



مجلة جامعة الملك سعود (الحقوق والعلوم السياسية)، مج (٣٥)، ع (٢)، ص ص ٢١٩-٤٢٦ بالعربية، الرياض (٢٠٢٣م/١٤٤٤هـ)

مجلة جامعة الملك سعود (دورية علمية محكمة)

المجلد الخامس والثلاثون الحقوق والعلوم السياسية (٢)

(٢٠٢٣م)

(١٤٤٤هـ)

يوليو

ذو الحجة

دار جامعة
الملك سعود للنشر
KING SAUD UNIVERSITY PRESS



ص.ب. ٦٨٩٥٣ - الرياض ١١٥٣٧ المملكة العربية السعودية

أعضاء هيئة التحرير

رئيساً	أ.د. عبدالله بن جمعان الغامدي
عضواً	أ.د. سعد بن ناصر الشثري
عضواً	أ.د. الشهابي إبراهيم الشرقاوي
عضواً	أ.د. جمال عبدالرزاق العجروود
عضواً	أ.د. عبدالسلام علي نوير منصور
عضواً	أ.د. محمد بن أحمد بن محمد محفوظ
عضواً	د. عادل بن عبدالكريم عبدالكريم
عضواً	د. عبدالرزاق شيخ نجيب

© ٢٠٢٣م (١٤٤٤هـ) جامعة الملك سعود

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



المحتويات

صفحة

التوسع في نطاق تطبيق نظام الإفلاس السعودي الجديد ١٤٣٩هـ ولائحته التنفيذية معن محمد أمين علي القضاة.....	٢١٩
المحكمة الرقمية والمحكمة الإلكترونية في إطار التقاضي الإلكتروني حنان محمد الحسيني أحمد.....	٢٣٧
التنظيم القانوني لتجديد عقد الامتياز التجاري: دراسة تحليلية نقدية راكان بن فهد آل ردعان.....	٢٦٧
الحصة بالعمل في نظام الشركات التجارية السعودي والقانون المصري محمد مصطفى عبدالصادق مرسي.....	٢٩١
الضمانات التشريعية لحماية الودائع النقدية المصرفية: دراسة في ضوء القانون الاتحادي الإماراتي الجديد رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م بشأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية ندى زهير الفيل.....	٣١٩
حجية الأوراق الإدارية في الإثبات بدر بن عبدالله بن محمد المطرودي.....	٣٥٩
النهج السلوكي في صناعة السياسة العامة: دراسة في الأثر المعرفي والتطبيقي لدمج التبصرات السلوكية في حقل السياسة العامة أمال زرنيز.....	٣٧٧
ضمانات حرمة الحياة الخاصة في ظل نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي مقبل بن هلال بن محمد العتيبي.....	٤٠٥

التوسع في نطاق تطبيق نظام الإفلاس السعودي الجديد ١٤٣٩هـ ولائحته التنفيذية

معن محمد أمين علي القضاة

أستاذ القانون التجاري المشارك، كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الملك سعود، الرياض، المملكة العربية السعودية

maalqudah@ksu.edu.sa, maen.alqudah@yahoo.com

(قدم للنشر في ١٢/٧/١٤٤٢هـ، وقبل للنشر في ١١/٨/١٤٤٢هـ)

ملخص البحث. تسعى الدول جاهدة إلى مراجعة تشريعاتها وإصدار ما يتواءم منها مع كافة تطورات جوانب الحياة فيها سواء كانت اجتماعية، أو سياسية، أو اقتصادية... إلخ. وكانت الأحكام الناظمة لقواعد الإفلاس في السابق تقتصر في انطباقها على المدين التاجر فقط الذي توقف عن دفع ديونه التجارية. وعلى التقيض من ذلك، فقد اختلفت النظرة الآن حيال أحكام الإفلاس ونطاق تطبيقه وذلك من أجل معالجة اوضاع المشروعات المتعثرة أو المشروعات المفلسة. وفي هذا المجال، فقد تم التوسع في نطاق تطبيق أحكام نظام الإفلاس السعودي الجديد ١٤٣٩هـ بحيث لم يعد نطاق تطبيقه قاصراً على التجار وأعمالهم التجارية وذلك بما يتوافق مع التطورات الاقتصادية واتجاهات التشريعات الحديثة.

وفي هذه الدراسة، حاولنا إلقاء الضوء على التوسع في نطاق تطبيق نظام الإفلاس السعودي الجديد ١٤٣٩هـ ولائحته التنفيذية وذلك في بحثين، تناولنا في المبحث الأول: التوسع في النطاق الشخصي والموضوعي لتطبيق نظام الإفلاس السعودي الجديد ١٤٣٩هـ على الأشخاص الطبيعيين، وقسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، حيث ضم بين دفتيه المطلب الأول: الأعمال التجارية والمهنية للأشخاص الطبيعيين؛ وفي المطلب الثاني: الأعمال التي تهدف للربح من الأشخاص الطبيعيين. أما المبحث الثاني من هذه الدراسة فقد تطرقنا فيه إلى التوسع في النطاق الشخصي والموضوعي لتطبيق نظام الإفلاس السعودي الجديد ١٤٣٩هـ على الأشخاص الاعتبارية ضمن مطلبين، ففي المطلب الأول: الشركات التجارية والمهنية؛ وفي المطلب الثاني: الكيانات المنظمة والشركات والكيانات التي تهدف لتحقيق الربح. وتوصلنا في خاتمة البحث للعديد من النتائج والتوصيات الهامة. الكلمات المفتاحية: النشاط الاقتصادي، نظام الإفلاس السعودي ولائحته التنفيذية، الأشخاص الطبيعيين، الأشخاص الاعتبارية، الكيانات المنظمة، الشركات والكيانات الهادفة لتحقيق الربح، المستثمر غير السعودي، إقليمية الإفلاس.

EXPANDING THE FRAMEWORK APPLICATION OF THE NEW SAUDI BANKRUPTCY LAW 1439 AH AND ITS IMPLEMENTATION REGULATIONS

Maen Mohammed Amin Al-Qudah

*Associate Professor, College of Law and Political Science,
King Saud University, Riyadh, Kingdom of Saudi Arabia
maalqudah@ksu.edu.sa, maen.alqudah@yahoo.com*

(Received 12/07/1442 H., Accepted for Publication 11/08/1442 H.)

Abstract. Countries attempt to evaluate their legislations and issuing what is in line with all developments in all aspects of life, whether they are social, political or economic ... etc. In the past, the provisions of bankruptcy rules were only applicable on the merchant debtor who stopped paying his commercial debts. In contrast, currently the view on bankruptcy provisions and the framework of their application has been changed in order to address the situations of stressed or bankrupt projects. In this sense, the framework of the new Saudi bankruptcy law 1439 AH provisions application has been expanded. Accordingly, the framework of its application is no longer restricted to merchants and their commercial businesses, which is in line with the economic developments and recent legislation trends.

This study shed light on the expansion of the framework of the new Saudi bankruptcy law 1439 AH and its implement regulations of application in two chapters. In the first chapter, the expansion of the personal and objective framework for the application of the new Saudi bankruptcy law 1439 AH on natural persons was analyzed. This chapter was divided into two sections, the first section; the commercial and professional business of a natural person, the second section; the business that aims to profit by a natural person. In the second chapter of this study, the expansion of the personal and objective framework of applying the new Saudi bankruptcy law 1439 AH to moral person was discussed. This chapter has two sections, the first section is; commercial and professional companies. The second section includes organized entities, companies and entities aiming to achieve profit. In the conclusion of the study, many important results and recommendations were reached.

Keywords: Economic activity, Saudi bankruptcy law and its implementing regulations, Natural persons, Moral persons, Organized entities, Companies, Profit-making entities, Non-Saudi investor, Regional bankruptcy.

الإفلاس ونطاق تطبيقه من أجل معالجة اوضاع المشروعات المتعثرة أو المشروعات المفلسة.

وفي هذا المجال، قام المنظم السعودي بتوسيع نطاق تطبيق نظام الإفلاس وبما يحقق رؤية المملكة العربية السعودية ٢٠٣٠م^(٥) من خلال توفير البيئة الجاذبة للاستثمارات المحلية والخارجية وذلك يظهر في نطاق تطبيق نظام الإفلاس السعودي الجديد بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٥٠) وتاريخ ٢٨/٥/١٤٣٩هـ ولانتهته التنفيذية الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٦٢٢) بتاريخ ٢٤/١٢/١٤٣٩هـ. وحاول المنظم السعودي القيام بعمل توأمة وذلك من خلال استفادة المدين المفلس أو المتعثر من إجراءات الإفلاس من جانب، ومن جانب آخر المحافظة على حقوق الدائنين لا بل أن المنظم السعودي ذهب إلى أكثر من ذلك عند تأكيده على تمكين المدين المفلس أو المتعثر من تنظيم أوضاعه المالية لأجل معاودته لنشاطه وبما يسهم بشكل فاعل في دعم وتنمية الاقتصاد الوطني؛ وهذا ما أكدت عليه المادة (٥) من هذا النظام بأن من أهداف إجراءات الإفلاس تمكين المدين المفلس أو المتعثر أو الذي يتوقع أن يعاني من اضطراب أوضاعه المالية الاستفادة من إجراءات الإفلاس من أجل تنظيم وترتيب أوضاعه المالية ومن أجل أن يُعاود نشاطه وبما يسهم في دعم الاقتصاد وتنميته؛ مع الأخذ بالحسبان

= البرية آنذاك، لم يميز في انطباق نظام الإفلاس بين التجار وغير التجار بل كان تطبيق هذا النظام يشملهم جميعاً؛ انظر تفصيلاً:

Ripert Georges et Roblot René, Traité de Droit Commercial Volume 2, (2009), LGDJ, Paris, No. 2821 Yves Guyon, Droit des affaires, Entreprises en difficultés, redressement judiciaire, faillite, 9e édition Economica, (2003), No. 1092; Maître B. Soinne, Le nouveau droit de la faillite: réalisme insuffisance et incomprehension, Gaz, 1983-2, Doctine 498.

إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، الجزء الرابع، الإفلاس، منشورات بحر المتوسط ومنشورات عويدات، ط١، (١٩٨٦م)، ص ١٢.

(٥) انظر تفصيلاً بخصوص رؤية المملكة العربية السعودية على الموقع

التالي: <https://www.vision2030.gov.sa/>

المقدمة

كان الإفلاس سابقاً يشكل نظاماً قانونياً خاصاً بفئة التجار الذين يتوقفون عن الوفاء بديونهم التجارية لاضطرابات مالية لحقت بهم وذلك عن طريق التنفيذ الجماعي على أموالهم^(١). وكان الإفلاس سلاحاً موجهاً ضد هؤلاء التجار لا بل إعداماً لهم وإخراجهم من الحياة التجارية باعتبارهم كالمرض الخبيث الواجب اجتنائه من جذوره خوفاً من انتشاره بين التجار مما يؤدي إلى اختلال المقوم الأساسي للحياة التجارية وهو الائتمان التجاري فيما بين التجار^(٢). وبالمقابل فلم يكن غير التجار يخضعون لأحكام الإفلاس بل تسري عليهم أحكام الإعسار التي تختلف عن أحكام الإفلاس وعن نطاق تطبيقها^(٣).

ويرتبط الإفلاس بشكل وثيق بالائتمان والاستثمار داخل الدول، ونظراً للتطور الاقتصادي والتكنولوجي الهائلين الذين شهدتهما الدول منذ فترة من الزمن، وتحت تأثير العولمة والأزمات العالمية بحيث أن التاجر أو حتى غير التاجر قد يتعسران مالياً تبعاً لحالة الأسواق المحلية والدولية. فقد أخذت التشريعات الحديثة^(٤) بمنحى آخر حيال أحكام

(١) انظر:

R. Roblot, Traité élémentaire de droit commercial de Georges Ripert, L.C.D, Paris (1981), no 2590, p. 609; Françoise Pérochon et Régine Bonhomme, Entreprises en difficulté, 6 édition, L.G.D.Y, Delta, Paris, (2003), p. 4.

انظر كذلك: مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري: الأوراق التجارية والإفلاس، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط٢، (٢٠١٢م)، ص ٢٩٩ وما بعدها؛ سعيد يوسف البستاني، أحكام

الإفلاس والصلاح الوافي في التشريعات العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط١، (٢٠٠٧م)، ص ١٧ وما بعدها

(٢) انظر في ذات المعنى: بسمة محمد كاظم، الإفلاس الدولي وحماية حقوق الدائنين: دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، ط١، (٢٠١٧م)، ص ١٣.

(3) Jehasse Philippe, La faillite, Cci De Liege, Edipro, Belgique, (2008), pp. 15-21.

(٤) لا بد من الإشارة هنا إلى أن التشريع الفرنسي الأول المتعلق بالإفلاس والصادر في الأمر الملكي لسنة ١٦٧٣م والمنظم لأحكام التجارة =

هدف البحث وأهميته

يهدف هذا البحث إلى دراسة موضوع التوسع في نطاق تطبيق نظام الإفلاس السعودي الجديد الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٥٠) وتاريخ ٢٨/٥/١٤٣٩هـ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٦٢٢) بتاريخ ٢٤/١٢/١٤٣٩هـ. وفي هذا المجال فإن هذا البحث يهدف إلى توضيح التوسع في نطاق تطبيق نظام الإفلاس السعودي الجديد ١٤٣٩هـ ولائحته التنفيذية من خلال بيان النطاق الشخصي والموضوعي لانطباق نظام الإفلاس السعودي على الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتبارية. وتمثل أهمية هذا البحث في الدور الفعال والأساسي لأنظمة الإفلاس باعتباره من الركائز في دعم وحماية الوضع الاقتصادي للدول، وكذلك المحافظة على حقوق جميع من لهم علاقة بالمشروع الاقتصادي، وبما يؤدي إلى زيادة كفاءة وتنمية الحياة الاقتصادية. هذا بالإضافة للأهمية الكبرى التي تتسم بها أنظمة الإفلاس والتي تمثل مدى قوة أو ضعف اقتصاد الدول خصوصاً انها تساهم وبشكل كبير في استقرار قطاعات النشاط الاقتصادي.

مشكلة الدراسة

تتمحور مشكلة البحث في موضوع التوسع في نطاق تطبيق نظام الإفلاس السعودي الجديد الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٥٠) وتاريخ ٢٨/٥/١٤٣٩هـ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٦٢٢) بتاريخ ٢٤/١٢/١٤٣٩هـ في الضعف الذي قد تعانيه الحياة الاقتصادية من عدم إبراز الدور الهام الذي يلعبه التوسع في نطاق تطبيق نظام الإفلاس. وبالرغم من عناية المنظم السعودي في سنه وإصداره نظام للإفلاس إلا أنه هناك بعضاً من الغموض في القواعد النظامية التي تحكم تطبيق نظام الإفلاس السعودي، وتدعو هذه المشكلات إلى البحث في تحديد نطاق تطبيق هذا النظام الإفلاس السعودي ولائحته التنفيذية

إلى تعظيم قيمة أصول التفليسة والبيع المنتظم لها؛ ومن جانب آخر، مراعاة حقوق الدائنين بطريقة عادلة وبما يضمن المعاملة العادلة لهم؛ وضمان التوزيع العادل لحصيلة بيع أصول تفليسة المدين على الدائنين عند التصفية، مع الاقتصاد في تكاليف الإجراءات وتخفيض مددها وزيادة دور وفعالية هذه الإجراءات وعلى وجه الخصوص في إعادة ترتيب أوضاع المدين الصغير أو بيع أصول التفليسة وتوزيعها على الدائنين بشكل عادل ضمن مدة محددة^(٦).

بناء على ما تقدم، يمكننا القول بأن نظام الإفلاس وبالرغم من أنه يلعب دوراً جوهرياً في الحياة الاقتصادية وهو ما اقتضى توسيع نطاق سريانه تطبيقه، إلا أن هذا النظام وكونه ما يزال حديثاً نسبياً، مع وجود بعض من الثغرات القانونية فيما يتعلق في نطاق تطبيقه، لذلك فإن موضوع هذا البحث يتناول التوسع في نطاق تطبيق نظام الإفلاس السعودي الجديد ١٤٣٩هـ ولائحته التنفيذية.

(٦) تنص المادة الخامسة من نظام الإفلاس السعودي على أنه: "تهدف

إجراءات الإفلاس إلى الآتي:

(أ) تمكين المدين المفلس أو المتعثر أو الذي يتوقع أن يعاني من اضطراب أو ضاعه المالية من الاستفادة من إجراءات الإفلاس، لتنظيم أوضاعه المالية وللمعاودة نشاطه والإسهام في دعم الاقتصاد وتنميته.

(ب) مراعاة حقوق الدائنين على نحو عادل وضمان المعاملة العادلة لهم.

(ج) تعظيم قيمة أصول التفليسة والبيع المنتظم لها وضمان التوزيع العادل لحصيلته على الدائنين عند التصفية.

(د) خفض تكلفة الإجراءات ومددها وزيادة فعاليتها وبخاصة في إعادة ترتيب أوضاع المدين الصغير أو بيع أصول التفليسة وتوزيعها على الدائنين على نحو عادل خلال مدة محددة.

(هـ) التصفية الإدارية للمدين الذي لا يتوقع أن ينتج عن بيع أصوله حصيلة تكفي للوفاء بمصروفات إجراء التصفية أو التصفية لصغار المدينين".

- المبحث الأول: التوسع في النطاق الشخصي والموضوعي لتطبيق نظام الإفلاس السعودي الجديد ١٤٣٩هـ على الأشخاص الطبيعيين.
 - المطلب الأول: الأعمال التجارية والمهنية للأشخاص الطبيعيين.
 - المطلب الثاني: الأعمال التي تهدف للربح من الأشخاص الطبيعيين.
- المبحث الثاني: التوسع في النطاق الشخصي والموضوعي لتطبيق نظام الإفلاس السعودي الجديد ١٤٣٩هـ على الأشخاص الاعتبارية.
 - المطلب الأول: الشركات التجارية والمهنية.
 - المطلب الثاني: الكيانات المنظمة والشركات والكيانات التي تهدف لتحقيق الربح.
- الخاتمة: النتائج والتوصيات.

المبحث الأول:

التوسع في النطاق الشخصي والموضوعي لتطبيق نظام الإفلاس السعودي الجديد ١٤٣٩هـ على الأشخاص الطبيعيين يتسم نظام الإفلاس السعودي الجديد بميزة هامة جداً من حيث التوسع في نطاق تطبيقه، فلم يعد نطاقه قاصراً على التجار والأعمال التجارية بل أصبحت مظلته تمتد لتشمل الأشخاص الطبيعيين وأنشطتهم ذات الصبغة الاقتصادية. وتجدر الإشارة هنا إلى أن قوة هذا النظام تتأتى من خلال قيام المنظم السعودي في إيجاد توأمة بين انقاذ مشروعات الأشخاص الطبيعيين المتعثرة من جانب والمحافظة على حقوق الدائنين من جانب آخر^(٧). وفي هذا المبحث سوف نتناول

(٧) انظر نص المادة الخامسة من نظام الإفلاس السعودي؛ انظر في ذات المعنى: فايز نعيم رضوان، الإفلاس طبقاً لأحكام المعاملات التجارية لدولة الإمارات، الآفاق المشرقة ناشرون، الأردن، (٢٠١٣م)، ص ١٦.

بناء على ما تم ذكره آنفاً فإن موضوع هذا البحث يطرح أيضاً عدداً من التساؤلات أهمها: لماذا أخذ المنظم السعودي بالتوجه الحديث بالتوسع في نطاق تطبيق نظام الإفلاس؟ ما هو نطاق تطبيق نظام الإفلاس السعودي؟ ما هي الأنشطة والأشخاص التي يسري عليها نظام الإفلاس السعودي؟ هل حافظ المنظم السعودي على مبدأ إقليمية نظام الإفلاس؟ ما هي شروط سريان أحكام نظام الإفلاس السعودي على المستثمر غير السعودي؟

منهج البحث

تعتمد هذه الدراسة على المنهج التحليلي لأحكام نظام الإفلاس السعودي الجديد ولأئحته التنفيذية، وذلك من أجل تحديد التوسع في نطاق تطبيق هذا النظام ولأئحته التنفيذية. بالإضافة إلى استعراض الآراء والنظريات المتعلقة بموضوع هذا البحث. وتعتمد هذه الدراسة كذلك على المنهج الوصفي وذلك لوصف ماهية الأنشطة والأشخاص التي يسري عليها هذا النظام.

خطة البحث

تتفق طبيعة موضوع هذا البحث مع المنهجية الحديثة وذلك من خلال التقسيم الثنائي، والذي يسمح بتحديد عناصر البحث بطريقة سلسلة يسهل معها تناول الموضوع البحثي بشكل دقيق وموضوعي. وبناء على ذلك، سوف يتم تناول موضوع هذا البحث ضمن مبحثين رئيسيين، بحيث نتناول في المبحث الأول: التوسع في النطاق الشخصي والموضوعي لتطبيق نظام الإفلاس السعودي الجديد ١٤٣٩هـ على الأشخاص الطبيعيين. أما المبحث الثاني من هذه الدراسة فقد تطرقنا فيه إلى التوسع في النطاق الشخصي والموضوعي لتطبيق نظام الإفلاس السعودي الجديد ١٤٣٩هـ على الأشخاص الاعتبارية؛ ونقسم هذين المبحثين على الشكل الآتي:

المقصود بالمصطلحات الواردة في نظام الإفلاس تعريف الأعمال التجارية إلى الأنظمة ذات العلاقة. وبالرجوع إلى نظام المحكمة التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٢) وتاريخ ١٥/١/١٣٥٠هـ، نجد أن المادة الثانية من هذا النظام قد عدت أنواع الأعمال التجارية ولم تضع تعريفاً محدداً لها. ووفقاً للمادة المذكورة آنفاً، فإن الأعمال التجارية تندرج تحت طائفتين: أعمال تجارية أصلية ويقصد بها الأعمال التي عدتها المادة الثانية في نظام المحكمة التجارية^(٩) وبغض النظر عن صفة الشخص القائم بها؛ وينطوي تحت هذه الأعمال قسمين: أعمال تجارية منفردة وهي التي تعتبر تجارية ولو وقعت لمرة واحدة، وسواء قام بها تاجر أو غير تاجر كسواء لأجل البيع أو التاجير، والأوراق التجارية، وأعمال البنوك والصرافة، والسمسرة، وأعمال التجارة البحرية؛ وأعمال تجارية بطريق المقاوله بحيث لا تكتسب الصفة التجارية إلا إذا تمت بشكل متكرر ومنتظم من قبل شخص يحترف العمل التجاري ويباشره من خلال مشروع منظم كمقاوله الصناعة، ومقاوله التوريد، ومقاوله الوكالة بالعمولة، ومقاوله النقل، ومقاوله محلات ومكاتب الأعمال، ومقاوله البيع بالمرزاد العلني، ومقاوله إنشاء المباني^(١٠).

(٩) انظر تفصيلاً: عبدالرحمن السيد قرمان، مبادئ القانون التجاري:

نظرية الأعمال التجارية - التاجر - التجار، دار النهضة العربية، القاهرة، ودار الإجابة، الرياض، (٢٠١٦م)، ص ٣٥ وما بعدها.

(١٠) انظر في تفصيل ذلك: عبدالهادي محمد الغامدي وبن يونس محمد

حسيني، القانون التجاري، الأعمال التجارية، التاجر، الشركات

التجارية، مكتبة الملك فهد الوطنية، ط٣، (٢٠٠٩م)، ص ٣٥ وما

بعدها؛ عدنان صالح العمر ودرويش عبدالله درويش، شرح النظام

التجاري السعودي، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري،

العقود التجارية، دراسة تحليلية مقارنة وفقاً لنظام المحكمة التجارية

والأنظمة التجارية المعمول بها في المملكة العربية السعودية، مكتبة

دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، (٢٠١٧م)، ص ٧٨ وما بعدها؛

محمد حسن الجبر، القانون التجاري السعودي، الدار الوطنية

الجديدة للنشر والتوزيع، ط٣، (١٩٩٤م)، ص ٤٩.

بالتناوب الأعمال التجارية والمهنية للأشخاص الطبيعيين (المطلب الأول)؛ الأعمال التي تهدف للربح من الأشخاص الطبيعيين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأعمال التجارية والمهنية للأشخاص الطبيعيين

لقد بينت المادة الرابعة من نظام الإفلاس السعودي مظلة نطاق سريانه سواء من حيث الأشخاص والأعمال المنطوية تحت نطاق تطبيقه. وفي هذا الصدد، فإن الفقرة (أ) من المادة المذكورة آنفاً تؤكد على سريان أحكام هذا النظام على الشخص الطبيعي الذي يمارس في المملكة أعمالاً تجارية، أو مهنية... إلخ.

يتضح من نص المادة (٤/أ) سالفه الذكر أن هذا النظام ينطبق على الأشخاص الطبيعيين الذين يقومون بممارسة الأنشطة الاقتصادية بغض النظر عن كون هذه الأنشطة والأعمال تجارية أو غير تجارية وبغض النظر كذلك عن كون الشخص ذو الصفة الطبيعية تاجراً أو غير تاجر. وهذا التوجه يؤكد على أن المنظم السعودي قد توسع في نطاق تطبيق نظام الإفلاس بحيث لم يعد نطاقه قاصراً على التجار والأعمال التجارية. ويمكن أن نستنتج ذلك من عمومية عبارات الفقرة (أ) التي جاءت بصورة مطلقة ودون تحديد صفة الشخص الطبيعي فيما إذا كان تاجراً أو غير تاجر، بالإضافة إلى أن النص جاء ليشمل الأعمال التجارية أو الأعمال المهنية.

وفي هذا الصدد فإن المادة الرابعة الفقرة (أ) من ذات النظام تشترط أن يمارس الشخص الطبيعي^(٨) أعمالاً تجارية، أو مهنية... إلخ.

ففيما يتعلق بالأعمال التجارية التي تدخل في نطاق تطبيق نظام الإفلاس، فقد أحالت المادة الأولى منه والخاصة ببيان

(٨) كما هو معلوم يقصد بالشخص الطبيعي الإنسان أو الشخص

الحقيقي والذي ثبت له الشخصية القانونية من حيث الأصل؛ انظر

في تفصيل ذلك: خالد الرويس ووزق الرئيس، المدخل لدراسة

العلوم القانونية، ط٧، مكتبة الشقيري، الرياض،

(١٤٣٩هـ/٢٠١٨م)، ص ٢٣٥ وما بعدها.

لآخر أو بفترات متباعدة^(١٣)؛ لأن مظلة احترام العمل أوسع وأعم من مظلة الاعتياد للقيام بالعمل، بحيث يتم الاحتراف من خلال توجيه النشاط بصورة اساسية ومعتادة للقيام بعمل معين وليس بمجرد القيام بالعمل لمرات متقطعة^(١٤).

المطلب الثاني: الأعمال التي تهدف للربح من الاشخاص الطبيعيين

تؤكد الفقرة (أ) من المادة الرابعة على دخول أعمال الشخص الطبيعي التي تهدف إلى تحقيق الربح في نطاق تطبيق نظام الإفلاس. وقد جاءت نصوص نظام الإفلاس خالية من تحديد المقصود بالأعمال التي تهدف لتحقيق الربح. ويقصد بالربح الزيادة والنماء في التجارة؛ ويعرف كذلك بأنه الفائدة المالية التي تتحقق عندما يتخطى مبلغ الإيرادات المكتسبة من عمل تجاري المصاريف والتكاليف والضرائب اللازمة لاستمراره، ويعود أي ربح مكتسب إلى صاحب العمل الذي يستقل في اتخاذ القرار في إنفاقه على الأعمال التجارية أو عدم انفاقه عليها^(١٥).

ومن الناحية المحاسبية يعرف الربح بأنه زيادة قيمة المبيعات على تكاليف عوامل الإنتاج (الأرض ورأس المال والتنظيم والعمل)

(١٣) انظر في ذات المعنى: سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال وفقاً لقانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، دار النهضة العربية، (٢٠٠٤م)، ص ٢٥٣.

(١٤) انظر في ذات المعنى:

Ripert, Georges; Roblot René, Traité de droit commercial .I, Commerçants, actes de commerce, entreprise commerciale, fonds de commerce, sociétés commerciales, Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J), (1980), p. 94; voir aussi, J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, Droit commercial, Dalloz (1980), I, 1, p. 530.

(١٥) انظر: <https://trading-secrets.guru>، تاريخ الدخول للموقع ٢٠/١٢/٢٠٢٠م الساعة الثامنة مساءً؛ ومن الناحية اللغوية يعرف الربح بأرباحته تجارته ربحاً، وأرباحته فلاناً على بضاعته: أعطته ربحاً، ويقال أرباحته بضاعته ورأبحت على بضاعته: أعطاه ربحاً؛ انظر: مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج ١، طبعة دار المعارف، (١٩٨٠م)، ص ٣٢٢.

وأعمال تجارية تبعية تكتسب الصبغة التجارية لأن التاجر يقوم بها لخدمة تجارته^(١٦).

أما فيما يتعلق في الأعمال المهنية، فقد بينت المادة الأولى من نظام الإفلاس المقصود فيها وهي الأعمال التي يمارسها الشخص لحسابه الخاص على سبيل الاحتراف استناداً إلى خبرة أو تأهيل أو ملكة أو مهارة، ودون ارتباط بعقد عمل مع المستفيد يخضعه لتبعيته ومسؤوليته وإشرافه^(١٧).

يتضح من نص هذه المادة أن العمل يعد مهنيًا ضمن ضوابط محددة وهي أن يباشر هذا العمل من الشخص لحسابه الخاص، أما إن بوشر هذا العمل لحساب شخص آخر فلا يعد عملاً مهنيًا. ويشترط في العمل المهني أيضاً وجود استقلالية للشخص في ممارسته للعمل المهني بحيث لا يخضع لعلاقة تبعية في عقد عمل، مما يترتب عليه عدم اعتبار عمل العامل مهنيًا لأنه يقوم بالعمل باسم ولحساب الغير وليس له استقلالية بعمله بل يتبع العامل لرب العمل في أعماله التي يباشرها. ويُشترط أخيراً من أجل اعتبار العمل مهنيًا أن يحترف الشخص القيام بهذا العمل بناء على خبرة أو تأهيل أو ملكة أو مهارة. وفي هذا المجال يمكن القول بأن نظام الإفلاس لم يضع تعريفاً للاحتراف بل اكتفى بالتأكيد على وجوب اقتران العمل المهني بالخبرة أو التأهيل أو الملكة أو المهارة. ويمكن إنجاز المقصود باحتراف العمل بأنه تكرار قيام الشخص بالعمل بصورة دائمة ومنتظمة مع مباشرة العمل بشكل معتاد ومتكرر وليس بطريقة مؤقتة وعرضية. ويخرج من نطاق الاحتراف مجرد الاعتياد وتكرار العمل من وقت

(١٦) انظر تفصيلاً: مصطفى طه، القانون التجاري، الدار الجامعية، (١٩٨٨م)، ص ٧٤؛ حماد عزب ونايف الشريف، القانون التجاري السعودي، دار النهضة العربية، (٢٠٠١م)، ص ٧٥؛ محمد حسن الجبر، مرجع سابق، ص ٧٦؛ أنور مطاوع منصور، القانون التجاري السعودي، الأعمال التجارية، التاجر، الأوراق التجارية، عمليات البنوك، مكتبة الملك فهد الوطنية، ط ١، (٢٠١٢م)، ص ٥٦.

(١٧) انظر المادة الأولى من نظام الإفلاس.

ينطبق هذا النظام هنا على الأشخاص الاعتبارية سواء كانت شركات تجارية أو المهنية أو كيانات منظمة؛ لا بل إن التوسع في نطاق تطبيق نظام الإفلاس يمتد ليدخل فيه الكيانات الأخرى الهادفة إلى تحقيق الربح شرط أن تكون مسجلة في المملكة ولو لم تكن هذه الكيانات متمتعة بالشخصية الاعتبارية. وسوف نتطرق في هذا المبحث إلى الشركات التجارية والمهنية (المطلب الأول)؛ ثم الكيانات المنظمة والشركات والكيانات التي تهدف لتحقيق الربح (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشركات التجارية والمهنية

تؤكد المادة (٤/ب) من نظام الإفلاس على أن أحكام هذا النظام تسري على الشركات التجارية والمهنية... إلخ. ويتضح جلياً أن أحكام نظام الإفلاس قد توسعت لتشمل الشركات سواء كانت تجارية أو مهنية. وتعتبر الشركة تجارية عندما يكون نشاطها الذي تباشره تجارياً. بعبارة أخرى، فإن الشركة تكون تجارية بالاستناد لطبيعة نشاطها الرئيسي. وفي حقيقة الأمر، فنظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي (م/٣) وتاريخ ٢٨/١/١٤٣٧هـ وعند تعداده لأشكال الشركات في المادة الثالثة منه لم ينص صراحة على اعتبار الشركة تجارية إن اتخذت شكلاً من الأشكال المنصوص عليها في المادة سالفة الذكر. مما يترتب عليه القول بأن نظام الشركات لم يأخذ بالمعيار الشكلي لاعتبار الشركة تجارية بل يعتمد المعيار الموضوعي^(١٦).

وكما سبق الإشارة إليه سابقاً، فإن الأعمال التجارية ما نصت عليه المادة الثانية من نظام المحكمة التجارية لعام

(١٦) تنص المادة (٣/١) من هذا النظام على أنه: "يجب أن تتخذ الشركة التي تؤسس في المملكة أحد الأشكال الآتية: (أ) شركة التضامن. (ب) شركة التوصية البسيطة. (ج) شركة المحاصة. (د) شركة المساهمة. (هـ) الشركة ذات المسؤولية المحدودة". انظر تفصيلاً في الشكل القانوني للشركة:

Arthur R. Pinto and Douglas M. Branson, *Understanding Corporate Law*, 2nd edition, New Providence, NJ, LexisNexis, (2004), p. 5.

المستخدمة في إنتاج وتقديم السلع والخدمات ونقلها وتخزينها، فالربح يساوي الإيرادات مطروحاً منها المصاريف^(١٧). ويمكن أن نضيف هنا إلى أن عمل الشخص الطبيعي الذي يسعى للربح ينصب لتحقيق العائد المادي من خلال العمليات التي يقوم بها كالبيع والشراء واستثمار رأس المال. ويعد الربح رقماً مطلقاً يحدده مقدار الدخل أو الإيرادات التي تتخطى التكاليف أو النفقات، ويتم احتسابها كإجمالي إيرادات مطروحاً منها إجمالي المصروفات^(١٨). وفي هذا الاتجاه فإن مستويات الربح تتنوع بين إجمالي الربح، والربح التشغيلي، والربح الصافي. فإجمالي الربح يقصد به المبيعات دون تكلفة البضاعة المباعة بحيث تشكل المبيعات البند الأول في بيان الدخل وتكلفة البضاعة المباعة يضع إجمالي الربح الربحية في الاعتبار بعد المصروفات المباشرة. أما الربح التشغيلي فيتم حسابه من خلال طرح مصاريف التشغيل من إجمالي الربح بحيث يضع الربح التشغيلي الربحية في الاعتبار بعد مصاريف التشغيل مثل الرواتب والتكاليف العامة والتكاليف الإدارية. وأخيراً الربح الصافي وهو الدخل المتبقي بعد دفع جميع المصاريف بما في ذلك الضرائب والفائدة^(١٩).

المبحث الثاني:

التوسع في النطاق الشخصي والموضوعي لتطبيق نظام الإفلاس السعودي الجديد ١٤٣٩هـ على الأشخاص الاعتبارية على غرار الفقرة (أ) من المادة الرابعة لنظام الإفلاس، تناولت الفقرة (ب) من ذات المادة نطاق تطبيق نظام الإفلاس، ولكن

(١٦) انظر: سيد محمد علي جبارة، ملائمة نسب السيولة والربحية في تحليل ومناقشة القوائم المالية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة الموصل، (١٩٩٧م)، ص ١٩.

(١٧) انظر تفصيلاً:

Melissa Horton, The Difference between Profitability and Profit, <https://www.investopedia.com/>

تاريخ الدخول للموقع ٢٠/١٢/٢٠٢٠م الساعة الثامنة ونصف مساءً.

(١٨) انظر: <https://trading-secrets.guru>، تاريخ الدخول للموقع

٢٠/١٢/٢٠٢٠م الساعة الثامنة مساءً.

في الفقه الإسلامي^(٢٠) إلا إذا اتخذت أحد الأشكال الخمسة المنصوص عليها في النظام و يمكن أن يكون النشاط الذي تضطلع به تجارياً أو مدنياً. مما يترتب عليه انطباق نظام الشركات وفقاً إلى شكل الشركة دون الاعتداد بموضوعها خصوصاً أن المادة السابقة جاء نصها عاماً وبصرف النظر عن موضوع الشركة. لذا لا بد من الانتباه وعدم الخلط بين المعيار الموضوعي الذي تبناه نظام الشركات للتمييز بين الشركات التجارية والشركات المدنية وبين المعيار الشكلي كمعيار لتطبيق نظام الشركات وبصرف النظر عن موضوع الشركة سواء أكان تجارياً أو مدنياً.

وفي هذا المجال، فإن التوجه الحديث في الفقه القانوني يتتقد التفرقة بين الشركات التجارية والشركات المدنية استناداً للغرض الذي تضطلع به الشركة لأنه يؤدي إلى نتائج غير منطقية ولا عملية خصوصاً أن الشركات الكبرى كشرركات البترول والتعدين تعتبر مدنية رغم الدور الهام الذي تقوم به في الاقتصاد الوطني لأن موضوعها يتصف بالطبيعة المدنية وفقاً للمادة الثانية من نظام المحكمة التجارية لعام ١٣٥٠هـ^(٢١). لذا كنا نرجو من المنظم في نظام الشركات الأخذ بالمعيار الشكلي للتمييز بين الشركات التجارية والشركات المدنية خصوصاً أن تحديد الأعمال التجارية تعد فكرة مبهمة وتثير اللبس في بيان فيما إذا كان العمل تجارياً أو مدنياً.

إضافة لما سبق، فإن المادة (٤/ب) تُدخل في نطاق تطبيق نظام الإفلاس الشركات المهنية. وبالرجوع إلى نظام الشركات المهنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٧) وتاريخ ٢٦/١/١٤٤١هـ

(٢٥) انظر تفصيلاً بخصوص إفلاس الشركات في الفقه الإسلامي

وأقسامها: زياد صبحي ذياب، *إفلاس الشركات في الفقه الإسلامي والقانون: دراسة مقارنة*، ط١، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، (٢٠١١م)، ص ٢٤ وما بعدها.

(٢٦) انظر تفصيلاً: محمد حسن الجبر، *القانون التجاري السعودي*، ط٤، (١٩٩٦م)، ص ١٦٦؛ نايف الشريف وزياد القرشي، *القانون التجاري*، ط٥، دار حافظ للنشر والتوزيع، (٢٠١٣م)، ص ١١١؛ محمد براك الفوزان، *الأحكام العامة للشركات: دراسة مقارنة*، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، (٢٠١٤م).

١٣٥٠هـ أو الأعمال التي يمكن اعتبارها تجارية بالقياس على هذه الأعمال^(٢٢). ويترتب على ذلك أن المعيار الذي أعتد هنا للتفرقة بين الشركات التجارية والشركات المدنية^(٢٣) معيار موضوعي وهو المرتبط بطبيعة العمل وهو ذات المعيار للتفرقة بين التاجر وغير التاجر. لذلك فإن الشركة تعتبر تجارية ما دام أنها تباشر القيام بأعمال تجارية كالشركات التي يكون غرضها القيام بمشاريع صناعية وشركات النقل وشركات السمسة ... إلخ. بالمقابل، فإن الشركة تكون مدنية حتى ولو خضعت في أحكامها لنظام الشركات طالما أن الغرض الأساسي الذي تقوم به لا يعد تجارياً وفقاً للمادة الثانية من نظام المحكمة التجارية ولا يعد كذلك بالقياس على هذه الأعمال، والمثال على ذلك الشركات التي تعمل في مجال استخدام العمالة^(٢٤) أو النشاط الزراعي^(٢٥) أو الرعاية الصحية في المستشفيات ... إلخ؛ ولا يعد عمل هذه الشركات تجارياً ولو كان الشركاء فيها تجاراً.

ولابد من الإشارة هنا إلى أن المعيار الخاص بتطبيق نظام الشركات على الشركات معيار شكلي وبغض النظر عن طبيعة عمل الشركة تجارياً كان أو مدنياً، لأن هذا النظام يؤكد في المادة الثالثة الفقرة الثالثة^(٢٦) منه على عدم انطباقه على الشركات المعروفة

(٢٠) راجع الصفحة ٨ من هذا البحث.

(٢١) انظر تفصيلاً: نايف سلطان الشريف، *القانون التجاري السعودي*، ط١، الشقيري للنشر وتقنية المعلومات، الرياض، (١٤٣٩هـ)، ص ١٢٩.

(٢٢) انظر في هذا الصدد حكم ديوان المظالم رقم (٣٢٥/ت/١٦) لعام ١٤٢٥هـ وكذلك تعميم المجلس الأعلى للقضاء الصادر برقم (١٠٧٧/ت) بتاريخ ١٠/٨/١٤٣٩هـ.

(٢٣) انظر حكم ديوان المظالم رقم (١٤٧/ت/٤) لعام ١٤١٣هـ، وحكم ديوان المظالم رقم (٤٧/ت/٣) لعام ١٤١٨هـ.

(٢٤) تنص المادة (٣/٣) على أنه: "لا تنطبق أحكام النظام على الشركات المعروفة في الفقه الإسلامي، وذلك ما لم تتخذ شكل شركة من الشركات الواردة في الفقرة (أ) من هذه المادة".

من خلال محاولته توحيد وربط المصطلحات التي استخدمها في نظام الشركات المهنية ونظام الإفلاس^(٢٧).

المطلب الثاني: الكيانات المنظمة والشركات والكيانات التي تهدف لتحقيق الربح

تناولت المادة (٤/ب) الكيانات المنظمة والشركات والكيانات التي تهدف لتحقيق الربح بحيث تدخل في نطاق تطبيق نظام الإفلاس. فبما يتعلق بالكيانات المنظمة فإن المادة الأولى من نظام الإفلاس قد بينت المقصود بالكيان المنظم وهو "شخص مرخص له بممارسة نشاط مالي أو يدير مرفقاً عاماً، وفقاً لما ورد في المادة (الثالثة) من النظام". ويمكن أن نستنتج من نص هذه المادة سالف الذكر، أن الشخص لا يعتبر كياناً منظماً إلا إذا رُخص له بممارسة نشاط مالي؛ أو أن الشخص يقوم بإدارة مرفق عام. وبعبارة أخرى، فإن الكيان المنظم يتضمن فئتين بحيث تتضمن الفئة الأولى الشخص المرخص له للاضطلاع بنشاط مالي؛ أما الفئة الثانية فتشمل الشخص المرخص له لإدارة مرفق العام.

وفي هذا الصدد، فإن المادة الثالثة من نظام الإفلاس، قد جاءت بتعداد مطول جداً وبشكل ملحوظ، لما يعتبر كياناً منظماً. وقد جاء هذا التعداد على سبيل المثال لا الحصر لأن الفقرة الأخيرة (ي) من هذه المادة تؤكد على أن اللائحة التنفيذية لها النص على أي شخص تعتبره كياناً منظماً. فيعد مثلاً وفقاً للمادة الثالثة من هذا النظام كياناً منظماً يدخل في نطاق تطبيق نظام الإفلاس، الأشخاص المرخص لهم بممارسة نشاط مالي كالشركات المصرفية وشركات التمويل وشركات التأمين وشركات الصيرفة والأشخاص المرخص لهم بممارسة أعمال الأوراق المالية السوق المالية وشركات التسوية والمقاصة والحفظ المالية شركات التصنيف الائتماني وشركات المعلومات والسجلات الائتمانية. كذلك يدخل ضمن نطاق تطبيق نظام الإفلاس بالاستناد للمادة الثالثة سالف الذكر، الكيان المنظم

(٢٩) انظر المادة الأولى من نظام الإفلاس؛ انظر كذلك الصفحة ٩ من هذا البحث.

والذي عرفها في المادة الثانية منه بأنها: "شركة مدنية ذات شخصية اعتبارية مستقلة، يؤسسها شخص (أو أكثر) من المرخص لهم نظاماً بممارسة مهنة حرة واحدة (أو أكثر)، أو منهم مع غيرهم، ويكون غرضها ممارسة تلك المهن"^(٢٨).

يتضح من هذا النص أن الشركة المهنية ما هي إلا شركة مدنية موضوع نشاطها القيام بأعمال غير تجارية. وتكتسب هذه الشركة الشخصية الاعتبارية مما يجعلها شخصاً قانونياً ذا استقلال ويكون له ذمة مالية مستقلة، واسم وأهلية قانونية وموطن وجنسية. وأتاح هذا النص سالف الذكر تأسيس الشركة المهنية عن طريق شخص واحد (شركة شخص واحد) أو عدة أشخاص شرط أن يكون أو يكونوا من المرخص لهم في النظام للقيام بممارسة مهنة حرة. وقد بينت المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لنظام الشركات المهنية المقصود بالمهنة الحرة بأنها: "مهنة يقدم من خلالها شخص خدمات إلى الغير لحسابه الخاص، وذلك على سبيل الاحتراف واستناداً إلى خبرة أو تأهيل أو ملكة أو مهارة وبعد الحصول على ترخيص"^(٢٩).

وفي هذا المجال، فإن نظام الإفلاس يتشابه في تعريفه للأعمال المهنية مع ما جاء به نظام الشركات المهنية للمهنة الحرة؛ فالأعمال المهنية ووفقاً لنظام الإفلاس، وكما سبق الإشارة إليها سابقاً، "أعمال يمارسها الشخص لحسابه الخاص على سبيل الاحتراف استناداً إلى خبرة أو تأهيل أو ملكة أو مهارة، ودون ارتباط بعقد عمل مع المستفيد يخضعه لتبعيته ومسؤوليته وإشرافه". ونرى أن هذا التشابه يُحسب للمنظم

(٢٧) انظر نص المادة الثانية من نظام الشركات المهنية.

(٢٨) وقد بينت ذات المادة المقصود بالمرخص له وهو شخص ذو صفة طبيعية حاصل على ترخيص بممارسة مهنة حرة واحدة أو أكثر. ويقصد بالتأهيل: أن يكون الشخص أهلاً للقيام بالمهنة الحرة؛ أما الملكة فيقصد بها صفة راسخة في النفس، أو استعداد المهني عقلياً وبشكل خاص لتناول أعمال معينة بكفاءة ومهارة؛ وأخيراً يقصد بالمهارة: قدرة المهني على أداء عمل بحذق وبراعة. انظر في تفصيل

ولابد من الإشارة هنا إلى أن نظام الإفلاس وضع قواعد فيها نوع من الخصوصية عند طلب افتتاح إفلاس الكيان المنظم نظراً لما تتمتع به هذه الكيانات من أهمية اقتصادية كبيرة في الاقتصاد الوطني. وفي هذا السياق، فإن المادة (٢/٣) من هذا النظام تشترط موافقة الجهة المختصة من أجل السماح بقيد طلب افتتاح أي من إجراءات الإفلاس أو الإيداع القضائي لقرار افتتاح إجراء الإفلاس عندما يكون المدين كياناً منظماً. فمثلاً يعد البنك المركزي السعودي الجهة المختصة من خلال القيام بتنظيم نشاط البنوك في المملكة العربية السعودية والرقابة والإشراف عليها. والمغزى الذي يصبو إليه النظام من اشتراط موافقة الجهة المختصة على افتتاح إجراء الإفلاس هو من أجل إعطاء السلطة المختصة تقدير موائمة افتتاح إجراء إفلاس الكيان المنظم من عدمه ومدى تأثير ذلك على الاقتصاد الوطني^(٣٠). ويمكن أن نضيف كذلك إلى أن إصدار قرار الجهة المختصة بالقبول أو الرفض يكون خلال مدة لا تزيد على ٣٠ يوماً بعد اكتمال الطلب؛ وعند تخلف صدور هذا القرار فإن ذلك يعتبر قراراً ضمناً بالموافقة^(٣١).

وبالنسبة إلى الشركات والكيانات الهادفة لتحقيق الربح، فتدخل كذلك في مظلة تطبيق نظام الإفلاس بالاستناد لنص المادة (٤/ب). ويبدو جلياً للعيان أن المنظم السعودي قد وسع بشكل كبير نطاق تطبيق نظام الإفلاس من خلال دخول الشركات والكيانات الأخرى التي تهدف لتحقيق الربح ولو لم تكن متمتعة هذه الكيانات بالشخصية الاعتبارية، ضمن مظلة نطاق تطبيق هذا النظام بشرط أن تكون مسجلة هذه الشركات

(٣٢) تنص المادة (٢/٣) على أنه: "إذا كان المدين كياناً منظماً فلا يجوز قيد طلب افتتاح أي من إجراءات الإفلاس أو الإيداع القضائي له إلا بعد صدور قرار بالموافقة من الجهة المختصة".

