والإفصاح الطوعي

لتنظيم عمل الشركات التجارية يفرض عليها المشرع متطلبات ومعايير محددة، حيث يلزمها بحد أدنى من الإفصاح عن المعلومات لأصحاب المصالح للحفاظ على المركز الائتماني للشركات وسمعتها داخل السوق (Kingsley and Mimmie, 2003). فعلى سبيل المثال فقد ألزم المشرع الإماراتي مجلس[٥] الإدارة في الشركة المساهمة العامة بالإفصاح عن التقارير الدورية والمعلومات الجوهرية، وملكيات الأشخاص المطلعين وأقاربهم من الأوراق المالية المصدرة من قبل الشركة، وتعاملات الأطراف ذات العلاقة مع الشركة، والمزايا التي يتمتع فيها أعضاء مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية العليا للشركة.

وفضلاً عن الإفصاح الإلزامي قد تقوم الشركات بالإفصاح عن المعلومات بصورة اختيارية من خلال إضافة معلومات وبيانات مالية وغير مالية تكون مفيدة للأطراف الخارجية والداخلية في الشركة وتساعدهم في اتخاذ قراراتهم، من دون أن تكون ملزمة بالإفصاح عنها من قبل أي جهة، وبالتالي فالإفصاح الاختياري يهدف إلى تقديم معلومات إضافية أكثر من المتطلبات القانونية، ويتم هذا الإفصاح بمبادرة من الشركة لتقديم المعلومات، فهو ينم عن قدرة الشركة على تقديم معلومات غير ملزمة بتقديمها (دحدوح وحمادة، ٢٠١٥م؛ الدباغ وإبراهيم، ٢٠١٤م)، لما لتلك المعلومات من أهمية ودور في ترشيد القرارات الاستثمارية.

ثانياً: الإفصاح عن المعلومات المالية وغير المالية

تشكل المعلومات محلاً للإفصاح ويقصد بها البيانات التي تصاغ بطريقة هادفة لتشكل أساساً لاتخاذ القرار، وهناك من عرفها بأنها عبارة عن بيانات منظمة بشكل يعطي لها معنى وقيمة للمتلقي الذي يعمل على تفسيرها وتحليل مضمونها لاستخدامها في اتخاذ قراراته (عبدالسلام، ٢٠٠٧م؛ سلام، ٢٠١٣م)، ويهتم الإفصاح المالي بالإعلان عن نتائج الأداء والمعلومات الجوهرية والمؤثرة على الشركة، وقد عرف المشرع الإماراتي المعلومات الجوهرية، بأنها "أي حدث أو واقعة أو قرار أو معلومة قد تؤثر بشكل مباشر أو غير مباشر على سعر الورقة المالية أو حجم تداولها أو يكون لها تأثير على قرار الشخص في شراء الورقة المالية أو الاحتفاظ بها أو بيعها أو التصرف بها". ويتضمن الإفصاح عن المعلومات المالية القوائم المالية السنوية أو الدورية وتوزيع الأرباح والخسائر وقرار شراء الأسهم والاندماج والاستحواذ والتعامل مع الأطراف ذات العلاقة بالشركة وأقاربهم ودخول مستثمر استراتيجي، وهيكل الملكيات ونسب التملك، ومعلومات عن سعر السهم في الشركة من حيث سعر الإغلاق وسعر الافتتاح (أعلى وأدنى سعر خلال العام) وقيم السهم المختلفة وبعض المؤشرات المالية، والقوائم المالية والسنوية والمرحلية (البريري، ٢٠٠٧م) (Solomon, 2010).

أما المعلومات غير المالية، فهي تدور حول تشكيل مجلس إدارة الشركة ولجانه والسير الذاتية لكل عضو من أعضاء المجلس والالتزامات التي تقع على عاتق كل منهم، ومرتبات المديرين وكبار الموظفين ومكافآت رئيس وأعضاء المجلس، والالتزام بنشر المعلومات والبيانات التي يتم الإفصاح عنها للجهات الرقابية أو السوق أو الجمهور عبر الموقع الإلكتروني الخاص بالشركة، كأخبار وأحداث الشركة الجوهرية الخاصة بها، وتقرير حوكمة الشركة وأنشطتها واستراتيجية أعمالها ورؤيتها وخططها المستقبلية والمسؤولية الاجتماعية والبيئية للشركة.

المطلب الثاني: نطاق الإفصاح عن المعلومات

يختلف نطاق الإفصاح عن المعلومات سواء من حيث الأشخاص الملزمين بالإفصاح أو من حيث طبيعة المعلومات المصرح بالإفصاح عنها في الشركة المساهمة العامة.

الفقرة الأولى: الاشخاص المصرح لهم بالإفصاح

قد يتم الإفصاح عن المعلومات في الشركة المساهمة العامة من قبل الشخص الطبيعي ومن قبل الشخص المعنوي، والأشخاص الملتزمين بالإفصاح وفقاً لقواعد الانضباط المؤسسي وحوكمة الشركات المساهمة العامة في القانون الإماراتي[٦] هم:

(٥) انظر البند (أ) في الفقرة (١٨) من المادة (٤٣) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة.

(٦) انظر المادة (٢) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة.

- أولاً: الشركة المساهمة العامة المحلية التي تطرح أسهمها للاكتتاب العام وتكون قابلة للتداول في سوق الأوراق المالية بعد إدراجها فيه، إذ يجب عليها دائماً الإفصاح عن المعلومات الحديثة وإزالة أي اعتقاد لدى المساهمين والمتعاملين والغير عن المعلومات القديمة، وكذلك ضوابط الترشيح لعضوية مجلس الإدارة[٧]، والإفصاح عن تقرير حوكمة الشركة على الموقع الإلكتروني للهيئة والسوق[٨]، وهيكل الملكية ونسبة التملك والمعلومات عن سعر السهم في الشركة (سعر الإغلاق - سعر الافتتاح - أعلى وأدنى سعر خلال العام) وقيم السهم المختلفة وبعض المؤشرات المالية[٩]، وغيرها من المعلومات التي تهم السوق و المساهمين والمستثمرين.
- ثانياً: رؤساء وأعضاء مجلس الإدارة في الشركة المساهمة العامة ومديريها، حيث يلتزم هؤلاء بالإفصاح عن أي منصب أو عمل يقومون به يشكل منافسة للشركة، وبيان أسماء الشركات والمؤسسات العامة التي يزاول العمل فيها، وبيان الوقت المخصص له، وأي تغيير يطرأ على ذلك عند حدوثه، كما يلتزم مجلس الإدارة بالإفصاح عن التقارير الدورية والمعلومات الجوهرية وتعاملات الأطراف ذات العلاقة مع الشركة، والمزايا التي يتمتع بها أعضاء المجلس، وكذلك الإفصاح عن نتائج اجتماع الجمعية العمومية فور انتهائه على الموقع الإلكتروني وللسوق[١٠]، وتوفير كافة المعلومات للمساهمين والمستثمرين بشكل واضح ودقيق وسليم في الأوقات المناسبة لمساعدتهم في اتخاذ قراراتهم.
- ثالثاً: مدققي حسابات الشركة المساهمة العامة: يجب أن يكون للشركة المساهمة العامة مدقق حسابات أو أكثر معتمد وفق الضوابط التي حددها المشرع[١١]، ويتولى مهمة فحص ميزانية الشركة وحساب الأرباح والخسائر ومراجعة الصفقات التي تتم بين الشركة والأطراف ذات العلاقة نيابة عن المساهمين[١٢]، ويعد مدقق الحسابات حلقة الوصل بين المساهمين ومجلس الإدارة فيما يتعلق بأعمال الرقابة على حسابات الشركة، ويكون على درجة من الحيادية والاستقلالية بين الطرفين[١٣]، ويقع عليه الالتزام بالإفصاح عن البيانات والقوائم المالية للجمعية العمومية.

وتجد الإشارة إلى أنه يستثنى من الخضوع لأحكام هذا القرار شركات البنوك والمصارف وشركات التمويل وشركات الاستثمار المالية وشركات الصرافة وشركات الوساطة النقدية الخاضعة لرقابة المصرف المركزي، وكذلك الشركات الأجنبية المدرجة بالسوق. حيث تخضع هذه الشركات لأنظمة خاصة بالحوكمة تراعي طبيعة وخصوصية عملها.

الفقرة الثانية: المعلومات المصرح بالإفصاح عنها

يعد قيام الشركة بالإفصاح عن المعلومات والبيانات من شأنه أن يحقق لها مكاسب من خلال كسب ثقة المستثمرين وبالتالي تحقيق أرباح من وراء استثماراتهم، ولكن في ذات الوقت توسع الشركة في الإفصاح عن بعض المعلومات قد يؤثر عليها سلباً، وبالتالي جميع الشركات لها الحق في اتخاذ تدابير تخدم مصالحها ولا تؤثر على عملياتها، ولهذا تقوم الشركة بحجب بعض المعلومات حفاظاً على مصالحها وعدم تعرضها لخطر المنافسة غير المشروعة خاصة في مجال الاستحواذ والاندماج والخطط المستقبلية لها.

(٧) انظر المادة (٤٠) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة.

(٨) انظر المادة (٥٢) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة.

(٩) انظر البند (ت) من الفقرة (٦) من المادة (٣٥) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة.

(١٠) انظر الفقرة الأولى من المادة (٣٠) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة.

(١١) نظم المشرع الإماراتي أحكام مدققي الحسابات في شركة المساهمة العامة في المواد (٢٤٣-٢٥٤) من قانون الشركات التجارية وقرار مجلس إدارة الهيئة لسنة ٢٠١٦م في المواد (٣٦-٤٠)، وقرار مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٥م المتعلق بقيد مدققي الحسابات في الشركة المساهمة العامة وصناديق الاستثمار، وبما لا يتعارض مع أحكام القانون الاتحادي رقم ١٢ لسنة ٢٠١٤م بشأن تنظيم مهنة مدققي الحسابات.

(١٢) انظر المادة (٢٤٦)من قانون الشركات التجارية. والمادة (٣٧) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة.

(١٣) انظر الفقرة الأولى من المادة (٣٧)من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة.

ولهذه الاعتبارات حظر المشرع الإماراتي الإفصاح عن المعلومات التي تعد سرية ومنع الاستفادة منها، وعرف جانب من الفقه الالتزام بالسرية بأنه "التزام يقع على عاتق شخص بعدم إفشاء الوقائع والمعلومات (الأسرار) التي تصل لعلمه بطريقة مباشرة من صاحبها أو بطريقة غير مباشرة بمناسبة مهنته. والسرية لا تخرج عن المرادفات التالية: الكتمان، الإخفاء، عدم الإفشاء، وبمعنى أدق أن مصطلح السرية هو مضاد لمصطلح الإفصاح" (المهدي، ٢٠٠٧م)، وعليه فإن السرية هي وقائع أو معلومات لا يستلزم القانون الإفصاح عنها، بل يضفي على إفشائها عقوبة ويكون هناك مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في عدم الإفصاح عنها من قبل الشخص.

وأكد المشرع[١٤] الإماراتي على ضرورة اتخاذ مجلس الإدارة كافة التدابير للحفاظ على السرية التامة للبيانات والمعلومات الخاصة بالشركة ذات الأثر الجوهري بشكل يضمن عدم استغلالها بهدف تحقيق مكاسب مادية أو معنوية، وألزم الجهات التي تطلع على بيانات ومعلومات داخلية خاصة بالشركة أو بعملائها على توقيع تعهد أو بروتوكول يتضمن المحافظة على سرية تلك البيانات، وعدم إساءة استخدامها أو نقلها أو التسبب في نقلها بشكل مباشر أو غير مباشر لأطراف أخرى غير مصرح لها بالاطلاع على تلك البيانات[١٥]، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع ترك لمجلس الإدارة تقدير ما إذا كانت المعلومة تعد سرية أو لا تعد كذلك، وبالتالي يعود لمجلس الإدارة تحديد المعلومات التي تعد ذات طابع سري ولا يجوز الإفصاح عنها، وهذا الأمر من شأن أن يخلق إشكالية لأصحاب المصالح المرتبطة بالشركة (كالمساهمين والمستثمرين) لاسيما في حال رغب مجلس الإدارة – لتحقيق مصلحة معينة – بالتوسع في نطاق المعلومات التي تعد سرية وهي في الواقع قد لا تكون كذلك والإفصاح عنها لا يؤثر على مصلحة الشركة، وبالتالي لابد من تبني معيار واضح لتحديد المعلومات التي تتسم بالسرية والإفصاح عنها يؤثر على مصلحة الشركة. كما هو الحال في الأسرار الصناعية والتجارية الخاصة بالشركة، والإفصاح عن المعلومات أو المرحلة التي وصلت إليها المفاوضات من أجل الاندماج مع شركة أخرى لما لها من أثر سلبي على مصلحة الشركة.

المبحث الثاني:
المعلومات الواجب الإفصاح عنها والجزاء المترتب على مخالفته

حددت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية مجموعة من المتطلبات التي يجب الأخذ بها عند الالتزام بتطبيق مبدأ الإفصاح والشفافية[١٦]، والتي تدور حول المواضيع التالية:

١- أهداف الشركة.
٢- ملكية الأغلبية وحقوق التصويت.
٣- أعضاء مجلس الإدارة وكبار المديرين ورواتبهم وحوافزهم.
٤- العمليات المتعلقة بأطراف من الشركة أو أقاربهم.
٥- النتائج المالية والتشغيلية للشركة.
٦- المسائل الأساسية المتصلة بالعاملين وغيرهم من أصحاب المصالح.
٧- عوامل المخاطرة الملموسة في الأجل المنظور.
٨- هيكل وسياسات وممارسة حوكمة الشركات.

وتشمل هذه المتطلبات كل ما يتعلق بالشركة ذاتها وبالأشخاص المرتبطين فيها، فالتساؤل الذي يمكن أن يثور في هذا المجال، مدى التزام المشرع الإماراتي بالأخذ بهذه المتطلبات وإلزام الشركة والأشخاص المرتبطين فيها بالإفصاح عنها عند تنظيمه لمعايير الانضباط المؤسسي وحوكمة الشركات المساهمة العامة؟ وما هي المسؤولية المترتبة على الإخلال بهذا الالتزام؟

وللإجابة عن هذا التساؤل سيتم التعرض لتلك المتطلبات وبيان مدى التزام المشرع الإماراتي بالأخذ بها، وتم تقسيم تلك المتطلبات بحسب طبيعتها إلى معلومات خاصة بالشركة (المطلب الأول) وهناك معلومات خاصة بأعضاء مجلس

(١٤) انظر نص الفقرتين (١٠) و (١٥) من المادة (٤٣) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة.
(١٥) انظر نص المادة (١٣) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة.
(١٦) راجع شرح مبادئ منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية بشأن حوكمة الشركات، مطبوعات منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، (٢٠٠٤م)، ص ٥٠.

الإدارة والمساهمين وغيرهم من أصحاب المصالح (المطلب الثاني)، أما (المطلب الثالث) فسنبين فيه الجزاء المترتب على مخالفة الالتزام بواجب الإفصاح.

المطلب الأول: الإفصاح عن المعلومات الخاصة بالشركة

يقع على عاتق الشركة الإفصاح عن المعلومات الخاصة بها، والتي تدور حول إفصاح الشركة عن أهدافها والتقارير المالية لها، وعوامل المخاطرة الملموسة في الأجل المنظور، وهيكل وسياسات وممارسة حوكمة الشركة. ولبيان أهمية هذه المتطلبات نستعرضها حسب الآتي.

أولاً: أهداف الشركة

مجلس الإدارة في الشركة المساهمة هو المكلف بالإفصاح عن الاستراتيجية الشاملة لها وبيان خطط العمل الأساسية التي تقوم بها وبيان هيكلية رأس المال لديها وأهدافها المالية وغير المالية، والهدف الأساسي لأي شركة تجارية يتمثل في الدرجة الأولى في تحقيق الربح، ولكن في ظل التطورات التي شهدها مفهوم الشركة والدور الذي من المفترض أن تلعبه في تحقيق التنمية بمختلف أشكالها في المجتمع فإنه أصبح هناك أهداف أخرى تسعى الشركة المساهمة العامة إلى تحقيقها.

ويمكن تعريف المسؤولية الاجتماعية للشركة بأنها سعي الشركة نحو تحقيق أهداف التنمية المستدامة في المجتمع. وتجدر الإشارة هنا إلى أن غالبية الشركات تعمل على الخلط بين مفهوم المسؤولية الاجتماعية والعمل الخيري ولا تعي مفهوم المسؤولية الاجتماعية بمعناه الواسع، فهي تشمل جوانب كثيرة منها الالتزام بالأنظمة والقوانين المتبعة، والنواحي الصحية والبيئية، ومراعاة حقوق العاملين لديها، وتطوير البحث العلمي الذي يفيد المجتمع، والالتزام بالمنافسة العادلة، والبعد عن الممارسات الاحتكارية وحماية المستهلك (Nordberg, 2011). ويرتبط نجاح ونمو الشركة المساهمة العامة بمدى أهمية إدراكها للمسؤولية الاجتماعية التي ترتبط بعدد من القيم والمعايير الإنسانية السامية، كالتكافل والإحساس بالمسؤولية تجاه كل ما له علاقة بالشركة، والمفروض على الشركة المساهمة العامة أن تعمل على وضع سياسة تهدف من ورائها تحقيق التوازن بين أهدافها والأهداف التي يسعى المجتمع إلى تحقيقها، وذلك بهدف تحقيق التنمية المستدامة في المجتمع الذي تزاول فيه نشاطها، كالمساهمة في توفير فرص عمل وتهيئة الظروف المناسبة لها ودورها في حماية البيئة، وتوفير برامج تدريبية لتنمية المهارات لفئة معينة من أفراد المجتمع وغيرها من الأنشطة. ولهذا سعى المشرع الإماراتي إلى تشجيع الشركة المساهمة العامة على الإفصاح عن سياستها المتصلة بأخلاقيات الأعمال والبيئة والمسؤولية الاجتماعية. وبالرجوع إلى المادة (٢٤٢) من قانون الشركات التجارية[١٧]، نلاحظ أن المشرع بين الهدف من المساهمات الطوعية التي تقدمها الشركة المساهمة العامة في خدمة أغراض المجتمع، وأن يتم الإفصاح عن الجهة المستفيدة من تلك المساهمات في تقرير مدقق الحسابات وميزانية الشركة للوقوف على مدى فعاليتها وجديتها في خدمة المجتمع.

ما يلاحظ على تلك المساهمات أنها تبقى طوعية بمعنى أن الشركة لها الحرية في اللجوء إليها أو عدم اللجوء إليها، في الوقت الذي نعتقد أنه أصبح من الضروري أن يتم إلزام الشركات المساهمة العامة بالقيام بواجبها تجاه المجتمع وإلزامها بتلك المساهمات من أجل تفعيل دورها في بناء المجتمع.

ثانياً: التقارير المالية للشركة

يتم إعداد التقارير المالية المعتمدة من قبل مدقق الحسابات في الشركة المساهمة العامة والتي تشتمل على معلومات هامة عن الأداء المالي والمركز المالي للشركة، حيث تبين في معظم الأحوال ميزانية الشركة، وحسابات الأرباح والخسائر وقائمة التدفقات النقدية وملاحظات مدقق الحسابات على القوائم المالية، وتعد هذه التقارير من أكثر المصادر استخداماً للحصول على المعلومات المطلوبة في الشركة، حيث تهدف إلى

(١٧) نصت المادة (٢٤٢) من قانون الشركات التجارية على أنه "يجوز للشركة بعد انقضاء سنتين ماليتين من تاريخ تأسيسها وتحقيقها أرباحاً، بموجب قرار خاص أن تقدم مساهمات طوعية، ويجب ألا تزيد عن (٢٪) من متوسط الأرباح الصافية للشركة خلال السنتين الماليتين للسنة التي تقدم فيها تلك المساهمة الطوعية، ويتعين مراعاة ما يأتي:

١- أن تكون هذه المساهمات الطوعية في أغراض خدمة المجتمع.

٢- أن يذكر بشكل واضح الجهة المستفيدة من هذه المساهمات الطوعية في تقرير مدقق الحسابات وميزانية الشركة".

التمكن من المتابعة والإشراف السليم وتقديم الأسس اللازمة لتقييم أسهم وسندات الشركة وبيان مناقشات إدارة الشركة وتحليلها للنتائج التشغيلية[١٨].

وقد اهتم المشرع الإماراتي بالإفصاح عن النتائج المالية السنوية للشركة، حيث ألزم مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة[١٩] إعداد الحسابات الخاصة بالشركة في كل سنة مالية، تتضمن كشوف الميزانية وكسف حساب الأرباح والخسائر، على أن يتم نشرها في صحيفتين يوميتين محليتين تصدر إحداهما باللغة العربية، وذلك خلال ١٥ يوماً من تاريخ المصادقة عليها من قبل الجمعية العمومية، وإعداد المعلومات والمراجعة المحاسبية وفقاً للمعايير والأسس المحاسبية الدولية والإفصاح عنها[٢٠]، وعهد المشرع الإماراتي لمدقق الحسابات القيام بمهمة تدقيق[٢١] حسابات السنة المالية للشركة، حيث يقوم بإعداد تقرير عنها ويرفقها لمجلس الإدارة في الشركة لاعتماده ومناقشته في الجمعية العمومية للشركة، كما ألزم الشركة القيام بإيداع نسخة عن الحسابات وتقرير المدقق خلال ٧ أيام من تاريخ انعقاد الجمعية العمومية والتصديق عليه لدى هيئة الأوراق المالية والسلع والسلطة المختصة.

وما يلاحظ أن المشرع الإماراتي قصر الإفصاح عن التقارير المالية على المعلومات والبيانات المالية التي تم إعدادها عن السنة أو السنوات السابقة فقط وهذا يعني أنها أصبحت من الماضي، ومثل هذه المعلومات ليس من شأنها أن تساعد المستثمرين على اتخاذ قرارهم في الاستثمار في الشركة بناء على معلومات سابقة، وبالتالي فإنه من الضروري أن تقوم الشركة بالإفصاح عن توقعاتها وتنبؤاتها المستقبلية، لأنها تشكل مصدراً مهماً لاتخاذ القرارات المناسبة، وهناك من ينادي بضرورة أن يكون الإفصاح عن المعلومات المستقبلية إلزامي على مجلس الإدارة، لأنه لو سلمنا بجعله اختيارياً فقد يقوم مجلس الإدارة بالإفصاح عن التوقعات الإيجابية فقط دون التوقعات السلبية (Tricker, 2004)، وبالتالي لابد من ألا يقتصر الإفصاح على المعلومات السابقة أو الحالية وإنما لابد من أن يشمل التوقعات المستقبلية.

وعلى الرغم من اهتمام المشرع باطلاع المساهمين على البيانات والمعلومات الكافية عن الميزانية، إلا أن فهمها من قبل بعض المساهمين يبقى محدوداً لأن الميزانية أداة مرنة، حيث من الممكن أن يتلاعب أعضاء مجلس الادارة بها بسهولة لإظهار ميزانية لا تعكس الواقع الحقيقي للشركة وجعل النتائج سليمة من كل عيب، ولهذا لابد من أن يكون المساهم على درجة من العلم والمعرفة التي تمكنه من فهم الميزانية والوثائق المتصلة بها، ولكن غالباً ما تنعدم هذه الخبرة لدى المساهم، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن إمكانية استعانة المساهم بخبير من أجل الاطلاع على التقارير والوثائق والقوائم المالية للشركة المساهمة العامة قبل موعد انعقاد الجمعية العمومية؟ بالرجوع إلى الفقرة (ب) من المادة (٢٢١) من قانون الشركات التجارية والبند (٥) من الفقرة (ب) من المادة (٣٢) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة والتي بينت حقوق المساهم[٢٢]، حيث نصت على حق المساهم وحده فقط بالاطلاع على تلك الوثائق، مما يعني أن المشرع جعل حق المساهم في الاطلاع على تلك الوثائق والقوائم حق شخصي ولم يتعرض لمسألة حقه في الاطلاع من خلال الاستعانة بخبير، في الوقت الذي كان لابد من النص على إعطاء المساهم حق الاستعانة بخبير، من أجل ممارسة حقه بالاطلاع على وثائق وسجلات الشركة وفهم مضمونها بشكل واضح.

(١٨) راجع شرح مبادئ منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية بشأن حوكمة الشركات، مرجع سابق، ص ٥٢.

(١٩) انظر نص المادتين (٢٣٥) و (٢٣٨) من قانون الشركات التجارية.

(٢٠) نصت المادة (٢٣٧) من قانون الشركات التجارية على أنه "تطبق الشركات المعايير والأسس المحاسبية الدولية عند إعداد حساباتها المرحلية والسنوية وتحديد الأرباح القابلة للتوزيع".

(٢١) انظر نص المادة (٢٣٦) من قانون الشركات التجارية.

(٢٢) جاء في نص المادة (٢٢١) من قانون الشركات التجارية بأنه "يثبت للمساهم الحقوق التالية: ..... (ب) الحق في الاطلاع على دفاتر الشركة ووثائقها وعلى أية مستندات أو وثائق تتعلق .....". وجاء في البند الخامس من الفقرة (ب) من المادة (٣٢) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة بأنه "(ب) تثبت للمساهم جميع الحقوق المتصلة بالسهم وفقاً لأحكام قانون الشركات، وعلى وجه الخصوص ما يلي: ..... (٥) حق الاطلاع على التقارير والقوائم المالية للشركة، وكذلك الاطلاع على دفاتر الشركة ووثائقها".

ثالثاً: عوامل المخاطرة المتوقعة في الأجل المنظور

يعد تقديم المعلومات عن المخاطر المادية المتوقعة في المستقبل المنظور من الأمور التي يحتاج معرفتها مستخدمي المعلومات المالية والأطراف الأخرى في السوق، وبالتالي يتعين على الشركة المساهمة العامة القيام بوضع الأنظمة والإجراءات الفعالة لإدارة المخاطر المتوقعة، كي تكون قادرة على أداء مهامها الرئيسية المتمثلة في قياس ومتابعة كافة أنواع المخاطر التي قد تتعرض لها، على أن تتم هذه العملية بشكل مستمر مع ضرورة مراجعتها بشكل دوري. وتدور تلك المعلومات حول المخاطر في المناطق الجغرافية التي تعمل فيها الشركة والاعتماد على السلع الأولية، ومخاطر الأسواق المالية (مخاطر أسعار الفائدة وأسعار العملات) والمخاطر المتعلقة بالالتزامات البيئية (حماد، ٢٠٠٩م؛ سولفيان وروجرز، ٢٠٠٦م).

وقد فرض المشرع على الشركة المساهمة العامة، ضرورة تشكيل لجنة مكونة من كبار الموظفين من الفئات العليا في الشركة لمواجهة الأزمات التي قد تواجه الشركة أثناء حياتها، حيث تتولى تلك اللجنة وضع خطة للتواصل مع المستثمرين والإعلام بخصوص الخطوات العملية التي تتخذها الشركة لمواجهة الأزمة[٢٣] التي قد تعترضها، كما أنها تلتزم بنشر عروض مبدئية تبين من خلالها الوضع المالي والاستراتيجي والتوقعات المستقبلية للشركة مرة واحدة على الأقل سنوياً[٢٤] على أن يتم تحديثها بعد كل إعلان يتم عن النتائج المادية (بشكل ربع سنوي أو نصف سنوي).

رابعاً: هيكل سياسات ممارسات حوكمة الشركة

يقع على عاتق مجلس الإدارة في الشركة المساهمة العامة الإفصاح عن مدى التزامها بقواعد الحوكمة، من خلال تقديم تقرير مفصل عن كيفية تطبيقها في الواقع العملي لمبادئ الحوكمة المتبعة لديها، وقد ألزم المشرع الإماراتي الشركات المساهمة العامة بضرورة تقديم تقرير سنوي عن الحوكمة موقع من قبل رئيس مجلس إدارة الشركة وفقاً للنموذج المعد من قبل هيئة الأوراق المالية والسلع، والإفصاح عنه لكافة المساهمين في الشركة من خلال الموقع الإلكتروني لها لكي يتم إيصال المعلومات إلى الكافة وألا يقتصر وصولها لفئة محددة فقط، ويتم هذا الإجراء قبل تقديم طلب للهيئة للموافقة على عقد اجتماع الجمعية العمومية السنوي للشركة، ويتضمن هذا التقرير البيانات التالية:

١- بيان بتفاصيل وأسباب أي تعويضات وبدلات تقاضاها كل عضو من أعضاء مجلس الإدارة واللجان المنبثقة عن المجلس للسنة المالية.
٢- بيان بمديري الشركة والصف الأول والثاني حسب ما ورد في الهيكل التنظيمي للشركة ووظائفهم وتواريخ تعيينهم وتفاصيل الرواتب والمكافأة التي تقاضاها كل منهم على حده وأي تعويضات أخرى تحصلوا عليها من الشركة مع بيان مقابل هذه التعويضات.
٣- تعويضات أعضاء مجلس الإدارة وكافة اعضاء الجهاز الإداري في الشركة بما في ذلك المكافأة وأية برامج تحفيزية مرتبطة بالأوراق المالية التي تصدرها أو تضمنها الشركة[٢٥].

لقد سلط المشرع الإماراتي الضوء على المعلومات والبيانات المتعلقة بكبار الموظفين وأعضاء مجلس الإدارة بالشركة وكذلك البدلات والتعويضات والمكافأة التي يتقاضاها هؤلاء، وذلك لاعتبارها من أهم العناصر اللازمة لتقييم مدى التزام الشركة بالإفصاح والشفافية كمبدأ من مبادئ الحوكمة في الشركات المساهمة العامة. وعند مطالعتنا لتقارير الحوكمة الصادرة عن بعض الشركات المساهمة في دولة الإمارات نلاحظ أنها تعمل على نشر تقارير عن الحوكمة لديها بشكل سنوي وعن كافة المعلومات والبيانات المالية وغير المالية المرتبطة بها من خلال موقعها الإلكتروني[٢٦]. وهذا إن دل

(٢٣) انظر نص الفقرة (ث) من المادة (٣٥) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة المشار إليه سابقاً.

(٢٤) انظر نص الفقرة (ج) من المادة (٣٥) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة المشار إليه سابقاً.

(٢٥) انظر نص المادة (٥٢) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة المشار إليه سابقاً.

(٢٦) من هذه التقارير التقرير الصادر عن شركة الفردوس القابضة ش.م.ع. عن السنة المالية المنتهية في ٣١ مارس ٢٠١٧م. والتقرير الصادر عن شركة غلفا للمياه المعدنية والصناعات التحويلية ش.م.ع. لسنة ٢٠١٦م. والتقرير الصادر عن شركة Drake & Scull لسنة ٢٠١٦م. والتقرير الصادر عن ماركة شركة مساهمة عامة عن السنة المالية المنتهية في ٣١ ديسمبر ٢٠١٦م. والتقرير الصادر عن شركة الخليج للملاحة القابضة ش.م.ع. عن السنة المالية ٢٠١٦م. والتقرير الصادر عن شركة العربية للطيران عن السنة المالية ٢٠١٦م. للاطلاع على هذه التقارير وغيرها يمكن الرجوع إلى موقع سوق دبي المالي www.dfm.ae تاريخ الدخول ٢٢/ ١٢/ ٢٠١٨م.

على شيء إنما يدل على حرص تلك الشركات على اتباع سياسة الوضوح والشفافية في ممارستها لنشاطها.

المطلب الثاني: الإفصاح عن المعلومات الخاصة بأعضاء مجلس الإدارة والمساهمين وغيرهم من أصحاب المصالح

بالإضافة إلى المعلومات الخاصة بالشركة والتي يقع على عاتقها الإفصاح عنها، هناك أيضاً معلومات خاصة بملكية الأغلبية وحقوق التصويت المرتبطة بمساهمتهم، وكذلك كيفية تشكيل مجلس الإدارة في الشركة المساهمة العامة، وأصحاب المناصب العليا في الشركة ومستحقاتهم، وأيضاً لابد من الإفصاح عن الصفقات التي يبرمها أطراف من الشركة أو أقاربهم، ويمتد الإفصاح ليشمل كافة المعلومات المرتبطة بأصحاب المصالح الأخرى مع الشركة.

أولاً: ملكية الأغلبية من الأسهم وحقوق التصويت

من الحقوق الأساسية التي تهم المستثمرين الحق في الحصول على المعلومات المتعلقة بهيكل ملكية رأس مال الشركة وحساب الأرباح والخسائر، وحقوق كبار المساهمين مقارنة بحقوق غيرهم من المساهمين، ويمتد ليشمل الحق في الحصول على المعلومات عن هيكل مجموعة الشركات والعلاقات فيما بينها، لأن من شأن الإفصاح عن هذه المعلومات أن يؤدي إلى وضوح الأهداف وطبيعة وهيكل المجموعة.

وبمراجعة تقارير الحوكمة الصادرة عن بعض الشركات الإماراتية نلاحظ أنها أفصحت عن بيانات الملكية التي تتصل بكبار مالكي الأسهم، حيث تضمنت تلك التقارير بياناً بالمساهمين الذين يملكون ٥٪ أو أكثر من رأس المال في الشركة وآلية توزيع المساهمين حسب الملكية.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الإماراتي أخذ بمبدأ المساواة في الحقوق بين المساهمين أي أنه لم يجز – من حيث المبدأ – إصدار أسهم لها حق الأولية أو الأفضلية في الحصول على الأرباح أو التصويت المضاعف أو ما يعرف بالأسهم الممتازة[٢٧]، وتعد كافة الأسهم التي تصدرها الشركة المساهمة العامة هي أسهم عادية تمنح مالكيها حقوقاً متساوية سواء من حيث الحصول على نصيبه من الأرباح أو موجودات الشركة عند التصفية، وحضور اجتماعات الجمعية العمومية والمشاركة في مداولاتها والتصويت على قراراتها وغيرها من الحقوق التي كفلها المشرع للمساهم[٢٨].

وقد بين المشرع الإماراتي حقوق المساهمين[٢٩] ومن ضمنها الحصول على جميع المعلومات التي تمكنهم من ممارسة حقوقهم في اجتماعات الجمعية العمومية على أكمل وجه دون تمييز بينهم، بما فيها معرفتهم بالقواعد التي تحكم اجتماعات الجمعية العمومية وإجراءات التصويت فيها، على أن تكون هذه المعلومات وافية ودقيقة وأن يتم تقديمها وتحديثها بطريقة منتظمة وفي المواعيد المحددة، ومن ضمنها أيضاً المعلومات المتعلقة بخطط الشركة قبل التصويت عليها في الاجتماعات أو أية معلومات أخرى[٣٠]. فحق المساهم في الحصول على المعلومات والاطلاع عليها يعد من أهم الوسائل التي يعتمد عليها ليمارس حقوقه الأخرى المرتبطة بأسهمه أثناء حياة الشركة أو بعدها.

ثانياً: الإفصاح عن كيفية تشكيل مجلس الإدارة وكبار المديرين ومستحقاتهم

من المتطلبات الأساسية التي يتعين أن تتصف بالوضوح والشفافية كافة المعلومات المتعلقة بأعضاء مجلس الإدارة، حيث تشمل مؤهلاتهم وآلية اختيارهم والمديرين الآخرين في

(٢٧) أجاز المشرع الإماراتي في الفقرة (٢) من المادة (٢٠٦) من قانون الشركات التجارية لمجلس الوزراء، بناء على اقتراح من قبل رئيس مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع أن يصدر قراراً يحدد فيه فئات أخرى من الأسهم وشروط إصدارها والحقوق والالتزامات التي تترتب عليها والقواعد والإجراءات التي تنظمها.

(٢٨) انظر الفقرة (ب) من المادة (٣٢) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة.

(٢٩) بالرجوع إلى المادة (٢٢١) من قانون الشركات التجارية والفقرة (ب/ ٣٢) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة، نلاحظ أن المشرع الإماراتي بين جميع الحقوق التي يتمتع بها المساهم في الشركة المساهمة العامة، كحقه في الحصول على الأرباح ونصيبه من موجودات الشركة عند تصفيتها، وحق التصرف بالأسهم، وحضور اجتماعات الجمعية العمومية والتصويت على قراراتها، وكذلك حقهم في الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها وأي وثيقة تتعلق بصفقة مبرمة بين الشركة وأحد الأطراف ذات العلاقة.

(٣٠) انظر نص المادة (٣٣) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة.

الشركة. وما إذا كان يتم النظر إليهم باعتبارهم مستقلين[٣١] أم لا، وكذلك السياسة المتبعة في تقدير رواتب ومكافأة رئيس وأعضاء مجلس الإدارة في الشركة المساهمة العامة والمديرين التنفيذيين الرئيسين، لأنه من العدل أن يعلم بذلك المساهمون الذين من أجلهم عين المديرون، ويعد أيضاً توفير تلك المعلومات من المسائل المهمة بالنسبة لأي مستثمر كي يتسنى له تقييم خبراتهم ومؤهلاتهم وكفاءاتهم. وقد تنبه المشرع الإماراتي لهذه المسألة، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (١٦٩) من قانون الشركات التجارية على أنه "يبين نظام الشركة طريقة احتساب مكافأة أعضاء مجلس الإدارة، ويجب ألا تزيد هذه المكافأة عن (١٠٪) من الربح الصافي للسنة المالية المنتهية بعد خصم كل من الاستهلاكات والاحتياطات". ويلاحظ أن المشرع قد خول الشركة تحديد نسبة مئوية من الأرباح الصافية كمكافأة لرئيس وأعضاء مجلس الإدارة في نظام الشركة، ولم يترك لهم الحرية التامة في تحديد تلك النسبة وإنما قيدها بحد معين، حيث لا تتجاوز ١٠٪ من الأرباح الصافية المحققة للسنة المالية المنتهية، وبالتالي حدد المشرع الحد الأعلى لمكافأة رئيس وأعضاء مجلس الإدارة دون تحديد الحد الأدنى وإنما ترك أمر تحديده للنظام الأساسي للشركة، ولكن ما يثير الانتباه في هذا الخصوص هو هل يشترط أن يكون هناك توزيع للأرباح الصافية على المساهمين أم أنه يكفي تحقيق الأرباح دون أن يتم توزيعها على المساهمين؟ نص المادة (١٦٩) جاء واضحاً في هذا الخصوص حيث اشترط أن يكون هناك أرباحاً صافية ودون الإشارة إلى ضرورة توزيعها على المساهمين، فعلى فرض أنه تم تحقيق أرباحٍ في سنة معينة وتم اتخاذ قرار بعدم توزيعها على المساهمين وإنما تم إضافة تلك الأرباح إلى رأسمال الشركة بهدف زيادته، فصحيح المساهم لم يتلقى أرباحاً مادية ولكن من شأن تلك الزيادة أن تؤدي إلى زيادة عدد أسهمه التي يملكها في الشركة أو زيادة في قيمة تلك الأسهم، وبالتالي ربط حصول عضو مجلس الإدارة على مكافأته بصدور قرار بتوزيع الأرباح الصافية على المساهمين فيه إجحاف بحق أعضاء المجلس. وقد منح المشرع كذلك للشركة الحق في دفع مرتبٍ شهريٍّ أو مكافأة إضافية يقدرها مجلس الإدارة عن جهود خاصة بذلت أو أعمال إضافية تمت لخدمة الشركة من قبل أي عضو من أعضاءه. ويستنتج ذلك من نص المادة (٢١) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة.

كما أنه لابد من توفير المعلومات عن ملكيات أعضاء مجلس الإدارة من الأسهم في الشركة وعضويتهم في مجالس إدارة الشركات الأخرى، وذلك من أجل الكشف عن احتمال تعارض المصالح، وأن يتم الإفصاح بشفافية عن درجة الارتباط بين مجالس إدارة تلك الشركات (حماد، ٢٠٠٧م).

وأكد المشرع الإماراتي على ضرورة الالتزام بقواعد الإفصاح والشفافية في مجلس الإدارة، وذلك من خلال بيان آلية تشكيل[٣٢] مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة وانتخاب رئيس المجلس وبيان التزامات وحقوق الأعضاء، وبيان ضوابط الترشيح لعضوية المجلس والشروط الواجب توافرها في المرشح، وفي حال تعذر تحقق نسبة تمثيل المرأة عند تشكيل مجلس الإدارة والتي حددها قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة بألا تقل عن ٢٠٪ من أعضاء المجلس لابد من الإفصاح عن أسباب تعذر تحقق تلك النسبة[٣٣]. كما أكد المشرع الإماراتي على ضرورة الإفصاح عن المعلومات المتعلقة بمكافأة وحوافز أعضاء مجلس الإدارة وكبار المديرين. وأن يتم تقديمها للمستثمرين كي يتسنى لهم التقييم السليم لتكاليف ومنافع خطط الرواتب والحوافز ومدى فعالية الخطط الموضوعة.

(٣١) عرفت المادة (١) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة عضو مجلس الإدارة المستقل بأنه "العضو الذي لا تربطه بالشركة أو بأي من أشخاص الإدارة التنفيذية العليا فيها أو مدقق حساباتها أو الشركة الأم أو التابعة أو الشقيقة أو الحليفة أي علاقة قد تؤدي إلى منفعة مادية أو معنوية قد تؤثر على قراراته، وتنتفي صفة الاستقلالية عن عضو مجلس الإدارة على وجه الخصوص في الحالات الواردة في هذا القرار".

(٣٢) نصت المادة (٣) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة على أنه "(أ) يتولى إدارة الشركة مجلس إدارة ويحدد النظام الأساسي للشركة طريقة تكوينه وعدد أعضائه حصراً ومدة العضوية فيه. (ب) تنتخب الجمعية العمومية أعضاء مجلس الإدارة بالتصويت السري التراكمي".

(٣٣) انظر نصوص المواد (٤٠، ٤١، ٤٢، ٤٣) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة.

ولضمان الشفافية في الترشح لعضوية مجلس الإدارة وتحديد رواتب ومكافآت رئيس وأعضاء المجلس، ألزم قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة الشركة المساهمة العامة بضرورة تشكيل لجنة دائمة تختص بإعداد التوصيات المتعلقة بالترشيحات لمناصب عضوية مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية، والتأكد من استقلالية الأعضاء المستقلين بشكل مستمر، وكذلك إعداد السياسة الخاصة بمنح المكافآت والمزايا والحوافز والرواتب الخاصة بأعضاء المجلس، والعمل على مراجعتها بشكل سنوي مع ضرورة التحقق من معقوليتها ومدى تناسبها وأداء المجلس، وتعرف هذه اللجنة بلجنة الترشيحات و المكافآت[٣٤].

ثالثاً: المعاملات التي يتم عقدها بين أطراف لهم ارتباط بالشركة أو أقاربهم

يعد قيام الشركة المساهمة العامة بالإفصاح التام عن التصرفات المهمة المتصلة بالأطراف[٣٥] ذات العلاقة بالشركة أو أقاربهم سواء لكل فرد على حده أو بصورة جماعية من الأمور الأساسية التي لابد من معرفتها من قبل المساهمين وجميع الفاعلين والمهتمين بالشركة[٣٦]. ويمثل مجلس الإدارة السلطة التنفيذية في الشركة، ولابد من إخضاعه للرقابة وإلا تعسف في قراراته، مما اقتضى وجود رقابة عليه من قبل الجمعية العمومية في الشركة، لأن عدم اطلاع المساهمين في الشركة على الصفقات[٣٧] التي تتم بين أعضاء مجلس الإدارة والشركة من شأنه جعلهم يغتنمون الفرص لتحقيق مصالحهم الشخصية على حساب مصلحة الشركة (الشرعبي، ٢٠١٨م).

ويعد هذا المطلب من المتطلبات القانونية التي حرص المشرع الإماراتي على ضرورة التقيد به من قبل الأطراف ذات العلاقة، وألزم[٣٨] رئيس مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة عند إبرام صفقات مع الأطراف ذات العلاقة وله مصلحة فيها – سواء كانت مباشرة عندما يكون العضو طرفاً في الصفقة المراد إبرامها أو غير مباشرة نتيجة الفائدة التي تعود عليه من تعامل الشركة مع الغير – موافاة هيئة الأوراق المالية والسلع بإخطار يحتوي على البيانات والمعلومات عن الطرف ذي العلاقة وتفاصيل التعامل أو الصفقة، وطبيعة ومدى الفائدة للطرف ذي العلاقة من الصفقة مع تبرير خطي بأن الصفقة عادلة ومعقولة، وتحقق مصلحة باقي المساهمين في الشركة[٣٩] واطلاع المساهمين[٤٠] على تفاصيل تلك الصفقة.

كما يقع على عاتق أي طرف ذي علاقة الإفصاح الفوري[٤١] أيضاً عن تلك الصفقات، ويتم ذلك بموجب كتاب يوجهه لمجلس الإدارة عن طبيعة الصفقة التي يرغب في إبرامها مع الشركة أو الشركة الأم أو التابعة والتي تتجاوز قيمتها ٥٪ من رأس مال الشركة، وكذلك شروط تلك الصفقة وكافة المعلومات الجوهرية عن حصته أو مساهمته في الشركتين طرفي الصفقة والمصلحة التي تعود عليه من وراء تلك الصفقة، وعند موافقته على تلك الصفقة يقوم مجلس الإدارة بالإفصاح

(٣٤) انظر نص المادة (٤٧) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة.

(٣٥) عرفت المادة الأولى من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة الأطراف ذات العلاقة بأنهم "رئيس وأعضاء مجلس إدارة الشركة وأعضاء الإدارة التنفيذية العليا للشركة والعاملين بها، والشركات التي يساهم فيها أي من هؤلاء بما لا يقل عن ٣٠٪ من رأسمالها، وكذا الشركات التابعة أو الشقيقة أو الحليفة".

(٣٦) انظر نص المادة (١٦) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة.

(٣٧) عرفت المادة الأولى من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة الصفقات بأنها "التعاملات أو العقود أو الاتفاقيات التي تبرمها الشركة المساهمة المدرجة في السوق والتي لا تدخل ضمن النشاط الرئيسي لتلك الشركة أو التي تتضمن شروطاً تفضيلية لا تمنحها الشركة عادة للمتعاملين معها وأية صفقات أخرى تحددها الهيئة من وقت لآخر بقرارات أو تعليمات أو تعاميم تصدرها".

(٣٨) انظر نص المادة (١٧) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة.

(٣٩) تجدر الإشارة إلى أن المشرع الإماراتي فرض على الشركة التي ترفض أو تمتنع عن الإفصاح للمساهمين أو أي شريك في الشركة عن الوثائق أو المستندات المتعلقة بصفقة قامت الشركة بإبرامها مع أحد الأطراف ذات العلاقة غرامة مالية لا تقل عن ١٠ آلاف درهم ولا تزيد عن ٥٠ ألف درهم .راجع المادة (٣٤٢) من قانون الشركات التجارية.

(٤٠) نصت الفقرة الثانية من المادة (٢٢١) من قانون الشركات التجارية على أنه يثبت للمساهم الحقوق التالية "..... (ب) بالحق في الاطلاع على دفاتر الشركة، ووثائقها وعلى أية مستندات أو وثائق تتعلق بصفقة قامت الشركة بإبرامها مع أحد الأطراف ذات العلاقة بإذن من مجلس الإدارة أو بموجب قرار من الجمعية العمومية أو طبقاً لما ينص عليه النظام الأساسي للشركة في هذا الشأن".

(٤١) انظر نص المادة (١٨) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة.

الفوري عن كافة تفاصيلها لهيئة الأوراق المالية والسلع وسوق الأوراق المالية، وتقوم الشركة بإدراج كافة التفاصيل المتعلقة بالصفقة في البيانات[٤٢] المالية السنوية التي يتم عرضها على الجمعية العامة للشركة، وكذلك نشر كافة البيانات على الموقع الإلكتروني للسوق والشركة حتى يتسنى الاطلاع عليها من قبل الكافة.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الإماراتي في قانون الشركات التجارية قيد حق المساهم في الاطلاع على المستندات والوثائق الخاصة بتلك الصفقات بضرورة الحصول على إذن من مجلس الإدارة أو بموجب قرار من الجمعية العمومية للشركة أو وفقاً لما ينص عليه النظام الأساسي للشركة[٤٣]، والسبب في ذلك يعود حسب تقديرنا إلى اعتبارات المحافظة على السرية، في حين لم ينص قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة رقم (٧) لسنة ٢٠١٦م بشأن معايير الانضباط المؤسسي وحوكمة الشركات المساهمة العامة على مثل هذه الشروط حيث أعطى لأي مساهم يملك[٤٤] نسبة ٥٪ فأكثر من أسهم الشركة في طلب الاطلاع على دفاتر الشركة وسجلاتها وأية مستندات أو وثائق تتعلق بتلك الصفقات دون قيد أو شرط، وفي حال كانت تحتوي على بيانات ذات طابع سري فإنه يتم التوقيع على تعهد يتضمن المحافظة على سرية تلك البيانات، وعدم إساءة استخدامها تحت طائلة المسؤولية. وبالتالي لابد من إعادة النظر في نص الفقرة (٢) من المادة (٢٢١) من قانون الشركات التجارية وجعلها أكثر مرونة في منح المساهم الحق في الاطلاع على الوثائق الخاصة بالصفقات التي يعقدها أعضاء مجلس الإدارة دون قيد أو شرط وبما يضمن الحفاظ على سرية تلك البيانات.

ومن الضمانات التي وفرها قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة للمساهم أنه في حال عدم تقديم المعلومات للمساهم عن تلك الصفقات يحق له اللجوء إلى المحكمة المختصة لرفع دعوى قضائية لإلزام الشركة بتقديم المعلومات عن الصفقات مع الأطراف ذات العلاقة[٤٥] وإذا تبين أن الصفقة غير عادلة أو تضر بباقي المساهمين، فللمحكمة المدنية المختصة أن تحكم بإلغائها وإلزام الطرف ذي العلاقة بأن يدفع للشركة أي ربح حققه من ورائها فضلاً عن التعويض في حال ثبت إلحاق الضرر بالشركة.

رابعاً: المسائل المرتبطة بالعاملين وغيرهم من أصحاب المصالح

من الأمور التي لابد للشركة من الأخذ بها بعين الاعتبار عند ممارستها للإفصاح والشفافية وفقاً لمبادئ الحوكمة، توفير المعلومات المتصلة بالمسائل الرئيسية ذات الصلة بالعاملين وغيرهم من أصحاب المصالح[٤٦] وذلك نظراً لتأثيرها على أداء الشركة، ومن أجل ذلك فإنه يقع على عاتق مجلس الإدارة في الشركة المساهمة العامة وضع ميثاق للشركة يبين فيه المعايير والمحددات التي ترسخ المفاهيم والقيم الأخلاقية في الشركة، فوجود مثل هذا الميثاق من شأنه المساهمة في قيام كل من مجلس الإدارة وجميع العاملين في الشركة في أداء المهام المنوطة بهم على أكمل وجه، ولابد من الإفصاح عن العلاقة بين الإدارة والمساهمين والعاملين فيها مع باقي أصحاب المصالح مثل الموردين والدائنين والعملاء والمقرضين والمستثمرين المحتملين والمجتمع المحلي[٤٧]، هذا فضلاً عن الإفصاح عن المعلومات الخاصة بسياسة الموارد البشرية[٤٨] كبرامج تدريب وتنمية الموارد البشرية، أو خطط تحفيز موظفي الشركة[٤٩] لتملك الأسهم، مما يتيح للأطراف معلومات مهمة عن نقاط القوة التنافسية للشركة.

(٤٢) انظر نص الفقرة (ب) من المادة (١٨) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة.

(٤٣) انظر نص الفقرة (٢) من المادة (٢٢١) من قانون الشركات التجارية.

(٤٤) انظر نص الفقرة (أ) من المادة (١٩) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة.

(٤٥) انظر نص الفقرتين (ب، ج) من المادة (١٩) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة.

(٤٦) عرفت المادة الأولى من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة أصحاب المصالح بأنهم "كل شخص له مصلحة مع الشركة مثل المساهمين، والعاملين، والدائنين، والعملاء، والموردين، والمستثمرين المحتملين".

(٤٧) راجع شرح مبادئ منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية بشأن حوكمة الشركات، مرجع سابق، ص ٥.

(٤٨) انظر نص الفقرة (١٠) من المادة (٤٧) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة.

(٤٩) انظر نص المادة (٢٢٦) من قانون الشركات التجارية.

يلاحظ مما تقدم أن المشرع الإماراتي حرص كل الحرص على ضرورة الإيفاء بمتطلبات الإفصاح الدقيق الشامل والفوري، لكل المسائل المتعلقة بالشركة المساهمة العامة وبأعضاء مجلس إدارتها والمساهمين فيها وكافة الأشخاص المرتبطين معها، وبما يتماشى مع المبادئ المعمول بها لحوكمة الشركات على المستوى الدولي، وذلك من خلال تنظيمها والتأكيد عليها في قانون الشركات التجارية وقرار رئيس مجلس إدارة الهيئة.

المطلب الثالث: الجزاء المترتب على مخالفة الالتزام بواجب الإفصاح

لقد أضفى المشرع الإماراتي على نصوص قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة المتعلق بحوكمة الشركات المساهمة العامة الطابع الإلزامي، وبالتالي يجب على الشركة المساهمة العامة والقائمين عليها احترام تطبيق تلك القواعد، والإفصاح عن المعلومات يعد من أهم الواجبات التي تقع على عاتق الشركة والإخلال بها يرتب المسؤولية القانونية لكافة الأشخاص الملزمين به (الشركة، أعضاء مجلس الإدارة، مديري الشركة، مدققي الحسابات)، وتختلف الجزاءات المفروضة من قبل هيئة الأوراق المالية والسلع[٥٠] بحسب طبيعة وخطورة المخالفة المرتكبة.

فقد يأخذ الجزاء صورة عقوبة تأديبية من خلال قيام هيئة الأوراق المالية والسلع بتوجيه إنذار إلى مرتكب المخالفة بواجب الإفصاح، وقد يكون غرامة مالية تفرض على مرتكب المخالفة بشرط ألا تتجاوز الحد الأقصى المنصوص عليه في المادة (٧) من قانون الشركات التجارية[٥١]، وفي حال تبين للهيئة أن الفعل المرتكب ينطوي على مخالفة تستوجب التحقيق فيها تقوم بإحالتها إلى النيابة العامة للتحقيق فيها، كأن تكون الوثائق التي تم الإفصاح عنها تتضمن معلومات مزورة.

وتجدر الإشارة إلى أن الأفعال التي تشكل إخلالاً بواجب الإفصاح تعد من الجرائم التي يجوز التصالح فيها، وفقاً لأحكام قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة رقم (٤٢) لسنة ٢٠١٥م المنظم لضوابط وإجراءات التصالح في جرائم الشركات المساهمة العامة[٥٢].

(٥٠) انظر الفقرة الأولى من المادة (٥٣) من قرار رئيس الهيئة.

(٥١) اشترطت المادة (٧) من قانون الشركات التجارية بألا تزيد الغرامة عن ١٠ ملايين درهم إماراتي.

(٥٢) انظر الفقرة (٢) من المادة (٥٣) من قرار رئيس الهيئة.

وقد تتسبب الشركة أو أعضاء مجلس إدارتها أو مديريها أو مدققي حساباتها في إلحاق الضرر بالمساهمين أو بالغير نتيجة الإخلال بواجب الإفصاح، مما يستتبع تحقيق المسؤولية المدنية لمتسبب الضرر، وبما أن قرار رئيس الهيئة وقانون الشركات التجارية لم يخصص نصوصاً خاصة بالمسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بهذا الواجب، فإنه يكون للمتضرر المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية المنصوص عليها في قانون المعاملات المدنية الاتحادي الإماراتي[٥٣].

الخاتمة

سلط هذا البحث الضوء على الإفصاح باعتباره من أهم المبادئ التي تقوم عليها حوكمة الشركات، حيث يمثل ضرورة لا غنى عنها في إنجاح نظام الحوكمة في الشركات المساهمة العامة، وبالتالي اقتضى الأمر بيان ماهية الإفصاح، ومن ثم تم بيان موقف المشرع الإماراتي من الأخذ بمتطلبات تطبيق الإفصاح وفقاً لمبادئ الحوكمة، وقد تم التوصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات على النحو التالي.

النتائج

١- من شأن الالتزام بمبادئ الحوكمة - لاسيما الإفصاح والشفافية - تحقيق التوازن بين مصلحة الشركة ومصالح الأطراف المرتبطة بها، والإدارة المثلى هي التي تسعى الى تحقيق الأهداف المرجوة من هذا النظام واستغلال كافة موارد الشركة وحسن توجيهها والوفاء بمعايير الإفصاح والشفافية.

٢- إن ضبط الحوكمة يعتمد على كفاءة المناخ التنظيمي والرقابي الذي يركز على الإفصاح والشفافية، وذلك لأن السبب الحقيقي وراء حدوث أي أزمة مالية تلحق بالشركة تعود بشكل أساسي إلى غياب انتهاج سياسة الوضوح التام عن الوضع المالي والإداري والمحاسبي في الشركة.

(٥٣) لقد نصت المادة (٢٨٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥م على أنه "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر".

٣- حظيت الشركة المساهمة العامة في دولة الإمارات العربية المتحدة - بشكل خاص - بإطار قانوني جيد في حوكمة الشركات والاهتمام بحماية الإفصاح والشفافية في إطار التشريعات المنظمة للشركات التجارية، وهذا يدل على إدراك المشرع الإماراتي المتزايد بأهمية ممارسة الحوكمة في الشركات المساهمة العامة، مما دفع إلى التحول من الالتزام الشكلي إلى الالتزام القانوني لتطبيق مبادئ الحوكمة.

٤- تأثر المشرع الإماراتي بمبادئ الحوكمة في الشركات التجارية الصادرة عن منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (٢٠٠٤م)، وهذا كان واضحاً بشكل جلي عند مراعاته لمتطلبات تطبيق قواعد الإفصاح والشفافية كمبدأ من مبادئ الحوكمة في الشركات المساهمة العامة ضمن ثنايا نصوص التشريعات المنظمة للشركات المساهمة العامة، والمشرع الإماراتي ليس هو الوحيد الذي تأثر بتلك المبادئ، وإنما هناك الكثير من التشريعات المقارنة الأخرى التي تأثرت بها، وعملت على تضمينها في تشريعاتها الوطنية، وهذا يؤدي إلى نتيجة مفادها بأن هناك عولمة للقاعدة القانونية المنظمة لحوكمة الشركات التجارية على المستوى الدولي.

التوصيات

١- لبيان مدى التزام الشركات المساهمة العامة في دولة الإمارات العربية المتحدة بالإفصاح عن المعلومات لابد من مراقبة التنفيذ من قبل الجهات الرقابية ذات العلاقة لاسيما هيئة الأوراق المالية والسلع، وذلك للوصول إلى تطبيق أفضل للإفصاح والشفافية ولتعطي نتائجها المرجوة في تحسين الأداء وتخفيض نسبة المخاطر التي قد تتعرض لها الشركة المساهمة العامة.

٢- القيام بمراجعة خارجية سنوية مستقلة بواسطة مراجع كفء مستقل من أجل إعداد تقارير موضوعية عن القوائم المالية وتقديمها لمجلس الإدارة والمساهمين، بشكل يعكس واقع المركز المالي وأداء الشركة من جميع النواحي المادية والمهنية عن الشركة، مع إعطاء المساهمين وغيرهم حق مسائلة المراجعين الخارجين ومحاسبتهم عند إخلالهم القيام بواجبهم خلافاً لما تقتضيه العناية المطلوبة والأصول المهنية في عملية المراجعة.

٣- إلزام مجلس الإدارة والمكلفين في الشركات المساهمة العامة بالإفصاح عن المعلومات والتوقعات المستقبلية للشركة.

٤- اعتماد معيار واضح لبيان متى تعد المعلومة سرية ومتى لا تعد سرية كي لا يتعسف المكلفين بالإفصاح في اعتبار المعلومات ذات طابع سري وتؤثر على مصالح الشركة وأصحاب المصالح.

٥- لكي يستطيع المساهم ممارسة حقه بشكل سليم في اجتماع الجمعية العمومية، لابد من ضرورة استعانته بالخبراء أصحاب الاختصاص لفهم القوائم المالية ووثائق الشركة ومستنداتها قبل انعقاد اجتماع الجمعية العمومية، لتقديم النصح لهم بشأن القرارات التي يتخذونها، بعيداً عن أي تعارض لهم في المصلحة قد يؤدي إلى الإضرار بنزاهة ما يقومون به من تحليل أو مما يقدمونه من مشورة.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر والمراجع باللغة العربية

بدوي، بلال عبدالمطلب (٢٠٠٦). *الالتزام بالإفصاح عن المعلومات في سوق الأوراق المالية: دراسة مقارنة في القانونين المصري والإماراتي*. دار النهضة العربية، ص ص ٢٨-٣٧.

البريري، صالح (٦-٨ مارس ٢٠٠٧م). *قواعد الشفافية والإفصاح والأشخاص الملزمون بتطبيقها في سوق الأوراق المالية*. بحث قدم في المؤتمر الخامس عشر في جامعة الإمارات العربية المتحدة بعنوان "أسواق الأوراق المالية والبورصات"، دبي، مج(٥)، ص ص ٥٣-٥٧.

بلعادي، عمار وحدو، جاد (٧-٨ ديسمبر ٢٠١٠م). *دور حوكمة الشركات في إرساء قواعد الشفافية والإفصاح*. الملتقى الدولي الأول حول الحوكمة المحاسبية للمؤسسة: واقع، رهانات، آفاق. جامعة أم البواقي، الجزائر، ص ص ٥-١٥.

بن صالح، إحسان (يناير ٢٠٠٩م). التزام شركات المساهمة بالإفصاح عن متطلبات لائحة حوكمة الشركات. *مجلة العلوم الإدارية والاقتصادية*، جامعة القصيم، ع(١)، ص ص ٣٥-٣٧.

بن علوش، فارس (٢٠١٣م). *دور الشفافية والمساءلة في الحد من الفساد الإداري في القطاعات الحكومية*. الرياض: مركز دراسات جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص ص ٢٢-٢٧.

حماد، طارق عبدالعال (٢٠٠٧م). *حوكمة الشركات: المفاهيم والمبادئ*. الدار الجامعية، ص ص ١٥٥-١٥٦.

حماد، طارق عبدالعال (٢٠٠٩م). *حوكمة الشركات والأزمة المالية العالمية*. الدار الجامعية، ص ص ١٣٥-١٣٩.

خضر، أحمد علي (٢٠١٢م). *الإفصاح والشفافية كأحد مبادئ الحوكمة في قانون الشركات*. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ص ص ٥١-٥٩.

الدباغ، لقمان وإبراهيم، ليث (٢٥-٢٧ مارس ٢٠١٤م). *دراسة تحليلية لواقع الافصاح الطوعي في المعلومات في المصارف العراقية ومدى تأثره بتطبيق آليات الحوكمة*. The SLA-AGC Annual Conference، الدوحة، قطر.

دحدوح، حسين أحمد وحمادة، رشا أنور (٢٠١٥م). نموذج مقترح لقياس الإفصاح الاختياري وتطبيقه في بيئة الأعمال السورية. *مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية*، مج(٣١)، ع(١)، ص ص ١٩-٢٣.

سلام، محمد (٢٠١٣م). *الشفافية والإفصاح في سوق الأوراق المالية*. دار النهضة العربية، ص ص ٤٨-٥٣.

سوليفان، جون وروجرز، جين (٢٠٠٦م). *خلق بيئة مستدامة لحوكمة الشركات* (ترجمة سمير كريم). مطبوعات البنك الدولي ومنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، ص ص ٥٦-٥٨.

شرح مبادئ منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية بشأن حوكمة الشركات. مطبوعات منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، ص ص ١٢-٢٣.

الشرعبي، عبدالسلام قاسم علي (٢٠١٨م). *حقوق المساهمين في شركات المساهمة ووسائل حمايتها: دراسة مقارنة*. القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية، ص ١٦٥.

عبدالسلام، صفوت (٦-٨ مارس ٢٠٠٧م). *الشفافية والإفصاح والأثر على كفاءة سوق رأس المال مع التطبيق على سوق الكويت للأوراق المالية*. بحث في المؤتمر الخامس عشر بجامعة الإمارات العربية المتحدة عن سوق الأوراق المالية والبورصات، دبي، ص ص ٦١-٦٦.

قانون الشركات التجارية الاتحادي الإماراتي رقم (٢) لسنة ٢٠١٥م.

قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة رقم (٧/ ر.م.) لسنة ٢٠١٦م بشأن معايير الانضباط المؤسسي وحوكمة الشركات المساهمة العامة.

محمود، عصام حنفي (٢٠٠٦م). *التزام الشركات بالشفافية والإفصاح*. دار النهضة العربية، ص ص ٣٢-٣٧.

المهدي، معتز نزيه محمد الصادق (٢٠٠٧م). *الالتزام بالسرية والمسؤولية المدنية*. القاهرة: دار النهضة العربية، ص ٢٠.

النعيمي، سنان (٢٠٠٤م). نظم الإقطاع في القوائم المالية على قوة المعايير المحاسبية المعتمدة. بحث مقدم إلى المعهد الماسي العربي، ص ص ٢-٨.

اليامي، هادي بن علي (٢٠١٧م). *الالتزام بالإفصاح والشفافية في نظام حوكمة الشركات السعودية*. الرياض: مكتبة القانون والاقتصاد، ص ص ٥١-٦٨.

ثانياً: المراجع باللغة الإنجليزية

Nordberg, D. (2011). *Corporate governance: Principles and issues*. Sage.

Rezaee, Z., Olibe, K. O., & Minmier, G. (2003). Improving corporate governance: The role of audit committee disclosures. *Managerial Auditing Journal*, *18*(67).

Solomon, J. (2010). *Corporate governance and accountability* (3rd ed.). Wiley, 2010.

Tricker, R. J. (2004). *Corporate governance: Practice, procedures and power*. London: London Press.

Turner, C. (2009). *Corporate governance: A practical guide for accountants*. Elsevier.

مجلة جامعة الملك سعود (الحقوق والعلوم السياسية)، مج (٣٣)، ع (٢)، ص ص ١٢٩-١٤٩، الرياض (٢٠٢١م/ ١٤٤٢هـ)

التحقيق الجنائي الرقمي

حنان محمد الحسيني أحمد
أستاذ القانون الجنائي المساعد
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة الملك سعود

سحر علي عبدالله الهبدان
أستاذ القانون الجنائي المساعد
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة الملك سعود

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

ملخص البحث. أفرزت الثورة المعلوماتية الحديثة نوعاً جديداً من الجرائم وهو ما يسمى بالجرائم الرقمية أو الجرائم المعلوماتية والتي تمثل أنماطاً متعددة من السلوك الإجرامي تتم من خلال الأجهزة الحاسوبية والشبكة المعلوماتية، وحيث إن الجريمة الرقمية ترتكب في عالم افتراضي فقد أُثير التساؤل حول مدى تطور إجراءات التحقيق الجنائي حتى يمكن التعامل مع هذا النوع الجديد من الإجرام حيث إنها تخضع بالضرورة لإجراءات تختلف عن القواعد الإجرائية التقليدية لاستخلاص الدليل الجنائي، ولذلك تبدت أهمية موضوع البحث وهو التحقيق الجنائي الرقمي القائم على التحليل الجنائي الرقمي باستخدام التقنيات التكنولوجية الحديثة، للحصول على ما يسمى بالدليل الرقمي وتحقيقه بالطرق المثبتة علمياً والتي تؤكد على ضرورة مشروعيته، ولذلك ارتكز هذا البحث على معرفة الأصول القانونية للتحقيق الجنائي الرقمي من خلال بيان أصول وقواعد هذا التحقيق وما يعترضه من معوقات، وكذلك معرفة الآليات الإجرائية الحديثة لاستخراج الأدلة الرقمية من أجهزة الحاسب الآلي والشبكة المعلوماتية، وتم اتباع المنهج التحليلي في بيان قواعد وإجراءات هذا التحقيق.

الكلمات المفتاحية: جريمة، جرائم معلوماتية، إجراءات التحقيق، دليل رقمي.

DIGITAL CRIMINAL INVESTIGATION

Hanan Mohamed Elhoussini Ahamed
Assistant Professor, College of Law and Political Science
King Saud University

Sahar Ali Abdullah Alhabdan
Assistant Professor, College of Law and Political Science
King Saud University

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

Abstract. Cybercrime is a new type of crime, which was produced by the modern information revolution. Cybercrime represents multiple types of criminal behavior conducted through computer hardware and the information network. Moreover, since cybercrime is committed in a virtual world, the question has been raised as to how criminal investigation procedures have evolved so it can deal with this new type of crime for the purpose of extracting digital evidence. Because the nature of cybercrime is different from traditional crimes, cybercrime must be subject to procedures that are different from the traditional procedural rules. Therefore, the research explains and analyzes the digital forensic investigation and modern technological techniques to obtain the so-called digital evidence and assure its legitimacy. It will also demonstrate the obstacles cyber investigation may encounter. This research follows the analytical approach in describing the rules and procedures of this investigation.

Keywords: Crime, Information crimes, Investigation procedures, Digital evidence.

مقدمة

موضوع البحث

يتناول موضوع البحث دراسة التحقيق الجنائي الرقمي في الجريمة الرقمية أو الإلكترونية والتي بدأت بالظهور في الوقت الحالي نتيجة الثورة المعلوماتية تلك التي جسدت في جانبها الإيجابي إبداعاً للعقل البشري وقفزة نوعية في حياة الأفراد والدول التي اعتمدت عليها في العمل في كثير من قطاعاتها من خلال استخدام الأنظمة المعلوماتية، ورغماً عن ذلك كان لهذه الثورة دورها السلبي وخاصة في مجال الجريمة؛ حيث أفرزت نوعاً جديداً لم يكن معهوداً من قبل وهي الجرائم الرقمية أو الجرائم المعلوماتية التي أصبحت شاغلاً مقلقاً على الصعيد المحلي والإقليمي والدولي نظراً لأنها الجرائم الأكثر تعقيداً وغموضاً في هذا العصر الرقمي، وتمثل أنماطاً متعددة من السلوك الإجرامي وتثير كثيراً من التحديات الإجرائية والتي من أهمها كيفية تحقيقها وإثباتها ومدى اقتناع القاضي بالدليل المتولد عنها؛ مما أدى إلى ضرورة البحث عن طرق قانونية إجرائية فاعلة ومتقدمة لمكافحتها مع ضرورة الاستفادة من معطيات التكنولوجيا الحديثة في الكشف عن هذا النوع الجديد من الجرائم وإثباتها وملاحقة مرتكبيها لتقديمهم إلى العدالة؛ مما حذا بالمشرع في العديد من الدول إلى إعادة النظر في كثير من المسائل الإجرائية، خاصة فيما يتعلق بمسألة إثبات هذه الجرائم حيث إنها تحتاج إلى طرق إلكترونية فنية وعلمية حديثة تتناسب مع طبيعتها وتكشف عن أدلة إثباتها ، تلك التي لابد أن تختلف عن القواعد الإجرائية التقليدية لاستخلاص الدليل، ولذلك تبدت أهمية ما يسمى بالتحقيق الجنائي الرقمي القائم على التحليل الجنائي الرقمي باستخدام التقنيات التكنولوجية الحديثة، والتي تتضمن فحص الجهاز أو المنظومة بهدف تحليل العمليات الحاسوبية واسترجاع البيانات والملفات من أجل الحصول على ما يسمى بالدليل الرقمي وتحقيقه بالطرق المثبتة علمياً للتحقق من مدى صحته في نسبة الجريمة إلى مرتكبها؛ ولذلك فالهدف الرئيسي من التحقيق الجنائي الرقمي هو التصدي للجرائم الرقمية التي ترتكب باستخدام الأجهزة الحاسوبية أو التي تقع على المنظومات أو الشبكات المعلوماتية، وذلك تحقيقاً للهدف العام من التحقيق الجنائي بوصفه عملية تستدعيها المصلحة العامة لحماية أمن المجتمع واستقراره من خلال التحري والتدقيق للكشف عن غموض الجريمة وتحديد مرتكبها والوقوف على كل الأدلة الخاصة بها؛ فإجراءات التحقيق الجنائي هي المعنية بتحقيق واجب العدل والإنصاف والتحقق من ثبوت أو نفي الاتهام ضد مرتكبها.

هدف البحث وأهميته

ترتكز هذه الدراسة على معرفة الأصول القانونية للتحقيق الجنائي الرقمي من خلال بيان أصول وقواعد هذا التحقيق وما يعترضه من معوقات وكذلك معرفة الآليات الإجرائية الحديثة لاستخراج الأدلة الرقمية من أجهزة الحاسب الآلي والشبكة المعلوماتية؛ تلك الأدلة الرقمية التي تكون على هيئة بيانات رقمية مخزنة في الأجهزة الحاسوبية أو المنظومات المعلوماتية، وكذلك معرفة كيفية التعامل مع هذا النوع الجديد من الأدلة والذي يتواجد في بيئة افتراضية غير تقليدية تواجه الكثير من الصعوبات والتحديات في إجراءات تحقيقها.

وتتأكد أهمية الدراسة في الكشف عن مدى ضرورة استخدام التقنيات الحديثة في إجراء هذا التحقيق الجنائي ومدى جدوى هذه التقنيات في استخلاص دليل رقمي يتسم بالمشروعية، وله حجية قانونية وقوة ثبوتية أمام جهات التحقيق والقضاء ويؤدى في النهاية إلى التصدي لهذا النوع الجديد من الإجرام المعلوماتي الذي يرتكب في بيئة الحاسب الآلي.

منهج الدراسة

ترتكز هذه الدراسة على المنهج التحليلي والتأصيلي لقواعد وإجراءات التحقيق الجنائي الرقمي وذلك من أجل تحديد الآليات الإجرائية لهذا التحقيق الجنائي، وما يعتريه من صعوبات تواجه سلطات التحقيق في استخلاص الأدلة الرقمية، وكذلك المنهج المقارن حيث تم تناول هذه الإجراءات في أكثر من نظام قانوني للوقوف على مدى فأعليتها في تحقيق الجريمة الرقمية كالنظام المصري.

مشكلة الدراسة

الجريمة الرقمية ترتكب في عالم افتراضي؛ لذلك فإن مسرح الجريمة الرقمية يختلف تماماً عن مسرح الجريمة التقليدية والتي تتميز بارتكابها في عالم مادي ملموس يسهل تحقيق أدلتها، وأمام هذا الوضع يثار التساؤل حول مدى تطور إجراءات التحقيق الجنائي حتى يمكن التعامل مع الجرائم الرقمية، وهل سيحقق استخدام التقنيات الحديثة في مجال التحقيق الجنائي الشرعية الإجرائية بما يفي بمتطلبات التحقيق في هذا النوع المستحدث من الجرائم الرقمية وبما يتلاءم مع طبيعتها، وذلك فيما يخص إجراءات التحقيق التي تثير صعوبات في التحقيق كالتفتيش والمعاينة والضبط والخبرة.

خطة البحث

ترتكز خطة البحث على بيان ماهية وخصائص ومعوقات التحقيق الجنائي الرقمي ثم بيان إجراءات هذا التحقيق وذلك في مبحثين مستقلين على النحو التالي:

- المبحث الأول: مقدمة حول التحقيق الجنائي الرقمي.
  - المطلب الأول: ماهية وخصائص ومعوقات التحقيق الجنائي الرقمي.
    - الفرع الأول: ماهية وخصائص التحقيق الجنائي الرقمي.
    - الفرع الثاني: معوقات التحقيق الجنائي الرقمي.
  - المطلب الثاني: محل التحقيق الجنائي الرقمي.
    - الفرع الأول: الجريمة الرقمية.
    - الفرع الثاني: الأدلة الرقمية.
- المبحث الثاني: إجراءات التحقيق الجنائي الرقمي.
  - المطلب الأول: المعاينة والتفتيش في الجرائم الرقمية.
    - الفرع الأول: إجراءات المعاينة في الجرائم الرقمية.
    - الفرع الثاني: إجراءات التفتيش في الجرائم الرقمية.
  - المطلب الثاني: الشهادة والخبرة والضبط في الجرائم الرقمية.
    - الفرع الأول: إجراءات الشهادة والخبرة في الجرائم الرقمية.
    - الفرع الثاني: ضبط الأدلة في الجرائم الرقمية.
- الخاتمة.

المبحث الأول:
مقدمة حول التحقيق الجنائي الرقمي

التحقيق الجنائي الرقمي هو في ذاته تحقيق ابتدائي ولكن في نوع خاص من الجرائم وهي الجرائم الرقمية وينطوي على تحقيق الأدلة الرقمية الخاصة بهذه الجرائم، وسنتناول في هذا المبحث ماهية هذا التحقيق وخصائصه ومعوقاته في مطلب أول ثم نتناول في مطلب ثان محل هذا التحقيق.

المطلب الأول: ماهية وخصائص ومعوقات التحقيق الجنائي الرقمي

يقصد بماهية التحقيق الجنائي الرقمي إيضاح مفهومه لمعرفة القواعد القانونية التي تحكمه؛ لذا سنتناول في هذا المطلب ماهيته وخصائصه وذلك في الفرع الأول؛ ثم نتناول في الفرع الثاني معوقات هذا التحقيق.

الفرع الأول: ماهية وخصائص التحقيق الجنائي الرقمي

البند الأول: ماهية التحقيق الجنائي الرقمي

التحقيق لغة هو إثبات المسألة بدليلها.(الكاملي، ٢٠١٥م)، أما التحقيق الجنائي اصطلاحاً فهو ما عرفه جانب من الفقه بأنه مجموعة من الإجراءات القضائية تمارسها سلطات التحقيق بالشكل المحدد قانوناً بغية التنقيب عن الأدلة في شأن جريمة ارتكبت وتجميعها ثم تقديرها لتحديد مدى كفايتها في إحالة المتهم إلى المحاكمة، أو الأمر بألا وجه لإقامة الدعوى (سلامة، ١٩٧٧م)، وعرفه جانب آخر من الفقه بأنه عبارة عن سلسلة من الإجراءات التي تتخذها السلطات المختصة بهدف التنقيب عن الأدلة في شأن الجريمة المرتكبة لتحديد مدى كفايتها لإحالة المتهم إلى المحكمة المختصة (حسني، ١٩٩٨م).

ومن التعريفات السابقة يتبين أن التحقيق الجنائي له مفهومين أحدهما المفهوم الواسع ويأخذ به النظام الأنجلو أمريكي، والذي يقصد به مجموعة الإجراءات التي تهدف إلى البحث عن الأدلة بشأن الجريمة التي وقعت وتجميعها ومن ثم تقديرها لتحديد كفايتها لإحالة المتهم إلى المحكمة المختصة (الخفاجي، ٢٠١٥م)؛ أما المفهوم الثاني للتحقيق

الابتدائي فهو المفهوم بمعناه الضيق والسائد في النظام الإجرائي اللاتيني والذي أخذت به الكثير من الدول العربية ويقصد به تلك الإجراءات التي تباشرها سلطة التحقيق وحدها بشأن جمع الأدلة وكشف الجريمة؛ أو ما يتخذه قاضي التحقيق إذا ما ندب لتحقيق قضية معينة وما يتم من إجراءات يختص بها مأمور الضبط القضائي في حال التلبس والندب (تاج الدين، ٢٠١٤م).

ويرتكز التحقيق الجنائي على أصول شرعية وقانونية وقواعد فنية تباشرها جهة التحقيق للكشف عن الجريمة وحفظ الأدلة وإسنادها لمرتكبها، ولهذا فإن علم التحقيق الجنائي يبين الأصول الإجرائية التي يجب على المحقق اتباعها بدقة لتتصف أعماله بالمشروعية، كما ينطوي على قواعد وأساليب فنية تعنى بفحص الأدلة وتحقيق شخصية الجاني (القحطاني، ٢٠١٤م).

ويعد التحقيق المرحلة الأولى في الخصومة الجنائية؛ فهو يهدف إلى مدى جدوى تقديم المتهم للمحكمة لإقرار حق الدولة في العقاب (سرور، ١٩٩٦م) "ووصف هذا التحقيق بأنه ابتدائي لأن غايته ليست كامنة فيه، فهو لا يستهدف الفصل في الدعوى وإنما يستهدف التمهيد لمرحلة تالية هي مرحلة المحاكمة وذلك بجعل الدعوى صالحة للحكم، وتسهيل وتسريع الفصل فيها" (الغافري، ٢٠٠٩م).

وتتميز إجراءات التحقيق الابتدائي بأنها ذات طبيعة قضائية، ليس فقط لكون من يقوم بها النيابة العامة – إذ تصدر عنها كذلك بعض أعمال الاستدلال – بل لتوافر صفة الحياد فيها، بحسبانها جهة تحقيق، ولإسباغ طابع القهر والإجبار على هذه الإجراءات؛ وعلى ذلك فإن التحقيق الابتدائي يستهدف تحقيق أمرين معاً وهما جمع أدلة الجريمة والمحافظة عليها من ناحية، وتحديد الوضع المؤقت للمتهم من ناحية أخرى (شريف، ٢٠١٦م).

والتحقيق الجنائي الرقمي يحمل ذات المضمون السابق ويعتبر تحقيقاً ابتدائياً موضوعه تحقيق الأدلة الرقمية ولكن بصفة خاصة في الجرائم الرقمية، ويمكن تعريفه وفقاً لما يراه الباحث بأنه تحقيقاً ابتدائياً شاملاً لجميع الإجراءات التي يباشرها المحقق عند وقوع جريمة أو حادث توصلاً إلى معرفة الحقيقة ولكن فيما يسمى بالجرائم الرقمية؛ فهو ينطوي على عملية الفحص والتدقيق لأي جهاز كمبيوتر أو أي جهاز ملحق به لتحديد ما إذا كان هذا الجهاز قد تم استخدامه في جريمة رقمية أو عمل غير مشروع ثم تحقيق الأدلة الخاصة بذلك.

وقد عرفه البعض بأنه كافة الجهود التي يبذلها فريق التحقيق في سبيل استنطاق الأدلة الرقمية لكشف غموض جرائم الحاسوب والإنترنت وتحديد شخصية مرتكبها وإثباتها بما يقدمه من أدلة إثبات (السرحاني، ٢٠٠٤م).

ويختلف التحقيق الجنائي سواء في الجرائم الإلكترونية (الجرائم الرقمية) أو في غيرها من الجرائم عن إجراءات الاستدلال والتي تعتبر مرحلة سابقة على تحريك الدعوى الجنائية؛ حيث إنه يعتبر مرحلة أساسية من الدعوى الجنائية مما يستتبع حقيقة مؤداها أن أعمال الاستدلال لا تتولد عنها أدلة في مضمونها القانوني، ولا يجوز أن يكون كل سند القاضي في حكمه محضر الاستدلال حيث لا تتوافر فيها ضمانات الدفاع المتطلبة لنشوء الدليل، كما أن الدعوى الجنائية لا تتحرك بها ولو في حالة التلبس بالجريمة، ولكن تبدو أهميتها في أنها تتيح لسلطة التحقيق أن تتصرف في شأن تحريك الدعوى الجنائية وهي على بينة وعلم كافيين بحقائق الأمور[1] (حسني، ٢٠١٣م).

البند الثاني: خصائص التحقيق الجنائي الرقمي

يتميز التحقيق الجنائي الرقمي بضرورة تعامله مع بيئة الحاسب الآلي وكل ما يتعلق بها ولذلك فمن أهم خصائصه الآتي:

- أولاً: التعامل مع نوع متخصص من الجرائم وهي الجرائم الرقمية التي ترتكب عبر نظام الحاسوب والشبكة العنكبوتية.

(١) ونوضح أن السلطة المختصة بأعمال الاستدلال هي سلطة الضبط الجنائي، وقد جاء في نظام الإجراءات الجزائية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٩) وبتاريخ ٢٨/ ٧/ ١٤٢٢هـ بتحديد عمل رجال الضبط القضائي بمرحلة الاستدلال فقط والذي أصبح اختصاصاً أصيلاً لرجال الضبط القضائي؛ لا يجوز لهم الخروج عنه إلا في حالة التلبس بالجريمة، أو الندب من سلطة التحقيق؛ فلهم مباشرة بعض إجراءات التحقيق استثناء في هذين المرحلتين.

- ثانياً: تحقيق ما يسمى بالأدلة الرقمية المتعلقة ببيئة الحاسب الآلي والإنترنت.
- ثالثاً: التعامل مع الاتصال الشبكي وأنواعه المختلفة ومعرفة كيفية انتقال البيانات عبر الأجهزة المختلفة وعبر شبكة الإنترنت.
- رابعاً: التعامل مع الأنظمة المختلفة لتشغيل الحاسب الآلي.
- خامساً: التعامل مع صيغ الملفات الإلكترونية المختلفة وتطبيقات الحاسوب الرئيسية.
- سادساً: التعامل مع خدمة الإنترنت كأداة لجمع البيانات والتحريات عن الجرائم الإلكترونية.
- سابعاً: التعامل مع تقنيات أمن الحاسوب والإنترنت لإمكانية ربطها بمجريات التحقيق.
- ثامناً: استخدام الأدوات الفنية التي تستخدم في بنية نظم المعلومات وأهمها البريد الإلكتروني وبرامج المحادثة وعناوين IP.

الفرع الثاني: معوقات التحقيق الجنائي الرقمي

هناك عدة معوقات تعترض التحقيق الجنائي الرقمي منها ما يتعلق بالجاني والمجني عليه ومنها ما يتعلق من ناحية أخرى بجهات التحقيق، وسنوضح ذلك في البندين التاليين.

البند الأول: معوقات تتعلق بالجاني والمجني عليه

أولاً: المعوقات المتعلقة بالجاني

من الصعوبات التي تواجه التحقيق الجنائي الرقمي هو ما يتعلق بشخصية مرتكب الجرائم الرقمية حيث إنه لا يعد مجرماً تقليدياً بل له سمات خاصة تتناسب مع هذا النوع الجديد من الإجرام؛ ففي الغالب ترتكب هذه الجرائم من قبل مجرمين لهم دراية عالية باستخدام وسائل التقنية الحديثة وينفذون أعمالهم الإجرامية بذكاء ومهارة (العريان، ٢٠٠٤م)؛ بالإضافة إلى أن الجناة لهم المفردات والمصطلحات الخاصة بهم حتى إنهم يطلقون على أنفسهم اسم النخبة بدعوى أنهم الأكثر معرفة وخبرة بأسرار الحاسب الآلي ولغاته المتميزة (حجازي، ٢٠٠٢م).

وتعد كذلك من أهم سمات المجرم المعلوماتي الدقة والتخصص لهذا النوع من الإجرام والاحترافية العالية في هذا المجال والتي تمكنه من التغلب على العقبات التي أوجدها المتخصصون لحماية أنظمة الحاسب الآلي (البوسعيدي، ٢٠٠٩م).

ويمكن تصنيف مرتكبي الجرائم الرقمية إلى عدة فئات كالتالي:

١- المخترقون أو المتطفلون: وهم المخترقون كالهاكرز والكراكرز، فالهاكرز هم متطفلون يتحدون إجراءات أمن النظم والشبكات ولا تتوافر لديهم في الغالب الأعم دوافع تخريبية أو حاقدة؛ أما الكراكرز هم الذين يقومون بأنشطة غير قانونية تخريبية تدمر الأنظمة المعلوماتية ولديهم ميولاً إجرامية.

٢- المحترفون: تعد هذه الطائفة هي الأخطر بين مجرمي التقنية حيث تهدف اعتداءاتهم بالأساس إلى تحقيق الكسب المادي لهم أو للجهات التي كلفتهم بارتكاب الجرائم الرقمية المختلفة، ومن هذه الطائفة على سبيل المثال محترفي التجسس الصناعي ومجرمي الاحتيال والتزوير.