(٣٣) تنص المادة (٣/٣) على أن: "تصدر الجهة المختصة - بعد اكتمال الطلب - قراراً بالموافقة أو الرفض خلال مدة لا تزيد على (ثلاثين) يوماً، ويعد مضي هذه المدة دون صدور قرار من الجهة المختصة بمثابة قرار ضمني بالموافقة".

الذي يدير مرفقاً عاماً كشركات الاتصالات والمياه والكهرباء والغاز وشركات التنقيب عن مصادر الطاقة والمعادن والشركات المشغلة للأنشطة الرئيسية في المطارات والقطارات والموانئ والمنشآت ذات الأغراض الخاصة^(٣٢).

وقد أضافت المادة (١/٢) من اللائحة التنفيذية لنظام الإفلاس أشخاصاً يعتبرون من الكيانات المنظمة وهم الشركات التي يكون نشاطها تقديم الخدمات والمنتجات الصحية أو يكون نشاطها تقديم الخدمات والمواد التعليمية بشرط أن ينطبق عليها معايير الكيان المنظم التي تضعها الجهة المختصة بالتنسيق مع لجنة الإفلاس. ويقصد بالجهة المختصة وفقاً للمادة الأولى من نظام الإفلاس الجهة التي تتولى تنظيم نشاط الكيان المنظم والرقابة والإشراف عليه^(٣٣).

(٣٠) تنص المادة (١/٣) من نظام الإفلاس على أنه: "يعد ما يأتي كياناً منظماً في تطبيق أحكام النظام:

- (أ) الشركات المصرفية وشركات التمويل وشركات التأمين وشركات الصيرفة.
- (ب) الأشخاص المرخص لهم بممارسة أعمال الأوراق المالية.
- (ج) السوق المالية، وشركات التسوية والمقاصة والحفظ المالية.
- (د) شركات التصنيف الائتماني.
- (هـ) شركات المعلومات والسجلات الائتمانية.
- (و) شركات الاتصالات والمياه والكهرباء والغاز.
- (ز) شركات التنقيب عن مصادر الطاقة والمعادن.
- (ح) الشركات المشغلة للأنشطة الرئيسية في المطارات والقطارات والموانئ وما في حكمها، وفقاً لما تحدده اللائحة.
- (ط) المنشآت ذات الأغراض الخاصة.
- (ي) أي شخص آخر تنص عليه اللائحة".

(٣١) تنص المادة (١/٢) من اللائحة التنفيذية لنظام الإفلاس على أنه: "يعد ما يأتي كياناً منظماً:

- (أ) الشركات التي يكون نشاطها تقديم الخدمات والمنتجات الصحية وتنطبق عليها معايير الكيان المنظم التي تضعها الجهة المختصة.
 - (ب) الشركات التي يكون نشاطها تقديم الخدمات والمواد التعليمية وتنطبق عليها معايير الكيان المنظم التي تضعها الجهة المختصة.
- ٢- تحدد الجهة المختصة الكيانات المنظمة في نطاق اختصاصها وفق معايير تضعها لذلك، بالتنسيق مع لجنة الإفلاس".

لسيادتها. فقد أكدت المادة السابقة على عدم خضوع أصول المستثمر الأجنبي ذو الصفة الطبيعية أو الاعتبارية إلا إذا كانت موجودة في المملكة.

وكما هو معلوم تحاول الدول وضع مفهوم للشخص الأجنبي طبيعياً أو اعتبارياً وتحديد طبيعة من يقيمون على أقاليمها وبما يتماشى مع مصالحها. وفي هذا الإطار، فقد عرّف نظام الجنسية العربية السعودية في المادة (٣/ج) الأجنبي بأنه: "غير السعودي"^(٣٧). وقد بينت المادة الثامنة من ذات النظام بشكل مفصل بخصوص تعريف الأجنبي، حيث نصت على أنه: "يعتبر أجنبياً من ولد في المملكة العربية السعودية عن أبوين أجنبيين أو من أب أجنبي وأم سعودية ومن ولد في الخارج لأب أجنبي معروف الجنسية وأم سعودية، ومع ذلك يكون لهذا المولود عند بلوغه سن الرشد الحق في اختيار الجنسية العربية السعودية... إلخ".

نستنتج مما سبق أن الشخص الأجنبي الطبيعي في النظام السعودي من لا تنطبق عليه الأوصاف النظامية لمن يحق له حمل الجنسية السعودية، أي أنه يقيم في إقليم المملكة دون حمل جنسيتها، ويخضع في إقامته في المملكة لنظام الإقامة السعودي المتوج بالتصديق الملكي العالي رقم (١٧-٢/٢٥/١٣٣٧) بتاريخ ١١/٩/١٣٧١هـ والتعديلات الصادرة عليه. وفي ذات النسق جاء نظام الإقامة المميزة الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٠٦) وتاريخ ١٠/٩/١٤٤٠هـ، واستمر هذا النظام بذات المفهوم للأجنبي، من خلال تعريفه للمقيم في مادته الأولى، بأنه: "غير السعودي ذو الصفة الطبيعية الذي لا يحمل الجنسية السعودية". وقد أشار نظام الإقامة المميزة في مادته (٢/١/ي)، إلى العديد من الحقوق والمزايا التي يتمتع بها الشخص الأجنبي الطبيعي ومنها "مزاولة الأعمال التجارية، وفقاً لنظام الاستثمار الأجنبي".

(٣٧) نظام الجنسية العربية السعودية الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٤) وتاريخ ٢٥/١/١٣٧٤هـ.

والكيانات في المملكة العربية السعودية^(٣٨). وفي هذا المجال، فإن نظام الشركات السعودي لم يضع تعريفاً لمصطلح الربح ضمن نصوصه. بالمقابل، فقد تضمن نظام الشركات السعودي الإشارة إلى الأرباح والأرباح الصافية في نصوصه دون إعطاء تعريف محدد لها^(٣٩).

ولابد من الإشارة إلى أن المادة (٤/ج) من نظام الإفلاس تؤكد على أن أحكام نظام الإفلاس تسري كذلك على المستثمر الأجنبي سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً بشرط أن يملك أصولاً موجودة في المملكة العربية السعودية، أو أن يباشر هذا الشخص، بمنشأة مرخص لها بالمملكة، عملاً تجارياً، أو مهنياً أو عملاً يسعى لتحقيق الربح^(٤٠). ويمكننا أن نضيف هنا أن هذه المادة سألقة الذكر (٤/ج) تؤكد في ثناياها على مبدأ إقليمية نظام الإفلاس بحيث يستند هذا المبدأ إلى مبدأ إقليمية القوانين بالأل يسري القانون إلا على إقليم الدولة التي أصدرته ولا يمتد نطاق تطبيقه لخارج حدود الدولة كمظهر

(٣٤) تنص المادة (ب/٤) على أن أحكام النظام تسري على "الشركات التجارية والمهنية والكيانات المنظمة وغيرها من الشركات والكيانات الأخرى الهادفة إلى تحقيق الربح، المسجلة في المملكة".

(٣٥) انظر على سبيل المثال المواد: (١، ٨، ٩، ١٠، ١١، ٣٥، ٤٥، ٧٦، ٨٨، ١١٠، ١١١، ١٦٩) من هذا النظام. تجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الأردني على سبيل المثال عرف الأرباح الصافية للشركة المساهمة العامة في المادة (١٨٩) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧م "بأنه الفرق بين مجموع الإيرادات المتحققة في أي سنة مالية من جانب ومجموع المصروفات والاستهلاك في تلك السنة قبل تنزيل المخصص لضريبي الدخل والخدمات الاجتماعية"، ويلاحظ هنا أن التعريف يقتصر على بيان الربح الصافي أي بعد خصم النفقات من الإيرادات.

(٣٦) تنص الفقرة (ج) من المادة الرابعة على سريان نظام الإفلاس على "المستثمر 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. ولا يخضع لإجراءات النظام سوى أصول ذلك المستثمر الموجودة في المملكة".

بالمقابل، فإن المادة (١/هـ) من نظام الاستثمار الأجنبي السعودي^(٣٧) بينت أن المقصود بالمستثمر الأجنبي يشمل الشخص الاعتباري الذي لا يتمتع جميع الشركاء فيه بالجنسية العربية السعودية. ويمكننا أن نستنتج من هذا النص أن نظام الاستثمار الأجنبي قد اختط مسلكاً مغايراً، إلى حد ما، لما أخذ به نظام الشركات السعودي، وهو ما يعني عدم وجود معيار محدد للشركة الأجنبية في النظام السعودي، ومما يمنح الشريك الأجنبي للأخذ بأي المعيارين شاء لأجل إعطاء الصبغة الأجنبية على شركته، وبالتالي يدخل في دائرة حقوق والتزامات مختلفة. وفي هذا الجانب، فإننا نرجو من المظم السعودي تحديد معيار واحد وواضح بخصوص مفهوم الشركة الأجنبية من أجل وحدة واتساق النصوص النظامية مع بعضها البعض، وبما يسهل على القاضي مهمته في تطبيق هذه النصوص.

ومما لا شك فيه أن المستثمر الأجنبي يتمتع بالشخصية القانونية التي تمكنه من اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وإبرام التصرفات القانونية^(٣٨). ويترتب على الاعتراف بالشخصية القانونية للأجانب، تمكينهم من امتلاك الأموال والتصرف فيها وهم كذلك ممارسة أنشطتهم الاستثمارية في البلد المستضيف للاستثمار. وفي هذا المجال، فإن القوانين الوطنية تسعى أحياناً إلى تقييد حرية الأجانب في السوق الوطني بهدف تعزيز مركز رأس المال الوطني في الأنشطة الاقتصادية المختلفة. ومن جانب آخر، فإن حقوق المستثمر الأجنبي تتوسع أحياناً للمستثمر الطبيعي دون المستثمر المعنوي. وقد يحدث العكس ببعض الحالات الأخرى، خصوصاً فيما يتعلق بحق تملك الأسهم والحصص في الشركات التجارية^(٣٩)، حيث أوضحت المادة (١/ز) من نظام

أما فيما يتعلق بالشخص الأجنبي الاعتباري فإنه يتجسد في الشركة الأجنبية^(٣٨) التي تتجاوز حدود دولة واحدة بحيث تسعى لتوسعة نشاطها ليصل إلى عدة دول. وفي هذا المقام، فقد حدد نظام الشركات السعودي في المادة (١٩٤) منه الشركة الأجنبية من خلال تأكيده على أشكال الشركات الأجنبية التي ينطبق عليها هذا النظام، حيث جاء النص على أنه: "تطبق أحكام النظام على الشركات الأجنبية الآتية: (أ) الشركات التي تزاوّل نشاطها وأعمالها داخل المملكة، سواء كان ذلك عن طريق فرع أو مكتب أو وكالة أو أي شكل آخر. (ب) الشركات التي تتخذ من المملكة مقراً لتمثيل أعمال تقوم بها خارجها، أو توجيهها، أو تسيقها". وغني عن البيان، فإن تحديد مفهوم الشركة الأجنبية يختلف من دولة لأخرى وذلك بحسب المعيار الذي تبناه في ذلك، فقد يتم الأخذ بمعيار مكان التأسيس، أو لموقع مركز الإدارة الرئيس، أو بحسب جنسية الشركاء أو رأس المال... إلخ^(٣٩).

ويأخذ نظام الشركات السعودي وفقاً للمادة (١٩٤) سالفة الذكر، بمعيار محل التأسيس لتحديد جنسية الشركة دون غيره من المعايير الأخرى؛ أي أن كل شركة تنشأ خارج المملكة من الشركات تعدّ شركة أجنبية حتى ولو زاولت نشاطها عبر فرع أو مكتب ما دام أن وجود مقر الشركة أو نشأتها خارج المملكة. ويمكن للمستثمر الأجنبي الاستثمار في المملكة من خلال تأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة، أو شركة الشخص الواحد^(٤٠)، وهي كذلك شركة مسؤولية محدودة، أو شركة مساهمة، أو من خلال فرع شركته الأجنبية^(٤١).

(٣٨) انظر تفصيلاً:

Repert et Roblot, Les Sociétés Commerciales, Tome 1, Volume 2, (2009), 19 Edition, Paris, L.G.D.J, n1505.

(٣٩) انظر تفصيلاً: عبدالرسول عبدالرضا جابر شوكة؛ أسس تعيين جنسية الشركات والجمعيات والمؤسسات.

<http://www.uobabylon.edu.iq/uobColleges/lecture.aspx?fid=7&depid=2&lcid=24690>

تاريخ الدخول للموقع ٢١/١٢/٢٠١١م.

(٤٠) انظر تفصيلاً:

James D. Cox and Thomas Lee Hazen, *Corporation Law*, 1st edition, New York, Aspen Publishers, (2002), p. 5.

(٤١) انظر: هيئة الاستثمار، دليل الخدمات ٢٠٢٠م،

[.https://sagia.gov.sa/media/1117/sagia](https://sagia.gov.sa/media/1117/sagia)

(٤٢) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) بتاريخ ١٤٢١/١/٥هـ.

(٤٣) عبدالمنعم زمزم، مركز الأجانب في القانون الدولي والقانون المصري

والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، (٢٠٠٥م)، ص ١٤٩.

(٤٤) انظر تفصيلاً بالفقه الفرنسي بخصوص الشركات التجارية:

Dominique Vidal, *Droit des Societies*, L.G.D.J, Paris, (2010), no 15.

٣- اتضح من خلال هذه الدراسة أن نطاق تطبيق نظام الإفلاس يمتد بشكل كبير ليشمل الأعمال التجارية والمهنية للأشخاص الطبيعيين وكذلك الأعمال التي تهدف للربح من الأشخاص الطبيعيين، ويدخل في مظلته كذلك الشركات التجارية والمهنية والكيانات المنظمة والشركات والكيانات الأخرى التي تهدف لتحقيق الربح. لا بل يمتد نطاق تطبيق نظام الإفلاس ويسري على المستثمر الأجنبي ذي الصفة الطبيعية أو الاعتبارية مما يقدم طمأنينة لهذا المستثمر للاستثمار في المملكة.

٤- تبين لنا من هذه الدراسة أن المنظم السعودي كان إيجابياً من خلال توأمة في نظام الإفلاس بين استفادة المدين المفلس أو المتعثر من إجراءات الإفلاس وبين المحافظة على حقوق الدائنين؛ لا بل إن المنظم السعودي ذهب إلى أكثر من ذلك عند تأكيده على تمكين المدين المفلس أو المتعثر من تنظيم أو ضاعه المالية لأجل معاودته لنشاطه وبما يسهم بشكل فاعل في دعم وتنمية الاقتصاد الوطني.

٥- أظهرت هذه الدراسة أن نظام الإفلاس يعتبر العمل مهنياً ضمن ضوابط محددة وهي أن يُبائس هذا العمل من الشخص لحسابه الخاص، ويشترط في العمل المهني أيضاً وجود استقلالية للشخص في ممارسته للعمل المهني بحيث لا يخضع لعلاقة تبعية في عقد عمل.

٦- توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى أنه يُحسب للمنظم السعودي توحيد وربطه المصطلحات التي استخدمها في نظام الإفلاس من حيث تعريفه للأعمال المهنية وكذلك الأمر في نظام الشركات المهنية من حيث تعريفه للمهن الحرة.

٧- بينت هذه الدراسة أن نصوص نظام الإفلاس ونظام الشركات السعودي جاءت خالية من تحديد المقصود بالأعمال التي تهدف لتحقيق الربح. ونظام الشركات السعودي تضمن فقط الإشارة إلى الأرباح والأرباح الصافية في نصوصه دون إعطاء تعريف محدد لها.

الاستثمار الأجنبي السعودي أن الأصل في رأس مال المال الأجنبي تنوعه، بحيث يشمل النقود والأوراق المالية والأوراق التجارية؛ وهذا الاستثمار يمكن أن يكون في منشآت ذات ملكية مشتركة بين مستثمر أجنبي ووطني، أو أن تكون مملوكة بشكل كامل للمستثمر الأجنبي؛ وعليه يمكننا القول أن المستثمر الأجنبي ذو الصفة الطبيعية أو الاعتبارية، يستطيع تملك الأسهم والخصص في الشركات التجارية.

الخاتمة

تناول هذا البحث "التوسع في نطاق تطبيق نظام الإفلاس السعودي الجديد ١٤٣٩هـ ولوائحه التنفيذية". وقد اتضح من خلال هذا البحث أهمية التوسع في مظلة نطاق نظام الإفلاس وبما يتماشى مع تحقيق رؤية المملكة العربية السعودية ٢٠٣٠ وبما أخذت به التشريعات المقارنة الحديثة. وقد توصلنا في هذا البحث إلى العديد من النتائج والتوصيات وعلى النحو التالي.

أولاً: النتائج

١- اتضح لنا خلال هذه الدراسة أن أنظمة الإفلاس تلعب دوراً جوهرياً في الحياة الاقتصادية وترتبط بشكل وثيق بالائتمان والاستثمار داخل الدول وتساعد على توفير البيئة الجاذبة للاستثمارات المحلية والخارجية.

٢- توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى أن المنظم السعودي تخلى عن النظرة التقليدية السابقة بأن الإفلاس يشكل نظاماً قانونياً خاصاً بفئة التجار الذين يتوقفون عن الوفاء بديونهم التجارية. فالمنظم السعودي يأخذ الآن بالنظرة الحديثة بأن توسع في النطاق الشخصي والموضوعي لتطبيق نظام الإفلاس السعودي الجديد ١٤٣٩هـ سواء بالنسبة للشخص ذي الصلة الطبيعية أو الاعتبارية.

- ٨- أظهرت هذه الدراسة أنه من الإيجابيات التي جاء فيها نظام الإفلاس وضعه قواعد تتسم بالخصوصية عند طلب افتتاح إفلاس الكيان المنظم بسبب تمتع هذه الكيانات بأهمية اقتصادية كبيرة في الاقتصاد الوطني. فالمادة (٢/٣) من هذا النظام تشترط موافقة الجهة المختصة من أجل السماح بفتح طلب افتتاح أي من إجراءات الإفلاس أو الإيداع القضائي لقرار افتتاح إجراءات الإفلاس عندما يكون المدين كياناً منظماً.
- ٩- بينت هذه الدراسة إن نظام الإفلاس في المادة (٤/ج) منه أكدت في ثناياها على مبدأ إقليمية نظام الإفلاس بحيث لا يسري القانون إلا على إقليم الدولة التي أصدرته ولا يمتد نطاق تطبيقه لخارج حدود الدولة كمظهر لسيادتها. فلا تخضع أصول المستثمر الأجنبي ذو الصفة الطبيعية أو الاعتبارية إلا إذا كانت موجودة في المملكة.
- ١٠- اتضح من خلال هذه الدراسة إلى أنه لا يوجد معيار محدد لمفهوم الشركة الأجنبية في النظام السعودي، لوجود اختلاف في المعيار الذي أخذ به نظام الشركات عن نظام الاستثمار الأجنبي ومما يمنح الشريك الأجنبي للأخذ بأي معيار شاء لأجل إعطاء الصبغة الأجنبية على شركته، وبالتالي يدخل في دائرة حقوق والتزامات مختلفة.
- ثانياً: التوصيات
- ١- نوصي بإبراز الدور الهام الذي يلعبه التوسع في نطاق تطبيق نظام الإفلاس ولا بد من تضافر جهود الجميع ممن لهم علاقة في تطبيق هذا النظام كوزارة التجارة والغرفة التجارية ولجنة الإفلاس والهيئة السعودية للمحاسبين والهيئة السعودية للمحامين.
- ٢- نوصي المنظم السعودي بضرورة مراجعة أحكام نظام الإفلاس من فترة لأخرى وبما يتوافق مع التطورات المستمرة في الحياة الاقتصادية وبما يعزز ويساعد على توفير البيئة الجاذبة للاستثمارات المحلية والخارجية.
- ٣- نوصي الجهات ذات العلاقة، كالغرفة التجارية ولجنة الإفلاس، بعقد العديد من ورش عمل متخصصة لتوضيح أحكام ونطاق تطبيق نظام الإفلاس.
- ٤- نوصي المنظم السعودي بإزالة الغموض الذي يعتري القواعد النظامية التي تحكم نطاق تطبيق نظام الإفلاس السعودي.
- ٥- نوصي المنظم السعودي بأن يوضح بشكل جلي المقصود بالكيانات الأخرى التي تهدف لتحقيق الربح الواردة في نص المادة الرابعة من نظام الإفلاس.
- ٦- نوصي المنظم السعودي بأن يعدل على التعداد المطول الوارد في نص المادة الثالثة من نظام الإفلاس، وأن يجعل هذا التعداد ضمن اللائحة التنفيذية لهذا النظام.
- ٧- نرجو من المنظم السعودي في نظام الشركات الأخذ بالمعيار الشكلي للتمييز بين الشركات التجارية والشركات المدنية خصوصاً أن تحديد الأعمال التجارية تعد فكرة مبهمة وتثير اللبس في بيان فيما إذا كان العمل تجارياً أو مدنياً. فالتفرقة بين الشركات التجارية والشركات المدنية وفقاً لغرض الشركة يؤدي إلى نتائج غير منطقية ولا عملية خصوصاً أن الشركات الكبرى كشركات البترول والتعدين تعتبر مدنية رغم الدور الهام الذي تقوم به في الاقتصاد الوطني لأن موضوعها يتصف بالطبيعة المدنية.
- ٨- نوصي المنظم السعودي بتحديد معيار واحد وواضح بخصوص مفهوم الشركة الأجنبية من أجل وحدة واتساق النصوص النظامية مع بعضها البعض، وبما يسهل على القاضي مهمته في تطبيق هذه النصوص.

المراجع

أولاً: المراجع العربية

طه، مصطفى كمال (١٩٨٨م). القانون التجاري. الدار الجامعية.

طه، مصطفى كمال (٢٠١٢م). أصول القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس. ط ٢، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.

عزب، حماد؛ والشريف، نايف (٢٠٠١م). القانون التجاري السعودي. دار النهضة العربية.

العمر، عدنان صالح؛ ودرويش، عبدالله درويش (٢٠١٧م). شرح النظام التجاري السعودي، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، العقود التجارية، دراسة تحليلية مقارنة وفقاً لنظام المحكمة التجارية والأنظمة التجارية المعمول بها في المملكة العربية السعودية. ط ١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.

الغامدي، عبدالمهدي محمد؛ وحسيني، بن يونس محمد (٢٠٠٩م). القانون التجاري، الأعمال التجارية، التاجر، الشركات التجارية. ط ٣، مكتبة الملك فهد الوطنية.

الفوزان، محمد براك (٢٠١٤م). الأحكام العامة للشركات: دراسة مقارنة. ط ١، مكتبة القانون والاقتصاد.

قرمان، عبدالرحمن السيد (٢٠١٦م). مبادئ القانون التجاري: نظرية الأعمال التجارية - التاجر - المتجر.

القاهرة: دار النهضة العربية، والرياض: دار الإجازة. كاظم، بسمة محمد (٢٠١٧م). الإفلاس الدولي وحماية حقوق الدائنين: دراسة مقارنة. ط ١، الأردن: الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع.

المعجم الوسيط (١٩٨٠م)، ج ١، طبعة دار المعارف، مجمع اللغة العربية.

منصور، أنور مطاوع (٢٠١٢م). القانون التجاري السعودي، الأعمال التجارية، التاجر، الأوراق التجارية، عمليات البنوك. ط ١، مكتبة الملك فهد الوطنية.

أبو صالح، سامي عبد الباقي (٢٠٠٤م). قانون الأعمال وفقاً لقانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م. دار النهضة العربية.

البستاني، سعيد يوسف (٢٠٠٧م). أحكام الإفلاس والصلاح الوافي في التشريعات العربية. ط ١، بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.

الجبر، محمد حسن (١٩٩٤م). القانون التجاري السعودي. ط ٣، الدار الوطنية الجديدة للنشر والتوزيع.

الجبر، محمد حسن (١٩٩٦م). القانون التجاري السعودي. ط ٤.

ذياب، زياد صبحي (٢٠١١م). إفلاس الشركات في الفقه الإسلامي والقانون: دراسة مقارنة. ط ١، الأردن: دار الفرائس للنشر والتوزيع.

رضوان، فايز نعيم (٢٠١٣م). الإفلاس طبقاً لأحكام المعاملات التجارية لدولة الإمارات. الأردن: الآفاق المشرقة ناشرون.

الرويس، خالد؛ والريس، رزق (١٤٣٩هـ/٢٠١٨م). المدخل لدراسة العلوم القانونية. ط ٧، الرياض: مكتبة الشقيري.

زمزم، عبدالمنعم (٢٠٠٥م). مركز الأجانب في القانون الدولي والقانون المصري والمقارن. القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

الشريف، نايف سلطان (١٤٣٩هـ). القانون التجاري السعودي. ط ١، الرياض: الشقيري للنشر وتقنية المعلومات.

الشريف، نايف؛ والقوشي، زياد (٢٠١٣م). القانون التجاري. ط ٥، دار حافظ للنشر والتوزيع.

- نظام الإقامة السعودي المتوج بالتصديق الملكي العالي رقم (١٧-٢/٢٥/١٣٣٧) في ١١/٩/١٣٧١هـ والتعديلات الصادرة عليه.
- نظام الإقامة المميزة الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٠٦) وتاريخ ١٠/٩/١٤٤٠هـ الموافق ١٥/٥/٢٠١٩م.
- نظام الجنسية العربية السعودية، الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٤) وتاريخ ٢٥/١/١٣٧٤هـ.
- نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) وتاريخ ٢٨/١/١٤٣٧هـ.
- نظام الشركات المهنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٧) وتاريخ ٢٦/١/١٤٤١هـ ولائحة التنفيذية.
- نظام الإفلاس السعودي الجديد الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٥٠) وتاريخ ٢٨/٥/١٤٣٩هـ.
- نظام المحكمة التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٢) وتاريخ ١٥/١/١٣٥٠هـ.
- اللائحة التنفيذية لنظام الإفلاس السعودي الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٦٢٢) بتاريخ ٢٤/١٢/١٤٣٩هـ.
- تعميم المجلس الأعلى للقضاء الصادر برقم (١٠٧٧/ت) بتاريخ ١٠/٨/١٤٣٩هـ.
- حكم ديوان المظالم رقم (٣٢٥/ت/١٦) لعام ١٤٢٥هـ.
- حكم ديوان المظالم رقم (٤٧/ت/٣) لعام ١٤١٨هـ.
- حكم ديوان المظالم رقم (١٤٧/ت/٤) لعام ١٤١٣هـ.

خامساً: رسائل الماجستير والدكتوراه والأبحاث

- جبارة، سيد محمد علي (١٩٩٧م). ملائمة نسب السيولة والربحية في تحليل ومناقشة القوائم المالية. رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة الموصل، ص ١٩.

ناصيف، إلياس (١٩٨٦م). *الكامل في قانون التجارة، الجزء الرابع، الإفلاس*. ط ١، منشورات بحر المتوسط ومنشورات عويدات.

ثانياً: المراجع الإنجليزية

- B. Soinne, Le nouveau droit de la faillite: réalisme insuffisance et incomprehension, Gaz, 1983-2, Doctine 498.
- Cox, James D., & Hazen, Thomas Lee (2002). *Corporation Law* (1st ed.). New York: Aspen Publishers.
- Dominique Vidal, Droit des Societies, L.G.D.J, Paris, (2010), no 15.
- Françoise Pérochon et Régine Bonhomme, Entreprises en difficulté, 6 edition, L.G.D.Y, Delta, Paris, (2003), p. 4.
- Jehasse Philippe, La faillite, Cci De Liege, Edipro, Belgique, (2008), pp. 15-21
- Pinto, Arthur R., & Branson, Douglas M. (2004). *Understanding Corporate Law* (2nd ed.). New Providence, NJ: LexisNexis.
- Repert et Roblot, Traité de droit commercial .1, Commerçants, actes de commerce, entreprise commerciale, fonds de commerce, sociétés commerciales, Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J), (2009).
- Repert et Roblot, Traité de droit commercial, Les Sociétés Commerciales, Tome 1, Volume 2, (2009), 19 Edition, Paris, L.G.D.J, n1505.
- Yves Guyon, Droit des affaires, Entreprises en difficultés, redressement judiciaire, faillite, 9e édition Economica, (2003), No. 1092.

ثالثاً: المواقع الإلكترونية

- <https://www.maajim.com/dictionary/>
- Melissa Horton, The Difference between Profitability and Profit, <https://www.investopedia.com/>
- هيئة الاستثمار، دليل الخدمات ٢٠٢٠: <http://sagia.gov.sa/media/1117/sagia>
- <https://trading-secrets.guru/>
- رؤية المملكة ٢٠٣٠: <https://www.vision2030.sa/>

رابعاً: القوانين والأنظمة واللوائح والقرارات

- نظام الاستثمار الأجنبي السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) بتاريخ ٥/١/١٤٢١هـ.

المحكمة الرقمية والمحكمة الإلكترونية في إطار التقاضي الإلكتروني

حنان محمد الحسيني أحمد

أستاذ القانون الجنائي المساعد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الملك سعود

(قدم للنشر في ١٧/٦/١٤٤٢هـ، وقبل للنشر في ١١/٨/١٤٤٢هـ)

ملخص البحث. أفرزت الثورة المعلوماتية الحديثة نوعاً معيناً من السلوكيات الإجرامية الرقمية، وكذلك أنواعاً متعددة من التعاملات الإلكترونية لم تكن موجودة سلفاً؛ وارتبط ذلك بعدد من القضايا والنزاعات الرقمية المستجدة فرضت نفسها على بساط البحث أمام القضاء وفقاً لتشريعات مستجدة أيضاً معالجة لها لم تكن موجودة من قبل؛ مما دعا إلى ضرورة تطوير العمل القضائي وإعداد قضاة متخصصين وعلى دراية عالية بوسائل التقنية الحديثة المرتبطة بهذه النزاعات، وكذلك محاكم تخصص لنظرها، ولذلك بدأ ظهور ما يسمى بالمحكمة الرقمية، كما دعت هذه الثورة المعلوماتية أيضاً إلى ظهور طرق جديدة ومستحدثة في مباشرة إجراءات سير الدعاوى داخل أروقة المحاكم؛ وتحول العديد من هذه المحاكم إلى التعامل مع نوعيات القضايا المختلفة بطريقة رقمية تختلف عن الطرق التقليدية المعتادة؛ وكان ذلك بهدف سرعة البت في هذه الدعاوى وتحقيقاً للعدالة الناجزة؛ ومن هنا ظهرت المحكمة الإلكترونية، ولذلك ارتكز هذا البحث على تحديد ماهية المحكمة الرقمية وبيان اختصاصاتها جنائياً ومدنياً، وكذلك تحديد ماهية المحكمة الإلكترونية وعلاقتها بالمحكمة الرقمية في إطار التقاضي الإلكتروني ثم إجراءات مباشرة الدعوى إلكترونياً، واتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج التحليلي.

الكلمات المفتاحية: المحكمة الرقمية، المحكمة الإلكترونية، التقاضي الإلكتروني، الدعوى القضائية الإلكترونية.

THE DIGITAL COURT AND THE ELECTRONIC COURT IN THE FRAMEWORK OF ELECTRONIC LITIGATION

Hanan Mohammed El Husseiny Ahmed

Assistant Professor of Criminal Law, College of Law and Political Science, King Saud University

(Received 17/06/1442 H., Accepted for Publication 11/08/1442 H.)

Abstract. The modern information revolution has produced a certain type of digital criminal behavior, as well as multiple types of electronic transactions that did not previously exist; This was related to a number of emerging digital cases and disputes that imposed themselves on the ground for discussion before the courts in accordance with new legislation that also addressed them that did not exist before; Which called for the need to develop the judicial work and prepare specialized judges with high knowledge of modern technology means related to these disputes, as well as specialized courts for their consideration, and therefore the emergence of the so-called digital court began, and this information revolution also called for the emergence of new and innovative methods of conducting the procedures for the conduct of cases within Court corridors; And many of these courts have shifted to dealing with different types of cases in a digital manner that differs from the usual traditional methods. This was done with the aim of expediting the settlement of these cases and achieving prompt justice. Hence, the electronic court appeared, and therefore this research was based on defining the legal nature of the digital court and clarifying its criminal and civil jurisdiction, as well as the legal nature of the electronic court and its relationship with the digital court in the context of electronic litigation and the initiation of the case electronically, and the researcher in this study followed the analytical approach.

Keywords: Digital court, Electronic court, Electronic litigation, Electronic lawsuit.

مقدمة

موضوع البحث

يوجد العديد من المحاكم المتخصصة في كثير من الدول المختلفة تتخصص في نظر نوع معين من الدعاوى مما يؤدي إلى تسهيل الإجراءات على المتقاضين، وسرعة البت في القضايا؛ ووجود قضاة تتميز بالكفاءة والمهنية اللازمة لنظر هذه الدعاوى بما يتناسب مع طبيعتها التي قد تكون مختلفة عن الدعاوى التقليدية، وتؤكد هذا الاتجاه بظهور الثورة المعلوماتية الحديثة حيث ظهر الإجرام الرقمي المختلف عن الإجرام التقليدي وكذلك ظهرت المعاملات الرقمية التي تحتاج إلى آليات مختلفة في معالجتها تختلف عن الآليات التقليدية المتبعة بشأن المعاملات العادية، واتساقاً مع طبيعة هذا النمط الجديد من الإجرام المعلوماتي وطبيعة هذه المعاملات الإلكترونية وما أفرزته من نزاعات، واستكمالاً لمنظومة التحول الرقمي في العديد من الدول بات ضرورياً تنظيم القضاء وفق إيقاع العصر وما يتطلبه من السرعة والإنجاز والدقة، ولذلك تم إنشاء محاكم متخصصة في بعض الدول وهي المحاكم الرقمية تختص بنظر الجرائم الرقمية والبت في دعاوى المعاملات المدنية الرقمية، واستتبع ذلك ظهور القاضي الرقمي المتخصص والملم بالقواعد التشريعية المستحدثة التي تحكم الإجرام المعلوماتي والمعاملات الرقمية، وكذلك ظهرت المحكمة الإلكترونية التي تستخدم الأساليب التكنولوجية الحديثة في سير إجراءات التقاضي، وأصبح كل من المحكمتين جناحي التقاضي الإلكتروني، ولذلك يرى الباحث من جانبه أن دور كلا المحكمتين في العمل القضائي والطبيعة القانونية لكل منهما تختلف عن الأخرى، وهذا ما سوف يوضحه الباحث حيث يتناول موضوع البحث دراسة تحليلية لكل من المحكمة الرقمية والمحكمة الإلكترونية في إطار التقاضي الإلكتروني.

هدف البحث وأهميته

يتناول هذا البحث الإطار القانوني لطبيعة عمل المحكمة الرقمية وبيان اختصاصاتها جنائياً ومدنياً، ودورها في نظر الدعاوى الرقمية المختلفة؛ من خلال قضاة متخصصين في هذا المجال، كما يتناول دور المحكمة الإلكترونية في تسيير إجراءات التقاضي؛ وكيفية عملها في إطار الأنظمة التكنولوجية الحديثة؛ ملقياً الضوء على تعريف هذه المحكمة وبيان مقوماتها وخصائصها وعلاقتها بالمحكمة الرقمية في إطار التقاضي الإلكتروني وكذلك التعرف على الدعوى القضائية الإلكترونية وإجراءاتها، مع التعرض لبعض التشريعات العربية والأجنبية التي طبقت التقاضي الإلكتروني، وأصدرت تشريعات منظمة له. وتبدو أهمية هذا البحث في حداثة الموضوع ومواكبة التطور التكنولوجي في مجال العمل القضائي؛ حيث إن الدراسة تعالج نموذجاً حديثاً من المحاكم يتم معالجته من منظور قانوني وليس من منظور معلوماتي فقط، وكذلك الكشف عن ضرورة تضمين القطاع القضائي لوسائل التكنولوجيا الحديثة التي تتفق مع آليات العصر، بالإضافة إلى أهمية الموضوع بالنسبة لفئات القضاة والمحامين حيث ظهر في العالم القضائي الرقمي ما يسمى بالقاضي الإلكتروني أو القاضي الرقمي، وكذلك المحامي المعلوماتي أو المحامي الذكي.

منهج الدراسة

تركز هذه الدراسة على المنهج التحليلي لتحديد الطبيعة القانونية التي تحكم عمل كل من المحكمة الرقمية والمحكمة الإلكترونية وذلك في إطار بعض النظم التشريعية والإجرائية المختلفة، للوقوف على مدى أهميتها في مجال العمل القضائي الرقمي.

مشكلة الدراسة

تمثل كل من المحكمة الرقمية والمحكمة الإلكترونية نوعاً حديثاً من المحاكم في عالم القضاء ويشير كلا المصطلحين العديد

- المطلب الثاني: اختصاصات المحكمة الرقمية:
- الفرع الأول: معيار الاختصاص القضائي الجنائي للمحكمة الرقمية وقواعد الاختصاص الإقليمي المرتبطة به.
- الفرع الثاني: معيار الاختصاص القضائي المدني للمحكمة الرقمية وقواعد الاختصاص الإقليمي المرتبطة به.

• المبحث الثاني: ماهية المحكمة الإلكترونية ونطاق علاقتها بالمحكمة الرقمية في إطار التقاضي الإلكتروني:

- المطلب الأول: مفهوم المحكمة الإلكترونية:
- الفرع الأول: تعريف المحكمة الإلكترونية.
- الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للمحكمة الإلكترونية.
- الفرع الثالث: عناصر المحكمة الإلكترونية.
- المطلب الثاني: علاقة المحكمة الرقمية بالمحكمة الإلكترونية في إطار التقاضي الإلكتروني:
- الفرع الأول: ذاتية عمل المحكمة الرقمية.
- الفرع الثاني: العلاقة التكاملية بين المحكمة الرقمية والمحكمة الإلكترونية في إطار التقاضي الإلكتروني.

• المبحث الثالث: إجراءات مباشرة الدعوى القضائية إلكترونياً:

- المطلب الأول: قواعد إقامة الدعوى القضائية إلكترونياً وآليات مباشرة المرافعة الإلكترونية:
- الفرع الأول: قواعد إقامة الدعوى القضائية إلكترونياً.
- الفرع الثاني: آليات مباشرة المرافعة الإلكترونية.
- المطلب الثاني: صدور الحكم الإلكتروني والطعن عليه إلكترونياً.

• الخاتمة.

من التشابكات القانونية في المفهوم وطريقة التطبيق، بالإضافة إلى الصعوبات التي تواجه كلاً منهما في الواقع العملي نظراً لحدائتها؛ مما يدعو إلى التساؤل حول إمكانية تحديد طبيعة واختصاصات كل منهما من الناحية القانونية بشكل منفرد ومدى مساهمتها في تحقيق العدالة الناجزة في ظل هذا الانفجار المعلوماتي الذي يغزو قطاعات العمل داخل الدول ومنها قطاع العدالة، والذي يتحتم عليه التحول من العالم الورقي التقليدي إلى العالم الرقمي، وهذا ما سيحاول الباحث إلقاء الضوء عليه من خلال هذا البحث.

صعوبات الدراسة

تكمّن صعوبات هذه الدراسة في حداثة الموضوع نسبياً من الناحية القانونية حيث إن نظام المحكمة الرقمية المتخصصة نادر وجوده في الدول المختلفة مما أدى إلى ندرة التشريعات التي عاجلته، أما بالنسبة للمحكمة الإلكترونية فإن معظم الدراسات تناولته من منظور فني وليس من منظور قانوني، هذا بالإضافة إلى ما واجهه الباحث من صعوبات نتيجة قلة المراجع القانونية التي تعالج نظام المحكمتين.

خطة البحث

ترتكز خطة البحث على تناول كل من ماهية المحكمة الرقمية ومعيار اختصاصها القضائي الجنائي والمدني، و ماهية المحكمة الإلكترونية وعلاقتها بالمحكمة الرقمية في إطار التقاضي الإلكتروني، وأخيراً إجراءات مباشرة الدعوى القضائية إلكترونياً وذلك في ثلاث مباحث على النحو التالي:

- المبحث الأول: ماهية المحكمة الرقمية واختصاصاتها:
- المطلب الأول: مفهوم المحكمة الرقمية:
- الفرع الأول: تعريف المحكمة الرقمية وخصائصها.
- الفرع الثاني: أهمية المحكمة الرقمية.

وقد اشتمل النظام القضائي في العديد من الدول العربية على ما يسمى بالمحاكم المتخصصة^(١)، وهي التي تختص بنظر نوع واحد من القضايا كقضايا الأسرة والقضايا الاقتصادية، والقضايا الجنائية، والقضايا المدنية، وقضايا الإرهاب، وغيرها، ومن أهم التعريفات الفقهية للمحكمة المتخصصة أنها هيئة قضائية تنشأ بقانون أو بناء على قانون، بدرجة محكمة ابتدائية وتدخل في إطار تشكيلات المحاكم العادية، وتتحدد ولايتها القضائية بالفصل في قضايا ومنازعات محددة؛ والتي غالباً ما تكون ذات طبيعة فنية تقنية، ولذلك يقوم عليها قضاة متخصصون تخصصاً عالياً ودقيقاً، وقد تطبق هذه المحكمة قواعد إجرائية خاصة تتوافق مع طبيعتها التخصصية (عبدول، ٢٠١٣م).

وتختلف المحكمة المتخصصة عن المحكمة الخاصة التي تنشأ للفصل في نزاع محدد أو لأشخاص معينين أو لوقت زمني محدد^(٢)، كما تختلف عن الدائرة/ الغرف المتخصصة التي تؤلف

(١) تنص المادة (١٣) من قانون السلطة القضائية المصري رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢م وذلك بالباب الأول بالفصل الأول على أن: "لوزير العدل أن ينشئ بقرار منه بعد موافقة الجمعية العامة للمحكمة الابتدائية محاكم جزئية ويخصها بنظر نوع معين من القضايا ويبين في القرار مقر كل محكمة ودائرة اختصاصها"، وعلى ذلك تم إنشاء العديد من المحاكم المتخصصة بمصر كمحاكم الأسرة والمحاكم العمالية والمحاكم الاقتصادية..... وغيرها. وقد صدر في المملكة العربية السعودية نظام جرائم الإرهاب وتمويله بالمرسوم الملكي رقم (م/١٦) بتاريخ ٢٤/٣/١٤٣٥هـ ونص المرسوم في المادة الثامنة منه على أن: "تتولى المحكمة الجزئية المتخصصة الفصل في الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام ودعاوى إلغاء القرارات ودعاوى التعويض المتعلقة بتطبيق أحكام هذا القانون وتستأنف أحكامها أمام محكمة الاستئناف المتخصصة ويجوز الاعتراض على أحكامها أمام دائرة متخصصة في المحكمة العليا". وأكد التقرير النهائي لمؤتمر ماس الاقتصادي ٢٠١٦م "نحو رؤية جديدة للنهوض بالاقتصاد الفلسطيني" على ضرورة إنشاء محاكم اقتصادية متخصصة.

(٢) من أمثلة المحاكم الخاصة بالمحاكم العسكرية في مصر وهي هيئة قضائية مستقلة نشأت بقانون الأحكام العسكرية رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٦م، تختص بالمحاكمات العسكرية لطوائف القوات المسلحة المصرية وفقاً لنص المادة الرابعة من ذات القانون.

المبحث الأول:

ماهية المحكمة الرقمية واختصاصاتها

أنشئت المحاكم الرقمية في بعض الدول للنظر في الجرائم المعلوماتية والمنازعات الناتجة عن التعاملات الإلكترونية، ولذلك سوف نتناول في هذا المبحث مفهوم المحكمة وأهميتها ثم معيار الاختصاص القضائي الجنائي والمدني لهذه المحكمة في مطلبين مستقلين.

المطلب الأول: مفهوم المحكمة الرقمية

سنتناول في هذا المطلب تعريف المحكمة الرقمية وخصائصها وأهميتها في المنظومة القضائية الحديثة وذلك في فرعين مستقلين.

الفرع الأول: تعريف المحكمة الرقمية وخصائصها

البند الأول: تعريف المحكمة الرقمية

للمحكمة الرقمية في تصور القانون المقارن تعريفان؛ أحدهما خاص يعتبر المحاكم الرقمية محاكم نوعية تختص بالجرائم الرقمية، والآخر عام يعتبر المحاكم الرقمية محاكم تفرض منازعاتها في إطار جلسات يباشر من خلالها القضاة نظر الدعاوى والفصل فيها بواسطة مجموعة من التقنيات المعلوماتية ووفق تشريعات تحول لهم ذلك (ايكدض، ٢٠١٩م)، إلا أن الباحث يرى من جانبه أن ذلك يؤدي إلى الخلط بين مفهوم المحكمة الرقمية والمحكمة الإلكترونية؛ حيث إن نظام المحكمة الرقمية ودورها في العملية القضائية يختلف عن المحكمة الإلكترونية التي يقتصر دورها على تيسير وتسيير إجراءات مباشرة الدعاوى القضائية إلكترونياً، ويؤكد ذلك الجانب الفقهي الذي يرى أن المحكمة الرقمية هي محكمة متخصصة نوعياً؛ أما المحكمة الإلكترونية فهي محكمة أكثر شمولية بنوعية القضايا التي تعرض عليها (أبو طالب، ٢٠١٩م).

البند الثاني: خصائص المحكمة الرقمية

تبدو المعلومات من صميم عمل المحكمة الرقمية، وكذلك الاتصالات الرقمية لذلك فمن أهم خصائصها التالي (مصري، ٢٠١٢م):

- ١- أنها تتعامل مع أجهزة معينة لها علاقة بالقضايا الرقمية كالشبكات الدولية والهواتف المحمولة وأجهزة الصرف الآلي وأجهزة قراءة البيانات.
- ٢- أن القاضي في هذه المحكمة هو القاضي البشري ولكنه هو الذي يطبق الأنظمة الخاصة بالجرائم الرقمية والتعاملات والمنازعات الرقمية أياً كانت.
- ٣- أن الدفاع الذي يمثل الخصومة أمام المحكمة الرقمية هو ما يعرف بالمحامي الذكي الذي يستوعب التكنولوجيا الرقمية والأنظمة والقوانين الرقمية.
- ٤- أن المتهم أمام هذه المحكمة في الجرائم الجنائية الرقمية هو المجرم المعلوماتي الذي يسبب استخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة بإحدى الطرق المجرمة.
- ٥- أن المسؤول أمام هذه المحكمة في المنازعات المدنية الرقمية هو من أخل بالتزاماته التعاقدية الإلكترونية أو تعرض لموجبات المسؤولية التقصيرية في المنازعات المدنية الرقمية غير التعاقدية.
- ٦- أن الكوادر الإدارية بالمحكمة الرقمية ومعاوني القضاة هم المتخصصين في مجال التعامل مع الحاسب الآلي وملحقاته (الشرعة، ٢٠١٠م).

الفرع الثاني: أهمية المحكمة الرقمية

يبدو أهمية دور المحكمة الرقمية الخاصة بنظر القضايا المعلوماتية في أن الأجهزة الإلكترونية لا يمكن أن تقوم بدور بديل عن القضاء كقاعدة عامة، وخاصة على مستوى القضاء الجنائي حيث يسود مبدأي حرية اقتناع القاضي والمرافعة الشفوية بين أطراف القضية؛ فالأجهزة الإلكترونية تقوم بدور معاون للقضاء لتسهيل إجراءات التقاضي (محمود، ٢٠١٥م).

من قاضي أو أكثر داخل المحكمة الابتدائية وفي نفس اختصاصها المكاني (ملحم وسعادة، ٢٠١٧م).

وبالنظر إلى مفهوم المحكمة الرقمية نجد أنها نظام جديد من المحاكم المتخصصة حيث تختص بنظر الجرائم الرقمية أو الجرائم المعلوماتية التي ترتكب عبر الوسائط المعلوماتية؛ كما تختص بنظر المنازعات الناشئة عن التعاملات الإلكترونية بين الأفراد والخاصة بالعقود الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وغيره من التعاملات غير التعاقدية التي ارتبطت بوجود الشبكة المعلوماتية، ولذلك يؤكد جانب من الفقه على أن هذه المحكمة تختص بالفصل في الدعاوى الرقمية سواء كانت جنائية أو مدنية أو تجارية (مصري، ٢٠١٢م).

وقد تم تطبيق نظام المحكمة الرقمية المتخصصة في بعض الأنظمة العربية مثل سوريا حيث صدر القانون رقم (٩) لسنة ٢٠١٨م والقاضي بإحداث محاكم متخصصة بجرائم المعلوماتية والاتصالات^(٣)، وتسعى دولة الإمارات في نطاق التقاضي الإلكتروني وتحديث الإدارة القضائية والتحول الرقمي إلى اعتبار المحكمة الرقمية في أفق ٢٠٢٠ هي إحدى إستراتيجيات قطاع القضاء، ويؤكد ذلك الموقع الإلكتروني لمحاكم دبي الذي يوفر العديد من الخدمات الإلكترونية للجهاز القضائي والمتقاضين، كما أنه تم إنشاء جهاز قضائي مستقل وحديث ومجهز بأحدث الوسائل الإلكترونية في إمارة أبوظبي (الظهوري، ٢٠١٩م).