٣- الحاقدون: وهم الذين يمارسون أنشطتهم الإجرامية في مجال الجريمة الرقمية بدافع الانتقام ولا يسعون إلى تحقيق مكاسب مادية أو سياسية ولا يتسمون بالتقنية الاحترافية؛ فهم إما مستخدمين للنظام بوصفهم موظفين أو مشتركين أو على علاقة ما بالنظام محل الجريمة أو غرباء عن النظام تتوفر لديهم أسباب الانتقام من أشخاص أو جهات معينة.

٤- صغار أذكياء المعلوماتية: وهم صغار السن من مستخدمي الشبكة المعلوماتية والمولعون بالحاسبات والاتصالات، ويصنفهم البعض ضمن مجرمي الحاسب نظراً لخطورة أفعالهم التي تتميز بانتهاك وخرق الأنظمة الرقمية (صالح، ٢٠١٥م).

وتسعى الدراسات الحديثة في علم الإجرام إلى إيجاد تقسيم منضبط لمجرمي التقنية لكنها تجد صعوبة في تحقيق ذلك بسبب التغير السريع الحاصل في نطاق هذه الظاهرة؛ والمرتبط بالتسارع في مجال النظام المعلوماتي والإنترنت (عبدالله، ٢٠١٥م).

ثانياً: المعوقات المتعلقة بالمجني عليه

من معوقات التحقيق أيضاً تلك المتعلقة بالمجني عليه والذي قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً.

ففي حال كان المجني عليه شخصاً طبيعياً فإن ما يعيق عملية التحقيق هو الإحجام عن الإبلاغ عن الجريمة؛ فالكثير على سبيل المثال يتحدثون عن اختراق حواسيبهم، أو بريدهم الإلكتروني، أو صفحات الفيسبوك الخاصة بهم ومع ذلك لا يتقدمون بالشكوى للسلطات المختصة خوفاً من نشر خصوصياتهم أو حفاظاً على مركزهم الاجتماعي.

أما إذا كان المجني عليه شخصاً معنوياً والذي قد يتمثل في مؤسسات أو هيئات أو شركات تعتمد في عملها على أنظمة الحاسب الآلي كالبنوك وشركات التأمين؛ فإن ما يعيق عملية التحقيق هو عدم إدراك المسؤولين في هذه المؤسسات بخطورة هذا النوع من الجرائم، وتسابق الشركات في تبسيط الإجراءات وتسهيل استخدام البرامج والأجهزة واقتصار تركيزها على تقديم الخدمة، وكذلك إغفال الجانب الإرشادي للمستخدمين إلى خطورة هذه الجرائم، وعدم التركيز على الجانب الأمني مما يؤدي إلى الإحجام عن الإبلاغ عن هذه الجرائم حتى لا تظهر الجهات المجني عليها بمظهر مشين قوامه الإهمال وقلة الخبرة وعدم الوعي الأمني اللازم لحماية معلوماتها (الحلبي، ٢٠١١م).

البند الثاني: معوقات تتعلق بجهات التحقيق

يواجه التحقيق الجنائي الرقمي عدداً من المعوقات والتي تتعلق بسلطة التحقيق، فحداثة هذه الجرائم وقلة خبرة القائمين بالتحقيق بها (السرحاني، ٢٠٠٤م) بالإضافة إلى عدم توفير الأجهزة والبرامج المناسبة للتحقيق وتكلفتها العالية تعد من أهم المعوقات، ومما يزيد من صعوبة التحقيق هو قدرة الحواسيب الهائلة على تخزين البيانات مما يصعب معه عملية فرز الأدلة ومعرفة المشروع منها وغير المشروع، وبالتالي إعاقة الوصول إلى الدليل الرقمي (عبدالرحمن، ٢٠١٥م) وصعوبة معرفة المسؤول عن الجريمة (حجازي، ٢٠٠٢م)، ولأن البيئة المعلوماتية مؤلفة من شبكات منتشرة في كافة أنحاء العالم ومرتبطة ببعضها البعض؛ بحيث تتيح للمستخدمين الوصول عن بعد إلى البيانات الإلكترونية المخزونة داخل أو خارج حدود الدولة، فإن سلطة التحقيق أثناء القيام بعملها تصطدم بسيادة الدول الأخرى في حال وقعت البيانات خارج حدود الدولة (خلف، ٢٠١٦م).

ويقع على عاتق المحقق الجنائي عدة التزامات لها أثر في الحد من هذه المعوقات، كوجوب احترام القواعد النظامية التي تحددها الأنظمة المختلفة للقيام بعملية الضبط والتحقيق، وأن يكون القائم بالتحقيق موضوعياً متجرداً من كل ما يؤثر عليه في تحقيق الواقعة المرتكبة؛ بالإضافة إلى احترام حقوق المتهم في كل إجراءات التحقيق؛ كما أنه يؤثر في نجاح عملية التحقيق إنجاز المحقق مهام الضبط والتحقيق بالسرعة والدقة اللازمين؛ كسرعة الانتقال إلى مسرح الجريمة وسماع الشهود وضبط المتهم واستجوابه والاستعانة بالمتخصصين في الحاسب الآلي ليكونوا ضمن كوادر الأجهزة الأمنية والقضائية، ويجب على المحقق أيضاً البحث عن الحقيقة بالطرق المشروعة والمحافظة على السرية حيث لا يجوز إفشاء المعلومات المتعلقة بكل إجراءات التحقيق (الكاملي، ٢٠١٥م).

ومما لا شك فيه أن لطريقة التحقيق في الجرائم الرقمية أثراً كبيراً في الحد من هذه المعوقات والوصول إلى الدليل؛ حيث إن خبير الحاسب الآلي له دور مهم في الحصول على البيانات المخزنة في الحاسب الآلي وملحقاته والمتعلقة بالجريمة الرقمية، وعليه فإنه يجب على المحقق إجراء التحقيق بحضور الخبير وتبادل المعلومات معه قبل البدء في التحقيق وذلك لمعرفة الأبعاد الفنية والنقاط التي يجب استجلاؤها أثناء التحقيق، وللتوصل لهذا الاسلوب الخاص للتحقيق في هذه الجرائم والذي يجمع بين الخبرة الفنية والكفاءة المهنية فإنه لابد من عقد المؤتمرات والندوات بصفة دورية المعرفة للجوانب التقنية الحديثة في مجال الحاسب الآلي وتدريب رجال الضبط القضائي وسلطات التحقيق على أنظمة الحاسب الآلي لاكتساب المهارات اللازمة لتحقيق الأدلة الرقمية (البشري، ٢٠٠٠م).

المطلب الثاني: محل التحقيق الجنائي الرقمي

محل التحقيق الجنائي الرقمي هو الجريمة الرقمية والأدلة الرقمية وسنتناول كل منهما في فرع مستقل.

الفرع الأول: الجريمة الرقمية

البند الأول: مفهوم الجريمة الرقمية

ثمة تباين كبير بشأن المصطلحات المستخدمة للدلالة على الظاهرة الإجرامية الناشئة في بيئة نظم المعلومات وبيئة الشبكات ومنها على سبيل المثال مصطلح جرائم الكمبيوتر، والجريمة المعلوماتية، وجرائم التقنية العالية (عبدالله، ٢٠١٥م)، والجرائم الإلكترونية، والجرائم الافتراضية، والجرائم الرقمية، ولذلك تعددت التعريفات الدالة على هذه الجرائم ومنها تعريف مؤتمر الأمم المتحدة العاشر لمنع الجريمة ومعاقبة المجرمين المنعقد في فينيا عام ٢٠٠٠م للجريمة الإلكترونية بأنها "أية جريمة يمكن ارتكابها بواسطة نظام حاسوبي، أو شبكة حاسوبية أو داخل نظام حاسوب ، وتشمل تلك الجريمة من الناحية المبدئية جميع الجرائم التي يمكن ارتكابها في البيئة الإلكترونية" (مصطفى، ٢٠١٠م).

وتعددت التعريفات الفقهية للجريمة الرقمية حيث لم يتفق الفقه الجنائي على تعريف موحد لها، وعرفها البعض على نطاق واسع كأي مخالفة ترتكب ضد أفراد أو جماعات بدافع إجرامي كالأعمال الإجرامية التي تتعلق بالبنية التحتية لتكنولوجيا المعلومات، بما في ذلك الوصول غير المشروع للبيانات أو المعلومات، والاعتراض غير القانوني للبيانات عن طريق نقلها من وإلى أي جهاز حاسوب، وإدخال بيانات خاطئة أو تغيير البيانات الموجودة والعبث بها، وإساءة استخدام الأجهزة والتزوير كسرقة الهوية، والاحتيال الإلكتروني[٢] (تقرير وزارة الداخلية بالبحرين، بدون تاريخ).

ويرى الباحث وفقاً لاجتهاده بأنه يمكن تعريف الجريمة الرقمية بأنها أي عمل غير مشروع يرتكب في بيئة الحاسب الآلي باستخدام وسائل التقنية الحديثة.

ورغم أن الجريمة التقليدية تختلف من حيث طبيعتها عن الجريمة الرقمية التي من أهم سماتها استخدام المجرم المعلوماتي لوسائل التقنيات الحديثة في ارتكاب جريمته، إلا أنه يمكن تصور كل أشكال الجرائم التقليدية في الجرائم الرقمية.

ويمكن حصر بعض الأفعال التي تشكل الجرائم الالكترونية (الجرائم الرقمية) كالتالي:

- الأفعال ضد السرية والنزاهة ومنها الدخول غير المشروع لنظام الحاسوب، واعتراض أو الاستيلاء على بيانات الحاسوب، وإنتاج أو توزيع أو امتلاك لأدوات إساءة استعمال الحاسوب، واختراق الخصوصية أو أساليب حماية البيانات.
- أفعال خاصة بتحقيق مصالح شخصية أو مادية أو إيذاء عبر الحاسب الآلي كالاحتيال، والتزوير، والجرائم ذات الصلة بالهوية، وحقوق الطبع والنشر، وجرائم العلامة التجارية، وإرسال أو السيطرة على إرسال البريد المزعج.
- الأعمال ذات الصلة بأجهزة الحاسوب الشخصية التي تسبب الضرر ومنها إنتاج أو توزيع أو حيازة المواد الإباحية عن الأطفال، والأعمال ذات الصلة بأجهزة الكمبيوتر في دعم جرائم الإرهاب والجرائم المنظمة (البداينة، ٢٠١٤م).

البند الثاني: خصائص الجرائم الرقمية

تعتبر الجرائم الرقمية شكلاً متطوراً من أشكال الجريمة الجنائية نظراً لتطور وسائل التقنية الحديثة وانتشارها على نطاق واسع، وبالتالي فهي تنفرد بخصائص تميزها عن الجريمة التقليدية، ومن أهم هذه الخصائص أنها ترتكب في بيئة الحاسب الآلي وبأحد وسائل التقنية الحديثة؛ أي أن الجريمة توجه إلى النظام المعلوماتي، ولأن الجريمة ترتكب في بيئة غير تقليدية وهي بيئة الحاسب الآلي فهي لا تخلف آثاراً مادية كتلك التي تخلفها الجريمة التقليدية، وهذا ما يجعلها توصف بأنها جريمة هادئة أي أنها ترتكب دون استخدام أية وسائل للعنف، بالإضافة إلى عدم ارتباط الجريمة بحدود دولة معينة حيث إنه يمكن وصفها بالجريمة الدولية مخترقة الحدود، وأخيراً تتخذ هذه الجرائم طبيعة خاصة من حيث تكييفها القانوني حيث إن القواعد القانونية التقليدية لم تكن مخصصة لهذا النوع من الجرائم وخاصة في مجال الإثبات الجنائي؛ كما في

(٢) وعرف نظام مكافحة الجريمة الإلكترونية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٧) بتاريخ ١٤٢٨/٣/٨هـ بناء على قرار مجلس الوزراء رقم (٧٩) بتاريخ ١٤٢٨/٣/٧هـ الجريمة الإلكترونية بأنها "أي فعل يرتكب متضمناً استخدام الحاسب الآلي أو الشبكة الإلكترونية بالمخالفة لأحكام هذا النظام".

حالة تفتيش الشبكات أو عمليات اعتراض الاتصال التي تكون على بيانات في الغالب مشفرة ولا يعرف شفرة الدخول إلا أحد العاملين على الشبكة ومن هنا تثار مسألة مدى مشروعية إجباره على فك الشفرة (هجيج، ٢٠٠٧م).

الفرع الثاني: الأدلة الرقمية

البند الأول: ماهية الدليل الرقمي وخصائصه وأنواعه

الدليل لغة هو المرشد، والجمع أدلة وأدلاء ودلائل (المعجم الوسيط، ٢٠١١م)، أما الدليل في الاصطلاح القانوني هو الوسيلة المشروعة التي يستعين بها القاضي لتمكنه من الوصول إلى الحقيقة التي ينشدها، والمقصود بالحقيقة في هذا السياق كل ما يتعلق بالوقائع المعروضة على القاضي وإعمال حكم القانون عليها (سرور، ١٩٩٦م).

ويمكن تعريف الدليل الرقمي بأنه "أية معلومات إلكترونية (رقمية) لها قوة أو قيمة ثبوتية مخزنة أو منقولة أو مستخرجة أو مأخوذة من أجهزة الحاسب أو الشبكات المعلوماتية وما في حكمها، والممكن تجميعها وتحليلها باستخدام أجهزة أو برامج أو تطبيقات تكنولوجية خاصة، ويمكن استخدامها في أي مرحلة من مراحل التحقيق أو المحاكمة لإثبات حقيقة أي فعل له علاقة بالجريمة الرقمية" (قنديل، ٢٠١٥م).

ومما سبق يتبين أن الدليل الرقمي هو ذاته الدليل الإلكتروني وقد عرفه البعض بأنه عبارة عن معلومات يقبلها العقل مأخوذة من أجهزة الحاسوب، ويأخذ ذلك الدليل شكل مجالات أو نبضات مغناطيسية أو كهربائية من الممكن تجميعها وتحليلها باستخدام برامج وتطبيقات خاصة، ويمكن تقديمها في شكل دليل يعتمده القضاء (الحلبي، ٢٠١١م)، وعرفه البعض الآخر بأنه "كل بيانات يمكن إعدادها أو تخزينها في شكل رقمي بحيث تمكن الحاسوب من إنجاز مهمة ما" (مصطفى، ٢٠١٠م)، وعلى ذلك ترتكز عملية الإثبات الجنائي للجرائم الرقمية على الدليل الرقمي باعتباره الوسيلة الوحيدة لإثبات هذا النوع من الجرائم.

وتتميز الأدلة الرقمية بعدة خصائص من أهمها أنها أدلة غير مادية وغير مرئية لأنها متعلقة بالنظام المعلوماتي في بيئة الحاسب الآلي، ولا يمكن التوصل إليها إلا من خلال الأجهزة الحاسوبية، وأيضاً يمكن استخراج نسخ من الأدلة الرقمية مطابقة للأصل ولها نفس القيمة العلمية والحجية الثبوتية، كما يمكن استرجاعها بعد محوها وإصلاحها بعد إتلافها (الحلبي، ٢٠١١م). ومن خصائص الدليل الرقمي أيضاً أنه متعلق بوسائل التقنية الحديثة سريعة التطور، وغير مرئي (الغافري، ٢٠٠٩م)، مما ينتج عنه صعوبة تتبع الدليل بالطرق التقليدية المتبعة في الجريمة التقليدية كالمشاهدة والتتبع والتسمع وغيرها.

ويوجد نوعين من الأدلة الرقمية الأول منها أدلة أعدت لتكون وسيلة إثبات، كالسجلات التي تم إنشاؤها بواسطة الآلة تلقائياً مثل سجلات الهاتف وفواتير أجهزة الحاسب الآلي والسجلات التي تم حفظ جزء منها بالإدخال وجزء تم إنشاؤه بواسطة الآلة، كالبيانات التي يتم إدخالها إلى الآلة وتتم معالجتها من خلال برنامج خاص، كإجراء العمليات الحسابية على تلك البيانات (مركز هردو لدعم التعبير الرقمي، ٢٠١٤م)، وثانيها أدلة لم تعد لتكون وسيلة إثبات، وهذا النوع من الأدلة الرقمية عبارة عن أثر يتركه الجاني دون أن يكون راغباً في وجوده، ويسمى "بالبصمة الرقمية"، وهي ما يمكن تسميته أيضاً "بالآثار المعلوماتية الرقمية"، والتي تتجسد في الآثار التي يتركها مستخدم الشبكة المعلوماتية بسبب تسجيل أو استقبال الرسائل المرسلة منه أو إليه، وكذلك كافة الاتصالات التي تمت من خلال الآلة أو شبكة المعلومات العنكبوتية، ومن الجدير بالذكر أن الوسائل التقنية الخاصة والحديثة تمكن من ضبط هذه الأدلة ولو بعد فترة زمنية من وقت نشوئها (حجازي، ٢٠٠٩م).

وأبرز الأماكن التي يحتمل وجود الدليل الرقمي فيها هي:

١- أجهز الحاسب بأنواعها المختلفة.
٢- البرمجيات.
٣- ملحقات الحاسب كالمودم والطابعات.
٤- وسائط التخزين المتحركة كالأقراص المدمجة والأقراص المرنة والأقراص الصلبة.
٥- المراشد الخاصة بالعتاد أو البرمجيات.

٦- كلمات السر أو أرقام الهاتف التي تكون مكتوبة على أوراق ملصقة بالحواسيب أو بقربها.
٧- سلة المهملات وما بها من أوراق مطبوعة ذات علاقة بالحاسب محل الفحص (عبدالرحمن، ٢٠١٥م).

البند الثاني: حجية الدليل الجنائي الرقمي في الإثبات

يخضع الدليل الإلكتروني (الدليل الرقمي) إلى طبيعة نظام الإثبات السائد في الدولة سواء كانت تتبنى مبدأ حرية الإثبات كالقانون الفرنسي؛ أو مبدأ تحديد الأدلة التي يجوز للقاضي الجنائي قبولها كالقانون الهولندي، أو مبدأ حرية الإثبات في مرحلة الفصل في مسألة الإدانة أو البراءة. أما في مرحلة تحديد العقوبة يكون مبدأ حرية الإثبات كتشريعات الدول الأنجلو سكسونية (قنديل، ٢٠١٥م).

والدليل الرقمي شأنه شأن باقي الأدلة التقليدية يخضع لنفس القواعد من حيث مدى مشروعيته واقتناع القاضي الجنائي به، ولذلك فلابد أن يكون الدليل يقينياً ويخضع لسلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة وذلك على التفصيل التالي.

أولاً: قوة الدليل الإلكتروني في الإثبات

اتجه مشرعي دول أوروبا منذ منتصف الثمانينيات لإقرار حجية الوثائق الإلكترونية ومساواتها بالوثائق الكتابية من حيث الحكم، وقد امتد هذا الرأي ليشمل الأدلة الجنائية الرقمية باعتبارها أحد أقسام الأدلة المادية العلمية بل إنها تعد أكثر منها حجية في الإثبات لأنها محكمة بقواعد علمية وحسابية لا تقبل التأويل ومعالجة بوسائل التقنية المعلوماتية[٣] (عبدالرحمن، ٢٠١٥م)، وهذا ما أدى إلى مشروعية الدليل الرقمي من حيث وجوده ضمن الأدلة الجنائية المعتبرة قانوناً.

وهناك قواعد محددة يجب أن تتبع للتأكد من سلامة الدليل الرقمي منها علم الكمبيوتر والمعلومات الفنية التي تساهم بدورها في فهم مضمون الدليل الرقمي، وكذلك الاستعانة بفكرة التحليل التناظري الرقمي التي تساهم في الكشف عن مدى مصداقية الدليل الرقمي؛ بالإضافة إلى ما يعرف بالدليل المحايد والذي يساعد في التأكد من صحة الدليل الرقمي، ولمناقشة الدليل أثناء المرافعة أيضاً دور مهم للتأكد من سلامته (سهيل، ٢٠١٨م)، وفي هذا الخصوص يجب عدم إهمال دور الخبير الفني حيث إن الخبرة وسيلة إثبات تهدف إلى الكشف عن مدى صحة الدليل ويقينيته وتقوم بدور فعال في مساعدة القضاء لتشكيل أساسٍ رصينٍ في تقدير الأدلة الرقمية.

وأيضاً من القواعد الفنية التي تساهم في تقييم الدليل الرقمي من حيث مدى سلامته ما يعرف باختبارات "داو بورت" والتي تتمثل في إخضاع الأداة المستخدمة في استخلاص الدليل لعدة تجارب تقنية للتأكد من مدى دقتها في صحة وسيلة استخلاص الدليل وتحقيق النتائج المبتغاة منه (الحلبي، ٢٠١١م).

وحتى تعتبر الأدلة الالكترونية مقبولة لابد من توافر عدة شروط أهمها أن تكون هذه الأدلة يقينية مبنية على الجزم واليقين وليس على الشك والاحتمال، وأن يتم مناقشة الدليل الرقمي أثناء المرافعة من الخصوم بعد مواجهتهم به ليتمكنوا من الرد عليه تحقيقاً لحق الدفاع؛ بالإضافة إلى أنه لابد أن يتم الحصول على الدليل الرقمي بوسيلة مشروعة بما يتفق مع القواعد القانونية الخاصة بجمع الأدلة وتحقيقها والضمانات الواجب توافرها فيها، وألا يستمد الدليل من إجراء باطل.

ثانياً: سلطة القاضي الجنائي في تقدير الدليل الرقمي

للقاضي السلطة التقديرية الكاملة في تقييم كل دليل مقدم إليه ومدى حجيته في إثبات الواقعة الإجرامية حيث يستطيع أن يأخذ به أو يطرحه جانباً، وهو ما يعرف بمبدأ الاقتناع القضائي والذي أقرته معظم التشريعات الحديثة[٤].

(٣) صدر قرار الهيئة العامة للمحكمة العليا بالمملكة العربية السعودية رقم (٣٤) بتاريخ ٢٤/ ٤/ ١٤٣٩هـ وقد نص على أن "الدليل الرقمي حجة معتبرة في الإثبات القضائي، متى سلم من العوارض، ويختلف قوة وضعفاً حسب الواقعة وملابساتها وما يحتف بها من قرائن" (غير منشور).

(٤) نص المشرع الفرنسي على مبدأ حرية القاضي في الاقتناع بالمادة (٣٤٢) من قانون التحقيقات الجنائية وتم تكريس هذا المبدأ في المواد من (٤٢٧-٥٣٦) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسية، وورد ذلك المبدأ في المادة (٢٠٢/ ١) من قانون الإجراءات الجنائية المصرية حيث نصت على أنه "يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته".

ورغم القوة الثبوتية للدليل الرقمي فإنه يثير بعض المشاكل التي من الممكن أن تؤثر على القاضي في تكوين عقيدته ومنها - كما سبق وأوضحنا جزءاً من هذه المشكلات - أنه دليل غير مرئي، وأن الأصالة في الدليل الإلكتروني لها طابع افتراضي لا يرتقي إلى مستوى الأصالة في الدليل المادي التقليدي الذي يعبر عن وضعية مادية ملموسة، وأخيراً أن الدليل الرقمي ذو طبيعة ديناميكية ويصعب تعقبه وضبطه خاصة إذا ارتكبت الجريمة أو جزء منها خارج حدود الدولة (قنديل، ٢٠١٥م).

هذا بالإضافة إلى المشكلات الإجرائية التي يثيرها التحقيق في هذا الدليل والسابق الإشارة إليها ومنها ارتفاع تكاليف الحصول عليه ونقص المعرفة التقنية لدى المحققين.

ولكي يتم التغلب على هذه المشكلات لابد للقاضي أثناء تقديره للدليل الرقمي أن يلتزم بالضوابط الخاصة بمبدأ اقتناعه القضائي في تقدير الأدلة الجنائية؛ كضرورة أن يستمد القاضي اقتناعه من أدلة لها أصل وارد في أوراق الدعوى وأن تكون طرحت عليه في الجلسة، وأن تكون هذه الأدلة مشروعة غير مستمدة من إجراءات باطلة، وألا يبني القاضي اقتناعه على القرائن والدلائل وحدها (حمو، ٢٠١٧م)؛ بالإضافة إلى أنه يجب على القاضي الجنائي أن يبني اقتناعه على اليقين وأن يكون تقديره مبنياً على أسباب معقولة (يونس، ٢٠١٤م)، أيضاً يجب أن يكون اقتناع القاضي مبنياً على أدلة متساندة؛ تكمل بعضها البعض، وتتكون عقيدة القاضي منها مجتمعة وهو ما يعرف بمبدأ "تساند الأدلة في الإثبات الجنائي"، وأن يبين الأدلة التي اعتمد عليها في تكوين عقيدته وذلك من خلال تسبيب حكمه في الدعوى الجنائية(٥)، وأخيراً يجب أن تكون قناعة القاضي بالدليل ليست مبنية على مجرد اليقين الشخصي وإنما على اليقين القضائي الذي يمكن أن يصل إليه الكافة لسلامة حجته ومنطقه.

(٥) نصت المادة (١٣٠/ ١) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي على أنه "يجب أن تحرر مسودة الحكم قبل النطق به وأن تشتمل على رقم الدعوى وتاريخها وأسبابه .....".

المبحث الثاني:
إجراءات التحقق الجنائي الرقمي

يتسع مجال إجراءات التحقيق في أي جريمة ليشمل التحقيق في أي دليل يصلح أن يثبت أو ينفي حقيقة ما في الدعوى الجنائية وذلك تطبيقاً لمبدأ حرية الإثبات، وسنقتصر في هذا المبحث على الإجراءات التي تصلح أن تكون محلاً للتحقيق الجنائي الرقمي في بيئة المعالجة الآلية للبيانات وهي المعاينة والتفتيش والشهادة والخبرة والضبط، وسنتناولها في مطلبين مستقلين.

المطلب الأول: المعاينة والتفتيش في الجرائم الرقمية

سنتناول في هذا المطلب إجراءات المعاينة والتفتيش في الجرائم الرقمية كل في فرع مستقل.

الفرع الأول: إجراءات المعاينة في الجرائم الرقمية

البند الأول: الأحكام العامة للمعاينة في الجرائم الرقمية

المعاينة هي المشاهدة والملاحظة المباشرة لمسرح الجريمة، وإثبات حالته الراهنة والآثار المادية التي خلفها ارتكاب الجريمة، والتغيرات التي طرأت على الأشخاص والأشياء الموجودة فيه، واستنتاج الحقائق منه (الكاملي، ٢٠١٥م).

وتبدو أهمية المعاينة في أنها تعتبر بمثابة الفحص المادي الدقيق للجريمة وآثارها، ومكان وقوعها أو مادتها، والأدوات التي تم استعمالها في ارتكابها، وبيان كافة الآثار والقرائن التي يستعان بها في الاستدلال على المتهم، وكذلك تبدو أهمية نتائج المعاينة في أنها تمد التحقيق بفكرة مادية محسوسة ذات إثبات مادي محقق، وهذا القدر في نتائج المعاينة لا تساويه الثبوتيات الأخرى كالأقوال والإفادات التي ترد في محاضر الدعوى وتقارير الخبراء، وهذا كله إذا ما تم إثبات المعاينة في إجراءات موثقة تمت بجدية تامة (الدرعان، ٢٠١٣م).

ومعاينة مسرح الجريمة المعلوماتية (الجريمة الرقمية) يقصد به معاينة الآثار التي يتركها مستخدم الشبكة المعلوماتية وتشمل كافة رسائله وكافة اتصالاته التي تمت من خلال الكمبيوتر والشبكة العالمية (ممدوح، ٢٠٠٩م).

ويلاحظ أن دور المعاينة في مجال كشف غموض الجرائم الرقمية أو المعلوماتية لا ترقَى إلى نفس الدرجة من الأهمية في الجرائم التقليدية وذلك لأن الجرائم التي تقع على نظم المعلومات والشبكات قلما يخلف عن ارتكابها آثاراً مادية، وأن كثيراً من الأشخاص قد يترددون على مسرح الجريمة خلال الفترة الزمنية من زمان وقوع الجريمة وحتى اكتشافها أو التحقيق فيها، وهي فترة طويلة نسبياً، الأمر الذي يعطي الفرصة للجاني أو للآخرين أن يعبثوا بالآثار المادية للجريمة إن وجدت مما يدعو للشك في قيمة هذه الأدلة المستمدة من المعاينة (حجازي، ٢٠٠٢م).

البند الثاني: كيفية إجراء المعاينة

تتم المعاينة في الجرائم الالكترونية (الجرائم الرقمية) كأي جريمة أخرى عن طريق الانتقال إلى مكان وقوع الجريمة، ولكن طبيعة الانتقال تختلف حسب طبيعة الجريمة الرقمية المرتكبة، وما إذا كانت الجريمة واقعة على المكونات المادية للأجهزة الإلكترونية كجرائم الاعتداء على الحاسب الآلي أو الأشرطة أو الأقراص الممغنطة، حيث يكون الانتقال مادياً إلى مسرح الجريمة الذي يحوي هذه المكونات لمعاينته والتحفظ على ما يعد من الأدلة؛ أما إذا كانت الجريمة واقعة على المكونات غير المادية للأجهزة الإلكترونية أو بواسطتها، كتلك الواقعة على برامج الحاسب وبياناته بواسطة الإنترنت فيكون الانتقال للمعاينة افتراضياً أو إلكترونياً، ويمكن إجراؤه بالانتقال إلى مسرح الجريمة عبر الإنترنت من مكتب المحقق بواسطة الحاسب الموضوع تحت تصرفه، أو إحدى مقرات مزود خدمات الإنترنت (جمال، ٢٠١٨م).

ويكون محل المعاينة الآثار المعلوماتية أو الرقمية المستخلصة من أجهزة الكمبيوتر حيث إنها قد تكون ثرية جداً فيما تحتويه من معلومات مثل "صفحات المواقع المختلفة Web Pages والبريد الإلكتروني E-mail، والفيديو الرقمي Video Digital، والصوت الرقمي Digital Audio، وغرف الدردشة والمحادثة Digital Logs of Synchronous Chat Sessions، والملفات المخزنة في الكمبيوتر الشخصي Files Stored on Personal Computer، والصورة المرئية Digitized Still Images، والدخول للخدمة والاتصال بالإنترنت والشبكة عن طريق مزود الخدمات Computer Logs from an Internet Service Provider (ISP)" (ممدوح، ٢٠٠٩م).

وحتى تنتج المعاينة أثرها في كشف الحقيقة في الجرائم الرقمية يجب الأخذ بعين الاعتبار عدداً من الإجراءات المهمة التي لابد أن تتبع كضرورة تصوير الحاسب والأجهزة الطرفية المتصلة به، وذلك حتى يتم تسجيل وقت وتاريخ ومكان التقاط الصورة وإثبات حالة التوصيلات والكابلات المتصلة بكل مكونات النظام، وأيضاً لابد من إخطار الفريق الذي سيتولى المعاينة قبل موعدها بوقت كاف لكي يضع الخطة المناسبة لضبط أدلة الجريمة حال معاينتها، بالإضافة إلى التأكيد من عدم نقل أي مادة معلوماتية من مسرح الجريمة قبل إجراء اختبارات للتأكد من خلو المحيط الخارجي لموقع الحاسب من أي مجال لقوى مغناطيسية يمكن أن يتسبب في محو البيانات المسجلة؛ كما يجب التحفظ على ما يكون بسلة المهملات من الأوراق الملقاة أو الممزقة وأوراق الكربون المستعملة والشرائط والأقراص الممغنطة غير السليمة، وفحصها، ورفع ما عليها من بصمات، والتحفظ على مستندات الإدخال والمخرجات الورقية للحاسب ذات الصلة بالجريمة[٦] (فرغلي، ٢٠٠٧م).

الفرع الثاني: إجراءات التفتيش في الجرائم الرقمية

البند الأول: الأحكام العامة للتفتيش في الجرائم الرقمية

يعتبر التفتيش من أهم إجراءات التحقيق التي تهدف إلى ضبط الأدلة ويعرف بأنه البحث في مستودع السر للوصول إلى أدلة وبيانات عن الجريمة (الطريسي، ٢٠١٦م)، ويمكن تعريف التفتيش أيضاً بأنه البحث عن الأشياء المتعلقة بالجريمة وكل ما يفيد في كشف حقيقتها على سند من القانون.

ويتفق التفتيش مع المعاينة في أن كلاً منهما إجراء من إجراءات التحقيق الغرض منه جمع الأدلة المادية عن الجريمة المرتكبة؛ إلا أنهما يختلفان في أن الهدف من إجراء التفتيش هو الحصول على دليل مادي؛ بينما المعاينة إجراء يهدف إلى إثبات حالة الأمكنة والأشياء والأشخاص وكافة الآثار المتعلقة

(٦) انظر أيضاً: إدارة الدراسات والبحوث، *دعاوى الجرائم الإلكترونية وأدلة إثباتها في التشريعات العربية بين الواقع والمأمول*. المركز العربي، (٢٠١١م)، ص ص ١-١٨.

بالجريمة؛ كما أن التفتيش يلزم أن يتم في حضور المتهم أو من ينوب عنه أما هذا الأمر غير مطلوب في المعاينة؛ بالإضافة إلى أن للمحقق سلطة تقديرية في القيام بالتفتيش من عدمه؛ أما المعاينة فهي إجراء إلزامي على المحقق يجب القيام به بمجرد إخطاره بالجريمة (العاقل، ٢٠٠٣م).

ويقصد بالتفتيش في الجرائم الرقمية البحث في النظم المعلوماتية محل التحقيق، وهو ما يسمى بالوعاء الإلكتروني والذي يشمل جهاز الكمبيوتر والأجهزة المتصلة به، والشبكة التي تشمل في مكوناتها مقدم الخدمة، والمزود الآلي، والمضيف، والملحقات التقنية ولذلك ينصب التفتيش على المكونات التالية:

١- مكونات مادية Hardware، وأخرى منطقية Software، أو ما يصطلح على تسميته بالقطع الصلبة والبرمجيات.
٢- شبكات اتصال بعدية Networks Telecommunication سلكية ولا سلكية محلية ودولية (مصري، ٢٠١٢م).

ويجب للتفتيش في هذا النوع من الجرائم توافر عدة شروط موضوعية وشكلية؛ أما أهم الشروط الموضوعية فهي سبق وقوع جريمة رقمية، ووجود دلائل كافية لتوجيه الاتهام ضد شخص أو أشخاص معينين بارتكاب الجريمة، بالإضافة إلى وجود محل للجريمة كأجهزة الحاسب وما تحويه من بيانات؛ أما بالنسبة للشروط الشكلية فلابد من صدور إذن مسببٍ بالتفتيش من السلطة المختصة بإصداره وتحرير محضر يشمل على كافة التفصيلات والإجراءات المتعلقة بعملية التفتيش وما أسفر عنها.

ويجب على سلطات التفتيش والضبط المحافظة على البيانات المنسوخة أو المرفوعة وذلك بالتحفظ عليها في الحالة التي تم العثور عليها لحظة الضبط وذلك عن طريق ضبط الدعائم الأصلية للبيانات وعدم الاقتصار على ضبط نسخها، ومراعاة ظروف الحرارة والرطوبة المناسبة لتخزين الأحراز المعلوماتية وتأمين نقلها وحملها؛ بالإضافة إلى تأمين البرامج المضبوطة قبل تشغيلها بعمل نسخ سليمة وكاملة منها مع ضرورة الالتزام بالتسلسل الإجرائي للضبط (عبدالرحمن، ٢٠١٥م).

وقد نصت المادة (٢٣/ ١) من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات على أن "تلتزم كل دولة طرف بتبني الإجراءات الضرورية لتمكين السلطات المختصة من إصدار الأمر أو الحصول على الحفظ العاجل للمعلومات المخزنة بما في ذلك معلومات تتبع المستخدمين والتي خزنت على تقنية معلومات وخصوصاً إذا كان هناك اعتقاد أن تلك المعلومات عرضة للفقدان أو التعديل".

البند الثاني: كيفية إجراء التفتيش

قد يقع إجراء التفتيش في الجرائم الرقمية على الحاسب الآلي أو المكونات المادية والمعنوية الخاصة به أو على أجهزة الحاسب الآلي المتصلة مع بعضها البعض والتي تقع في أماكن متفرقة داخل وخارج الدولة.

أولاً: تفتيش الحاسب الآلي

يمكن أن يتم تفتيش الحاسب الآلي بعدة طرق أهمها:

١- تفتيش الحاسب الآلي وطبع نسخة ورقية من ملفات معينة في ذات الوقت.
٢- تفتيش الحاسب الآلي وعمل نسخة إلكترونية من ملفات معينة في ذات الوقت.
٣- عمل نسخة إلكترونية طبق الأصل من جهاز التخزين بالكامل في الموقع، وبعد ذلك يتم إعادة عمل نسخة تعمل من جهاز التخزين خارج الموقع للمراجعة.
٤- ضبط الجهاز وإزالة ملحقاته ومراجعة محتوياته خارج الموقع.
٥- مراعاة دور القطع الصلبة الخاصة بالحاسوب في ارتكاب الجريمة (الغافري، ٢٠٠٩م).

ثانياً: تفتيش المكونات المادية والمعنوية للحاسب الآلي

قد يكون التفتيش على مكونات الحاسب المادية مثل Hardware أو المعنوية (البرمجية) مثل Software أو على شبكات اتصال Network Telecommunications سلكية ولاسلكية محلية ودولية.

وإذا كان التفتيش على المكونات المادية للحاسب الآلي فإنها تخضع للتفتيش والضبط وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية حسب التشريعات المختلفة؛ فإذا كان الحاسب موجوداً في مكان خاص كمسكن المتهم أو أحد ملحقاته فلا يجوز تفتيشها إلا في الحالات التي يجوز فيها تفتيش المسكن وبالضمانات

المقررة قانوناً؛ أما بالنسبة للأماكن العامة فإذا وجد شخص وهو يحمل مكونات الحاسب المادية أو كان حائزاً لها أو مسيطراً عليها فإن تفتيشها لا يكون إلا في الحالات التي يجوز فيها تفتيش الأشخاص وبذات الضمانات القانونية اللازمة لهذا الأمر؛ أما إذا كان التفتيش على مكونات الحاسب المعنوية فإن البيانات والمعلومات المخزنة في الحاسب الآلي تصلح أن تكون محلاً للتفتيش، ويمكن ضبطها واستنساخها على الورق أو على الأقراص أو على أي دعامة أخرى كالفلاش ميموري Flash Memory؛ بحيث يمكن الاستناد إليها كدليل على ارتكاب المتهم للجريمة (العبيدي، ٢٠١٣م).

ثالثاً: تفتيش أجهزة الحاسب الآلي المتصلة مع بعضها البعض والتي تقع في أماكن متفرقة داخل وخارج الدولة

١- اتصال حاسب المتهم بحاسب آخر أو نهاية طرفية موجودة في مكان آخر داخل الدولة

يرى الفقه الألماني إمكانية امتداد التفتيش إلى سجلات البيانات التي تكون في موقع آخر استناداً إلى مقتضيات القسم (١٠٣) من قانون الإجراءات الجزائية الألماني، كما نصت المادة (٨٨) من قانون تحقيق الجنايات البلجيكي على أنه "إذا أمر قاضي التحقيق بالتفتيش في نظام معلوماتي، أو في جزء منه فإن هذا البحث ممكن أن يمتد إلى نظام معلوماتي آخر يوجد في مكان آخر غير مكان البحث الأصلي ويتم هذا الامتداد وفقاً لضابطين، أولاً: إذا كان ضرورياً لكشف الحقيقة بشأن الجريمة محل البحث، وثانياً: إذا وجدت مخاطر تتعلق بضياع بعض الأدلة نظراً لسهولة عملية محو أو إتلاف أو نقل البيانات محل البحث، وبالتالي فإن التفتيش في هذه الحالة لابد أن يخضع للقيود والضمانات التي يوجبها النظام الإجرائي لتفتيش الأمكنة" (الغافري، ٢٠٠٩م).

٢- اتصال حاسب المتهم بحاسب آخر أو نهاية طرفية موجودة خارج إقليم الدولة

المادة (٢٥/أ) من قانون الحاسوب الهولندي استثنت هذه الحالة، فيمكن الحصول على الأدلة حتى لو كانت في إقليم دولة أخرى بواسطة الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتعاون الأمني والقضائي والخاصة بالتفتيش وضبط الأدلة (الطوالبة، ٢٠٠٩م)، وقد أكدت ذلك المادة (٣٢) من الاتفاقية الأوروبية بشأن الجرائم المعلوماتية والتي أعدها المجلس الأوروبي وتم التوقيع عليها في بودابست عام ٢٠٠١م حيث نصت (مجلس أوروبا، ٢٠٠١م) على أنه "يجوز للدولة الطرف في الاتفاقية وبدون تفويض من دولة أخرى طرف في بالاتفاقية وبدون تفويض من دولة أخرى طرف في الاتفاقية: (أ) الدخول علناً وبشكل متاح على بيانات الكمبيوتر المخزنة بغض النظر عن مكان تواجد البيانات جغرافياً. (ب) الدخول على أو تلقي عن طريق منظومة كمبيوتر بأراضيها بيانات الكمبيوتر المخزنة الموجودة بدولة أخرى طرفاً بالاتفاقية وذلك حالة حصول الدولة الطرف على الموافقة القانونية والطواعية من الشخص الذي له حق التفويض قانوناً في الكشف عن البيانات للدولة الطرف بالاتفاقية من خلال منظومة الكمبيوتر هذه".

٣- المراقبة الإلكترونية لشبكات الحاسب الآلي

يرى جانب من الفقه أن المراقبة الإلكترونية لشبكات الحاسب الآلي والتنصت على الشبكات الدولية والمراقبة الهاتفية واعتراض اتصالات عبر شبكات تبادل المعلومات مسموح به في جميع الدول تقريباً حماية لأمن هذه الدول، ويؤكد ذلك أن القضاء في هولندا قد أمر بالتنصت على شبكات اتصالات الحاسوب إذا كانت هناك جرائم خطيرة متورطاً فيها المتهم وتشمل هذه الشبكة التلكس والفاكس ونقل البيانات، وفي الولايات المتحدة الأمريكية يجوز اعتراض الاتصالات الإلكترونية بما فيها شبكات الحاسوب بشرط الحصول على إذن تفتيش صادر من القاضي (الحلبي، ٢٠١١م)، وفي جنوب أفريقيا يمكن مشروع تعديل قوانين الاستخبارات العامة من فرض المراقبة على الاتصالات الأجنبية خارج جنوب أفريقيا أو التي تمر عبر أراضيها، وفي ديسمبر ٢٠١٢م اعتمدت الجمعية الوطنية في باكستان القانون المتعلق بالمحاكمة العادلة لعام ٢٠١٢م الذي ينص في الفقرة (٣١) منه على تنفيذ أوامر المراقبة في ولايات قضائية أجنبية،

وفي عام ٢٠١٢م أيضاً أنشأ المعهد الأوروبي لمعايير الاتصالات السلكية واللاسلكية مشروع معايير يمكّن الحكومات الأوروبية من اعتراض الخدمات السحابية(٧).

المطلب الثاني: الشهادة والخبرة والضبط في الجرائم الرقمية

سنتناول في هذا المطلب إجراءات الخبرة والشهادة والضبط في الجرائم الرقمية في فرعين مستقلين باعتبارها من إجراءات التحقيق الهامة في الجرائم الرقمية.

الفرع الأول: إجراءات الشهادة والخبرة في الجرائم الرقمية

البند الأول: الشهادة في الجرائم الرقمية

الشهادة هي أحد إجراءات التحقيق وتتضمن الإدلاء بمعلومات أدركها الشاهد بإحدى حواسه أو بأكثر من حاسة وذلك أمام سلطات التحقيق وفق الضوابط التي نص عليها القانون؛ فالشهادة هي إخبار عن إدراك الشاهد لواقعة ما عبر حاسة من حواسه (الطريسي، ٢٠١٦م)، ويجب أخذ إفادة الشهود فور وقوع الجريمة حيث يعد ذلك أمراً بالغ الأهمية لأن الشهادة تنصب على وقائع مادية تقع فجأة دون أن يترتب إثباتها بالكتابة، ولا يدخلها أي من التعديل أو التغيير (الدرعان، ٢٠١٣م).