(٣) صدر القانون السوري رقم (٩) بتاريخ ٣٠/٦/١٤٣٩هـ الموافق ١٨/٣/٢٠١٨م والذي نص في مادته (٢/أ) على أن: "تحدث محاكم جزائية بدائية واستئنافية للنظر في قضايا جرائم المعلوماتية وجرائم الاتصالات تملأ وظائفها من الملاك العددي لكل محافظة وتوزع بقرار من مجلس القضاء الأعلى". كما نصت المادة (٥/أ) على أن: "تحال القضايا المتعلقة بجرائم المعلوماتية وجرائم الاتصالات القائمة بوضعها الراهن إلى المحاكم المختصة المحدثة بموجب أحكام هذا القانون وفقاً لقواعد الاختصاص المكاني".

حدود له، حدود الاختصاص الإقليمي لهذه المحكمة وقواعده القانونية وسنوضح ذلك في فرعين مستقلين.

الفرع الأول: معيار الاختصاص القضائي الجنائي للمحكمة الرقمية وقواعد الاختصاص الإقليمي المرتبطة به
البند الأول: طبيعة الجرائم الجنائية التي تختص بها المحكمة الرقمية

يتحدد الاختصاص النوعي للمحكمة الرقمية جنائياً بنظر كافة القضايا الخاصة بالجرائم المعلوماتية والعقاب عليها.

ولم يتفق الفقه على تعريف موحد للجريمة المعلوماتية؛ فبعض الآراء الفقهية تبنت في تعريفها هذه الجريمة منهجاً يقوم على تصنيف السلوكيات الإجرامية المتعلقة بالحاسب الآلي إلى فئات متعددة تختلف على حسب المعيار الذي يستند عليه التقسيم، والبعض الآخر اتجه إلى تعريفها بالنظر إلى موضوعها وذلك على حسب ما إذا كان الحاسب الآلي أو المعلومات المخزنة فيه موضوعاً للجريمة أو أنه مجرد وسيلة لتنفيذها، وعلى ذلك فقد عرفها جانب من الفقه بأنها: "كل فعل غير مشروع يؤدي فيه جهاز الحاسوب دوراً مهماً لإتمام السلوك غير المشروع والمؤدي إلى ارتكاب الجريمة" (الحوامدة، ٢٠١٧م)، أو أنها: "تلك الأفعال التي تمثل الاعتداء على مصلحة محمية بموجب الشرع أو النظام أو القانون عن طريق التعدي على النظام المعلوماتي، أو استخدامه في ارتكاب الجرائم، أو إيصالها إلى المتلقي بهدف تحقيق مصلحة معينة أو الإضرار بالغير، ويقوم بهذه الأفعال أشخاص لهم دراية باستخدام النظام المعلوماتي" (العتيبي، ٢٠١٤م)، ويعرفها البعض الآخر بأنها الجرائم التي يتم ارتكابها إذا قام شخص ما باستخدام معرفته بالحاسوب بعمل غير قانوني (اليوسف، ١٩٩٩م)، وعرفها مؤتمر الأمم المتحدة الثالث عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية المنعقد في الدوحة عام ٢٠١٥م بأنها الجرائم المتصلة بالحاسوب ومحتوى الإنترنت،

ولذلك يرى الباحث من جانبه أن المحكمة الرقمية تحتاج إلى قضاة متخصصين في نظر القضايا المعلوماتية دون غيرها حيث إن هذا النوع من القضايا يحتاج إلى معرفة فنية دقيقة بالتعاملات الإلكترونية الخاصة بالجرائم المعلوماتية وكذلك المنازعات الرقمية وما يحكم كل منهما من تشريعات رقمية وإجراءات تقنية، ويؤيد ذلك جانب من الفقه الذي يرى أن مشكلة القضاء المتخصص تظهر في الحاجة إلى نوعية معينة من القضاة ذوي الخبرة الواسعة في نوعية القضايا التي ينظرونها (الديري، ٢٠١٢م)؛ فالقاضي في المحكمة هو الذي يطبق القوانين الخاصة بالتعاملات الرقمية سواء في نطاق القضايا الجنائية أو المدنية، ولا يمكن لأي نظام إلكتروني أن يقوم بالمعالجة التشريعية لمثل هذه المنازعات من تلقاء نفسه دون تدخل العنصر البشري المتمثل في القاضي الرقمي المتخصص. ومما يؤكد أهمية المحكمة الرقمية المتخصصة داخل المنظومة القضائية الرقمية هو ما تتميز به من سرعة البت في القضايا الرقمية، وتيسير الإجراءات، وتحقيق جودة الخدمات القضائية (معلول، ٢٠١٣م).

ومن أهم المعوقات المترتبة على انعدام وجود المحكمة الرقمية في المنظومة القضائية لأي دولة غياب التشريعات القانونية الكافية التي تتعامل مع القضايا القانونية الحديثة وفقاً لمستجدات العصر، وغياب القضاة المتخصصين في تلك القضايا، وعدم استعمال وسائل الاتصال الحديثة والاعتراف بحجبتها في الإجراءات القضائية، بالإضافة لطول إجراءات التقاضي (الطلبة، ٢٠١٣م).

المطلب الثاني: اختصاصات المحكمة الرقمية

تختص المحكمة الرقمية نوعياً بنظر القضايا المعلوماتية سواء كانت جنائية أو مدنية وذلك من ناحية؛ ومن ناحية أخرى تثير طبيعة كل من الجرائم المعلوماتية أو المنازعات الناشئة عن التعاملات الإلكترونية التي تتم في عالم افتراضي لا

١- جرائم الحاسب الآلي: ويقصد بها الأفعال التي تشكل اعتداء على أجهزة الحاسب الآلي سواء على مكوناته المادية كوحدات الإدخال والإخراج أو على مكوناته المعنوية كالبيانات والمعلومات المخزنة داخل الحاسب الآلي، أو التي ترتكب بواسطة الحاسب الآلي باعتباره وسيلة ارتكابها كجرائم الاحتيال والتزوير الإلكتروني.

٢- جرائم الإنترنت: وهي كل فعل غير مشروع يقع على الموقع بقصد تعطيله أو تشويبه أو تعديله والدخول غير المشروع لمواضع غير مصرح بالدخول إليها، واستخدام عناوين غير حقيقية للدخول في شبكة المعلومات واقتحام الشبكات ونقل الفيروسات، وإرسال الرسائل بكافة أنواعها عبر البريد الإلكتروني كالتالي تستهدف ترويح مواد أو أفعال غير مشروعة.

٣- جرائم شبكة المعلومات: وهي كل فعل غير مشروع يقع على وثيقة أو نص موجود بالشبكة كانتهاك الملكية الفكرية للبرامج، والإنتاج الفني والأدبي والعلمي.

وقد أصدرت العديد من الدول التشريعات الخاصة بمكافحة الجريمة المعلوماتية كالمملكة العربية السعودية والأردن والإمارات ومصر وفرنسا وغيرها من الدول الأخرى^(٤).

(٥) صدر النظام السعودي لمكافحة جرائم المعلوماتية بالمرسوم الملكي رقم (١٧/م) بتاريخ ١٤٢٨/٣/٨هـ. وصدر القانون الاتحادي الإماراتي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٦م بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات. كما صدر القانون الأردني المؤقت رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٠م بشأن جرائم أنظمة المعلومات. وصدر أيضاً القانون المصري رقم (١٧٥) لعام ٢٠١٨م بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات. واشتمل قانون العقوبات الفرنسي رقم (١٩) لسنة ١٩٨٨م على تجريم الأفعال المخلة بمعالجة البيانات. وكذلك:

Code penal francais, chatter 111: des atteintes aux systems de traitement automatisés, article 323-1:323-7, 1988.

وهذا التعريف الأخير هو ما يرجحه الباحث لشموليته واختصاره لمفهوم الجريمة المعلوماتية التي تشمل جرائم الحاسوب التي ترتكب بواسطة الحاسوب أو على مكوناته المعنوية دون أن يكون هناك ولوج إلى شبكة الإنترنت - كجرائم سرقة معلومات الحاسوب أو إتلافها - أو جرائم تتم من خلال اتصال الحاسوب بشبكة الإنترنت.

ومن أهم تصنيفات الجرائم المعلوماتية تصنيف وزارة العدل الأمريكية^(٦) (عمر، ٢٠١٣م)؛ حيث صنفت الجرائم المعلوماتية على ثلاثة طوائف:

١- الجرائم التي يكون الكمبيوتر فيها جسماً للجريمة كجرائم الدخول غير المصرح به للمعلومات المخزنة في الكمبيوتر، والإتلاف غير المصرح به لتلك المعلومات.

٢- الجرائم التي يعد الكمبيوتر فيها موضوعاً للجريمة مثلاً كجرائم بث أو نشر أو إرسال الفيروسات والقرصنة المعلوماتية.

٣- الجرائم التي يكون الكمبيوتر فيها أداة ارتكاب جرائم تقليدية كجرائم سرقة البطاقات الائتمانية، ونشر الصور الإباحية.

ويرى جانب آخر من الفقه أنه يمكن تصنيف الجرائم المعلوماتية كالتالي (عطايا، ٢٠١٥م):

(٤) وقد عدد النظام السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١٧/م) بتاريخ ١٤٢٨/٣/٨هـ الخاص بمكافحة جرائم المعلوماتية في المواد من (٣-٧) الجرائم المعلوماتية وهي جريمة الاعتداء المعلوماتي على النظام العام أو القيم الدينية أو الآداب العامة أو الحياة الخاصة، ونشر الوثائق المعلوماتية السرية وإفشافها، وجريمة الابتزاز والتهديد المعلوماتي، وجريمة التنصت المعلوماتي، وجريمة إساءة استخدام الهواتف النقالة المعلوماتي، وجريمة التشهير المعلوماتي، وجريمة الاستيلاء والاحتيال المعلوماتي، وجريمة السطو على أموال البنوك المعلوماتي، والانتحال والتغيرير المعلوماتي، وجريمة التحريض على الجريمة المعلوماتية، والجريمة المعلوماتية الأخلاقية، والإتجار بالبشر، والإتجار بالمخدرات، والجريمة المعلوماتية الأمنية.

على مبدأ الإقليمية، لأنه لم يعد هو المعيار الوحيد، بل على العكس تراجعت أهميته، وزادت أهمية معايير أخرى كانت تعتبر احتياطية مثل معيار العينية، ومعيار العالمية (المصري، ٢٠١٧م)، ويعني معيار العينية مد الاختصاص القضائي خارج إقليم الدولة على سبيل الاستثناء على بعض الجرائم مثل تلك التي تمس بأمن الدولة من جهة الداخل أو الخارج (الرويس والريس، ٢٠٠١م)، ويعني مبدأ العالمية أن يكون العبرة في تحديد الاختصاص التشريعي والقضائي لدولة ما بمكان إلقاء القبض على المتهم دون اعتبار جنسيته أو جنسية المجني عليه أو لمكان ارتكاب الجريمة أو المصالح التي مستها الجريمة، وتطبيقاً لذلك وعلى سبيل المثال جاء المشرع الجزائري في القانون رقم (٠٩-٠٢) بمبادئ جديدة في قانون الإجراءات الجزائية تتماشى مع الاتجاه السابق في تفسيره لمبدأ الإقليمية، حيث نصت المادة (٥١) من القانون سالف الذكر على أن: "زيادة على قواعد الاختصاص المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية، تختص المحاكم الجزائية بالنظر في الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال المرتكبة خارج الإقليم الوطني عندما يكون مرتكبها أجنبياً وتستهدف مؤسسات الدولة الجزائرية أو الدفاع الوطني أو المصالح الإستراتيجية للاقتصاد الوطني" (طيب، ٢٠١٥م)، كما قضت المادة (١١٣-٢-١) من قانون العقوبات الفرنسي بتطبيق القانون الفرنسي على كل من يرتكب جريمة عن طريق شبكة اتصال إلكترونية سواء تم ارتكاب الجريمة كلها أو بعضها على حساب شخص طبيعي يقيم في الجمهورية الفرنسية أو شخص معنوي يقع مقره في أراضيها، حيث تعتبر الجريمة في هذه الحالة ارتكبت على الأرض الفرنسية^(٦)؛ كما أن المشرع الأردني

البند الثاني: قواعد الاختصاص الإقليمي للمحكمة الرقمية بصدد نظر القضايا المعلوماتية

الاختصاص هو السلطة التي يقرها القانون للقضاء في أن ينظر في دعاوى من نوع معين والقاعدة العامة المطبقة في أغلب الدول هي مبدأ الإقليمية (محمد، ٢٠٠٩م)، ومقتضى هذا المبدأ أن قانون الدولة يطبق على كل الأشخاص المقيمين في هذا الإقليم بصرف النظر عن جنسيتهم وعلى كل الوقائع التي ترتكب عليه كلها أو بعضها، وفي المقابل فإن قانون الدولة لا يتخطى حدود إقليمها على ما يقع خارجه (البديرات، ٢٠١٧م)، ووفقاً لهذا المبدأ تباشر المحكمة الرقمية نظرها للقضايا المعلوماتية وفقاً للاختصاص الإقليمي لها والذي يعني نظرها لكافة القضايا المعلوماتية التي يقع ركنها المادي أو جزء منه داخل إقليم الدولة، ولكن قد يكون هناك صعوبة بتطبيق مبدأ الإقليمية بمفهومه الضيق على هذا النوع من الجرائم التي من أهم خصائصها أنها جرائم تقع في عالم افتراضي غير ملموس، كما أنها عابرة للحدود. ويمكن القول أن قواعد الاختصاص القضائي المنصوص عليها في القوانين الجنائية صيغت لكي تحدد الاختصاص المتعلق بجرائم قابلة للتحديد المكاني وبالتالي لا ينبغي إعمالها بشأن الجريمة الإلكترونية والتي ترتكب في فضاء تنعدم فيه الحدود الجغرافية؛ مما ينبغي معه إيجاد قواعد إجرائية تحكم مسألة الاختصاص في هذه الفئة من الجرائم بما يتناسب مع طبيعتها الخاصة، وبما يؤدي إلى تبني حلول أكثر مرونة تأخذ في الحسبان النطاق الجغرافي لهذه الجرائم وما يفرضه الطابع التقني المتطور لها (حجاج، ٢٠١٥م).

ومن الجدير بالذكر في هذا الخصوص أن مبدأ الإقليمية في الآونة الأخيرة قد شهد تطوراً ملحوظاً في تفسيره لمكان وقوع الجريمة، فلم يعد لازماً وقوع فعل مادي أو أحد العناصر المكونة لهذا الفعل داخل إقليم الدولة، ولذلك يجب صياغة معيار الاختصاص الإقليمي للملاحقة الجريمة المعلوماتية وفقاً لهذا التوجه، خاصة أن التقدم التكنولوجي يفرض الخروج

(6) la loi n°2016-731 du 3 juin 2016 crée, dans le code penal, un nouvel article 113-2-1 que dispose: "Tout crime ou tout délit réalisé au moyen d'un réseau de communication électronique, lorsqu'il est tenté ou commis au préjudice d'une personne physique résidant sur le territoire de la République ou d'une personne morale dont le siège se situe sur le territoire de la République, est réputé commis sur le territoire de la République".

وأكد القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم أنظمة تقنية المعلومات وما في حكمها عام ٢٠٠٤م على الأخذ بمبدأ العالمية أيضاً حيث نصت المادة (٢٦) منه على أن: "تسري أحكام هذا القانون على أي من الجرائم المنصوص عليها فيه حتى ولو ارتكبت كلياً أو جزئياً خارج إقليم الدولة، متى أضرت بمصالحها ويختص القضاء الوطني بنظر الدعاوى المترتبة عليها"^(٨).

= الفرعتان (ب) و(ج) إلى خيار مبدأ الإقليمية، وتقتضي هاتان الفقرتان الفرعتان من كل طرف أن ينشئ ولاية قضائية جنائية على الجرائم المرتكبة على السفن التي ترفع علمه أو طائراته المسجلة بموجب قوانينه....."، والبند (٢٣٦): "تستند الفقرة (١) إلى مبدأ الجنسية، غالباً ما تطبق نظرية الجنسية من قبل الدول التي تطبق تقاليد القانون المدني، وتنص الفقرة على أن مواطني الدولة ملزمون بالامتثال للقانون المحلي حتى عندما يكونون خارج أراضيها"، وبموجب الفقرة (د): "إذا ارتكب أحد المواطنين جريمة في الخارج، يكون الطرف ملزماً بالتوفر على قدرة ملاحظته إذا كان السلوك يعتبر جريمة أيضاً بمقتضى قانون الدولة التي ارتكب فيها أو كان السلوك قد حدث خارج الاختصاص الإقليمي لأي دولة، عندما يتعلق الأمر بجرائم ارتكبت باستخدام أنظمة الكمبيوتر، تكون هناك حالات تنطوي على أكثر من طرف واحد تكون له الولاية القضائية على بعض أو جميع المشاركين في الجريمة على سبيل المثال، تستهدف العديد من هجمات الفيروسات، وعمليات الاحتيال وانتهاكات حقوق التأليف والنشر التي ترتكب من خلال استخدام الإنترنت، ضحايا يتواجدون في دول عدة، ومن أجل تفادي ازدواجية الجهود أو الإزعاج غير الضروري للشهود أو المنافسة بين الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين في الدول المعنية أو بغية تيسير فعالية الإجراءات أو عدالتها، يتعين على الأطراف المتضررة أن تتشاور لتحديد المكان المناسب للملاحقة القضائية، وفي بعض الحالات، سيكون من الأكثر فعالية أن تختار الدول المعنية مكاناً واحداً للمقاضاة؛ بينما يكون من الأفضل، في حالات أخرى، أن يعهد إلى دولة واحدة بمحاكمة بعض المشاركين، في حين تقوم دولة أخرى أو أكثر بملاحقة مشاركين آخرين. ويسمح بأي من هذين الخيارين بموجب هذه الفقرة.....".

(٨) اعتمد مجلس وزراء العدل العرب في دورته التاسعة عشرة بالقرار رقم (٤٩٥-١٩د-١٠/٨-٢٠٠٣) ومجلس وزراء الداخلية العرب في دورته الحادية والعشرين بالقرار رقم (٤١٧-٢٠٠٤) مشروع القانون العربي الاسترشادي لمكافحة جرائم أنظمة تقنية المعلومات وما في حكمها.

جاء بنص خاص بالجرائم الإلكترونية حيث نصت المادة (١٥) من قانون جرائم أنظمة المعلومات على أن: "يجوز إقامة دعوى الحق العام والحق الخاص على المشتكى عليه أمام القضاء الأردني إذا ارتكبت أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون باستخدام أنظمة معلومات داخل المملكة أو ألحقت أضراراً بأي من مصالحها أو بأحد المقيمين فيها أو ترتبت آثار الجريمة فيها كلياً أو جزئياً أو ارتكبت من أحد الأشخاص المقيمين فيها" (العجمي، ٢٠١٤م).

وعلى ذلك يمكن القول بأهمية مبدأ العالمية وملائمته لطبيعة الجريمة المعلوماتية كونها سهلة الوقوع من أشخاص يحملون جنسيات مختلفة وتمتد عناصرها المادية بين أكثر من دولة، إلا أن هذا المبدأ يحتاج إلى تعاون دولي وإعداد تشريعات وطنية تمكن من القبض على المجرم المعلوماتي على إقليم الدولة دون الاعتداد بجنسيته أو مكان وقوع الفعل المجرم (محمد، ٢٠٠٩م)، ولذلك نصت المادة (٢٣) من الاتفاقية الأوروبية لمكافحة الجريمة الإلكترونية لعام ٢٠٠١م والموقعة في بودابست على أن: "التعاون الدولي سيقدم إلى الأطراف" على أوسع نطاق ممكن"، ويقتضي هذا المبدأ من الأطراف أن تقدم تعاوناً واسعاً فيما بينها، وأن تقلل إلى أدنى حد من العوائق التي تحول دون التدفق السلس والسريع للمعلومات والأدلة على الصعيد الدولي"، وقد حددت ذات الاتفاقية في المادة (٢٢) المبادئ التي يجب أن تأخذ بها الدول الأطراف عند تحديد الاختصاص القضائي بشأن الجرائم موضوع الاتفاقية وهي مبدأ الإقليمية، ومبدأ نسبية الاختصاص المكاني، والجنسية العالمية^(٩).

(٧) جاء في التقرير التفسيري المؤرخ في ٢٣/١١/٢٠٠١م الخاص بالاتفاقية الأوروبية للجريمة الإلكترونية في باب الولاية القضائية نص المادة (المادة ٢٢ h) للبند (٢٣٣): "تستند الفقرة (١) إلى مبدأ الإقليمية، ويتعين على كل طرف أن يعاقب على ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في هذه الاتفاقية المرتكبة في إقليمه....."، والبند (٢٣٥): "تستند الفقرة (١)، والفقرتان =

وأهم ما تتميز به التجارة الإلكترونية الطابع الدولي وغياب المستندات الورقية في المعاملات (كريم، ٢٠١٢م)، وتعتبر أحد أهم المتغيرات العالمية الجديدة خلال الحقبة الأخيرة من القرن العشرين، وأحد دعائم النظام الاقتصادي العالمي الجديد (القوقا وعودة وحمودة، ٢٠١١م).

أما العقود الإلكترونية فهي عقود تعتمد على وسيلة الاتصال الإلكترونية لإتمام العملية التعاقدية عن بعد^(٩). (العتيبي، ٢٠١٣م)، ومن أهم خصائص العقد الإلكتروني أنه يتم إبرامه دون التواجد المادي لأطرافه وباستخدام الوسائط الإلكترونية، وهذا ما يميزه عن العقود التقليدية والتي لا تختلف عنه من حيث الموضوع أو الأطراف، كما أنه يتصف غالباً بالطابع التجاري والدولي، لذا يطلق عليه عقد التجارة الإلكترونية^(١٠) (مأمون، ٢٠١١م).

وتتنوع منازعات عقود التجارة الإلكترونية بتنوع هذه العقود التي يصنفها الكثير من الفقه إلى ثلاثة أنواع استناداً إلى الأطراف المكونة للعقد وهي العقود الإلكترونية ما بين التجار B2B، والعقود الإلكترونية المختلطة B2C، والعقود الإلكترونية المبرمة بين المستهلكين C2C، وهناك تقسيم آخر وهو العقود التي تبرم بسبب التجارة الإلكترونية دون النظر

(٩) نصت المادة الحادية عشرة بالفقرة الأولى من ذات نظام التجارة الإلكترونية السعودي على أنه: "يجوز أن يتم التعاقد من خلال منظومات بيانات إلكترونية آلية أو مباشرة بين منظومتي بيانات إلكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة سلفاً للقيام بهذه المهام بوصفها ممثلة عن طرفي العقد، ويكون التعاقد صحيحاً ونافعاً ومنتجاً لآثاره النظامية على الرغم من عدم التدخل المباشر لأي شخص ذي صفة طبيعية في عملية إبرام العقد".

(١٠) نصت المادة الأولى من القانون المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني وذلك بالمادة الأولى فقرة (ب) على أن: "المحرر الإلكتروني هو رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة".

الفرع الثاني: معيار الاختصاص القضائي المدني للمحكمة الرقمية وقواعد الاختصاص الإقليمي المرتبطة به
البند الأول: طبيعة المنازعات المدنية التي تختص بها المحكمة الرقمية

أوجد الإنترنت أنماطاً جديدة من التعامل تعتمد كلياً على وسائل الاتصال عن بعد، وتخلق أنماطاً جديدة من الأعمال تعرف بالأعمال الإلكترونية والتي في بيئتها تنمو التجارة الإلكترونية، والعلاقات التعاقدية الإلكترونية (سليمان، ٢٠١٥م)، وكذلك العلاقات غير التعاقدية، وعلى ذلك تختص المحكمة الرقمية بنظر كافة الدعاوى المدنية الرقمية الناشئة عن هذه التعاملات من خلال قضاة تخصصوا في نظر هذا النوع من القضايا التي يكون للتقنية الحديثة دور كبير فيها. ومن أهم المنازعات المدنية الإلكترونية محل الاختصاص النوعي للمحكمة الرقمية ما يلي.

أولاً: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية

يمكن تعريف التجارة الإلكترونية بأنها استخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة ومنها الإنترنت في إبرام الصفقات والعقود والتسويق وتبادل الخدمات والمعلومات (معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطينية (ماس)، ٢٠٠٦م)، وتم تعريفها أيضاً في قرار الأمم المتحدة رقم (١٦٢/٥١) لسنة ١٩٩٦م الخاص بالقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (الأونسترال Uncitral) على أنها تجارة دولية تتم عن طريق التبادل الإلكتروني للبيانات وغير ذلك من وسائل الاتصال، وفي هذا الخصوص نصت المادة الأولى من نظام التجارة الإلكترونية السعودي الصادر في ١٤٤٠هـ على أن: "التجارة الإلكترونية هي نشاط ذو طابع اقتصادي يباشره موفر الخدمة والمستهلك بصورة كلية أو جزئية بوسيلة إلكترونية من أجل بيع منتجات أو تقديم خدمات أو الإعلان عنها أو تبادل البيانات الخاصة بها".

البند الثاني: قواعد الاختصاص الإقليمي للمحكمة الرقمية في القضايا المدنية الرقمية

الأصل أن يحكم اختصاص المحكمة بنظر الدعاوى المدنية الرقمية القواعد العامة في الاختصاص الولائي والنوعي والمحلي (الجاسر، ١٤٣٩هـ^(١١))، إلا أن طبيعة المعاملات الرقمية والتي أساسها عقود التجارة الإلكترونية كما سبق وأوضحنا تتم في عالم افتراضي وبين أطراف في أماكن متعددة وغالباً ما تتضمن طرفاً أجنبياً مما يثير إشكالية تحديد المحكمة المختصة بنظرها إقليمياً والقانون الواجب التطبيق وهو ما يؤدي إلى البحث في ضوابط الاختصاص الدولي للمحكمة الرقمية؛ حيث يجب التفرقة بين أمرين الأول أن يكون هناك اتفاق بين طرفي النزاع على تحديد المحكمة المختصة فيعمل به وفقاً لأنظمة المرافعات لكل دولة وكذلك الأنظمة الدولية، والأمر الثاني ألا يكون هناك اتفاق واضح فيتم اللجوء إلى الضوابط والقواعد العامة المعمول بها في سائر الأنظمة الدولية وهي ضابط موطن المدعى عليه، ومحل إقامة المدعى عليه، ومكان المال محل النزاع، ومكان إبرام العقد (الداود، ٢٠١٦م).

إلى أطراف العقد وأهمها عقد الدخول إلى الشبكة، وعقد الإيواء، وعقد إنشاء متجر افتراضي^(١٢) (كريم، ٢٠١٢م).

ثانياً: منازعات إلكترونية غير تعاقدية

ينعقد الاختصاص للمحكمة الرقمية بنظر المنازعات المدنية الإلكترونية ذات الأساس غير التعاقدية كمنازعات الملكية الفكرية، ومنازعات المنافسة غير المشروعة، وحماية الأسرار التجارية، وذلك إذا توافرت شروط المسؤولية المدنية التقصيرية المتمثلة في الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، حيث يقصد بالمسؤولية التقصيرية "الجزاء على الإخلال بالواجب القانوني العام الذي يفرض على كل شخص" (أبو سرور، ٢٠٠٦م).

وكذلك من أهم المنازعات المدنية الإلكترونية غير التعاقدية ما يعرف بمنازعات أسماء النطاق، "واسم النطاق هو عبارة عن موقع أو عنوان على شبكة الإنترنت يسمح بتحديد ذلك الموقع وتميزه عن غيره من المواقع الأخرى، ومن صور منازعات أسماء النطاق تسجيل اسم موقع مطابق مع علامة تجارية، تسجيل موقع متشابه مع علامة تجارية، تسجيل اسم موقع يحتوي على علامة تجارية مع إضافة عبارات تحقيرية" (كريم، ٢٠١٢م).

(١٢) الاختصاص الولائي هو القدرة القانونية للجهة القضائية في نظر نوع من المنازعات يكون بسبب طبيعته خارجاً عن ولاية جهة قضائية أخرى وهو من النظام العام، والاختصاص النوعي هو صلاحية محكمة دون غيرها للبت في النزاع، ويختلف عن الاختصاص الولائي حيث إن الأخير يتعلق بدخول الدعوى في نطاق ولاية الجهة التي يتبعها القاضي، أما الاختصاص النوعي فيتعلق بمدى دخول الدعوى في نطاق اختصاص المحكمة التي يعمل فيها القاضي من بين محاكم الجهة التي يتبعها، والاختصاص المحلي هو توزيع العمل بين المحاكم على أساس جغرافي وهو متعلق بالأساس الإقليمي الذي أنيط بالمحكمة نظر المنازعات في محيطه.

(١١) عقد الدخول إلى الشبكة هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه مقدم الخدمة بتمكين العميل من الدخول على الإنترنت من الناحية الفنية من خلال الوسائل التقنية التي تمكنه من ذلك مقال قيام العميل بسداد رسوم الاشتراك المقررة، عقد الإيواء هو عقد بمقتضاه يضع مقدم الخدمة تحت تصرف المشترك بعض إمكانيات أجهزته أو أدواته المعلوماتية ويبرمه كل من يرغب أن يكون له موقع أو عنوان أو متجر إلكتروني على شبكة الإنترنت في مقابل أن يقوم المشترك بدفع الاشتراكات المتفق عليها بالعقد، عقد إنشاء متجر افتراضي ويسميه البعض عقد المشاركة لأنه بموجبها يصبح المتجر مشاركاً في المركز التجاري الافتراضي والذي يجمع العديد من التجار تحت عنوان واحد.

وقد اتجهت محكمة العدل الأوروبية إلى إقرار أنه يجوز للمضرور الذي أصابه ضرر في العديد من الدول نتيجة لفعل ضار ارتكب في دولة معينة؛ رفع دعواه أمام محكمة وقوع الفعل الضار بصرف النظر عن البلاد التي تحقق فيها الضرر وذهبت المحكمة إلى أن هذا الاتجاه يمكن أن يؤخذ به كذلك في المسائل التعاقدية (الغامدي، ٢٠١٧م).

واتجه الفقه المصري الحديث إلى تأييد حق تخلي المحاكم المصرية عن اختصاصها الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري المقررة في المادة (٣٢) من قانون المرافعات المصري فيما لو تبين أن النزاع المطروح لا يرتبط بالإقليم المصري بأي صلة جدية، وذلك لصالح قضاء الدولة الأجنبية الأكثر ملاءمة للفصل فيه، وذلك لاعتبارات الملاءمة الدولية والتفعيل المتطلب لمبدأ التعاون القضائي الدولي (صادق، ٢٠١٤م).

وإذا تحققت المسؤولية المدنية في النزاعات الرقمية غير التعاقدية فيتم تحديد اختصاص المحكمة الرقمية وفقاً لضوابط دعاوى المسؤولية التقصيرية ومن هذه الضوابط محكمة الموطن، أو محل إقامة المدعى عليه، أو محل ارتكاب الخطأ الموجب للمسؤولية، أو محل حدوث الضرر، ويعد المعيار الأخير هو الراجح لأنه يمثل الركن الأساسي في المسؤولية المدنية ويعد أكثر ملائمة فيما يتعلق بمنازعات البيئة الإلكترونية (إبراهيم، ٢٠١٩م)^(١٤).

(١٤) تنص المادة (٢١) من القانون المدني المصري على أن: "(١) يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام. (٢) على أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في مصر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه". ونصت المادة (١/٢٧) من النظام المدني العراقي على أن: "الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام".

وكمثال على ما سبق فقد تحددت ضوابط الاختصاص القضائي الدولي في النظام السعودي بضابط الجنسية والإقامة، وطبيعة الدعوى، والرضا بالاختصاص^(١٥).

كما أورد المشرع الإماراتي في المادتين (٢٠، ٢١) من قانون الإجراءات المدنية أربع حالات يتم بمقتضاها تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية وذلك إذا كان المدعى عليه مواطناً إماراتياً أو إذا كان المدعى عليه أجنبياً متوطناً أو مقيماً في دولة الإمارات، أو في حالة ما إذا كان له موطن مختار في دولة الإمارات أو في الحالة التي يتعدد فيها المدعى عليهم الأجانب وتكون دولة الإمارات موطناً لأحدهم، حيث يكفي لانعقاد الاختصاص توافر أحد هذه الضوابط أيّاً كان نوع الدعوى، باستثناء الدعوى التي تتعلق بعقار يقع خارج دولة الإمارات (العنزي، ٢٠١٨م).

(١٣) نصت المادة الرابعة والعشرين من نظام المرافعات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) بتاريخ ١/٢٢/١٤٣٥هـ على أن: "تختص محاكم المملكة بنظر الدعاوى التي ترفع على السعودي؛ ولو لم يكن له محل إقامة عام أو مختار في المملكة، فيما عدا الدعاوى العينية المتعلقة بعقار واقع خارج المملكة"، ونصت المادة الخامسة والعشرين على أن: "تختص محاكم المملكة بنظر الدعاوى التي ترفع على غير السعودي الذي له محل إقامة عام أو مختار في المملكة؛ فيما عدا الدعاوى العينية المتعلقة بعقار خارج المملكة"، ونصت المادة السادسة والعشرون على أن: "تختص محاكم المملكة بنظر الدعاوى التي ترفع على غير السعودي الذي ليس له محل إقامة عام أو مختار في المملكة في الأحوال الآتية: [أ] إذا كانت الدعوى متعلقة بهال موجود في المملكة، أو بالتزام تعتبر المملكة محل نشوئه أو تنفيذه. [ب] إذا كانت الدعوى متعلقة بإفلاس أشهر في المملكة. [ج] إذا كانت الدعوى على أكثر من واحد، وكان لأحدهم محل إقامة في المملكة". ونصت المادة الثامنة والعشرين من ذات النظام على أن: "فيما عدا الدعاوى العينية المتعلقة بعقار خارج المملكة تختص محاكم المملكة بالحكم في الدعوى إذا قبل المتدعيان ولايتها؛ ولو لم تكن داخلة في اختصاصها".

المبحث الثاني:

ماهية المحكمة الإلكترونية ونطاق علاقتها

بالمحكمة الرقمية في إطار التقاضي الإلكتروني

يتعاضد دور المحكمة الإلكترونية لأهمية تطبيق تقنية تكنولوجيا المعلومات في الإدارة القضائية، كما تتميز المحكمة الرقمية بذاتية مستقلة عنها فيما تباشره من نوعية القضايا الرقمية التي تعتبر هي صميم عملها، ويدور عمل المحكمتين في إطار التقاضي الإلكتروني وسوف نتناول ذلك تفصيلاً في هذا المبحث في مطلبين مستقلين.

المطلب الأول: مفهوم المحكمة الإلكترونية

سنتناول في هذا المطلب تعريف المحكمة الإلكترونية وطبيعتها القانونية وأهم عناصرها التي تساهم في تقديم الخدمات القضائية للمتقاضين وذلك في ثلاث فروع مستقلة.

الفرع الأول: تعريف المحكم الإلكتروني

إن مصطلح المحكمة الإلكترونية يعني تفعيل تقنية المعلومات الخاصة بخدمات المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ولذلك يرى جانب من الفقه في تعريفه للمحكمة الإلكترونية بأنها حيز تقني معلوماتي ثنائي الوجود، يسمح ببرمجة الدعوى الإلكترونية، ويتألف من شبكة الربط الدولية إضافة إلى مبنى المحكمة، بحيث يتيح الظهور المكاني الإلكتروني لوحدات قضائية وإدارية؛ فالمحكمة الإلكترونية تعني تفعيل تقنية المعلومات بما يخدم نظام التقاضي؛ حيث تزول الآلية التقليدية في التدوين لإجراءات التقاضي، وتحل محلها آليات برمجية متطورة تختلف من حيث الشكل والمضمون، كما تختلف آلية تقديم البيانات، الأمر الذي يؤدي إلى سرعة البت في الدعاوى (عبدالحق، ٢٠١٦م).

وتم تطبيق نظام المحكمة الإلكترونية في العديد من الدول العربية مثل مصر والمملكة العربية السعودية والأردن

والإمارات العربية المتحدة والجزائر، وكذلك الدول الأوروبية مثل فرنسا وغيرهم من الدول^(١٥).

(١٥) أعلنت محكمة استئناف القاهرة تفعيل خدمة الاستعلام عن تداول جميع الجلسات إلكترونياً من خلال البوابة الإلكترونية للحكومة المصرية www.jp.gov.eg، وقد صدر القانون رقم (١٤٦) لسنة ٢٠١٩م بتعديل بعض أحكام قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية الصادر بالقانون رقم (١٢٠) لسنة ٢٠٠٨م، ويتضمن القانون ثمان مواد مستحدثة (المواد من ١٥-٢٢) نظمت قواعد تنظيم التقاضي الإلكتروني أمام المحاكم الاقتصادية، حيث أتاح إقامة الدعوى والطعن في الحكم بالطريق الإلكتروني، وأن يتم إعلان الخصوم إلكترونياً وتقديم المذكرات والمستندات وطلبات الدعوى إلكترونياً من خلال موقع مخصص لذلك. وفي المملكة العربية السعودية أضاف وزير العدل رئيس المجلس الأعلى للقضاء خدمتي الصك الإلكتروني والمصادقة الإلكترونية لمحاضر ضبوط الجلسات القضائية وذلك لتسهيل إجراءات التقاضي، حيث يمكن الصك الإلكتروني المستفيد من استئناف الحكم إلكترونياً، وإرسال لائحة الاعتراض مباشرة عبر بوابة «ناجز» دون الذهاب إلى المحكمة للقيام بأي من هذه الإجراءات، ويمكن النظام الموظف المختص في المحكمة من التذليل على الصك بمحتوى قرار محكمة الاستئناف بشكل إلكتروني، وتعد المصادقة على محضر ضبط الجلسة القضائية إلكترونياً نقلة نوعية في الإجراءات القضائية، فبعدما كانت تطبع محاضر الجلسات في السابق ويوقع الأطراف بشكل يدوي، ومن ثم تدخل الأوراق في النظام ليتم حفظ الضبوط، في عملية تستغرق وقتاً طويلاً، أصبح المستفيد قادراً على المصادقة مباشرة على محضر ضبط الجلسة <https://najiz.moj.gov.sa>. وفي الأردن وبالتطرق إلى نظام التقاضي الإلكتروني بشكل عام، نجد أنه يشير إلى وجود محكمة إلكترونية تعمل بواسطة تكنولوجيا المعلومات ومهياة بوسائل ونظم اتصالات حديثة تؤدي إلى إنجاز القضايا وتبسيط إجراءات التقاضي، حيث تعمل هذه المحاكم على تمكين الأشخاص من تسجيل الدعاوى ودفع رسومها، وحضور أطرافها أو وكالاتهم وتقديم أدلة الإثبات والترافع وتقديم الطعون وتدوين الإجراءات كافة والحصول على قرار الحكم وتنفيذه (الكعبي والكرعاوي، ٢٠١٦م). وفي الإمارات العربية المتحدة صدر القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦م في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية ونص في المادة (٢٤) منه على: "(١) يجوز للجهات الحكومية في =

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للمحكمة الإلكترونية

تحدد الطبيعة القانونية للمحكمة الإلكترونية بما تبشره من عمل داخل المنظومة القضائية الرقمية والمتمثل في تجميع وتخزين ومعالجة المعلومات القانونية واسترجاعها، وتوثيق كل ما يخص القضايا إلكترونياً، وإجراء الإعلان الإلكتروني للخصوم بدلاً من الإعلان التقليدي، والاطلاع الإلكتروني على القضايا، والنشر الإلكتروني للأحكام القضائية وغيرها من الخدمات الأخرى التي تسهل إجراءات التقاضي (محمود، ٢٠١٥م).

ولذلك فطبيعة عمل المحكمة الإلكترونية تقوم على إحلال الوثائق الإلكترونية محل الوثائق الورقية، واستخدام الوسيط الإلكتروني وهو الحاسوب المتصل بشبكة الإنترنت في تنفيذ إجراءات التقاضي الإلكتروني، وسرعة تنفيذ إجراءات التقاضي بحيث تتم عبر شبكة الاتصال دون الحاجة إلى انتقال أطراف الدعوى أو محاميهم إلى المحكمة المختصة، وحلول وسائل الدفع الإلكتروني محل الدفع النقدي العادي لسداد كافة المصاريف القضائية للدعوى، وكذلك إثبات إجراءات التقاضي الإلكتروني عبر المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني لتحل محل المستند التقليدي الورقي والتوقيع اليدوي (العبيدي، ٢٠١٧م)، ثم وجود القاضي الرقمي المتخصص بنظر القضايا الرقمية.

ويؤكد جانب من الفقه على أن نظام هذه المحكمة يعتمد على منهج تقنية شبكة الربط الدولية وبرامج الملفات الحاسوبية الإلكترونية بنظر الدعاوى والفصل بها وتنفيذ أحكامها (شرون ومعاوي، ٢٠١٩م).

ويؤكد ما سبق صدور أحد التقارير المدونة على الموقع الإلكتروني للمركز القانوني الأمريكي التابع لجامعة "ذنفر" (IAALS) عام ٢٠١٨م والذي عدد التقنيات التي يجب على المحاكم الإلكترونية أن تستخدمها في مباشرة عملها ومن أجل خدمة أفضل للمتقاضين ومنها التأكد من إمكانية الوصول إلى معلومات المحكمة وخدماتها من خلال الهواتف الذكية، والسماح لمستخدمي المحكمة بعرض الصور ومقاطع الفيديو والمعلومات الأخرى من هواتفهم الذكية داخل المحكمة مع تمكينهم من الظهور عبر الهاتف أو مؤتمر الفيديو، وتسهيل جدولة جلسات الاستماع باستخدام منصات التقويم الرقمية، والسماح بدفع الرسوم والتكاليف عبر الإنترنت، وخلق فرص للمستخدمين للوصول إلى النماذج والمعلومات الأخرى المتعلقة بالحالة عن بعد وتبسيط إكمال هذه النماذج وحفظها، بما في ذلك الإيداع الإلكتروني، وتسليم رسائل المحكمة الآلية حول جلسات الاستماع القادمة أو الأحداث الفاتئة (Greacen, 2018). وتتأكد الطبيعة القانونية للمحكمة الإلكترونية بضرورة

تنظيمها وفقاً للتالي (الشرعة، ٢٠١٠م):

- ١- توفير الأجهزة والمعدات الحاسوبية اللازمة لإنشاء شبكة معلوماتية داخلية تسهل الاتصال بين كافة العاملين بالمحكمة وتوثيق وإرسال كافة مستندات الدعاوى القضائية آلياً وكذلك الطلبات والمذكرات فيما بينهم، مع إمكانية اتصال هذه الشبكة بقاعات المحكمة والقضاة.
- ٢- إنشاء قاعدة بيانات لكل دعوى قضائية.
- ٣- إنجاز كافة الخدمات المتعلقة بالدعوى القضائية إلكترونياً دون الحاجة لحضور المتقاضين شخصياً.

= نطاق أداء الأعمال المنوطة بها بحكم القانون، أن تقوم بما يأتي:
 [أ] قبول إيداع أو تقديم المستندات أو إنشائها أو الاحتفاظ بها في شكل سجلات إلكترونية. [ب] إصدار أي إذن أو ترخيص أو قرار أو موافقة في شكل سجلات إلكترونية. [ج] قبول الرسوم أو أية مدفوعات أخرى في شكل إلكتروني" (dubaided.gov.ae). وبدأ العمل في إنشاء التقاضي الإلكتروني في فرنسا من منتصف عام ٢٠٠٧م، حيث تم إبرام اتفاق بين وزارة العدل والمجلس الوطني لنقابة المحامين حول الاتصال الإلكتروني بين المحاكم والمحامين، ووضع شبكة اتصال بين الطرفين، حيث يتم تزويد المحاكم والمجالس القضائية بجهاز المسح الضوئي ونظام الرقمنة لتمكين المحامي من الاطلاع على الملف ومتابعة الإجراءات دون أن ينتقل إلى مبنى المحكمة (العدوان، ٢٠٢٠م).

الفرع الثالث: عناصر المحكمة الإلكترونية

يرتبط وجود المحكمة الإلكترونية بعدة عناصر أهمها:

- ١- قضاة المعلومات: وهم مجموعة متخصصة من القضاة يباشرون المحاكمات من خلال موقع كل منهم لدى الموقع الإلكتروني للمحكمة الإلكترونية ضمن نظام قضائي معلوماتي يمكنهم من تطبيق إجراءات التقاضي عن بعد وتدوينها في ملف الدعوى الإلكترونية من خلال إجراءات إلكترونية متطورة؛ يصدرون بها الأمر إلى كتابة المواقع الإلكترونية بالمحكمة لتدوينها إلكترونياً ومتابعة إجراءات سير الدعوى (الكعبي والكرعاوي، ٢٠١٦م).
- ٢- كتابة المواقع الإلكترونية: وهم كتاب الضبط ومن أهم مهامهم تسجيل الدعاوى وتسجيل مواعيد الجلسات واستيفاء رسوم الدعوى إلكترونياً ومتابعة الجلسات (عصامي، ٢٠١٦م).
- ٣- إدارة المواقع والمبرمجين: وهم مجموعة من الإداريين والفنيين المتواجدين خارج قاعة المحكمة وفي أقسام مجاورة لها، يكون من أهم واجباتهم متابعة سير إجراءات المحاكمة ومعالجة الأعطال الفنية التي قد تحدث في الأجهزة والمعدات أثناء المرافعة، والقيام بحماية النظام من الفيروسات، ومساعدة الكتابة بتنفيذ واجباتهم التقنية (الكعبي والكرعاوي، ٢٠١٦م).
- ٤- المحامون: وفيما يتعلق بالمحامين المتعاملين مع هذه المحكمة فهم يمثلون نوعاً حديثاً من أنواع الممارسة المهنية للمحاماة؛ حيث يجب أن يكونوا على دراية تامة بمعرفة علوم الحاسوب ونظم الاتصال التي تمكنهم من تسجيل الدعوى والترافع أمام المحكمة الإلكترونية، وهناك الكثير من البرامج الحاسوبية التي تمكنهم من ذلك مثل برنامج المحامي الذكي الذي أطلقته وزارة العدل الإماراتية والذي يعتبر منصة تواصل فعالة بين المحامي والوزارة والنيابة العامة ويساعد على تلبية

خدمات المحامي ومكاتب المحاماة؛ حيث يتيح هذا النظام التسجيل الإلكتروني لمكاتب المحاماة والمحامين، وتسجيل الوكالات إلكترونياً، وتقديم خدمات الدفع الإلكتروني، والاطلاع على معلومات القضية، والاطلاع على معلومات التحقيق والقرارات والأوامر القضائية مع الطباعة، وتقديم الطلبات والحجوزات، والاطلاع على معلومات المحاكمة كالحكم والتنفيذ ومحاضر المحكمة مع الطباعة، والاطلاع على أسماء المحامين المسجلين في المكتب، كما يتيح خدمة البحث في النظام عن طلبات القضايا والقوانين المختلفة وأطراف القضية، بالإضافة لخدمة الدعم الفني^(١٦).

المطلب الثاني: علاقة المحكمة الرقمية بالمحكمة الإلكترونية في إطار التقاضي الإلكتروني

ستتناول في هذا المطلب ذاتية عمل المحكمة الرقمية والعلاقة التكاملية بينها وبين المحكمة الرقمية في إطار التقاضي الإلكتروني وذلك في فرعين مستقلين.

الفرع الأول: ذاتية عمل المحكمة الرقمية

إن البحث في مفهوم ذاتية المحكمة الرقمية ليس بحثاً جديلاً ولكنه استقراء موضوعي لتحديد طبيعة عمل هذه المحكمة بدقة في إطار منظومة العمل القضائي الرقمي، وتأكيد لما أوضحتها هذه الدراسة تفصيلاً وما انتهت إليه من اعتبار هذه المحكمة نوعاً من المحاكم المتخصصة في نظر القضايا الرقمية، وتعتمد بشكل أصيل على القاضي الرقمي الذي يباشر إجراءات هذه القضايا من خلال التحقيق الجنائي الرقمي في الدعاوى الجنائية وما يستلزمه من إجراءات القبض والتفتيش والمعاينة والإثبات وغيرها، وكذلك تطبيق الأنظمة القانونية التي تحكم استخدام

(١٦) نيابة دبي: www.dxbpp.gov.ae.

الإجراءات القضائية الرقمية الخاصة بالقضايا المعلوماتية والتي يمكن اعتبارها مؤكدة لوجود المحكمة الرقمية بذاتها المستقلة التي تباشر هذه الإجراءات الرقمية من خلال وسائل التقنية الحديثة، ومن هذه الأنظمة القانون الاتحادي الإماراتي رقم (٥) لسنة ٢٠١٧م حيث نصت المادة الأولى منه في تعريفها للإجراءات عن بعد على أنها: "الإجراءات الجزائية في استقصاء الجرائم وجمع الأدلة أو التحقيق أو المحاكمة التي تتم عبر استخدام تقنية الاتصال عن بعد".

وفي الجزائر صدر القانون رقم (١٥-٣) المتعلق بعصرنة العدالة المؤرخ في ١١/١١/٢٠١٥م ونص في المادة رقم (١٦) على أنه: "يتم الاستجواب أو السماع أو المواجهة باستعمال آلية المحادثة المرئية عن بعد بمقر المحكمة الأقرب من مكان إقامة الشخص المطلوب تلقي تصريحاته بحضور وكيل الجمهورية المختص إقليمياً وأمين الضبط..."^(١٧).

الفرع الثاني: العلاقة التكاملية بين المحكمة الرقمية والمحكمة الإلكترونية في إطار التقاضي الإلكتروني

يرى بعض الفقه أن المحاكم الإلكترونية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالتقاضي الإلكتروني بل يؤكدون على قصر التقاضي الإلكتروني على حوسبة الإجراءات القضائية فقط بمعنى تحويل الإجراءات التقليدية الورقية المتعلقة برفع الدعوى وتقييدها إلى إجراءات إلكترونية حيث تتم الحوسبة في الإجراءات من دون الموضوع (الغانم، ٢٠١٧م)، ولذلك عرفه البعض بأنه عملية نقل مستندات التقاضي إلكترونياً إلى المحكمة عبر البريد الإلكتروني حيث يتم فحص هذه المستندات بواسطة الموظف المختص وإصدار قرار بشأنها بالقبول أو الرفض وإرسال إشعار إلى المتقاضي يفيد علماً بما تم بشأن هذه المستندات (إبراهيم، ٢٠٠٨م).

(١٧) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادرة بتاريخ ١٠/١١/٢٠١٥م، العدد (٦).

الإنترنت أو الوسائط المعلوماتية في التعاملات الإلكترونية الخاصة بالدعوى المدنية كمنازعات التجارة الإلكترونية والعقود الإلكترونية والمنازعات الإلكترونية غير التعاقدية، كما سبق توضيحه في مستعرض هذا البحث.

ولا يقدح في ذاتية المحكمة الرقمية واختصاصاتها أن تنعقد حقيقة جلساتها الواقعية أو حكماً كمحكمة افتراضية تتم فيها كافة الإجراءات إلكترونياً على موقع المحكمة الإلكترونية التي تستخدم أساليب التكنولوجيا الحديثة في نظر الدعوى القضائية.

وما يحاول الباحث تأكيده أنه على الرغم من أن المعلومات تعتبر من صميم عمل هذه المحكمة وكذلك الاتصالات الرقمية - حيث إنها تتعامل مع أجهزة معينة لها علاقة بجرائم الحاسب الآلي، والشبكات الدولية، والهواتف المحمولة، وأجهزة الصرف الآلي، وأجهزة قراءة البيانات - (مصري، ٢٠١٢م)، وعلى الرغم من إمكانية انعقاد جلساتها افتراضياً عبر شبكة الإنترنت وعلى موقع المحكمة الإلكترونية إلا أن ذلك لا يجب أن يثير الخلط بينها وبين مفهوم وطبيعة المحكمة الإلكترونية من الناحية القانونية، أو يؤدي إلى انصهار ذاتيتها في مضمون المحكمة الإلكترونية لأن دورها لا يقتصر على مجرد استخدام الوسائل التقنية في مباشرة الدعوى القضائية ولكنها تختص نوعياً بنظر القضايا الرقمية جنائية أو مدنية، ولذلك لا يوجد ما يمنع المحكمة الرقمية بذاتها المستقلة من تسيير كافة إجراءات الدعوى المنظورة أمامها إلكترونياً واعتماداً على نظام عمل المحكمة الإلكترونية.

ويلعب الدور التشريعي أهمية بالغة في إبراز وتأکید ذاتية المحكمة الرقمية وذلك بسن القوانين التي تلائم هويتها وتؤكد وجودها واختصاصاتها المتفردة بنظر القضايا الرقمية وذلك ككيان مستقل داخل المنظومة القضائية الرقمية، ولعل ذلك ما جعل العديد من الأنظمة التشريعية تحرص على سن

تشريعات جديدة تتناسب مع استخدام التقنيات الحديثة في نظام التقاضي، وتطوير وتطوير ما هو قائم من قواعد تشريعية تقليدية، واختيار ما يصلح منها لتطبيق إجراءات التقاضي الإلكتروني، ابتداء من تقديم عريضة الدعوى إلى موقع المحكمة المختصة عبر البريد الإلكتروني، وانتهاء بصدور قرار الحكم، وهنا تبرز أهمية الوسيلة التشريعية لهذا النظام، لتكون نقطة ارتكاز ووسيلة قانونية مشروعة لتطبيق إجراءات هذه الآلية الحديثة، باستخدام وسائل التقنية العلمية الحديثة، ومن ثم مواكبة المتغيرات واستثمارها لتحقيق العدالة والحق بالعالم المتقدم (شرون ومعاوي، ٢٠١٩م).

المبحث الثالث:

إجراءات مباشرة الدعوى القضائية إلكترونياً

إن التقاضي الإلكتروني يستلزم عدة إجراءات منها إقامة الدعوى إلكترونياً، ومباشر المرافعة، وصدور الحكم والظعن عليه إلكترونياً، وستناول ذلك في مطلبين مستقلين.

المطلب الأول: قواعد إقامة الدعوى القضائية إلكترونياً وآليات مباشرة المرافعة الإلكترونية

سنناول في هذا المطلب قواعد إقامة الدعوى القضائية إلكترونياً، وآليات مباشرة المرافعة الإلكترونية وذلك في فرعين مستقلين.

الفرع الأول: قواعد إقامة الدعوى القضائية إلكترونياً

الدعوى الإلكترونية هي في مضمونها لا تختلف عن الدعوى التقليدية إلا من خلال إجراءاتها عبر وسائل إلكترونية، ولذلك يمكن تعريفها بأنها الدعوى التي تمكن صاحبها من إثبات حقه الوارد في لائحة الادعاء ولكن بواسطة الإجراءات الإلكترونية التي تنتج آثارها بموجب القانون وتعتمد في مباشرتها على آليات تقنية حديثة في

وينظر جانب آخر من الفقه إلى التقاضي الإلكتروني نظرة أكثر شمولية وهذا ما يرجحه الباحث حيث يمكن تعريفه بأنه سلطة لمجموعة متخصصة من القضاة بنظر الدعاوى ومباشرة إجراءاتها القضائية بوسائل إلكترونية مستحدثة ضمن نظام قضائي معلوماتي متكامل بُغية الفصل السريع في الدعاوى والتسهيل على المتقاضين (سليمان، ٢٠١٥م)، وفي هذا السياق يرى الباحث من جانبه أن تطور مفهوم التقاضي الإلكتروني بجناحه الأول وهو المحكمة الإلكترونية سبب رئيس في تطور واستقلال المحكمة الرقمية عن المحاكم العامة والتي تمثل جناحه الثاني؛ وما لا شك فيه أن توفير الخدمات الإلكترونية للقضاة وتيسير إدارة ملفات القضايا والإجراءات يساعد على تيسير عملهم في نطاق المحكمة الرقمية وما تنظره من دعاوى رقمية جنائية أو مدنية.

ومن ذلك يتضح وبجلاء أن نجاح منظومة التقاضي الإلكتروني في قطاع العدالة يتأكد من خلال العلاقة التكاملية والترابطية التي تحكم عمل كل من المحكمتين باعتبارهما جناحي هذا القضاء الحديث، ولذلك فإن من أهم مقوماته وجود المحكمة الإلكترونية التي تعتبر الدعامة الأساسية التي يركز عليها في مباشرة إجراءات الدعاوى القضائية بالطرق التقنية الحديثة، ووجود القضاة المتخصصين بنظر الدعاوى الرقمية المختلفة وتدعيم نظام المحكمة الرقمية المتخصصة.

ولكي يحقق التقاضي الإلكتروني مبتغاه من خلال المحكمة الرقمية والمحكمة الإلكترونية فيجب التأكيد على ضرورة عدم تعارض نظامه التقني الحديث مع قانون الدولة الداخلي الذي يطبق من خلال المحكمة الرقمية والقاضي الرقمي، ولذلك يرى جانب من الفقه أنه يحتاج إلى قاعدة تشريعية يستمد القضاة سلطتهم بموجبها لنظر الدعاوى وإصدار القرارات والأحكام بناء لهذه الإجراءات التي تحمل صفة الإلزام وبالتالي تتمتع بحجية الأحكام القضائية (الشرعة، ٢٠١٠م)، ويتم ذلك من خلال استبعاد القواعد التقليدية وإصدار

ومرافعاتهم ودفاعاتهم، وكذلك يتمكن من الاتصال بالموظفين والاستفسار منهم بما يتعلق بالأمر الإداري والإجرائية المتعلقة بالدعاوى مع استمرار عملية التصوير والتي تنقل إلى موقع الدائرة المعلوماتية القضائية وبيان مضمونها للخصوم ضمن هذا النظام (الكعبي والكرعاوي، ٢٠١٦م).

الفرع الثاني: آليات مباشرة المرافعة الإلكترونية

يرى الباحث من جانبه أن المرافعة الإلكترونية هي كل ما يبيده الخصوم أو وكلائهم من أقوال ودفع وطلبات سواء كانت كتابية أو شفوية وذلك بجلسات المحاكمة؛ ولكن عن بعد من خلال وسائل التقنية الحديثة؛ وعن طريق الحضور الافتراضي لأطراف الدعوى أو وكلائهم وذلك على موقع المحكمة الإلكتروني، ومن أهم ضماناتها استيفاء حق الدفاع وتمكين الأطراف من الاطلاع على كامل المستندات، وتوثيق الجلسات وعلنيتها وفقاً لما تقتضيه الأنظمة المختلفة.

وعلى ذلك فإن الجلسات في التقاضي الإلكتروني إما أن تكون كتابية أو مرئية، ويقصد بالجلسة الكتابية تمكين المحكمة أطراف الدعوى من الترافع الكتابي، وتبادل المذكرات، وإيداعها، وتوجيه الطلبات والأسئلة من هيئة المحكمة والإجابة عليها كتابياً من قبل أطراف الدعوى وإرفاق مستنداتهم، أما الجلسة المرئية فهي التي تتم بالصوت والصورة في قاعة المحكمة الإلكترونية ويحضرها الأطراف عبر وسائل الاتصال الإلكتروني حيث يناقش فيها أطراف الدعوى^(١٨)، ويتم إعلام المتقاضين بموعد الجلسة من خلال رسالة نصية تفيد ذلك؛ ثم رسالة أخرى تحمل رابط الدخول على الجلسة المرئية.

(١٨) نصت المادة الثانية من الدليل الإجرائي لخدمة التقاضي الإلكتروني بالملكة العربية السعودية، الإصدار الثاني، على أن: "يجري عقد الجلسات في التقاضي الإلكتروني إما عن طريق (الجلسة الكتابية) أو (الجلسة المرئية)..."

الإجراءات القضائية (أبو طالب، ٢٠١٨م)، ويستلزم إقامة الدعوى إلكترونياً التقيد بالنصوص القانونية التي ترسم لصاحب الدعوى كيفية مباشرة ادعائه أمام القضاء بالطرق المستحدثة إلكترونياً، ولذلك فالدعوى الإلكترونية يجب أن تتضمن الشروط التي تحددها النصوص القانونية في مجال الإجراءات القضائية (سليمان، ٢٠١٥م).

ويمكن أن يتم تسجيل الدعوى إلكترونياً من خلال عدة خطوات أهمها الدخول إلى الصفحة الرئيسية والتفرع منها إلى صفحة خاصة بطرق تسجيل الدعوى، ثم دفع الرسوم إلكترونياً ثم تعبئة نموذج جدول مواعيد الجلسات (الشرعة ٢٠١٠م).

ويناط بالجهة القائمة على إدارة الدائرة القضائية إلكترونياً دور مهم يتعلق بتحديد أنواع الدعوى التي يمكن تسجيلها إلكترونياً، وكذلك بيان الوثائق والمستندات التي يمكن قبولها إلكترونياً (أوتاني، ٢٠١٢م).

وتبدأ الخصومة القضائية الإلكترونية، كما هي الحال في الوضع التقليدي، بموجب ورقة من أوراق المرافعات تسمى صحيفة الدعوى غير أنها تكون محررة على مستند إلكتروني يحتوي على البيانات ذاتها الموجودة على الصحيفة الورقية؛ ثم ترسل إلى قسم الإحالات في المحكمة المختصة من خلال شبكة الإنترنت عبر البريد الإلكتروني حيث يتم قيدها بعد دفع الرسوم إلكترونياً، ويعرف المدعي رقم دعواه الإلكترونية في الحال، ثم تقوم المحكمة بمراسلة المدعى عليه، وتبلغه استدعاء الدعوى المقامة ضده خلال مدة محددة من تسجيلها وذلك من خلال تقنية البريد الإلكتروني، وللمدعى عليه الحق في رفض قبول المثول أمام المحكمة، أو القبول بملء استمارة مماثلة لاستمارة المدعي (أوتاني، ٢٠١٢م)، ويقع الدور المهم على عاتق كتبة المواقع الإلكترونية المختصين حيث يقومون بتدوين وتسجيل إجراءات الدعوى الإلكترونية بالصوت والصورة من بدايتها إلى نهاية مراحلها القضائية وتحديث بياناتها وفقاً لتقد سير الدعوى، بحيث يستمع القاضي المعلوماتي لأقوال المتداعين

٢٠١٥م)، ويمكن اعتباره حالة طارئة أثناء نظر الدعوى، ولذلك لا بد من توفير الضمانات التقنية في حال عدم الحضور الافتراضي إلى الموقع الإلكتروني للمحكمة أو قطع الاتصال (سليمان، ٢٠١٥م).
ويقتضي الحديث عن المرافعة الإلكترونية البحث في عدة مسائل كما يلي.

أولاً: الشهادة الإلكترونية

الشهادة هي "عين القاضي وأذنه" (أبو عيد، ٢٠٠٥م)، حيث إن الشاهد يعاون القاضي في الفصل في الدعوى على الوجه السليم، ولذلك أوجبت التشريعات المختلفة على الشاهد الحضور عند استدعائه وفرض عقوبة عليه عند امتناعه عن الحضور والإدلاء بالشهادة^(١٩). (صالح، ٢٠١٢م)، ويمكن تعريف الشهادة بأنها تقرير يصدر من أحد الأشخاص بعد حلفه اليمين أمام القاضي في شأن واقعة معينة أدركها بإحدى حواسه (شريف، ٢٠١٦م).

(١٩) نصت المادة (١١٩) من قانون الإجراءات المصري على أنه: "إذا حضر الشاهد أمام القاضي وامتنع عن أداء الشهادة أو عن حلف اليمين يحكم عليه القاضي في الجنب والجنبايات بعد سماع أقوال النيابة العامة بغرامة لا تزيد على مائتي جنيه، ويجوز إعفاؤه من كل أو بعض العقوبة إذا عدل عن امتناعه قبل انتهاء التحقيق"، ونصت المادة (٦/٨١) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨م والمعدل بالقانون رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٦م على أن: "إذا تبلغ الشاهد تليغاً صحيحاً وتخلف عن الحضور ولم يكن للشاهد معذرة مشروعة في تخلفه يجوز للمحكمة أن تصدر مذكرة بحقه تتضمن تفويض الشرطة إخلاء سبيله بالكفالة وإذا حضر الشاهد ولم تقنع المحكمة بمعذرته فلها أن تحكم عليه بالحبس لمدة لا تزيد عن أسبوع أو بغرامة لا تزيد على عشرة دنانير ويكون قرارها قطعياً". كما نصت المادة (٣٢٥) بالفرع الخامس من قانون المسطرة الجنائية المغربي رقم (٠١، ٢٢) بشأن الاستماع إلى الشهود والخبراء على أن: "القانون يعاقب على عدم الحضور كما يعاقب على الشهادة الزور".

وعلى ذلك لا يشترط الحضور الشخصي للخصوم إلى مكان المحكمة حيث يستطيع المتداعين الحضور بواسطة موقع المحكمة من على أي جهاز حاسوب وذلك بعد أن يقوم كتبة المواقع الإلكترونية من التأكد من صفتهم وإحالتهم إلى قاعة القاضي حيث يتم تحضيرهم ومباشرة الإجراءات وعرض الوثائق والمستندات من خلال مشاركة الشاشة بعد موافقة الدائرة، كذلك الأمر بالنسبة للمدعى عليه؛ أما الوكلاء وهم المحامون فيستطيعون تمثيل الخصوم من مكاتبهم وتقديم كافة المذكرات والمستندات والدفوع الخاصة بالدعوى، وإذا كان من الضروري تقديم أصول المستندات والوثائق فيستطيعون تقديمها بالحضور إلى مقر المحكمة أو يتم تأمين إرسالها بالبريد الإلكتروني (الشرعة ٢٠١٠م)، ويمكن للخبير حضور الجلسات، وإيداع نسخة من تقرير الخبرة إلكترونياً.

وكثير من أنظمة التقاضي الإلكتروني في العديد من الدول تحدد تعليمات ضبط الجلسة وذلك على موقع المحكمة الإلكتروني، كالالتزام بالمظهر المناسب، وتفعيل الكاميرا أول الجلسة، والالتزام بكنم الصوت عند التحدث، والالتزام باختيار المكان المناسب، وإعلام المتقاضين بأن الجلسة مسجلة بالصوت والصورة، والتنبيه بعدم إرسال رسائل خاصة أو عامة أثناء عقد الجلسة^(٢٠).

ولكي تتم المرافعة الإلكترونية لا بد من وجود اتفاق مسبق بين الوكيل بالخصومة (المحامي) وبين المحكمة للقيام بعملية التسجيل الإلكتروني للدعوى وكافة إجراءات المرافعة، أما جواز إجراء المرافعة غيابياً فمختلف فيه بين الفقهاء حيث أجاز البعض ذلك في حال تعطل جهاز الحاسوب أو قطع الاتصال أثناء الجلسة الإلكترونية بحيث يمكن إجراء المرافعة في هذه الحالة عن طريق الخطأ أو عن بعد، بينما ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى عدم إمكانية ذلك لأن قطع الاتصال يمثل فقدان الوسيط الإلكتروني للتواصل بين الأطراف والمحكمة (بكر،

(١٩) دليل التقاضي الإلكتروني، المملكة العربية السعودية، الإصدار ١، ٠.

وأجاز التشريع الإيطالي الصادر بموجب المرسوم بقانون رقم (٣٠٦) لسنة ١٩٩٢م والمعدل بقانون رقم (٣٥٦) لسنة ١٩٩٢م سماع إفادات الشهود والمتعاونين مع العدالة شفهيًا ضد عصابات المافيا من الأماكن السرية التي يتواجدون فيها وذلك عن بعد (الظهوري، ٢٠١٩م).

وقد أجازت المادة الثامنة عشرة من تقرير اللجنة المخصصة بالجمعية العامة للأمم المتحدة لوضع اتفاقية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية الصادر في ٣/١١/٢٠٠٠م سماع أقوال شخص موجود في إقليم دولة طرف، بصفة شاهد أو خبير، أمام السلطات القضائية لدولة طرف أخرى، عن طريق الفيديو إذا لم يكن ممكناً أو مستصوباً مثول الشخص المعني بنفسه في إقليم الدولة الطرف الطالبة.

ثانياً: إبداء الدفوع

الدفوع بصفة عامة هو ما يرد بها الخصم على طلب خصمه لتفادي الحكم لصالحه بصفة مؤقتة أو دائمة (فليح، ٢٠٠٥م)، والدفوع هو حق للخصم وتبدو أهميته في إقامة موازنة عادلة بين طرفي الدعوى ليناقد كل طرف ادعاء خصمه، ولذلك لا بد أن يكون له صلة مباشرة بالدعوى، وكذلك إلزام القاضي بحكم القانون بإصدار حكم في الدعوى بوصف الدفوع دعوى ولا يجوز للقاضي إغفال الدفوع لأنه بمثابة دعوى يلتزم القاضي بالبت فيها (العماري والشمري، ٢٠١٩م).

والدفوع قد تكون دفوعاً موضوعية أو دفوعاً شكلية أو دفوعاً بعدم القبول، والدفوع الموضوعية هي تلك التي تتعلق بأصل الحق، ولا يمكن حصرها، ويجوز إبداءها في أي حالة كانت عليها الدعوى كما أن المحكمة تستطيع إثارة الدفوع الموضوعي من تلقاء نفسها فيما إذا تعلق بالنظام العام (المصري، ٢٠١٩م؛ اليحيى، ١٤٣٦هـ).

أما الدفوع الشكلية فهي التي توجه إلى إجراءات الخصومة أو اختصاص المحكمة دون المساس بأصل الحق المدعى بغرض تفادي

وللشهادة قوة ثبوتية سواء في المواد الجنائية أو المواد المدنية والتجارية، ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية في تقدير قيمة الشهادة كدليل إثبات وفقاً لمبدأ حرية الاقتناع الذاتي للقاضي وما يرد عليه من قيود أهمها ضرورة مشروعية الدليل وقطعيته ومناقشته بجلسات الدعوى.

والأصل في الشهادة أن يتم الإدلاء بها شفويًا في مجلس القضاء^(٢١)، وأن تقوم المحكمة بمناقشة الشاهد في كافة عناصرها، وأن يتم تأديتها في مواجهة الخصوم، كما يجب أن تكون الشهادة منتجة لأثارها^(٢٢).

ويرى الباحث من جانبه أنه لا يوجد ما يمنع من أن تؤدي الشهادة إلكترونياً بمعنى أن يتم سماع أقوال الشاهد عبر الشبكة المعلوماتية وهذا ما أخذت به العديد من التشريعات؛ ففي الجزائر صدر الأمر رقم (١٥-٢) المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية والتمتع للأمر رقم (٦٦-١٥٥)، المؤرخ في ٨/٦/١٩٦٦م، حيث وردت تقنية التقاضي الإلكتروني في الفصل السادس من الباب الثاني بالكتاب الأول الخاص بمباشرة الدعوى العمومية وإجراء التحقيق فنصت المادة (٦٥ مكرر/٢٧) على أنه: "يجوز لجهة الحكم تلقائياً أو بطلب من الأطراف سماع الشاهد مخفي الهوية عن طريق وضع وسائل تقنية تسمح بكتمان هويته بما في ذلك السماع عن طريق المحادثة المرئية عن بعد واستعمال الأساليب التي لا تسمح بمعرفة صورة الشخص وصوته..."^(٢٣).

(٢١) نصت المادة (١٢٤) من نظام المرافعات الشرعية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) بتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ على أن: "تؤدي الشهادة شفهيًا، ولا يجوز الاستعانة في أدائها بمذكرات مكتوبة إلا بإذن القاضي وبشرط أن تسوغ ذلك طبيعة الدعوى.....".

(٢٢) نصت المادة (١٠١) من نظام المرافعات السعودي السابق الإشارة إليه على أن: "يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها أثناء المرافعة متعلقة بالدعوى، مُنتجة فيها، جائزاً قبولها".

(٢٣) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادرة بتاريخ ٢٣/٧/٢٠١٥م، العدد (٤٠).

المطلب الثاني: صدور الحكم الإلكتروني والظعن عليه إلكترونياً
يمكن تعريف الحكم القضائي بأنه ما يصدر عن القاضي
من قرارات وفقاً للقواعد المقررة قانوناً وتكون ملزمة وفاصلة
في موضوع الدعوى (المهوس، ٢٠٠٤م).

وللحكم القضائي عدة أركان لا بد من توافرها وإلا صار
منعدماً وأهمها أن يكون صادراً من محكمة لها ولاية الفصل في
الدعوى ومشكلة تشكيلاً صحيحاً وفق أحكام القانون، وأن
يكون قد صدر في نطاق دعوى أدخلت حوزة المحكمة
بإجراءات صحيحة (شريف، ٢٠١٦م).

وللحكم القضائي أوصاف تراعى في الإسلام ومنها
سرعة البت فيه بعد ثبوت الحق أمام القاضي، وإصداره
حضورياً وتعليه وتدوينه (الرشيدي، ٢٠١٥م)، وقد نصت
المادة (١٥٩) من نظام المرافعات الشرعية السعودي على أنه:
"متى تمت المرافعة في الدعوى قضت المحكمة فوراً أو أجلت
إصدار الحكم إلى جلسة أخرى مع إيفهام الخصوم بقبل باب
المرافعة والنطق بالحكم، وبلي ذلك وفقاً لما قضت به المواد من
(١٦٠-١٦٦) المداولة وتسيبب الأحكام وإفهام الخصوم
بطرق الطعن ثم إصدار صك الحكم وتسجيله في سجل
الأحكام وحق الخصوم في تسلمه في المدة المحددة لذلك".

وإذا استنفد الحكم القضائي جميع طرق الطعن المقررة
قانوناً أو كان غير قابل للطعن فيه صار عنواناً للحقيقة ولا
يجوز إعادة طرح موضوع الدعوى مرة أخرى أمام القضاء
(الناصر والشواربي، ٢٠٠٣م).

ووفقاً لما سبق يرى الباحث من جانبه أن الحكم القضائي
الإلكتروني لا يختلف عن الحكم القضائي التقليدي في
مضمونه وأركانه وشروط صحته؛ أما بالنسبة لإجراءات
إصداره فإنها تتم إلكترونياً، ولذلك يؤكد جانب من الفقه على
أنه يتم تلاوة منطوق الحكم القضائي الإلكتروني علناً بعد
تدوينه حيث يعد أطراف الدعوى مبلغين به تلقائياً بمجرد
عرض جلسة النطق بالحكم من خلال الموقع الإلكتروني

الحكم مؤقتاً في الموضوع (هرجه، ١٩٩٥م)، ويجب إيدؤها معاً قبل
الحديث في موضوع الدعوى وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها ما لم يكن
الدفع متعلقاً بالنظام العام كالدفع بعدم الاختصاص الولائي
للمحكمة؛ حيث تجوز إثارته في أية حالة تكون عليها الدعوى كما
يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها (الزغبي، ٢٠١٩م).

أما الدفع بعدم القبول فهو دفع مستقل بذاته ويعتبر وسيلة
دفاعية ترمي إلى إنكار الحق في إقامة الدعوى دون البحث في
موضوعها، ويجوز إبداء هذا الدفع في أية حالة تكون عليها
الدعوى، وللمحكمة التعرض له من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام
العام (الجرجي، ٢٠٠٨م)، وهذا ما أكدته المادة (١١٥) من قانون
المرافعات المصري والمادة (١٢٢) من قانون المرافعات الفرنسي^(٢٤).

ويرى جانب من الفقه أن التقاضي الإلكتروني يجب أن
يتفادى الدفوع الشكلية بنوعها سواء التي يجب تقديمها قبل
الدخول في أساس المرافعة كالدفع بطلان التبليغات القضائية
أو عدم الاختصاص المكاني للمحكمة أو التي يمكن تقديمها
أثناء المرافعة وفي جميع أوارها، كالدفع بعدم الاختصاص
الولائي؛ حيث إن طبيعة نظام التسجيل الإلكتروني للدعوى
وحوسبة بيانات عريضة الدعوى لا تسمحان تلقائياً بقبول أي
دعوى لا تدخل في اختصاص المحكمة مكانياً أو ولائياً، أما
الدفوع الموضوعية والدفع بعدم قبول الدعوى فيمكن تقديمها
إلكترونياً (سليمان، ٢٠١٥م)، وهذا ما يؤيده الباحث.

(٢٤) نصت المادة (١١٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري
رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م على أن: "الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز
إيدؤها في أية حالة تكون عليها. وإذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم
قبول الدعوى ليعيب في صفة المدعى عليه قائم على أساس، أجلت
الدعوى لإعلان ذي الصفة ويجوز للمحكمة في هذه الحالة الحكم
على المدعي بغرامة لا تقل عن خمسين جنيهاً ولا تتجاوز مائتي
جنيه". كما نصت المادة ١٢٢ من القانون المدني الفرنسي على:

"constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à
faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande sans
examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de
qualité, le défaut d'intérêt, la prescription le délai préfix la
chose jugée", code de procedure civil francais, Article 122.

الخاتمة

يعتبر كل من المحكمة الرقمية والمحكمة الإلكترونية أحد دعائم الوصول إلى العدالة الناجزة من خلال سرعة التقاضي والارتقاء بجودة الخدمات المقدمة للمتقاضين، ويؤكد وجودهما في مرفق العدالة ما حدث من تغير في طريقة نظر وفحص القضايا الرقمية؛ فمن ناحية أصبحت هذه الآلية تعتمد بشكل أساسي وأصيل على القاضي الرقمي المتخصص، ومن ناحية أخرى تم التحول في مجال مباشرة إجراءات سير الدعوى من النظام الورقي التقليدي ليصبح الاعتماد على البرمجة الإلكترونية لملفات الدعاوى المختلفة.

وفي هذا الصدد يرى الباحث من جانبه أن كلاً من المحكمتين يكمل الآخر في إطار العمل القضائي الرقمي الذي يتلاءم مع ما أحدثته الثورة المعلوماتية من تغيير في كافة المرافق داخل الدول ومنها مرفق العدالة.

ويؤكد الباحث على أن المحكمة الرقمية هي نتاج تطور المحكمة الإلكترونية، وأنها يمثلان جناحي التقاضي الإلكتروني، لذلك لا يوجد ما يمنع المحكمة الرقمية المتخصصة بصدور نظر القضايا المعلوماتية المختلفة من أن تبشر إجراءات سير الدعوى في هذه القضايا إلكترونياً؛ تسهيلاً للإجراءات ولضمان سرعة البت في هذه الدعاوى

= حتى ٢٠١١/٢/٧م قوة قاهرة تعد حائلاً للمتقاضين من اتخاذ إجراءات إقامة الدعاوى ومنعاً لهم من الطعن على الأحكام الصادرة خلالها بما لازمه وقف سريان كافة المواعيد الإجرائية بما فيها المتعلقة بالطعن على الأحكام خلال تلك الفترة، ومن ثم يمتد ميعاد الطعن بالاستئناف على الحكم الصادر من محكمة أول درجة إلى اليوم التالي لانتهاؤ تلك الفترة أي إلى يوم ٢٠١١/٢/٨م وإذ تمكن الطاعنون من التقرير بالاستئناف بقلم الكتاب في تاريخ ٢٠١١/٢/٧م فيكونون قد قرروا به في الميعاد المقرر، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بسقوط الحق في الطعن بالاستئناف للتقرير به بعد الميعاد فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه".

للمحكمة، وبذلك يستطيعون الاطلاع عليه بالصوت والصورة (بكر، ٢٠١٥م)، كما يمكنهم سحب نسخة محررة وموقعة منه حيث تمكن المحكمة الإلكترونية الأطراف من تسلم الأحكام القضائية إلكترونياً^(٢٥).

أما بالنسبة للطعن الإلكتروني على الأحكام القضائية فيتم تقديمه عبر البوابة الإلكترونية للمحكمة المختصة من خلال شبكة الإنترنت خلال المدة المحددة قانوناً ووفقاً للبرنامج الحاسوبي الذي يتم إدراجه ضمن آلية التقاضي الإلكتروني، ويخضع من حيث بيانات عريضة الدعوى ومواعيده وإجراءاته لذات القواعد العامة في الطعون القضائية (سليمان، ٢٠١٥م).

وجدير بالملاحظة أن المدة القانونية للطعن يجب توقفها إذا توقف الاتصال بالإنترنت لسبب خارج عن إرادة المحكوم عليه صاحب المصلحة في الطعن حيث يمكن اعتبار ذلك ظرفاً قهرياً خارجاً عن إرادته وبشرط تقديم ما يثبت ذلك التوقف من جهة تقنية رسمية، وقد قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم (١٦١٦٠) لسنة ١٩٨١م قضائية بتوقف الطعن نتيجة لتوافر ظرف القوة القاهرة المتمثل في ثورة ٢٥/١/٢٠١١م^(٢٦).

(٢٥) نصت الفقرة الرابعة من الدليل الإجرائي لخدمة التقاضي الإلكتروني بالملكة العربية السعودية على أن: "يكون عقد جلسة المداولة بين أعضاء الدائرة إلكترونياً في خدمة التقاضي الإلكتروني، مع المحافظة على سريتها، وعدم دخول أو مشاركة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة. يكون النطق بالحكم وشطب الدعوى والحكم بالنكول من خلال (الجلسة المرئية) أو (الجلسة الحضورية) وتسلم الأحكام للأطراف إلكترونياً".

(٢٦) قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم الطعن رقم (١٦١٦٠) لسنة ١٩٨١م قضائية الدوائر المدنية - جلسة (٢٠١٣/٠٣/٠٣) بأنه: "لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن حكم محكمة أول درجة قد صدر حضورياً بتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢٨م فإن ميعاد استئنافه وهو ٤٠ يوماً يبدأ من اليوم التالي لصدوره فينتهي في تاريخ ٢٠١١/٢/٦م، إلا أنه بصدور الكتاب الدوري رقم (٥) لسنة ٢٠١١م من وزارة العدل، باعتبار الفترة من ٢٦/١/٢٠١١م =

وفي النهاية يشير الباحث إلى أنه حاول في هذا البحث أن يوضح الأسس القانونية التي يقوم عليها نظام المحكمة الرقمية والمحكمة الإلكترونية؛ مع محاولة تحديد طبيعة عمل كل منهما واختصاصاتها والتمييز بينهما من منظور قانوني؛ لذلك قد تناول الباحث في هذا البحث مقدمة وضحت إطار البحث وهدفه وأهميته ومنهجه واشتملت على خطة البحث التي تحددت بثلاث مباحث الأول تناول ماهية المحكمة الرقمية واختصاصاتها، والثاني تناول الطبيعة القانونية للمحكمة الإلكترونية وعلاقتها بالمحكمة الرقمية في إطار التقاضي الإلكتروني، والثالث تناول إجراءات مباشرة الدعوى القضائية إلكترونياً، ولقد توصل الباحث في هذا البحث إلى العديد من النتائج والتوصيات أهمها ما يلي.

أولاً: النتائج

- ١- مساهمة الجهود الكبيرة للعديد من الدول في رفع كفاءة نظام عمل المحاكم لديها بعد إدخال التقنية الحديثة على نظام التقاضي خاصة في نظام عمل المحاكم الإلكترونية.
- ٢- حدوث تطور في العديد من التشريعات وأنظمة المرافعات في العديد من الدول بما يتلاءم مع نظام حوسبة المحاكم.
- ٣- مواكبة وزارات العدل في العديد من الدول لمقتضيات الحكومة الإلكترونية من خلال دعم التقاضي الإلكتروني.
- ٤- تطور نظم الاطلاع على المعلومات القضائية والقانونية من خلال وجود خدمة البحث الإلكتروني على مواقع المحاكم الإلكترونية.
- ٥- التحول في عالم المحاماة إلى ما يسمى بنظام المحامي الذكي الذي يستطيع أن ينجز كافة المعاملات القضائية لموكليه إلكترونياً ومن خلال مكتبه توفيراً للوقت والجهد.

التي تختلف في طبيعتها عن الدعاوى التقليدية - وفقاً لما سبق إيضاحه - وتحتاج إلى وسائل التقنية الحديثة لمباشرة إجراءاتها، وفي هذا الصدد يؤكد الباحث على ضرورة التفرقة بين نظام المحكمتين من الناحية القضائية والقانونية ويساعد على ذلك الاهتمام بإصدار المنظومات التشريعية التي تحدد عمل كل منهما بدقة.

ويرى الباحث من جانبه أن من أهم التحديات التي تواجه المحكمة الرقمية هو ضرورة عدم الاعتماد على وسيلة إلكترونية واحدة في مجال التحقيق في الجرائم المعلوماتية أو في مجال فحص المعاملات الإلكترونية أمام القضاء الرقمي مما يستتبع ضرورة تعدد الوسائل الإجرائية الحديثة بما يتناسب مع التطورات التكنولوجية المتسارعة؛ حيث يعتبر ذلك أحد التحديات التي تواجه أيضاً التشريعات المختلفة حتى لا تقف عاجزة أمام ما يحدث من تطور وتلون في شكل ارتكاب الجريمة المعلوماتية وفي شكل إبرام المعاملات الإلكترونية، أما بالنسبة للمحكمة الإلكترونية فأهم التحديات التي تواجهها هو ضرورة التحديث المستمر للبنية التحتية للشبكة المعلوماتية الخاصة بها وما يتطلبه ذلك من إمكانيات مادية قد تكون مكلفة لبعض الدول.

ومن خلال هذه الدراسة تلاحظ للباحث وجود كثير من الأنظمة القضائية العربية التي تعمل بنظام المحكمة الإلكترونية مثل المملكة العربية السعودية ومصر والأردن والإمارات العربية المتحدة وغيرها كما وضح من سياق البحث، وذلك على عكس المحكمة الرقمية التي تلاحظ وجودها بشكل يكاد يكون نادراً على مستوى الدول العربية، ولعل ذلك يعود لأسباب عديدة من أهمها ضعف الإمكانيات المادية اللازمة لإعداد طاقم قضائي متخصص في هذا المجال وكادر إداري معاون على دراية تامة بأنظمة الحاسب الآلي؛ وكذلك ضعف البنية التحتية للشبكة المعلوماتية داخل بعض الدول.

ثانياً: التوصيات

- ١- ضرورة الاهتمام بإنشاء المحاكم الرقمية المتخصصة بنظر الدعاوى المعلوماتية في الدول المختلفة وبما يواكب إدارة مرفق العدالة إلكترونياً.
- ٢- ضرورة إيلاء التشريعات أهمية خاصة لتأمين الجوانب التقنية للتقاضي الإلكتروني بما يضمن دقة الإجراءات القضائية وسريتها وحسن سيرها.
- ٣- تحديث قواعد البيانات للعمل القضائي الإلكتروني بشكل مستمر وربطه بأحدث الأجهزة التكنولوجية لضمان جودة مستوى الخدمة المقدمة للمتقاضين.
- ٤- تقديم كافة الدورات في مجال التقنية الحديثة التي تخدم عمل القضاة والمحامين وذلك من خلال معاهد القضاة ونقابات وهيئات المحامين في الدول المختلفة.
- ٥- تدريب وتنمية مهارات أعوان القضاء من موظفي المحكمة الرقمية والمحكمة الإلكترونية.
- ٦- قيام كليات الحقوق بتضمين مناهجها القانونية برامج حاسوبية تخدم الواقع القضائي الرقمي وتمهد لخريجها سبل التعامل مع إجراءاته الرقمية.
- ٧- ضرورة تبادل الخبرات القضائية بين الدول في مجال العدالة الرقمية.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب والأبحاث العربية

- إبراهيم، خالد ومدوح إبراهيم (٢٠٠٨م). *التقاضي الإلكتروني (الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم)*. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.
- إبراهيم، غسق خليل (٢٠١٩م). *المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بعقد المعلوماتية*. ط١، القاهرة: المركز العربي للنشر والتوزيع بالقاهرة.
- الجاسر، عبد الملك بن محمد بن (١٤٣٩هـ). *الاختصاص وتنازعه بين الجهات القضائية (نظرة تأصيلية تطبيقية)*. ورقة عمل مقدمة لحلقة تفتيش الشركات: الآثار الفقهية والإجراءات النظامية، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد ابن سعود الإسلامية، ص ص ٨-١٤.
- الجرجي، فارس علي عمر (٢٠٠٨م). *الدفء بعدم القبول*. مجلة الرافدين للحقوق، مج (١٠)، ع (٣٧)، ص ص ٤٦-٥٠.

أبو سرور، أسماء موسى أسعد (٢٠٠٦م). *ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية: دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني*. أطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.

أبو طالب، نادية جمال (٢٠١٨م). *المحكمة الإلكترونية إجراءاتها ومدى قانونية تطبيقها في الأردن*. ط١، عمان، الأردن: دار الآن للنشر والتوزيع.

أبو عيد، إلياس (٢٠٠٥م). *نظرية الإثبات في أصول المحاكمات الجزائية والمدنية*. بيروت: منشورات زين الحقوقية.

أوتاني، صفاء (٢٠١٢م). *المحكمة الإلكترونية المفهوم والتطبيق*. مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج (٢٨)، ع (١)، ص ص ١٧٠-١٧٤.

البيدرات، محمد بن أحمد (٢٠١٧م). *المدخل لدراسة القانون*. ط١، المملكة العربية السعودية: مكتبة المنبي للنشر والتوزيع.

بكر، عصمت عبدالمجيد (٢٠١٥م). *دور التقنيات العلمية في تطور العقد (دراسة مقارنة)*. بيروت: دار الكتاب العلمية.

الجاسر، عبد الملك بن محمد بن (١٤٣٩هـ). *الاختصاص وتنازعه بين الجهات القضائية (نظرة تأصيلية تطبيقية)*. ورقة عمل مقدمة لحلقة تفتيش الشركات: الآثار الفقهية والإجراءات النظامية، مركز التميز

البحوثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد ابن سعود الإسلامية، ص ص ٨-١٤.

الجرجي، فارس علي عمر (٢٠٠٨م). *الدفء بعدم القبول*. مجلة الرافدين للحقوق، مج (١٠)، ع (٣٧)، ص ص ٤٦-٥٠.

صالح، براهيمي (٢٠١٢م). *الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري: دراسة مقارنة في المواد المدنية والجنائية*. رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري، ص ٦٥.

طلبة، الحاج ولد (٢٤-٢٦ سبتمبر ٢٠١٦م). *المحاكم المتخصصة ودورها في اختصار الوقت وتحقيق الجودة وتيسير الإجراءات على ضوء التجربة الموريتانية*. ورقة مقدمة إلى المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا والتميز والنقض والتعقيب في الدول العربية، الدوحة، دولة قطر.

طيب، وردي (٢٠١٥م). *الاختصاص القضائي في جرائم الإنترنت*. مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر، الجزائر، ص ٦٤.

الظهوري، سنان سليمان سنان الطياري (٢٠١٩/٢٠٢٠م). *إجراءات المحاكمة الجزائية عن بعد في القانون الإماراتي*. بحث مقدم لاستكمال الحصول على درجة البكالوريوس في القانون، جامعة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، فرع خورفكان، ص ص ١٤-١٥.

عبدول، عبد الوهاب (٢٤-٢٦ سبتمبر ٢٠١٣م). *المحاكم المتخصصة كوسيلة للارتقاء والعدالة، نموذج المحاكم الاتحادية المتخصصة في الإمارات العربية المتحدة*. ورقة مقدمة إلى المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا والتميز والنقض والتعقيب في الدول العربية، الدوحة، دولة قطر.

العبيدي، عمر لطيف كريم (٢٠١٧م). *التقاضي الإلكتروني وآلية التطبيق (دراسة مقارنة)*. مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة الأولى، مج (١)، ع (٢)، ج (١)، ص ٥١٥.

الحوامدة، لورنس سعيد (٢٠١٧م). *الجرائم المعلوماتية أركانها وآلية مكافحتها (دراسة تحليلية مقارنة)*. مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، مج (٤)، ع (١)، ص ١٨٩.

الداود، فهد بن عبدالعزيز (شوال ١٤٣٤هـ). *الاختصاص القضائي في عقد التجارة الإلكترونية*. مجلة العدل، ع (٦٠)، السنة الخامسة عشر، ص ٢١٦.

الديري، عبدالعال (٢٠١٢م). *تطوير النظام القضائي واستحقاقات العدالة الناجزة (دراسة نظرية حول بواعث الإصلاح وآلياته)*. ط ١، القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية.

الرشيدي، زيدان (٢٠١٥م). *الحكم القضائي في الفقه الإسلامي*. مجلة آفاق، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية بالديمامون، جامعة الأزهر، مج (٢)، ع (١)، ص ص ٢٨٠-٢٨٥.

الرويس، خالد عبدالعزيز؛ والريس، رزق بن مقبول (٢٠٠١م). *المدخل لدراسة العلوم القانونية*. ط ٥، الرياض: مكتبة الشقري.

الزغبى، محمد عبد الخالق (٢٠١٩م). *الخصومة القضائية وفقا لقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨م وتعديلاته لسنة ٢٠١٧م (دراسة مقارنة)*. مجلة كلية الشريعة بجامعة الأزهر الشريف، ع (٣٤)، ج (٤)، ص ٦٣٣.

الشرعة، حازم محمد (٢٠١٠م). *التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية كنظام قضائي معلوماتي عالي التقنية وكفزع من فروع القانون بين النظرية والتطبيق*. ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع.

صادق، هشام علي (٢٠١٤م). *مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية والتجارية*.

- العنزي، زياد خليف (٢٠١٨م). اختصاص القضاء الإماراتي بنظر المنازعات الإلكترونية ذات العنصر الأجنبي. مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، مج (١٥)، ع (٢)، ص ٤٢٦.
- الغامدي، عبدالعزيز بن غرم الله بن جار الله (٢٠١٧م). أحكام وضوابط العقود الإلكترونية في الفقه الإسلامي والقانون بالتطبيق على نظام التعاملات الإلكترونية السعودية. ط ١، الرياض: دار الكتاب الجامعي للتوزيع والنشر.
- الغانم، عبدالعزيز بن سالم (٢٠١٧م). المحكمة الإلكترونية: دراسة تأصيلية مقارنة. الرياض: دار جامعة نايف للنشر والتوزيع.
- فليح، نجلاء توفيق (٢٠٠٥م). الدفع الشكلية في قانون المرافعات: دراسة مقارنة. مجلة الرافدين للحقوق، مج (٢)، السنة العاشرة، ع (٢٥)، ص ٩٢.
- القوقا، دانا؛ وعودة، عرين؛ وحمودة، هديل (٢٠١١م). الصعوبات التي تواجه التجارة الإلكترونية في فلسطين وأثرها على طريقة الاستخدام وتطبيقاتها. مساق مشروع تخرج، كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، جامعة النجاح الوطنية، ص ٢١.
- كريم، بوديسة (٢٠١٢م). التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية. مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، الجزائر، ص ٣١.
- كريم، خلايفية (٢٠١٢م). دور التجارة الإلكترونية في التنمية الاقتصادية. مذكرة مكملة للحصول على درجة الماجستير في علوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، ص ١٩.
- العتيبي، خالد بن مرزوق بن سراج (٢٠١٤م). الجوانب الإجرائية في الشروع في جرائم المعلوماتية (دراسة مقارنة). ط ١، الرياض: مكتبة القانون والاقتصاد.
- العتيبي، محمد ذعار (٢٠١٣م). النظام القانوني للعقد الإلكتروني (دراسة مقارنة بين التشريع الكويتي والأردني). رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ص ٥٩.
- العجمي، عبدالله دغش (٢٠١٤م). المشكلات العملية والقانونية للجرائم الإلكترونية (دراسة مقارنة). رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ص ٨٦.
- العدوان، ماجد أحمد صالح (٢٠٢٠م). التقاضي الإداري الإلكتروني في النظام القانوني الأردني (دراسة مقارنة). مجلة جامعة العين للأعمال والقانون، مج (٣)، ع (١)، ص ٩٤.
- عصامي، ليلي (٢٠١٦م). نظام التقاضي الإلكتروني آلية لإنجاح الخطط التنموية. مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، سكرة، الجزائر، ع (١٣)، ص ٢٢٠.
- عطايا، إبراهيم رمضان (٢٠١٥م). الجريمة الإلكترونية وسبل مواجهتها في الشريعة الإسلامية والأنظمة الدولية: دراسة تحليلية تطبيقية. مجلة الشريعة والقانون بجامعة الأزهر الشريف، مج (٢)، ع (٣٠)، ص ٣٧١.
- العماري، حبيب عبيد؛ والشمري، نجاة كريم جابر عباس (٢٠١٩م). السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع تجاه الدفع (دراسة مقارنة). مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، مج (٢٧)، ع (١)، ص ١٥.
- عمر، رشاد خالد (٢٠١٣م). المشاكل القانونية والفنية للتحقيق في الجرائم المعلوماتية (دراسة تحليلية مقارنة). الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث.

ملحم، فراس؛ وسعادة، وفاء (٢٠١٧م). دور المحاكم والدوائر المتخصصة في التنمية الاقتصادية. معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطينية (ماس)، ص ٣.

المهوس، يوسف بن محمد بن إبراهيم (٢٠٠٤م). تسبيب الحكم القضائي بين الفقه الإسلامي والنظام القضائي السعودي. بحث مقدم استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، قسم العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص ١٤.

هرجه، مصطفى مجدي (١٩٩٥م). الدفع والطلبات العارضة. القاهرة: دار محمود للنشر.

اليحيى، فهد بن عبدالعزيز (١٤٣٦هـ). الدفع في نظام المرافعات الشرعية (دراسة مقارنة). بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير منشور في سلسلة ملخصات الأبحاث القضائية، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ع (٩)، ص ١٩.

اليوسف، عبدالله عبدالعزيز (١٩٩٩م). التقنية والجرائم المستحدثة. بحث منشور ضمن أبحاث الندوة العلمية المنعقدة في تونس لدراسة الظواهر الإجرامية المستحدثة وسبل مواجهتها، مركز الدراسات والبحوث، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، ص ٢١٨.

ثانياً: القوانين والأنظمة والقرارات العربية

• القانون الاتحادي الإماراتي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦م المادة (٢٤).

• القانون الاتحادي الإماراتي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٦م بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات.

الكعبي، هادي حسين عبد علي؛ والكرعاوي، نصيف جاسم محمد (٢٠١٦م). مفهوم التقاضي عن بعد ومستلزماته. مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل بالعراق، مج (٨)، ع (١)، ص ٣٠٣.