وتعد الشهادة من أقدم وأبرز وسائل الإثبات والحصول على الأدلة الجنائية سواء في مرحلة التحقيق أو المحاكمة.

وتخول القوانين الإجرائية المختلفة سلطة تقديرية واسعة للمحقق في سماع من يرى لزوم سماعهم من الشهود حتى ولو بناء على طلب الخصوم؛ فللمحقق أن يرفض سماع أحد الشهود سواء طلب الخصوم سماعه أو حضر من تلقاء نفسه، وكذلك سماع من يرغب فالهدف من ذلك تمكينه من تحديد الشهود الذين يرجح أن تكون لشهادتهم قيمة في كشف الحقيقة وذلك عن الوقائع التي تؤدي إلى ثبوت الجريمة وإسنادها إلى المتهم أو نفيها عنه (تاج الدين، ٢٠١٤م).

ويرى جانب من الفقه يرجحه الباحث من جانبه أن الشهادة في مجال الجريمة المعلوماتية (الجريمة الرقمية) لا تختلف من حيث ماهيتها عن الجريمة التقليدية (العدواني، ٢٠١٥م).

وقد يكون الشاهد المعلوماتي في الجريمة الرقمية – في رأي جانب من الفقه – هو الفني صاحب الخبرة والتخصص في مجال تقنية المعلومات والحاسب الآلي وشبكات الاتصال الرقمية الذي تكون لديه معلومات جوهرية لازمة للولوج إلى نظام المعالجة الآلية للبيانات في حال ما إذا كانت مصلحة التحقيق تقتضي التنقيب عن أدلة الجريمة داخله (أحمد، ٢٠٠٦م).

والشاهد المعلوماتي قد يكون واحداً من عدة طوائف هم:

١- مشغلو الحاسب الآلي: وهم الخبراء الذين تكون لهم الدراية التامة بتشغيل جهاز الحاسب الآلي والمعدات المتصلة به وتكون لديهم معلومات عن قواعد كتابة البرامج.

٢- المحللون: والمحلل هو الشخص الذي يحلل الخطوات ويقوم بتجميع بيانات نظام معين وتقسيمها إلى وحدات منفصلة واستنتاج العلاقات الوظيفية منها، وكذلك تتبع البيانات داخل النظام عن طريق ما يسمى بمخطط تدفق البيانات، واستنتاج الأماكن التي يمكن ميكنتها بواسطة الحاسب.

٣- المبرمجون: وهم الأشخاص المتخصصون في كتابة أوامر البرامج ويمكن تقسيمهم إلى فئتين:

- الفئة الأولى: هم مخططو برامج التطبيقات ويقومون بالحصول على خصائص ومواصفات النظام المطلوب من محلل النظم ثم يقومون بتحويلها إلى برامج دقيقة لتحقيق هذه المواصفات.
- الفئة الثانية: هم مخططو برامج النظم ويقومون باختبار وتعديل وتصحيح برامج نظام الحاسب الداخلية وإدخال أية تعديلات أو إضافات لها.

(٧) فرانك لا رو، تقرير المقرر الخاص المعني بتعزيز وحماية الحق في حرية الرأي والتعبير. مجلس حقوق الإنسان، الدورة الثالثة والعشرون، البند (٣) من جدول الأعمال، تعزيز وحماية جميع حقوق الإنسان المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية بما في ذلك الحق في التنمية. متاح على الرابط الإلكتروني:
https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y

٤- مهندسو الصيانة والاتصالات: وهم المسؤولون عن أعمال الصيانة الخاصة بتقنيات الحاسب الآلي بمكوناته وشبكات الاتصال المتعلقة به.

٥- مديرو النظم: وهم الذين يتولون أعمال الإدارة في النظم المعلوماتية (آل ثنيان، ٢٠١٢م).

ويقع على عاتق الشاهد عدة التزامات كأهمية الحضور أمام المحقق للإدلاء بالشهادة في المكان والوقت المحددين للاستماع إلى شهادته، ويكون ذلك بناء على إعلانه بالحضور بواسطة السلطة المختصة بذلك، ويجب عليه أيضاً الالتزام بحلف اليمين قبل أداء الشهادة بالإضافة إلى قول الحقيقة والالتزام بتقديم كافة المعلومات اللازمة للولوج إلى نظام الحاسوب والتعاون مع سلطة التحقيق في هذا المجال.

وأثير تساؤل حول مدى إمكانية التزام الشاهد المعلوماتي بطبع الملفات والإفصاح عن كلمات المرور والشفرات حيث يرى جانب من الفقه الألماني أنه ليس من واجب الشاهد أن يقوم بذلك لأن الالتزام بالإدلاء بالشهادة لا يتضمن هذا الواجب؛ كما يعتبر هذا البحث من اختصاص الخبير القضائي، وتبنت كل من ألمانيا وتركيا هذا الاتجاه؛ بينما يرى جانب آخر من الفقه الفرنسي أن من بين الالتزامات التي يتحمل بها الشاهد المعلوماتي طبع الملفات والإفصاح عن كلمات المرور والشفرات لأن القواعد العامة في مجال الإجراءات تحتفظ بذات سلطاتها في مجال الإجراءات المعلوماتية (مصطفى، ٢٠١٠م)، ويرى الباحث من جانبه أنه يجب على الشاهد أن يمد جهات التحقيق بكل ما لديه من معلومات جوهرية ولازمة للولوج إلى نظام معالجة البيانات بالحاسب الآلي للتمكن من إثبات أو نفي الجريمة الرقمية.

إجراءات سماع الشهادة أمام المحقق

يوجد عدد من الإجراءات المهمة التي تحكم سماع المحقق للشهادة كضرورة تدوين بيانات الشاهد في محضر التحقيق، وكذلك بيانات المحقق والكاتب، أيضاً لابد من التزام المحقق بعدم التأثير على الشاهد أثناء إدلائه بشهادته، ومناقشته في مضمون الشهادة وتدوين أقوال الشاهد في محضر التحقيق ثم التوقيع على المحضر منه ومن المحقق والكاتب، وللمحقق أن يستمع لكل شاهد على انفراد وله أن يواجه بالشهود الأخرى والخصوم أو بكليهما، ويتم توجيه الأسئلة من المحقق إلى الشاهد حتى لو كانت من أحد الخصوم إلا أنه يجوز أن توجه الأسئلة من الخصوم مباشرة إلى الشاهد بعد إذن المحقق.

البند الثاني: الخبرة في الجرائم الرقمية

الخبرة هي وسيلة يقررها المشرع لمساعدة القاضي في تقدير المسائل التي يحتاج إثباتها إلى معرفة خاصة علمية أو فنية من خلال إبداء رأي فني من شخص مختص فنياً في الدعوى الجنائية، وقد ازدادت الخبرة في الوقت الحاضر نظراً لتقدم العلوم التي تشمل دراستها الوقائع التي تتصل بوقوع الجريمة (حمد، ٢٠١١م)، ويزداد هذا الأمر أهمية في نطاق الجرائم الرقمية التي تعتمد على التطور المستمر في آليات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في هذا العصر الرقمي والذي أفرز العديد من الأنشطة المستحدثة التي تتم باستخدام الوسائل الإلكترونية، التي قوامها نظم وبرمجيات الحاسب الآلي، والشبكات الحاسوبية وشبكات الاتصالات العالمية (الإنترنت).

وتجيز كافة الأنظمة لأعضاء سلطتي الاستدلال والتحقيق ندب الخبراء للإفادة بمعلوماتهم في المسائل الفنية المتعلقة بالدعوى الجنائية، والخبير في إفادته بمعلوماته الفنية يأخذ حكم الشاهد إلا أنه يختلف عنه من حيث الوقائع التي يشهد بها، فالشاهد يدلي بالمعلومات التي أدركها بأحد حواسه عن الواقعة الإجرامية؛ أما الخبير فشهادته فنية يحكمها تخصصها العلمي الدقيق (تاج الدين، ٢٠١٤م)، وهذا ما يؤيده الباحث من جانبه.

وللخبير التقني في سبيل تحري الحقيقة في الجريمة الرقمية أن يقوم بكل ما يمكنه التوصل إليه من معلومات تفيد في كشف الحقيقة كالقيام بتجميع وتحصيل المواقع التي تشكل جريمة في ذاتها، القيام بتجميع وتحصيل الوقائع التي لا تشكل جريمة في ذاتها وإنما تؤدي حال تتبع موضوعها إلى قيام الأفراد بارتكاب الجرائم (الغافري، ٢٠٠٩م).

ومن أهم واجبات الخبير التقني حلف اليمين، وأدائه لمهمته بنفسه في حدود القانون، واستجابته للطلبات التي

يوجهها الأطراف أثناء مباشرة مهمته في الدعوى؛ ثم تقديم التقرير الفني خلال المدة المحددة قانوناً لذلك.

وأما عن مدى حجية تقرير الخبير، فالخبرة شأنها شأن باقي أدلة الإثبات تخضع حجيتها لتقدير القاضي ومدى تأثير أعمال الخبرة في الاقتناع الذاتي للقاضي، ولذلك محكمة الموضوع لها كامل السلطة في تقدير القوة الدليلية لعناصر الدعوى المطروحة على بساط البحث، وهي الخبير الأعلى في كل ما تستطيع هي أن تفصل فيه بنفسها ما دامت المسألة المطروحة ليست من المسائل الفنية البحتة التي لا تستطيع المحكمة بنفسها أن تشق طريقها لإبداء الرأي فيها (فرغلي، ٢٠٠٠م).

الفرع الثاني: ضبط الأدلة في الجرائم الرقمية

البند الأول: الأحكام العامة للضبط في الجرائم الرقمية

يحقق الضبط الغاية من التفتيش وهذه الغاية هي التي تمثل مشروعية التفتيش، وضبط الأشياء يعني التحفظ عليها ووضعها تحت يد المحقق ليقرر ما يراه في شأنها وفقاً لما تقتضي به مجريات التحقيق في جريمة وقعت بالفعل نظراً لأن هذه الأشياء ذات ارتباط بالجريمة وتفيد في كشف الحقيقة(٨) (شريف، ٢٠١٦م).

ويختلف الضبط في الجريمة الإلكترونية (الجريمة الرقمية) عن الضبط في غير ذلك من الجرائم من حيث المحل؛ فالأول قد يرد على أشياء ذات طبيعة معنوية كالبيانات، والمراسلات والاتصالات الإلكترونية؛ أما الثاني فيرد على أشياء مادية سواء كانت منقولات أو عقارات (قنديل، ٢٠١٥م).

ويعتبر من أدوات الضبط الوسائل المادية التي تساعد في ضبط الجريمة الرقمية كبرامج الحماية، وأدوات المراجعة، وأدوات مراقبة المستخدمين للشبكة، وبرامج التنصت على الشبكة، ومراجعة قاعدة البيانات وبرامج النسخ الاحتياطي للأقراص الصلبة.

وكذلك من الوسائل والبرمجيات التي تساعد على الضبط في الجريمة الرقمية ما يلي:

١- البريد الإلكتروني وبرامج المحادثة.
٢- البروكسي Proxy.
٣- برامج التتبع.
٤- نظام كشف الاختراق IDS.

البند الثاني: محل الضبط

قد يكون محل الضبط في الجريمة الرقمية الأدلة المادية أو الأدلة المعنوية على التفصيل التالي.

أولاً: الأدلة المادية

ويتمثل معظمها فيما يلي:

١- الأوراق وتشمل الأوراق التحضيرية كالمسودات التي تكون بخط اليد، والأوراق التالفة التي تم إلقاؤها في سلة المهملات بعد طباعتها، والأوراق الأصلية التي تم طباعتها والاحتفاظ بها كمرجع، وكذلك الأوراق الأساسية والقانونية المحفوظة في الملفات العادية أو دفاتر الحسابات والتي لها علاقة بالجريمة.
٢- أجهزة الحاسب الآلي وملحقاتها كالمودم Modem ولوحة المفاتيح Keyboard ووحدة المعالجة المركزية CPU والسماعات Speakers والماوس Mouse والشاشة Monitor والسيرفر Server والطابعة Printer.
٣- أقراص الليزر حتى ولو لم يكن معها أجهزة الحاسب الآلي متى كانت محتوياتها عنصراً من عناصر الجريمة.
٤- البطاقات الممغنطة وبطاقات الائتمان القديمة والمواد البلاستيكية المستعملة في إعداد تلك البطاقات.
٥- الشرائط الممغنطة Magnetic Tapes.
٦- لوحة الدوائر Circuit Boards and Components (الفيل، ٢٠١٥م).

---

(٨) وحددت المادة (٨٠) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي الأشياء التي يمكن ضبطها بقولها: "..... وللمحقق أن يفتش أي مكان ويضبط كل ما يحتمل أنه استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها، وكل ما يفيد في كشف الحقيقة بما في ذلك الأوراق والأسلحة ....."، كما نصت المادة (٥٥) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه "لمأمور الضبط القضائي أن يضبط الأوراق والأسلحة والآلات وكل ما يحتمل أن يكون قد استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عن ارتكابها أو ما وقعت عليه الجريمة وكل ما يفيد في كشف الحقيقة ....."

ثانياً: الأدلة المعنوية

تتمثل الأدلة المعنوية في البيانات الرقمية، ولقد أثار ضبط هذا النوع من الأدلة خلافاً فقهياً بين فقهاء القانون الجنائي وانقسم الفقه إلى رأيين:

- الرأي الأول: يذهب مؤيدو هذا الرأي ومعظمهم من الفقهاء الألمان إلى أنه لا يمكن ضبط البيانات المعلوماتية (الرقمية) ووضع اليد عليها لأنها ليس لها مظهر خارجي مادي محسوس كالأشياء المادية، ولذلك لا يمكن ضبطها إلا إذا تم تفريغها في كيان مادي محسوس مثل طبع هذه البيانات على الورق أو خزنها على دعامة مادية كالأقراص المغناطيسية أو تصوير البيانات على الشاشة أو أي واسطة تخزين أخرى.
- الرأي الثاني: يرى أنصار هذا الرأي ومنهم جانب آخر من الفقه الألماني أنه لا يوجد ما يمنع من ضبط البيانات المعلوماتية (الرقمية) حيث إن المادة (٢٥١) من قانون الإجراءات الجنائية اليوناني تعطي الإمكانية لسلطات التحقيق بالقيام بأي شيء يكون لازماً وضرورياً لجمع وحماية الدليل (حسين، ٢٠١١م).

ويؤيد الباحث من جانبه الاتجاه الأول حيث إنه لا يمكن ضبط البيانات الرقمية إلا إذا تم تفريغها في شيء مادي ملموس كالديسكات مثلاً أو الأسطوانات الممغنطة، ويجب أن يقوم بهذا الإجراء الخبير المعلوماتي[٩].

وقد دعا هذا الخلاف المشرع الجنائي في بعض الدول إلى تطوير النصوص التشريعية المتعلقة بمحل التفتيش والضبط ليشمل فضلاً عن الأشياء المادية البيانات المعالجة إلكترونياً كقانون تحقيق الجنايات البلجيكي في المادة (٣٩) المدخلة في التقنين بمقتضى القانون الصادر في ٢٣/ ١١/ ٢٠٠٠م والتي بمقتضاها يشمل الحجز الأشياء المادية وكذلك البيانات المعالجة إلكترونياً (الفيل، ٢٠١٥م).

(٩) حدد نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي الجهة التي تقوم بمساعدة جهات التحقيق في ضبط الأدلة الرقمية بهيئة الاتصالات وتقنية المعلومات حيث نصت المادة (١٤) من هذا النظام على أنه "تتولى هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات وفقاً لاختصاصها تقديم الدعم والمساندة الفنية للجهات الأمنية المختصة خلال مراحل ضبط هذه الجرائم والتحقيق فيها وأثناء المحاكمة".

الخاتمة

لقد حاول الباحث من خلال هذا البحث أن يوضح الآليات التي يقوم عليها التحقيق الجنائي في مجال الجرائم الرقمية أو المعلوماتية التي ترتكب في بيئة الحاسب الآلي وعبر الشبكات المعلوماتية، حيث إن التحقيق بالطرق التقليدية لن يجدي أثره بالنسبة لهذا النوع المستحدث من الجرائم بصورها المختلفة، وقد تناول الباحث في هذا البحث مقدمة حول التحقيق الجنائي الرقمي اشتملت على ماهية وخصائص هذا التحقيق ثم محل التحقيق الجنائي الرقمي فيما يتعلق بالجريمة الرقمية والأدلة الرقمية وذلك في مبحث أول؛ ثم تناول الباحث في مبحث ثاني أهم إجراءات التحقيق الجنائي الرقمي التي تثير بعض الصعوبات وهي المعاينة والتفتيش والشهادة والخبرة والضبط، ولقد توصل الباحث في هذا البحث إلى العديد من النتائج والتوصيات أهمها ما يلي.

أولاً: النتائج

١- خطورة الجرائم الرقمية وصعوبة إثباتها وسهولة إتلاف أدلتها لأنها لا تخلف آثاراً مادية.
٢- الدليل الجنائي الرقمي يحتاج إلى خبرات تقنية عالية ومتميزة في مجال الحاسب الآلي وتقنية المعلومات وشبكات الاتصال لإمكانية استخلاصه بطريقة تزيل الشك عنه وتؤكد قوته الثبوتية.
٣- عدم إلمام بعض المحققين بالإجراءات الفنية الواجب اتباعها عند التعامل مع أجهزة الحاسوب بمسرح الجريمة، وكيفية التعامل مع الأدلة الرقمية.
٤- ندرة الخبراء الفنيين الجنائيين في مجال تكنولوجيا المعلومات.
٥- إن الجريمة الرقمية بكافة صورها لها خصوصيتها وطبيعتها المختلفة عن الجريمة التقليدية وتفترض بذل جهود إضافية لتحقيقها والتعامل مع أدلتها.

ثانياً: التوصيات

١- ضرورة تعرف جهات التحقيق على أحدث التقنيات في مجال تكنولوجيا المعلومات والتدرب عليها وإجادة

استخدامها حتى يمكن الكشف عن هذه الجرائم وملاحقة مرتكبيها ومعرفة الأساليب الفنية التي تستخدم لارتكاب هذه الجرائم.

٢- ضرورة التعاون الدولي الإجرائي بين جهات التحقيق المختلفة وذلك في مجال التدريب وتبادل الخبرات ونقل المعلومات وتحقيق قاعدة ازدواجية التجريم أي أن تكون الجريمة معاقباً عليها في كل من قانون دولة الجاني والمجني عليه.

٣- إنشاء قضاء إلكتروني متخصص لنظر قضايا الجرائم الرقمية ويراعى فيها التطور التكنولوجي في عالم الجريمة الرقمية.

٤- تخصيص دائرة مستقلة في النيابات العامة للتحقيق في الجرائم الرقمية.

٥- توفير تجهيزات ضرورية للحصول على الدليل الرقمي كالأجهزة المختصة بتسجيل حركة البيانات في الشبكات، وأجهزة وبرامج إدارة ومراقبة الشبكات.

٦- تدريس مقررات في كلية الحقوق تتناول مفردات وآليات التحقيق الجنائي الرقمي.

٧- رصد وتتبع المواقع المشتبه فيها على الشبكة المعلوماتية.

٨- استخدام الحاسب الآلي في استخراج صحيفة الحالة الجنائية وحفظ صور البصمات آلياً حتى يسهل الكشف عن شخصية مرتكب الجريمة.

٩- إنشاء قاعدة معلوماتية جنائية متطورة تربط بين كافة حدود الدولة.

١٠- إنشاء معامل جنائية إلكترونية لفحص الأوراق والمستندات المتحصلة من الجريمة.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب والأبحاث العربية

أحمد، هلالي عبدالله (٢٠٠٦م). *التزام الشاهد بالإعلام في الجريمة المعلوماتية (دراسة مقارنة)*. القاهرة: دار النهضة العربية.

إدارة الدراسات والبحوث (٢٠١١م). دعاوى الجرائم الإلكترونية وأدلة إثباتها في التشريعات العربية بين الواقع والمأمول. *المركز العربي*، ص ص ١-١٨.

آل ثنيان، ثنيان ناصر (٢٠١٢م). *إثبات الجريمة الإلكترونية دراسة تأصيلية تطبيقية*. رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، تخصص السياسة الجنائية، ص ٩٣.

البداينة، ذياب موسى (٢-٤ سبتمبر ٢٠١٤م). *الجرائم الإلكترونية: المفهوم والأسباب*. ورقة علمية مقدمة في الملتقى العلمي للجرائم المستحدثة في ظل المتغيرات والتحولات الإقليمية والدولية، كلية العلوم الاستراتيجية، عمان، الأردن، ص ٨.

البشري، محمد الأمين (١-٣ مايو ٢٠٠٠م). *التحقيق في جرائم الحاسب الآلي*. بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص ١٠٧٣.

البوسعيدي، هلال بن محمد بن حارب (٢٠٠٩م). *الحماية القانونية والتقنية لقواعد المعلومات المحوسبة (دراسة قانونية وفنية مقارنة)*. القاهرة: دار النهضة العربية.

تاج الدين، مدني (٢٠٠٤م). *أصول التحقيق الجنائي وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية: دراسة مقارنة*. منشورات الجوهر.

جمال، براهيمي (٢٠١٨م). *التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية*. أطروحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، ص ص ٥٧-٥٨.

حجازي، عبدالفتاح بيومي (٢٠٠٢م). *الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت*. القاهرة: دار الكتب القانونية.

حجازي، عبدالفتاح بيومي (٢٠٠٩م). *الدليل الرقمي في جرائم الكمبيوتر والإنترنت*. القاهرة: دار بهجت للطباعة والنشر.

حسني، محمود نجيب (١٩٩٨م). *شرح قانون الإجراءات الجنائية*. ط٣، القاهرة: دار النهضة العربية.

حسني، محمود نجيب (٢٠١٣م). *شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية*. ج١، القاهرة: دار النهضة العربية.

حسين، سامي جلال فقي (٢٠١١م). *التفتيش في الجرائم المعلوماتية (دراسة تحليلية)*. مصر: دار الكتب القانونية.

الحلبي، خالد عياد (٢٠١١م). *إجراءات التحري والتحقيق في جرائم الحاسوب والإنترنت*. دار الثقافة للنشر والتوزيع.

حمد، أيمن فاروق عبدالمعبود (٢٠١١م). *الإثبات الجنائي في القانون المقارن والفقه الإسلامي وتطبيقاته في النظام السعودي: دراسة مقارنة*. ط١.

حمو، نضال ياسين الحاج (٢٠١٧م). مبدأ اقتناع القاضي الجنائي (دراسة تحليلية في ضوء التشريع البحريني والمقارن). *مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية*، جامعة كركوك، مج(٦)، ع(٢٢)، ص ٥١٤.

الخفاجي، علي حمزة عسل (٢٠١٥م). التحقيق الابتدائي. *مجلة العلوم الإنسانية*، كلية التربية للعلوم الإنسانية، جامعة كربلاء، مج(٣٣)، ع(١)، ص ٤١٩.

الدرعان، عبدالله بن عبدالعزيز (٢٠١٣م). *المبسوط في قواعد الإجراءات الجزائية مع مقدمة في القضاء*. ط١، الرياض: مكتبة التوبة.

السرحاني، محمد بن نصير محمد (٢٠٠٤م). *مهارات التحقيق الفني في جرائم الحاسوب والإنترنت*. رسالة ماجستير، قسم العلوم الشرطية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص ص ٢٠-٧١.

سرور، أحمد فتحي (١٩٩٦م). *الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية*. ط٧، القاهرة: دار النهضة العربية.

سلامة، مأمون محمد (١٩٧٧م). *الإجراءات الجنائية في التشريع المصري*. القاهرة: دار الفكر العربي.

سهيل، بن قدوم وأمال، بهنوس (٢٠١٨م). *الدليل الرقمي في الإثبات الجنائي*. رسالة ماجستير، جامعة عبدالرحمن نيرة بجاية، ص ٨٠.

شريف، السيد محمد (٢٠١٦م). *الوجيز في نظام الإجراءات الجزائية السعودي*. ط١، مكتبة دار النشر العربي.

صالح، ابن منصور وأنيسة، كوش (٢٠١٥م). *السلوك الإجرامي للمجرم المعلوماتي*. رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة عبدالرحمن نيرة بجاية، ص ص ٣٦-٣٩.

الطريسي، فهد نايف محمد (٢٠١٦م). *الإجراءات الجزائية في المملكة العربية السعودية*. ط١، الرياض: دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع.

الطوالبة، علي حسن (٢٠٠٩م). مشروعية الدليل الإلكتروني المستمد من التفتيش الجنائي (دراسة مقارنة). *مركز الإعلام الأمني*، ص ١١.

العاقل، إلهام محمد حسن (٢٠٠٣م). *التفتيش في قانون الإجراءات الجزائية اليمني (دراسة مقارنة)*. ط١.

عبدالله، أيمن (٢٠١٥م). *الجرائم المعلوماتية: دراسة مقارنة في التشريعات العربية والأجنبية*. الرياض: مكتبة القانون والاقتصاد للنشر والتوزيع.

عبدالرحمن، محمد جلال (٢٠١٥م). *الجرائم الإلكترونية في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)*. الرياض: مكتبة القانون والاقتصاد للنشر والتوزيع.

العبيدي، أسامة بن غانم (٢٠١٣م). التفتيش عن الدليل في الجرائم المعلوماتية. *المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب*، مج(٢٩)، ع(٥٨)، ص ٨٩.

العدواني، محمد نافع فالح رشدان (٢٠١٥م). *حجية الدليل الإلكتروني كوسيلة من وسائل الإثبات في المسائل الجزائية (دراسة مقارنة بين القانون الكويتي والأردني)*. رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، القانون العام، ص ٨٢.

العريان، محمد علي (٢٠٠٤م). *الجرائم المعلوماتية*. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.

الغافري، حسين بن سعد (٢٠٠٩م). *السياسة الجنائية في مواجهة جرائم الإنترنت (دراسة مقارنة)*. القاهرة: دار النهضة العربية.

فرغلي، خبير عبدالناصر محمد محمود والمسماري، محمد عبيد سيف سعيد (١٢-١٤ نوفمبر ٢٠٠٧م). *الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية من الناحيتين القانونية والفنية (دراسة مقارنة)*. المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ص ص ١-١٨.

الفيل، علي عدنان (٢٠١٥م). *إجراءات التحري وجمع الأدلة والتحقيق الابتدائي في الجريمة المعلوماتية (دراسة مقارنة)*. الموصل: المكتب الجامعي الحديث.

القحطاني، عبدالله بن حسين آل حجراف (٢٠١٤م). *تطوير مهارات التحقيق الجنائي في مواجهة الجرائم المعلوماتية*. رسالة ماجستير، قسم العلوم الشرطية، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية بالرياض، ص ١٢.

قنديل، أشرف عبدالقادر (٢٠١٥م). *الإثبات الجنائي في الجريمة الإلكترونية*. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.

الكاملي، محمد بن علي (٢٠١٥م). *إشكالات في إجراءات التحقيق الجنائي (دراسة تطبيقية)*. ط١، الرياض: مكتبة القانون والاقتصاد.

محمد، عوض (١٩٩٠م). *قانون الإجراءات الجنائية*. ج١، الإسكندرية: دار المطبوعات الجنائية.

مصري، عبدالصبور عبدالقوي علي (٢٠١٢م). *المحكمة الرقمية والجريمة المعلوماتية (دراسة مقارنة)*. ط١، الرياض: مكتبة القانون والاقتصاد.

مصطفى، عائشة بن قارة (٢٠١٠م). *حجية الدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن*. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.

المعجم الوسيط (٢٠١١م). إصدار مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ط٥.

هجيج، محمد علي سالم وعبيد، حسون (٢٠٠٧م). الجرائم المعلوماتية. *مجلة بابل*، العلوم الإنسانية، مج(١٤)، ع(٢)، ص ص ٩١-٩٢.

يونس، بدر الدين (٢٠١٤م). *سلطة القاضي في تقدير الدليل الجنائي (دراسة مقارنة)*. أطروحة، جامعة قسنطينة، ص ١٢٤.

ثانياً: القوانين والأنظمة والقرارات

- قانون التحقيقات الجنائية الفرنسي، المادة (٣٤٢).
- قانون الإجراءات الجنائية الفرنسية المواد من (٤٢٧-٥٣٦).
- قانون الإجراءات الجنائية المصرية المادة (٢٠٢/ ١).
- نظام الإجراءات الجزائية السعودي المادة (١٣٠/ ١).
- نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي المادة (٨٠).
- قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري، مادة رقم (١)، الباب الأول، رقم (١٧٥) لسنة ٢٠١٨م.
- قرار الهيئة العامة للمحكمة العليا بالمملكة العربية السعودية رقم ٣٤ بتاريخ ١٤٣٩/٤/٢٤هـ، غير منشور.

ثالثاً: مواقع الإنترنت

- خلف، جاسم خريبط. "صعوبة الدليل الجنائي في الجرائم المعلوماتية". كلية شط العرب الجامعة، متاح على الرابط الإلكتروني:
https://utq.edu.iq/Magazines/docxlaw2016/1.docx
- وزارة الداخلية بالبحرين. "الإدارة العامة لمكافحة الفساد والأمن الاقتصادي والإلكتروني". إدارة مكافحة الجرائم الإلكترونية، متاح على الرابط الإلكتروني:
http://www.acees.gov.bh/cyber-crime/the-concept-of-e-crimes
- مركز هردو لدعم التعبير الرقمي (٢٠١٤م). "الجريمة الإلكترونية وحجية الدليل الرقمي في الإثبات". القاهرة، متاح على الرابط الإلكتروني:
http://hrdoegypt.org/wp-content/uploads/2014/12/ تقرير-الجريمة-الالكترونية-_٢_.pdf
- ممدوح، خالد (٢٠٠٩م). "معاينة مسرح الجريمة الإلكترونية". متاح على الرابط الإلكتروني:
https://kenanaonline.com/users/KhaledMamdouh/posts/81659
- الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، متاح على الرابط الإلكتروني:
http://haqqi.info/ar/haqqi/legislation/arab-convention-cyber-%E2%80%8B%E2%80%8Bcrimes
- مجلس أوروبا، سلسلة المعاهدات الأوروبية رقم (١٨٥)، التقرير التفسيري لاتفاقية الجريمة الإلكترونية،

بودابيست، تاريخ ٢٣/ ١١/ ٢٠٠١م، ص ٥٠. متاح على الرابط الإلكتروني:
https://rm.coe.int/explanatory-report-budapest-convention-in-arabic/1680739174

- فرانك لارو، تقرير المقرر الخاص المعني بتعزيز وحماية الحق في حرية الرأي والتعبير، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الثالثة والعشرون، البند (٣) من جدول الأعمال، تعزيز وحماية جميع حقوق الإنسان المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية بما في ذلك الحق في التنمية. متاح على الرابط الإلكتروني:
https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y

مجلة جامعة الملك سعود (الحقوق والعلوم السياسية)، مج (٣٣)، ع (٢)، ص ص ١٥١-١٧٠، الرياض (٢٠٢١م/ ١٤٤٢هـ)

الاتجاهات الحديثة في نظام الإفلاس السعودي، وأثرها على حقوق الدائنين

أحمد عبدالله سفران

أستاذ القانون التجاري المساعد، قسم الفقه، كلية الشريعة وأصول الدين

جامعة الملك خالد، أبها، المملكة العربية السعودية

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

ملخص البحث. قامت نُظُم الإفلاس القديمة على أسس شبه ثابتة، فقد كان نظام الإفلاس خاصاً بالتجار يطبق على التاجر بمجرد توقفه عن دفع ديونه التجارية؛ وكانت تعامل المفلس بصرامة وقسوة بالغة؛ وتعامل جميع المفلسين بنفس الطريقة دون تفريق بين التاجر الصغير وبين الشركة المساهمة؛ بينما اتجهت قوانين الإفلاس الحديثة - تحت ضغط المتغيرات الحديثة - إلى اتجاهات مغايرة لما كانت عليه النظم القديمة.

ويهدف هذا البحث إلى رصد هذه الاتجاهات الحديثة وتحديد معالمها، ورصد التغيرات التي أدت إلى ظهورها، ومن ثم دراسة أثر هذه الاتجاهات على حقوق الدائنين باعتبار أن حفظ حقوق الدائنين من أهم مقاصد نظام الإفلاس.

وقد تبين من خلال البحث أن نظام الإفلاس الجديد اتجه إلى توسيع نطاق تطبيق قواعد وإجراءات الإفلاس لتشمل كل مشروع استثماري حتى ولو لم يكن تجارياً؛ كما اتجه إلى تصنيف الأشخاص المتعثرة ومعاملة كل صنف بما يحقق مصلحة الاقتصاد الوطني أولاً؛ ثم مصالح بقية الفئات الأخرى بما فيهم الدائنين، كما سعى إلى رد اعتبار المدين وتمكينه من معاودة نشاطه التجاري بسرعة، واتجه إلى التفريق بين صغار المدينين وكبار المدينين، وسن الإجراءات المناسبة لكل منهم.

ونظام الإفلاس بهذه الاتجاهات الحديثة؛ كما إنه راعى المصلحة العامة وحقوق الفئات المرتبطة بالمشروع؛ فإنه من جانب آخر حقق المزيد من التقدم في رعاية حقوق الدائنين وحماية مصالحهم.

الكلمات المفتاحية: الاتجاهات الحديثة، نظام الإفلاس، حقوق الدائنين.

MODERN TRENDS IN SAUDI BANKRUPTCY LAW AND THEIR IMPACT ON CREDITORS' RIGHT

Ahmed Abdullah Sufran
Assistant Professor of Criminal Law, Islamic Jurisprudence Department,
College of Sharia and Fundamentals of Religion, King Khalid University, Abha, Saudi Arabia

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

Abstract. Old Bankruptcy laws were created on semi-consistent basis. Bankruptcy law was relating to merchants, which subject to, when stop paying commercial depts. firmly dealt with insolvents, regardless small businesses or joint stock. Modern laws, influenced by modern changes, developed different trends.

Research Object: Surveying modern trends defining features, Changes resulting its appearance. Studying results of such trends on creditors rights, as protecting creditor is the object of bankruptcy law.

Bankruptcy modern law extends application scope of rules and procedures of bankruptcy to be including all profit-making enterprise kinds, even it wasn't commercial, classifies struggling enterprises, dealing with them to achieve the national economy, then achieve other interests including creditors, attempts to the rehabilitation of debtor, a faster return to his commercial activities. It differentiates small debtors than large debtors enacting procedures for each.

Bankruptcy law with modern trends take into consideration public interest and others' rights relating of. Furthermore, achieved progress on consideration of creditor rights.

Keywords: Modern trends, Bankruptcy law, Creditor rights.

مقدمة

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده وبعد.

فكما يسعى القانون إلى ضبط سلوك الأفراد في المجتمع؛ حيث يبين لهم ما يجب أن يكونوا عليه؛ فيحكم السلوك ويصوغ المجتمع بالصياغة التي يريدها؛ إلا أنه في حقيقة الأمر يتأثر من جهة أخرى بما يكون عليه المجتمع فيغير قواعده ويطورها بشكل يتناغم مع تغير المجتمع وتطوره؛ ويظهر هذا الأمر في فروع القانون بنسب متفاوتة؛ فبعض الفروع تميل إلى حال هي أقرب للثبات؛ في حين تتغير بعض فروع القانون بوتيرة متسارعة تواكب التطورات المتسارعة في الجوانب الاجتماعية التي تنظمها.

وبما أن القانون التجاري يقوم على مراعاة عنصر السرعة في المعاملات التي ينظمها (الجبر، ١٤١٣هـ)، فقد كان أكثر فروع القانون حساسية للمتغيرات التي تحيط بالبيئة التي يطبق فيها، فهو أسبق الفروع إلى التعديل لمواكبة التغيرات الاجتماعية والاقتصادية التي تحيط به (شفيق، ١٩٤٥م).

ويبرز أثر هذا التطور في جانب من أهم جوانب القانون التجاري؛ ألا وهو نظام الإفلاس؛ فالمتتبع لتعديلات قانون الإفلاس الفرنسي – مثلاً – يجد أنه قد طُوِّر وعُدل قرابة خمس مرات؛ وذلك خلال فترة ٣٠ سنة فقط – من عام ١٩٥٥م إلى عام ١٩٨٥م –، ورغم أن قوانين الإفلاس العربية أخذت عن القانون الفرنسي إلا أنها لم تتطور بالسرعة التي تطور بها (قرمان، ٢٠١١م)؛ فقد ظلت قواعد الإفلاس في النظام السعودي على حالها منذ صدور نظام المحكمة التجارية عام ١٣٥٠هـ؛ حتى صدر نظام الإفلاس الجديد عام ١٤٣٩هـ – يعني قرابة ٨٩ عاماً – لم يقطعها إلا صدور نظام التسوية الواقية من الإفلاس عام ١٤١٦هـ.

إلا أن نظام الإفلاس الجديد الصادر عام ١٤٣٩هـ؛ استوعب كل التطورات التي مر بها قانون الإفلاس الفرنسي وقوانين الإفلاس المشابهة له؛ فجاء مختلفاً اختلافاً جذرياً عن قواعد الإفلاس التي جاءت في نظام المحكمة التجارية الصادر عام ١٣٥٠هـ.

وهذا التطور الكبير والمفاجئ يثير جملة من التساؤلات؛ عن المتغيرات التي أدت إليها، وعن الاتجاهات التي بنيت عليها؛ وعن أثر ذلك كله على حقوق الدائنين التي كانت أهم مقاصد نُظم الإفلاس القديمة.

مشكلة البحث

تكمن المشكلة التي يعالجها هذا البحث في أن قواعد نظام الإفلاس الجديد جاءت مختلفة بشكل كبير عما كانت عليه قواعد الإفلاس في نظام المحكمة التجارية وأنظمة الإفلاس المشابهة لها؛ وهذا يثير التساؤل عن أسباب هذا الاختلاف وعن الاتجاهات التي تبناها المنظم، وعن أثر هذه الاتجاهات على حقوق الدائنين.

أسئلة البحث

يسعى هذا البحث إلى الإجابة عن التساؤلات التالية:

١- ما هي المتغيرات التي أدت إلى ظهور الاتجاهات الحديثة؟
٢- ما هي الاتجاهات الحديثة في نظام الإفلاس؟ وما أبرز معالم هذه الاتجاهات؟
٣- ما أثر هذه الاتجاهات على حقوق الدائنين؟

أهداف البحث

يهدف البحث إلى تسليط الضوء على أهم الاتجاهات الحديثة التي تقف خلف التغيرات التي حصلت في مواد نظام الإفلاس؛ بما يساهم في تعميق فهم النظام لدى المهتمين من الباحثين والقضاة والمحامين، كما يهدف البحث أيضاً إلى دراسة أثر هذه الاتجاهات على حقوق الدائنين.

منهج البحث

يسير البحث وفق المنهج الوصفي، حيث يتم عرض كل اتجاه وفق منهجية متسلسلة تبدأ بوصف ما كان عليه الحال في المواد المتعلقة بالإفلاس في نظام المحكمة التجارية الصادر سنة ١٣٥٠هـ، وما يتيسر من قوانين الإفلاس العربية المشابهة، مؤيداً ذلك بما سطره فقهاء القانون في كتب الفقه القانوني؛ ثم

وصف ما صار عليه الحال في نظام الإفلاس الجديد الصادر سنة ١٤٣٩هـ؛ مع التعليق عليه وبيان مضمونه، ومن ثم بيان أثر الاتجاه الجديد على حقوق الدائنين.

خطة البحث

سيكون الحديث في ثلاثة مباحث:

- المبحث التمهيدي: ويتضمن مطلبين:
  - المطلب الأول: التعريف بمصطلحات البحث.
  - المطلب الثاني: تاريخ تنظيم الإفلاس في المملكة العربية السعودية.
- المبحث الأول: المتغيرات التي أدت إلى ظهور الاتجاهات الحديثة، وفيه مطلبين:
  - المطلب الأول: المتغيرات الاقتصادية المحلية.
  - المطلب الثاني: المتغيرات الاقتصادية العالمية.
- المبحث الثاني: الاتجاهات الحديثة في نظام الإفلاس، وفيه أربعة مطالب:
  - المطلب الأول: الاتجاه إلى توسيع نطاق تطبيق نظام الإفلاس.
  - المطلب الثاني: الاتجاه إلى تنويع طرق التعامل مع الأشخاص المتعثرة حسب تصنيفها.
  - المطلب الثالث: الاتجاه إلى تمكين المدين المفلس من معاودة نشاطه.
  - المطلب الرابع: الاتجاه إلى التفريق بين صغار المدينين وكبار المدينين في الإجراءات.

وسيتناول البحث في كل مطلب معالم الاتجاه الذي يمثله ثم يُتبعها بأثر هذا الاتجاه على حقوق الدائنين، ثم يختم بخاتمة تبين أبرز نتائج البحث وتوصياته، وبالله التوفيق.

المبحث التمهيدي

المطلب الأول: التعريف بمصطلحات البحث

الإفلاس لغة

أصل الفَلْس من قَوْلهم: أفلسَ الرجلُ إفلاساً (ابن دريد، ١٩٨٧م)، إذا لم يبق له مال، يراد به أنه صار إلى حال يقال فيها ليس معه فلس (ابن منظور، ١٤١٤هـ)؛ فالإفلاس في أصل اللغة يعني عدم وجود المال، وهذا العدم قد يكون حقيقياً بانعدام الوجود المادي للمال؛ وقد يكون حكمياً بأن يكون المال الذي في يد المفلس حق لغيره.

الإفلاس اصطلاحاً

يجدر بنا قبل الخوض في التعريف الاصطلاحي للإفلاس التفريق بين معنيين يطلق عليهما لفظ "الإفلاس"، فهذا اللفظ يطلق تارة ويراد به المعنى المجرد لكلمة الإفلاس التي تصف حال المدين، وهذا هو المعنى الأول[١]؛ ويطلق تارة أخرى ويراد به النظام القانوني الذي يطبق على المدين، وهذا هو المعنى الثاني[٢]؛ والجدير بالذكر أن المعنى الأول يستخدم في أنظمة وقوانين الإفلاس؛ أما المعنى الثاني فيستخدمه فقهاء القانون.

ولم يعرّف المنظم السعودي الإفلاس ولكنه عرّف المفلس - وفقاً للمعنى الأول - فعرفته المادة الأولى من نظام الإفلاس عام ١٤٣٩هـ؛ بأنه: "مدين استغرقت ديونه جميع أصوله"، ويلاحظ على هذا التعريف أنه لم يستخدم مصطلح التوقف عن الدفع، ولم يشترط كون المفلس تاجراً؛ بعكس القانون التجاري المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م، الذي نص في المادة (٥٥٠) على أن المفلس هو: "كل تاجر ... وقف عن دفع ديونه التجارية إثر اضطراب أعماله المالية"؛ وذلك لأن نظام الإفلاس الجديد لم يعد مقصوراً على التجار[٣]، كما إن التاجر قد لا يقف عن دفع ديونه في الظاهر؛ فقد يعمل على إخفاء وضعه المالي وتأخير شهر إفلاسه؛ وذلك باستمراره في سداد ديونه الحالة بوسائل غير مشروعة تضر بدائنيه؛ كبيع البضائع بأقل من سعر التكلفة أو الاقتراض بفوائد ربوية أو رهن عقاراته (طه ومصطفى، ٢٠١٨م)؛ فهو في حقيقة الأمر مفلس لكنه يخفي إفلاسه.

---

(١) وهذا المعنى هو المعنى الذي تستخدمه الأنظمة والقوانين في تعريف الإفلاس، انظر: (نظام الإفلاس، ١٤٣٩هـ، المادة ١) و(القانون التجاري المصري، ١٩٩٩م، المادة ٥٥٠).

(٢) وهذا المعنى هو المعنى الذي يستخدمه فقهاء القانون عند تعريف الإفلاس غالباً.

(٣) كما سيأتي في المطلب الأول من المبحث الثاني.

فالمنظم السعودي عرّف المفلس وفقاً للاتجاهات الحديثة في نظام الإفلاس؛ ومن تعريف المفلس يمكن أن نستنتج تعريف الإفلاس بأنه: استغراق ديون المدين جميع أصوله.

أما على المعنى الثاني فقد عرّف بعض فقهاء القانون الإفلاس بأنه: "النظام القانوني الخاص بالتنفيذ الجماعي على أموال المدين التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية نتيجة اضطراب حالته المالية" (قرمان، ٢٠١١م)، وعرفه بعضهم بأنه: "نظام جماعي لتصفية أموال المدين التاجر الذي يقف عن دفع ديونه التجارية، ويشهر بمقتضى حكم تصدره المحكمة المختصة" (طه ومصطفى، ٢٠١٨م) وعرفه البعض بأنه: "نظام للتنفيذ الجماعي على أموال المدين التاجر الذي يتوقف عن وفاء ديونه التجارية في مواعيد استحقاقها متى كان التوقف يكشف عن انهيار ائتمانه" (الغنام، ١٤٣٩هـ).

والملاحظ على هذه التعريفات تقاربها واتفاقها على العناصر التالية:

١- أن الإفلاس نظام للتنفيذ الجماعي.
٢- أن نظام الإفلاس لا يطبق إلا على بالتجار.
٣- أن نظام الإفلاس يطبق على التاجر بمجرد توقفه عن دفع ديونه.

ويلاحظ على هذه التعريفات ما يلي:

١- جعلت تصفية أموال المدين الإجراء الوحيد الذي يتم تنفيذه؛ في حين تبنت نظم الإفلاس الحديثة إجراءات أخرى كالتسوية الوقائية وإعادة التنظيم المالي؛ وهذه الإجراءات وإن كانت موجودة في الماضي إلا إنها كانت تأتي كإجراءات مستقلة عن نظم الإفلاس بدليل أنها تصدر بقرارات مستقلة عن نظم الإفلاس، بينما نجد أن نظم الإفلاس الحديثة جعلتها جزءاً لا يتجزأ منها.
٢- أنها قصرت تطبيق نظام الإفلاس على التجار؛ وهذا صحيح في الماضي؛ أما الآن فإن نظم الإفلاس الحديثة تتجه إلى توسيع نطاق الإفلاس ليشمل فئات أخرى غير التجار.
٣- أنها جعلت التوقف شرطاً للإفلاس، فخرج بذلك التاجر الذي يستمر في وفاء ديونه بطريقة غير مشروعة تضر بالدائنين، والذي يعتبر في حقيقة الأمر مفلساً، والتوقف في حقيقة الأمر ليس إلا علامة كاشفة عن اضطراب الوضع المالي للتاجر؛ فالشرط الحقيقي هو أن تستغرق الديون جميع أموال التاجر حقيقة أو حكماً.

وإذا أردنا الخروج بتعريف جديد يأخذ في عين الاعتبار ما ذهبت إليه أنظمة الإفلاس الحديثة فيمكننا تعريف الإفلاس بأنه: النظام القانوني الخاص بمعالجة وضع المدين الخاضع لأحكامه؛ متى ظهر اضطراب حالته المالية.

شرح التعريف

- النظام القانوني: يراد به أن نظام الإفلاس يأخذ شكل القواعد القانونية العامة المجردة الملزمة؛ التي تتبنى الدولة حمايتها بالقوة الجبرية.
- الخاص بمعالجة وضع المدين: هذه المعالجة تشمل إجراءات الإفلاس؛ والتي يتم اختيار أنسبها لوضع المدين وهي التسوية الوقائية أو إعادة التنظيم المالي أو التصفية.
- المدين الخاضع لأحكامه: أطلقت هذه العبارة وصف المدين لأن النظام لم يعد مقتصراً على التجار فقد أدخلت النظم الحديثة فئات أخرى وهي تختلف باختلاف الأنظمة وبحسب المصالح الاقتصادية لكل دولة.
- متى ظهر اضطراب حالته المالية: سواء ظهر هذا الاضطراب للمدين نفسه أو للدائن، وسواء كان الاضطراب نقصاً في السيولة يؤدي إلى التوقف عن الدفع أو كان تعثراً أو إفلاساً.

الفرق بين الإفلاس والإعسار

يختلف الإفلاس والإعسار في المعنى وفي الآثار، فأما من حيث المعنى فإن الإفلاس - كما تقرر سابقاً - هو استغراق ديون المدين جميع أصوله، وهذا يعني أنه قد يبقي لدى المدين أصول وأموال يمكنه التصرف فيها، بينما الإعسار يعني انعدام المال أصلاً؛ حيث إنه صار معسراً لأنه لا مال له فاضلاً عن حاجته الضرورية (الجعفري، ١٤٢٦هـ).

فالإعسار ينشأ من قلة ذات اليد لأن المعسر لا يملك ما يزيد على مؤونته، أما الإفلاس فينتج عند العجز عن سداد

الديون الحالّة، مع أنه قد يكون لديه أموال؛ فالإعسار من حيث المعنى أعم وأشمل من الإفلاس (الرويس، ٢٠١٢م).

أما من حيث الآثار، فإن ثبوت حكم الإعسار يمنع الدائنين من مطالبة المعسر أو حبسه، كما يمنعهم من غل يده عن إدارة أمواله (مصطفى وطه، ٢٠١٨م)، وبالتالي لا يترتب على الحكم بالإعسار تصفية أموال المعسر تصفية جماعية؛ ما دام إنه لم يظهر منه أي بادرة هدر أو تضييع لحقوق دائنيه، بل يجب إنظاره إلى ميسرة، عملاً بقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ (البقرة، الآية ٢٨٠)، بعكس الإفلاس؛ حيث يحق لكل دائن أن يطلب الحكم بشهر إفلاس المدين إذا توقف عن دفع ديونه التجارية بغض النظر عن كونه معسراً أو موسراً (الشرقاوي، ١٩٨٩م).

كما إن الإعسار لا يحول دون اتخاذ الدائنين إجراءات فردية ضد المدين بطلب التنفيذ على بعض أمواله أو كلها، حيث أشارت المادة (٥٧) من نظام التنفيذ إلى أن حصيلة التنفيذ توزع بأمر من قاضي التنفيذ على الدائنين الحاجزين، ومن يعد طرفاً في الإجراءات؛ مما يعني أن الدائن غير الحاجز لا يدخل في التوزيع، بعكس نظام الإفلاس الذي يمنع الإجراءات الفردية إذا ظهر أن المدين مفلس بالفعل، حيث يلزم نظام الإفلاس بتكوين ما يسمى باتحاد الدائنين ويعمل على حصر مطالبات الدائنين وبيع أصول التفليسة وتوزيع حصيلتها على الدائنين تحت إدارة أمين التصفية، ليضمن مراعاة حقوق الدائنين على نحو عادل وضمان المعاملة العادلة لهم، وفقاً لما أشار إليه البند (ب) من المادة الخامسة من نظام الإفلاس عام ١٤٣٩هـ.

كذلك لا يسوّغ صدور حكم الإعسار البحث في تصرفات المدين التي أجراها قبل صدوره؛ إلا بوجود قرينة قاطعة على تعمد المعسر إخفاء أمواله وتبديدها، أما الإفلاس فقد يستدعي الحكم به في بعض الحالات البحث في تصرفات المدين الواقعة فيما يسمى بفترة الريبة، وهي الفترة الواقعة بين تاريخ تأخره أو توقفه عن سداد ديونه وتاريخ الحكم بشهر إفلاسه (الرويس، ٢٠١٢م).

أما من حيث القانون واجب التطبيق، فإن حالات الإعسار يطبق بشأنها نظام التنفيذ الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٣)، وتاريخ ١٤٣٣/٨/١٣هـ، حيث نظم أحكامه في الفصل الأول من الباب الخامس منه، ويطبق وفقاً للمادة الثانية منه على كل الديون عدا الأحكام والقرارات الصادرة في القضايا الإدارية والجنائية، وعدا ما قررته المادة (٨٢) منه أيضاً من أن التاجر يخضع في إعلان إفلاسه لقواعد الإفلاس المقررة نظاماً، والقواعد المقررة نظاماً في حق التاجر هي قواعد نظام الإفلاس الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥٠) بتاريخ ١٤٣٩/ ٥/ ٢٨هـ، يضاف إلى ذلك ما قرر نظام الإفلاس دخوله في نطاق تطبيقه الذي بينته المادة الرابعة منه، والتي نصت على: "إن أحكام نظام الإفلاس تسري على الأشخاص ذوي الصفة الطبيعية الذين يمارسون في المملكة أعمالاً تجارية، أو مهنية، أو أعمالاً تهدف إلى تحقيق الربح، وعلى الشركات التجارية والمهنية والكيانات المنظمة والشركات والكيانات الأخرى الهادفة إلى تحقيق الربح، المسجلة في المملكة، والمستثمر غير السعودي ذي الصفة الطبيعية أو الاعتبارية الذي يملك أصولاً في المملكة، أو يزاول أعمالاً تجارية، أو مهنية أو أعمالاً تهدف إلى تحقيق الربح، من خلال منشأة مرخص لها في المملكة".

الاتجاهات

الاتجاهات لغة: جمعٌ مفرده اتجاه؛ من اتجه اتجاهاً، ولفظ اتجه مأخوذ من لفظ الوِجْهة (ابن سيده، ١٤٢١هـ)؛ والوجهة هي الموضع الذي تتوجه إليه وتقصده (ابن منظور، ١٤١٤هـ) والاتجاه إلى الشيء هو الإقبال عليه وقصده (عمر، ١٤٢٩هـ)، فالاتجاهات في هذا البحث هي الأمور أو المعاني التي أقبل عليها المنظم وقصدها أو جعلها وجهة له يقبل عليها ويقصدها.

الاتجاهات الحديثة اصطلاحاً: لم أجد تعريفاً اصطلاحياً لمصطلح الاتجاهات في النظام، ولعل التعريف الاصطلاحي لا يخرج عن المعنى اللغوي؛ خاصة وأن لفظ الاتجاه قد يخصص بحسب ما يضاف إليه، فلو أضيف إلى النظام كما هو المقصود في هذا البحث؛ فحصلنا على مصطلح الاتجاهات الحديثة في نظام الإفلاس؛ كما هو في عنوان البحث؛ لقلنا إن التعريف هو: الأمور أو المعاني التي قصدها المنظم في نظام الإفلاس حديثاً، وهذا التعريف – في ظني – يكفي للدلالة على المقصود.

المطلب الثاني: تطور تنظيم الإفلاس في المملكة العربية السعودية

كان أول تنظيم للإفلاس في المملكة العربية السعودية هو ما تضمنه الفصل العاشر من نظام المحكمة التجارية الصادر عام ١٣٥٠هـ؛ حيث نظم الإفلاس وما يتعلق به في قرابة ٣٤ مادة فقط، عرف فيها المفلس، وقسّم الإفلاس إلى إفلاس حقيقي وإفلاس تقصيري وإفلاس احتيالي؛ وعرّف كل قسم، وبين كيفية إعلان الإفلاس وشهره، ودور المحكمة، ودور أمين المجلس (أمين التفليسة)، وأمناء الديانة، وما يجب على الدائن وما يجب على المدين؛ وما يجري على أموال المدين، وما يترتب على تصالح المفلس مع الدائنين، وكيفية إنهاء التفليسة والدعاوى المتعلقة بها، وشروط رد اعتبار المفلس؛ والعقوبات المتعلقة بالإفلاس.

وبالرغم من أن نظام المحكمة التجارية عام ١٣٥٠هـ قد أشار في المادة (١٢٥) إلى إمكانية تصالح المدين مع دائنيه على مبلغ معين من الدين وإسقاط ما بقي، أو الصلح على تسليم شيء وتقسيط الباقي؛ إلا أن هذه الإشارة لا تكفي لإنقاذ التاجر؛ لأنه يتعذر في كثير من الأحيان أن يقبل جميع الدائنين ببنود الصلح؛ لذا كان لابد من إصدار نظام يعنى بالوقاية من الإفلاس؛ فكان نظام التسوية الواقية من الإفلاس الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٦) بتاريخ ٤/ ٩/ ١٤١٦هـ.

ويهدف نظام التسوية الواقية من الإفلاس إلى تمكين التاجر الذي تعرض إلى اضطراب أعماله التجارية من الوصول إلى اتفاق مع دائنيه لإعطائه فرصة لترتيب أوضاعه المالية والاستمرار في ممارسة نشاطه التجاري ليتمكن من الوفاء بالتزاماته تجاه دائنيه (القرشي، ٢٠١٥م)، فالهدف من نظام التسوية الواقية من الإفلاس هو حماية التاجر المدين حسن النية من شهر إفلاسه، وتمكينه من إعادة تسوية وضعه المالي، إضافة إلى حفظ حقوق الدائنين.

وقد عمد المنظم السعودي إلى وضع نظام التسوية الواقية من الإفلاس بعد تجربة عملية مرت بها بعض الأشخاص التجارية المهمة في المملكة، حيث مرت بصعوبات تسببت في اضطراب أعمالها وتوقف بعضها عن أداء ديونها والتزاماتها المالية، مما استلزم تطبيق مواد الإفلاس التي نص عليها نظام المحكمة التجارية؛ وبالتالي تمت تصفية هذه الأشخاص المهمة؛ مما أثر بشكل سلبي على مسار الحياة الاقتصادية في المملكة، (المذكرة الإيضاحية لنظام التسوية الواقية من الإفلاس، ١٤١٦هـ)؛ وهذا الأثر كان بالإمكان تلافيه لو أتيحت الفرصة لهذه الأشخاص لإعادة ترتيب أوضاعها المالية وجدولة ديونها عن طريق صلح أو تسوية مع الدائنين؛ ولكن للأسف لم يكن هناك تنظيم قانوني يضمن ذلك؛ فكان لابد من استيعاب هذا الدرس، والعمل على إصدار نظام للتسوية الواقية من الإفلاس.

وبالرغم من الدور الذي أدّاه نظام التسوية الواقية من الإفلاس؛ إلا أنه ظل قاصراً عن تلبية متطلبات العصر ومواجهة المتغيرات الحديثة؛ فكان لابد من إعادة تنظيم الإفلاس من جديد؛ فكان نظام الإفلاس الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥٠) بتاريخ ٢٨/ ٥/ ١٤٣٩هـ؛ والذي دمج قواعد الإفلاس مع قواعد التسوية الواقية من الإفلاس، وأعاد صياغتها، وأضاف عليها ليخرج بهذا النظام الذي يعد نقلة نوعية في مجاله.

ويقوم نظام الإفلاس عام ١٤٣٩هـ على تنظيم إجراءات الإفلاس، مراعياً في ذلك الحالات المختلفة للمدين، ومفرقاً في ذلك بين صغار المدينين وكبار المدينين، ومفرقاً أيضاً بين الأشخاص التي تغطي تكاليف التصفية، والأشخاص التي لا تغطيها؛ حيث ذكرت المادة (٢) منه سبعة إجراءات وهي:

١- التسوية الوقائية.
٢- إعادة التنظيم المالي.
٣- التصفية.
٤- التسوية الوقائية لصغار المدينين.
٥- إعادة التنظيم المالي لصغار المدينين.
٦- التصفية لصغار المدينين.
٧- التصفية الإدارية.

وقد أشارت المادة الخامسة من نظام الإفلاس عام ١٤٣٩هـ، إلى أن الهدف من إجراءات الإفلاس هو تمكين المدين المتعثر أو الذي يتوقع اضطراب أوضاعه المالية من تنظيم أوضاعه المالية، ومعاودة نشاطه، والإسهام في دعم

الاقتصاد وتنميته، إضافة إلى مراعاة حقوق الدائنين، وتعظيم[٤] قيمة أصول التفليسة وتوزيعها على الدائنين عند التصفية بشكل عادل، وإجراء كل ذلك بتكاليف منخفضة وفي مدة مناسبة.

ويُنظّم نظام الإفلاس عام ١٤٣٩هـ جميع أحكام الإفلاس في ٢٣١ مادة؛ وقد أشارت المادة (٢٣٠) منه إلى أنه أصبح المرجع الوحيد لتنظيم أحكام الإفلاس في المملكة؛ فقد ألغي أحكام المواد المتعلقة بالإفلاس في نظام المحكمة التجارية، وألغى أيضاً نظام التسوية الواقية من الإفلاس، وكل ما يتعارض معه من أحكام.

المبحث الأول:
المتغيرات التي أدت إلى ظهور
الاتجاهات الحديثة في نظام الإفلاس

سبق الإشارة في مقدمة البحث إلى حقيقة تأثر القانون بما يكون عليه المجتمع، وتغير قواعد القانون بما يتناسب مع التغيرات الحاصلة في المجتمع؛ ويهدف هذا المبحث إلى رصد هذه المتغيرات وبيان أثرها في ظهور الاتجاهات الحديثة.

ونظراً للطبيعة الاقتصادية التي يتميز بها نظام الإفلاس - نظراً لكونه ينظم أموراً هي من صميم النشاط الاقتصادي - فإن أهم المتغيرات التي تؤثر فيه هي المتغيرات الاقتصادية؛ ولذا سيبدأ البحث برصد المتغيرات الاقتصادية الداخلية التي حصلت في المملكة العربية السعودية خلال الفترة من صدور نظام المحكمة التجارية سنة ١٣٥٠هـ؛ الذي تضمن أول تنظيم للإفلاس؛ إلى وقت صدور نظام الإفلاس الجديد سنة ١٤٣٩هـ، ثم يلي ذلك بيان المتغيرات الاقتصادية الخارجية؛ والتي تؤثر - بطبيعة الحال - تأثيراً مباشراً على الوضع الاقتصادي في المملكة؛ وعليه يأتي هذا المبحث في مطلبين كما يلي:

- المطلب الأول: المتغيرات الاقتصادية الداخلية.
- المطلب الثاني: المتغيرات الاقتصادية الخارجية.

(٤) المراد بتعظيم قيمة أصول التفليسة هو: الخروج بأعظم أو أعلى قيمة ممكنة لأصول التفليسة حتى يحصل الدائنون على أكبر قدر من حقوقهم إن لم يحصلوا على حقوقهم كاملة.

المطلب الأول: المتغيرات الاقتصادية الداخلية

صدر نظام المحكمة التجارية - المتضمن لأول تنظيم للإفلاس في المملكة - عام ١٣٥٠هـ قبل توحيد المملكة العربية السعودية[٥]؛ في وقت كانت التجارة فيه محدودة، وكان أغلب سكان المملكة إما مزارعين، أو بدو رُحّل؛ فكان هذا النظام مناسباً للظروف التي وضع فيها؛ ولكن بعد توحيد المملكة العربية السعودية، واكتشاف النفط[٦]؛ بدأت عجلة التنمية تسير بوتيرة متسارعة فعلى سبيل المثال: كان عدد الشركات في المملكة العربية السعودية عام ١٣٩٣هـ ٩٥٩ شركة بمجموع رأس مال يقارب مليار وثلاثمائة مليون ريال (حبيب وعابدين، ١٩٨٧م)؛ بينما بلغ عدد الشركات في عام ١٤٣٩هـ ما يقارب ٦٩٥٦٣ شركة، وبلغ رأس مال الشركات المنشأة في عام ٢٠١٧م فقط أكثر من ٢٥ مليار ريال[٧]؛ بمعنى أن عدد الشركات تضاعف خلال ٤٦ سنة أكثر من ٧٢ ضعفاً؛ وتضاعف تبعاً لذلك مقدار رأس المال، وهذا يعكس مدى توسع القطاع التجاري في المملكة وحجم النمو الهائل الذي وصل إليه، وما يتطلبه هذا النمو الهائل من تطور مماثل في الأنظمة التي تضمن حفظ الحقوق المالية والاقتصادية الضخمة المترتبة عليه، أضف إلى ذلك الدور المحوري الذي يلعبه الاقتصاد السعودي في منظومة الاقتصاد العالمي.

إن هذا النمو الداخلي الكبير للاقتصاد السعودي والأثر الخارجي الذي يلعبه في منظومة الاقتصاد العالمي يستلزم إعادة النظر في الأنظمة الحكومية المتعلقة بالأعمال التجارية بما فيها ما يتعلق بالإفلاس (الدخيل، ١٩٩٦م)؛ وكان لابد من أن يأتي نظام الإفلاس محفزاً لهذا النمو الاقتصادي وراعياً له؛ فاتجه إلى حماية الأشخاص من الإفلاس بتلمس فرص استمرارها،

(٥) أصدر الملك عبدالعزيز (رحمه الله) في ١٧/ ٥/ ١٣٥١هـ مرسوماً بتوحيد كل أجزاء الدولة السعودية الحديثة تحت اسم المملكة العربية السعودية.

(٦) وقع الملك عبدالعزيز (رحمه الله) اتفاقية الامتياز للتنقيب عن البترول بين حكومة المملكة وشركة ستاندرد أويل أوف كاليفورنيا في عام ١٣٥٣هـ أي بعد صدور نظام المحكمة التجارية بقرابة ثلاث سنوات.

(٧) "التقرير السنوي لوزارة التجارة"، ٢٠١٧م، ٢٤:
https://mci.gov.sa/ar/About/Statistics/Statistics_PDF/report-2017.pdf

وتنويع الإجراءات الممكن اتباعها في حال تعثر شيء منها، وأخذ حجم المدين المتعثر بعين الاعتبار عند تطبيق الإجراءات في حقه بما يضمن التوازن بين مصلحة المشروع وما يرتبط به من جهة ومصلحة الدائنين من جهة أخرى.

ومن جهة أخرى يطمح المنظم السعودي إلى تحسين البيئة التجارية والاستثمارية في المملكة من خلال رفع جاذبية الاستثمار لتشجيع الاستثمارات الأجنبية والمحلية على حد سواء؛ بما يحقق رؤية المملكة ٢٠٣٠، وهذا الأمر لا يتأتى إلا بتوفير المقومات اللازمة للاستثمار ومن أهمها المقومات القانونية أو النظامية التي تنظم الشؤون التجارية بشكل يوازن بين حقوق أطراف العملية التجارية ويتواءم مع متطلبات العصر ("المذكرة التوضيحية لمشروع نظام الإفلاس"، ٢٠١٧م)؛ ومن أهم الأنظمة المتعلقة بهذا الأمر ذلك النظام الذي يعالج ما قد يعرض للأشخاص الاستثمارية من تعثر أو إفلاس؛ فكان هذا النظام الذي سماه المنظم نظام الإفلاس والذي هو في الحقيقة أوسع مما يدل عليه مسماه[٨].

المطلب الثاني: المتغيرات الاقتصادية العالمية

لقد أدت العولمة – وخاصة في المجال الاقتصادي والمالي – إلى جعل العالم سوقاً مالياً واحداً تنتقل فيه الأموال بحرية كبيرة من شرق الأرض إلى غربها ومن شمالها إلى جنوبها بكل سهولة وسرعة؛ يدعم ذلك بنية ضخمة من وسائل الاتصالات والمواصلات التي جعلت العالم كقرية واحدة (حسن وعبدالحميد، ٢٠١١م)، ولذا لم تعد المشكلات الاقتصادية محلية أو مقتصرة في آثارها على البلد الذي تنشأ فيه؛ بل أصبحت عالمية بمفهومها الواسع (خضير وحسين، ٢٠٠٨م)؛ فالمشكلة التي قد تقع في بلد ما قد يتأثر بها بلد أو بلدان أخرى.

إضافة إلى ذلك فقد تغيرت طبيعة العلاقة بين الأشخاص الاستثمارية ببعضها البعض وبمجمل الاقتصاد الوطني والناتج المحلي والاقتصاد العالمي؛ حيث أصبح الاقتصاد العالمي فضلاً عن الاقتصاد المحلي شديد الترابط معقد العلاقات؛ حتى أصبح أشبه ما يكون بمنظومة واحدة أو كتلة واحدة؛ تتأثر جميعها بمجرد تأثر أحد أجزائها؛ فقد لا يقتصر إفلاس أحد المشاريع على المشروع ذاته بل قد تمتد آثار إفلاسه إلى مشاريع أخرى؛ وهذا معروف من طبيعة النشاط التجاري؛ فامتناع أو توقف أحد التجار عن الوفاء بديونه يجعل دائنيه بدورهم في حالة عجز عن أداء ديونهم (دويدار، ٢٠٠٨م)، وقد تستمر سلسلة تداعياته حتى تطال الاقتصاد العالمي برمته كما حصل في الأزمة الاقتصادية العالمية عام ٢٠٠٨م؛ التي بدأت بإفلاس أحد البنوك في الولايات المتحدة الأمريكية ("الأزمة المالية العالمية وتداعياتها على الاقتصادات العربية"، ٢٠٠٨م).

أما تأثير إفلاس المشروع على الاقتصاد الوطني والناتج المحلي فهو واضح جلي؛ حيث إن إفلاس أي مشروع يعني نقص الناتج المحلي بقدر ما كان ينتجه هذا المشروع، وبقدر تأثر الأشخاص الأخرى به، إضافة إلى ما يترتب على تصفية المشروع من تسريح عمال المشروع وموظفيه وما يتبع ذلك من ارتفاع معدل البطالة وما يترتب عليها من مشكلات اجتماعية إلى غير ذلك من الآثار.

كما إن هناك متغيراً آخر لا يقل أهمية عن السابق؛ وهو التغير الذي طرأ على فكرة المشروع الاقتصادي؛ الذي بدأ يتحول من صورة التاجر الفرد إلى ظهور الشركات المساهمة التي أصبح ينظر إليها باعتبارها تنظيماً اقتصادياً يجمع بين عناصر الإنتاج، وتتداخل فيه مصالح عدد من الأطراف كالمساهمين، والعاملين، والدائنين، وغيرهم (قرمان، ١٤٣١هـ).

كل هذه المتغيرات جعلت إفلاس أحد الأشخاص خطيراً لدرجة استدعت تدخل الحكومات من خلال إصدار الأنظمة التي تحد من وقوع الإفلاس إلى أقصى حد ممكن من خلال إتاحة خيار إجراء التسوية الوقائية وإعادة التنظيم المالي؛ التي تمكن المشروع من البقاء وتصحيح وضعه وإصلاح ما يمكن إصلاحه، وهذا ما حمل المنظم السعودي على إصدار نظام جديد يتضمن هذه الإجراءات ويأخذ بها؛ فكان ظهور نظام الإفلاس الجديد نتيجة لذلك.

(٨) نظام الإفلاس في الحقيقة يتضمن إجراءات تحمي وتمنع من الإفلاس حيث يتضمن إجراء التسوية الواقية من الإفلاس وإجراء إعادة التنظيم المالي وكلاهما يهدفان إلى منع وقوع الإفلاس.

المبحث الثاني:

الاتجاهات الحديثة في نظام الإفلاس

كانت نُظُم الإفلاس القديمة تقوم على أسس ثابتة وأطر عامة تحكمها وتنعكس آثارها في مواد تلك النظم والقوانين، فقد كان نظام الإفلاس نظاماً خاصاً بالتجار لا يطبق على غيرهم، في حين اتجهت نظم الإفلاس الحديثة إلى توسيع نطاق نظام الإفلاس ليشمل كل مشروع استثماري تقريباً، وكانت نظم الإفلاس القديمة تطبق إجراءات التصفية والتفليس على كل تاجر أو مشروع تجاري توقف عن دفع ديونه التجارية بمجرد توقفه؛ لحفظ حقوق الدائنين بغض النظر عن أي اعتبار آخر؛ بينما اتجهت نظم الإفلاس الحديثة إلى توسيع دائرة اهتمامها للعناية بمصالح فئات أخرى غير الدائنين؛ ولعل أهمها المصلحة العامة المتمثلة في مراعاة أثر المشروع في دعم الاقتصاد الوطني، ولذا بدأت تصنف الأشخاص المتعثرة إلى فئات متعددة تعامل كل فئة بما يناسبها. وكانت نظم الإفلاس القديمة تعامل المفلس بصرامة وقسوة بالغة؛ بينما اتجهت نظم الإفلاس الحديثة إلى رد اعتبار المدين المفلس عاجلاً وتمكينه من العودة إلى السوق سريعاً. وكانت نظم الإفلاس القديمة لا تعرف إلا إجراءً واحداً تعامل به جميع التجار دون تفريق بين التاجر الصغير الذي قد لا يكفي رأس ماله لتغطية تكلفة إجراءات التصفية، وبين الشركة المساهمة التي قد تبلغ قيمة موجوداتها المليارات؛ بينما اتجهت قوانين الإفلاس الحديثة إلى التفريق بين صغار المدينين وكبار المدينين، وسن الإجراءات المناسبة لحجم كل منهم.

وعليه سيكون الحديث عن هذه الاتجاهات الأربعة، وسيكون كل اتجاه في مطلب مستقل، كالآتي:

- المطلب الأول: الاتجاه إلى توسيع نطاق نظام الإفلاس.
- المطلب الثاني: الاتجاه إلى تنويع طرق التعامل مع الأشخاص المتعثرة حسب تصنيفها.
- المطلب الثالث: الاتجاه إلى تمكين المدين المفلس من معاودة نشاطه.
- المطلب الرابع: الاتجاه إلى التفريق بين صغار المدينين وكبار المدينين.

المطلب الأول: الاتجاه إلى توسيع نطاق نظام الإفلاس

أشار نظام المحكمة التجارية عام ١٣٥٠هـ في المواد (١٠٥، ١٠٦، ١٠٧) إلى أن وصف المفلس لا يطلق إلا على تاجر اشتغل بالتجارة، ومثله القانون التجاري المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م؛ حيث أشار في المادة الأولى منه إلى أن أحكامه بما فيها أحكام الإفلاس لا تسري على شخص طبيعي أو اعتباري إلا إذا تثبت له صفة التاجر، كما بينت المواد (٥٥٠، ٥٥١، ٥٥٢) منه وبما لا يدع مجالاً للشك أو الاحتمال أن أحكام الإفلاس لا تطبق إلا على التجار الطبيعيين والاعتباريين.

ولقد ظل نظام الإفلاس أحقاباً طويلة منذ نشأته مقصوراً على التجار؛ يقول دويدار: "الإفلاس نظام تقويمي خاص بالتجار، يهدف إلى حماية الائتمان التجاري" (دويدار، ٢٠٠٨م)، ويرى الفقي أن نظام الإفلاس يجد خصوصيته في أنه لا يطبق إلا على فئة بعينها هي فئة التجار (الفقي، ٢٠١١م)، وتشترط نُظم الإفلاس القديمة؛ لشهر الإفلاس؛ أن يكون المدين تاجراً، وأن يتوقف عن الدفع، ويجب أن يجتمع هذان الشرطان في المدين في الوقت نفسه (طه ومصطفى، ٢٠١٨م).

ولكن أنظمة الإفلاس الحديثة تتجه إلى توسيع نطاق تطبيق نظام الإفلاس ليشمل كل مشروع استثماري سواء كان تجارياً أو غير تجاري، فقد وسّع نظام الإفلاس عام ١٤٣٩هـ نطاقه؛ فلم يعد يقتصر على فئة التجار فحسب؛ بل أدخل المنظم في هذا الجانب طائفة واسعة من الأشخاص الاستثمارية، فأشارت المادة الرابعة منه إلى أنه أصبح يشمل كل شخص طبيعي أو اعتباري يمارس في المملكة أعمالاً تهدف إلى الاستثمار سواء كانت أعمالاً تجارية، أو مهنية، بما في ذلك الكيانات المنظمة، ويشمل كذلك المستثمرين الأجانب سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين؛ الذي يملكون أصولاً في المملكة، ويزاولون أعمالاً تهدف إلى الاستثمار سواء كانت تجارية، أو مهنية.

والأمر لا يقتصر على نظام الإفلاس السعودي الجديد بل سبقه إلى ذلك القانون الإماراتي حيث أشارت المادة الثانية من المرسوم الاتحادي رقم (٩) لسنة ٢٠١٦م إلى أن أحكام قانون

الإفلاس تسري على الشركات المدنية المرخصة ذات الطابع المهني وعلى الشركات التي لم يتم تأسيسها وفقاً لقانون الشركات التجارية والمملوكة كلياً أو جزئياً للحكومة؛ والتي تنص عقودها التأسيسية أو أنظمتها الأساسية على إخضاعها لأحكامه، وكذلك الشركات والمؤسسات في المناطق الحرة التي لا تخضع لأحكام خاصة تنظم إجراءات الصلح الواقي من الإفلاس أو إعادة الهيكلة والإفلاس فيها، إضافة إلى الشركات الخاضعة لأحكام قانون الشركات التجارية؛ فيلاحظ أن قانون الإفلاس الإماراتي الجديد قد وسع قاعدة سريان أحكام الإفلاس على فئات جديدة لم يشملها القانون القديم (الصغار، ٢٠١٧م)، كما سبق إلى ذلك قانون التقويم والتصفية القضائية الفرنسي الصادر في ٢٥/ ١/ ١٩٨٥م حيث توسع في تطبيق قواعده لتشمل التجار والمهنيين وجميع الشركات (الغنام، ١٤٣٩هـ).

وعند البحث عن الحكمة من هذا التوسع وعن الهدف من إلحاق هذه الأعمال بالأعمال التجارية في أحكام الإفلاس؛ يظهر أن هذه الأعمال وإن كانت غير تجارية إلا أنها تتفق مع الأعمال التجارية من حيث حاجتها إلى الائتمان من جهة، وحاجتها إلى الاستفادة من المزايا التي توفرها التسوية الوقائية وإعادة التنظيم المالي من إجراءات تمكن المدين من تعليق مطالبات الدائنين والحصول على المهلة اللازمة لترتيب أوضاعها، إضافة إلى الترابط والتداخل بينها وبين الأعمال التجارية مما يجعل الإخلال بالائتمان في أحدها ينسحب إلى الأعمال التجارية المرتبطة به.

أثر هذا الاتجاه على حقوق الدائنين

يترتب على الاتجاه إلى توسيع نطاق نظام الإفلاس تطبيق أحكامه على أشخاص طبيعية واعتبارية كانت تخضع لأحكام الديون المدنية التي ينظمها القانون المدني؛ وينظمها في المملكة نظام التنفيذ الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥٣)، وتاريخ ١٣/ ٨/ ١٤٣٣هـ؛ وهنا يبرز السؤال المهم بالنسبة للدائن؛ وهو هل الأفضل تطبيق نظام التنفيذ - كما كان عليه الوضع قبل هذا التوسع - أم نظام الإفلاس - كما هو الواقع بعد التوسع -؟ وأيهما أسرع وأفضل للحصول على حقوق الدائن؟

والحقيقة أن الإجابة على هذا السؤال متشعبة ومعقدة بعض الشيء؛ خاصة في ظل قوة وفعالية نظام التنفيذ وصرامته وسرعته في تحصيل الديون[٩]؛ وبالمقابل توجه نظام الإفلاس لحماية المدين وتمكينه من استمرار نشاطه، فالصرامة التي كانت تميز نظام الإفلاس في السابق صارت ميزة بارزة في نظام التنفيذ.

وللإجابة على هذا السؤال ننظر - عندما يتوقف المدين عن الدفع - ماذا يطلب نظام التنفيذ من الدائن وماذا يقدم له؟ وننظر كذلك ماذا يطلب نظام الإفلاس من الدائن وماذا يقدم له؟

أولاً: من حيث شروط الطلب والإجراءات المترتبة عليه

أشارت المادة (٣٤) من نظام التنفيذ عام ١٤٣٣هـ؛ إلى أن التنفيذ يتم بناءً على طلب يقدمه الدائن إلى قاضي التنفيذ، فإذا تحقق القاضي من صحة السند التنفيذي واكتمال شروطه فيبدأ فوراً في إجراءات التنفيذ، فما على الدائن إلا التقدم بسند تنفيذيّ مكتمل الشروط[١٠] ليقوم القاضي بالبدء في إجراءات التنفيذ الفوري لمقتضى السند.

أما في نظام الإفلاس عام ١٤٣٩هـ فقد أشات المواد (٤٢، ٩٢) منه إلى أنه عند توقف المدين عن الدفع فللدائن

(٩) ينظر قاضي التنفيذ في منازعات التنفيذ وفقاً لأحكام القضاء المستعجل، وهذا بلا شك يضمن سرعة التنفيذ، ولقاضي التنفيذ سلطات وصلاحيات واسعة فله الأمر بالاستعانة بالشرطة أو القوة المختصة، وله الأمر بالمنع من السفر ورفعه، وله الأمر بالحبس والإفراج، وله الأمر بالإفصاح عن الأصول؛ وكل هذا يضمن قوة وفعالية نظام التنفيذ (انظر: نظام التنفيذ، ١٤٣٣هـ، المادة ٣).

(١٠) حددت المادة الثالثة من نظام التنفيذ السندات التنفيذية المعتبرة لدى قاضي التنفيذ وهي:
١- الأحكام، والقرارات، والأوامر الصادرة من المحاكم.
٢- أحكام المحكمين المذيلة بأمر التنفيذ وفقاً لنظام التحكيم.
٣- محاضر الصلح التي تصدرها الجهات المخولة بذلك أو التي تصدق عليها المحاكم.
٤- الأوراق التجارية.
٥- العقود والمحررات الموثقة.
٦- الأحكام، والأوامر القضائية، وأحكام المحكمين، والمحررات الموثقة الصادرة في بلد أجنبي.
٧- الأوراق العادية التي يقر باستحقاق محتواها كلياً، أو جزئياً.
٨- العقود والأوراق الأخرى التي لها قوة سند التنفيذ بموجب نظام.

التقدم إلى المحكمة بطلب افتتاح إجراء إعادة التنظيم المالي أو طلب افتتاح إجراء التصفية للمدين إذا كان المدين متعثراً أو مفلساً، ويتطلب تقديم الطلب تقديم وثائق متنوعة تحددها اللائحة، وهذا بلا شك يعني تقديم وثائق أكثر والحاجة إلى وقت أكبر إضافة إلى مدة انتظار قرار المحكمة حول الطلب.

وهنا نلاحظ تفوّق نظام التنفيذ على نظام الإفلاس من حيث سهولة الطلب وسرعة الإجراء.

ثانياً: من حيث ما يُقدم للدائن

في نظام التنفيذ عام ١٤٣٣هـ؛ أشارت المادة (٣٤) منه إلى أن المدين يبلغ بالطلب ويؤمر بالسداد؛ فإن لم يفعل فلقاضي التنفيذ أن يأمر بالإفصاح عن أموال المدين بمقدار ما يفي بالسند التنفيذي، ويصدر الأمر بالإفصاح والحجز بعد إبلاغ المدين بأمر التنفيذ، وإذا كان المدين مماطلاً – من واقع سجله الائتماني، أو من قرائن الحال؛ جاز للقاضي الأمر بالإفصاح عن أمواله وحجزها قبل إبلاغه بأمر التنفيذ، وبعد الحجز يتم توزيع حصيلة التنفيذ – بأمر من قاضي التنفيذ – على الدائنين الحاجزين، ومن يعد طرفاً في الإجراءات، ويكون التوزيع بناء على تسوية ودية فيما بينهم إذا اتفقوا على ذلك، وإن لم يتفقوا فيتم توزيع الحصيلة بين الدائنين، وفقاً للأصول الشرعية والنظامية.

أما في نظام الإفلاس عام ١٤٣٩هـ؛ فقد تضمنت المادتين (٥٠ و٥٤) الإشارة إلى أنه إذا تمت الموافقة على افتتاح إجراء إعادة التنظيم المالي فيتم تعيين أمين – أو أكثر –، وخبير، وقاضي إشراف؛ بصلاحيات ومؤهلات محددة لكل منهم، وأشارت المادتين (٥٦ و٦٨) إلى أن الأمين يدعو الدائنين إلى تقديم مطالباتهم خلال مدة لا تزيد على ٩٠ يوماً من تاريخ الإعلان؛ ويشرف الأمين على نشاط المدين للتحقق من سلامة إدارة المدين لنشاطه ومراقبة عملياته المالية، ويُعِد الأمين قائمة بمطالبات الدائنين بناء على المعلومات المقدمة إليه، كما أشارت المادة (٢٤) من اللائحة التنفيذية لنظام الإفلاس عام ١٤٣٩هـ؛ إلى أنه يتم تشكيل لجنة للدائنين من ثلاثة أعضاء على الأقل من الدائنين بقرار من المحكمة أو بناءً على طلب الأمين أو طلب دائنين تمثل مطالباتهم ٥٠٪ من إجمالي قيمة الديون؛ ويُعِد المدين مقترح إعادة التنظيم المالي – بمساعدة الأمين – ويصوت الدائنون على المقترح وفقاً للإجراءات الواردة فيه؛ وحسب ما تضمنته المواد (٧٩-٨٦) من نظام الإفلاس عام ١٤٣٩هـ فإنه لا يتم تنفيذ المقترح إلا بعد التصديق عليه من المحكمة تحت إشراف الأمين؛ فإذا تم تنفيذ المقترح ونجحت الخطة وحصل الدائنون على حقوقهم: قام الأمين بتقديم طلب إلى المحكمة للحكم بإنهاء إجراء إعادة التنظيم المالي، وإن فشلت الخطة حكمت المحكمة بإجراء التصفية.

أما في حال طلب افتتاح إجراء التصفية فقد أشارت المواد (٩٣-١٠٢) من نظام الإفلاس عام ١٤٣٩هـ إلى أنه لا يقيد طلب إجراء التصفية إلا إذا كان الدين حال الأجل، ومحدد المقدار، والسبب، ولا يقل مقداره عن المبلغ الذي تحدده لجنة الإفلاس، وأن يكون مستحقاً بموجب سند تنفيذي، أو ورقة عادية، وأن يكون قد طالب به المدين قبل ٢٨ يوماً من تاريخ قيد الطلب ولم يسدد أو ينازع في الدين؛ وعلى المحكمة تبليغ المدين به خلال مدة لا تزيد على خمسة أيام من تاريخ قيد الطلب، وللمدين أن يعترض أمام المحكمة على الطلب، وله تقديم طلب افتتاح إجراء التسوية الوقائية أو إجراء إعادة التنظيم المالي إذا أثبت إمكانية استمرار نشاطه بما يحقق مصلحة أغلبية الدائنين؛ وإذا تم قيد طلب افتتاح إجراء التصفية، أو حكمت المحكمة بافتتاحه، فيتم تعليق المطالبات حتى تحكم المحكمة برفض الطلب أو إنهاء الإجراء؛ وقد يتم افتتاح إجراء التصفية أو رفضه وافتتاح إجراء آخر، وتغل يد المدين عن إدارة نشاطه فور تعيين الأمين، ويترتب على افتتاح إجراء التصفية البدء في تصفية أصول التفليسة، ويتولى الأمين تصفية أصول التفليسة عدا ما وافقت المحكمة على احتفاظ المدين ذي الصفة الطبيعية به لتوفير ما يكفي له ولمن يعول بالمعروف. وبعد هذا كله يصدر الأمين قرار توزيع حصيلة بيع أصول التفليسة على الدائنين وفق ما أشارت إليه المادة (١١٦) من نظام الإفلاس عام ١٤٣٩هـ، ويكون التوزيع وفقاً لترتيب الأولوية، وقد بينت المادة (٥٤) من اللائحة التنفيذية لنظام الإفلاس عام ١٤٣٩هـ؛ أن قرار التوزيع يجب أن يتضمن بياناً بأصول التفليسة المبيعة وحصيلة بيعها وبياناً بطريقة توزيع حصيلة بيع أصول التفليسة وتاريخ التوزيع وأسماء الدائنين والمبالغ المخصصة لكل منهم بناء على أولوياتهم.