مأمون، إسلام مأمون حسين (٢٠١١م). المعوقات التي تحد من نجاح التجارة الإلكترونية. أطروحة مقدمة لنيل درجة الماجستير في تجارة الأعمال، الأكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالي، مصر، ص ٢٩.

محمد، موسى (٢٠٠٩م). تنازع الاختصاص في الجرائم الإلكترونية. دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، مج (٢)، ع (٢)، ص ص ١٤٧-١٥٠.

محمود، سيد أحمد (٢٠١٥م). إلكترونية القضاء والقضاء الإلكتروني والتحكيم الإلكتروني (دراسة مقارنة). ط١، المنصورة، مصر: دار الفكر والقانون.

مصري، عبدالصبور عبدالقوي علي (٢٠١٢م). المحكمة الرقمية والجريمة المعلوماتية: دراسة مقارنة. مكتبة القانون الاقتصادي.

المصري، فارس نبيل محمد (٢٠١٩م). الدفع الشكلية والموضوعية للدعوى الوقف والوصية والميراث وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية. بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الماجستير، جامعة الخليل، ص ٣٧.

المصري، نداء نائل فايز (٢٠١٧م). خصوصية الجرائم المعلوماتية. أطروحة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ص ٨٩.

- قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠م المادة (١١٩).
- قانون الأحكام العسكرية المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٦م، المادة (٤).
- القانون الأردني المؤقت رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٠م بشأن جرائم أنظمة المعلومات.
- القانون الجزائري رقم (١٥-٣) المؤرخ في ١١/١١/٢٠١٥م المادة رقم (١٦).
- قانون السلطة القضائية المصري رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢م، الباب الأول، الفصل الأول، المادة (١٣).
- النظام السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١٧/م) بتاريخ ٨/٣/١٤٢٨هـ بشأن مكافحة جرائم المعلوماتية المواد (٣-٧).
- نظام المرافعات الشرعية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) بتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ، المواد (٢٨، ١٠١، ١٢٤)، والمواد من (١٥٩-١٦٦).
- نظام جرائم الإرهاب وتمويله الصادر في المملكة العربية السعودية بالمرسوم الملكي رقم (م/١٦) بتاريخ ٢٤/٣/١٤٣٥هـ المادة (٨).

ثالثاً: القوانين الأجنبية

- Code de procedure civil francais, Article 122.
- Code penal francais, chacter 111: Des atteintes aux systems de traitement automatisés, Article 323-1:323-7, 1988.
- Loi n°2016-731 du 3 juin 2016, Article 113-2-1.

رابعاً: مواقع الإنترنت

- ايكدض، عبدالوافي. تقرير عن المحكمة الرقمية والنظم المعلوماتية لوزارة العدل. ودادية موظفي العدل، المكتب المحلي بمراكش، ١٨/٥/٢٠١٩م، متاح على الرابط الإلكتروني: <https://fsjesloi.blogspot.com>.
- حجاج، يوسف. مقالة بعنوان إشكالية الاختصاص في الجريمة الإلكترونية. ٢/٣/٢٠١٥م، متاح على الرابط الإلكتروني: <https://www.hespress.com > opinions>.
- شرون، حسينة؛ ومعاوي، عتيقة. التقاضي الإلكتروني في الجزائر. مقال علمي منشور على الموقع الإلكتروني لكلية الحقوق بجامعة المسيلة محمد بوضياف، ٤/٣/٢٠١٩م، متاح على الرابط الإلكتروني: [dSPACE.univ-
msila.dz > xmlui > bitstream > handle2019](https://dSPACE.univ-msila.dz > xmlui > bitstream > handle2019).
- عبدالحق، بوكريني. مقالة بعنوان دور المحكمة الرقمية في الرفع من جودة أداء المحاكم. المكتبة الشاملة للعلوم

- قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠م المادة (١١٩).
- قانون الأحكام العسكرية المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٦م، المادة (٤).
- القانون الأردني المؤقت رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٠م بشأن جرائم أنظمة المعلومات.
- القانون الجزائري رقم (١٥-٣) المؤرخ في ١١/١١/٢٠١٥م المادة رقم (١٦).
- قانون السلطة القضائية المصري رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢م، الباب الأول، الفصل الأول، المادة (١٣).
- القانون السوري رقم (٩) بتاريخ ٣٠/٦/١٤٣٩هـ الموافق ١٨/٣/٢٠١٨م.
- القانون السوري رقم (٩) لسنة ٢٠١٨م المادة (٢/أ).
- القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم أنظمة تقنية المعلومات وما في حكمها عام ٢٠٠٤م المادة (٢٦).
- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م المادتان (٣٢، ١١٥).
- قانون المسطرة الجنائية المغربي رقم (٠١-٢٢) الصادر في ٣/١٠/٢٠٠٢م، الفرع الخامس، المادة (٣٢٥).
- القانون المصري رقم (١٧٥) لسنة ٢٠١٨م بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات.
- القانون المصري رقم (١٤٦) لسنة ٢٠١٩م بتعديل بعض أحكام قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية الصادر بالقانون رقم (١٢٠) لسنة ٢٠٠٨م، المواد (١٥-٢٢).
- القانون المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م، المادة (١).
- نظام التجارة الإلكترونية السعودي الصادر في عام ١٤٤٠هـ المادة (١).
- نظام التعاملات الإلكترونية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٨) بتاريخ ٧/٣/١٤٢٨هـ المادة (١٠/١).

- القانونية، ٢٦/١٠/٢٠١٦م، متاح على الرابط الإلكتروني: loiarabe.blogspot.com.
- مؤتمر الأمم المتحدة الثالث عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية، الدوحة ١٢-١٩/٤/٢٠١٥م، حلقة العمل ٣ (تعزيز تدابير منع الجريمة والعدالة الجنائية للتصدّي للأشكال المتطورة للجريمة مثل الجرائم الإلكترونية)، متاح على الرابط الإلكتروني: https://www.unodc.org/documents/congress/Documentation/Report/ACONF222_17a_V1502927.pdf.
- مؤتمر ماس الاقتصادي، التقرير النهائي. نحو رؤية جديدة للنهوض بالاقتصاد الفلسطيني. ٢٠١٦م، متاح على الرابط الإلكتروني: <http://www.mas.ps/files/server/20173001133317-1.pdf>.
- تقرير اللجنة المختصة بالجمعية العامة للأمم المتحدة لوضع اتفاقية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية عن أعمال دوراتها من الأولى إلى الحادية عشرة بتاريخ ٣/١١/٢٠٠٠م، متاح على الرابط الإلكتروني: https://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525a.pdf.
- التقرير التفسيري للاتفاقية الأوروبية الخاصة بجرائم الإنترنت والمؤرخ في ٢٣/١١/٢٠٠١م، مجلس أوروبا، سلسلة المعاهدات الأوروبية رقم ١٨٥، متاح على الرابط الإلكتروني: <https://rm.coe.int/explanatory-report-budapest-convention-in-arabic/1680739174>.
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (١٦٢/٥١) المؤرخ في ١٦/١٢/١٩٩٦م، متاح على الرابط الإلكتروني: https://uncitral.un.org/ar/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce.
- معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني (ماس)، مراجعة نقدية لمشروع قانوني للمبادلات والتجارة الإلكترونية وتنظيم التوقيعات الإلكترونية، ٢٠٠٦م، متاح على الرابط الإلكتروني: <https://www.semanticscholar.org>.
- دليل التقاضي الإلكتروني، المملكة العربية السعودية، الإصدار ١,٠، متاح على الرابط الإلكتروني: <https://www.moj.gov.sa>.
- دليل التقاضي الإلكتروني بالمملكة العربية السعودية، الإصدار الثاني، وزارة العدل متاح على الرابط الإلكتروني: <https://www.moj.gov.sa>.
- بوابة ناجز الإلكترونية للمملكة العربية السعودية متاح على الرابط الإلكتروني: <https://najiz.moj.gov.sa>.
- البوابة الإلكترونية للحكومة المصرية: www.jp.gov.eg.
- الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية: https://www.cc.gov.eg/judgment_singl.
- الموقع الإلكتروني لنيابة دبي: www.dxbpp.gov-ae.
- الموقع الإلكتروني لاقتصادية دبي: Dubaided.gov.ae.
- John M. Greacen Principal, Greacen Associates, LLC, *Eighteen Ways Courts Should Use Technology to Better Serve Their Customers*, Blog post on the website, University of Denver, IAALS (Institute for the Advancement of the American Legal System), 30-10-2018, <https://iaals.du.edu>.

التنظيم القانوني لتجديد عقد الامتياز التجاري: دراسة تحليلية نقدية

راكان بن فهد آل ردعان^(*)

أستاذ القانون التجاري المشارك، جامعة تبوك، تبوك

(قدم للنشر في ١٧/٦/١٤٤٢هـ، وقبل للنشر في ٢/٨/١٤٤٢هـ)

ملخص البحث. الامتياز التجاري هو أسلوب تجاري حديث الابتكار نسبياً، ولكنه مع حداثة أصبح اليوم يشكل سوقاً عالمياً ضخماً يمكن الشركات العالمية الكبرى من الوصول إلى الأسواق المحلية، ويفتح آفاقاً جديدة لصغار المستثمرين للتوسع وتنمية أعمالهم التجارية. إلا أنه منذ ولادة هذا النوع من العقود وانبه على أرض الواقع العديد من الإشكالات القانونية، وهذا في الحقيقة ليس مستغرباً؛ لما لهذا النوع من العقود من طبيعة خاصة والتزامات متعددة معقدة، فهو يشتمل على الترخيص باستخدام الاسم التجاري والعلامة التجارية، ونقل التقنية الفنية، والتدريب، والإشراف والمراقبة وغيرها من الالتزامات المتعددة. ويأتي أبرز الإشكالات المصاحبة لعقد الامتياز ما يتعلق بتجديد عقد الامتياز؛ إذ اختلفت التشريعات في العالم فيما يخص تقييد حق مانح الامتياز من رفض تجديد العقد، وذلك ما بين أخذ هذا الاتجاه وآخر رافض له، ولكل اتجاه ما يبرره. لذلك سيدرس هذا البحث المعالجة القانونية التي تتبعها نظام الامتياز التجاري الجديد فيما يتعلق بموضوع تجديد عقد الامتياز، بالإضافة إلى إلقاء الضوء على بعض المسائل التابعة بطبيعتها لهذا الموضوع، وهي موضوع الأثر المترتب عند رفض المانح للتجديد، ومآل المخزون المتبقي من البضائع لدى الطرف الآخر بعد انقضاء العقد.

الكلمات المفتاحية: عقد الامتياز، الامتياز التجاري، تجديد العقد، التعويض، السبب المشروع، مانح الامتياز، صاحب الامتياز، الأصول المادية المتبقية من عقد الامتياز.

(*) يتقدم الباحث بالشكر لعمادة البحث العلمي بجامعة تبوك على دعمها العلمي والمادي على المنحة البحثية رقم: S-1440-0095.

THE LEGAL REGULATION FOR THE RENEWAL OF FRANCHISE CONTRACT: AN ANALYTICAL AND CRITICAL STUDY

Rakan F. Alrdaan

Associate Professor of Commercial Law, Tabuk University, Tabuk

(Received 17/06/1442 H., Accepted for Publication 02/08/1442 H.)

Abstract. Franchising is a relatively modern innovation and business method; despite its newness, it has become a large market that allows major international companies to access local markets and that enables small investors to expand and develop their businesses. However, since the birth of this type of contract, many legal complexities have accompanied it in practice. This is not surprising because of the special nature of this contract, as well as the multiple, complex obligations: these include licensing the use of commercial names and trademarks, the transfer of technical technology, training, supervision and control. One of the prominent legal complexities associated with the franchise contract is the area of contract renewal. Legislations around the world differs on whether to restrict the right of the franchisor to refuse to renew the franchise contract. Therefore, this research will examine the legal treatment followed by the new Franchise Law regarding the subject of contract renewal. In addition, this research will shed light on issues that are inherently related to this subject, such as the impact of franchisor's refusal to renew and the fate of the other party's remaining goods stock after the end of the contract.

Keywords: Franchise, Contract, Renewal, Compensation, Good cause, Franchisor, Franchisee.

الماكينات وصيانتها^(٥). ومنذ ذلك الحين أصبح هذا النموذج يمثل جانباً اقتصادياً كبيراً للولايات المتحدة الأمريكية^(٦). واليوم أضحت الامتياز التجاري سوقاً عالمية واسعة الانتشار تمكن الشركات العالمية الكبرى من الوصول إلى أسواق الدول الأخرى، وتفتح آفاقاً جديدة للمستثمرين حول العالم للتوسع وتنمية أعمالهم التجارية. ولا أدل على نجاح هذا الأسلوب التجاري من الإحصائيات التي تشير إلى أن ٩٥٪ ممن أداروا تجارتهم بنظام الامتياز أثبتوا نجاحهم خلال السنوات الخمس الأولى من تأسيس نشاطهم^(٧).

وفي المملكة العربية السعودية بدأت النواة الأولى للامتياز في أواخر السبعينيات وأوائل الثمانينيات، حيث تمكنت إحدى الشركات السعودية العريقة وهي شركة ابن زقر من الحصول على حقوق الامتياز من شركتين عالميتين، إحداهما شركة مطاعم ويمبي Wimpy، والأخرى شركة مارتينايزنك Martinizing لغسيل الملابس. وفي حقبة التسعينيات ازداد استيراد الامتياز بشكل أكبر، حتى بلغ عدد الشركات العالمية المانحة للامتياز في السوق السعودي أكثر من ٢٥٠ شركة. وكانت البداية للشركات السعودية لمنح امتيازاتها عام ١٩٩٤م؛ إذ قامت شركة الطازج بمنح رخصتها للامتياز التجاري إلى العديد من المستثمرين حول العالم حتى وصلت إلى جاكرتا في إندونيسيا شرقاً، وشيكاغو في الولايات المتحدة الأمريكية غرباً، تلى ذلك قيام العديد من الشركات السعودية بمنح امتيازاتها، منها على

المقدمة

يُعد الامتياز التجاري Franchise^(٨) من الأساليب والنماذج المبتكرة حديثاً في مجال التعاملات التجارية، وهو بهذا الشكل مساهم مساهمة كبيرة في اتساع دائرة أي نشاط تجاري يحظى باسم وعلامة تجاريين لها شهرة واسعة. واليوم أصبح الامتياز من أكثر الأعمال نجاحاً وانتشاراً فقد أحدث ثورة في آلية انتشار السلع والخدمات^(٩). وترتكز فكرة الامتياز ببساطة على قيام طرف وهو (المانح) بتقديم الاسم والعلامة التجاريين، والخبرة لتأسيس المشروع، والتقنية، والتدريب، لطرف آخر وهو (صاحب الامتياز) الباحث عن الاستثمار، وذلك نظير مقابل مال^(١٠).

ويعود الفضل في ابتكار هذا النموذج التجاري للولايات المتحدة الأمريكية عام ١٨٧١م؛ حيث بات أول ظهور لهذا التعامل التجاري في صورة تسويق ماكينات سنجر للخياطة^(١١). كان الدافع لابتكار هذا الأسلوب التجاري هو محاولة التغلب على المشكلة التي واجهت منتجي ماكينات سينجر المتمثلة في كيفية تسويقها على أنحاء الولايات؛ لذلك استحدث المنتجون هذا النموذج التجاري بهدف إيجاد أفراد يقومون بتوزيع

(١) تجدر الإشارة إلى أن مصطلح "الامتياز" كان وما زال محل اختلاف عند بعض الفقهاء، انظر: يوسف جيلالي، *النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري*، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة وهران، (٢٠١٢م)، ص ٧-٩.

(٢) Robert W. Emerson, Franchise Termination: Good Cause Decoded, 51 Wake Forest L. Rev., (2016), p. 103.

(٣) يمتد نشاط الامتياز اليوم ليعطي العديد من الأنشطة التجارية كقطاع الأغذية والمطاعم - وهو الأكثر انتشاراً - وقطاع التجزئة، وقطاع الخدمات، وقطاع الصحة والعناية الشخصية، وقطاع الانترنت والتكنولوجيا، وقطاع السفر والرحلات والفندقة. انظر الموقع الإلكتروني: الهيئة العامة للمنشآت الصغيرة والمتوسطة "منشآت" على: <https://emtiyaz.sa> تاريخ الدخول ١/٨/٢٠٢٠م.

(٤) Honey V. Gandhi, Franchise in the United States, 20 Law & Bus. Rev. Am., (2014), pp. 5-6.

(5) James H. Amos, *The Complete Idiot Guide to Franchising*, Alpha, (2005), p. 15.

(٦) حيث تبرهن أرقام نشاط الامتياز التجاري نجاحه هناك وذلك من خلال إسهامه بما يقارب ٣٪ من الناتج المحلي الإجمالي، بالإضافة لخلقة بما يقارب ٩ ملايين وظيفة مباشرة. انظر:

Franchising Industry: A Reference for U.S. Exporters, United States of America Department of Commerce, 2018 edition, p. 7. Available at: https://www.franchise.org/sites/default/files/2019-05/USCS_Franchising_Resource_Guide_2018.pdf.

(٧) وذلك طبقاً لهيئة الفرشائز البريطانية (BFA)،

<https://www.thebfa.org>، تاريخ الدخول ٣/٨/٢٠٢٠م.

الطبيعة الخاصة في تركيبة عقد الامتياز، ومن أبرز الإشكالات المعقدة على سبيل المثال: موضوع التزام مانح الامتياز بالإفصاح السابق عن عقد الامتياز، وموضوع انقضاء عقد الامتياز، وموضوع تجديد عقد الامتياز، وموضوع مصير البضائع المتبقية لدى صاحب الامتياز بعد انقضاء عقد الامتياز^(١٣).

وفي هذه الدراسة سيركز الباحث على إشكالية تجديد عقد الامتياز وما يترتب عليه من آثار لاحقة. لذلك، عند انتهاء المدة الأصلية لعقد الامتياز، وفي ظل عدم الاتفاق على أي حق بخصوص تجديد العقد يثور إشكال يتعلق بمدى أحقية صاحب الامتياز في تجديد العقد؛ فمن جانب مانح الامتياز قد يرى أن له كامل الحرية ومطلق الحق في رفض التجديد دون أن يكون ذلك ناتجاً عن أي مسؤولية، وفي الجانب الآخر قد يرى صاحب الامتياز خلاف ذلك، بمعنى أن له حقاً افتراضياً يتمثل في تجديد العقد ولا يجوز العدول عنه من قبل المانح إلا بمسوغ قانوني كوقوع خطأ جسيم من قبل صاحب الامتياز.

وفي هذا البحث سيتم استعراض المعالجة القانونية التي اتبعتها نظام الامتياز التجاري الجديد من إشكالية تجديد العقد. وإضافة إلى ما سبق، سيتناول بعض الموضوعات الحساسة التي تطرح نفسها بطبيعتها، وذلك بحكم علاقتها بموضوع تجديد العقد وهي: جبر الضرر (التعويض) اللاحق لرفض التجديد إن كان له محل، ومآل البضائع المتبقية لدى صاحب الامتياز بعد انتهاء العقد.

منهج تناول وخطة الدراسة

تعتمد الدراسة على المنهج التحليلي؛ وذلك للوقوف بصورة واضحة وجليّة على المعالجة التشريعية التي انتهجها المنظم السعودي إزاء مسألة لطالما كانت مثار اختلاف، وهي إشكالية تجديد عقد الامتياز التجاري. وبسبب أقدمية بعض الدول في الاعتماد على الامتياز أسلوباً تجارياً، بالإضافة إلى

سبيل المثال: شركة كوب الذرة، فقد وصل عدد امتيازاتها اليوم إلى أكثر من ٧٠٠ امتياز حول العالم^(١٤).

واليوم أضحت عجلة قطاع الامتياز تسير بوتيرة متسارعة؛ لكونها تعد واحداً من أسرع القطاعات غير النفطية نمواً في المملكة بنسبة ٢٧٪ سنوياً، وهذا بلا شك يفسر القيمة العالية التي وصل إليها هذا السوق اليوم؛ إذ استحوذت المملكة على ٥٠٪ من القيمة السوقية للامتياز في الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، التي تقدر بـ ٣٠ مليار دولار، وقد بلغ عدد فروع أنشطة الامتياز في السوق المحلي إلى أكثر من ١٥٠٠٠ فرع^(١٥).

ومع هذا التزايد والانتشار لنشاط الامتياز التجاري، فقد صاحبه صدور نظام الامتياز التجاري^(١٦) ولائحته التنفيذية^(١٧)، اللذان دخلا حيز التنفيذ بتاريخ ٨/٤/٢٠٢٠م، وذلك سعياً إلى خلق بيئة تشريعية تحفظ الحقوق للأطراف المتعاملة بنظام الامتياز، وسعياً إلى التغلب على العديد من المشاكل المرتبطة بهذا النوع من التعاملات.

إشكالية البحث

منذ ولادة نشاط الامتياز التجاري كان هناك وما زال بعض المشكلات في الحياة العملية لعقد الامتياز^(١٨)، وهذا راجع إلى

(٨) مجلة الاقتصاد الصادرة عن الغرفة التجارية بالشرقية، أغسطس ٢٠١٧م، ع (٥٣٦)، ص ٤٦، متوفرة على الرابط التالي:

<http://web.chamber.org.sa/3d/iktisad/issues/536/html5/index.html?page=1&noflash>

(٩) المعرض السعودي الدولي للامتياز التجاري والمقام في الرياض بتاريخ ٣٠/٥/٢٠١٩م:

<http://www.saudifranceexpo.com/ar/about.php#saudi-franchise-market>

(١٠) صدر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٢) وتاريخ ٩/٢/١٤٤١هـ الموافق ٨/١٠/٢٠١٩م.

(١١) صدرت بقرار وزير التجارة رقم (٥٥٩١) وتاريخ ١٨/٩/١٤٤١هـ الموافق ١٠/٥/٢٠٢٠م.

(13) Thomas M. Pitegoff and W. Michael Garner, Franchise Relationship Laws, 45 Bus. Law, 289, (1989), p. 185.

(12) John Sotos, Recent Trends in Franchise Relationship Law, 10 Int'l J. Franchising L., 3, (2012), p. 21.

المطلب الأول: تعريف الامتياز التجاري

لما كان من المقرر أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وطريقاً للوصول إلى أحكامه؛ كان من المتعين الوقوف على تعريف الامتياز التجاري. عرفت المادة الأولى من نظام الامتياز التجاري السعودي الامتياز بأنه عبارة عن: "قيام شخص يسمى مانح الامتياز بمنح الحق لشخص آخر يسمى صاحب الامتياز في ممارسة الأعمال - محل الامتياز - لحسابه الخاص ربطاً بالعلامة التجارية أو الاسم التجاري المملوك لمانح الامتياز أو المرخص له باستخدامه، بما في ذلك تقديم الخبرات التقنية والمعرفة الفنية لصاحب الامتياز، وتحديد طريقة تشغيله لأعمال الامتياز، وذلك نظير مقابل مالي أو غير مالي لا يدخل ضمنه المبالغ التي يدفعها صاحب الامتياز لمانح الامتياز مقابل السلع أو الخدمات".

ويتسق هذا التعريف بشكل عام مع الممارسة المطبقة عالمياً للامتياز، فقد تضمن في ثناياه أبرز عناصر عملية الامتياز وهي: (١) قيام المانح بإعطاء صاحب الامتياز الحق باستخدام أدواته التجارية كالاسم والعلامة التجارية والدراية الفنية ... إلخ، (٢) قيام صاحب الامتياز بمساعدة المانح بالعمل وفقاً للتعليمات وللنموذج التجاري التي أعدها المانح، (٣) التزام صاحب الامتياز بدفع المقابل المالي^(١٤).

ويلحظ على تعريف الامتياز أنه متطابق في مفهومه مع تعريف أبرز الجمعيات والاتحادات الدولية المعنية بالامتياز، إلا أنه في المقابل ثمة اختلاف في بعض الجزئيات، فعلى سبيل المثال، لم يُشر التعريف إلى فكرة "التعاقدية" كما نص على ذلك تعريف الجمعية الدولية للامتياز International Franchise Association (IFA)^(١٥)، ومن وجهة نظرنا أن هذه النقطة لا تثير

تجاربها وأسبقيتها لوضع قواعد تنظم هذا النوع من العقود، سيكون من الملائم جداً إلقاء نظرة على ما هو مشرّع ومطبّق في بعض القوانين المقارنة على عقود الامتياز التجاري، وذلك تسهيلاً لاستيعاب موقف المنظم السعودي.

سيقتسم الباحث الدراسة إلى تمهيد ومبحثين رئيسيين: المبحث التمهيدي يتناول مفهوم الامتياز التجاري، حيث سيلقي الباحث الضوء على تعريف عقد الامتياز التجاري، وبيان التنظيم القانوني للامتياز. وفي المبحث الأول سيتناول الباحث إشكالية تجديد عقد الامتياز، وسيكون الحديث أولاً عن موقف القانون المقارن وذلك كمدخل لفهم موقف المنظم السعودي تجاه الإشكالية ثانياً. وفي المبحث الثاني، سيخصصه الباحث لدراسة الآثار المترتبة على عدم تجديد العقد؛ لذا سيتم التركيز على نقطتين: الأولى هي ما يتعلق بجانب التعويض عند رفض المانح للتجديد، والثانية هي ما يتصل بمآل مخزون البضائع عند انقضاء العلاقة التعاقدية. وفي الأخير يردف الباحث كل ذلك بخاتمة تحوي على عصارة هذه الدراسة.

المبحث التمهيدي:

ماهية الامتياز التجاري

فكرة الامتياز التجاري هي قيام شركة ذات اسم وعلامة تجاريين مشهورين بالتعاقد مع مستثمر؛ إذ يتم بموجب هذا العقد ترخيص الشركة لهذا المستثمر باستخدام اسمها وعلامتها التجارية، بالإضافة لما لها من شعارات ومعرفة فنية، وذلك لمدة محددة نظير مقابل مالي يدفعه هذا المستثمر، طبقاً للشروط المتفق عليها بينها. وهذا العقد بات حديثاً من أهم العقود التجارية المعاصرة والتي تتطلب الحاجة إلى الوقوف على ما يرتبط به من أحكام؛ بسبب احتلال هذا العقد من مكانة كبيرة في الاقتصاد المعاصر. وليبيان ماهية الامتياز التجاري سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول، نتعرف فيه على الامتياز التجاري، وفي المطلب الثاني، نعرض التنظيم القانوني للامتياز.

(14) Robert W. Emerson, Franchise Savoir Faire, 90 Tul. L. Rev., (2016), p. 594; Erik B. Wulff, International Franchising, 39 International Law, (2005), p. 326.

(15) انظر على سبيل المثال تعريف الامتياز من قبل الجمعية الدولية للامتياز International Franchise Association (IFA) على الرابط التالي:

<https://www.franchise.org/faqs/basics/what-is-a-franchise>، تاريخ

معقدة والتزامات كثيفة، فعقد الامتياز يتناول جانباً من الملكية الفكرية وهذا يتمثل في الترخيص باستعمال العلامة والاسم التجاريين، وجانب من التدريب والإدارة، وجانب يتعلق بالبيع لبعض السلع والمواد الخام، وجانب من المشاركة فيما يتعلق بالإعلانات والتسويق.

وجدير بالذكر أن الامتياز التجاري لا ينطوي على نمط واحد من الأنشطة، بل يتعدد في أنماطه وأساليبه التجارية، ومن أبرز أنماط الامتياز: الامتياز الصناعي Manufacturing Franchise، ويعتمد هذا النمط بالدرجة الأولى على نقل المعرفة الفنية السرية know how التي تتيح لصاحب الامتياز إنتاج السلع والمنتجات مستخدماً ما يملكه به مانح الامتياز من الاسم والعلامة التجاريين، والمواد الأولية، والمواصفات والتقنيات الإنتاجية، وهذا يظهر كثيراً في امتياز المطاعم والمقاهي. والنمط الثاني، هو الامتياز التوزيعي Distributing Franchise، الذي يعتمد على توزيع منتجات وسلع معينة من قبل صاحب الامتياز ربطاً بالعلامة التجارية للمانح، وذلك باتباع وسائل التسويق الفنية المتبعة من قبل المانح، دون التطرق إلى أساليب ووسائل تصنيعها. والنمط الثالث، هو امتياز صيغة العمل Business Format Franchise، ويعتمد فيه بالدرجة الأولى على السمعة والشهرة للعلامة التجارية ذات الانتشار الواسع للمانح الذي لا يقوم عادة بإنتاج أو تصنيع أي سلعة، ويستخدم هذا النمط في أنشطة كثيرة من أبرزها الفنادق ومكاتب تأجير السيارات^(١٩).

المطلب الثاني: التنظيم القانوني للامتياز التجاري

قبل البدء في الحديث عن التنظيم القانوني للامتياز التجاري في السعودية، فإنه من الملائم إلقاء الضوء على موقف القانون المقارن حول تشريع الامتياز؛ تسهيلاً لفهم التنظيم القانوني للامتياز في المملكة. لذلك سنلقي الضوء على تنظيم القانون المقارن للامتياز التجاري قبل بيان التنظيم القانوني في المملكة.

إشكالاً كبيراً، فوجود تصرف قانوني يقوم من خلاله شخص بمنح شخص آخر الحقوق المملوكة له حصرياً بمقابل، إنما هو في الحقيقة لا يتأتى إلا من خلال افتراض وجود علاقة تعاقدية. بالإضافة إلى ما سبق، أتى تعريف الجمعية الدولية للامتياز، وتعريف اتحاد الامتياز الفرنسي^(٢٠) خاليين من النص على عنصر المقابل المالي، وهذا بخلاف تعريف المنظم السعودي الذي نص عليه صراحة. أيضاً أنه وبالاطلاع على تعريف اتحاد الامتياز البريطاني The British Franchise Association^(٢١) نجد أنه زاد بأن نصّ على عامل "السيطرة والرقابة" من قبل المانح على صاحب الامتياز، بالرغم من كونه عنصراً أساسياً، وهذا ما لم يضمنه المنظم السعودي في التعريف، إلا أنه في الحقيقة نصّ عليه في ثانيا مواد النظام، وبالتحديد في المادة التاسعة التي نصت على أن: "يلتزم صاحب الامتياز - ما لم يتفق كتابة مع مانح الامتياز على غير ذلك - بما يأتي ... (٣) تمكين مانح الامتياز أو ممثليه من تفقد المرافق المستخدمة في ممارسة أعمال الامتياز ...".

وفي مجمل واقع الامتياز يقول بأن وضع تعريف شامل ودقيق للامتياز ليس سهلاً، وذلك لاشتغال هذا النوع من التعامل التجاري على العديد من التفاصيل المعقدة، بالإضافة إلى اختلاف الزاوية التي ينظر من خلالها معرفه حسب السياسة التجارية والقانونية، وهو ما أدى لإيجاد العديد من التعريفات المختلفة فيما بينها في بعض الجزئيات^(٢٢). ويؤكد ذلك تعاريف الامتياز، التي يبدو جلياً أنها تغطي عليها جانب الإطالة، وهذا أمر لا بد منه لما يكتنف هذا العقد من تفاصيل

(١٦) مشار إليه في كتاب ياسر محمد الحديدي، النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري، دار الفكر العربي، (٢٠٠٦م)، ص ١٩.

(١٧) الموقع الإلكتروني لاتحاد الامتياز البريطاني، يمكن الاطلاع على الرابط التالي: <https://www.thebfa.org/about-franchising-the-bfa/>، تاريخ

الدخول ٢٠٢٠/٢/٦م.

(19) Honey V. Gandhi, Franchising in the United States, 20 L. Bus. Rev. Am., (2014), p. 5.

(18) Mark Abell, The Regulation of Franchising around the World, 9 Int'l J. Franchising L., (2011), p. 2.

وفي مقابل هذا الإحجام من أغلب الدول عن سنّ قانون خاص للامتياز، هناك اليوم ما يقرب من ٣٠ دولة قامت باستصدار قانون خاص للامتياز^(٢٧)، بعضها سنّت قانوناً جزئياً للامتياز، وخاصة الجزء المتعلق بالالتزام السابق للتعاقد (الإفصاح) من قبل مانح الامتياز، ومن الدول التي اعتمدت هذا الأسلوب في التشريع: الولايات المتحدة الأمريكية على المستوى الفدرالي^(٢٨)، والصين^(٢٩)، وإيطاليا^(٣٠)، وهناك دول سنّت قانوناً يتناول أغلب جوانب الامتياز، بما فيها الالتزامات السابقة للتعاقد كالإفصاح، والتسجيل، والالتزامات القائمة بين الأطراف المتعاقدة مدة سريان العقد (قانون موضوعي) كالالتزام بحسن النية، وحق التنازل، وحق تجديد العقد، والتعويض، وغيرها، ومن هذه الدول: ماليزيا^(٣١) وأستراليا^(٣٢)، وبعض الولايات الأمريكية^(٣٣)، والمملكة العربية السعودية.

يتضح مما سبق أن اتجاهات الدول التي سنّت القوانين لقطاع الامتياز التجاري متباينة فيما بينها، وهذا الاختلاف يرجع أساسه إلى أن لكل دولة فلسفة واعتبارات معينة صدر

(27) Mark Abell, *op. cit.*, p. 1.

(28) انظر قانون الإفصاح السابق لعقد الامتياز Disclosure Requirements

2007 and Prohibitions Concerning Franchising. أما على صعيد

الولايات فقد قامت ١٩ ولاية فقط باستصدار قانون موضوعي

للامتياز جنباً إلى جنب قانون الإفصاح يُعنى بتنظيم العلاقة بين

الأطراف المتعاقدة.

(29) انظر قانون إدارة الامتيازات التجارية Regulation on the

Administration of Commercial Franchises 2007. انظر أيضاً:

Zhiqiong June Wang and Andrew Terry, China's Long March to a Franchise Law: The 2007 Franchise Regulation. *Lawasia J.*, 79 (2007).

(30) انظر قواعد تنظيم الامتياز الإيطالي Rules on the Regulation of

Franchise 2004.

(31) انظر قانون الامتياز الماليزي Malaysian Franchise Act 1998.

(32) انظر قواعد سلوك الامتياز الأسترالي Australian Franchising

Code of Conduct 2015.

(33) على صعيد الولايات فقد قامت ١٩ ولاية فقط باستصدار قانون

موضوعي للامتياز.

الفرع الأول: تنظيم القانون المقارن للامتياز التجاري

اختلفت مواقف الدول المتعلقة بالتنظيم القانوني للامتياز، سواءً فيما يتصل بمبدأ استصدار قانون خاص بالامتياز أو بالمنهجية المتبعة لمن قام فعلاً باستصداره، وبلغ هذا الاتساع في الاختلاف إلى الحد الذي قيل معه: أن فكرة تبني قانون دولي متفق عليه من الجميع أقرب إلى المستحيل^(٢٠).

لم تأخذ أغلب الدول بفكرة تبني قانون خاص للامتياز التجاري، سواءً كلياً أو جزئياً، شكلياً أو موضوعياً^(٢١)، ومن هذه الدول على سبيل المثال: المملكة المتحدة^(٢٢)، وفرنسا^(٢٣)، وجميع الدول العربية^(٢٤)، وهذا يرجع إلى أسباب واعتبارات مختلفة، منها على سبيل المثال: الادعاء بندرة المنازعات الناشئة عن عقود الامتياز، ويترتب على هذه الندرة عدم ضرورة تبني أي قانون خاص بالامتياز، أو الزعم بعدم وجود خصوصية أو تمييز لعقد الامتياز عن غيره من العقود الأخرى وبناء على هذا يُكتفى بسريان القوانين الأخرى عليها^(٢٥)، أو الاعتقاد بأن سنّ قانون للامتياز وخاصة في الشق الموضوعي، أي فيما يتعلق بالجزء المنظم للعلاقة التعاقدية، من شأنه أن يضع قيوداً والتزامات ضد أطراف عقد الامتياز وبخاصة المانح، فتقيّد الحرية التعاقدية، ومن ثم يكون مدعاة إلى عدم تشجيع مانحي الامتياز للتوسع في تجارتهم^(٢٦).

(20) Mark Abell, *The Regulation of Franchising around the World, 9 International Franchising Law*, (2011), p. 1.

(21) Stewart Gremann and Alexia Christie, *Franchising: To Regulate or Not to Regulate, 8 International Journal of Franchising Law*, (2010), p. 11.

(22) See, John Pratt, *Franchising in the United Kingdom, 32 Franchise Law Journal*, (2012), p. 95.

(23) في فرنسا قانون The Loi Doubin 1989 يسري على تعاملات

الامتياز وعلى غيرها من تعاملات أخرى؛ أي أنه ليس قانوناً خاصاً للامتياز.

(24) الحديدي، ص ١١. أغلب الدول العربية تطبق قانون الوكالات

التجارية على عقود الامتياز التجاري.

(25) Stewart Gremann, *op. cit.*, p. 12.

(26) James A. Brickley, *The Economic Effects of Franchise Termination Law, Journal of Law and Economics*, Vol (34), No. (1), (1991), p. 121.

وكالة العقود^(٣٦) من جهة، إلا أنها في الحقيقة يختلفان في العديد من الأوجه الأخرى لا يتسع المجال لذكرها في هذا المقام^(٣٧) ما يعني استقلال كل منهما عن الآخر.

السبب الثاني، هي أنه على افتراض صحة النظر لعقد الامتياز على أنه عقد وكالة عقود، فإن نظام الوكالات التجارية في حقيقته ما هو إلا نظام إجرائي وليس موضوعي. فمواد النظام لا تعدو أن تكون مواد تنظيمية للوكالة التجارية. فالنظام اقتصر فقط على تنظيم ممارسة مهنة وكالة العقود في السعودية كوضع القيود على ممارستها، باشرطه أن يكون الوكيل سعودياً، وكذلك بإلزامه للوكيل بتسجيل الوكالة وإشهارها، والضمان وتوفير قطع الغيار، وغيرها من الالتزامات. ولم يتناول النظام ما يتعلق بتنظيم العلاقة التعاقدية الناشئة عن عقد الوكالة، كالالتزامات والحقوق بين الوكيل والموكل^(٣٨)، وهذا ما أدى في الحقيقة إلى تعرضه للنقد من قبل الفقه^(٣٩).

(٣٦) للمزيد من المعلومات عن عقد الوكالات التجارية انظر: سميحة القليوبي، *الأسس القانونية لعقود الوكالات التجارية*، المصرية للنشر والتوزيع، (٢٠١٨م)؛ سميحة القليوبي، *شرح العقود التجارية*، ط٢، دار النهضة العربية، (١٩٩٨م).

(٣٧) في عقد الامتياز يتلقى صاحب الامتياز المساعدة الفنية والتدريب، ويخضع للرقابة والإشراف من قبل المانح. كما يتضمن عقد الامتياز نقل المعرفة الفنية، ويحصل على المساعدات الإدارية والتسويقية، في حين وكالة العقود لا تتضمن ما سبق وإن وجدت فإنها تكون عنصر مكمل وليس رئيسي. انظر: محمد محسن النجار، *عقد الامتياز التجاري Franchise: دراسة في نقل المعارف الفنية*، دار الجامعة الجديدة، (٢٠٠٧م).

(٣٨) وهذا بخلاف ما هو عليه الوضع في قانون التجارة المصري، وقانون التجارة الكويتي، وقانون التجارة الإماراتي.

(٣٩) انظر: محمد حسن الجبر، *العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية*، ط٢، جامعة الملك سعود، (١٩٩٧م) ص ١١٠؛ عبدالرحمن السيد قرمان، *العقود التجارية وعمليات البنوك*، ط٩، دار الإجداد، (٢٠١٩م)، ص ١٩٨.

على ضوءها القانون بما يتناسب مع أحوالها الاقتصادية والسياسية وغيرها من الاعتبارات الأخرى.

الفرع الثاني: التنظيم القانوني للامتياز التجاري في السعودية
لاستعراض التنظيم القانوني للامتياز التجاري في المملكة فإنه من المناسب تناول هذا الأمر على حقتين، وذلك لإيضاح البنية التشريعية التي مر بها الامتياز التجاري؛ لذلك سنتناول التنظيم القانوني للامتياز قبل أكتوبر ٢٠١٩م، والتنظيم القانوني بعد هذا التاريخ.

أولاً: التنظيم القانوني للامتياز قبل تاريخ أكتوبر ٢٠١٩م
مع أول دخول لنشاط الامتياز التجاري في السوق السعودي، وذلك في أواخر السبعينيات وبداية الثمانينيات، ثم مع انتشار نشاط الامتياز بشكل أكبر في فترة التسعينيات الميلادية، لم يواكب ذلك صدور قانون خاص للامتياز. ونظراً إلى وجود التشابه الكبير بين الامتياز التجاري والوكالات التجارية، فقد صدر قرار وزاري^(٤٠) في عام ١٩٩٢م يقضي بسريان نظام الوكالات التجارية الصادر عام ١٩٦٢م ولائحته التنفيذية الصادرة عام ١٩٨١م على أنشطة الامتياز.

إلا أن سريان نظام الوكالات التجارية على نشاط الامتياز التجاري غير ملائم؛ لعدة أسباب^(٤١) من أبرزها: أولاً، أن النظام من خلال أحكامه يظهر بجلاء أنه ضيق ومحدود في نطاق تطبيقه بحيث يقتصر على (وكالة العقود) دون غيرها من الوكالات التجارية الأخرى، كالوكالة بالعمولة والممثلين التجاريين. وبالرغم من وجود أوجه للتشابه بين عقد الامتياز

(٣٤) قرار وزير التجارة رقم (١٠١٢) في عام ١٤١٢هـ.

(٣٥) عبدالهادي محمد الغامدي، إشكاليات الامتياز التجاري في المملكة العربية السعودية: دراسة تحليلية نقدية، *مجلة جامعة الملك عبدالعزيز*، مج (٢٩)، ع (١)، (٢٠١٥م)، ص ٢٨٦.

"توفير الحماية اللازمة لصاحب الامتياز ومانح الامتياز، وبخاصة عند انتهاء اتفاقية الامتياز...".

تناول النظام أبرز المسائل التي من شأنها أن تثير النزاعات بين الأطراف المتعاقدة والتي كانت تشهد فراغاً تشريعياً بالسابق، كالقضايا السابقة لعقد الامتياز وأبرزها الالتزام بالإفصاح من قبل المانح، مما يعزز مبدأ الشفافية والوضوح، والمسائل القائمة في أثناء سريان عقد الامتياز، وأبرزها الالتزام بحسن النية، وحق التنازل، والقضايا اللاحقة للعقد كتجديد عقد الامتياز والتعويض مما سيوفر الحماية اللازمة لصاحب الامتياز. أتى هذا النظام في ٢٧ مادة مقسمة على ١١ فصلاً، وما يهمننا في هذا البحث هو الفصل الثامن المعني بموضوع تجديد عقد الامتياز، والفصل العاشر المتعلق بموضوع التعويض وبمصير المخزون المتبقي لدى صاحب الامتياز بعد انقضاء العقد.

المبحث الأول:

إشكالية تجديد عقد الامتياز

لما يتميز به عقد الامتياز من طبيعة خاصة سواء فيما يتعلق بتنفيذه التي تمتد لفترة طويلة^(٤١)، وما قد يتخللها من حوادث وظروف لا يمكن التنبؤ بها، تزيد من احتمالية نشوء النزاعات بين الأطراف المتعاقدة، بالإضافة إلى التركيبة المعقدة لهذا النوع من العقود؛ وذلك لما يحتويه من التزامات عدة ومختلفة، نتيجة لذلك كله قلما يبرم هذا النوع من العقود في الواقع العملي دون اعتبار لمدة العقد^(٤٢).

وعقد الامتياز قد يتضمن بنوداً تتعلق بتجديد العقد بعد انتهاء مدته الأصلية، كأن ينص صراحة على حق صاحب الامتياز في التجديد وذلك وفقاً لإجراءات معينة، مثل: الإخطار السابق، أو النص على عدم أحقيته، وأياً كان مضمون ذلك الاتفاق فإنه

ولإدراك المنظم السعودي أهمية نشاط الامتياز في العصر الراهن كونه أضحى رافداً اقتصادياً، وبسبب اختلاف سياق نظام الوكالات التجارية عن الامتياز التجاري الذي يتطلب تبني تنظيم قانوني خاص بالامتياز، فقد بدأت أولى المبادرات لإيجاد تنظيم قانوني في مارس عام ٢٠٠٦م، حينما أعدت وزارة التجارة مشروعاً متكاملًا لنظام الوكالات التجارية، وتم نشره بجريدة المدينة بالعدد رقم (١٥٦٨٢)، وتضمن موضوع الامتياز التجاري في خمس مواد تحت الفرع الخامس من هذا المشروع، إلا أن هذا المشروع لم يرَ النور. وفي محاولة أخرى في أواخر عام ٢٠١٧م قامت وزارة التجارة بنشر مسودة لمشروع نظام الامتياز التجاري وذلك لأخذ مرئيات العموم، إلا أن المشروع كسابقه لم يرَ النور.

ثانياً: التنظيم القانوني للامتياز التجاري بعد أكتوبر ٢٠١٩م

في أكتوبر من عام ٢٠١٩م صدر نظام الامتياز التجاري، ودخل حيز التنفيذ في الثامن من أبريل لعام ٢٠٢٠م، كما ألغى سريان نظام الوكالات التجارية على عقود الامتياز التجاري. وما صدور النظام إلا تأكيداً لتمييز عقد الامتياز عما يشبهه به من العقود والاتفاقيات التجارية وخاصة عقد الوكالة التجارية. وقد أتى هذا النظام سعياً إلى استكمال منظومة التشريعات التجارية وتهيئة بيئة العمل في النشاط التجاري والاستثماري وبخاصة في قطاع الامتياز^(٤٣)؛ إذ نصت الفقرة الثانية من المادة الثانية من النظام على أن النظام يهدف إلى

(٤٠) إضافة إلى نظام الامتياز التجاري هناك بعض الأنظمة ذات علاقة بنشاط الامتياز وهي: نظام العلامات التجارية، وذلك فيما يتعلق بحماية وترخيص العلامات التجارية، ونظام براءات الاختراع والتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة والأصناف النباتية والنماذج الصناعية، فيما يتعلق بالترخيص لصاحب الامتياز باستغلال أي براءة اختراع مملوكة للمانح، ولائحة حماية المعلومات التجارية السرية، وذلك فيما يتصل بالمعلومات السرية المقدمة من قبل المانح لصاحب الامتياز.

(41) Robert W. Emerson, Franchise Savoir Faire, 90 Tul. L. Rev., (2016), p. 631.

(42) Milan Parivodic, Termination of Franchise Contracts: A Comparative Study, International Journal of Franchise Law, Vol. (7), Issue (5), (2009), p. 6.

المطلب الأول: موقف القانون المقارن

لن يكون من المستغرب أن تكون انطلاقة الحديث هنا عن الوضع القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية إذا ما عُرف أنها موطن ولادة الامتياز التجاري، وأن الامتياز فيها يشكل سوقاً ضخمة، بالإضافة إلى أسبقيتها إلى سن القوانين المعنية بهذا النشاط^(٤٦)، وأما تقييد حرية المانح في رفض تجديد العقد، فقد كان محل اختلاف قانوني بين الولايات، وذلك بين آخذ له ورافض؛ إذ أخذ بفكرة تقييد المانح لتجديد العقد ما يقارب ١٦ ولاية^(٤٧)، في مقابل رفض لأغلب الولايات التي تبنت عدم هذا التقييد وأتاحت الحرية للمانح لرفض التجديد.

وبالرجوع إلى قوانين الولايات المتبينة لفكرة التقييد نجد أنها في الغالب متفقة على المبدأ القاضي بأن حرية المانح في عدم التجديد مقيدة بمدى توافر ما يسمى بـ"السبب المعقول" good cause^(٤٨)، فمتى تحقق هذا السبب كان للمانح الحرية في عدم التجديد. وجليد بالذكر أن مفهوم السبب المعقول في الحقيقة لا يرتبط فقط بموضوع تجديد العقد بل يرتبط أساساً بموضوع انتهاء العقد محدد المدة؛ ولذلك، ولأهمية هذا المفهوم وإثارته الدائمة للجدل بأن أطلق بعض الفقهاء، وذلك من باب المجاز، على قانون الامتياز مصطلح "قانون السبب المعقول"^(٤٩).

(٤٦) في أمريكا وعلى المستوى الفدرالي لا يوجد قانون موضوعي للامتياز؛ أي قانون يتناول تنظيم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة، بل قانون يختص بالإفصاح والقيود السابق للعقد. والقانون الموضوعي موجود فقط على مستوى الولايات، حيث قامت ١٩ ولاية بسن هذا القانون Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising 2007.

(٤٧) على سبيل المثال: New Jersey: New Jersey Franchise Practices Act و Delaware: Delaware Franchise Security Law و Iowa: Iowa Franchise Investment Law و Hawaii: Hawaii Franchise Investment Law و Franchise Act.

(48) See, Robert W. Emerson, Franchising and the Parol Evidence Rule, *Am. Bus. L. J.*, Vol. (50), (2015), pp. 659-661; Thomas M. Pitegoff, *op. cit.*, pp. 194-199.