وهنا نلاحظ أن نظام التنفيذ أسرع وأسهل في الإجراءات؛ بينما ينطوي نظام الإفلاس على إجراءات طويلة ومعقدة بعض الشيء؛ ويبدو لنا من الوهلة الأولى أن نظام التنفيذ أفضل للدائن من نظام الإفلاس؛ ولكن هذه الأفضلية ليست مطلقة؛ فنظام التنفيذ بلا شك أفضل للدائن الحاجز الذي تقدم بطلب التنفيذ؛ لكنه لا يرعى حقوق بقية الدائنين كما يرعاها نظام الإفلاس، كما إن نظام التنفيذ لا يهتم بتعظيم أصول المدين بالقدر الذي يهتم به نظام الإفلاس؛ فنظام الإفلاس يهدف إلى تعظيم أصول التفليسة بأكبر قدر ممكن وهذا بلا شك يصب في مصلحة الدائنين على المدى البعيد.

المطلب الثاني: الاتجاه إلى تنويع طرق التعامل مع الأشخاص المتعثرة حسب تصنيفها

دأبت تشريعات الإفلاس القديمة إلى قصر النظر عند توقف المدين عن الدفع على حقوق الدائنين؛ فكانت ترتب الحكم بالإفلاس على مجرد توقف المدين عن الدفع؛ فقد اعتبرت المادة (١٠٣) من نظام المحكمة التجارية المدين مفلساً بمجرد العجز عن تأدية الديون، ونصت المادة (٥٥٠) من القانون التجاري المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م، على ذلك صراحة حيث قالت: "يعد في حالة إفلاس أي تاجر ... إذا توقف عن دفع ديونه التجارية إثر اضطراب أعماله المالية"؛ واعتبار المدين مفلساً بمجرد توقفه عن الدفع يعني البدء فوراً في إجراءات الإفلاس التي هدفها الأول هو حفظ أكبر قدر ممكن من حقوق الدائنين؛ دون النظر في حقوق أي فئة أخرى مهما كانت علاقتها بالمشروع التجاري الذي توقف عن الدفع؛ فلا تنظر إلى مصير عمال المفلس – مثلاً – بعد تصفية تجارته، ولا إلى أثر إنهاء أعمال المفلس على الاقتصاد الوطني، بل وحتى مدين المفلس فقد أشارت المادة (١١٣) من نظام المحكمة التجارية عام ١٣٥٠هـ إلى أنه يؤخذ ما عنده للمفلس سواء حل أجله أم لا. يقول محمد صالح: "فإذا توقف عن الدفع وجب رفع يده عن إدارة أمواله منعاً له من العبث بحقوق دائنيه، هذا هو الأساس الذي يقوم عليه نظام الإفلاس" (صالح، د.ت.)، فالمقصد الأول لقوانين الإفلاس القديمة هو حفظ حقوق الدائنين.

إن هذا المفهوم الصارم للتوقف عن الدفع الذي أخذت به قوانين الإفلاس القديمة لم يعد ملائماً للعصر نظراً لما طرأ على طبيعة النشاط التجاري من تطورات كبيرة (التميمي، ٢٠١١م)، ولذا نجد أن نُظُم الإفلاس الحديثة – بما فيها نظام الإفلاس السعودي – قد وسعت دائرة اهتمامها؛ فهي تنظر إلى المصلحة العامة المتمثلة في أثر المشروع على الاقتصاد الوطني وتنظر إلى مصلحة المدين كما تنظر إلى مصلحة الدائنين، ولذا عملت على إيجاد الحلول الملائمة لتعثر المنشآت التجارية بدلاً من التركيز على معاقبتها وإعلان إفلاسها (حوّى، ٢٠١٧م)، وبناءً عليه فقد صنفت الأشخاص المتعثرة إلى ثلاث درجات، وجعلت لكل درجة تعامل خاص، وهذه الدرجات هي:

١- شخص على وشك التعثر ولكن يمكنه الاستمرار وقادر على القيام بذاته.
٢- شخص متعثر يمكنه الاستمرار ولكنه يحتاج إلى إعادة هيكلة.
٣- شخص متعثر ولا يمكنه الاستمرار.

وبناءً على هذ التصنيف وضع المنظم قواعد نظام الإفلاس الجديد في الفصل الثالث والرابع منه؛ فأعطى المشاريع المندرجة تحت الدرجة الأولى خيار التسوية الوقائية، وأعطى المشاريع المندرجة تحت الدرجة الثانية خيار إعادة التنظيم المالي، وكل هذا من أجل حماية المشروع من الفشل والإبقاء عليه بقدر الإمكان ما دام يمكنه البقاء، بينما أبقى على خيار التصفية كحل حتمي للمشاريع المندرجة تحت الدرجة الثالثة، وقد منح نظام الإفلاس إجراء إعادة التنظيم المالي أولوية على إجراء التصفية، بينما منح إجراء التسوية الوقائية أولوية على إجراء إعادة التنظيم المالي[١١]؛ بهدف

(١١) بين نظام الإفلاس معنى إجراء إعادة التنظيم المالي في المادة الأولى منه بأنه: "إجراء يهدف إلى تيسير توصل المدين إلى اتفاق مع دائنيه على إعادة التنظيم المالي لنشاطه تحت إشراف أمين إعادة التنظيم المالي"، وهذا التعريف في الحقيقة لا يبين كنه مصطلح إعادة التنظيم المالي بياناً شافياً، ويبدو من خلال نصوص النظام المتعلقة بإجراء إعادة التنظيم المالي أن إعادة التنظيم المالي يعني: حصر أصول المدين، وحصر مطالبات الدائنين، ودراسة الوضع المالي للمدين، ومن ثم الخروج بخطة مقترحة تتضمن طريقة إدارة أصول المدين ونشاطه التجاري والاقتصادي بطريقة تضمن الخروج بأكبر المكاسب الممكنة؛ بشرط الإبقاء على نشاط المدين حتى ولو تطلب الأمر إعادة جدولة الديون أو حسم جزء منها.

مساعدة الأشخاص ذات الجدوى الاقتصادية عند تعرضها إلى التعثر المالي، كما منح الأطراف حرية الاتفاق على مضمون التسوية الوقائية أو إعادة التنظيم المالي ("المذكرة التوضيحية لمشروع نظام الإفلاس"، ٢٠١٧م).

ولا شك أن إتاحة إجراء التسوية الوقائية أو إعادة التنظيم المالي ينقذ التاجر حسن النية الذي غلبته الظروف من خطر التصفية وما يترتب عليها من القضاء على المدين، وما يترتب على ذلك من إلحاق الضرر بكل المرتبطين بالمشروع من عاملين وموردين ومستفيدين وما يلحق ذلك من مشاكل اقتصادية واجتماعية (قرمان، ٢٠١١م).

أثر هذه الاتجاه على حقوق الدائنين

يبدو للوهلة الأولى أن هذا الاتجاه يراعي المفلسين على حساب الدائنين؛ فكونه يتيح للمفلس المتوقف عن سداد ديونه خياراً آخر غير التصفية فهذا يعني تأخير حصول الدائن على حقه من أموال التاجر، ولكن الأمر ليس على ما يبدو بل إنه يتضمن فكرة أعمق من الفكرة الظاهرة؛ فالنظام لا يمنح هذه الفرصة لكل متعثر؛ وإنما يمنحها لمن انطبقت عليه الشروط؛ لتمكينه من الإبقاء على مشروعه ومساعدته على النهوض من جديد ليتمكن بعد ذلك من أداء حقوق الدائنين بوجه أفضل مما لو أجرى التصفية مباشرة.

ولعل أهم ضمانة لحقوق الدائنين هي ما أشار إليه نظام الإفلاس الجديد في المادتين (٣١، ٧٩) من أنه لا يسمح بافتتاح أي من إجراءات التسوية الوقائية أو إعادة التنظيم المالي إلا إذا صوتت بالموافقة عليه كل فئات الدائنين، ولا تعد الفئة موافقة إلا إذا صوت بالموافقة على المقترح دائنون تمثل مطالباتهم ثلثي قيمة ديون المصوتين في الفئة ذاتها، وكان من ضمنهم دائنون تمثل مطالباتهم أكثر من نصف قيمة ديون الأطراف غير ذوي العلاقة - إن وجدوا -، وعليه فالقرار هو قرار أغلبية الدائنين فإذا قبلت الأغلبية الإجراء تم افتتاحه وإذا رفضته فلن يتم.

وهنا يثور سؤال مهم وهو أن بعض الدائنين قد يكون من الأقلية الرافضة؛ وقد يكون في رفضه للتصويت مبرر خاص به يجعله يتضرر بالموافقة أكثر من غيره من الدائنين الآخرين؛ فما الذي يمكنه أن يفعل لحماية حقه؟ لم يغفل نظام الإفلاس الجديد عن مثل هذه الحالة فقد أشار في المادتين (٣٤ و٨٠) إلى منح الدائن حق الاعتراض على المقترح أمام المحكمة في جلسة التصديق عليه إذا كان يرى أنه يخل بمعايير العدالة ويعتقد أنه يضر به، ولديه سبب معقول لرفضه.

ومما سبق يظهر أن النظام حين قرر الأخذ بهذا الاتجاه لم يهمل حقوق الدائنين بل حرص على رعايتها بأفضل وجه ممكن.

ومع أن افتتاح أي من إجرائي التسوية الوقائية أو إعادة التنظيم المالي يؤدي إلى تعليق مطالبات الدائنين، وفي هذا بلا شك مساس بأهم حقوق الدائن وهو حق المطالبة بالدين؛ إلا أن مؤداه هو حفظ حقوق الدائنين على المدى البعيد وتمكين المدين من توفير ما يمكنه من أداء أكبر قدر ممكن من حقوقهم، بعكس ما لو تمت التصفية في وضع قد يكون فيه المدين في أسوأ أوضاعه، وقد تكون قيمة موجوداته أقل ما يمكن.

المطلب الثالث: الاتجاه إلى تمكين المدين المفلس من معاودة نشاطه

بالرغم من أن قوانين الإفلاس القديمة قسمت المفلسين إلى ثلاثة أصناف، مفلس محتال، ومفلس مقصر، ومفلس حقيقي كما جاء في المادة (١٠٤) من نظام المحكمة التجارية عام ١٣٥٠هـ؛ إلا إن هذا التقسيم كان يهدف إلى تجريم الإفلاس الاحتيالي والإفلاس التقصيري؛ ولم يكن الهدف منه التخفيف عن المفلس الحقيقي، بل إنها كانت تعامل المفلس الحقيقي بشدة، وتنظر إليه بنظرة يشوبها القسوة والصرامة، حتى ولو كان مغلوباً على أمره وحصل إفلاسه بأسباب خارجة عن إرادته؛ فنظم الإفلاس القديمة لا زالت تحمل في ثناياها رغبة الانتقام من المفلس وتجريمه حتى ولو كان حسن النية ومغلوباً على أمره (البارودي، ٢٠٠٢م)، ويقول قرمان: "تتسم قواعد الإفلاس بالقسوة في معاملة المدين الذي يتوقف عن الوفاء بديونه في مواعيدها، ولذلك نشأ نظام الإفلاس وهو ينظر بعين الريبة والشك في قدرته واستحسان اقتلاعه من الحياة التجارية، لأنه يعتبر بمثابة بؤرة سرطانية تؤثر على السوق كله" (قرمان، ٢٠١١م)، وقد أشارت المادتين (١٠٩ و١١٠) من نظام المحكمة التجارية عام ١٣٥٠هـ، إلى أنه بمجرد أن يطالب أحد غرمائه بإعلان إفلاسه ويقدم الأوراق

اللازمة لذلك؛ إلا ويجب في الحال إيقافه أو وضعه تحت مراقبة الشرطة، وتقرر المحكمة الحجر عليه وإعلان إفلاسه وتعتبر تصرفاته الفعلية والقولية غير نافذة اعتباراً من تاريخ قرار الإفلاس، ويقول مصطفى طه: "لم يكن نظام الإفلاس يُعنى بإقالة المدين من عثرته، وإنما كان يُعنى – منذ توقفه عن الدفع وشهر إفلاسه – بالسير في طريق إنهاء حياته التجارية دون رحمة ولا شفقة" (طه ومصطفى، ٢٠١٨م)، ولم تكتف تشريعات الإفلاس القديمة بمجرد إنهاء حياة المفلس التجارية؛ فقد كان القانون التجاري الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٧م يقضي بحبس المفلس في جميع الأحوال ومهما كان سبب إفلاسه (الشرقاوي، ١٩٨٩م).

في حين اختلفت النظرة الحديثة إلى المفلس فأصبحت أكثر مراعاة لحق المفلس؛ يقول الغنام: "لم يعد الهدف من الإجراءات مجرد التنكيل بالمدين وعقابه بإزالة مشروعه من الحياة التجارية" (الغنام، ١٤٣٩هـ)، بل إنها كما تهدف إلى حماية الدائنين من مدينهم المفلس؛ فإنها كذلك تسعى إلى حماية المدين المفلس من دائنيه (معاشي، ٢٠٠٤م)، وقد نص على ذلك نظام الإفلاس الجديد صراحة في المادة الخامسة منه حيث قال: "إن إجراءات الإفلاس تهدف إلى تمكين المدين المفلس أو المتعثر أو الذي يتوقع أن يعاني من اضطراب أوضاعه المالية من الاستفادة من إجراءات الإفلاس، لتنظيم أوضاعه المالية ولمعاودة نشاطه والإسهام في دعم الاقتصاد وتنميته".

ويظهر أثر هذه الحماية للدائن فيما أشارت إليه المادتان (١٧ و٤٦) من نظام الإفلاس عام ١٤٣٩هـ، من تمكين الدائن من إجراء التسوية الوقائية أو إعادة التنظيم المالي ليحافظ على مركزه ويستمر في نشاطه إذا كان ذلك ممكناً، أو سرعة رد اعتباره ليعود إلى السوق سريعاً في حال إفلاسه وتصفية أمواله، وتمكنه عند تقديم طلب افتتاح أي من هذين الإجراءين من تقديم طلب تعليق مطالبات الدائنين، وتعد فكرة تعليق المطالبات من أهم خصائص نظم الإفلاس الحديثة كقانون الإفلاس الاتحادي الأمريكي والتي كان لها دور كبير في حماية العديد من الشركات والأشخاص الاقتصادية ("المذكرة التوضيحية لمشروع نظام الإفلاس"، ٢٠١٧م).

وإن لم يتمكن المدين من إجراء التسوية الوقائية أو إعادة التنظيم واضطر إلى التصفية وشهر إفلاسه فقد أشارت الفقرة الأولى من المادة (١٢٥) من نظام الإفلاس عام ١٤٣٩هـ إلى أنه يزال اسمه – إذا كان شخصاً طبيعياً – من سجل الإفلاس بعد مضي ٣٠ يوماً من تاريخ صدور حكم المحكمة بإنهاء إجراء التصفية؛ ويترتب على ذلك تمكينه من ممارسة الأعمال التجارية أو المهنية أو الهادفة إلى الاستثمار، فقوانين الإفلاس الحديثة تسعى إلى إقالة المدين من كبوته ورد الاعتبار إليه في أسرع وقت ممكن.

أثر هذا الاتجاه على حقوق الدائنين

لا شك أن أهم ما يعني الدائن هو الحصول على ماله من المدين المفلس، ولا شك أن أي عقوبة أخرى يتم إيقاعها بعد تصفية أموال المدين لن تجدي الدائن نفعاً في شيء؛ فلو حكم على المفلس بالسجن مثلاً؛ فما الذي سيجنيه الدائن من ذلك؟ فإن كان المدين المفلس مغلوباً على أمره، وحسن النية؛ فلن يجني الدائن من هذه العقوبة غير الأسى والحزن؛ وإن كان المفلس محتالاً أو مدلساً فقد تكفل النظام بعقوبته عقوبة رادعة؛ وعليه فلا فائدة من معاقبة المدين حسن النية الذي غُلب على أمره.

ومن جهة أخرى فإن رد اعتبار المفلس بعد انتهاء التصفية وتمكينه من معاودة نشاطه سيمكنه من تحصيل المال مجدداً من تجارته مستغلاً في ذلك خبرته التجارية وتجربته من فشله السابق؛ وهذا بدوره يمكنه من سداد ما تبقى عليه من الديون بعد انتهاء التصفية مما لم يبرئه منه دائنوه؛ وفق ما أشارت إليه المادة (١٨١) من نظام الإفلاس عام ١٤٣٩هـ؛ بعكس ما لو حرم من مزاولة التجارة مدة طويلة كما كان الوضع في الأنظمة السابقة، حيث أشارت المادة (١٣١) من نظام المحكمة التجارية عام ١٣٥٠هـ، إلى إن المفلس لا يمكنه مزاولة التجارة إذا بقي في ذمته ديون بعد الإفلاس إلا بعد مرور ١٥ سنة من بعد زوال الإفلاس، ولا شك أن هذه المدة كفيلة بأن تنسيه خبرته التجارية التي يمكنه الكسب من خلالها، وبالتالي تأخر إمكانية سداد ما تبقى من الديون بعد الإفلاس؛ فيما لو تمكن من العودة.

وعليه فإن رد اعتبار المدين المفلس بعد انتهاء التصفية بوقت قصير، وتمكينه من مزاولة الأعمال الهادفة للربح؛ هو في مصلحة الدائنين.

المطلب الرابع: الاتجاه إلى التفريق بين صغار المدينين وكبار المدينين في الإجراءات

لم تتضمن مواد الإفلاس الواردة في نظام المحكمة التجارية عام ١٣٥٠هـ؛ أي إشارة تدل على تفريق النظام بين صغار المدينين وبين كبار المدينين؛ بل إنها كانت تتحدث عن التاجر المفلس وكأنها تتحدث عن الشخص الطبيعي فقط دون أي إشارة إلى الأشخاص الاعتبارية كالشركات التجارية ونحوها، وكذلك القانون التجاري المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م، لم يتضمن أي إشارة للتفريق بين صغار المدينين وكبارهم، وجل ما تشترطه قوانين الإفلاس القديمة هو أن يكون المدين تاجراً، ويكون تاجراً في اصطلاحها كل من يزاول على وجه الاحتراف باسمه ولحسابه عملاً تجارياً، وكل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها في قانون الشركات؛ وفقاً لما أشارت إليه المادة (١٠) من القانون التجاري المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م؛ وهذا يشمل الشخص الطبيعي مهما صغر رأس ماله، ويشمل الشركات بما فيها الشركات المساهمة التي قد تصل رؤوس أموالها المليارات؛ فتعاملهم جميعاً بنفس الطريقة، وتطبق عليهم كلهم نفس الإجراءات.

بينما اتجه نظام الإفلاس الجديد اتجاهاً مغايراً في هذا الشأن، فعمل في المادة (١٢٧) منه على تقسيم المدينين بحسب مقدار إجمالي مبالغ الديون إلى قسمين؛ لم يسم القسم الأول بل جعل مصطلحات وإجراءات الإفلاس تطلق في الأصل عليه دون تسمية له؛ وأطلق على القسم الثاني مصطلح صغار المدينين، وقد حددت لجنة الإفلاس معيار المدين الصغير بأنه كل مدين لا يتجاوز إجمالي الديون في ذمته عند افتتاح إجراء الإفلاس مبلغ اثنين مليون ريال سعودي[١٢]، ويوجد في حقيقة الأمر قسم ثالث؛ لكن هذا القسم يتحدد بمعيار آخر غير معيار مقدار إجمالي الديون؛ وهذا المعيار هو معيار تغطية حاصل التصفية لمصروفات إجراء التصفية، فإن كان حاصل التصفية لا يغطي تكاليف التصفية؛ فهذا في الحقيقة يحتاج تصفية من نوع خاص سماها نظام الإفلاس في المادة (١٦٧) منه بالتصفية الإدارية؛ وهذا في حقيقة الأمر يعني وجود قسم ثالث من المدينين يمكن أن نسميه بالمدين المعدم، ومن هذا كله نستنتج أن نظام الإفلاس قسم المدينين إلى ثلاثة أقسام باعتبارين؛ فالاعتبار الأول هو تغطية حصيلة التصفية لتكاليف التصفية؛ فهي إما أن تكفي لتغطية تكاليف التصفية، أو لا تكفي لتغطيتها؛ فإن كانت لا تكفي فيمكن أن نسمي هذا القسم بالمدين المعدم والإجراء المناسب له هو التصفية الإدارية، وإن كانت حصيلة التصفية تكفي لتغطية تكاليفها؛ فننظر إلى إجمالي الديون فإن كانت لا تزيد على مليوني ريال فالإجراء المناسب هو إجراء صغار المدينين – سواء كان التسوية الوقائية لصغار المدينين أو إعادة التنظيم المالي لصغار المدينين أو التصفية لصغار المدينين – وإن كان إجمالي الديون يزيد على مليوني ريال فالإجراء المناسب هو الإجراء المطلق سواء كان التسوية الوقائية أو إعادة التنظيم المالي أو التصفية.

ويظهر أثر هذا التقسيم وقيمته العملية وفقاً للفقرة (د) من المادة (٥) من نظام الإفلاس عام ١٤٣٩هـ؛ في تخفيض تكلفة الإجراءات وسرعة إنجازها وزيادة فاعليتها؛ حيث يحصل المدين الصغير – وفقاً للمواد (١٢٧، ١٤٢، ١٦٠) من نظام الإفلاس عام ١٤٣٩هـ – على الإجراء المناسب خلال فترة قصيرة وبإجراءات يسيرة وتكلفة منخفضة وكفاية عالية، ويحصل المدين الكبير على الإجراءات المناسبة لحجم الدين الكبير، بينما تتم تصفية المدين المعدم إدارياً بدون تكلفة تذكر.

أثر هذا الاتجاه على حقوق الدائنين

دأب نظام الإفلاس عام ١٤٣٩هـ إلى الإشارة إلى الهدف المنشود من كل إجراء في أول مادة من المواد التي تتناول الإجراء، ففي المواد (١٢٧، ١٤٢، ١٦٠) من نظام الإفلاس تكررت عبارة: "يهدف إجراء ... إلى تمكين المدين ... من التوصل إلى اتفاق مع دائنيه ... خلال فترة معقولة عبر

(١٢) انظر موقع لجنة الإفلاس على شبكة الإنترنت، صفحة الأسئلة الشائعة على الرابط:
https://bankruptcy.gov.sa/ar/Awarenes/FAQs/Pages/default.aspx
بتاريخ يوم الأحد ١٢/ ٦/ ١٤٤٠هـ.

إجراءات يسيرة بتكلفة منخفضة وكفاية عالية، ..."؛ ولا شك أن خفض التكاليف وزيادة الكفاية يمكنان الدائن من الحصول على أكبر قدر من حقه – إن لم يكن حقه كاملاً – ولا شك أن تقليل الفترة وتيسير الإجراءات يؤديان إلى سرعة وسهولة حصول الدائن على حقه، ومن هنا يظهر الأثر الإيجابي لهذا الاتجاه على حقوق الدائنين.

وهنا يثور تساؤل مهم وهو: ما دامت الإجراءات الخاصة بصغار المدينين تهدف إلى توصل المدين إلى اتفاق مع دائنيه خلال فترة معقولة عبر إجراءات يسيرة بتكلفة منخفضة وكفاية عالية؛ فلم لا تطبق نفس الإجراءات على المدين الكبير ويصبح الإجراء موحداً للكبار والصغار؟ والإجابة على هذا التساؤل تظهر بالنظر في تفاصيل الإجراءات الخاصة بكبار المدينين؛ حيث إن المنظم سعى جاهداً لتحقيق التوازن بين مصلحة المدين ومقصد الإبقاء على المشروع من جهة، وبين مصلحة الدائنين من جهة أخرى؛ خاصة وأن المتأثرين بإفلاس المشروع الكبير أكثر، وأثره على الاقتصاد الوطني أكبر؛ فحرص المنظم على وضع الإجراءات التي تحقق هذا التوازن والتي ستكون طويلة ومكلفة بعض الشيء بطبيعة الحال.

ويلاحظ أن نظام الإفلاس عام ١٤٣٩هـ في المواد (١٢٨، ١٤٣، ١٦١) قد منح المدين الصغير حق اختيار طلب افتتاح الإجراءات العادية (إجراءات المدين الكبير) بدلاً من افتتاح إجراءات صغار المدينين، ولا شك أن منح المدين الحق في اختيار الإجراءات العادية قد يستخدم من قبل المدين استخداماً يضر الدائنين خاصة في حال التصفية التي يرى المدين أنها لن تبقي له شيئاً؛ فيعمد إلى اختيار التصفية العادية التي تستغرق وقتاً أطول وتكلف مالاً أكثر؛ وهذا المال بلا شك سيؤخذ من حصيلة التصفية وسيقدم على حقوق الدائنين بموجب حق امتياز تكاليف التصفية على حقوق الدائنين، وبالتالي يضر الدائنين بانتقاص ما قد يحصلون عليه نتيجة التصفية؛ ويضرهم من خلال إطالة الإجراءات.

خاتمة

تم بحمد الله تعالى وفضله الوصول إلى نهاية هذا البحث؛ الذي تناول الاتجاهات الحديثة في نظام الإفلاس وأثرها على حقوق الدائنين؛ ولا أدعي أن هذا البحث تناول كل جديد في نظام الإفلاس؛ ولكنه تناول أبرز الاتجاهات وأكثرها تأثيراً؛ والتي مثلت نهجاً مغايراً لما كانت عليه نظم الإفلاس القديمة؛ وذلك من حيث نطاق تطبيق النظام، وطرق التعامل مع الأشخاص المتعثرة، والتعامل مع المدين المفلس، والتفريق بين صغار المدينين وكبار المدينين في الإجراءات، مبيناً قبل ذلك كله المتغيرات التي أدت إلى ظهور الاتجاهات الحديثة، وقد وصل البحث إلى النتائج التالية:

- أولاً: تميّز نظام الإفلاس باستجابته القوية للمتغيرات الاقتصادية والعالمية؛ فجاء مختلفاً كلياً عن نظام المحكمة التجارية بل وحتى عن بعض القوانين العربية التي صدرت حديثاً في مجال الإفلاس.
- ثانياً: يتجه نظام الإفلاس الجديد إلى توسيع نطاق تطبيق أحكامه ليشمل كل شخص طبيعي أو اعتباري يمارس في المملكة أعمالاً تجارية، أو مهنية، أو أعمالاً تهدف إلى الاستثمار.
- ثالثاً: يتجه نظام الإفلاس الجديد إلى تنويع طرق التعامل مع الأشخاص المتعثرة حسب تصنيفها، وتطبيق الإجراء المناسب لكل مشروع بما يحقق أكبر قدر ممكن من المصلحة لجميع الأطراف.
- رابعاً: يتجه نظام الإفلاس الجديد إلى سرعة رد اعتبار المدين المفلس وتمكينه من معاودة نشاطه.
- خامساً: يفرّق نظام الإفلاس الجديد بين صغار المدينين وكبار المدينين من حيث الإجراءات ليضمن بذلك سرعة الإجراءات وخفض التكاليف.
- سادساً: كان الهدف الأسمى وراء هذه الاتجاهات والإجراءات؛ هو تحقيق المصلحة العامة، ودعم الاقتصاد الوطني.
- سابعاً: عززت الاتجاهات الجديدة حماية حقوق الدائنين، ورعتها بشكل أشمل وأوسع من النظام السابق.

ولكل ما سبق فإن نظام الإفلاس يعد بحق نقلة نوعية في مجاله ونموذجاً يحتذى للنسج على منواله؛ ومع ذلك فلا يخلو عمل بشري من الخلل والقصور، وأبرز جوانب القصور تتمثل في كثرة مواد النظام، وتكرار كثير من المواد

والإجراءات، والانشغال بذكر المبررات والمسوغات، ووجود بعض التفصيلات التي حقها أن تكون في اللائحة التنفيذية؛ ولذا فقد خلص البحث إلى التوصيات التالية:

- أولاً: إعادة صياغة نظام الإفلاس بعد تنقيحه من التبريرات والمسوغات والجوانب التنفيذية والتفصيلية؛ ومع أهمية هذه الأمور إلا أن موطنها ليس النظام بل الفقه بالنسبة للتبريرات والمسوغات، أو اللائحة التنفيذية بالنسبة للجوانب التنفيذية والتفصيلية.
- ثانياً: توسع النظام كثيراً في توسيع نطاقه حتى شمل الأشخاص الطبيعية التي تمارس أعمالاً مهنية؛ ويرى الباحث أن في هذا مبالغة كبيرة في توسيع نطاق الإفلاس خاصة من حيث شموله للأشخاص الطبيعيين المهنيين.
- ثالثاً: اعتنى النظام بالفصل بين صغار المدينين وكبار المدينين إلا أنه خلا - كما خلت لائحته التنفيذية - من نص فاصل يحدد المدين الصغير بشكل قاطع، فيوصى بتضمين اللائحة التنفيذية تحديداً للمدين الصغير أو قواعد لتحديد المدين الصغير.
- رابعاً: أسند نظام الإفلاس مهمة تحديد الوثائق المطلوبة في النظام بشكل عام إلى اللائحة؛ واللائحة بدورها أسندت المهمة إلى لجنة الإفلاس، واللائحة بذلك تخالف النظام وتدع صاحب الشأن متحيراً ومحتاجاً إلى التواصل مع لجنة الإفلاس قبل القيام بأي شيء، فيجب أن تتضمن اللائحة بياناً بالوثائق المطلوبة.

هذا والله أعلى وأعلم وصلى الله وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب

ابن دريد، محمد (١٩٨٧م). *جمهرة اللغة*. تحقيق: رمزي بعلبكي، بيروت: دار العلم للملايين.

ابن سيده، علي (١٤٢١هـ). *المحكم والمحيط الأعظم*. تحقيق: عبدالحميد هنداوي، بيروت: دار الكتب العلمية.

ابن منظور، محمد (١٤١٤هـ). *لسان العرب*. بيروت: دار صادر.

البارودي، علي (٢٠٠٢م). *الأوراق التجارية والإفلاس*. الأردن: دار المطبوعات الجامعية.

الجبر، محمد (١٤١٧هـ). *القانون التجاري السعودي*. الرياض: بدون ناشر.

دويدار، هاني (٢٠٠٨م). *القانون التجاري (العقود التجارية - العمليات المصرفية - الأوراق التجارية - الإفلاس)*. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

الشرقاوي، محمود (١٩٨٩م). *القانون التجاري*. القاهرة: دار النهضة العربية.

صالح، محمد (د.ت.). *الأوراق التجارية وأعمال البنوك والإفلاس*. القاهرة: مطبعة الإرشاد.

طه، مصطفى ومصطفى، شريف (٢٠١٨م). *أصول الإفلاس*. القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية.

عمر، أحمد (١٤٢٩هـ). *معجم اللغة العربية المعاصرة*. بيروت: عالم الكتب.

الغنام، طارق (١٤٣٩هـ). *الأوراق التجارية والإفلاس والتسوية الواقية منه في النظام السعودي*. الرياض: دار الكتاب الجامعي.

الفقي، محمد (٢٠١١م). *القانون التجاري (الإفلاس - عمليات البنوك)*. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

قرمان، عبدالرحمن (٢٠١١م). *الأوراق التجارية والإفلاس والتسوية الواقية من الإفلاس طبقاً للأنظمة القانونية في المملكة العربية السعودية*. الرياض: مكتبة الشقري.

ثانياً: الأبحاث والرسائل العلمية

التميمي، محمد (٢٠١١م). *التوقف عن الدفع وآثاره على المفلس وحقوق الدائنين*. رسالة دكتوراه، قسم العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، الجزائر.

الجعفري، أحمد (١٤٢٦هـ). أحكام الإعسار في الفقه الإسلامي مقارناً بأنظمة المملكة العربية السعودية. *مجلة العدل*، ع(٢٧).

حبيب، غازي وحمدي، عدنان (١٩٨٧م). إفلاس بعض الشركات في المملكة العربية السعودية: أسباب وحلول. *المجلة العربية للإدارة الصادرة عن المنظمة العربية للتنمية الإدارية*، مج(١١)، ع(٢)، ص ص ١٤٧-١٦٥.

حسن، يسري وعبدالحميد، عبدالعزيز (٢٠١١م). الأزمة المالية العالمية لعام ٢٠٠٨م: الأسباب - المعالجات - الآثار المترتبة عليها عربياً. *مجلة القادسية للعلوم الإدارية والاقتصادية*، مج(١٣)، ع(٢))، ص ص ٧٥-٩٧.

حوّى، فاتن (٢٠١٧م). *نحو تحديث القواعد القانونية للإفلاس استناداً لمعايير القانون التجاري الدولي*. مؤتمر لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (تحديث القانون التجاري الدولي لدعم الابتكار والتنمية المستدامة)، فيينا.

خضير، إيمان وحسين، عيادة (٢٠٠٨م). المتغيرات الاقتصادية العالمية المعاصرة وآثارها على الاقتصادات العربية. *مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية*، مج(١٤)، ع(٥٠)، ص ص ١٤١-١٦٢.

الدخيل، عبدالعزيز (١٩٩٦م). الاقتصاد السعودي: مراجعة الحاضر واستشراف المستقبل. *مجلة بحوث اقتصادية عربية الصادرة عن الجمعية العربية للبحوث الاقتصادية*، ع(٦)، ص ص ٤٧-٨٤.

الرويس، خالد (٢٠١٢م). مفهوم الإفلاس وشروط الحكم به في النظام التجاري السعودي. *مجلة البحوث القانونية والاقتصادية*، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، مج(٠)، ع(٥١).

شفيق، محسن (١٩٤٥م). الاتجاهات الحديثة في التشريع التجاري. *مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية*، مج(٢)، ع(٢)، ص ص ٢٥٧-٢٩٢.

الصغار، زينة (٢٠١٧م). الجديد في قانون الإفلاس رقم (٩) لسنة ٢٠١٦م لدولة الإمارات العربية المتحدة. *مجلة القانون المغربي*، ع(٣٦)، ص ص ٥-٣٦.

القرشي، زياد (٢٠١٥م). التسوية الواقية من الإفلاس والتسوية الإرادية: دراسة تحليلية مقارنة بين النظام السعودي والقانون الإنجليزي. *مجلة جامعة الملك عبدالعزيز - الاقتصاد والإدارة*، مج(٢٩)، ع(٢)، ص ص ١٩٧-٢٦٤.

قرمان، عبدالرحمن (٢٠١١م). التسوية الواقية من الإفلاس في أنظمة المملكة العربية السعودية. *كرسي الشيخ فهد المقبل لدراسات النظام التجاري*.

معاشي، سميرة (٢٠٠٤م). *آثار حكم شهر الإفلاس بالنسبة لجماعة الدائنين*. رسالة ماجستير، قسم العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، الجزائر.

ثالثاً: مواقع الإنترنت

- "الأزمة المالية العالمية وتداعياتها على الاقتصادات العربية"، صندوق النقد العربي، (٢٠٠٨م)، ورقة منشورة على الرابط: https://www.amf.org.ae/ar/content/-الأزمة-المالية-العالمية-وتداعياتها-على-الاقتصادات-العربية.pdf
- "التقرير السنوي لوزارة التجارة لعام ١٤٣٨-١٤٣٩هـ"، وزارة التجارة السعودية، (٢٠١٧م)، منشور على الرابط: https://mci.gov.sa/ar/About/Statistics/Statistics_PDF/report-2017.pdf
- "المذكرة التوضيحية لمشروع نظام الإفلاس"، وزارة التجارة السعودية، (٢٠١٧م)، منشورة على الرابط: https://mci.gov.sa/MediaCenter/elan/Documents/02.pdf

ثالثاً: القوانين والأنظمة

- القانون التجاري المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م.
- اللائحة التنفيذية لنظام الإفلاس، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٦٢٢)، وتاريخ ١٤٣٩/١٢/٢٤هـ، منشورة في صحيفة أم القرى، العدد (٤٧٤٤)، بتاريخ ١٤٤٠/١/٤هـ
- المذكرة الإيضاحية لنظام التسوية الواقية من الإفلاس (١٤١٦هـ)، ملحقة بنظام التسوية الواقية من الإفلاس الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٦) بتاريخ ١٤١٦/٩/٤هـ، منشورة في صحيفة أم القرى، العدد (٣٥٩١)، بتاريخ ١٤١٦/١٠/١٢هـ.

- النظام التجاري (نظام المحكمة التجارية)، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٢) وتاريخ ١٥/ ١/ ١٣٥٠هـ، منشور في صحيفة أم القرى، العدد (٣٤٧)، بتاريخ ٢٢/ ٣/ ١٣٥٠هـ.
- نظام التنفيذ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥٣)، وتاريخ ١٣/ ٨/ ١٤٣٣هـ، منشور في صحيفة أم القرى، العدد (٤٤٢٥)، بتاريخ ١٣/ ١٠/ ١٤٣٣هـ.
- المرسوم بقانون اتحادي رقم (٩) بشأن الإفلاس (٢٠١٦م) الإمارات العربية المتحدة.
- نظام الإفلاس، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥٠) وتاريخ ٢٨/ ٥/ ١٤٣٩هـ، منشور في صحيفة أم القرى، العدد (٤٧١٢)، بتاريخ ٦/ ٦/ ١٤٣٩هـ.

مجلة جامعة الملك سعود (الحقوق والعلوم السياسية)، مج (٣٣)، ع (٢)، ص ص ١٧١-١٨٨، الرياض (٢٠٢١م/ ١٤٤٢هـ)

أحكام نقص أهلية الشريك في النظام السعودي: دراسة مقارنة

فؤاد شهاب شياب

أستاذ القانون التجاري المساعد، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق

جامعة طيبة، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية

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

ملخص البحث. تتوزع أحكام الشريك ناقص الأهلية في النظام السعودي على ثلاثة أنظمة وهي نظام الشركات ونظام المرافعات الشرعية ونظام الولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم. وتبين من دراستها أن المنظم السعودي يكرس الجانب الحمائي لحقوق ناقص الأهلية ولا يسمح له بأن يكون شريكاً متضامناً. وهو أمر أثنت عليه الدراسة خلافاً للقانون الفرنسي الذي يجيز للقاصر المرشد أن يشترك في شركة تضامن، وذلك انسجاماً مع توجه المشرع الفرنسي في التشجيع على إنشاء المؤسسات التجارية. ومع ذلك، لناقص الأهلية أن يكون شريكاً في شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة، وتبين أن أحكام تقييم الحصص العينية في نظام الشركات السعودي قد ينعكس سلباً على حماية ناقص الأهلية. ولهذا السبب يوصي الباحث باستعارة الحل المناسب الذي يتبناه التقنين التجاري الفرنسي.

الكلمات المفتاحية: ناقص الأهلية، السفيه وذو الغفلة، الصغير المرشد، الحجر على الشريك، تقييم الحصص العينية.

THE PROVISIONS RELATING TO THE LEGAL INCAPACITY OF THE PARTNER IN SAUDI LAW: A COMPARATIVE STUDY

Fuad Shehab Shyyab

Assistant Professor, Private Law Department,
College of Law, Taibah University, Al Madinah Al Munawarah, Kingdom of Saudi Arabia

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

Abstract. In Saudi law, the provisions relating to the incapacitated partner are organized by three laws, namely the companies law, the civil procedural law, and the law of the general commission for the guardianship of trust funds of minors and their counterparts. In studying these texts, we found that the Saudi law enshrined the protectionist side and did not allow the minor to be a joint partner. This study praises this position, contrary to the French law, which allows the emancipated minor to be a partner in a "Société en non collectif", because of his approach which encourages the creation of enterprises. However, the incapacitated person can be associated in a joint stock company or in a limited liability company, but, in Saudi companies law, it is found that the evaluation of the contribution in kind can have a negative impact on the protection of the incapacitated person. So, the research recommends, in this matter, to borrow the solution adopted by the French commercial code.

Keywords: Incapacitated person, the Idiot and the Unsound mind, Emancipated minor, Quarantine of the partner, Evaluation of contribution in kind.

مقدمة عامة

الأصل أن يكون الشخص أهلاً لمباشرة أعمال التصرف حتى يكون شريكاً في الشركة. ومع ذلك، درجت القوانين على إيراد أحكام مختلفة حسب نوع الشركة، وفي بعض الأحيان صمتت عن الأحكام الخاصة بانعدام الأهلية أو نقصها مما يوجب العودة إلى القواعد العامة. هذا السكوت يرافقه غياب فقهي عن بيان الأحكام الخاصة بعوارض الأهلية التي تعتري الشركاء وأثرها في عقد الشركة، وهو ما يقودنا مباشرة لتوضيح أهمية الدراسة.

أهمية الدراسة

تعد التشريعات والنصوص المنظمة لحقوق ناقصي الأهلية والتزاماتهم من المسائل المهمة التي تحتاج إلى مزيد من الإصلاح والتطوير خاصة في مجال المعاملات التجارية. وتحديداً، في إطار قواعد الشركات، فأحكام الأهلية تقف بين قطبين متنازعين، فمن جهة، القواعد العامة في العقود مطبوعة بنزعة حمائية لمصلحة ناقصي الأهلية على افتراض وجود خلل في إرادتهم وصلاحيتهم لإجراء التصرفات القانونية[1] والحماية تترجم من الناحية التقنية بإبطال التصرف لمصلحة ناقص الأهلية (Boulogne-Yang-Ting, 2007). ومن جهة أخرى، يستشري في القانون المقارن سياسة تشريعية تحاول المحافظة على الشركة كمؤسسة ربحية فاعلة في الاقتصاد الوطني للدولة، بما يؤدي إلى التقليل من حالات البطلان وتقييد آثارها. وبهذا ظهرت الحاجة ماسة إلى بحث يصف ويناقش الأحكام القانونية في النظام السعودي بعد أن يتم استخلاصها إما من قواعد نظام الشركات وإما من القواعد العامة التي تحكم أهلية المتعاقدين. وفي بعض الأحيان، قد لا يوفق المشرع في صياغة النص القانوني الملائم، فتظهر عيوبه سواء من الناحية العملية أو من الناحية القانونية. من هنا جاءت أهمية الدراسة في تحليل سلامة الأحكام المتعلقة بالشريك ناقص الأهلية واقتراح الحلول المناسبة لحفظ التوازن المنشود في هذا المجال.

نطاق الدراسة

في النظام السعودي، يؤدي انعدام أهلية أحد الشركاء إلى بطلان الشركة بالنسبة له بطلاناً مطلقاً، فيجوز لكل ذي مصلحة أن يطالب به وعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها. ويستتبع الحكم ببطلان شراكة عديم الأهلية بطلان عقد الشركة بطلاناً مطلقاً[2]، سواء أكانت من شركات الأشخاص أم من شركات الأموال، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في العقود. وهو ما يبدو منسجماً مع مقتضيات العدالة خاصة وأن الشركاء الذين يتعاقدون مع عديم أهلية تتحقق لديهم غالباً نية الغش أو التواطؤ على حقوق عديم الأهلية أو على حقوق الغير.

أما في القانون الفرنسي، فالبطلان نسبي لا تحكم به المحكمة إلا إذا طالب به الشخص محل الحماية (Merle, 2010)، وذلك تكريساً للتوجه السائد بالتقليل من حالات بطلان الشركة. وأيضاً وفقاً للمادة (١٨٤٤-١٥) من التقنين المدني الفرنسي فإبطال الشركة لا يكون بأثر رجعي، بل ينسحب على المستقبل فقط. وحسب المادة (١٨٤٤-١٦) من نفس التقنين فبطلان الشركة الناجم عن عوارض الأهلية يمكن الاحتجاج به حتى في مواجهة الغير بواسطة ناقص الأهلية أو عديمها. ولكن القانون الفرنسي يفرق بين شركات الأشخاص وشركات الأموال. ففي شركة التضامن قد يؤدي انعدام الأهلية إلى إبطال الشركة. أما في شركات الأموال فلا يؤدي انعدام الأهلية لدى أحد الشركاء أو بعضهم إلى بطلان الشركة، ولكن الشركة تبطل إذا توافرت عوارض الأهلية لدى جميع الشركاء المؤسسين[3]. وهذه الحالة عبارة عن فرضية

(1) Cass. civ. 1re, 12 mai 1981: Bull. civ., n° 61, p. 134.

(٢) من ثم، يجب تصفية الشركة واعتبارها كأن لم تكن ورد الحصص إلى أصحابها. فإذا كانت الشركة قد مارست نشاطها ووزعت الأرباح والخسائر، فلا يلزم الشركاء برد الأرباح وليس لهم مطالبة المدير برد ما تحملوه من خسائر. أما إذا لم توزع الأرباح والخسائر، فيتم اعتماد التوزيع القانوني بحيث توزع بحسب مساهمة كل منهم في رأس مال الشركة وليس على أساس عقد الشركة لأنه باطل (الغامدي، ٢٠١٨م).

(٣) وهذا ما أكدته الفقرة الأولى من المادة (L.235-1) من التقنين التجاري الفرنسي بقولها: «بطلان الشركة أو التصرف المعدل لنظام الشركة لا ينجم إلا عن نص صريح من هذا الكتاب أو من القوانين التي تحكم بطلان العقود. فيما يتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة والشركات المساهمة، فبطلان الشركة لا يمكن أن ينجم عن عيب في الرضا ولا عن أحد عوارض الأهلية إلا إذا أصاب هذا العارض كل الشركاء المؤسسين».

صعبة الحدوث إن لم تكن مستحيلة من الناحية العملية كأن يتم تأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة أو شركة مساهمة بواسطة صبيان أو معتوهين أو مجانين (Cozian, 2011).

ويبدو أن كل قانون يمتلك موقفاً واضحاً فيما يتعلق بأثر انعدام الأهلية، ويظهر أن النظام السعودي يرجح المحافظة على حقوق عديم الأهلية فيبطل الشركة التي يشترك بها عديم الأهلية بينما يترك القانون الفرنسي المجال مفتوحاً لاستمرار الشركة كلما كان ذلك ممكناً. وسوف تقتصر الدراسة على تناول الأحكام المتعلقة بنقص الأهلية وأثرها على صحة عقد الشركة، فهي الأكثر حدوثاً في الحياة العملية وتبدو المقارنة فيها أكثر جدوى.

إشكالية الدراسة

تتلخص إشكالية الدراسة في طرح السؤال الآتي: ما هو أثر نقصان الأهلية في نشوء الشركة وصحتها؟ والإجابة على هذا السؤال تقتضي مراعاة خصوصية عقد الشركة، فهو ليس من عقود المساومة القائمة على تعارض المصالح بين أطرافه، كما هو الحال في عقد البيع، بل يقوم بطبيعته على توافق المصالح بوجود مصلحة مشتركة بين جميع الشركاء، وهو ما قد يفرض أن تختلف أحكام نقص الأهلية عن تلك التي تقررها القواعد العامة. وأكثر من ذلك، فالشركة غالباً ما يتولد عنها شخص اعتباري ومؤسسة اقتصادية يتعلق بها حقوق الشركاء والغير سيما إذا كانوا حسني النية. وللتعرف على موقف النظام السعودي من هذه الاعتبارات المختلفة، اقتضى الأمر إثارة السؤال ومحاولة تقديم إجابة ولو متواضعة في مسألة غاية في الأهمية خاصة مع توجه الاستثمار بشكل متزايد عن طريق إنشاء الشركات.

أهداف الدراسة

تهدف الدراسة إلى شرح وتحليل الأحكام المتعلقة بالشريك ناقص الأهلية وذلك بهدف سد النقص في هذا المجال وتقديم بعض المقترحات التي يطمح الباحث أخذها بالاعتبار في أي تعديل قادم لنظام الشركات السعودي.

منهجية الدراسة

تعتمد الدراسة المنهج الوصفي التحليلي بشرحها للنصوص النظامية ودراسة مجال تطبيقها وتحليل آثارها ومدى ملاءمتها. وفي سبيل ذلك، تتغذى الدراسة من منهج مقارن يساعد إلى حد كبير في قياس وفحص نجاعة الأحكام المطبقة في هذا المجال وبما يجعل البحث قادراً على تحصيل ثماره باختيار الحل المتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تحفظ الحقوق وتقرر أوسطها بما يتلاءم مع المصلحة والحياة الاقتصادية التي يعيش في كنفها ناقص الأهلية.

خطة الدراسة

استثمار الأموال في إطار شركات الأشخاص، كشركة تضامن مثلاً، ينطوي بلا شك على مخاطرة أكبر لما تتضمنه من مسؤولية غير محدودة وتضامنية على عاتق الشركاء. أما شركات الأموال، فيوصف الاستثمار فيها بأنه آمن عطفاً على المسؤولية المحدودة للشركاء. بالمقابل، يغيب في النظام السعودي نصوص صريحة بخصوص ناقص الأهلية في كلا النوعين من الشركات، الأمر الذي يقتضي الرجوع إلى القواعد العامة في الفقه الإسلامي، وأيضاً مزيداً من التحليل لطبيعة التزام الشريك. وعليه، سنتناول نقص الأهلية في شركات الأشخاص قبل دراسة نقص الأهلية في شركات الأموال.

المبحث الأول:
نقص الأهلية في شركات الأشخاص

يستطيع القاصر وفقاً لشروط معينة أن يكون شريكاً موصياً. ولكن هل يجوز أن يكون شريكاً محاصاً أو متضامناً؟ في الحقيقة لا يوجد ما يمنع أن يكون شريكاً محاصاً إذا تمتع بالأهلية التجارية وأذن له وليه والمحكمة بذلك. فعقد الشركة من العقود الدائرة بين النفع والضرر وقرار المحكمة بترشيده يجعل مثل هذه التصرفات صحيحة إذا تمت في حدود الإذن المسموح به. أما إذا تجاوز حدود الإذن أو لم يؤذن له بالتجارة، فتعقد تصرفاته موقوفة على إذن الولي أو الوصي تطبيقاً للقواعد العامة في الفقه الإسلامي. وأما بالنسبة للشريك

المتضامن فالأمر يحتاج إلى تفصيل وهو محور هذا المبحث. فهل يجوز لناقص الأهلية أن يكون شريكاً متضامناً؟

في القانون الفرنسي، يصبح جميع الشركاء في شركة التضامن تجاراً بحكم القانون وهو ما يفرض تمتعهم بالأهلية القانونية لممارسة التجارة[٤]. ولذا، فشركة التضامن محظورة كلياً على المحجورين بسبب عدم الأهلية أو نقصها وعلى الممنوعين من ممارسة التجارة بسبب طبيعة مهنهم كالقضاة والموظفين العمومين وغيرهم (Merle, 2010). ولكن، مع هبوب رياح ريادة الأعمال بطريقة غير معتدلة، على حد قول البعض (Dekeuwer-Défossez, 2015)، وبصدور القانون رقم (٦٥٨-٢٠١٠) في ١٥/ ٦/ ٢٠١٠م، أصبح من الجائز للصغير المرشد الحاصل على رخصة قضائية بالتجارة[٥] أن يصبح شريكاً متضامناً وأن يخضع حتى لإجراءات الإفلاس (Saint-Alary-Houin, 2018). وعلى العكس من ذلك، لا تزال بعض القوانين، كالأردني مثلاً، تشترط صراحة لدخول شركة التضامن بلوغ سن ١٨ شمسية، وذلك بموجب نص آمر يؤصد أبوابها حتى على المأذون بالتجارة[٦].

وأما في النظام السعودي فلا يوجد نص صريح وحاسم بشأن سن الأهلية أو بشأن أهلية الشريك المتضامن. ولأن تحديد أهليته يؤثر في صحة الشركة وبطلانها وفي حقوق الشركاء والغير، فمن الأهمية بمكان استنباط الحكم الذي تقرره قواعد الشريعة الإسلامية والأنظمة السعودية. ولأن نقص الأهلية قد يختلف في مصدره فقد تختلف أحكامه، فيجري التفرقة بين نقص الأهلية بسبب السن ونقص الأهلية للسفه أو الغفلة.

المطلب الأول: نقص الأهلية للسن

لم يعلق نظام الشركات السعودي صفة الشريك المتضامن على بلوغ سن ١٨ سنة، بل نصت المادة (١٧) منه على أن «شركة التضامن شركة بين أشخاص من ذوي الصفة الطبيعية يكونون فيها مسؤولين شخصياً في جميع أموالهم وبالتضامن عن ديون الشركة والتزاماتها، ويكتسب الشريك فيها صفة التاجر». وأما المادة (٤) من النظام التجاري السعودي فنصت على أن «كل من كان رشيداً أو بلغ سن الرشد فله الحق أن يتعاطى مهنة التجارة بأنواعها». أما اللائحة التنفيذية لنظام الهيئة العامة للولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم فقد عرفت ناقص الأهلية في المادة الأولى منها بقولها: «من لديه أهلية غير مكتملة كالصغير المميز - وهو من أكمل السابعة ولم يتم الخامسة عشر من العمر .....»[٧]. وبمفهوم المخالفة لهذه المادة فسن تمام الأهلية في النظام السعودي هي ١٥ سنة. بالمقابل، المعمول به لدى وزارة التجارة والاستثمار (وزارة التجارة والصناعة سابقاً) أن القاصر هو من لم يبلغ ١٨ عاماً هجرياً (السليم، ١٤٣١هـ). ولهذا يجدر التساؤل عن سن الشريك المتضامن وعن جزاء مخالفة أحكام السن.

الفرع الأول: سن الشريك المتضامن

إذا كان دخول شركة التضامن يتطلب الأهلية التجارية، فيجدر التساؤل عن جواز ولوجها من قبل الصغير المرشد إذا كان مأذوناً له بالتجارة؟ ونظراً لعدم وجود نص صريح في نظام الشركات السعودي أو في أي نظام آخر، فيتوجب تأصيل الحكم القانوني بالرجوع إلى القواعد العامة في الشريعة

(٤) المادة (L. 221-2) من التقنين التجاري الفرنسي.

(٥) وهذه الرخصة من اختصاص قاضي الولاية عند إصدار قرار الترشيد (Émancipation)، أي الإذن بإبرام التصرفات القانونية والمالية، أو من اختصاص قاضي البداية إذا كان طلب القاصر هو تحديداً منح الإذن بالتجارة بعد اصدار قرار الترشيد: انظر المادة (L. 121-2) من التقنين التجاري الفرنسي والمادة (٤١٣-٨) من التقنين المدني الفرنسي.

(٦) انظر المادة (٩/ ب) من قانون الشركات الأردني.

(٧) وجاء في قرار مجلس الشورى رقم (١١٤) وتاريخ ٥/ ١١/ ١٣٧٤هـ، بأن سن الرشد في المملكة العربية السعودية هو ١٨ سنة. ولكن قرارات مجلس الشورى أشبه بالاقتراح الذي لا يكون ملزماً ولا نافذاً بمفرده وذلك سنداً للمادة (١٧) من نظام مجلس الشورى الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/ ٩١) لعام ١٤١٢هـ لقولها: «ترفع قرارات مجلس الشورى إلى الملك، ويقرر ما يحال منها إلى مجلس الوزراء»، ومع ذلك، يستفاد من بعض الأنظمة أن سن الأهلية هو ١٨ سنة ومنها، نص المادة (٣٦/ ١) من نظام المرور والمادة (٣/ هـ) من نظام الجنسية السعودي التي نصت على أن: «سن الرشد ما نصت عليه أحكام الشرع الشريف». وأما المادة الأولى، فقرة (ج) من لائحة نظام الجنسية، الصادرة في ١٣/ ٣/ ١٤٢٦هـ، فذكرت بأن سن الرشد هو «تمام السنة الثامنة عشرة من العمر». والسنة هجرية قمرية بحسب نص المادة الأولى، فقرة (هـ).

الإسلامية أو الفقه الإسلامي. والإجابة تقتضي بيان حدود الإذن بالتجارة من جهة، وطبيعة التصرف الذي محله دخول المأذون في شركة تضامن؟ فكما هو معلوم أن تصرفات القاصر تدور على ثلاث أحكام أولها إجازة التصرفات النافعة نفعاً محضاً وثانيها بطلان التصرفات الضارة ضرراً محضاً وثالثها، أن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر تنعقد موقوفة على إجازة الولي أو الوصي[٨]. وأما قرار الترشيد فهو الذي يجعل التصرفات الدائرة بين النفع والضرر صحيحة دون إذن أو إجازة من ولي أو وصي، ولكن قرار الترشيد، وهذا تفصيل مهم، لا يسمح حتى للمأذون له بالتجارة أن يجري التصرفات الضارة ضرراً محضاً، فهذه التصرفات تتعارض مع مقتضى قرار الترشيد وأيضاً مع الإذن بالتجارة، ولذلك فهي تنعقد باطلة. وتفسير ذلك، أن قرار الترشيد إنما يعطى للقاصر لما له من قدرة على تحقيق مصلحته والتحرز لها في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، وفي الإذن بالتجارة تحقيق لمصلحته المالية بتسهيل أعماله ومنحه القدرة على ربح الأموال ما دام قادراً على ذلك. وبهذا ينحصر السؤال على الدخول في شركة تضامن بالنسبة للقاصر، هل هو من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر أو أنه من الضارة ضرراً محضاً؟

للإجابة على هذا السؤال، تجدر الإشارة أولاً إلى اختلاف الفقهاء فيما يتعلق بتكييف شركة التضامن نفسها. فيرى البعض أنها تنطبق على شركة العنان، ويقصد بها العقد الذي يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم بدفع حصة معينة في رأس مال يتجرون به على أن يكون الربح بينهم حسب أموالهم أو حسب نسب يتفقون عليها (الخفيف، ٢٠٠٩م). ولأن الشركاء مسؤولون في شركة التضامن عن جميع التزامات الشركة في أموالهم الخاصة ومتساوون في الحقوق والواجبات، فهي بذلك في معنى شركة العنان التي تقتضي الوكالة في التصرف عن كل واحد لصاحبه (الفقي، ١٩٨٦م؛ داخلي، ٢٠١٩م؛ خليل، ١٩٨١م). بينما يرى فريق آخر أنها تنطبق على شركة المفاوضة عند الحنفية (بابلي، ١٩٧٨م)، ويقصد بها أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما ويكون كل منهما كفيلاً عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتريه كما أنه وكيل عنه، ولأن المفاوضة مبنية على الوكالة والكفالة وهما جائزتان حالة الانفراد، وكذلك المفاوضة التي تجمع بينهما (عتيقي، ١٩٩٦م).

ومع ذلك، يظهر أن شركة التضامن لا تنطبق على أي من هاتين الشركتين مطلقاً. فشركة المفاوضة تقتضي التساوي في المال بين الشركاء في حين أنه يجوز أن يختلف مقدار الحصص في شركة التضامن (الخياط، ١٩٩٤م). وكذلك، فالمسؤولية الشخصية والمطلقة غير متحققة في شركة العنان إلا إذا افترض التضامن بين المدينين حسب العرف التجاري. ولذلك اعتبر البعض أن شركة التضامن تجمع أحكام شركة العنان وشركة المفاوضة، أو أنها شركة عنان مع الكفالة (الجبر، ١٤١٧هـ؛ السليم، ١٤٣١هـ). وهو تحليل منطقي يتفق مع الرأي الراجح في الفقه القانوني حول طبيعة التزام الشريك المتضامن بأنه كفالة قانونية (Simonart, 2014). فمعنى التضامن هو أن الدائن يستطيع الرجوع على أي من الدائنين بكل الدين، وهو ما يتحقق بدخول الشريك في شركة تضامن لأنه يضمن عدم سداد دين الشركة وعدم قدرة باقي الشركاء على ذلك.

وبهذا نخلص إلى القول بأن الدخول في شركة، أياً كان نوعها هو تصرف دائر بين النفع والضرر، لأن فيه احتمال الربح أو الخسارة. إلا أن قيام شركة التضامن على كفالة قانونية تضامنية لديونها من قبل الشركاء يجعلها تختلط بتصرف ضار ضرراً محضاً، وهو الكفالة، مما يوجب أن يتوفر في الشريك أهلية الكفالة أيضاً، قياساً على شركة المفاوضة[٩]. كما أن رعاية مصلحة القاصر أدعى لمنعه من الدخول فيها، سيما وأن بعض

(٨) وهذا ما نصت عليه المادة (٢/١١٨) من القانون المدني الأردني. وجاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (ص ١٢٤): «أما في القانون المصري (وكذا السوري والمشروع الأردني) فإنها (أي تصرفات الصغير المميز) تكون قابلة للإبطال. وفرق بين الوقف والقابلية للإبطال فالعقد الموقوف صحيح ولكنه غير نافذ ويظل موقوفاً نفاذه على الإجازة فإن أجيز نفذ وإن لم يجز بطل وأما العقد القابل للإبطال – في القانون – فهو عقد صحيح ونافذ إلا أنه جائز إبطاله وإذا أبطل اعتبر كأن لم يكن».

(٩) انظر المادة (٣٠) من اللائحة التنفيذية لنظام الهيئة العامة للولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم: «لا يجوز للهيئة أن تتبرع بشيء من أموال المشمول بالنظام أو تتصرف تصرفاً يترتب عليه ضرر محض في ماله».

أحكام القضاء الفرنسي تضع الشريك المتضامن في وضع أخطر من الكفيل حيث ألزمت محكمة استئناف باريس الشريك المتضامن بدفع ديون الشركة ليس باعتباره كفيلاً وإنما بصفته شريكاً في شركة أشخاص بما لا يسمح له بالاستفادة من الحلول القانوني الذي يتمتع به الكفيل[١٠]. وهذا يفسر توجه الفقه الفرنسي بالقول بأن يمنع المشرع وبصرامة ناقص الأهلية من دخول الشركات التي لا تمنح الشريك مسؤولية محدودة (Boulogne-Yang-Ting, 2003). وعلى أي حال، فإن المعمول به لدى وزارة التجارة والاستثمار السعودية هو عدم جواز تأسيس شركة تضامن يكون فيها أحد الشركاء ناقص الأهلية (السليم، ١٤٣١هـ)[١١].

وفضلاً عن ذلك، يؤكد عدم جواز دخول القاصر في شركة التضامن، أن المادة (٣٧/ ١) من نظام الشركات السعودي عندما أجازت استمرار الشركة مع ورثة الشريك المتوفى ولو كانوا قصراً أو ممنوعين نظاماً من ممارسة الأعمال التجارية، خصصت بالقول: «على ألا يسأل ورثة الشريك القصر أو الممنوعون نظاماً من ممارسة الأعمال التجارية عن ديون الشركة في حال استمرارها إلا في حدود نصيب كل واحد منهم في حصة مورثه في رأس مال الشركة. ويجب في هذه الحالة تحويل الشركة خلال مدة لا تتجاوز سنة من تاريخ وفاة مورثهم إلى شركة توصية بسيطة يصبح فيها القاصر ..... موصياً ..... ما لم يبلغ القاصر - خلال هذه المدة - سن الرشد». وهذا يعني أن القاصر لا يصبح متضامناً حتى في الفترة بين وفاة مورثه وتحول الشركة إلى شركة توصية بسيطة[١٢].

أما في التقنين التجاري الفرنسي فقد جاء في المادة (L. 221-15)، في فقرتها السابعة بأنه في حالة الاستمرار وكان أحد ورثة الشريك أو بعضهم قاصرين غير مرشدين، فإنهم لا يسألون عن ديون الشركة إلا بحدود تركة مورثهم. وكذلك يجب على الشركة أن تتحول خلال مدة سنة من تاريخ الوفاة إلى شركة توصية يصبح فيها القاصر موصياً وإلا فهي منحلة. وبهذا، فالقانون الفرنسي يبدى تساهلاً في انضمام القاصر غير المرشد كشريك متضامن بعد وفاة مورثه، ولكن مسؤوليته تقف في حدود تركة مورثه. وهي مسؤولية أوسع من تلك التي يقررها النظام السعودي، فهذا الأخير يجعلها في حدود حصة المورث في رأس مال الشركة، أي كما لو كان موصياً، ولا تمتد إلى كل أموال التركة. ولا نرى وجاهة للحل المقرر في القانون الفرنسي حيث إنه يقلل من الحماية الممنوحة للقاصر بدون مبرر.

الفرع الثاني: جزاء مخالفة أحكام السن

نظراً للرقابة المسبقة على أعمال التأسيس فلا يمكن تأسيس شركة تضامن مع قاصر. ولكن من المتصور أن تمارس الشركة نشاطاً قبل البدء بإجراءات التأسيس والقيد في السجل التجاري. فما هو الجزاء المترتب على مخالفة أحكام الأهلية؟ الإجابة على هكذا سؤال يقتضي التفرقة بين أمرين، الأول،

(١٠) وفقاً للمادة (٢٣١٤) من التقنين المدني الفرنسي، فإن الكفيل يستفيد من الحلول القانوني ويستطيع الدفع بعدم جواز رجوع الدائن عليه، إذا تسبب الدائن بضياع ضمانات الدين الأصلي. ولكن محكمة استئناف باريس قررت بأن الشريك المتضامن ليس مسؤولاً بصفته كفيلاً وإنما بصفته شريكاً مسؤول قانوناً عن وفاء ديون شركة أشخاص مما لا يسمح له بالاستفادة من المادة (٢٣١٤) من التقنين المدني ليتخلص من سداد الدين.

CA Paris, 2 juillet 1998: Bull. Joly Sociétés 1998, p. 1282, note Ph. DELEBECQUE.

(١١) وفي هذا المعنى قال أبو حنيفة بعدم جواز شركة المفاوضة من الصبي لأنه ليس من أهل الكفالة (انظر، الموسى، ١٤٠١هـ، ص ٨٧). أما لو وهب شريك متضامن حصصه في الشركة لقاصر، فالهبة بالنسبة للقاصر عمل نافع نفع محض ويجوز أن يقبله إذا كان مميزاً. ولكنه لا يستطيع أن يصبح شريكاً إلا بعد موافقة باقي الشركاء. فإذا رضي الشركاء بانضمامه، فيجب أن تتحول الشركة إلى شركة توصية بسيطة أولاً ثم يقبل فيها كشريك موصي.

(١٢) وجاء قانون الشركات الأردني بحكم أكثر وضوحاً في حال كان أحد ورثة الشريك المتضامن قاصراً، فنص في المادة (٣٠/ ٣) على أنه: «إذا كان بين ورثة الشريك المتوفى قاصراً أو فاقداً للأهلية القانونية، فينضم إلى الشركة بصفة شريك موصي وتتحول عندها الشركة حكماً إلى شركة توصية بسيطة». ومع ذلك، فالحل الذي يرخص به المنظم السعودي يبدو أكثر ملائمة سيما وأن القاصر قد يبلغ سن الرشد خلال مدة السنة من تاريخ وفاة مورثه، وبذا يتمتع القاصر بالحماية المطلوبة ولا تتكبد الشركة نفقات التحول (كالتي يقتضيها تعديل عقد تأسيس الشركة والالتزام بالإشهار). بل إن بعض القوانين ذهبت أبعد من ذلك فأجازت استمرار الشركة مع ورثة الشريك القصر دون أن تضع التزاماً بالتحول خلال مدة معينة، انظر المادة (٥٦٢) فقرة (٢) من القانون التجاري الجزائري المعدل لعام ١٩٧٥م.

الجزاء بالنسبة لشراكة القاصر، والثاني، أثر شراكة القاصر على عقد الشركة بين باقي الشركاء بعد خروج القاصر منها.

وبالنسبة لشراكة القاصر، فيسود الطابع الحمائي لأموال القاصر. وإذا كان عقد الشركة بذاته دائراً بين النفع والضرر، فإن دخول القاصر في شركة تضامن ينعقد باطلاً لعدم تمتعه بأهلية الكفالة. ولكن، ما هي طبيعة هذا البطلان؟ وهل يترتب بأثر رجعي؟ للوهلة الأولى، يمكن القول إن البطلان مطلق يستطيع القاضي أن يتمسك به من تلقاء نفسه، ذلك أن روح النصوص التشريعية، كما سبق بيانها، تنطوي على منع القاصر من اكتساب صفة الشريك المتضامن. ومع ذلك، فهذا المنطق القانوني، قد لا ينسجم مع طبيعة عقد الشركة نفسه وعلى الأغلب لا يستقيم عملاً. فمن الناحية القانونية أيضاً، فإن عقد الشركة بطبيعته لا يقوم على مصالح متعارضة وإنما على مصلحة مشتركة وهي تحقيق الربح، وربما تكون الشركة قد حققت أرباحاً، فلماذا يتمسك القاضي بالبطلان من تلقاء نفسه؟ ولهذا، نظراً لغياب أي قاعدة صريحة في هذا المقام، فنرى أن الحل الأمثل هو اعتبار البطلان نسبي لا يحكم به إلا إذا تمسك به القاصر أو ممثله القانوني. بل إن هذا الحل هو ما تقرره القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة (١٨٤٤-١٦) من التقنين المدني الفرنسي بقولها: «لا تستطيع الشركة أو الشركاء التمسك بالبطلان في مواجهة الغير حسن النية. ومع ذلك، البطلان الناجم عن نقص الأهلية ..... يمكن الاحتجاج به حتى في مواجهة الغير من قبل ناقص الأهلية أو ممثله القانوني». وبالطبع فإن القاصر أو نائبه الشرعي لا يتمسك بالبطلان إلا إذا كانت له مصلحة في ذلك، ولذا فإنه يكون بأثر رجعي، وهو ما يمكن استنباطه من القواعد العامة في الفقه الإسلامي، بما تمتلكه من نزعة حمائية لناقص الأهلية، ومن أحكام نظام الشركات السعودي التي تمنع دخوله كشريك متضامن.

وأما أثر هذا البطلان على عقد الشركة ككل، فالأمر لا يخلو من احتمالات ثلاث، أولها البطلان المطلق إذا توافرت نية التحايل على حقوق القاصر وذلك على أساس عدم مشروعية السبب، ولأنها شركة قائمة على الاعتبار الشخصي ويعرف الشركاء بعضهم بعضاً، فإن نقص أهلية أحد الشركاء قد ينطوي غالباً على التحايل على حقوقه. والاحتمال الثاني، ألا يكون نقص الأهلية معلوماً لباقي الشركاء، وفي هذه الحالة فلا ضير من أن تستمر الشركة بين باقي الشركاء بالاتفاق على ذلك (الغامدي، ١٤٤٠هـ).

والاحتمال الثالث، أن يكون نقص الأهلية معلوماً لبقية الشركاء دون توافر نية الغش أو التواطؤ. وهنا أيضاً يكون الحكم بالبطلان محل نقاش، فيمكن القول بتقرير الحكم بالبطلان كحل وقائي لردع الغير من التعاقد مع القاصر، ويمكن من باب أولى أن نرجح استقرار المعاملات وهو ما يقتضي التقليل من حالات البطلان، والأفضل أن يبقى تصحيح العقد والحفاظ على الشركة فرصة متاحة، خاصة إذا ما حكم بإخراج القاصر من الشركة، فإن البطلان يفقد نوعاً ما وظيفته الحمائية. وهذا هو توجه القانون الفرنسي (انظر لاحقاً)، فعندما تتعارض القواعد الخاصة بالشركات مع قواعد الأهلية، فالغالب أن يضحى بهذه الأخيرة للمحافظة على المؤسسة الاقتصادية (Boulogne-Yang-Ting, 2003). وأما في النظام السعودي، وفي ظل غياب قواعد نظامية واضحة، وتطبيقاً للقواعد العامة في البطلان فإن توفر العلم لدى باقي الشركاء دلالة على سوء النية مما يقتضي الحكم ببطلان الشركة. وفي كل الأحوال، إذا ما حكم بالبطلان فإنه يكون بأثر رجعي، وفي هذا خلاف واضح مع القانون الفرنسي الذي لا يجعل للبطلان أثراً إلا بالنسبة للمستقبل (المادة ١٨٤٤-١٥ من التقنين المدني).

المطلب الثاني: نقص الأهلية للسفه أو الغفلة

السفه في اللغة ضد الحلم وهو خفة الحلم أو نقيضه، والسفه في العرف ضد الرشد (ابن عابدين، ٢٠٠٣م). وفي الاصطلاح السفه عند الحنفية «خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل حقيقة» (البخاري، ١٩٩٧م)، وقال ابن عابدين بأنه التبذير والإسراف والغبن في التجارات من غير محمدة (ابن عابدين، ٢٠٠٣م)[١٣]. وعند الحنابلة السفيه هو العاجز عن التصرف في ماله على وجه

(١٣) وكذلك قال الشافعية بأن السفيه هو الذي يبذر ماله بأن يضيعه باحتمال غبن فاحش في المعاملة أو رميه في البحر أو إنفاقه في محرم (الشربيني، ٢٠٠٠م). والسفيه عند المالكية هو البالغ الذي لا يحسن التصرف في المال (عليش، ١٩٨٤م).

المصلحة (ابن قدامه، ١٩٩٧م) بأن يغبن عند التصرف أو ينفق ماله فيما لا فائدة فيه أو في أمر محرم (آل خنين، ٢٠١٢م). وأما ذو الغفلة فهو الذي يغبن في البيع لسلامة نيته بدون قصد إتلاف مال أو تبذير، واتفق جمهور الفقهاء على الحجر على السفيه وذو الغفلة (ابن عابدين، ٢٠٠٣م).

ويبدو أن الرقابة المسبقة على تأسيس الشركة فعالة بالنسبة للصغير الذي لم يبلغ سن الرشد ولكنها ليس كذلك بالنسبة للسفيه وذو الغفلة، فقد تخفى حالتهم ويتم تأسيس شركة التضامن نظاماً وتكتسب الشخصية الاعتبارية وتمارس أعمالها ولا يصدر قرار الحجر إلا بعد تأسيس الشركة[١٤]. فما هو الحكم إذا تبين أن أحد الشركاء كان وقت تأسيسها، أي وقت إبرام عقد الشركة، سفيهاً أو ذو غفلة؟ ما من شك أن عقد شركة التضامن باطل مع أيٍّ منهما، وهو ما يثير التساؤل عن التاريخ الذي يفقد فيه الشريك المحجور عليه صفته كشريك؟ هل يكون بأثر رجعي أم ينسحب على المستقبل فقط؟ كما يثور التساؤل عن أثر الحكم ببطلان شراكة السفيه وذو الغفلة على عقد الشركة واستمرارها؟ وفي الحقيقة، فإن صدور قرار نهائي بالحجر قد يستتبع إما الحكم ببطلانها وإما حلها وربما استمرارها. وفيما يلي نستعرض هذه الحالات تباعاً.

الفرع الأول: بطلان شركة التضامن للحجر على أحد الشركاء

في النظام السعودي يعد السفيه وذو الغفلة ناقصي الأهلية، وهم في حكم القاصر بعد تسجيل قرار الحجر[١٥]. أما قبل قرار الحجر فتصرفاتهم صحيحة. وبهذا، إذا كان أحد الشركاء المتضامنين ناقص الأهلية لسفه أو لغفلة فإن عقد الشركة يكون باطلاً بالنسبة له. فإذا حكم بالبطلان لسفه أو غفلة فيجب إذن التفريق بين حالتين:

- الحالة الأولى يكون البطلان بأثر رجعي، إذا كان قرار الحجر صادراً قبل العقد. وفي هذه الحالة تكون الشركة بالنسبة للسفيه أو ذو الغفلة باطلة منذ نشأتها، فلا يلتزم بتقديم حصته إذا لم يكن قد قدمها ويستردها إذا كان قد قدمها، وليس له المطالبة بنصيب من الأرباح وعليه رد ما استلمه منها، كما أنه لا يتحمل شيئاً من الخسائر بل ويستعيد ما تحمله. ونرى أن ينطبق نفس الحكم حتى قبل تسجيل قرار الحجر إذا كانت حالة السفه أو الغفلة ظاهرة وفاشية[١٦] أو إذا كان هناك استغلال أو غش أو تواطؤ[١٧].
- والحالة الثانية، لا يكون البطلان بأثر رجعي بل يقتصر أثره على المستقبل إذا لم يكن السفه أو الغفلة معلوماً لباقي الشركاء، وذلك لأن قرار الحجر لم يطرأ إلا بعد تأسيس الشركة، وهنا تتحقق حالة خروج أحد الشركاء المتضامنين بحكم قضائي بما يستتبع ذلك من آثار قد تؤدي إلى استمرار الشركة أو حلها وانقضائها بالنسبة للمستقبل فقط.

وبهذا يجدر التساؤل عن أثر بطلان شراكة السفيه أو ذو الغفلة على عقد الشركة ككل؟ في النظام السعودي، مبدئياً، يكون عقد الشركة باطلاً مطلقاً لتخلف ركن تعدد الشركاء إذا كانت الشركة قد عقدت بين اثنين أحدهما سفيه أو ذو غفلة. وإذا بقي أكثر من شريك وثبت أن باقي الشركاء أرادوا التحايل على حقوق السفيه، فإن عقد الشركة يكون أيضاً

(١٤) انظر المادة (٣٣/ أ/ ٥) من قانون الشركات الأردني التي تقرر فسخ الشركة: «إذا أصبح أي من الشركاء عاجزاً بشكل دائم عن القيام بأعماله تجاه الشركة أو الوفاء بالتزاماتها». والأصح القول «الوفاء بالتزاماته تجاهها». وبالمقابل، المادة (٣٣/ ب) تجيز للمحكمة اختيار الحل الأفضل لمصلحة الشركة والشركاء وحفظ حقوق الغير، إما بفسخ الشركة أو بقائها واستمرارها في العمل بعد إخراج شريك أو أكثر منها.

(١٥) انظر المادة (٨) من اللائحة التنفيذية لنظام الهيئة العامة للولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم «يطبق حكم ناقص الأهلية أو فاقدها على كل محجور عليه ..... وعلى أن يصدر بذلك حكم من المحكمة».

(١٦) وهو ما نصت عليه المادة (١٠٧) من قانون الأسرة الجزائري وجاء فيها: «تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها».

(١٧) وهو ما نصت عليه المادة (١٢٩/ ٢) من القانون المدني الأردني والمادة (١١٥/ ٢) من القانون المدني المصري، حيث جاء فيها بخصوص السفيه وذي الغفلة: «أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ». وكذلك جاء في المادة (١٠٩) من القانون المدني العراقي: «أما تصرفات السفيه التي وقعت قبل الحجر عليه فهي كتصرفات غير المحجور إلا إذا كان التصرف وقع غشاً بطريق التواطؤ مع من تصرف له السفيه توقعاً للحجر».

باطلاً مطلقاً لعدم مشروعية السبب. فإذا لم تتوفر أي من هاتين الحالتين، فنرى أن بطلان شراكة السفيه أو ذو الغفلة لا يستتبع بطلان عقد الشركة، وهو أدعى لحماية حقوق الغير الذين تعاملوا مع الشركة خاصة وأن حالة السفه أو الغفلة قد لا تكتشف إلا بعد تأسيس الشركة وقيامها بأعمالها. كما يمكن أن تنطبق في هذه الحالة المادة (٣٦/ ٢) من نظام الشركات السعودي والتي تجيز للأغلبية العددية إخراج شريك أو أكثر إذا توافرت أسباب مشروعة تدعو إلى ذلك. وفي هذه الحالة فإنه «يجوز للجهة القضائية المختصة أن تقرر استمرار الشركة بعد إخراج الشريك أو الشركاء إذا كان ذلك - بحسب تقديرها - سيؤدي إلى استمرار الشركة في أعمالها بصورة طبيعية تحقق مصلحة الشركة والشركاء الباقين فيها وتحفظ حقوق الغير»، وإلا فإنها تقرر حل الشركة.

أما في القانون الفرنسي، فقد اعتبر القضاء الفرنسي سابقاً بأن اشتراك ناقص الأهلية في شركات الأشخاص يعد سبباً لإبطال عقد الشركة[١٨]. ولكن، التطور التشريعي توجه بقوة نحو إمكانية تصحيح العقد (Régularisation) بإزالة سبب البطلان في كل الشركات وبالنسبة لكل أسباب البطلان باستثناء حالة عدم مشروعية محل الشركة (objet social)، أي عدم مشروعية النشاط التجاري للشركة. وبهذا فعملية التصحيح تمنع المحكمة من الحكم ببطلان الشركة كما تسقط دعوى البطلان إذا اختفى أو أزيل سبب البطلان في اليوم الذي كانت محكمة الدرجة الأولى ستحكم في الموضوع، وهو ما تنص عليه المادة (١٨٤٤-١١) من التقنين المدني والمادة (L. 235-3) من التقنين التجاري. بل تستطيع المحكمة ومن تلقاء نفسها أن تمنح مهلة قضائية ليتمكن ذوي الشأن من تصحيح البطلان، وهو ما نصت عليه صراحة، في فقرتها الأولى، المادة (L. 235-4) من التقنين التجاري الفرنسي. وعلى وجه الخصوص، إذا كانت دعوى البطلان تستند إلى عيب في الرضا أو إلى حالة نقص الأهلية، فعملية تصحيح الشركة يكون أكثر سهولة بواسطة دعوى قطع النزاع (Action interrogatoire)، فيمكن إعذار الشخص الذي بسببه سيصبح العقد باطلاً إما برفع دعوى البطلان وإما بالتصحيح[١٩]. وفي حالة رفع دعوى البطلان، يستطيع باقي الشركاء أن يعرضوا شراء حصص الشريك ناقص الأهلية، ويتحقق بذلك، إحدى حالات استبعاد شريك منصوص عليها قانوناً، وهذا يعبر عن التوجه السائد في القانون الفرنسي الذي يرمي إلى وضع كل الحلول الممكنة لتفادي الحكم ببطلان الشركة (Cozian, 2011).

الفرع الثاني: استمرار شركة التضامن رغم الحجر على أحد الشركاء

في القانون الفرنسي، إذا صدر قرار قضائي نهائي بالحجر على أحد الشركاء المتضامنين، فيجب حل الشركة وتصفيتها إلا إذا اتفق على غير ذلك في النظام الأساسي للشركة أو قرر بقية الشركاء بالإجماع استمرارها فيما بينهم[٢٠]. وفي حال استمرارها يتم تعويض الشريك المحجور عليه قيمة حصصه وحقوقه في الشركة.

كما يستفاد من نص المادة (٣٧/ ٢) من نظام الشركات السعودي بأن الحجر على أحد الشركاء يؤدي إلى انقضاء شركة التضامن ما لم ينص في عقد تأسيس الشركة على استمرار الشركة بين الباقين من الشركاء. ولكن النظام المذكور لم يتطرق لحالة الاتفاق اللاحق على ذلك بين جميع الشركاء. ومع ذلك، فالظاهر جواز ذلك. وعليه فيقترح أن يعاد صياغة المادة (٣٧/ ٢) من نظام الشركات السعودي لتصبح كالآتي: «إذا توفي أحد الشركاء أو حجر عليه أو شهر إفلاسه أو أعسر أو انسحب فتنقضي الشركة ما لم ينص عقد تأسيسها على استمرارها بين الباقين من الشركاء أو باتفاقهم جميعاً بعد الواقعة على استمرارها وفقاً لعقد الشركة. وفي هذه الحالة لا يكون لمن انتهت شراكته أو ورثته إلا نصيبه في أموال الشركة .....».

(18) Cass. Civ., 7 mars 1922: DP, I, p. 69; S. 1922, 1, p. 145, note LYON-CAEN.

(١٩) المادة (١٨٤٤-١٢) من التقنين المدني الفرنسي.

(٢٠) المادة (L. 221-16) من التقنين التجاري الفرنسي. وهو ما يقرره أيضاً قانون الشركات الأردني في المادة (٣٢/و) التي أجازت للشركاء جميعهم الاتفاق على استمرار الشركة بينهم وفقاً لعقد الشركة والمادة (١١/أ/٨) الخاصة بإجراءات التسجيل، التي أوجبت أن يتضمن عقد الشركة الوضع الذي ستؤول إليه الشركة في حالة الحجر على أحد الشركاء.

وأما بالنسبة إلى كيفية حساب حقوق الشريك المبعد من الشركة في حال استمرارها، فقد بينتها المادة (٣٧/ ٢) سالفة الذكر بقولها: «وفي هذه الحالة لا يكون لهذا الشريك ..... إلا نصيبه في أموال الشركة، ويقدر هذا النصيب وفقاً لتقرير خاص يعد من مقوم مرخص له يبين القيمة العادلة لنصيب كل شريك في أموال الشركة في تاريخ تخارج أي من الشركاء، إلا إذا نص عقد تأسيس الشركة أو اتفق الشركاء على طريقة أخرى للتقدير. ولا يكون للشريك أو ورثته نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق إلا بقدر ما تكون هذه الحقوق ناتجة من عمليات سابقة على تلك الواقعة».

ولكن نظام الشركات السعودي لم يتطرق إلى التاريخ الذي يفقد فيه المحجور عليه صفته كشريك. ويمكن القول إنه يفقد هذه الصفة من التاريخ الذي يصبح قرار الحجر عليه نهائياً إذا نص النظام الأساسي للشركة على استمرارها وإلا فمن تاريخ قرار الشركاء بالاستمرار. ومع ذلك، فهذا الحل مستبعد لأنه من غير المنطقي أن يتبع ضياع صفة الشريك عامل خارجي كوجود شرط في عقد الشركة أو صدور قرار من الشركاء على استمرارها. وقد ربطت المادة (L. 221-16) من التقنين التجاري الفرنسي ضياع صفة الشريك مع الوقت الذي تصبح إجراءات الحجر نهائية، وبالتالي فإن المحجور عليه يفقد صفته كشريك من تاريخ صدور قرار نهائي بالحجر (Cozian, 2011).

المبحث الثاني:
نقص الأهلية في شركات الأموال

وفقاً للمادة (L. 235-1) من التقنين التجاري الفرنسي، فلا يعد نقص الأهلية سبباً لبطلان الشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة، إلا إذا تحقق نقص الأهلية بالنسبة إلى جميع الشركاء. وبالطبع فهذه فرضية صعبة الحدوث، إن لم تكن مستحيلة، كأن يكون جميع الشركاء من الصبيان والسفهاء. وبهذا، فإن تأسيس شركة شخص واحد (EURL, SASU)، يوجب أن يكون الشريك الوحيد كامل الأهلية. ولكن القانون رقم (٢٠١٠-٦٥٨) الصادر في ١٥/ ٧/ ٢٠١٠م، الذي سمح للصغير المرشد بأن يصبح تاجراً، أجاز له أيضاً تأسيس وإدارة شركة شخص واحد[٢١]. وإذا لم يكن الصغير مرشداً وأتم السادسة عشر من عمره، فإنه يستطيع مع ذلك أن يباشر لوحده أعمال الإدارة المتعلقة بإنشاء وإدارة شركة شخص واحد ذات مسؤولية محدودة إذا رخص له بذلك والديه أو المسؤول القانوني عنه (administrateur legal)، وفي هذه الحالة، يجب أن تتضمن الرخصة أعمال الإدارة الجائز إبرامها. وأما أعمال التصرف فلا يمكنه ذلك، بل يجب أن تباشر من قبل والديه أو من قبل النائب القانوني[٢٢]. وبالنسبة للشركة الزراعية ذات المسؤولية المحدودة (EARL)، فقد كان قانون ١١/ ٧/ ١٩٨٥م يشترط أن يكون الشريك الوحيد كامل الأهلية، الأمر الذي كان عرضة للانتقاد لعدم توافق الشرط مع الهدف من القانون، وهو تسهيل انتقال الشركة إلى الورثة، فحذف هذا الشرط بموجب القانون رقم (٢٠٠٥-١٥٧) الصادر في ٢٣/ ٢/ ٢٠٠٥م.

وأما في النظام السعودي فيمكن القول أيضاً ببطلان عقد الشركة إذا كان جميع الشركاء ناقصي الأهلية. ولكن هل يجوز لناقص الأهلية أن يشترك في تأسيس أحد شركات الأموال (شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة)؟ أو أن يؤسس شركة شخص واحد؟ الأمر يقتضي التفريق بين ناقص الأهلية غير المأذون بالتجارة والمأذون بالتجارة.

المطلب الأول: ناقص الأهلية غير المأذون بالتجارة

إذا لم يكن القاصر مأذوناً له بالتجارة فينشأ التساؤل عن استثمار أمواله من قبل الولي أو الوصي. ويقتضي الأمر التفرقة بين اشتراك الصغير في شركة أموال أو تأسيس شركة شخص واحد.