(49) Robert W. Emerson, Franchise Termination: Good Cause Decoded, *51 Wake Forest L. Rev.*, (2016), p. 108.

يجب الالتزام بما جاء فيه وإلا كان الطرف المخل بذلك تحت المسؤولية التعاقدية. إلا أنه أحياناً ربما لا تعالج بنود العقد موضوع تجديد العقد، وذلك بأن يكون العقد صامتاً عنها، وهنا ممكن الإشكال؛ إذ يبرز السؤال عن مدى حرية مانح الامتياز في رفض التجديد عند انتهاء المدة الأصلية دون أن يكون ذلك ناتجاً عن أي إخلال من قبل الطرف الآخر؟

جليد بالذكر أن يُعلم أن الإشكال حول مسألة تجديد العقد ما هو إلا جزء يسير من قضية أوسع يدور محورها حول مدى حاجة صاحب الامتياز للحماية التشريعية، وذلك راجع للطبيعة المتأصلة في عقد الامتياز القائمة على تباين القوى بين الأطراف المتعاقدة بحيث يحظى المانح بالمركز القوي، ولا أدل على ذلك من امتلاكه لجميع المعلومات والخبايا للنشاط التجاري، ومن ثم يصبح ذلك مدعاة وباباً للسلوك التعسفي من قبل المانح^(٤٥)، ويعني هذا في نظر البعض ضرورة إيجاد قانون موضوعي لعقود الامتياز Franchise relationship law يُعنى بتنظيم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة بعد إبرام العقد، وعدم الاكتفاء بقانون خاص بالإفصاح Franchise disclosure law^(٤٦)، وبناء على هذا الأساس اختلفت القوانين عالمياً في طريقة تشريعها من هذه المسألة^(٤٧).

وللتعرف إلى المعالجة القانونية التي تبناها المنظم السعودي ومن ثم تحليلها لابد من إلقاء الضوء على بعض القوانين المقارنة؛ لأنها صاحبة السبق في مواجهة مسألة تجديد العقد ومعالجتها عبر قوانينها. والقصد من ذلك هو الوصول لاستيعاب أكثر لموقف المنظم السعودي؛ لذلك سنستهل هذا المبحث بالنقاش حول موقف القانون المقارن في مطلب أول، ثم موقف المنظم السعودي في مطلب ثاني.

(43) Robert W. Emerson and Uri Benoliel, Are Franchisee Well-informed? Revising the Debate Over Franchise Relationship Laws, *76 Alb. L. Rev.*, (2012), p. 197.

(44) See, Thomas M. Pitegoff and W. Michael Garner, Franchise Relationship Laws: A Minefield for Franchisors, *45 Bus. Law*, 289, (1989), pp. 185-187; Robert W. Emerson, *op. cit.*, p. 199.

(٤٥) انظر: المبحث الأول: المطلب الأول: التنظيم القانوني للامتياز. ص ٩.

فعلى سبيل المثال: قيام صاحب الامتياز بعمل من شأنه الإضرار بسمعه مانح الامتياز^(٥٦)، أو انتهاكه للقانون^(٥٧)، أو بيعه لمنتجات منافسة للاسم والعلامة التجاريين محل عقد الامتياز^(٥٨)، أو تخليّه عن ممارسة أعمال الامتياز محل الاتفاق^(٥٩)، أو فشله بالاحتفاظ بمستوى المعايير المطلوبة فيما يتعلق مثلاً بالنظافة أو الجودة أو الخدمة^(٦٠)، أو عدم إفصاحه للمعلومات المتعلقة بالمبيعات أو تقديمه لها بشكل مضلل^(٦١).

وجنباً إلى جنب السبب المعقول، قد يتيح القانون للمانح الحرية في عدم التجديد؛ وذلك لبعض المبررات الأخرى كانسحاب المانح كلياً من المنطقة الجغرافية التي يزاول فيها صاحب الامتياز نشاط الامتياز^(٦٢)، أو قيام المانح ببيع المشروع التجاري الذي بموجبه مُنح الامتياز، وفي بعض الولايات لا يجوز للمانح رفض التجديد دون تعويض عادل لصاحب الامتياز إذا كانت مدة العقد الأصلية أقل من خمس سنوات^(٦٣). واستثناءً في بعض الولايات وفي حالات معينة، يمكن أن يسمح القانون بمنح صاحب الامتياز مهلة محددة لتصحيح الخطأ أو القصور قبل أن يُستند إلى ذلك الخطأ على أنه سبب معقول يبرر رفض التجديد، وهذه المهلة تختلف حسب حجم

إلا أن الولايات الآخذة بفكرة السبب المعقول لم تتفق على بيان ماهيته أو وضع إطار تعريفي له^(٦٤)، حيث ذهب البعض في بيانه للسبب المعقول بأنه فشل صاحب الامتياز إلى حد كبير في الامتثال لتعليمات المانح^(٦٥)، وذهب آخرون إلى أنه السبب التجاري المشروع^(٦٦)، واتجه البعض إلى عدم إعطاء تعريف عام للسبب المعقول واكتفى بدلاً من ذلك بسرد أمثلة لما يمكن أن يُصنف بالسبب المعقول^(٦٧)، وعامةً يغلب على قوانين الولايات التي أخذت بفكرة السبب المعقول أنها ذهبت إلى سرد العديد من الأمثلة لما يمكن أن يندرج تحت مفهوم السبب المعقول جنباً إلى جنب مع تعريفه.

ولم يكفي البعض بتعريفه للسبب المعقول، بل اتجه لوضع بعض الأطر والمعايير المصاحبة له، كوجوب توافر مبدأ حسن النية بجانب السبب المعقول^(٦٨)، أو ضرورة خلوه من أي مظهر من مظاهر التمييز بحيث لا يكون السبب المعقول الذي سيعتمد عليه المانح في رفض التجديد غير تمييزي مقارنة بالمتطلبات المفروضة على أصحاب امتياز آخرين تربطهم علاقة تعاقدية مع نفس المانح^(٦٩).

وقد قضت المحاكم الأمريكية لصالح المانح على أساس توافر السبب المعقول، فقد اعتبرت بعض الأعمال في نظر المحكمة سبباً معقولاً يبرر للمانح إنهاء العقد أو رفض تجديده،

(٥٠) المرجع السابق.

(٥١) انظر على سبيل المثال: New Jersey Franchise Practices Act و Wisconsin Franchise Investment Law.

(٥٢) انظر على سبيل المثال: Iowa Franchise Act.

(٥٣) انظر على سبيل المثال: North Carolina General Statutes.

(٥٤) انظر على سبيل المثال: California Franchise Investment Law و Michigan Franchise Investment Law.

انظر قضية: Gen. Motors Corp. v. New A.C. Chevrolet, Inc., 263 F.3d 296 (2001).

(٥٥) انظر على سبيل المثال: Wisconsin Franchise Investment Law.

انظر كذلك لقضية: Gen. Aviation, Inc. v. The Cessna Aircraft Co., 13 F.3d 178, (1993).

(٥٦) قضية: AAMCO Indus., Inc. v. DeWolf, 250 N.W.2d 835 (Minn. (1977)).

(٥٧) قضية: Amerada Hess Corp. v. Quinn, 143 N.J. Super. 237, 362 A.2d 1258 (1976).

(٥٨) قضية: Gen. Motors Corp. v. New A.C. Chevrolet, Inc., 263 F.3d 296 (2005).

(٥٩) قضية: Zeidler, James v. A&W Restaurants, No. 07-1587 (7th Cir. 2007).

(٦٠) قضية: Dayan v. McDonald's Corp., 125 Ill. App. 3d 972, 466 N.E.2d 958, (1984).

(٦١) قضية: Dunkin Donuts of Am. v. Middletown Donut Corp., 100 N.J. Super. 166, 495 A.2d 66, (1985).

(٦٢) انظر على سبيل المثال: Iowa Franchise Act.

(٦٣) انظر على سبيل المثال: Michigan Franchise Investment Law.

وفي القانون الكويتي نصت المادة (٢٨٢) من قانون التجارة^(٦٤) على أنه:

١- إذا كان العقد معين المدة، ورأى الموكل عدم تجديده عند انتهاء أجله، وجب عليه أن يؤدي للوكيل تعويضاً عادلاً يقدره القاضي، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك.

٢- ويشترط لاستحقاق هذا التعويض:

(أ) ألا يكون قد وقع خطأ أو تقصير من الوكيل أثناء تنفيذ العقد.

(ب) أن يكون نشاط الوكيل قد أدى إلى نجاح ظاهر في ترويج السلعة أو زيادتها.

ويفهم من نصوص القانون أعلاه تبنّي لفكرة تقييد حرية المانح في رفض تجديد العقد، واشترط للتحرر من ذلك القيد أن يكون ذلك الرفض مستنداً إلى خطأ أو تقصير صاحب الامتياز أثناء تنفيذ العقد. إلا أن نص المادة أثار نقطتين تستحقان التوقف: النقطة الأولى، هي تأكيد حق صاحب الامتياز في التعويض متى ما تحقق الشرطان حتى لو كان الاتفاق على خلاف ذلك، بمعنى لو تضمن العقد أي اتفاق على عدم أحقية صاحب الامتياز في التجديد فوجوده وعدمه سواء. النقطة الثانية، هي ربطه باستحقاق صاحب الامتياز للتعويض أن يكون نشاط صاحب الامتياز فعلاً قد نجح نجاحاً ظاهراً في ترويج السلعة أو زيادتها، حيث أجاد المشرع الكويتي بأن نصّ على هذا الضابط؛ لأن كل عقد امتياز لا يقود بالضرورة إلى تحقيق تلك المكتسبات من قبل صاحب الامتياز، ومن ثم استحقاق التعويض.

والوضع القانوني في فرنسا كما هو الحال في غالب الدول، ففيها يتمتع مانح الامتياز بالحرية في رفض تجديد العقد، ومن ثمّ فإنه بانقضاء مدة العقد الأصلية فإن كلاً من الأطراف المتعاقدة يستعيد حريته التعاقدية ما لم يكن هناك اتفاق يخالف هذا الأمر، وهذا الموقف القانوني أكدّه القضاء الفرنسي في

(٧١) في الكويت تسري أحكام عقود الوكالات التجارية على عقود الامتياز.

الخطأ، إلا أن الأمر الأكيد أنها ليست بالمهلة الطويلة. وتأكيداً على هذا الاستثناء فإنه ليس من المعقول القول بمنح هذه المهلة في حالات كالإفلاس، أو ارتكاب أفعال مجرمة، أو تكرار الانتهاك من قبل صاحب الامتياز^(٦٥).

والتباين بين الولايات ليس مقصوداً على بيان مفهوم السبب المعقول فحسب، بل طال ذلك بعض الجوانب الإجرائية. فعند توجه المانح إلى رفض التجديد يجب أن يقوم بإخطار الطرف الثاني بذلك مشتملاً على السبب الذي دعاه لعدم التجديد، إلا أن هذا الإخطار المسبق يختلف مدته من ولاية لولاية، فالبعض نص على مدة ٣٠ يوماً^(٦٦)، والبعض نصّ على مدة ٦٠ يوماً^(٦٧)، وبعضها ٩٠ يوماً^(٦٨)، وآخرون على ١٨٠ يوماً^(٦٩).

وفي ماليزيا أخذ قانون الامتياز بالاتجاه القاضي بتقييد حرية المانح في رفض التجديد، وفرض على المانح إذا امتنع عن التجديد أن يعوّض صاحب الامتياز^(٧٠). وفي روسيا بإمكان المانح أن يختار رفض تجديد العقد دون أي مسؤولية ناتجة عن هذا الرفض، شرط أن يتمتع لمدة ثلاث سنوات عن افتتاح وحدة تجارية لنفس النشاط في نفس المنطقة الجغرافية التي كان يمارس فيها صاحب الامتياز نشاطه، سواء أكانت تلك الوحدة التجارية المراد إنشاؤها مملوكة له أو مملوكة لغيره بحكم عقد امتياز. وعند رغبة المانح في منح رخصة امتياز خلال تلك السنوات الثلاث في نفس المنطقة فإن صاحب الامتياز السابق هو صاحب الأفضلية دون غيره بهذه الرخصة^(٧١).

(64) See, Jason J Stover, No Cure, No Problem: State Franchise Laws and Termination for Incurable Defaults, 23 *Franchise L. J.*, (2004), pp. 218-19.

(٦٥) انظر: Illinois Franchise Law.

(٦٦) انظر: New Jersey Franchise Practices Act.

(٦٧) انظر: Minnesota Franchise Act.

(٦٨) انظر: California Franchise Investment Law.

(٦٩) المادة (٣٢) من Malaysian Franchise Act.

(70) Russian Civil Code, Chapter 54.

أما إذا لم يشر العقد في ثنياه إلى أي بند يتناول موضوع التجديد فإن المادة (١٥) تنص على أن صاحب الامتياز عند رغبته في تجديد العقد عليه أن يوجه إشعاراً بذلك إلى مانح الامتياز خلال مدة لا تقل عن ١٨٠ يوماً قبل تاريخ انتهاء مدته الأصلية، وعندئذ يجدد العقد لمدة مماثلة لمدته المتفق عليها سابقاً بالعقد الأصلي وبالشروط ذاتها، إلا في ست حالات حددها النظام، حيث لا يحق حينها أعمال رغبة صاحب الامتياز بالتجديد. وفيما يلي بيان هذه الحالات مع التعليق عليها.

الحالة الأولى: عند اتفاق مانح الامتياز وصاحب الامتياز على شروط جديدة، فإذا كان الاتفاق بين المانح وصاحب الامتياز على تضمين العقد شروطاً جديدة فإن التجديد وفقاً لمقتضى المادة لا يتم. فقد يتفقان على إضافة شروط جديدة تتعلق بالمقابل المالي أو التدريب على سبيل المثال، ففي هذه الحالة ووفقاً لنص المادة يحق حينها للمانح رفض التجديد.

الحالة الثانية: هي وجود "السبب المشروع" وهو أبرز الحالات، والذي بموجبه يحق للمانح رفض التجديد. لكن ماذا يراد بمصطلح السبب المشروع؟ السبب المشروع تم إيضاحه في محتوى المادة (١٨) التي تتناول انتهاء العقد محدد المدة، إذ جاء فيها أنه لا يجوز للمانح إنهاء عقد الامتياز قبل انتهاء مدته دون موافقة مكتوبة من صاحب الامتياز؛ إلا إذا كان للإلغاء سبب مشروع، ويكون السبب مشروعاً إذا تحققت حالات معينة نصت عليها ذات المادة، وهي:

١- إذا أخل صاحب الامتياز بالتزاماته الجوهرية المقررة بموجب اتفاقية الامتياز، ولم يعالج الإخلال خلال مدة لا تزيد على ١٤ يوماً من تاريخ توجيه مانح الامتياز إشعاراً مكتوباً له بذلك.

٢- إذا تمت تصفية صاحب الامتياز أو حلّه، أو تنازل عن أعمال الامتياز أو المنفعة منها لدائنيه، أو تصرف في الأصول المتعلقة بأعمال الامتياز للغير.

العديد من أحكامه^(٧٢). بل ذهب القضاء الفرنسي إلى أبعد من ذلك بأن أعطى المانح الحق في رفض التجديد دون أن يكون مجبراً على تبرير ذلك الرفض^(٧٣).

المطلب الثاني: موقف النظام (القانون) السعودي

لأهمية موضوع تجديد عقد الامتياز فقد تناولته نظام الامتياز تحت فصلٍ كامل وهو الفصل الثامن، وبيّن فيه القانون الافتراضي، والآلية التي يجب اتباعها عند الرغبة في التجديد، والأحوال التي لا يتم فيها التجديد. في البداية يجب التأكيد على أنه متى ما تضمن العقد أي بند يتعلق بحق التجديد أو عدمه فإن ذلك البند يجب أن يكون محل احترام والتزام، وهذا ما أكدته صدر المادة (١٥) من النظام حيث نصّ على أنه: "ما لم تنص اتفاقية الامتياز على غير ذلك...". واللائحة أيضاً جاءت مؤكدة لتضمنين العقد بالبند المتعلقة بالتجديد متى ما وجدت، فقد نصت الفقرة (د) من المادة (٨) على أنه: "يجب أن تتضمن اتفاقية الامتياز... [بالإضافة إلى بعض المتطلبات]... حق صاحب الامتياز في تجديد أو عدم تجديد اتفاقية الامتياز أو تمديدها، إن وجد". لذلك ربما ينصّ العقد صراحة على حق صاحب الامتياز في التجديد، وعادة يرافق ذلك النص الآلية والطريقة التي يتم بها ذلك التجديد، كالإخطار السابق، والمدة اللازمة لذلك، وربما ينصّ العقد صراحة على عكس ذلك، كأن يكون العقد غير قابل للتجديد وبأنه لا حق لصاحب الامتياز في ذلك، وعلى كل حال متى ما تضمن العقد أي بنود سليمة شرعاً ونظاماً فالأصل هو التقيد بها.

(٧٢) انظر على سبيل المثال قضية: Cass. Com, 5 juillet 1994, pourvoi n 92-17918; T. com. Paris, 6 mai 1997, LPA 31 aout 2000, n 174, p. 4, obs. Y. Marot

(٧٣) قضية: T. com. Paris, 6 mai 1997, prec: le Tribunal a juge que "le non-renouvellement etait un droit appartenant au franchiseur qui pouvait l'exercer sans qu'il soit de justifier sa decision"

من المتغيرات، والتي تستدعي أن يكون هناك ضابط ومسطره لما يمكن أن يكون سبباً مشروعاً كما تبناه بعض القانون المقارن.

الحالة الثالثة: عدم دفع صاحب الامتياز المقابل المستحق بموجب اتفاقية الامتياز. وهذا بلا شك أهم التزام يقع على عاتق صاحب الامتياز، فلجوء المانح لمنح الرخصة لاستعمال اسمه وعلامته التجارية إنما هو في الحقيقة بحثاً عن المقابل المالي، وهذا المقابل قد يكون رسوماً سنوية، أو نسبة معينة من المبيعات أو الأرباح. والإخلال بدفع هذا المقابل يُعد إخلالاً بالالتزام أساسي، وهذا ينسجم مع ما هو مطبق في القوانين المقارنة المطبقة لفكرة السبب المشروع^(٧٤).

الحالة الرابعة: موافقة مانح الامتياز لصاحب الامتياز على التنازل عن اتفاقية الامتياز وأعمال الامتياز في أثناء سريان مدة العقد لشخص مستوفٍ للمعايير المعتمدة من قبل المانح. بالرغم من عدم ممانعة نظام الامتياز من قيام صاحب الامتياز بالتنازل عن اتفاقية الامتياز للغير طبقاً لشروط وضوابط معينة، إلا أن من تبعات هذا التنازل عدم أحقية صاحب الامتياز في طلب التجديد.

الحالة الخامسة: إذا لم يعد مانح الامتياز راعياً في ممارسة أعمال الامتياز، أو في منح امتياز بشأنها في المملكة. وفي القانون المقارن شهد موضوع انسحاب المانح من السوق خلافاً حول مدى الاعتراف به من عدمه على كونه مبرراً يتيح للمانح سواء إنهاء العقد أو تجديده، لذلك ذهب بعض الولايات الأمريكية إلى الاعتداد به شرط أن يكون ذلك الانسحاب كلياً وألاً يكون ذلك على أساس من التمييز^(٧٥)، بينما ذهب البعض إلى اشتراط أن يكون لدى المانح أسباب تجارية مقنعة وسليمة

(٧٤) انظر على سبيل المثال قضية: Dunkin Donuts of Am. v. Middletown Donut Corp., 100 N.J. Super. 166, 495 A.2d 66, (1985).

(٧٥) انظر قضية: Morley-Murphy Co. v. Zenith Elecs. Corp 942 F. Supp. 419 (1996).

٣- إذا ترك صاحب الامتياز أو توقف طوعاً عن ممارسة أعمال الامتياز لمدة تزيد على ٩٠ يوماً متتالية.

٤- إذا تكرر عدم التزام صاحب الامتياز بأحكام اتفاقية الامتياز أو أي اتفاقية أخرى مبرمة مع مانح الامتياز أو شخص ضمن مجموعته في شأن الامتياز على الرغم من قيام مانح الامتياز بإخطاره كتابة بأداء التزاماته.

٥- إذا كان في ممارسة صاحب الامتياز لأعمال الامتياز خطر على الصحة والسلامة العامة.

٦- إذا فقد صاحب الامتياز أيّاً من التراخيص اللازمة لممارسة أعماله.

٧- إذا ارتكب صاحب الامتياز مخالفات جوهرية لأي من أحكام الأنظمة المعمول بها في المملكة تؤثر سلباً في سمعة أعمال الامتياز.

٨- إذا ارتكب صاحب الامتياز فعلاً من أفعال الغش التجاري عند ممارسة أعمال الامتياز.

٩- إذا تعدى صاحب الامتياز على حقوق الملكية الفكرية لمانح الامتياز خلال سريان اتفاقية الامتياز.

١٠- أي حالة أخرى تنص اتفاقية الامتياز على كونها سبباً مشروعاً للإلغاء.

لذلك، عند تحقق إحدى هذه الفقرات العشر فإن ذلك يعد سبباً مشروعاً طبقاً للنظام، وعلى ضوءه يحق للمانح رفض طلب صاحب الامتياز بالتجديد. ويلاحظ على نص المادة أنها لم تُعط تعريفاً أو إطاراً شاملاً ابتداءً مما يمكن أن يسمى بالسبب المشروع كما هو مطبق في بعض القوانين المقارنة، وعوضاً عن ذلك قام بسرد نقاط معينة تمثل في ذاتها السبب المشروع. ومع ذلك نعتقد لو أن المنظم وضع إطاراً تعريفياً للسبب المشروع في صدر المادة لكان أحوط وأجدي، وذلك بسبب أن عقد الامتياز ذو طبيعة معقدة في تركيبته، بالإضافة لاستمرار هذا النوع من العقود لفترات طويلة مما يكون معه والحالة تلك إلى أن يكون عرضة لكثير

النوع من العقود؛ إذ يكون هو الطرف القوي والمتحكم بنسبة كبيرة لشروطه عكس صاحب الامتياز، مما بلغ الحد معه إلى زعم البعض أن عقد الامتياز هو في حقيقته عقد إذعان^(٧٨).

إلا أننا نعتقد أن هذا الموقف القانوني القائم على تقييد حرية المانح في رفض التجديد هو محل نظر. فبالرغم من وجهة المبررات المساقاة أعلاه، فإنه عندما يستحضر أنها تأتي في مواجهة مع مبدأ وأصل عام في العقود وهو الحرية التعاقدية ستكون في موقف ضعيف. إذ كيف تُنزع حرية التعاقد من المانح ويُلزم بتجديد علاقة ربما لا يرغب في المضي فيها بالرغم من قيامه في أثناء سريان مدتها الأصلية بتنفيذ جميع التزاماته بأكملها؟ ثم إن التبرير القاضي بأن صاحب الامتياز حقق مكتسبات في منطقتة الجغرافية طوال مدة سريان العقد وأنه من الظلم انصرافها بالأخير للمانح بلا أي مقابل، فإن هذا التبرير ليس في محله، فليس بالضرورة أن يؤدي نشاط صاحب الامتياز إلى المساهمة في إبراز وإشهار العلامة والاسم التجاريين أكثر مما هما عليه، ومما يؤكد هذا الأمر هو موقف المشرع الكويتي حينما ربط استحقاق صاحب الامتياز للتعويض جراء عدم تجديد العقد بشرط تحقيق نشاطه لنجاح ظاهر في ترويج الاسم والعلامة التجاريين محل الامتياز.

وخلاصة الحديث أن تقييد حرية المانح في مسألة التجديد فيه مصادمة لمبدأ مهم وهو حرية التعاقد، وهذه الحرية مقررة لكل شخص؛ والتي تقضي بأن يتمتع كل شخص بحرية التعاقد أو رفضه، وذلك ليس محصوراً فقط على إبرام العقد لأول مرة بل تسري هذه الحرية كذلك على تجديد العقود التي انقضت مدتها الأصلية، وذلك نظراً إلى كون الامتناع عن تجديد العقد يمثل رفضاً لعرض إبرام عقد جديد. بالإضافة إلى أن هذا التقييد قد يؤدي إلى انعكاسات اقتصادية سلبية، وذلك من خلال عدم تشجيع مانحي الامتياز للدخول في علاقات تعاقدية.

لانسحاب كفضل خط الإنتاج^(٧٩)، وذهب البعض إلى عدم الاعتداد بانسحاب المانح تجارياً من المنقطة الجغرافية يتيح له الحق في إنهاء العقد أو عدم تجديده^(٨٠).

الحالة السادسة: عدم إبرام صاحب الامتياز اتفاق التجديد أو التمديد وفقاً للمتطلبات المعقولة لمانح الامتياز قبل ٦٠ يوماً على الأقل من انتهاء مدة اتفاقية الامتياز.

وبعد مناقشة لما تضمنته المادة (١٥) يتضح موقف المنظم السعودي من مسألة تجديد عقد الامتياز، حيث جاء مقيداً لحرية مانح الامتياز في التجديد. لذلك عندما يكون العقد صامتاً عن موضوع تجديد العقد وعند قيام صاحب الامتياز بتوجيه إشعار إلى المانح بطلب التجديد قبل انتهاء المدة الأصلية للعقد بمائة وثمانين يوماً، لا يحق للمانح رفض التجديد إلا بتوافر إحدى الحالات الست المنصوص عليها في المادة، ومعنى ذلك أن الأصل هو تقييد حرية المانح، وما الحالات الست الواردة أعلاه إلا استثناء.

بالإمكان تفهّم الأسباب والمبررات خلف هذا الموقف من تقييد حرية المانح، فقد يكون المبرر هو حفظ حق صاحب الامتياز وذلك للمكتسبات التي حققها طوال فترة العقد للاسم والعلامة التجاريين للمانح من خلال تحقيق انتشار أوسع أو تكوين ثروة علاقات من العملاء أو غيرها، فيكون رفض المانح طلب صاحب الامتياز للتجديد دون أن يكون ذلك مستنداً على ما يبرره فيه هضم لحقوق هذا الأخير. إضافة إلى ما تقدم، يمكن أيضاً تبرير هذا الموقف من أن المانح في الغالب الأعم ذو خبرة ودراية في مجاله ويُفترض إلمامه بأدق التفاصيل وأخذ جميع الاحتياطات قبل الدخول في أي علاقة تعاقدية، وذلك عكس الطرف الآخر وهو صاحب الامتياز الذي هو بحاجة لحفظ حقه، هذا بجانب الحقيقة القاضية بقوة المانح في هذا

(٧٦) انظر قضية: Schott Motorcycle Supply, Inc. v Am Honda

.Motor Co., 976 F.2d, (1992)

(٧٧) انظر قضية: Volvo Trademark Holding Akt v AIS Constr.

.Equip. Corp., 416 F. Supp. 2d 404, (2006)

(78) Peter C. Lagarias and Edward Kushell, Fair Franchise Agreement from the Franchise Perspective, 33 Franchise L. J., (2013), pp. 5-7; William L. Killion, The Modern Myth of the Vulnerable Franchisee: The Case for a More Balanced View of the Franchisor-Franchisee Relationship, 28 Franchise L. J., (2008), p. 29.

المبحث الثاني:

الآثار المترتبة على عدم تجديد عقد الامتياز التجاري

في المبحث السابق أوضحنا موقف المنظم السعودي من مسألة تجديد عقد الامتياز، والذي أخذ بالاتجاه القاضي بتقييد حرية المانح في رفض التجديد، إلا في حالات معينة نص عليها النظام يحق بموجبها الرفض. وعلى أية حال فعند رفض المانح تجديد العقد عند انتهاء مدته الأصلية، وسواء أكان ذلك الرفض مبرراً أم لا فإن مؤدى ذلك بطبيعة الحال هو انقضاء العقد.

ونظراً لتعدد الالتزامات الناشئة عن عقد الامتياز وتشابك مصالح أطرافه، فإن انقضاءه حتماً لن يكون بلا نتائج لاحقة، لذلك تنقضي الالتزامات المتقابلة بين أطرافه مع انتهاء العقد كتوقف صاحب الامتياز عن دفع المقابل المالي، وعن استخدام الاسم والعلامة التجاريين، وتوقف المانح عن تقديم المساعدة الفنية والتدريب، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تستمر أو تنشأ بعض الالتزامات عند انقضاء العقد كالتزام صاحب الامتياز بالمحافظة على سرية المعرفة التي تحصل عليها في أثناء سريان العقد، والالتزام بعدم المنافسة، والالتزام بالتعويض إذا كان له مقتضى.

إلا أنه يبرز في هذا المقام مسألتان شائكتان تتطلبان تسليط الضوء عليهما نظراً لأهميتهما: الأولى، هي تعويض الأضرار الناتجة عن عدم تجديد العقد، والثانية، هي ما يتعلق بمآل المخزون المتبقي من البضائع بعد انقضاء العقد الناتج عن رفض التجديد؛ لذلك سنتناول كل مسألة على حدة.

المطلب الأول: تعويض الأضرار الناجمة عن عدم تجديد العقد

بيننا سابقاً أن نظام الامتياز تبنى فكرة تقييد حرية المانح في رفض تجديد العقد، ومن ثم قيام المسؤولية التعاقدية عند مخالفة ذلك. وجاء الفصل العاشر من نظام الامتياز لبيّان موضوع التعويض، ومما جاء تحت هذا الفصل المادة (٢٠) لتحكم بالتعويض سواء للمانح أو صاحب الامتياز في حالات محددة، إذ نصت على ما يلي: "١ - إذا لم يرغب المانح الامتياز في تجديد

اتفاقية الامتياز أو تمديدها لأي سبب غير الحالات المنصوص عليها في الفقرات من (٢) إلى (٥) من المادة (الخامسة عشر) من النظام، يلتزم مانح الامتياز - سواء بنفسه أو عبر أي شخص ضمن مجموعته - بما يلي: [أ] إعادة شراء الأصول المادية المستخدمة حصراً في أعمال الامتياز [ب] فيما عدا حالة عدم رغبة مانح الامتياز في تجديد اتفاقية الامتياز أو تمديدها لأي سبب غير الحالات المنصوص عليها في الفقرات من (٢) إلى (٥) من المادة (الخامسة عشر) من النظام، تعويض صاحب الامتياز عن أي خسارة تكبدها لتأسيس أعمال الامتياز في المملكة أو الاستحواذ عليها أو تشغيلها، وأي ضرر آخر لحق به".

أتت هذه المادة لتعالج الأثر المترتب للعديد من الحالات وهي: عند قيام طلب صاحب الامتياز بإنهاء عقد الامتياز بسبب إخلال المانح بالتزاماته المتعلقة بالإفصاح أو القيد، وعند إنهاء المانح للعقد أثناء سريانه وذلك بسبب مشروع، وعند رغبة المانح في عدم تجديد العقد، وما يهمننا في هذا المقام هو الحالة الأخيرة. إلا أن تناول هذه المادة للأثر المترتب عند رفض تجديد العقد هو محل نظر لعدة أوجه.

الوجه الأول: بالرجوع لما نصت عليه المادة (١٥) من أن حرية المانح في رفض تجديد العقد مقيدة بتوافر حالات معينة، فالوضع الطبيعي والمفترض أن يلي ذلك بيان المعالجة القانونية عند مخالفة تلك المادة؛ أي بيان الأثر المترتب عند قيام المانح برفض التجديد دون أن يكون ذلك مستنداً على أي من تلك الحالات الست. إلا أن تركيز المادة (٢٠) أتى ليضمّد موقف صاحب الامتياز وذلك ما بين تعويض وإعادة شراء أصول، وذلك عند قيام المانح بممارسة حقه في رفض التجديد استناداً للمادة (١٥)؛ أي مستنداً على توافر أي من الحالات الست التي تتيح له الحرية في رفض التجديد! ولذلك كان من الأخرى أن تعالج المادة حالات رفض المانح للتجديد دون أن يكون ذلك مستنداً على أي من الحالات الست؛ أي معالجة الأثر المترتب على إخلال المانح لا عدم إخلاله.

الامتياز؛ لأن فعل الغش الذي ارتكبه صاحب الامتياز يلحق الضرر بسمعة الاسم والعلامة التجاريين للمانح بالضرورة. إضافة إلى ما سبق، لا يوجد ما يبرر التمييز بين الحالات الست وذلك من خلال ترتيب الالتزام بالتعويض عند وقوع بعضها، كالحالات من (٢) إلى (٥)، وترتيب الالتزام بإعادة شراء الأصول عند وقوع بعضها الآخر وهي حالة (١) و (٦)، فعلى سبيل المثال إذا استند المانح في رفضه لتجديد العقد إلى ارتكاب صاحب الامتياز فعلاً من أفعال الغش فموجب النظام يتم تعويض هذا الأخير، أما لو استند المانح في رفضه للتجديد على عدم إبرام صاحب الامتياز اتفاق التجديد قبل ٦٠ يوماً من انتهاء العقد فهنا يُلزم بإعادة شراء الأصول متى ما رغب الطرف الثاني.

وعلى كل حال، فمتى تم الحكم بالتعويض نتيجة لرفض المانح لتجديد العقد فإن هذا التعويض ووفقاً لنص المادة يكون عن أي خسارة تكبدها صاحب الامتياز لتأسيس أعمال الامتياز في المملكة أو الاستحواذ عليها أو تشغيلها، وأي ضرر آخر لحق به.

الفرع الأول: الأساس القانوني للتعويض

فيما يتعلق بالأساس القانوني لحق صاحب الامتياز في الحصول على التعويض، فقد ذهب بعض الفقه إلى القول بأن هذا الحق ليس إلا جزءاً مستحق ناجم من تركيبة وطبيعة هذا العقد، وذلك يتمثل في كونه أجراً مؤجلاً يستحقه صاحب الامتياز عند عدم التجديد^(٧٩). في حين ذهب رأي آخر إلى تأسيس هذا الحق بناء على نظرية التعسف في استعمال الحق، ففي عقود الامتياز يكون المانح هو الطرف القوي؛ لذلك ليس من العدالة أن يستغل هذه القوة في المركز وأن ينفرد برأيه في موضوع تجديد العقد دون

الوجه الثاني: أن المادة في معالجتها لحالة رفض المانح للتجديد وذلك استناداً للحالات الست، تظهر أنها قائمة على أساس غير واضح، إذ جاءت لتمايز بين هذه الحالات من خلال الحكم بالتعويض لبعضها وإعادة الشراء للأصول لبعضها الآخر. وللإيضاح أكثر، فإن منطوق المادة ينص على أنه يلتزم المانح بتعويض صاحب الامتياز في حالة عدم رغبته في تجديد اتفاقية الامتياز إذا كان ذلك الرفض بسبب توافر الحالات من (٢) إلى (٥) من الحالات الست، إلا أنه بالنظر لهذه الحالات من (٢) إلى (٥) نجد أنها مختلفة في طبيعتها ومصدرها عن بعضها، ويُفترض والحال كذلك أن يكون الوضع الطبيعي هو اختلاف المعالجة القانونية لها، فالحالة رقم (٢) و (٣)، على سبيل المثال، قائمة على إخلال صاحب الامتياز بالتزاماته التعاقدية، كارتكابه فعلاً من أفعال الغش التجاري، أو تعديه على حقوق الملكية الفكرية للمانح، أو عدم دفعه للمقابل المستحق من العقد، وأما الحالة رقم (٥) فقائمة على عدم رغبة مانح الامتياز في منح أعمال الامتياز لنشاطه التجاري داخل المملكة.

وللإيضاح أكثر مؤدى نص المادة يشير إلى أن المانح يلتزم بتعويض صاحب الامتياز عند رفضه لتجديد العقد بعد انتهاء مدته الأصلية، سواء أكان ذلك الرفض نتيجة لقيام صاحب الامتياز بارتكاب فعل من أفعال الغش، أو كان نتيجة لعدم رغبة المانح في منح أعمال الامتياز لنشاطه التجاري في المملكة. وبالنظر لهذين السببين يمكن ملاحظة الفرق الشاسع بينهما مما يسهل القول معه بأنه يمكن استساغته الحكم بالتعويض في الحالة الثانية؛ لأن رفض التجديد راجع لرغبة المانح ودون إخلال من صاحب الامتياز، لكن ما لا يمكن استساغته أو فهمه هو كما في الحالة الأولى؛ لأنه ليس من مقتضى العدالة أن يتم تعويض الطرف المخل وهو صاحب الامتياز في هذه الحالة، فكما هو معلوم أن الحكم بالتعويض لا يتأتى إلا بتوافر ركن الخطأ وهذا غير متحقق والحالة تلك، بل العكس من ذلك، فالتعويض إن كان له مقتضى في هذا الموضوع فالأحق به المانح لا صاحب

(٧٩) أكثم الخولي، الوسيط في القانون التجاري، الجزء الرابع، العقود

التجارية، القاهرة، (١٩٥٨م)، ص ٢٦٩.

الاسم والعلامة التجاريين للمانح^(٨٣)، وفي هذا دلالة على أن عمل صاحب الامتياز قد لا يحقق مكاسب للمانح بل ربما يكون العكس من ذلك؛ فعلى سبيل المثال قد يقدم منتجات مانح الامتياز بصورة رديئة ويضر بسمعته.

يتضح مما سبق أنه لا يوجد هناك أساس قانوني واضح ومتين يمكن الاستناد إليه في منح صاحب الامتياز للتعويض عند قيام مانح الامتياز برفض تجديد العقد، وهذا يعزز ما يراه الباحث من أن تقييد حرية المانح في رفض تجديد العقد وإلزامه بدفع تعويض لصاحب الامتياز عند عدم التجديد بدون سبب مشروع كما جاء في نظام الامتياز التجاري السعودي، هو محل نظر؛ لما فيه من المصادمة لمبدأ الحرية التعاقدية.

المطلب الثاني: مآل المخزون المتبقي من البضائع بعد انقضاء العقد
من المسائل التي تثير الإشكال عند انقضاء عقد الامتياز التجاري هي مآل البضائع أو المخزون المتبقي لدى صاحب الامتياز، فقد يجد صاحب الامتياز نفسه في وضع لا يحسد عليه عند عدم تمكنه من بيع المخزون المتبقي من نشاط الامتياز، لاسيما إذا لم يوجد بند في العقد يعالج هذا الأمر، وتبرز الإشكالية بشكل أكبر حينما تكون تلك البضائع أو السلع مرتبطة بشكل خاص بنشاط الامتياز، كأن تحمل العلامة التجارية للمانح. ولهذا يظهر على السطح العديد من الإشكالات: كمدى أحقية صاحب الامتياز بالاحتفاظ بهذا المخزون، أو مدى أحقية المانح في استردادها، وذلك بذريعة أن العقد الذي رُخص لصاحب الامتياز بموجبه بيع تلك البضائع قد حدد أن يكون ذلك خلال فترة العقد؟

(٨٣) طعن بالتمييز كويتي رقم (٩٢/٧٩) تجاري، جلسة ١/٣/١٩٩٣م، مجلة القضاء والقانون، السنة ١١، الجزء الأول، قاعدة رقم (٣)، ص ٤٠ وما بعدها. حيث رفضت المحكمة التعويض بناء إلى ما ورد في تقرير الخبير من عدم توافر الشرط الثاني من شرطي استحقاق التعويض المنصوص عليها في المادة (٢٨٢) من أن العقد استمر لفترة خمس سنوات وفي الحقيقة لم يثمر إلا في إبرام عقدين فقط. انظر: محمود أحمد الكندري، مرجع سابق، ص ١٥٧.

أن يكون ذلك مستنداً إلى سبب يعطيه هذا الحق ودون اعتبار إلى مصالح الطرف الآخر وما بذله وحققه من مكتسبات للاسم والعلامة التجاريين للمانح^(٨٤). إلا أن هذا التأسيس القانوني هو محل نظر، فكما هو معلوم أن التعسف في استعمال الحق قد يتحقق وذلك إذا قصد منه إيقاع الضرر، أو كان في ممارسته رجحان للضرر، لكن هذا ليس هو الحال دائماً حينما يرفض مانح الامتياز تجديد العقد، وخلاصة ذلك أنه ليس بأساس متين يمكن أن يؤسس عليه الحق في التعويض، وذلك طبعاً على التسليم أساساً بأحقية التعويض.

وذهب رأي ثالث إلى أنه يمكن أن يؤسس هذا الحق في التعويض على نظرية الإثراء بلا سبب، وذلك على اعتبار أن مانح الامتياز سوف يثري على حساب صاحب الامتياز بلا سبب؛ فلولا عمل صاحب الامتياز وبذله للمجهود لما تحقق للمانح تلك المكتسبات، سواء إشهار الاسم والعلامة التجاريين، أو زيادة المبيعات، أو بناء شبكة من العملاء وغيرها من المكتسبات الأخرى^(٨٥). إلا أن هذا التأسيس القانوني ليس صحيحاً في كل الأحوال، فليس من الضروري دائماً أن يؤدي عمل صاحب الامتياز لتحقيق تلك المكتسبات، وهذه الحقيقة أكدها القانون الكويتي^(٨٦) الذي ربط استحقاق صاحب الامتياز للتعويض بما حققه من مكتسبات لصالح

(٨٠) عبدالمهدي الغامدي، إشكاليات الامتياز التجاري في المملكة العربية السعودية: دراسة تحليلية نقدية، مجلة جامعة الملك عبدالعزيز: الاقتصاد والإدارة، مج (٢٩)، ع (١)، (٢٠١٥م)، ص ٣٠٤.

(٨١) محسن شفيق، الموجز في القانون التجاري، القاهرة: دار النهضة العربية، (١٩٦٩م)، ص ٨٦؛ محمود أحمد الكندري، أهم المشكلات العملية التي يواجهها عقد الامتياز التجاري، مجلة الحقوق بجامعة الكويت، مج (٢٤)، ع (٤)، (٢٠٠٠م)، ص ١٦٠.

(٨٢) المادة (٢٨٢) من قانون التجارة الكويتي. للحدث عن الموقف القانوني الكويتي انظر المبحث الثاني: المطلب الأول. موقف القانون المقارن. ص ١٥.

التي ليس من اليسير بيعها لطرف ثالث وذلك عند انقضاء العقد وكان ذلك الانقضاء بسبب راجع لخطئه. وعلى العكس من ذلك، متى ما كان الانقضاء راجع لخطأ صاحب الامتياز فليس هناك أي التزام على عاتق المانح بشراء تلك السلع والمعدات؛ ومن ثمّ يكون الالتزام بالشراء مرتبط بوجود الخطأ^(٨٧)، وأما القضاء الفرنسي فلم يحكم بالزام المانح بالشراء وذلك عند عدم وجود بند يلزمه بذلك^(٨٨)، ومع ذلك يمكن للمحكمة أن تحكم بخلاف ما اشترط في العقد وذلك في أحوال ضيقة ووفقاً لظروف معينة؛ لذلك فقد حكمت المحكمة الفرنسية بالزام المانح بالشراء عند إنهائه العقد تعسفياً وذلك جزء من التعويض لصاحب الامتياز^(٨٩)، وأيضاً يمكن إعفاء المانح من الشراء عند إنهائه العقد بسبب أخطاء صاحب الامتياز المتكررة، بالرغم من النص صراحة على التزام المانح بالشراء^(٩٠).

وفي نظام الامتياز التجاري نصّت الفقرة (١/أ) من المادة (٢٠) على إلزام المانح بإعادة شراء الأصول المادية المستخدمة حصراً في أعمال الامتياز التي قام صاحب الامتياز بشراؤها منه أو من غيره بناء على توجيهاته، ويدخل تحت هذا المفهوم الآلات والمعدات التي يستلزم نشاط الامتياز توافرها خاصةً، وكذلك المواد الخام للسلع المراد إنتاجها، أو السلع والمنتجات التي تحمل العلامة التجارية للمانح. ووفقاً لذات المادة يُعاد شراء هذه الأصول المادية بثمن لا يقل عن الثمن الذي دفعه صاحب الامتياز مخصوماً منه مقدار ما استهلك منها، ويُحتسب مبلغ الاستهلاك وفقاً للمعايير المحاسبية المتعارف عليها والممارسات المحاسبية السابقة لصاحب الامتياز. ويتم هذا الشراء بطلب كتابي يتقدم به صاحب الامتياز إلى المانح خلال

في البداية يجب التأكيد على أنه متى ما تضمن العقد أي شرط يتعلق بمصير البضائع أو السلع بعد انقضاء العقد فهذا الشرط يجب أن يكون نافذاً وملزماً للأطراف المتعاقدة، كأن يُنص صراحة في العقد على التزام المانح بشراؤها أو السماح لصاحب الامتياز ببيعها لطرف ثالث، وذلك إعمالاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ولكن تكمن الإشكالية حين يخلو العقد من أي شرط حول هذا الأمر. قبل الإجابة يجب أن يُعلم أن هذه الإشكالية متفاوتة في وجودها وذلك بالنظر إلى نمط أو شكل الامتياز محل العقد^(٩١)، فبروز هذا الإشكال في نمط الامتياز القائم على "الامتياز الصناعي" و "الامتياز التوزيعي"، حيث الاعتماد بالدرجة الأولى على السلع والبضائع، أكثر منه في نمط "امتياز صيغة العمل"، حيث الاعتماد بالدرجة الأولى على السمعة والشهرة للعلامة التجارية وعدم قيام صاحب الامتياز عادة بإنتاج أو تصنيع أي سلعة.

وقبل البدء في دراسة نظام الامتياز التجاري لهذه المسألة يستحسن أن تُؤخذ لمحة بسيرة عما هو معمول به في القانون المقارن بهدف استيعاب موقف المنظم السعودي، ففي الولايات المتحدة الأمريكية وتحديدًا في ولاية كاليفورنيا يلتزم المانح أن يعرض على صاحب الامتياز القيام بشراء المخزون المتبقي من البضائع القابل لإعادة البيع وذلك بسعر السوق أو بالسعر الذي تم شراؤه به، وذلك عند رفضه لتجديد العقد دون أن يكون ذلك مبرراً بالسبب المعقول^(٩٢)، وفي ولاية ويسكونسون يلتزم المانح بإعادة شراء جميع المخزون المتبقي الذي بيع سابقاً من قبل المانح على صاحب الامتياز بموجب اتفاقية الامتياز وذلك بالقيمة السوقية العادلة^(٩٣).

إضافة إلى ما سبق، فإن القضاء الألماني، على سبيل المثال، قد ألزم مانح الامتياز بشراء السلع والمعدات ذات الطبيعة الخاصة

(87) Milan Parivodic, Termination of Franchise Contract: A Comparative Study, 7 Int'l J. Franchising L., 5, (2009), p. 22.
(٨٨) انظر قضية: C. Cass. Com. 18 July 1984. No. 8215715.

(٨٩) انظر قضية: C. Cass. Com. 26 October 1982, B. Civ. IV No 275.
(٩٠) انظر:

Voillemot, Termination of Franchise and Distribution Agreements - (France), JIF & DL, Vol. 7, (1993), p. 34.

(٨٤) لأنشط نشاط الامتياز التجاري انظر المبحث الأول: المطلب الأول.
تعريف الامتياز التجاري، ص ٧.

(85) California Franchise Investment Law.

(86) Wisconsin Fair Dealership Law.

اللازمة للأطراف المتعاقدة، لاسيما أصحاب الامتياز ذو المشاريع الصغيرة والمتوسطة.

وفي المملكة العربية السعودية صدر نظام الامتياز التجاري بعد ما يقارب ٤٠ عاماً من أول مزاولة لنشاط الامتياز التجاري على أرضيها؛ ليكون معززاً ودافعاً لعجلة تنمية المشاريع الصغيرة والمتوسطة، ومؤكداً على أهمية هذا النموذج التجاري الحديث من خلال خلق بنية تشريعية مستقلة به، ومميّناً كذلك نظرة المنظم التي جاءت لتمييز بين عقد الامتياز عما يشته به من العقود والاتفاقيات الأخرى وعلى وجه الخصوص عقد الوكالة التجارية.

وهذا النظام أتى ليضع النقاط على العديد من الحروف، وليعالج الكثير من المسائل المتعلقة بتعاملات الامتياز التجاري في المملكة. ويمكن إجمال أبرز المسائل التي عالجها نظام الامتياز في شقين: الأول هو المتعلق بالالتزامات السابقة لعقد الامتياز، ويأتي في مقدمتها إجبار المانح بالإفصاح والقيود لدى وزارة التجارة. أما الثاني وهو الأكثر حساسية وأهمية، هو ما يتصل بتنظيم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة بعد انقضاء العقد، ومن أبرز مواضيعه التنازل عن عقد الامتياز، وموضوع تجديد العقد، وموضوع انقضاء العقد؛ إذ كان الوضع القائم قبل صدور النظام فيما يتعلق بهذا الشأن يشهد فراغاً تشريعياً ورؤية ضبابية كانت محلاً خصباً لاجتهادات وتنازع الفقهاء.