---

(٢١) حول التطور التشريعي لسن الأهلية في القانون الفرنسي، انظر: (J.-F Eschylle, 2013): كان سن الأهلية ٢١ عاماً، ولكن القانون الصادر في ٥/ ٧/ ١٩٧٤م حدده بـ ١٨ عاماً ولم يسمح للحاصل على الترشيد بأن يصبح تاجراً وهو ما كان مقرراً بموجب التقنين التجاري لعام ١٨٠٧م. ثم عاد القانون رقم (٢٠٠٥-١٥٧) بإعادة تكريس هذه الإمكانية للصغير المرشد، انظر: المادة (L.121-2) من التقنين التجاري الفرنسي. وأيضاً المواد (٤٠١، ٤٠٨، ٤١٣-٨) من التقنين المدني الفرنسي.

(٢٢) وهذه الرخصة يجب أن تحرر إما في سند عادي وإما في سند موثق لدى كاتب العدل وتتضمن قائمة بأعمال الإدارة التي يسمح للقاصر بمباشرتها: انظر حالياً المادة (٣٨٨-١-٢) من التقنين المدني الفرنسي.

الفرع الأول: الاشتراك في تأسيس شركة أموال

يتطلب تأسيس شركة توثيق عقدها مما يستدعي، بالنسبة لناقص الأهلية، تطبيق المادة (٢٢٤) من نظام المرافعات الشرعية السعودي، فإذا كان الولي غير الأب[٢٣]، واقتضى الأمر التصرف للقاصر بتوثيق عقد الشركة أو زيادة رأس مالها، فليس للولي أو الوصي أن يجري أياً من تلك التصرفات إلا بعد استئذان المحكمة المختصة وعلى أن يثبت أيضاً الغبطة والمصلحة للقاصر في إبرام عقد الشركة أو في زيادة رأس مالها حسب الحال، وتتحقق الدائرة من ذلك بالاستعانة بأهل الخبرة مع احضار البينة العادلة (المحيميد، ٢٠٠٦م؛ الجبرين، ٢٠١٨م). وفي حال كان الطلب مقدماً من الهيئة العامة للولاية على القاصرين ومن في حكمهم، فللدائرة الاكتفاء بالتقدير المقدم منها (م.٢٢٤/ ١ من اللائحة). وبعد صدور الإذن من المحكمة المختصة واكتسابه النهائية تقوم كتابة العدل المختصة بتوثيق عقد الشركة.

وأخيراً، يجدر التنويه إلى أن تقديم العقار كحصة عينية يخضعها لأحكام عقد البيع مما يوجب أيضاً اتباع الإجراءات التي فرضتها المادة (٢٢٤) من نظام المرافعات الشرعية، أي اتباع نفس الإجراءات اللازمة لبيع عقار القاصر، فإذا كان الولي غير الأب، فليس للولي أو الوصي تقديم العقار كحصة في الشركة إلا باستئذان المحكمة المختصة، ويتم نقل ملكية العقار إلى ذمة الشركة لدى كتابة العدل المختصة (م. ٢٢٤/ ٢ من لائحة نظام المرافعات). وحيث يتوجب توافر الغبطة أو المصلحة للقاصر، فيتم التحقق منها بمعرفة القيمة العادلة لثمن العقار من قبل خبير مختص ويكون قراره صريحاً في الغبطة أو المصلحة[٢٤]، ويستحسن احضار مشهدين من مكتبين عقاريين يتضمنان تقييم العقار (الجبرين، ٢٠١٨م).

وبهذا يتضح من نصوص نظام المرافعات الشرعية أن لناقص الأهلية أن يشترك في تأسيس شركة أموال سواء أكانت شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة، ويضاف إلى ذلك أنه يجوز له أيضاً أن يشترك في تأسيس شركة توصية بسيطة كشريك موصي ما دامت مسؤوليته محدودة بحدود الحصة التي قدمها.

الفرع الثاني: تأسيس شركة شخص واحد

هل يجوز للقاصر أن يؤسس لوحده شركة شخص واحد؟ وبالطبع فإن السؤال لا يجد مكاناً بالنسبة للشركة المساهمة لمَّا اشترط النظام أن يكون الشريك الوحيد شخص اعتباري[٢٥]. وبهذا ينحصر البحث بالتساؤل عن جواز تأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة من قبل ناقص الأهلية؟ والراجح جواز ذلك في النظام السعودي. ولأنه لا يشترط لتأسيس شركة شخص ذات مسؤولية محدودة اكتساب صفة التاجر، فلا يلزم الأهلية التجارية وإنما فقط أهلية ممارسة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر.

وفي النظام السعودي، بموجب المادة (١٧) من نظام الهيئة العامة للولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم، للهيئة بموافقة مجلس الإدارة وتحت إشرافه، تأسيس الشركات أو المساهمة في تأسيسها. وكذلك، تجيز المادة (٢٩/ ٣) من اللائحة التنفيذية للنظام المذكور آنفاً للهيئة في سبيل استثمار الأموال التي تديرها «إقامة المشاريع أو تملك الشركات أو المشاركة فيها أو تأسيسها أو المساهمة في تأسيسها بمختلف أنواعها وأنشطتها، وشراء وبيع الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية والأوراق المالية وفتح المحافظ المالية والمساهمة في الاكتتابات العامة والخاصة وغير ذلك من المعاملات المالية».

ولا يوجد ما يمنع الولي أو الوصي من استثمار أموال القاصر بتأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة يكون فيها القاصر الشريك الوحيد. ويجوز ذلك سواء أكان القاصر صغيراً مميزاً أو من في حكمه كالسفيه أو ذو الغفلة، ما دام أن استثمار أمواله لا تتم عن طريقه هو وإنما عن طريق الولي أو الوصي. وفي هذه الحالة فإن الولي أو الوصي هو من يقوم

(٢٣) لا يلزم الأب بإثبات الغبطة والمصلحة للقاصر، انظر: قرار الهيئة القضائية العليا رقم (٢٧٨) بتاريخ ١٣٩١/١١/٩هـ: المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا، مركز البحوث، وزارة العدل، ص ٨٣. تعميم وزير العدل رقم (١٧٨/ ١٢/ ت)، بتاريخ ١٣٩٨/٩/٢٢هـ.

(٢٤) مدونة التفتيش القضائي، صادرة عن المجلس الأعلى للقضاء السعودي، الإصدار الأول، ص ص ٢٣٠-٢٣١، الملحوظة رقم ٢٨٣-٢٨٤. قرار مجلس الوزراء رقم (٤٧٢) بتاريخ ١٣٩٨/٨/٢٨هـ.

(٢٥) المادة (٥٥) من نظام الشركات السعودي.

بتأسيس الشركة بعد استئذان المحكمة المختصة. ولذلك، فعليه اتباع نفس الإجراءات الخاصة بالاشتراك في تأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة بموجب المادتين (٢٢٤، ٢٢٥) من نظام المرافعات الشرعية. كما أن الولي أو الوصي هو من ينوب عن ناقص الأهلية بصفته كشريك ويمارس كافة صلاحيات الجمعية العامة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة. وبهذا فله أن يعين مديراً من الغير ولا مانع من أن يعين نفسه مديراً. وحسب ما تنص عليه المادة (١٦/ ١) من لائحة نظام الهيئة العامة للولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم، على الولي أو الوصي أن يقدم التقارير التي تكلفه الهيئة بتقديمها فيما يخص التصرفات المالية التي يجريها على أموال الأشخاص المولى عليهم مرفقاً بها الوثائق والمستندات المؤيدة لذلك.

المطلب الثاني: ناقص الأهلية المأذون بالتجارة

ما يزال الفقه القانوني منقسماً على نفسه فيما يتعلق بحدود مسؤولية الصغير المأذون له بالتجارة. وبينما ينادي جانب من الفقه بعدم مطالبته بأكثر من الأموال الداخلة في حدود الإذن (إسماعيل، ١٩٩٢م)[٢٦]، ينكر جانب آخر تحديد مسؤولية المأذون بالتجارة أو تكريس ذمة مالية مستقلة خاصة بمتجره، بل تنسحب مسؤوليته على كافة أمواله تطبيقاً لمبدأ الضمان العام على أموال المدين (ياملكي، ٢٠١٠م؛ سامي، ١٩٩٣م؛ كريم، ١٩٩٥م؛ العكيلي، ٢٠١٢م)، وسداً لباب التحايل على القانون، فقد يلجأ البعض إلى تسجيل المتجر باسم المأذون بالتجارة وبحيث يكون هذا الأخير تاجراً ظاهراً فقط.

ويرفع هذا الخلاف الفقهي اشتراك المأذون بالتجارة في شركة ذات مسؤولية محدودة، فهذا التصرف يوفر لهذا الأخير المسؤولية المحدودة التي كان ينشدها، ويعد من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر (الموسى، ١٤٠١هـ)، فتنعقد صحيحة إذا تمت في حدود الإذن. ومع ذلك، فقد تنهار هذه المسؤولية المحدودة في حال عدم احترام التقدير العادل للحصص العينية، وهو ما يقودنا لدراسة مسؤولية المأذون بالتجارة في النظام السعودي قبل الاسترشاد بالحل الذي يقدمه القانون المقارن والفرنسي خاصة.

الفرع الأول: مسؤولية المأذون بالتجارة في النظام السعودي

قد تدخل الحصص العينية في تكوين رأس مال الشركة، وفي شركة المساهمة، يجب أن يرافق طلب التأسيس تقرير معد من خبير أو مقوم معتمد أو أكثر يتضمن تقديراً للقيمة العادلة لهذه الحصص (م. ٦١/ ١). ويجب أن يوافق على هذه القيمة باقي الشركاء أثناء الجمعية التأسيسية، فإذا رفضوا هذه القيمة وطلبوا تخفيضها ولم يوافق على ذلك مقدم الحصة العينية فلا ينعقد عقد الشركة (م. ٦١/ ٣). والذي نراه أن حكماً خاصاً يجب أن ينطبق في حالة القاصر ولو كان مأذوناً بالتجارة، وهو ضرورة موافقة الولي واستئذان المحكمة المختصة على تخفيض قيمة الحصة العادلة عن تلك المقدرة من قبل خبير أو مقوم معتمد.

وفي الشركة ذات المسؤولية المحدودة، يتبع في تقدير الحصص العينية الأحكام المنصوص عليها في شركة المساهمة (م.١٥٧). فيجب تقدير القيمة العادلة للحصة العينية من قبل خبير أو مقوم معتمد أو أكثر، ويجب أيضاً أن يتم ذكرها تفصيلاً في عقد الشركة وقيمتها العادلة (م. ١٥٦/ د) ويجب الوفاء بها كاملة قبل التأسيس (م. ١٥٦/ هـ).

وحسب المادة (١٥٧)، فإن الشركاء الذين قدموا حصصاً عينية يكونون مسؤولين بالتضامن في جميع أموالهم في مواجهة الغير عن عدالة تقدير الحصص العينية التي قدموها. ولا تسمع دعوى المسؤولية في هذه الحالة بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ شهر الشركة وقيدها في السجل التجاري (م. ١٥٨). فإذا كان أحد الذين قدموا حصة عينية قاصراً فهذا يعني أنه سيصبح مديناً متضامناً مع غيره الذين قدموا حصصاً عينية، وهذا النص يثير إشكالاً بالنسبة للقاصر لأن مسؤوليته ستكون غير محدودة بمقدار الحصة التي قدمها وهو ما قد يخرجه عن حدود الإذن. ويمكن التأكيد بأن واضعي النص لم

(٢٦) وهو ما تنص عليه المادة (٢٢) من قانون التجارة العماني التي تجيز للمحكمة، إذا كان لقاصر مال في تجارة، أن تأمر بتصفية هذا المال أو تقضي بالاستمرار في هذه التجارة وفي هذه الحالة تفوض نائباً للقيام بالأعمال التجارية الخاصة بالقاصر، ويقيد التفويض في السجل التجاري وينشر في الجريدة الرسمية ولا يكون القاصر ملتزماً إلا بقدر أمواله المستغلة في التجارة.

يقصدوا ترتيب مسؤولية تضامنية على عاتق القاصر. ومع ذلك، فنص المادة (١٥٧) آنفة الذكر، بصياغتها الحالية، يثير إشكالاً فيما يتعلق بعدالة الحكم القانوني الذي تقرره هذه المادة وعلى وجه الخصوص المسؤولية التضامنية بين جميع من قدموا الحصص العينية إذا تبين عدم صحة التقدير المقدم من أحدهم.

وبما أن هذه المادة تتكلم عن المسؤولية تجاه الغير فهي ولا شك تشير إلى تضخيم قيمة الحصة العينية فتجعل جميع مقدمي الحصة العينية مسؤولين بالتضامن عن الضرر الناجم عن ذلك تجاه الغير. والحقيقة أنه لا وجه قانوني لإقامة مسؤولية تضامنية على عاتق جميع مقدمي الحصص العينية نتيجة لعدم صحة التقدير إلا إذا علموا بذلك. وكذلك لا وجه قانوني لحصر المسؤولية في مقدمي الحصص العينية بل يجب أن تشمل جميع الشركاء الذين علموا بذلك. ولهذا نرى تعديل نص المادة (١٥٧) ليصبح مبدئياً: «يتبع في تقويم الحصص الأحكام المنصوص عليها لتقدير هذه الحصص في شركة المساهمة. ومع ذلك يكون باقي الشركاء مسؤولين بالتضامن في جميع أموالهم عن عدم صحة تقدير الحصص العينية إلا إذا أثبتوا عدم علمهم بذلك .....». وأما في حال عدم علمهم بذلك بأن يكون مقدم الحصة العينية قد بالغ في تقدير حصته على وجه غير مقبول، فإنه يلزم بدفع الفرق للشركة ويتحمل أيَّة مسؤولية ناجمة عن ذلك.

فإذا تحقق تعديل هذا النص، فيمكن حينذاك أن ينطبق على القاصر بعدالة، فإذا كان القاصر هو من قام بتضخيم القيمة الحقيقية لحصته بحيث يحصل على حقوق مالية في الشركة أكثر مما يستحق وبحيث يتوهم الغير أن رأس مال الشركة أكبر بكثير من رأسمالها الحقيقي، فيجب أن يكون عرضه للمسؤولية الناشئة ولو ترتبت عليه التزامات تتجاوز حدود الأموال المأذون له الإتجار بها. فإذا كان القانون يوفر للقاصر حماية قانونية من نوع خاص، فهذا لا يعني أنه سيكافئه أيضاً عن سوء نيته[٢٧]. أما إذا قدم شريك آخر حصة عينية وبالغ في تقدير قيمتها، فمن غير المقبول أن يصبح القاصر مسؤولاً بالتضامن في مواجهة الغير عن التقييم غير الصحيح للحصة العينية خاصة إذا كان لا يعلم بذلك. بل إن النص الحالي للمادة (١٥٧) من نظام الشركات السعودي يؤسس حكم لا يستقيم عقلاً، فإذا بالغ أحد الشركاء في تقدير حصته، فيصبح الشركاء الذين قدموا حصصاً عينية مسؤولين بالتضامن في حين أنهم متضررين لحصول من قدم تقديراً غير صحيح لحصته العينية على نسبة أكبر من الأرباح على حسابهم. فبدلاً من أن يتوجه النص لحماية المتضرر فإنه يجعله متضامناً مع من سبب له ضرراً. ولأننا على الأغلب نجزم أن هذا الحل ليس ما يقصده المنظم السعودي، فإننا نقترح، تجنباً لأي مسؤولية تضامنية يمكن أن تترتب على عاتق القاصر، أن تعدل صياغة المادة (١٥٧) آنفة الذكر وأن يستقى الحل من قوانين أخرى كالمصري أو الفرنسي.

الفرع الثاني: مسؤولية المأذون بالتجارة في القانون المقارن

جاء في المادة (٢٩) من قانون الشركات المصري رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١م ما يلي: «ويكون مقدم الحصة العينية مسؤولاً قبل الغير عن قيمتها المقدرة لها في عقد الشركة، فإذا أثبت وجود زيادة في التقدير وجب أن يؤدي الفرق نقداً للشركة ويسأل باقي الشركاء بالتضامن عن أداء هذا الفرق إلا إذا أثبتوا عدم علمهم بذلك». وهذا النص يستقيم عقلاً وشرعاً[٢٨].

ومع ذلك، فالذي نراه أن النص الوارد في التقنين التجاري الفرنسي جاء أكثر توفيقاً في ترتيب المسؤولية حيث جعل أساسها اعتماد الشركاء على خبير في تقييم الحصص العينية، فإذا اعتمد الشركاء نفس التقدير الذي اعتمده الخبير فلا تتأثر مسؤولية الشركاء بل تبقى محدودة بحدود الحصة التي قدموها، وأما إذا لم يرغب الشركاء باعتماد تقرير الخبير وأُعطي للحصة العينية قيمة أكبر، فهنا تصبح مسؤوليتهم غير محدودة لمدة خمس سنوات من تاريخ تسجيل الشركة. وهذا التوجه يتلاءم مع حماية مصلحة القاصر فضلاً من أنه يحسم الجدل الفقهي بشأن حدود مسؤولية القاصر عن عدم صحة التقدير.

(٢٧) وهذا المنهج يتوافق مع ما تقرره المادة (١٣٤) من القانون المدني الأردني والتي جاء فيها: «(١) يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد. (٢) غير أنه إذا لجأ ناقص الأهلية إلى وسائل احتيالية لإخفاء نقص أهليته لزمه التعويض». ومثال ذلك أن يقدم ناقص الأهلية أوراقاً مزورة ليثبت بلوغه سن الرشد.

(٢٨) وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة (٢٦٧) من قانون الشركات البحريني.

وتفصيلاً جاء في المادة (L. 223-9) من تقنين التجارة الفرنسي ما يلي: «يجب أن يتضمن نظام الشركة تقييم لكل حصة عينية. ويتم ذلك بموجب تقرير ملحق لنظام الشركة معد من قبل خبير مختص بتقييم الحصص (Commissaire aux apports) وعلى مسؤوليته ومعين بإجماع الشركاء أو بموجب قرار قضائي بطلب من الشريك الأكثر جدية.

ومع ذلك، يستطيع الشركاء أن يقرروا بالإجماع أن الخبير بتقييم الحصص ليس لازماً إذا كانت قيمة أي من الحصص لا تتجاوز المبلغ المحدد بموجب مرسوم[٢٩] وإذا كانت القيمة الإجمالية لكافة الحصص العينية غير الخاضعة لتقييم الخبير المختص لا تتجاوز نصف رأس المال.

إذا كانت الشركة منشأة من قبل شخص واحد، يعين الخبير المختص من قبل الشريك الوحيد. ومع ذلك، فإن اللجوء إلى خبير مختص بتقييم الحصص ليس إلزامياً إذا توافرت الشروط المذكورة في الفقرة السابقة أو إذا كان الشريك الوحيد شخصاً طبيعياً وكان يمارس نشاطه المهني (Activité professionnelle) باسمه الشخصي قبل تأسيس الشركة ..... وقدم عناصر كانت تظهر في القوائم المالية المعدة أخيراً.

إذا لم يتم تعيين خبير مختص لتقييم الحصص أو إذا اعتمد الشركاء قيمة مختلفة عن تلك المقترحة من قبل الخبير المختص، يصبح الشركاء مسؤولين بالتضامن خلال خمس سنوات في مواجهة الغير عن القيمة المعطاة للحصص العينية عند تأسيس الشركة».

والذي نراه أن هذا النص يقدم حلاً عادلاً في حل مسألة تقييم الحصص ويضع أيضاً للقاصر حلاً مناسباً بحيث تكون العبرة في تقرير المسؤولية التضامنية على عاتق الشركاء بحسب اعتمادهم للقيمة المقترحة من قبل خبير مختص بتقييم الحصص العينية. فإذا لم يلجأ الشركاء إلى خبير مختص أو إذا لم يعتمدوا القيمة المقترحة فحينئذ فقط تترتب مسؤوليتهم التضامنية. وطبعاً فإن تقرير الخبير المختص يُعَّد على مسؤوليته هو، فإذا كان مخطئاً في تقديره فهو من يتحمل المسؤولية دون المساس بالنظام القانوني لمسؤولية الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة[٣٠]. وبالطبع وفقاً للمبدأ القانوني السائد "الغش يفسد كل شيء"، فإن الخبير القانوني يستطيع أن يتخلص من مسؤوليته إذا أثبت غش الشركاء أو تواطؤهم بتقديم معلومات غير صحيحة أثرت في التقييم.

وبهذا فالنص الفرنسي ينعكس إيجاباً في حماية القاصر، ونرى أن يوجب القانون تقييم جميع الحصص العينية من قبل خبير مختص إذا كان أحد الشركاء قاصراً. فيترتب على ذلك من جهة، أن يتم التأكد من توافر الغبطة والمصلحة للقاصر لأن الخبير يقوم بتثمين الحصة على مسؤوليته. ومن جهة أخرى، يبقى القاصر مسؤولاً في حدود الحصة التي قدمها وفي حدود الأموال التي أذن له بها ولا يتم المساس بالنظام القانوني لحدود مسؤولية الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة حماية للقاصر.

وبالطبع إذا أراد القاصر المأذون له بالتجارة تأسيس شركة شخص واحد، فيكون لزاماً عليه أن يتم تقدير القيمة العادلة من قبل خبير مختص تجنباً لأي مسؤولية قد تصيب أمواله غير الداخلة في حدود الإذن بسبب إفلاس الشركة مثلاً. وفي كل الأحوال، يجب اتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة (٢٢٤) من نظام المرافعات الشرعية إذا كانت الحصة العينية عقاراً.

الخاتمة

انصبت الدراسة على بيان الأحكام القانونية المتعلقة بأثر نقص الأهلية وانعدامها في تأسيس الشركات وبطلانها. وظهر

(٢٩) وهي حالياً (٣٠٠٠٠) ثلاثون ألف يورو بموجب المادة (D. 223-1-6) من تقنين التجارة الفرنسي وهي صادرة بموجب المرسوم (Décret) رقم (٢٠١٠-١٦٦٩) الصادر في ٢٩/ ١٢/ ٢٠١٠م المتعلق بتدخل مقوم الحصص العينية (commissaire aux apports) في الشركات ذات المسؤولية المحدودة. وقد كانت المبلغ في السابق (٧٥٠٠) يورو. ومقوم الحصص الذي يتم اختياره قد يكون محاسباً قانونياً (commissaires aux comptes) أو خبيراً معتمداً قضاءً كالمثمن العقاري مثلاً.

(٣٠) وهو ما تقرره المادة التاسعة عشرة نظام المقيمين المعتمدين السعودي رقم (م/ ٤٣) بتاريخ ٩/ ٧/ ١٤٣٣هـ، حيث نصت على أنه: «يسأل المقيم المعتمد إذا كان شخصاً ذا صفة طبيعية عن تعويض الضرر الذي قد يصيب العميل أو الغير بسبب الأخطاء الواقعة منه في أداء عمله. أما إذا كان شخصاً ذا صفة اعتبارية فتكون المسؤولية تضامنية بين الشركاء».

أن هذه الأحكام تدور في النظام السعودي حول مصلحة ناقص الأهلية وتوفير الحماية القانونية اللازمة له إذا ما أراد الدخول في عالم الشركات. وتبعاً لاختلاف الأحكام المنظمة لشركات الأشخاص عن تلك المطبقة في شركات الأموال، فقد تباينت أحكام نقص الأهلية حسب نوع الشركة وتوصلت الدراسة إلى عدد من النتائج التي نوردها مشفوعة بالتوصيات:

(١) خلافاً للقانون الفرنسي، وبالتوافق مع القوانين العربية، يؤصد المنظم السعودي شركة التضامن على القاصر، ولو كان مأذوناً بالتجارة، وذلك نظراً لطبيعة التزام الشريك المتضامن وخطورته كما بينت ذلك الدراسة تفصيلاً. وهو حل محمود خلافاً للقانون الفرنسي الذي يخفف من النزعة الحمائية، التي يفترض أن يتمتع بها القاصر، جرياً وراء اعتبارات المنافسة والتشجيع على إنشاء أكبر عدد من المؤسسات الاقتصادية. ولذا فإننا نوصي بتعديل نص المادة (١٧) من نظام الشركات السعودي، ويكون ذلك بإضافة فقرة ثانية للمادة المذكورة على النحو التالي: «ولا يقبل أي شخص شريكاً في شركة التضامن إلا إذا كان رشيداً وبالغاً ثمانية عشر عاماً من عمره على الأقل». وثمرة هذا النص الصريح أنه لا يترك مجالاً للتأويل.

(٢) لا يمتلك نظام الشركات السعودي نظرية واضحة ومستقلة في بطلان الشركة، خاصة في فترة التأسيس، بما يشير إليه فقر النصوص النظامية في هذا المجال[٣١]. وبغياب الأحكام القضائية المفسرة أيضاً فيكون الحكم، تطبيقاً للقواعد العامة، هو البطلان المطلق وبأثر رجعي. وإذا كان هذا الأمر مقبولاً ومتفق عليه بالنسبة لشراكة ناقص الأهلية، فنرى أن يتوجه النظام السعودي لإدراج النصوص الملائمة فيما يتعلق بعقد الشركة بين الباقين من الشركاء بعد إخراج ناقص الأهلية.

ويؤمل أن يؤخذ بالاعتبار الكثير من المصالح التي تجعل على الأغلب تطبيق القواعد العامة أمراً مستبعداً. وبالنسبة للغير، فمن جهة، انسحاب أثر البطلان إلى عقد الشركة يجبرهم على التحقق دائماً من أهلية الشركاء وصحة العقد بما لا يستجيب لضرورات الحياة التجارية التي تقوم على السرعة والائتمان. ومن جهة أخرى، الاستمرار الزمني لنشاط الشركة يقحمها هي أو الشركاء في علاقات تعاقدية مع الغير الأمر الذي قد يهضم حقوقهم ويخل باستقرار المعاملات إذا ما طبق الأثر الرجعي للبطلان. زد على ذلك، فمن المستحسن المحافظة على استمرار الشركة كوحدة اقتصادية منتجة. وأخيراً، فإن طبيعة عقد الشركة لا يقوم على تضارب المصالح بين الشركاء مما يخفف من حدة النزعة الحمائية لناقص الأهلية. وحتى لا يبقى التوفيق بين المصالح المتعارضة مسجوناً في النص القانوني فنقترح أن يصاغ جزاء البطلان بترك السلطة التقديرية للمحكمة المختصة التي يكون لها أن تحكم باستمرار الشركة أو بطلانها[٣٢].

(٣) وبإغلاق باب شركات الأشخاص أمام ناقص الأهلية كشريك متضامن، فإن له الدخول في شركات الأموال أو كشريك موصي ما دامت لا تضفي عليه صفة التاجر وتحدد مسؤوليته بمقدار الحصة التي قدمها. وفي هذا المقام يتحقق لناقص الأهلية العديد من المزايا، فمن

(٣١) النص الوحيد في بطلان الشركة هو المادة الثانية عشر والتي تنص على أنه «باستثناء شركة المحاصة يجب أن يكون عقد تأسيس الشركة وكل ما يطرأ عليه من تعديل مكتوباً وإلا كان العقد أو التعديل باطلاً».

(٣٢) فمثلاً، قد يترتب على نقص أهلية أحد الشركاء تخلف أحد الأركان العامة أو الخاصة لعقد الشركة، كمشروعية السبب أو تعدد الشركاء، وربما لم تمارس الشركة نشاطاً وقت الحكم بالبطلان، ففي هذه الحالات يمكن للقاضي أن يحكم بالبطلان الذي يترتب بأثر رجعي. وقد تمارس الشركة نشاطاً ويؤدي إخراج ناقص الأهلية إلى عجز الشركة عن الاستمرار في أعمالها، فهنا يحكم القاضي بالبطلان ولكن ليس بأثر رجعي، فتتحقق أحد حالات الشركة الفعلية فينسحب البطلان على المستقبل فقط ويكون للغير أن يتمسك بوجودها في الفترة السابقة على الحكم بالبطلان. وقد يحكم القاضي بصحة عقد الشركة مع الباقين بعد الحكم ببطلان شراكة ناقص الأهلية وإخراجه من الشركة. ولذلك، فترك الأمر لتقدير القاضي هو الحل الأسلم ويسمح له باستنباط الحكم المناسب حسب ظروف القضية.

جهة، تسود النزعة الاستثمارية بما يتيح للولي أو الوصي أن يتجر بأموال ناقص الأهلية. ومن جهة أخرى، تسود النزعة الحمائية فيظفر ناقص الأهلية بالمسؤولية المحدودة التي كان ينشدها. وفي ظل غياب نص واضح في النظام السعودي، فمن الراجح، وهو ما نوصي به، ألا تأذن المحكمة المختصة له باستثمار أمواله إلا في هذا النوع من الشركات.

(٤) وبخصوص شركة المساهمة، فقد نصت المادة (٦١/ ٣) من نظام الشركات السعودي، بأن لباقي الشركاء في الجمعية التأسيسية أن يطلبوا تخفيض قيمة الحصة العينية عن تلك المقدرة من قبل خبير أو مقوم معتمد، وإذا لم يوافق الشريك المعني أثناء الجمعية التأسيسية يصبح عقد الشركة كأن لم يكن بالنسبة إلى جميع أطرافه. وهكذا نص لا يأخذ بالاعتبار حالة الشريك ناقص الأهلية، ويبدو أنه لا يجوز تخفيض قيمتها بدون استئذان المحكمة المختصة من جديد تبعاً لما تقضي به المادة (٢٢٤) من نظام المرافعات الشرعية. ولذا فإننا نقترح أن يتم تجنب قبول حصة عينية من ناقص الأهلية عند تأسيس شركة المساهمة خاصة إذا اتجهت الإرادة إلى تأسيسها بطريق الاكتتاب العام. وأما إذا اقتصر الاكتتاب على مؤسسي الشركة، فيكون توقيع العقد من قبل جميع المؤسسين بمثابة موافقة على القيمة المقدرة للحصة العينية.

(٥) أشارت الدراسة إلى اقتراح تعديل لنص المادة (١٥٧) من نظام الشركات السعودي والتي تعالج حالة تضخيم القيمة الحقيقة للحصة العينية بما يخدع دائني الشركة فيعتقدون بارتفاع رأسمالها بينما تكون في الحقيقة صدفة فارغة. ولعل أهمية الدراسة تكمن في أن دراسة حالة الشريك ناقص الأهلية قد سمحت بلفت النظر إلى مسألة تقييم الحصص العينية وأثرها في النظام القانوني للشركة ولو لم يكن أي من الشركاء ناقص الأهلية. كما أن النص الذي نقترحه يضيف على النص الفرنسي، فيأخذ بالاعتبار حالة الشريك ناقص الأهلية.

ولذا فقد نتجرأ من خلال هذا البحث باقتراح الصياغة التالية:

١- يتبع في تقويم الحصص العينية الأحكام المنصوص عليها لتقدير هذه الحصص في شركة المساهمة. ويجب أن يتضمن نظام الشركة تقييماً لكل حصة عينية. ويتم ذلك بموجب تقرير ملحق لنظام الشركة معد من قبل خبير مختص بتقييم الحصص وعلى مسؤوليته ومعين بإجماع الشركاء أو بموجب قرار قضائي بطلب من الشريك الأكثر جدية.

٢- ما لم يكن أحد الشركاء ناقص الأهلية، يستطيع الشركاء أن يقرروا بالإجماع أن الخبير بتقييم الحصص ليس لازماً إذا كانت قيمة أي من الحصص لا تتجاوز (مئة ألف ريال) وكانت القيمة الاجمالية لكافة الحصص العينية غير الخاضعة لتقييم الخبير المختص لا تتجاوز نصف رأس المال.

٣- إذا كانت الشركة منشأة من قبل شخص واحد، يعين الخبير المختص من قبل الشريك الوحيد. ولا يجب تعيين خبير مختص بتقييم الحصص إذا توافرت الشروط المذكورة في البند السابق أو إذا كان الشريك الوحيد شخص طبيعي وكان يمارس نشاطه المهني باسمه الشخصي قبل تأسيس الشركة، وقدم عناصر كانت تظهر في القوائم المالية المعدة أخيراً.

٤- إذا لم يتم تعيين خبير مختص لتقييم الحصص أو إذا اعتمد الشركاء قيمة مختلفة عن تلك المقترحة من قبل الخبير المختص، يصبح الشركاء مسؤولين بالتضامن في مواجهة الغير عن القيمة المعطاة للحصص العينية خلال خمس سنوات من تاريخ شهر الشركة وقيدها في السجل التجاري بحسب المادة (١٥٨) من النظام.

وأخيراً، وكما يقول هِبرود (Hébraud, 1969)، فإن «ضرورة أن نمسك بأيدينا كل الخيوط في آن واحد هي بلا شك واحدة من أهم صعوبات البحث القانوني». وما أسلفت به الدراسة ليس إلا محاولة لوصف جميع الأحكام المتعلقة بالشريك ناقص الأهلية في النظام السعودي من خلال ثلاث أنظمة وهي نظام الشركات ونظام المرافعات الشرعية ولائحته التنفيذية ونظام الهيئة العامة للولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم ولائحته التنفيذية. ومع

ذلك، فالدراسة ليست إلا جهداً بسيطاً لجمع الأحكام النظامية المتعلقة بالشريك ناقص الأهلية وتبويبها في مادة علمية واحدة وهو ما يسد نقصاً في المكتبة السعودية.

وفي ظل غياب النصوص الواضحة فتبقى الآراء المقدمة محلاً للنقاش فضلاً عن أنها لا تحجب الكثير من الأسئلة التي تتعلق بنقص الأهلية وأثرها في أحكام الشركات، ويمكن التساؤل أيضاً عن أثر نقص الأهلية في إدارة الشركة وعن الأحكام الخاصة بتصويت الشريك في الجمعية العمومية العادية وغير العادية. كما أن حقوق الولي (أو الوصي) والتزاماته ما زالت تحتاج إلى دراسة أكثر تفصيلاً في إطار نظام الشركات. ونرجو أن تكون هذه الدراسة محطة بداية للفت النظر إلى موضوع هام خاصة في النظام السعودي ودعوة للباحثين إلى خوض غماره وكشف أسراره، آملين من الله التوفيق والسداد.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية

(١) الكتب والأبحاث

ابن عابدين، محمد (١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣م). *رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)*. الرياض: دار عالم الكتب.

ابن قدامه، موفق الدين (١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م). *المغني*. ط٣، الرياض: دار عالم الكتب.

إسماعيل، محمد (١٩٩٢م). *القانون التجاري الأردني*. ط٢، عمان: دار عمار.

آل خنين، عبدالله (١٤٣٣هـ/ ٢٠١٢م). *الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية*. ط٥، الرياض: دار ابن فرحون.

البخاري، علاء الدين (١٩٩٧م). *كشف الأسرار على أصول فخر الدين البزدوي*. ط١، بيروت: دار الكتب العلمية.

الجبر، محمد (١٤١٧هـ). *القانون التجاري السعودي*. ط٤، الرياض: معهد الإدارة العامة.

الجبرين، نبيل (١٤٣٩هـ/ ٢٠١٨م). *التوضيحات المرعية لنظام المرافعات الشرعية*. ط٢، الرياض: دار التدمرية.

الخفيف، علي (١٤٣٠هـ/ ٢٠٠٩م). *الشركات في الفقه الإسلامي*. القاهرة: دار الفكر العربي.

الخياط، عبدالعزيز (١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م). *الشركات في الشريعة الإسلامية*. ط٤، القسم الثاني، بيروت: مؤسسة الرسالة.

السليم، يوسف (١٤٣١-١٤٣٢هـ). *أحكام الشريك القاصر في شركة التضامن*. رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء.

الشربيني، محمد (١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م). *مغني المحتاج*. بيروت: دار الكتب العلمية.

العكيلي، عزيز (١٤٣٣هـ/ ٢٠١٢م). *الوسيط في شرح القانون التجاري*. ج١، عمان: دار الثقافة.

الغامدي، عبدالهادي (١٤٤٠هـ/ ٢٠١٨م). *القانون التجاري السعودي*. ط٣، بدون دار نشر.

الفقي، محمد (١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م). *فقه المعاملات*. الرياض: دار المريخ.

المحيميد، ناصر (١٤٢٧هـ/ ٢٠٠٦م). *الإنهاءات الثبوتية بالمحاكم الشرعية بالمملكة العربية السعودية*. ط١، أبها: مكتبة أبها الحديثة.

الموسى، محمد (١٤٠١هـ). *شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون*. ط١، الرياض: مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

بابلي، محمود (١٣٩٨هـ/ ١٩٧٨م). *الشركات التجارية*. حلب: المؤسسة العلمية للوسائل التعليمية.

خليل، رشاد (١٤٠١هـ/ ١٩٨١م). *الشركات في الفقه الإسلامي*. ط٣، الرياض: دار الرشيد.

داخلي، رحاب (١٤٤٠هـ/ ٢٠١٩م). *القانون التجاري السعودي*. ط٢، مصر: مركز الدراسات العربية.

سامي، فوزي (١٩٩٣م). *شرح القانون التجاري الأردني*. ط١، عمان: دار الثقافة.

عتيقي، محمد (١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م). *عقود الشركات دراسة فقهية مقارنة*. ط١، الكويت: مكتبة ابن كثير.

عليش، محمد (١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م). *شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل*. ط١، بيروت: دار الفكر.

كريم، زهير (١٩٩٥م). *مبادئ القانون التجاري*. ط١، عمان: دار الثقافة.

ياملكي، أكرم (١٤٣١هـ/ ٢٠١٠م). *القانون التجاري: دراسة مقارنة*. ط١، عَمان: دار الثقافة.

(٢) القوانين

- نظام الشركات السعودي رقم (م/ ٣) لسنة ١٤٣٧هـ، صادر بتاريخ ٢٨/ ١/ ١٤٣٧هـ، الموافق ١٠/ ١١/ ٢٠١٥م.
- نظام المرافعات الشرعية السعودي رقم (م/ ١) لسنة ١٤٣٥هـ صادر بتاريخ ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ، الموافق ٢٥/ ١١/ ٢٠١٣م.
- نظام المرور السعودي رقم (م/ ٨٥)، صادر بتاريخ ٢٦/ ١٠/ ١٤٢٨هـ، الموافق ٧/ ١١/ ٢٠٠٧م.
- نظام الهيئة العامة للولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم رقم (م/ ١٧)، الصادر بتاريخ ١٣/ ٣/ ١٤٢٧هـ، الموافق ١١/ ٤/ ٢٠٠٦م.
- قانون الشركات البحريني رقم (٢١) لسنة ٢٠٠١م، صادر بتاريخ ٢٠/ ٦/ ٢٠٠١م.
- قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، صادر بتاريخ ١١/ ٣/ ١٩٩٧م.
- نظام مجلس الشورى السعودي رقم (أ/ ٩١) لعام ١٤١٢هـ صادر بتاريخ ٢٧/ ٨/ ١٤١٢هـ، الموافق ١/ ٣/ ١٩٩٢م.
- قانون التجارة العماني رقم (٥٥) لسنة ١٩٩٠م، صادر بتاريخ ١١/ ٧/ ١٩٩٠م.
- قانون الشركات المصري رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١م، صادر بتاريخ ١٧/ ٩/ ١٩٨١م، والمعدل بالقانون رقم (٤) لسنة ٢٠١٨م.
- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) صادر بتاريخ ١/ ٨/ ١٩٧٦م.
- قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦م، منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ٣٠/ ٣/ ١٩٦٦م.
- نظام الجنسية العربية السعودية الصادر بتاريخ ١/ ١/ ١٣٧٤هـ، الموافق ٢٩/ ٨/ ١٩٥٤م.
- النظام التجاري السعودي (نظام المحكمة التجارية) رقم (٣٢) لسنة ١٣٥٠هـ، صادر بتاريخ ١/ ١/ ١٣٥٠هـ، الموافق ١٨/ ٥/ ١٩٣١م.

(٣) مجموعات الأحكام القضائية

- مدونة التفتيش القضائي، صادرة عن المجلس الأعلى للقضاء السعودي، الإصدار الأول، ص ص ٢٣٠-٢٣١، الملحوظة رقم ٢٨٣-٢٨٤.
- المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا، من عام ١٣٩١-١٤٣٧هـ، مركز البحوث، وزارة العدل، ص ٨٣.

ثانياً: المراجع الفرنسية

(1) Ouvrages généraux et spéciaux

BOULOGNE-YANG TING C., *Les incapacités et le droit des sociétés*, LGDJ, Paris, 2007.

COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY, F., *Droit des sociétés*, 24e éd. LexisNexis, Paris, 2011.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., BLARY-CLÉMENT É., Droit commercial, 11e éd. LGDJ, Paris, 2015.

MERLE Ph., *Droit commercial Société commerciales*, 14e éd. Dalloz, Paris, 2010.

SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficultés*, 11e éd. LGDJ, Paris, 2018.

SIMONART V., *Répertoire pratique du droit Belge, Société en nom collectif et société en commandite*, 1re éd. Bruylant, Bruxelles, 2014.

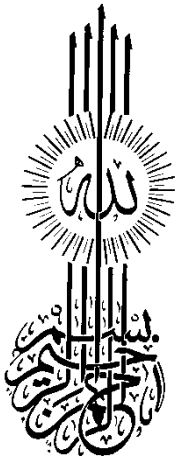
(2) Articles et jurisprudence

DELEBECQUE Ph., note sous, CA Paris, 2 juillet 1998: Bull. Joly Sociétés 1998, p. 1282.

ESCHYLLE J.-F, *La capacité du mineur émancipé*, RTD com, 2013, p. 203

HÉBRAUD P., Rapport au 1e Colloque des IEJ, in La logique judiciaire, Travaux et recherches de la faculté de droit et de science économique de Paris, PUF, 1969, p. 47.

LYON-CAEN, note sous, Cass. Civ., 7 mars 1922: DP, I, p. 69; S. 1922, 1, p. 145.



IN THE NAME OF ALLAH,
MOST GRACIOUS, MOST MERCIFUL

Journal of King Saud University (Law & Political Science), Vol. (33), No. (2), pp. 111-188 Ar., Riyadh (2021/1442 H.)

Journal of
King Saud University
(Refereed Scientific Periodical)

Volume 33

Law & Political Science (2)

July (2021)
Dhu Al-Qa'dah (1442H.)

دار جامعة الملك سعود للنشر
KING SAUD UNIVERSITY PRESS
P. O. Box 68953, Riyadh 11537, Kingdom of Saudi Arabia

• Editorial Board •

Khalid I. Alhumaizi *(Editor-in-Chief)*
Mohammed N. Alshehri
Omar M. Al-Dossary
Ibrahim M. Al-Shahwan
Anis H. Fakeeha
Mohammed A. Al-Jarrah
Humood I. Alsalamah
Yousif A. Alshumaimeri
Tareq M. Al-Sulaiman
Azhari M. Sadig
Abdullah J. Alghamdi
Mansour M. Alsulaiman
Khalid S. Almuzaini
Faisal M. Alqahtani

Division Editorial Board

Abdullah Jumman Alghamdi *Division Editor*
Elshehabi Ibrahim Elsharqawi
Abdel Sattar A. Selmy
Bouzid Dine
Jamel Abdelrazzak Ajroud

© 2021 (1442 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.

دار جامعة الملك سعود للنشر
KING SAUD UNIVERSITY PRESS

CONTENTS

Page

Disclosure of Information Regarding Public Joint Stock Companies in UAE Legislation (English Abstract)
Tariq Abdel Rahman Kameel.....111

Digital Criminal Investigation (English Abstract)
Hanan Mohamed Elhoussini Ahamed, and Sahar Ali Abdullah Alhabdan 129

Modern Trends in Saudi Bankruptcy Law and Their Impact on Creditors' Right (English Abstract)
Ahmed Abdullah Sufran 152

The Provisions Relating to the Legal Incapacity of the Partner in Saudi Law: A Comparative Study (English Abstract)
Fuad Shehab Shyyab 171