وأما مسألة تجديد عقد الامتياز التي كانت محل تركيز هذا البحث، فقد كان التساؤل يدور حول موقف المنظم السعودي من تقييد حرية المانح في رفض تجديد العقد بعد انتهاء مدته الأصلية، وذلك في ظل عدم وجود بند في العقد يتناول حق التجديد. فعلى صعيد القانون المقارن تباينت الاتجاهات التشريعية وذلك ما بين أخذ بتقييد لتلك الحرية وربطها بتوافر أسباب معقولة، وذلك تأسيساً على العديد من التبريرات كالإثراء بلا سبب، والتعسف في استعمال الحق، وما بين أخذ بإطلاق الحرية للمانح في رفض التجديد متى ما انتهت المدة

مدة ٦٠ يوماً من رفض تجديد العقد^(٩١)، والمانح بدوره يلتزم بإجابة صاحب الامتياز بإعادة الشراء وذلك خلال مدة ٦٠ يوماً من تاريخ الطلب^(٩٢). إلا أنه تجدر الإشارة أن الإلزام غير وارد عند كل حالة رفض للتجديد من قبل المانح، فوفقاً لما جاء في بداية المادة (٢٠)، فإن هذا الإلزام بإعادة الشراء غير متاح عند رفض التجديد استناداً على الحالات من (٢) إلى (٥) من الحالات الست، فلا يسري الالتزام بإعادة الشراء عند رفض التجديد استناداً إليها، فعلى سبيل المثال يسري عند رفض التجديد استناداً على عدم إبرام صاحب الامتياز اتفاق التجديد مع المانح قبل ٦٠ يوماً من انتهاء مدة عقد الامتياز وذلك وفقاً للنظام، أو كان ذلك الرفض للتجديد لا يقوم على أي سبب مشروع.

الخاتمة

عقد الامتياز التجاري بات على أرض الواقع من أبرز العقود التجارية التي تغطي بانتشار واسع، وأصبح من الضرورة أن يواكب ذلك البروز الوقوف ومدارسة ما يتعلق به من أحكام. وهذا النوع من العقود يرخّص بموجبه أحد الأطراف (المانح) لما يمتلكه من تقنية وعلامة تجارية واسعة الانتشار مرتبطين بخدمة أو منتج معين، للطرف الآخر (صاحب الامتياز)، وهذه الرابطة التعاقدية يندرج تحتها العديد من الالتزامات المتعددة والمعقدة، مما يعني أن هذا النوع من الرابطة قائم على التعاون والتفاهم المؤدي إلى تحقيق مصالح أطرافه على حدّ سواء. إلا أن هذا النوع من العقود يتصف حقيقة بعدم توازن القوى بين أطرافه المتعاقدة؛ نظراً لطبيعته الخاصة؛ إذ تميل هذه القوة إلى جانب المانح، والذي يعني ضرورة إيجاد إطار قانوني يحقق التوازن ويوفر الحماية

(٩١) الفقرة الثانية من المادة (١٢) من اللائحة التنفيذية لنظام الامتياز التجاري.

(٩٢) الفقرة (١/أ) من المادة (٢٠) من نظام الامتياز التجاري.

التعويض حال تحقق بعضها وإعادة شراء الأصول عند تحقق البعض الآخر. لذلك نرى تعديل المادة (٢٠) لتتناول بالدرجة الأولى الأثر المترتب عند مخالفة المانع لما جاء في المادة (١٥)؛ أي عند قيامه برفض التجديد دون استناد لأي من الحالات الست والمنصوص عليها في ذات المادة، أي رفض التجديد بدون وجود سبب مشروع، وذلك سواء بالتعويض أو بإعادة شراء الأصول.

وعلى كل حال، فإنه متى ما حُكم بالتعويض فضابطه هو أي خسارة لصاحب الامتياز لتأسيس أعمال الامتياز في المملكة أو الاستحواذ عليها أو تشغيلها، وأي ضرر آخر لحق به. في حين أن إعادة شراء الأصول فهي متعلقة بالأصول المادية المستخدمة حصراً في أعمال الامتياز التي اشتراها صاحب الامتياز من المانع أو من غيره بناء على توجيهاته، وذلك بما تشمله تلك الأصول من آلات ومعدات و مواد خام و سلع بثمن لا يقل عن الثمن الذي دفعه صاحب الامتياز مطروحاً منه مقدار ما استهلك، وذلك وفقاً للمعايير المحاسبية المتعارف عليها والممارسات المحاسبية السابقة لصاحب الامتياز.

المراجع

أولاً: القوانين واللوائح والقرارات العربية

- نظام الامتياز التجاري.
- نظام براءات الاختراع والتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة والأصناف النباتية والناذج الصناعية.
- نظام العلامات التجارية.
- اللائحة التنفيذية لنظام الامتياز التجاري.
- لائحة حماية المعلومات التجارية السرية.
- قرار وزير التجارة رقم (١٠١٢).
- قانون التجارة الإماراتي.
- قانون التجارة الكويتي.
- قانون التجارة المصري.

الأصلية للعقد، وذلك تمسكاً وتماشياً مع مبدأ الحرية التعاقدية. وأتى نظام الامتياز السعودي ليبيّن موقفه حول هذه المسألة متبنيّاً الاتجاه القاضي بتقييد حرية المانع في رفض التجديد، وذلك بالنص صراحة على أن لصاحب الامتياز الحق في التجديد شرط توجيهه إشعاراً مكتوباً إلى المانع خلال مدة لا تقل عن ١٨٠ يوماً قبل تاريخ انتهاء العقد، ولكن هذا الأمر ليس على إطلاقه، حيث يتمتع المانع بحرية الرفض في التجديد إذا تحققت حالات معينة ومحددة نص عليها النظام، وهي حالات ست تم إيرادها في المادة (١٥). وبالرغم من تحفظنا على تبني نظام الامتياز التجاري للموقف القاضي بتقييد حرية المانع من مسألة رفض التجديد، وذلك لما فيه من مصادمة لمبدأ مهم وأساسي وهو مبدأ حرية التعاقد، فإنه يتضح جلياً موقف النظام القاضي بمناصرة صاحب الامتياز، ويبدو أن المنظم قد رأى ضرورة تدخله في هذه المسألة وذلك بتوفير الحماية له، كونه الطرف الضعيف في عقد الامتياز، وكأنه يقول: إن على المانع متى ما رغب في عدم إلزامه بالتجديد وفقاً للنظام أن ينص صراحة على ذلك في بنود العقد.

وأما الأثر المترتب على رفض المانع للتجديد، فقد انحصرت المعالجة النظامية بإلزام المانع إما بالتعويض أو إعادة شراء الأصول المستخدمة حصراً في نشاط الامتياز. إلا أن النظام وفي معالجته لهذه النقطة أثار العديد من مواطن الاستغراب، فبما أن المنظم تبنى الموقف المقيد لحرية المانع، فقد كان من المفترض أن يتم تطبيق هذه المعالجات - أي التعويض وشراء الأصول - عند امتناع المانع للتجديد بسبب راجع لخطئه؛ أي نتيجة لمخالفته، لا أن تكون بسبب الحالات الست التي أوجدت في الحقيقة كمستند للمانع لرفض التجديد؛ أي نتيجة لعدم مخالفته. وهذا الاستغراب يمتد كذلك إلى التمييز في المعالجة القانونية الناشئة عن وقوع أي من الحالات الست المنصوص عليها في المادة (١٥) التي تتيح للمانع رفض التجديد، وذلك ما بين النص على

- (France) Cass. Com, 5 juillet 1994, pourvoi n 92-17918.
- (France) C. Cass. Com. 26 October 1982, B. Civ. IV No 275.
- (France) C. Cass. Com. 18 July 1984, No. 8215715.
- (France) T. com. Paris, 6 mai 1997, LPA 31 aout 2000, n 174, p. 4, obs. Y. Marot.
- (France) T. com. Paris, 6 mai 1997, prec.

خامساً: المراجع العربية

- الجبر، محمد حسن (١٩٩٧م). العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية. ط ٢، الرياض: جامعة الملك سعود.
- جيلالي، يوسف (٢٠١٢م). النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري: دراسة مقارنة. رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة وهران.

- الحديدي، ياسر محمد (٢٠٠٦م). النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري. دار الفكر العربي.
- الخوانساري، أكثم (١٩٥٨م). الوسيط في القانون التجاري، الجزء الرابع، العقود التجارية. القاهرة.
- شفيق، محسن (١٩٦٩م). الموجز في القانون التجاري. دار النهضة العربية.

- الغامدي، عبدالهادي محمد (٢٠١٥م). إشكاليات الامتياز التجاري في المملكة العربية السعودية: دراسة تحليلية نقدية. مجلة جامعة الملك عبدالعزيز: الاقتصاد والإدارة، مج (٢٩)، ع (١).
- قرمان، عبدالرحمن السيد (٢٠١٩م). العقود التجارية وعمليات البنوك. ط ٩، دار الإجابة.
- القليوبي، سميحة (١٩٩٨م). شرح العقود التجارية. ط ٢، دار النهضة العربية.
- القليوبي، سميحة (٢٠١٨م). الأسس القانونية لعقود الوكالات التجارية. المصرية للنشر والتوزيع.

ثانياً: القوانين الأجنبية

- (Australia) Franchising Code of Conduct.
- (China) Regulation on the Administration of Commercial Franchises.
- (France) The Loi Doubin.
- (Italy) Rules on the Regulation of Franchise.
- (Malaysia) Franchise Act.
- (Russia) Civil Code.
- (U.S.) California Franchise Investment Law.
- (U.S.) Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising.
- (U.S.) Delaware Franchise Security Law.
- (U.S.) Hawaii Franchise Investment Law.
- (U.S.) Illinois Franchise Law.
- (U.S.) Iowa Franchise Act.
- (U.S.) Michigan Franchise Investment Law.
- (U.S.) Minnesota Franchise Act.
- (U.S.) New Jersey Franchise Practices Act.
- (U.S.) North Carolina General Statutes.
- (U.S.) Wisconsin Franchise Investment Law.

ثالثاً: الأحكام القضائية العربية

- طعن بالتمييز الكويتي رقم (٩٢/٧٩) تجاري، جلسة ١٩٩٣/١/٣م، مجلة القضاء والقانون، السنة ١١، الجزء الأول، قاعدة رقم (٣).

رابعاً: الأحكام القضائية الأجنبية

- (U.S.) AAMCO Indus., Inc. v. DeWolf, 250 N.W.2d 835 Minn. (1977).
- (U.S.) Amerada Hess Corp. v. Quinn, 143 N.J. Super. 237, 362 A.2d 1258 (1976).
- (U.S.) Dayan v. McDonald's Corp., 125 Ill. App. 3d 972, 466 N.E.2d 958, (1984).
- (U.S.) Dunkin Donuts of Am. v. Middletown Donut Corp., 100 N.J. Super. 166, 495 A.2d 66, (1985).
- (U.S.) Gen. Aviation, Inc. v. The Cessna Aircraft Co., 13 F.3d 178 (1993).
- (U.S.) Gen. Motors Corp. v. New A.C. Chevrolet, Inc., 263 F.3d 296 (2001).
- (U.S.) Maple Shade Motor Corp. v. KIA Motors of Am., Inc., 384 F. Supp. 2d 770 (2005).
- (U.S.) Morley-Murphy Co. v. Zenith Elecs. Corp 942 F. Supp. 419 (1996).
- (U.S.) Schott Motorcycle Supply, Inc. v Am Honda Motor Co., 976 F.2d, (1992).
- (U.S.) Volvo Trademark Holding Akt v AIS Constr. Equip. Corp., 416 F. Supp. 2d 404, (2006).
- (U.S.) Zeidler, James v. A&W Restaurants, No. 07-1587 (7th Cir. 2007).

- Pitegoff, Thomas M., & Garner, W. Michael (1989). Franchise relationship laws: A minefield for franchisors. *Bus. Law*, 45.
- Pratt, John (2012). Franchising in the United Kingdom. *Franchise Law Journal*, 32.
- Sotos, John (2012). Recent trends in franchise relationship law. *International J. of Franchising L.*, 10.
- Stover, Jason J. (2004). No cure, no problem: State franchise laws and termination for incurable defaults. *Franchise Law J.*, 23.
- Voillemot (1993). Termination of franchise and distribution agreements - (France). *JIF & DL*, 7.
- Wang, Zhiquiong June, & Terry, Andrew (2007). China's long march to a franchise law: The 2007 franchise regulation. *Lawasia J.*, 79.
- Wulff, Erik B. (2005). International franchising. *International Law*, 39.

سابعاً: التقارير

- مجلة الاقتصاد الصادرة عن الغرفة التجارية بالشرقية، أغسطس ٢٠١٧م، العدد (٥٣٦)، ص ٤٦، متوفرة على الرابط التالي:
<http://web.chamber.org.sa/3d/iktisad/issues/536/html5/index.html?page=1&noflash>
- Franchising Industry: A Reference for U.S. Exporters, United States of America Department of Commerce, 2018 edition, at:
https://www.franchise.org/sites/default/files/2019-05/USCS_Franchising_Resource_Guide_2018.pdf.

ثامناً: المواقع الإلكترونية

- الهيئة العامة للمنشآت الصغيرة والمتوسطة "منشآت":
<https://emtiyaz.sa>
- هيئة الفرنشايز البريطانية (BFA): <https://www.thebfa.org>
- المعرض السعودي الدولي للامتياز التجاري والمقام في الرياض بتاريخ ٣٠/٥/٢٠١٩م:
<http://www.saudifranchiseexpo.com/ar/about.php#saudi-franchise-market>

الكندري، محمود أحمد (٢٠٠٠م). أهم المشكلات العملية التي يواجهها عقد الامتياز التجاري. *مجلة الحقوق بجامعة الكويت*، مج (٢٤)، ع (٤).

النجار، محمد محسن (٢٠٠٧م). *عقد الامتياز التجاري Franchise: دراسة في نقل المعارف الفنية*. دار الجامعة الجديدة.

سادساً: المراجع الأجنبية

- Abell, Mark (2011). The regulation of franchising around the world. *International Law Journal Franchising*, 9.
- Amos, James H. (2005). *The Complete Idiot Guide to Franchising*. Alpha.
- Brickley, James (1991). The economic effects of franchise termination law. *Journal of Law and Economics*, 34(1).
- Emerson, Robert W. (2015). Franchising and the parol evidence rule. *Am. Bus. L. J.*, 50.
- Emerson, Robert W. (2016). Franchise termination: Good cause decoded. *Wake Forest L. Rev.*, 51.
- Emerson, Robert W. (2016). Franchise savoir-faire. *Tulane L. Rev.*, 90.
- Emerson, Robert W., & Benoliel, Uri (2012). Are franchisee well-informed? Revising the debate over franchise relationship laws. *Albany L. Rev.*, 76.
- Gandhi, Honey V. (2014). Franchise in the United States. *Law & Bus. Rev. Am.*, 20.
- Gremann, Stewart, & Christie, Alexia (2010). Franchising: To regulate or not to regulate. *International Journal of Franchising Law*, 8.
- Killion, William L (2008). The modern myth of the vulnerable franchisee: The case for a more balanced view of the franchisor-franchisee relationship. *Franchise Law J.*, 28.
- Lagarias, Peter C., & Kushell, Edward (2013). Fair franchise agreement from the franchise perspective. *Franchise Law J.*, 33.
- Parivodic, Milan (2009). Termination of franchise contracts: A comparative study. *International Journal of Franchise Law*, 7(5).

الحصة بالعمل في نظام الشركات التجارية السعودي والقانون المصري

محمد مصطفى عبدالصاوق مرسي

أستاذ القانون التجاري المشارك، كليات الشرق العربي، الرياض

(قدم للنشر في ١٧/٦/١٤٤٢هـ، وقبل للنشر في ٣/٩/١٤٤٢هـ)

ملخص البحث. تقديم حصة بالعمل في الشركات التجارية يقوم على المجهود الذهني أو العضلي للشريك ويقوم على فكرة الاعتبار الشخصي للشريك، لكون مقدمها يدخل كشريك في الشركة ويحصل على الأرباح. وهي حصة غير مالية، لأنها عبارة عن مجهود شخصي يبذله الشريك على مدار حياة الشركة، ولا تدخل في رأس مال الشركة لكونها عملاً شخصياً يتولى الشريك تنفيذه بنفسه دون غيره، ولا تخضع للانتقال للغير، وتنقضي بوفاة أو إعساره.

والحصة بالعمل تعتمد على المهارات والخبرات والمؤهلات العلمية. ويشترط فيها أن يكون عملاً إيجابياً ومفيداً ومستمرًا ومشروعاً. ويتم تقييمها باتفاق الشركاء. وتقديم الحصة بالعمل يتمثل في فرضين، أولهما عند عدم توافر رأس المال النقدي أو العيني عند من يرغب أن يكون شريك، والثاني في حالة تملك الشريك بالعمل الخبرة العملية والعلمية في أحد التخصصات المطلوبة للشركة. وفي هذا البحث تناولنا الشروط الواجب توافرها في الحصة بالعمل، والتزامات مقدم الحصة بالعمل وكيفية تقييم الحصة بالعمل، وحقوق مقدم الحصة بالعمل، وحالات انقضاء حصة الشريك بالعمل. الكلمات المفتاحية: الحصة بالعمل، الشركة، التقييم، الانقضاء، الأرباح والخسائر.

WORK CONTRIBUTION UNDER THE SAUDI AND EGYPTIAN COMPANIES LAW

Mohamed Mustafa Abd Alsadq Morsy

Associate Professor of Commercial Law, Arab East Colleges, Riyadh

(Received 17/06/1442 H., Accepted for Publication 03/09/1442 H.)

Abstract. Providing a share of work in commercial companies is based on the mental or muscular effort of the partner and is based on the idea of the personal consideration of the partner since the provider enters as a partner in the company and gets profits. It is a non-financial share, because it is a personal effort exercised by the partner throughout the life of the company, and it does not included the capital of the company because it is a personal work that the partner undertakes by himself and not others, and it is not subject to transfer to others, and it ends with his death or insolvency.

The share of work depends on skills, experience, and educational qualifications. The work has to be positive, continuous, and legitimate. It will be evaluated by the agreement between the partners. The presenting the share by work is represented in two assumptions: the first one, when the cash or assets is not available for those who wish to be a partner. The second one when the working partner has practical and scientific experience in one of the specializations required for the company. In this research, we dealt with the conditions that must be met in the share to work, the obligations of the share provider to work, how to evaluate the share by work, the rights of the share provider to work, and the cases of the company's termination of work.

Keywords: Work contribution, Company, Evaluation, Termination, Profits, Losses.

المقدمة

قد لا يجد الشريك من المال ما يكفي لاشتراكه في الشركة، وكذلك قد لا يتوافر في ذمته المالية ما يصلح لأن يقدمه كحصة عينية في رأس مال الشركة، وإنما قد لا يجد إلا عمله فقط، يقدمه كحصة في الشركة. وتقديم الحصص هو أحد الأركان الأساسية في عقد الشركة. حيث نصت المادة (٢) من نظام الشركات السعودي الجديد: "... يساهم كل منهم في مشروع يستهدف الربح بتقديم حصة من مال أو عمل أو منها معاً..."^(١).

ونصت المادة (٥٠٥) مدني مصري: "يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو من عمل".

يقصد بها الحصة التي يتعهد فيها الشريك بتقديم عمل، أو أعمال معينة لصالح الشركة. ويقصد بها أيضاً بالحصة قيمة المساهمة التي يتقدم بها الشريك في رأس مال وبدون تقديم الحصة لا تستطيع الشركة أن تمارس عملها، وبالتالي على كل شريك أن يقدم حصته أموال سواء كانت أموال نقدية أو مادية كالمنقول أو العقار أو معنوية كمحل تجاري أو شهادة براءة اختراع أو علامة تجارية. ويجوز أن تكون الحصة عمل، ويجب أن يكون للعمل قدر من الأهمية في حياة الشركة ونشاطها، فلا يجوز أن تكون الحصة تافهة القيمة أو صورية أو محل نزاع^(٢). وكل ما يصلح أن يكون محل التزام يصلح أن يكون حصة مقدمة في شركة، وبالتالي فإن كافة القيم الاقتصادية على اختلاف أنواعها، تصلح أن تقدم كحصة. إلا أنه يجب أن تكون هذه القيمة محددة أي قابلة للتقدير المالي، وأن تكون ممكنة ومشروعة^(٣).

ولا يعني العمل الخدمة التي يؤديها الشريك إلى الشركة، وإنما قيامه بعمل معين لحساب الشركة تنتفع منه ويعود عليها بالفائدة. وغالباً ما يكون الشريك في هذه الحالة ممن يتمتع بخبرة عالية مثل المهندس والمدير الفني أو المتخصص في الإدارة أو في عمليات الاستيراد والتصدير.

والشريك بحصة عمل يجب تحديد ساعات عمله بالشركة حتى يحصل على حريته في بعض الأوقات الأخرى، وأن يكون الحصة بالعمل نتيجة مجهود الشريك شخصياً^(٤).

تعرف الحصة التي يقدمها الشريك عملاً، بالحصة الصناعية، ولكن الحصة عملاً لا تدخل في تكوين رأس المال، لعدم إمكانية الحجز عليها، ولأن العمل لا يمكن أن يكون دفعة واحدة أثناء تأسيس الشركة^(٥).

وتقدير مدى جدية العمل مسألة موضوعية يترك تقديرها لقاضي الموضوع فهو الذي يقدرها حسب نشاط الشركة، والعرف فقد يكون العمل مستغرقاً للوقت كله أو جزءاً من الوقت أو نصف الوقت أو يوماً أو أسبوعاً.

وعلى الشريك الذي يقدم حصة العمل أن يقدم كسفاً بالأعمال التي قام بها لصالح الشركة، كالتعاقدات التي أبرمها ونتائج الخبرة الفنية^(٦).

والحصة بالعمل تعني تعهد مقدم الحصة بأداء عمل نافع ومستمر لصالح الشركة المنضم إليها، فكلمة Industry تعني بمعناها اللاتيني العمل الذي يؤديه الشخص بصفته شريكاً^(٧) في الشركة، فهو عمل ينطوي على التوجيه والإشراف، وليس عملاً استخدامياً يصير بمقتضاه الشريك مستخدماً يحصل على

(٤) سميحة القليوبي، القانون التجاري، القاهرة: دار النهضة العربية،

(٢٠٠٠م)، ص ١١٢.

(٥) محمد مصطفى مرسي، الشركات التجارية، المنصورة: دار الفكر

والقانون، (٢٠١٨م) ص ٢٦.

(٦) أحمد محمد محرز، مرجع سابق، ص ١١٦.

(٧) ريبير وربلو، المطول في القانون التجاري، الجزء الأول، بند (٧٣٣)،

١١٦، (١٩٨٣م).

(١) نظام الشركات السعودي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١٣٢/م) وتاريخ ١٤٤٣/١٢/١هـ.

(٢) أحمد محمد محرز، الوسيط في الشركات التجارية، ط ٢، منشأة المعارف، (٢٠٠٤م)، ص ١١٨.

(٣) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الخامس، عقد الشركة، فقرة (١٨٠)، ص ٢٥٣.

وعرف البعض الآخر من الفقه الحصة بالعمل بأنها عبارة عن مجهود شخصي يبذله الشريك، الذي يقدمه على مدار حياة الشركة بنية المشاركة في تحقيق أغراض الشركة، في مقابل نصيب من الأرباح، مع تحمل نتائج الخسارة^(١٠).

وعرف بعض الفقه العمل الصناعي بإقراره لشركات الأعمال أو الصنائع، وهي تقوم على عمل الحرفيين من الخياطين والحدادين والنجارين سواء اتخذت الصنعة أو اختلفت، وعلى ذلك إمكانية قياس العمل الصناعي ذات الأهمية على الخبرة والدراية بشؤون التجارة، فقد يعطي الخبير الصناعي خبرته للشركة لقاء أجر محدد فيقدم خبرته نظير شراكته، ولكن يشترط لتقديم خبرته أن يكون شريكاً في الشركة، فتكون الشركة مجبرة لذلك، حيث لا يجد أرباب المال من يعمل في أمولهم أجيراً فيضطرون إلى قبوله شريكاً، وعن ذلك يقول بعض الفقه بأن: "ليس كل أحد يقدر على التنمية بنفسه ما يضطر فيه لاستنابة غيره ولعله لا يجد من يعمل فيه بأجرة فرخص فيه..."^(١١).

والحصة بالعمل تقدم عادة في أحد فرضين أولهما يتحقق عند عدم توافر رأس مال نقدياً كان أو عينياً عند مقدم الحصة، ورغبته رغم ذلك في أن يصير شريكاً في الشركة فيستعاض عن ذلك بتقديم عمله أو خبرته إليها عوضاً عن رأس المال المطلوب فيه، وثانيهما: يتعلق بالفرض الذي يملك فيه الشريك بالعمل خبرة علمية أو عملية متميزة في أحد التخصصات، ويرغب الشركاء في الاستفادة بهذه الخبرة

(١٠) سمير أبو الفتوح صالح، تقييم حصة الشريك بالعمل في شركات الأشخاص بين الفكر المحاسبي والفقه الإسلامي، المؤتمر العلمي السنوي الثالث - المنهج الاقتصادي في الإسلام بين الفكر والتطبيق، كلية التجارة، جامعة المنصورة، (أبريل ١٩٨٣م)، ص ١٣٢٠.

(١١) علي السيد السيد، الحصة بالعمل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مطبوعات المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، الكتاب الخامس عشر، (١٣٩٣هـ/١٩٧٣م)، بند (١١٨).

أجر ثابت حتى، ولو حصل على نصيب في الأرباح. فالشريك بالعمل يعتبر شريكاً وليس عاملاً، فهو لا يخضع شأن هذا الأخير لنظام العمل والتأمينات الاجتماعية، ولا تملك الشركة إزاء سلطة الفصل والتأديب، فهو يعمل في الواقع كخبير مستقل كما هو بالنسبة لمراقب الحسابات^(١٢).

وحتى يكون للشريك بالعمل ذلك الوصف، فإن الحصة المعتبرة هنا هي ذلك العمل الجاد الذي يسهم في نجاح الشركة فتستفيد الشركة منه، وتنتفع منه نفعاً مادياً كالعمل الفني المبذول من المهندس والمعماري والمحاسب وغيرهم من أرباب الخبرة الفنية أو الإدارية التسويقية، فالمقصود إذن هنا ليست طبيعة العمل ذاتها، وإنما مدى أهميته واتصاله بنشاط الشركة وعملياتها، فالعمل المعتاد غير المؤثر المقدم باعتبار الشخص أجيراً لا يعد بمثابة حصة، ولا يعتبر مقدمه شريكاً بل أجيراً.

العمل في الشركة له مفهوم محدد، وهو تكريس الشريك صاحب حصة العمل وقته وجهده وخبرته لخدمة الشركة وقصرها عليها، والشريك يبذل كل جهده ويخصه بالكامل لصالح الشركة دون تخصيص لوقت محدد. ولا يشترط أن تكون الحصة في رأس المال نقوداً، بل يجوز أن تكون عبارة عن عمل لواحد من الشركاء أو أكثر، إذ إن كل شيء يكون قابلاً للتقويم بالنقود أو صالحاً لأن يكون موضوع التزام يصح أن يكون حصة في الشركة.

وعرف بعض الفقه حصة العمل بأنها تعهد الشريك بأداء عمل نافع ومستمر لصالح الشركة التي يعد طرفاً فيها، ينطوي في الغالب على أساس التوجيه والإشراف، دون أن يكون استخدام عمل الممثل بالحصول على أجر ثابت ونصيب في الأرباح، على اعتبار أن مقدم حصة العمل شريكاً وليس عاملاً^(١٣).

(٨) نقض جنائي في ٢٤/١/١٩١٤م، دالوز (١٩١٧-١-٩٦١) بشأن الراحة الأسبوعية مشار له في مؤلف علي العريف، شرح الشركات في مصر، القاهرة: دار النهضة ودار الفكر، (١٩٨٠م)، ص ١٨.

(٩) فوزي فتات، تقديم الحصة في الشركات التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة سيدي بالعباس، الجزائر، (٢٠٠٢م)، ص ١٠.

مشكلة البحث

تمثل مشكلة البحث في وجود خلاف فقهي ونظامي بين التشريعات المختلفة، بشأن التزامات مقدمة الحصة بالعمل، وأيضاً الخلاف بين مقدم الحصة والشركاء في كيفية تقييم الحصة بالعمل، وحدود منافسة الشريك بالعمل للشركة، وحقوق مقدم الحصة في فائض التصفية، ولكل هذه الإشكالات وغيرها تم محاولة البحث عن حلول لها. والسؤال الرئيس هو: كيف تقدم وتقيم الحصة بالعمل في الشركات التجارية؟

منهج البحث

سوف نتبع في هذا البحث المنهج التحليلي الوصفي لأحكام النظام السعودي والقانون المصري، الخاص بأحكام الحصة بالعمل مع الإشارة لبعض القوانين الأخرى التي قد تختلف معهم.

خطة البحث

- المبحث الأول: الشروط الواجب توافرها في الحصة بالعمل.
- المبحث الثاني: التزامات الشريك مقدم الحصة بالعمل.
- المبحث الثالث: تقييم الحصة بالعمل وحقوق مقدمها وانقضاؤها.
- الخاتمة (النتائج - التوصيات).

المبحث الأول:

الشروط الواجب توافرها في الحصة بالعمل

تمهيد وتقسيم

الأساس القانوني لتقديم الحصة بالعمل، في نظام الشركات السعودي الصادر عام ١٤٤٣هـ المادة (٢) التي تنص على تعريف الشركة أنه: "... يساهم كل منهم في مشروع يستهدف الربح بتقديم حصة من مال أو عمل أو منها معاً..."

فيشجعونه على الانضمام إلى الشركة لقاء تقديمه عمله وخبرته إليها، كما لو كان مديراً مشهوداً له في الإدارة والعمل الفني لقاء صيرورته شريكاً في الشركة المزمع إنشائها^(١٢). ويرى الباحث أن الحصة بالعمل تعني تعهد مقدم الحصة بأن يعمل عملاً نافعاً ومستمراً يكون لصالح الشركة التي هو بصدد الدخول فيها كشريك، وبهذا العمل يصبح شريكاً في الشركة مع الشركاء بأموالهم، وليس مستخدماً يحصل على أجر ثابت لقاء عمله.

ولا يجوز تقديم حصة العمل كحصة في شركات الأموال مثل شركة المساهمة، لأن الضمان الوحيد لدائن هذه الشركات هو رأس مال الشركة. أما شركات الأشخاص فإنه يجوز تقديم حصة العمل كحصة لأن الشركاء المتضامنين يكونوا متضامنين في الوفاء بديون الشركة فضلاً عن الضمان الذي يقدمه رأس مال الشركة، ولكن لا يمكن أن تكون جميع حصص الشركاء عبارة عن حصة بالعمل لاحتياج الشركة لرأس المال.

أهمية البحث

نظراً لأهمية الحصة بالعمل في الشركات التجارية، واحتياج الشركة لتخصصات فنية دقيقة وقد لا تجد العامل الذي يعمل بأجر أو يدير الشركة بأجر، وإنما يطلب حصة نظير عمله، مما أصبح معه أهمية الحصة بالعمل، وأغلب التشريعات لم توف الحصة بالعمل حقها من النصوص المنظمة لها، رغم أن حصة العمل مكملة لغيرها من الحصص في الشركة التجارية.

ويرجع أهمية البحث أيضاً في محاولة إيجاد حلول لبعض الإشكاليات الناشئة عن تقديم الحصة بالعمل، وأيضاً محاولة إيجاد حلول لإشكاليات تقييم الحصة بالعمل والتزامات مقدمها.

(١٢) محمد بهجت عبدالله قايد، حصة العمل في الشركات: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ٢٤.

هام في موضوع هذه الحصة. وحصة العمل تقدم دائماً على أساس التوجيه والإشراف من قبل مقدمها، وتتعلق بمؤهله العلمي أو خبرته في مجال معين يستفاد منها لصالح الشركة. والمجهود قد يكون إدارياً أو فنياً أو خبرة تقدم لتسيير الأمور في الشركة سواء من حيث المشروع ذاته أو نوع التجارة التي تراؤها الشركة. فالمجهود الإداري يتمثل في إدارة الشركة، ومباشرة شؤونها الداخلية، ورعاية تنفيذ سياستها الإنتاجية، ويتدرج تحت ذلك أعمال الإدارة العادية، وكذلك أعمال التصرف المتصلة بهذه الإدارة كالشراء والبيع في السلع التي تتاجر فيها الشركة أو تنتجها، والمجهود الفني هو ذلك النشاط الذي يقدمه المتخصصون فنياً كالمهندسين في إدارة المصانع وتطوير الإنتاج ووسائله.

والخبرة نتيجة لما يكون الشخص قد حصله من تجارب عديدة، مما يجعل لديه مميزات خاصة لا تتوافر لدي غيره، فيقدم الشريك هذه الخبرة سواء مع الممارسة الفعلية للعمل أو بدون هذه الممارسة، كما إذا اقتصر مهمته على تخطيط برامج العمل ووضع سياسة الشركة، وإرساء القواعد التي تلزمها في مباشرة أو وجه نشاطها، وعلى ذلك لا يصح أن يكون العمل اليومي العادي حصة عمل في الشركة التجارية. ولهذا يشترط في العمل الذي يتعهد الشريك بتأديته حتى يمكن اعتباره حصة في الشركة أن يكون ذا شأن جدي في نجاح الشركة، وأن يكون له أهمية خاصة في هذا النجاح، فالعبرة إذن ليست بطبيعة العمل، إنما بأهمية هذا العمل بالنسبة لنشاط الشركة^(٩).

يري بعض الفقه أن ما يقدمه الشريك كحصة هو مجرد عمل في الشركة يجب ألا يكون دارجاً يمكن أن يؤديه الخدم أو العمال، أو أن يكون تافهاً لا قيمة له، وإنما ينبغي أن يكون حصة العمل التي يقدمها الشريك إلى الشركة تنطوي عليها معايير العمل الفني أو الإداري الذي ليس باستطاعة أي شخص تقديمه، والعمل التافه الذي لا يعود على الشركة

ونصت المادة (٥٠٥) من القانون المدني المصري على أن: "الشركة عقد بمقتضاه يلزم شخصان بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة".

وبذلك يجوز للشريك في الشركة أن يقدم حصته نقدية أو عينية أو عمل، ولكن يشترط في حصة العمل ألا يكون أساسها حصة وهمية، وأن صاحب حصة العمل يشارك الشركة في الأرباح والخسائر، وتقوم حصته بالمال.

ولقد عرفت المادة الثانية من قانون العمل الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥١) تاريخ ٢٣/٨/١٤٢٦هـ: "العمل هو الجهد المبذول في النشاطات الإنسانية كافة، تنفيذاً لعقد عمل (مكتوب أو غير مكتوب) بصرف النظر عن طبيعتها أو نوعها، صناعية كانت أو تجارية أو زراعية أو فنية، أو غيرها عضلية كانت أو ذهنية". هذا تعريف لفظ جاء جامعاً وشاملاً لأي جهد يبذله إما طبيعة ذهنياً أو عضلياً، وأياً كانت طبيعة النشاط الذي يؤديه العامل سواء كان صناعياً أو تجارياً أو خدمياً، وهذا على سبيل المثال وليس الحصر^(١٠).

وفي هذا البحث سوف نتناول الشروط الواجب توافرها في الحصة بالعمل، وذلك من خلال المطالب التالية:

- المطالب الأول: أن يكون العمل موضوع الحصة إيجابياً ومفيداً للشركة.
- المطالب الثاني: أن يكون العمل مستمراً ومتتابعاً.
- المطالب الثالث: مشروعية العمل المقدم كحصة في الشركة.

المطلب الأول: أن يكون العمل موضوع الحصة إيجابياً ومفيداً للشركة

النشاط موضوع حصة العمل الذي يقدمه الشريك في الشركة يجب أن يكون مجهوداً يبذله الشريك، فالإيجابية عنصر

(١٣) طلعت عبدالرحيم نقرو، نظام العمل الجديد، ط ١، بدون دار نشر،

وتقدير مدى قبول الحصة بالعمل كحصة صحيحة من بذلها تمنحه صفة الشريك يعد من قبيل مسائل الواقع الذي تختص بتقديره محكمة الموضوع. ونخلص من ذلك إلى أنه لكي نكون بصدد حصة عمل بمعناها الدقيق يجب أن يقدم الشريك مجهوداً جاداً ومفيداً تنتفع به الشركة في تحقيق أغراضها، فإذا انعدم هذا المجهود أو انعدم النفع الذي يعود من ورائه، فإن ما يقدمه الشريك لا يصلح كحصة في الشركة.

والنظام السعودي، والقانون المصري، وضع كلاً من المال والعمل في مقام واحد عند الحديث عن أنواع الحصص التي تقدم للشركة. وبالتالي يدل هذا على أن العمل الذي يقبل حصة في الشركة يجب أن يحقق لها من النفع ما يحقق لها المال سواء بسواء^(١٩).

ويلتزم الشريك بالعمل بأن يكرس جهوده لخدمة الشركة، ويمتنع عليه أن يباشر نفس العمل الذي تعهد بتقديمه للشركة لحسابه الخاص أو لحساب غيره، نظراً لما في ذلك من منافسة للشركة، وإذا قام بعمل من هذا النوع، كان كل كسب ينتج عن هذا العمل من حق الشركة.

والحصة بالعمل تقتضي من الشريك الذي يقدمها تدخلاً إيجابياً ومفيداً للشركة، وهذا يستمر طول حياة الشركة، فإذا لم ينفذ ما تعهد به اعتبر مخالفاً بالتزامه بتقديم الحصة للشركة التجارية، ما يفقده حصته كشريك وما يترتب عليها من حقوق^(٢٠).

المطلب الثاني: أن يكون العمل مستمراً ومتتابعاً

لا يتصور أن يتم تأدية العمل دفعة واحدة، فالعمل المؤدى دفعة واحدة يكون مجرد خدمة معينة، ويخرج عن أن يكون عملاً يقصد به انتفاع الشركة، ولا يكون حصة عمل، وبالتالي

ينفع، ولا يساهم في نجاحها، لا يعد بمثابة حصة، ولا يعتبر مقدمه شريكاً، بل أجيراً ويحكم علاقته بالشركة نظام العمل^(٢١). ومن الأعمال التي تعد حصة في الشركة ما يستلزم أدائه مؤهلات علمية معينة أو خبرات فنية متخصصة كالأعمال العلمية والفنية ومنها، ما يكون مادياً يعتمد أساساً على القوة البدنية والعضلية لصاحبه.

وعرفت محكمة النقض المصرية العمل الذي يصلح أن يكون حصة في رأس مال الشركة بأنه: "هو العمل الفني كالخبرة التجارية في مشتري الصنف المتجر به وبيعه، أما العمل التافه الذي لا قيمة له فإنه لا يعتبر حصة في رأس المال، فإذا اشترط إعفاء الحصة المالية التي ساهم بها صاحب العمل التافه من الخسارة كأن هذا الشرط باطلاً"^(٢٢).

والقانون لم يحدد المواصفات الواجب توافرها في العمل حتى يمكن اعتباره حصة، ويشترط بعض الفقه أن يكون العمل موضوع الحصة نتيجة مجهود الشريك شخصياً^(٢٣).

وبالتالي لا يجوز للشريك بحصة عمل أن يكلف غيره بالقيام بعمله سواء بصفة كلية أو جزئية، وإلا سقطت عنه صفة الشريك. ومن الأعمال التي تستلزم مؤهلات علمية وخبرات فنية معاً أعمال الإدارة والمحاماة ووضع التصميمات الهندسية ومتابعة تنفيذها، وإدارة المصنع، والإشراف عليه، ومنها ما يكفي لأدائه مجرد الخبرة العلمية والتجارية دون المؤهلات العلمية مثل الخبرة في إبرام الصفقات، وتخزين السلع وتسويق المنتجات^(٢٤).

(١٥) محمد بن براك الفوزان، الأحكام العامة للشركات: دراسة مقارنة،

الرياض: مكتبة القانون والاقتصاد، (١٤٣٥هـ)، ص ٧٢.

(١٦) الطعن بالنقض الصادر في الحكم، رقم (٨) لسنة ٣٣ جلسة ٢٢/٦/١٩٣٣م، مشار إليه المستشار أحمد سعيد شعلة، قضاء النقض

في المواد التجارية، القاهرة: منشأة دار المعارف، (٢٠٠٤م) ص ٤٩.

(١٧) علي جمال الدين عوض، الوجيز في القانون التجاري، القاهرة: دار

النهضة العربية، (١٩٧٥م)، ص ٢٥١.

(١٨) محمد بهجت عبدالله قايد، مرجع سابق، ص ٣٢.

(١٩) محمد بهجت عبدالله قايد، مرجع سابق، ص ٣٣.

(٢٠) محمد حسن الجبر، القانون التجاري السعودي، ط ٤،

(١٤١٧هـ/١٩٩٦م)، ص ١٨٢.

تأسيس الشركة، والتي لا يعقبها خدمات لاحقة تفيد الشركة أثناء حياتها قبيل حصة العمل التي تضفي على المؤسسين وصف الشركاء فيها، وذلك ليس فحسب بسبب تخلف الخاصية المتابعة والمستمرة في هذه الخطوات، ولكن أيضاً لأن هذه الجهود تتوقف عملاً عند التأسيس.

والعمل له حد زمني مرتبط بمدة قيام الشركة، وحد نوعي مرتبط بنوع نشاط الشركة. وبالتالي يجب استمرارية العمل طول بقاء الشركة واستمراريتها. الأمر الذي يترتب عليه توقف المنفعة التي تعود على الشركة من وراء هذه الخدمات أثناء حياتها وما يتبع ذلك من صيرورة الشريك بالعمل متخلفاً عن أداء التزاماته نحو الشركة المنضم إليها^(٣٣).

التزام الشريك بالحصة بالعمل التزام مستمر فيضمن أن يقوم به مادامت الشركة مستمرة، فإذا أصبح عاجزاً عن العمل وغير قادر على تقديم الحصة بالعمل تنحل الشركة.

المطلب الثالث: مشروعية العمل المقدم كحصة في الشركة

يجب أن يكون العمل مشروعاً أي لا يتعارض مع قواعد الشريعة الإسلامية، أو مع أحكام الأنظمة واللوائح المستمدة منها، وهو ما يعرف بالنظام العام وحسن الآداب، ومن الأمثلة للعمل غير المشروع التي يمكن أن يقدمها الشريك حصة في الشركة الخبرة في تهريب الممنوعات، أو الترويج لها، أو الخبرة في أداء المشروعات المخالفة للآداب أو صناعة المواد المخدرة أو المسكرة أو التزوير والتقليد للسلع والعلامات التجارية. هذه الأعمال السابقة تعد أعمالاً غير مشروعة لا يجوز أن تقدم كحصة بالعمل في الشركة لمخالفتها للشريعة والنظام.

الموقف من قبول الحصة القائمة على الائتمان والسمعة التجارية

هل يجوز أن تكون حصة الشريك بالعمل ما له من ثقة مالية وسمعة تجارية ونفوذ؟ قد يحدث إشكالية في هذه الحالة

(٢٣) محمد بهجت عبدالله قايد، مرجع سابق، ص ٣٧.

فإدارة الشركة لا يمكن أن يكون عملاً لمرة واحدة بل هو عمل يتوالى أدائه خلال حياة الشركة أو خلال مدة أقل، بمعنى أن يؤدي بصفة مستمرة، وهذا ما يميز حصة العمل عن غيرها من الحصص الأخرى.

وبالتالي فإن عنصر الزمن يعد جوهرياً في تحديدها، والزمن هو مدة بقاء الشركة على قيد الحياة وسواء كان هذا التحديد بمدة أو بانتهاء الغرض الذي تم تأسيس الشركة من أجلها، ويخرج بذلك الزمن اليومي، أي عدد الساعات لا بد أن يكون عنصراً جوهرياً في تحديد حصة العمل، فالالتزام بالعمل في الحصة بالعمل لا ينصب على وقت معين كل يوم، بقدر ما هو منصب على أداء يقوم به الشريك، فإذا أداه مهما قصر الوقت الذي استغرقه هذا الأداء ما كان موفياً بالتزامه^(٣٤).

وقد تحدث إشكالية، وهي على من تقع تبعة الهلاك أو عجز الشريك عن أدائه العمل.

وإذا كانت حصة الشريك بالعمل ذات طابع مستمر فهي تبعاً لذلك تخضع للقواعد العامة، وعلى هذا الأساس فإن كل ما تم أدائه من الحصة بالعمل لا يمكن إهداره شأنها شأن الشخص المعنوي الداخلة في تكوينه، والمدة التي يجيها حتى لو بطل العقد لا يمكن إهدارها، ولا يمسه ما مضى من حياته، وإنما يرد على المستقبل بمعنى أن البطلان لا يكون له أثر رجعي^(٣٥).

وعلى هذا تقع تبعة الهلاك على الشريك مقدم حصة العمل فإن عجز عن أداء العمل الذي التزم به والمكون لحصته التي دخل بها الشركة لمرض عضال ألم به أو لمدة طويلة أو لغيره من الأسباب، تحمل الشريك تبعة هذا العجز فسقط عنه صفة الشريك.

والصفة المتابعة لحصة العمل أن هذه الحصة لا يمكن أن تنصب على عمل تم إنجازه بالفعل، أي تم في الماضي، وعلى ذلك لا تعتبر الخطوات والخدمات التي يبذلها المؤسسون عند

(٢١) علي السيد السيد، مرجع سابق، ص ١٢٦.

(٢٢) محمد فريد العريني، القانون التجاري اللبناني، بيروت: دار الجامعة

للطباعة والنشر، (١٩٨٢م)، ص ٢٧٣.

ويرى بعض الفقه أنه لا يوجد ما يمنع بحسب ذلك الرأي من اعتبار الشخص شريكاً ولو لم يبذل أي حصة من مال أو عمل، إذ إن تقدمه باسمه وسماعته مع تعهده بالمسؤولية غير المحدودة عن ديون الشركة يعد كافياً لإمكانية مسار حصته في الشركة^(٢٦).

نص النظام السعودي في المادة (١/٥) من نظام الشركات القديم (١٤٣٧هـ): "يجوز أن تكون حصة الشريك نقدية أو عينية ويجوز كذلك أن تكون عملاً، ولكن لا يجوز أن تكون ماله من سمعه أو نفوذ". ووفقاً للنظام السعودي للشركات الحصة الشريك المقدمة لما له من سمعة ونفوذ باطله إذا اقتصر على ما يكون للشريك من نفوذ أو ما يتمتع به من ثقة.

ونصت المادة (٥٠٩) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م على أنه: "لا يجوز أن تقتصر حصة الشريك على ما يكون له من نفوذ، أو على ما يتمتع به من ثقة مالية". مثل اعتماد الشخص على نفوذه السياسي أو ائتمانه من قوة مركزه المالي أو الوظيفي.

وقضت محكمة النقض المصرية^(٢٧) بصحة اعتبار مجهود الشريك في الحصول على تصاريح استيراد للشركة وسماعته التجارية حصة في رأس مال. وبالتالي اعتبرت السمعة مضافاً إليها العمل حصة صحيحة في الشركة. يتضح من هذا الحكم أن السمعة مضافاً إليها العمل يصح اعتبارها حصة. والنفوذ السياسي أو الوظيفي يراد به علاقة الشريك صاحب النفوذ ضمان تعاونهم وعدم تعريض مصالحها للخطر، فهو ليس مالاً أو عملاً بل يختلف عن كل منهما اختلافاً كبيراً وقد أدرك الفقه الإسلامي هذا إذ حظرت ضمناً استغلال النفوذ كحصة في الشركة، ويستفاد ذلك من أقوال

فقد يقدم أحد الشركاء حصة بالعمل بما لديه من ثقة وسمعة تجارية أو نفوذ. هل يقبل منه هذا كحصة بالعمل في الشركة؟ بعض الفقه لا يمانع في تقديم أحد الشركاء حصة في الشركة على أساس ماله من ثقة تجارية يتمتع بها في الوسط التجاري، ولدى أرباب العمل، والأعمال باعتبار أن ذلك الأمر لا يندرج ضمن ما هو من قبيل استغلال السمعة والنفوذ على نحو مشروع. ذلك لأن الثقة التجارية في واقع الأمر لها قيمتها المالية ووزنها المؤثر، ويحصل أن يكون لها أهمية بالغة بالنسبة للشركة لأنها تيسر للشريك الحصول على الائتمان. ولذلك فإن هذه الثقة التجارية. التي يسميها بعض الفقه الحصة بالائتمان، ليست حصة مهددة القيمة كما أنها ليست مرتبطة باستغلال النفوذ أو السلطة التي يحظر النظام تقديمها كحصة في الشركة، وذلك متى اقترنت بقاعدة مرتبطة بعمل حقيقي مبني على تلك الثقة والسمعة المالية للتاجر وتحقق منه مصلحة الشركة فالتاجر المعروف بالأمانة والسمعة الحسنة في أوساط التجار يمكن أن يقدم تلك الثقة التجارية لتستفيد منها الشركة مثلاً في عنوانها واسمها التجاري^(٢٨). ولكن لا يجوز أن تكون ماله من سمعة أو نفوذ.

وإذا اقتصر تقديم حصة العمل المشاركة في الشركة على سمعة الشريك ونفوذه، فلا يجوز ذلك على اعتبار ذلك من استغلال لهذا النفوذ على نحو غير مشروع تحرمه التشريعات كافة، على اعتبار أن ذلك قد يعد استثماراً للوظيفة العامة، أو تجارة للنفوذ. كأن يقوم موظف عام بتسهيل إجراءات تأسيس الشركة وحصولها على موافقة الجهات الإدارية وغير ذلك من الأعمال التي تعتمد على معارفه لدى السلطة أو نفوذه^(٢٩).

(٢٦) أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون الكويتي، دار الكتاب الحديث، (١٩٧٨م)، ص ٤٦.

(٢٧) طعن مصري رقم (٢٣١) لسنة ٢٠، أحكام النقض المصرية في ٢٥ عاماً، ص ٦٨٨، رقم (٥).

(٢٤) انظر: خالد بن عبدالعزيز الرويس، الشركات التجارية، الرياض: دار الشقري، (١٤٤٠هـ)، ص ٦٦.

(٢٥) عدنان بن صالح العمر، الشركات التجارية وفقاً لنظام الشركات لسنة ١٤٤٣هـ ط ٥، (١٤٤٤هـ)، ص ٥٦.

المطلب الرابع: الشركات التي يجوز أن تكون حصة الشريك فيها بالعمل

لم ينص النظام السعودي والقانون المصري، على جواز تقديم الحصة بالعمل في جميع الشركات، وإنما الجواز من عدمه يرجع حسب نوع الشركة، وسوف نتناول كل نوع من الشركات على حدة.

الفرع الأول: شركات الأشخاص

أولاً: حصة الشريك بالعمل في شركة التضامن

وعرفت المادة (٣٥) من نظام الشركات السعودي الجديد^(٣٠) شركة التضامن بأنها: "هي شركة يؤسسها شخصان أو أكثر من ذوي الصفة الطبيعية أو الاعتبارية يكونون فيها مسؤولين شخصياً في جميع أموالهم وبالتضامن عن ديون الشركة والتزاماتها، ويكتسب الشريك فيها صفة التاجر".

ونصت المادة (٢٠) من القانون الشركات المصري على أن: "شركة التضامن هي الشركة التي يعقدها اثنان أو أكثر بقصد الإلتجار على وجه الشركة بينهم بعنوان مخصوص يكون اسماً لها".

ومن هذين التعريفين يتضح لنا أن النظام والقانون لا يمنع من أن تكون حصة أحد الشركاء المتضامين عملاً لأنه في النهاية مسؤول كبقية الشركاء عن الديون التي تترتب على الشركة من أموالهم الخاصة، ولا يستطيع الشريك المتضامن الذي يقدم عملاً أن يعني نفسه من الخسارة والمسؤولية عن ديون الشركة بدافع أن خسارته تتمثل في ضياع قيمة عمله وجهده، لأن مثل هذا النص يتعارض مع طبيعة شركة التضامن ومسؤولية جميع الشركاء عن ديونها، وهو ما نص عليه نظام الشركات السعودي بالنص في المادة (٤٥): "إذا انضم شريك جديد إلى الشركة بحصة جديدة كان مسؤولاً بالتضامن مع باقي الشركاء في جميع أمواله عن ديون الشركة..."، فإذا كان النظام القانوني لشركة

الفقهاء بأن الربح في الشركة لا يستحق إلا بال أو عمل، ووجهة نظر المنظم في حظر استغلال النفوذ السياسي أو الوظيفي كحصة في الشركة خلوه من المجهود الإيجابي، وتفادياً للاستغلال غير المشروع لكل من النفوذ السياسي والسمعة التجارية وتفادياً من سيطرة أصحاب النفوذ على المشروعات الاقتصادية^(٣١). والنفوذ السياسي لا يكون حصة في الشركة، لأن ذلك استغلال للنفوذ يوجب المسائلة القانونية لمن يمارسه. بعض التشريعات تميز اعتبار الثقة المالية والسمعة التجارية التي يتمتع بها الشريك بالعمل، مثل التشريع اللبناني المادة (٨٥٠) من قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢م، والتي نصت على أنه: "يجوز أيضاً أن يكون ما يقدمه أحد الشركاء الثقة التجارية التي يتمتع بها". باعتبار أن الثقة فائدة كبرى للشركة حيث تسهل الحصول على الائتمان على أن الثقة المالية لا تصلح حصة في الشركة وفقاً للقانون اللبناني إلا في الحالات التي يسأل فيها الشريك مسؤولية غير محددة وشخصية عن ديون الشركة^(٣٢).

اعتماد سمعة الشخص التجارية وثقته المالية كمسوغ لقبول كشريك حصة عمل في الشركة، على أن تقتزن السمعة والثقة بعمل جدي ومفيد يقوم به الشريك لصالح الشركة. ويسوغ اعتبار حصة العمل قائمة على فكرة الاعتبار الشخصي، نظراً لاعتماد الشركاء على سبيل المثال على الثقة والسمعة التجارية كشريك في رأس مال الشركة، والتي على أساسها تم إضافة حصة عمله في الشركة، لأنه يحظر أن تقتصر حصة الشريك بمجرد العمل على ما يتمتع به من نفوذ سياسي أو ملاءة مالية أو ائتمان، وإنما يجب أن تقتزن به رأس مال يقدم إلى الشركة.

(٢٨) محمد بهجت عبدالله قايد، مرجع سابق، ص ٤٤.

(٢٩) حسام الدين سليمان توفيق، الشركات التجارية، الرياض: مركز

الدراسات العربية للنشر، (١٤١٧هـ)، ص ٣٦.

(٣٠) نظام الشركات السعودي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم

(م/١٣٢) وتاريخ ١٢/١٢/١٤٤٣هـ.

ومن هذا التعريف يتضح لنا أن حصة الشريك المتضامن يمكن أن تكون عملاً، لأنه يتحمل ديون الشركة في جميع أمواله، بينما حصة الشريك الموصي لا يمكن أن تكون عملاً، لأنه من الأصل ممنوع من التدخل في الإدارة، وحصة العمل تقتضي التدخل في الأمور الإدارية بطريقة أو بأخرى، وهذا هو ما أكدته نظام الشركات السعودي في شركة التوصية البسيطة بالنص في المادة (٥٣/٢) بعدم جواز تدخل الشريك الموصي في أعمال الإدارة الخارجية، هذا يدل دلالة صريحة على أن الشريك بالعمل لا بد أن يكون متضامناً وليس موصياً. يرى بعض الفقه أنه لا يجوز للشريك الموصي أن يكون شريكاً بالعمل في شركة التوصية البسيطة لأنه محظور عليه أن يتدخل في أعمال الإدارة الخارجية للشركة، ويقصد بهذا المنع حماية الغير الذين يتعاملون مع الشركة، فقد اقتصر هذا المنع على أعمال الإدارة الخارجية التي تقتضي التعامل مع الغير باسم الشركة. أما أعمال الإدارة الداخلية فيجوز للشريك الموصي القيام بها، ومنها الاطلاع على السجلات والدفاتر والأرباح والخسائر وإبداء النصح والمشورة للشركة، وأجاز للشريك الموصي العمل بالوظائف الإدارية والفنية، وبالتالي فلماذا إذن لا يكون أداء مثل هذه الوظائف عن طريق الإسهام بحصص بالعمل^(٣١).

ثالثاً: حصة العمل في شركات المحاصة

لم يعرف النظام السعودي الجديد الصادر عام (١٤٤٣هـ) شركة المحاصة ولم ينظمها واكتفى بشركات التضامن والتوصية البسيطة وتم إلغاء شركة المحاصة من النظام الجديد. وعرفت المادة (٥٩) من قانون الشركات المصري شركة المحاصة هي: "الشركة التي ليس لها رأس مال شركة ولا عنوان شركة، وهي المسماة بشركة المحاصة". ومن هذا التعريف يتضح أن شركة المحاصة ليس لها شخصية معنوية ذات ذمة مستقلة عن ذمم الشركاء، الأمر الذي يعني أنه ليس

التضامن يقضي بتضامن جميع الشركاء ومسؤوليتهم عن ديون الشركة، دون إعفاء أحد منهم أو النظر إلى نوعية حصته ومقدارها، أمكن القول أن الشريك المتضامن بالعمل يتحمل الخسارة شأنه كشأن بقية الشركاء ولا يجوز له التعلل بأن حصته عبارة عن عمل^(٣٢).

ثانياً: حصة الشريك بالعمل في شركة التوصية البسيطة

عرّفت المادة (٥١/١) من نظام الشركات السعودي، شركة التوصية البسيطة بالنص على أن: "شركة التوصية البسيطة هي شركة التي تتكون من فريقين من الشركاء، فريق يضم على الأقل شريكاً من ذوي الصفة الطبيعية أو الاعتبارية يكون مسؤولاً شخصياً في جميع أمواله بالتضامن عن ديون الشركة والتزاماتها، وفريق آخر يضم على الأقل شريكاً موصياً لا يكون مسؤولاً عن ديون الشركة والتزاماتها ولا يكتسب الشريك الموصي صفة التاجر". يتضح من هذا النص أن الشركة التي تعقد بين شريك واحد أو أكثر مسؤولين ومتضامين وبين شريك واحد أو أكثر يكونوا أصحاب أموال فيها خارجين عن الإدارة ويسمون موصين، لا يكون مسؤولاً عن ديون الشركة إلا في حدود حصته في رأس المال ولا يكتسب صفة التاجر.

يلاحظ أن اختلاف طبيعة مسؤولية كل شريك يعني أننا بصدد شركتين، شركة توصية بسيطة تتكون من الشركاء الموصين، وشركة توصية بسيطة تتكون من الشركاء المتضامين، لأنه بالرغم من حقيقة اختلاف طبيعة وحدود مسؤولية كل طائفة من الشركاء، أن جميع الشركاء يتلاحمون لنشأة هذه الشركة، وإذا كان لهذه الشركة محلاً للخلاف فهو خلاف تاريخي يعود إلى ظروف نشأة هذه الشركة إلى الوجود من الناحية التاريخية.

(٣١) ونصت المادة (٦٥) من القانون الإماراتي على أنه: "لا يجوز أن تكون حصة الشريك الموصي عملاً"، المادة (٦٥/٢) من قانون اتحاد رقم (٢) لسنة ٢٠١٥م بشأن الشركات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

(٣٢) محسن شفيق، الوسيط في قانون الشركات، ج١، البند (٣٤٤).

الشركة وحدها مسؤولة عن الديون والالتزامات المترتبة عليها أو الناشئة عن نشاطها وتقتصر مسؤولية المساهم على أداء قيمة الأسهم التي اكتتب فيها".

وعرفت المادة الثانية من قانون الشركات المصري شركة المساهمة بأنها: "هي شركة يتقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة ويمكن تداولها على الوجه المبين في القانون. وتقتصر مسؤولية المساهم على أداء قيمة السهم التي اكتتب فيها ولا يسأل عن ديون الشركة إلا في حدودها اكتتب فيه من أسهم". ومن هذين التعريفين، يتضح أنه لا مكان لحصة بالعمل في رأس مال هذه الشركة، لأن أسهم هذه الشركة نقدية أو عينية، ولذلك فهي قابلة للتداول بدون اعتبار لشخصية الشريك، الأمر الذي يعني أنه إذا أجزنا للشريك بالعمل الدخول في هذه الشركة وإصدار أسهم مقابل عمله، إمكانية انسحابه منها ببيع ما يملكه من أسهم في أي وقت، وهو ما يتعارض مع طبيعة حصة العمل التي يكون صاحبها محل اعتبار^(٣٣). وهذا يدل على أن الحصص في شركات المساهمة عينية ونقدية فقط.

ثانياً: حصة الشريك بالعمل في شركة التوصية بالأسهم

عرّفت المادة (١٤٩) من قانون الشركات المصري شركة التوصية بالأسهم بقولها: "شركة التوصية بالأسهم هي شركة يتكون رأس مالها من حصة أو أكثر يملكها شريك متضامن أو أكثر وأسهم متساوية القيمة يكتتب فيها مساهم أو أكثر ويمكن تداولها على الوجه المبين بالقانون - ويسأل الشريك أو الشركاء المتضامنون عن التزامات الشركة مسؤولية غير محدودة، أما الشريك المساهم فلا يكون مسؤولاً إلا في حدود

لها رأس مال خاص بها تملكه بعيداً عن ذمة الشركاء، ولكن ذلك لا يمنع من أن شركة المحاصة شركة كبقية الشركات الأخرى يساهم فيها الشركاء برأس المال لاستغلال مشروع معين لصالح الشركاء جميعاً.

ولا يمنع نظام الشركات من أن تكون حصة أحد الشركاء في شركة المحاصة عملاً، لأن النظام أعطى الحرية للأطراف في الاتفاق على ذلك في عقد الشركة.

ويتولى إدارة شركة المحاصة أحد الشركاء ويظهر أمام الناس كمن يتعامل لنفسه ولحساب نفسه، في حين أنه يرتبط مع الشركاء الآخرين بعقد الشركة نفسها الذي يلزمه بأن تصب العمليات التي يقوم بها لحساب الشركة في النهاية، وليس لحساب نفسه كما يعتقد الغير الذي تعامل معه، وحتى تسهل الأمور في العادة يقوم الشركاء بعمل وكالة لهذا المدير حتى يتصرف بسهولة ويدير أموال الشركة. ومثال على ذلك عندما تحتاج شركة المحاصة لمعدات معينة، يقوم المدير بالتعاقد لشراء هذه المعدات باسمه الشخصي ولحسابه الشخصي مع مالك هذه المعدات، ثم يقوم بعد ذلك بتوريد هذه المعدات لشركة المحاصة نفسها.

الفرع الثاني: شركات الأموال

نصت المادة (٢/١٣) من نظام الشركات الجديد: "فيما عدا شركتي المساهمة والمساهمة المبسطة يجوز أن تكون حصة الشريك عملاً مقابل نسبة في الأرباح يحدد عقد تأسيس الشركة مقدارها".

أولاً: حصة الشريك بالعمل في شركة المساهمة

عرّفت المادة (٥٨) من نظام الشركات السعودي الجديد (١٤٤٣هـ) شركة المساهمة: "شركة المساهمة هي شركة يؤسسها شخص واحد أو أكثر من ذوي الصفة الطبيعية أو الاعتبارية، ويكون رأس المال مالها مقسماً إلى أسهم قابلة للتداول وتكون

(٣٣) مقال بعنوان الحصة بالعمل في الشركة وفقاً لنظام الشركات السعودي منشور بشبكة المحامون العرب بتاريخ ٢٠٠٢/٦/٣م، وفي القانون الإماراتي حيث نصت المادة (٧٦/٢) على أنه: "تكون الحصص نقدية وعينية أو أحدهما ويتم الوفاء بها كاملة عند التأسيس".

المحدودة جميع الشركاء وأن يشتمل العقد بصفة خاصة على [د] مقدار رأس المال ومقدار الحصص النقدية والحصص العينية ووصف تفصيلي للحصص العينية وقيمتها وأسماء مقدميها". ويتضح من هذا النص أن الحصة التي يقدمها الشريك قد تكون نقوداً أو عيناً، ولا يمكن أن تكون عملاً، لأن رأس المال يجب أن يكون من العناصر القابلة للتقديم فوراً، والعمل يتراخى تقديمه على مدار حياة الشركة. والمنظم السعودي في الشركة ذات المسؤولية المحدودة اشترط الوفاء بالحصص ودفع قيمتها بالكامل، وهو ما لا يتفق وطبيعة حصة العمل التي تعد حصة شخصية ينظر فيها إلى مواهب من يقدمها وكفاءته المهنية، إلى جانب التزامه بالعمل المستمر، ويتنافى ذلك مع شرط الوفاء الكامل عند تقديم الحصص. كما أن الحصة بالعمل لا تدخل في تكوين رأس المال. وبناء عليه، لا يجوز للشريك أن يقدم حصته عمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة^(٣٤). والحصص في شركات المسؤولية المحدودة لا تكون في شكل عمل يؤديه الشريك إلى الشركة. والسبب في ذلك هو أن الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة يتعين عليه الوفاء بحصته بالكامل عند تأسيس الشركة، ومثل هذا الوفاء لا يتصور بالنسبة إلى الحصة المقدمة في شكل عمل. لأنها من قبيل الالتزامات المستمرة التي تنفذ يوماً فيوماً^(٣٥).

إلا أن بعض الفقه يرى أن النظام لم يصح بعدم جواز أن تكون الحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، وإنما غاية ما ذكره أن الوفاء بالحصص المالية، يجب أن يكون كاملاً عند التأسيس وليس كما هو حال شركة المساهمة التي يمكن الاكتفاء بالاكتمال بسداد جزء من رأس المال عند بداية المشروع، ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنه لا يمنع أن يقدم

قيمة الأسهم التي اكتتب فيها ويتكون عنوان الشركة من اسم واحد أو أكثر من أسماء الشركاء المتضامين دون غيرهم". ومن هذا التعريف يتضح أن شركة التوصية بالأسهم، عبارة عن حصص وأسهم يكتتب من خلالها الشركاء، كل ما في الأمر أن الشريك المتضامن يُسأل عن ديون الشركة في جميع أمواله، وليس في حدود أسهمه فقط، أي إن أحكام هذه الشركة تقارب كثيراً أحكام شركة المساهمة، أي إن أسهمها قابلة للتداول الأمر الذي يعني صعوبة دخول أسهم الشريك بالعمل في التداول، لأن شخصيته محل اعتبار. وبالتالي ما ذكر عن شركة المساهمة ينطبق على شرطة التوصية بالأسهم. لم يعترف المنظم السعودي بهذه الشركة ولم ينظم العمل بها.

ثالثاً: حصة الشريك بالعمل في شركات ذات المسؤولية المحدودة

عرّفت المادة (١٥٦) من نظام الشركات السعودي الجديد لعام ١٤٤٣هـ الشركة ذات المسؤولية المحدودة بأنها: "هي شركة يؤسسها شخص واحد أو أكثر من ذوي الصفة الطبيعية أو الاعتبارية. وتعد ذمتها مستقلة عن الذمة المالية لكل شريك فيها أو المالك فيها. وتكون الشركة وحدها مسؤولة عن ديون والالتزامات المرتبة عليها أو الناشئة عن نشاطها، ولا يكون المالك لها ولا الشريك وتعد ذمتها مستقلة عن الذمة المالية لكل شريك فيها مسؤولاً عن هذه الديون والالتزامات إلا بقدر حصته في رأس المال".

وعرفت المادة (٤) من القانون المصري الشركة ذات المسؤولية المحدودة بأنها: "شركة لا يزيد عدد الشركاء فيها عن ٥٠ شريكاً لا يكون كل شريك منهم مسؤولاً إلا بقدر حصته، ولا يجوز تأسيس الشركة أو زيادة رأس مالها أو الاقتراض لحسابها عن طريق الاكتتاب العام".

ونصت المادة (١٥٦/د) من نظام الشركات السعودي على أنه: "يجب أن يوقع عقد التأسيس الشركة ذات المسؤولية

(٣٤) محمد سيد رزق متولي حرب، النظام التجاري السعودي،

(١٤٤٢هـ/٢٠٢١م)، ص ٢٩٧.

(٣٥) حسام الدين سليمان توفيق، الشركات التجارية، الرياض: مركز

الدراسات العربية للنشر، (١٤٣٧هـ)، ص ٣٦٣.

المبحث الثاني:

التزامات مقدم الحصة بالعمل في الشركات التجارية

تمهيد وتقسيم

يلتزم الشريك مقدم الحصة بالعمل بمجموعة من الالتزامات في الشركة، تتمثل هذه الالتزام في الوفاء بالحصة بالعمل، وذلك من خلال تقديم نشاط إيجابي مفيد للشركة، ونية تحقيق غرض الشركة الذي تكونت من أجله وكافة الضمانات الناشئة عن الحصة ومنها عدم منافسة الشركة والامتناع عن الاشتراك في أي عمل يضر الشركة وضمأن أداء العمل بنفسه لأنها تعتمد على الاعتبار الشخصي للشريك وتحمل الشريك الخسائر. وسوف تناول هذه الالتزامات من خلال المطالب التالية:

- المطلب الأول: الوفاء بالحصة بالعمل بأداء العمل.
- المطلب الثاني: ضمان الحصة بالعمل وعدم المنافسة.
- المطلب الثالث: التزام الشريك بأداء العمل بنفسه.
- المطلب الرابع: المشاركة في تحمل الخسائر.

المطلب الأول: الوفاء بالحصة بأداء العمل

يلتزم الشريك بالحصة بالعمل بأن يقدم إلى الشركة العمل الذي تعهد بتقديمه إليها ويستوي في ذلك أن يكون العمل موضوع الحصة مادياً أو ذهنياً، أو إدارياً، أو فنياً، يستلزم لتقديمه ما يتمتع به الشريك من خبرة أو ما يحوزه من مؤهلات علمية، فالمهم في العمل الذي يقدمه الشريك أن يكون عملاً جاداً ومفيداً، ويعود على الشركة بالنفع ويساعد على تحقيق أهدافها، وأياً كان نوع العمل الذي يقدمه الشريك بالعمل للشركة فإن هناك التزاماً أساسياً يقع على عاتق الشريك بالعمل هو الالتزام ببذل العناية المعتادة التي يبذلها الشخص المحترف في مثل هذه الأعمال.

ويجب على الشريك أن يمتنع عن أي نشاط يلحق ضرراً بالشركة أو يخالف الغاية التي نشأت الشركة لأجلها. وعليه أن

الشريك حصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة وخصوصاً وأن بعض التشريعات لا تمنع في هذا، وأن المقصود من النص هو الوفاء بكامل الحصص العينية والنقدية لأنها الحصص الممثلة لرأس المال.

وبالتالي فإن الحصة بالعمل يمكن بذها لخدمة الشركة في عمل خلاق يعود على الشركة بالنفع المادي لها، ولكن تلك الحصص الخاصة بالعمل التي سيكون لها نصيب في الأرباح ستكون حصصاً لا تعطي حقولاً لصاحبها في فائض التصفية عندما لا يتجاوز مقدار رأس المال مبلغ الحصص المشكلة لمجموع قيمة رأس المال الشركة لأنها لا تشكل قطعاً جزءاً منه^(٣٦). وهذه الحصة غير قابلة للتداول لارتباطها بصاحبها ويرى صاحب هذا الرأي أن عدم الاعتراف بوجود الحصة بالعمل ضمن الحصص المقدمة من بعض الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة أصبح الآن في طريقه ليعدها اتجاهات تشريعياً مهجوراً. ونحن نرى وجهة هذا الرأي ونؤيده ما جاء في النظام الشركات السعودي الجديد للشركات بأن سمح بتقديم حصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة. وخصوصاً وأن بعض التشريعات أجازت ذلك منها التشريع الفرنسي من عام ٢٠٠١م، والتشريع اللبناني والجزائري^(٣٧)، ويرى الباحث أنه قد يكون لدى بعض الشباب إمكانيات فنية وإدارية ومهنية وشهادات علمية متخصصة ولا يمتلكون المال ويريدون المشاركة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة فما المانع في السماح لهم بالاشتراك بحصة بالعمل في شركة المسؤولية المحدودة طالما أن الشركة سوف تستفيد منه في هذا المجال كشريك وليس عاملاً.

(٣٦) خالد عبدالعزيز الرويس، مرجع سابق، ص ٤٩٩.

(٣٧) حيث أجاز القانون الجزائري وفق المادة (٥٦٧) مكرر بتعديل بقانون رقم (١٥/٢٠) لسنة ٢٠١٥م كما يلي: "يمكن أن يكون المساهمة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة تقديم عمل تحدد كصفات تقدير قيمته وما يخوله من أرباح ضمن القانون الأساسي للشركة ولا يدخل في تأسيس رأس مال الشركة".

ويجب على الشريك بالعمل تكريس وقته وجهده وخبرته لخدمة الشركة، وقصرهم عليها، وتخصيص جهده بالكامل لصالح الشركة دون تخصيص لوقت محدد، ويترتب على ذلك أن يمتنع على الشريك منافسة الشركة فيما تقوم به من أعمال، كما يمتنع عليه أن يعمل لحساب نفسه^(٣٩). أو لحساب الغير لأن في ذلك منافسة للشركة، وإهدار للتعاون الذي تقتضيه نية المشاركة.

المطلب الثاني: ضمان الحصة بالعمل وعدم المنافسة

الشريك بالعمل لا يستطيع أن ينافس الشركة، وإلا عد منه ذلك إخلالاً بالتزامه. فالمهندس في شركة مقاولات لا يستطيع العمل لدى شركة أخرى، ولا لحساب نفسه. فإذا قام الشريك بالعمل بمنافسة الشركة كان للشركة أن تقاضيه وتسترد منه ما اكتسبه من جراء هذه المنافسة. ورغم أن الشريك في هذه الحالة يزاول أعمال أخرى غير منافسة الشركة، إلا أن ذلك يتعين ألا يؤثر على قدرته على تقديم حصته من العمل، وإلا كان للشركة مطالبته بالتعويض عن هذا النقص في قيمة حصته^(٤٠).

والعمل يجب أن يكون مفيداً للشركة، وبالتالي يجب على الشريك بالعمل الالتزام بالامتناع عن الأضرار بالشركة بواسطة نشاط لدى شركة منافسة، وهذا الالتزام يعتبر بالنسبة للشريك بالعمل جزءاً مكوناً لخصته، ولذلك فهو يختلف عن الالتزام العام الذي يلتزم به جميع الشركاء بعدم الإضرار بمصالح الشركة، فهذا الالتزام فرع من نطاق الالتزام بالوفاء بالحصص فالشركاء يقدمون حصصهم المالية عند تكوين الشركة أو بعد ذلك، ويعتبر ذلك وفاء لهذه الحصص ثم يأتي الالتزام بعدم الإضرار بعد ذلك، مشكلاً التزاماً آخر غير الالتزام بالوفاء بالحصص، ويعتبر الشريك بالعمل متحمل

يسهر ويحافظ على مصالح الشركة مثلما يفعلها في تدير مصالحه الخاصة إلا إذا كان منتدباً للإدارة مقابل أجر وفي هذه الحالة يجب ألا يقل حرصه عن عناية الرجل المحترف والتزامه بتحقيق نتيجة، إلا إذا تدخلت عوامل خارجية حالت بينه وبين أداء العمل^(٣٨).

ويتوجب على الشريك مقدم الحصة العمل أن يقوم بالعمل الذي تعهد به، وأن يبذل في تنفيذه عناية الرجل المعتاد، وألا كان مسؤولاً عما يصيب الشركة من ضرر جراء ذلك، ويجب أن يكون كل كسب ينتج من هذا العمل من حق الشركة، حيث يمتنع على الشريك الذي يقدم حصة العمل ممارسة العمل لحسابه الخاص.

والعناية المطلوبة هي عناية الشخص المحترف في رعايته لمصالحه الخاصة، ولا يجوز أن تقل هذه العناية عن عناية الرجل المحترف، كما يسأل وفقاً للقواعد العامة عن تقصيره في أداء عناية الرجل المحترف، وهو ليس ضمناً لتناج نشاطه بل يكفي في تقديم عمله الحرص وبذل العناية، كما يلتزم هذا الأخير بالوفاء بالتزامه بطريقة مستمرة وجدية مع حسن النية في أداء العمل.

كما أن النظام الأساسي للشركة هو الذي يتكفل بتحديد التزام مقدم الحصة بالعمل، وكذا حدود الشريك بالعمل، ويجوز تحديد عمله بطريقة عامة، أي يجوز أن يقال له بأن يكرس الوقت والعناية الضروريين لشؤون الشركة بل تحديد نوع الخدمة. وكذلك وقت أدائها إن أمكن وهو تحديد محتوى حصة العمل، ومدى تدخل الشريك في نشاط الشركة، وبذلك يستعيد الشريك حريته بأداء عمل آخر وبالفعل في غير الساعات المخصصة للشركة، وهذا التحديد مهم بحيث يعرف الشريك بالعمل التزاماته وحقوقه لدى الشركة، كما لا يجوز الزيادة في التزامات الشريك بالحصة بغير علمه ورضائه.

(٣٩) رضا محمد عبيد، الشركات التجارية في القانون المصري، ط ٤، دار

الثقافة للنشر، (١٩٩٦م)، ص ٤٦.

(٤٠) محمد السيد الفقي، مبادئ القانون التجاري، الإسكندرية: دار

الجامعة الجديدة، (٢٠٠٧م)، ص ١١٦.

(٣٨) فوزي فئات، مرجع سابق، ص ٢٢٨.

لحسابه أو لحساب الغير يعتبر إخلال بالتزامه بالوفاء بالحصة^(٤٢). ومن حق الشركاء المطالبة بإخراج الشريك بالعمل من الشركة في حالة عدم الوفاء بالحصة بالعمل أو أضراره بالشركة.

وقد تحدث إشكالية في حالة قيام الشريك بالعمل لدى شركة أخرى ويدعى عدم التعارض بين العاملين. فلو قام الشريك بالعمل بنشاط مغاير لا تزاوله الشركة، ولا يتحقق منه المنافسة في هذه الحالة يتم الرجوع إلى النظام الأساسي للشركة، فإذا تم الاتفاق على أن الشريك يتفرغ لأعمال الشركة، ولا يزاو عملًا آخر ولو لم يلحق ضرراً بالشركة سواء كان من نوع أعمالها أو لا فعليه احترام نظام الشركة، أما إذا لم يتضمن الاتفاق في النظام الأساسي للشركة، فمن حقه وقت فراغه من أعمال الشركة مزاولة نشاط آخر وفق شروط يجب توافرها منها:

- ١- أن يكون العمل مختلفاً عن موضوع نشاط الشركة.
- ٢- ألا يؤثر هذا العمل على التزامه تجاه الشركة من حيث الأداء والوقت المخصص لها.
- ٣- ألا يترتب على العمل منافسة للشركة أو اضرار بمصالحها^(٤٣).

فإذا تخلف شرط منها جاز مقاضاته بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بالشركة.

ويرى الباحث أن تقديم العمل كحصة في الشركة لا يسلب الشريك بالعمل حرته في أداء عمل آخر ما دام هذا العمل لا يضر الشركة أو يتعارض مع مصالحها أو نشاطها أو يؤثر على أداء الشريك.

المطلب الثالث: التزام الشريك بأداء العمل بنفسه

يقصد بكون الحصة بالعمل شخصية أن هذه الحصة عبارة عن تقدمه شخصية يتعهد بأدائها الشريك بالعمل وحده وبنفسه، ودون وساطة أو تدخل من أي شخص آخر، ويعد

(٤٢) علي السيد السيد، مرجع سابق، ص ١٣١.

(٤٣) محمد بهجت عبدالله قايد، مرجع سابق، ص ٩٣.

الالتزام العام بعدم الإضرار بمصالح الشركة، لكنه يعتبر أن وفائه بحصته يستوجب التدخل الإيجابي المستمر فيجب أن يكون هذا التدخل مفيداً للشركة.

وبالتالي يقع التزام على الشريك بالعمل هو القيام بالعمل والامتناع عن أي عمل يخالف المتفق عليه، فلو أن الشريك صاحب الحصة بالعمل تسبب في أضرار للشركة وهو يؤدي حصته، فلا يكون موفياً بالتزامه بأداء هذه الحصة، ذلك أن النشاط المكون لحصته يجب أن يترتب عليه فائدة للشركة التجارية. وبالتالي يجب على الشريك بالعمل أن يمتنع عن أي نشاط يلحق ضرراً بالشركة أو يخالف الغاية التي تكونت الشركة لأجله.

يلتزم الشريك مقدم الحصة التي يقدمها للشركة التزام بضمان التعرض والاستحقاق، ويشمل ضمان التعرض الشخصي، أي امتناع الشريك عن التعرض للشركة كما يشمل التزام الشريك بدفع تعرض الغير للشركة.

وبالتالي فإن مضمون التزام الشريك بالضمان يتحدد تبعاً لطبيعة الحصة التي يقدمها الشريك وضمان الحصة بالعمل إذا تعهد الشريك بالأداء يقوم بأي عمل آخر سواء لحسابه أو لحساب الغير، وجب عليه الوفاء بهذا التعهد، وعلى العكس من ذلك إذا لم يحظر على هذا الشريك القيام بأعمال أخرى خارج نطاق الشركة كأن يمارس أي نشاط تجاري لحسابه أو لحساب الغير لكنه في ذلك ليس مطلق الحرية، فإن ما يحصل عليه من أرباح يكون من حق الشريك لأنه ملتزم بعدم منافستها فالشريك بالعمل ملتزم مع سائر الشركاء بعدم منافسة الشركة، حيث إن المنافسة هي بلا شك أحد الأضرار التي يمتنع الشركاء أن يكونوا سبباً في وقوعها^(٤٤).

ويقصد بالامتناع عن الأضرار كل موقف من شأنه أن يجلب الضرر، سواء كان إيجابياً أو سلبياً أو بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. وقيام الشريك بنفس نوع النشاط محل حصته

(٤٤) محمد مصطفى مرسي، مرجع سابق، ص ٢٦.

يجوز للورثة أن يفرضوا على الشركاء شخصاً آخر محل الشريك بالعمل المتوفى، لأن ذلك يتعارض مع الطابع الشخصي لحصة العمل^(٤٤).

المطلب الرابع: التزام الشريك بالعمل بالمشاركة في تحمل الخسائر

الشريك في الشركة يقصد من اشتراكه الحصول على حصة من الأرباح والتحمل الخسائر، وتوزيع الأرباح والخسائر، وفقاً لنظام الشركة أو حسب قدر الحصة المقدمة.

قد تحدث إشكالية وتحقق الشركة خسائر فهل يجوز تحمل الشريك بالعمل بالمشاركة في تحمل الخسائر؟

من الوارد أن تحقق الشركة خسائر كما تحقق أرباحاً، وهذا ليس ثابتاً بل متغير وكل الاحتمالات واردة وفي نهاية السنة المالية وإتمام عملية الجرد يظهر للشركة، هل حققت أرباحاً أو خسائر، وإذا حققت الشركة أرباحاً يتم توزيعها على الشركاء سواء كانوا شركاء بالمال أو بحصة نقدية أو حصة بالعمل، وأيضاً في حالة الخسارة يتم توزيعها بنفس كيفية توزيع الأرباح، وبالنسبة لمقدم الحصة بالعمل فهو الأصل شريك في الأرباح والخسائر.

ونظراً لأن طبيعة الحصة بالعمل طبيعة خاصة ترتب آثاراً تنعكس عليه وتجعل له صنع يختلف عن مقدم الحصة النقدية والعينية بالنسبة لخسارة الشركة.

الوضع النظامي أن أصحاب الحصص النقدية والعينية هم من يتحملوا الخسائر من أموالهم الخاصة، وأما الشريك بالعمل فالخسارة يتحمل فيها ما كان قد يحصل بفقده المقابل من عمله. وعلى ذلك فيجب أن يستقر قدر ما يتحمله صاحب الحصة بالعمل من الخسارة في ما يفقده مقابل هذه الحصة من الأرباح، وضياع وقته وجهده يتعدى هذا القدر إلى أي التزام

الالتزام من الالتزامات المستمرة. حيث يتوجب عليه تنفيذها بشكل مستمر طيلة بقائه بالشركة وفقاً لما تم الاتفاق عليه بين الشركاء، وفي الحالة التي يعجز فيها الشريك عن تنفيذ التزامه لأي سبب من الأسباب، فتعد حصته قد هلكت ويتحمل هو تبعه هلاكها.

فحصة العمل تتوقف أساساً على القدرات الذاتية ذهنية كانت أو فنية أو عضلية لمقدمها، فيجب أن يكون هذا الأخير قادراً بما يقدمه من عمل على أن يساهم في تحقيق غرض الشركة. ليس للشريك بحصة عمل أن يكلف غيره بالقيام بعمله سواء بصفة كلية أو جزئية، وإلا سقطت عنه صفة الشريك. الأمر الذي يدعو إلى القول بأن حصة العمل تعد من مظاهر الاعتبار الشخصي، لكون محلها يتعلق بشخصية الشريك الذي يقدمها، ومن ثم تتأثر هذه الحصة بشخصية مقدمها، من جانب تنفيذها بنفسه، وعدم جواز انتقالها للغير، وانقضائها بوفاة الشريك^(٤٥).

فهذه الحصة تعتمد على الثقة الشخصية التي منحها بقية الشركاء لصفات تتعلق بشخصية الشريك بالعمل، وقد لا تتوافر في غيره، ويؤكد الصفة الشخصية لحصة العمل في الشركات الإسلامية كون الشركة تتضمن الوكالة والمضاربة. وفاة مقدم الحصة بالعمل يؤدي في الأصل إلى انقضاء الشركة إلا إذا أجاز الشركاء استمرارها مع الورثة.

كيف يتم معالجة الإشكالية في حالة انتهاء الاعتبار الشخصي لمقدم الحصة بالعمل؟

يحدث فقد الاعتبار الشخصي في حالات منها، حالة الحكم بعقوبة سالبة للحرية حالت بينه وبين أداء العمل المطلوب، أو عاجلته المنية قبل انتهاء المدة المحددة للشركة وتوفى، وترتب على ذلك حل الشركة بالنسبة له، وبالتالي لا

(٤٤) سميحة القليوبي، الشركات التجارية، ط ٥، القاهرة: دار النهضة

العربية، (٢٠١١م)، ص ٢٢.

(٤٥) محمد بهجت عبدالله قايد، مرجع سابق، ص ٣٩.

وبالتالي يجوز للدائن رفع دعوى على الشريك المتضامن ولو كان بحصة بعمل للمطالبة بديون الشركة، والشريك صاحب الحصة بالعمل تنقسم علاقته بالنسبة لديون الشركة إلى شقين فشقتها الأول هو أنه لا يستطيع أن يدفع عنه دعوى الدائنين بأنه ليس مسؤولاً في ذمته الشخصية عن ديون الشركة بل يترتب عليه سداد ديونهم. الشق الثاني هو أنه يستطيع الرجوع على الشركاء الآخرين بالدين الذي وفاه، لأنه لا يتحمل أي خسارة في الشركة، إنما الخسارة في فقده مقابل عمله فقط^(٤٩). إن الآثار القانونية التي تترتب على الالتزام بتقديم حصة العمل لا تقتصر فقط على واجبات الشريك وإنما تشمل أيضاً مجموعة حقوق يتمتع بها صاحب الحصة في الشركة.

ومقدم الحصة بالعمل لا يلتزم بالمشاركة في وفاء ديون الشركة، لأن الديون هي نوع من الخسائر وهذا الشريك معفي من تحمل الخسائر في أمواله الشخصية.

والنظام السعودي للشركات، أشار في المادة التاسعة من نظام الشركات إلى أنه يعفى الشريك الذي لم يقدم إلا حصة بالعمل من المساهمة في الخسارة ما دام أنه لم يتقاضى عن عمله أجراً والحقيقة في مثل هذه الحالة أن ذلك الشريك يكون خسارته في تقديمه لجهد دون الحصول على أي عائد من وراء ذلك لأنه لم يقدم أصلاً حصة مالية حتى يخسرها، عندما تتكبد الشركة الخسائر في نهاية الأمر بيد أنه سيكون من قبيل شرط الأسد اشتراط حصول الشريك بالعمل على أجر ثابت رغم حدوث الخسائر^(٥٠).

ويرى بعض الفقه أن إلزام الشريك صاحب حصة العمل بدفع مبلغ في الخسارة يعني إلزامه بتعويض وليس إلزامه بقيمة مساهمة، لأن قيمة مساهمة يكون قد أداها فيما قام به من جهد ممكن في عمله المتفق عليه^(٥١).

مالي، إلا إذا كان ما لحق بالشركة قد نتج عن اهمال الشريك أو تفريطه، فيجب أن يتحمل مسؤولية ذلك، إذ يكون قد أحل بالتزامه فيما يفرض عليه عناية الرجل المعتاد، فإذا لم يبدل هذا القدر من العناية، وترتب على ذلك ما لحقه من الخسارة بالشركة كان مسؤولاً عن الأضرار التي وقعت فيتحمل خطأه بالأعباء المالية جزاءً لإخلاله بالتزامه^(٥٢).

الشريك بالعمل يكون قد قدم عمله دون أن يحصل على مقابل ألا يعد استهلاك الآلة الانسانية، وأن الوقت والجهد دون مقابل من قبيل الخسارة التي تعادل استهلاك رأس المال^(٥٣).

يرى بعض الفقه أن صاحب حصة العمل يتحمل في الخسارة عن طريق ضياع المقابل الذي كان ممكن الحصول عليه فيما لو تحقق الربح، فكأن الخسارة التي يتحملها صاحب حصة العمل خسارة حالة، بأن الجهد الذي بذله لم يتلق عنه مقابلاً مادياً، أي أنه عمل بلا مقابل، وهي نتيجة هامة ومؤثرة في حياة الشريك صاحب حصة العمل تماماً كحالة الشريك صاحب الحصة المادية في رأس المال حيث تترجم الخسارة أو المكسب بالنسبة له في القيمة المالية المقدمة منه في رأس مال الشركة، وهي أيضاً نتيجة هامة ومؤثرة في حياة الشريك صاحب حصة رأس المال على ذات المستوى من الأهمية مع الفارق في الطبيعة لذات العنصرين^(٥٤). ولعل هذا الاعتبار هو الذي دفع المنظم إلى قبول فكرة أن تكون المساهمة في الشركة بالعمل، فالعمل له قيمة معنوية ومالية.

ولابد أن نوضح أن الشريك بالعمل غالباً ما يكون شريكاً متضامناً يسأل مسؤولية شخصية عن ديون الشركة كما لو كانت ديونه الشخصية، ويعتبر الشريك المتضامن تاجراً وجميع أمواله ضامنة لهذا الدين، وبالتالي يجب توزيع ديون الشركة على الشركاء إلا إذا وجد اتفاق على خلاف ذلك.

(٤٩) فوزي فئات، مرجع سابق، ص ٢٤٢.

(٥٠) خالد عبدالعزيز الرويس، مرجع سابق، ص ٨٣.

(٥١) رضا محمد عبيد، مرجع سابق، ص ٥٣.

(٤٦) علي السيد السيد، مرجع سابق، ص ١٦٢.

(٤٧) محمد بهجت عبدالله قايد، مرجع سابق، ص ٩٨.

(٤٨) رضا محمد عبيد، مرجع سابق، ص ٤٨.

وقضت محكمة استئناف القاهرة بأن: "ليس في القانون ما يمنع أن يكون رأس مال الشريك هو عمله والعبرة بذات العمل الذي يؤديه الفرد"^(٥٧). ومن خلال ما سبق يتضح لنا أنه يجوز إعفاء الشريك من التحمل في الخسارة، وذلك بشرط ألا يكون شريكاً بحصة نقدية أو عينية، وألا يكون قد تسبب بفعله في خسائر الشركة.

المبحث الثالث:

تقييم الحصة بالعمل وحقوق مقدمها وانقضاؤها

تمهيد وتقسيم

سوف نتناول في هذا المبحث طرق وكيفية تقويم وتقييم وتقدير قيمة الحصة بالعمل، سواء عن طريق الشركاء أو المقيمين أو المحكمة، وسوف نتناول أيضاً حقوق مقدم الحصة العينية، ومنها الحصول على الأرباح، والحصول على الربح بعد تصفية الشركة، وحقه في براءة الاختراع وحقه بالعمل في أعمال لا تنافس الشركة، وطرق انقضاء الحصة بالعمل، ومنها عجز الشريك عن أداء العمل أو الوفاة أنها تقع على كل ما يمكن أن يكون محل التزام، ولا يتم تقييمها بالمال ولكن يمكن تقييمها بما يتحقق من منفعة للشركة من خلالها، كما أنه لا يمكن تملكها للشركة لكونها مرتبطة بالعنصر الشخصي للشريك، مُفضلاً أن تكون من الأعمال ذات الطابع الفني وأن تكون من خلال تقديم خدمات معينة تدخل ضمن أعمال الشركة، وذلك من خلال المطالب التالية:

- المطالب الأول: تقييم وتقدير الحصة بالعمل.
- المطالب الثاني: حقوق صاحب الحصة بالعمل وانقضاؤها.

المطلب الأول: تقييم الحصة بالعمل

قد تحدث بعض الإشكاليات بشأن تقييم وتقدير قيمة الحصة بالعمل لأن تقييم حصة الشريك بالعمل يعد الخطوة

ونصت المادة (٢/٩) من نظام الشركات السعودي القديم لعام ١٤٣٧ هـ على أنه: "يجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم غير عمله من المساهمة في الخسارة، إلا أن ذلك مشروط بتوافر أمرين الأول ألا يكون الشريك بالعمل يتقاضى أجراً عن عمله إلى جانب نصيبه في الربح، الثاني ألا يكون الشريك قد قدم إلى جانب الحصة بالعمل حصة مالية نقدية أو عينية". وقد نصت المادة (٢/٥١٥) مدني مصري على: "ويجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم غير عمله من المساهمة في الخسائر بشرط ألا يكون قد تقرر له أجر عن عمله".

والقانون الفرنسي في المادة (١٨٤٥) مدني: "يقضي بضرورة تحمل الشريك بالعمل لجزء من ديون الشركة في أمواله الشخصية ولا يكتفي بتحملة الخسارة الناجمة عن فقدان وقته وجهده دون مقابل ويقدر هذا الجزء في حالة عدم تقويم حصة العمل بما يعادل أقل الحصص المالية قيمة".

وهذا النوع من الحماية مقرر لصاحب حصة العمل في رأس المال، فالأصل أن يتحمل في الربح والخسارة وإلا كان عقد الشركة باطلاً ويتمثل ربحه فيما يحصل عليه من جهد مبدول دون مقابل فتمثل الخسارة فيما ضاع عليه من مقابل مادي كان يمكنه الحصول عليه مقابل ما بذله من جهد لو كان قد حقق ربحاً.

إلا أن المشرع لم يحرم هذا الشريك من إمكانية تفادي التعرض للخسارة، فاعتبر الاتفاق على عدم تحمل الشريك بالعمل للخسارة اتفاقاً صحيحاً. وذلك خلافاً للأصل السائد، وهو عدم جواز الاتفاق على إعفاء شريك من الخسارة، ويظهر عدم تحمله في الخسارة في صورة لو تقرر له مقابل عن جهده في حالة خسارة الشركة. ولذلك اشترط المشرع لصحة هذا الشرط ألا يتقاضى الشريك أجراً عن هذا العمل، فإذا تقرر له أجر فلا يجوز الإعفاء من التحمل بالخسارة^(٥٨).

(٥٣) حكم صادر عن محكمة استئناف القاهرة الصادر في

١٩٥٦/١/٣١م، الموسوعة، ص ٥١٧.

(٥٢) رضا محمد عبيد، مرجع سابق، ص ٥٠.

تقدير الحصة بالعمل يرجع إلى تقدير الشركاء، ويكون تقدير ذلك وفق ما استفادة منه وحققته الشركة فائدة من هذا العمل. وقد نصت المادة (٥١٢) مدني مصري على أنه: "إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة عملاً، وجب أن يقوم بالخدمات التي تعهد بها، وأن يقدم حساباً عما يكون قد كسبه من وقت قيام الشركة بمزاولة العمل الذي قدمه حصة له"، وقد نصت المادة (٣/٥١٤) مدني مصري على أنه: "إذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله، وجب أن يقدر نصيبه في الربح والخسارة تبعاً لما تفيده الشركة من هذا العمل". فإذا قدم فوق عمله نقوداً أو أي شيء آخر كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوَقه.

فالمسألة وفقاً لهذا تقديرية، ترجع إلى تقدير الشركاء، ووضع الشريك معياراً محدداً يتم على أساسه هذا التقدير، وهو مقدار ما أفادته الشركة من عمل الشريك.

إذا اشتملت حصة الشريك على العمل، وتقاضى أجراً عن هذا العمل، ووجد اتفاقاً على دفع مبلغ له في حالة الخسارة فالاتفاق على الإعفاء من الخسارة في هذه الحالة غير صحيح، والجزاء المترتب على ذلك بطلان العقد، لأن ذلك يعتبر من تطبيقات شروط الأسد وهو أمر غير الجائز.

الأمر يقتضي إطلاق سلطة التقدير للمحكمة التجارية، إذ يكون للقاضي سلطة تكييف هذه العلاقة هل هي تقوم فعلاً على أركان عقد الشركة، أم أنها تطبق على عقد العمل؟ إذ إن مثل هذه الحالات غالباً ما تكون أقرب إلى عقد العمل منها إلى عقد الشركة، وتظهر التفرقة بين الحالتين فيما لو اتفق اثنان مثلاً على أن يتولى أحدهما التمويل والآخر البيع، أي يبذل جهده في عملية البيع، على أن يقتسما الربح والخسائر مناصفة فيما بينهما، بالإضافة إلى تقرير أجر لمن يقوم بالبيع وفيما لو اتفق اثنان على ذات الاتفاق ولكن مع إعفاء الشريك بالعمل من الاشتراك في الخسائر ففي الحالة الأولى يستحق الشريك صاحب حصة العمل حصته في الأرباح ويتحمل

الأولى والضرورية لتقدير نصيب الأرباح الذي يخصص لها، فهذه الحصة لها قيمة مادية، ولا يمكن الجدال في ذلك حيث إنها تتكون من مجهود، والمجهود له قيمة يقيم بها وهذه القيمة يمكن تقديرها بالنقود، وبالتالي تقدر كحصة في الشركة.

وتقييم الحصة بالعمل قد يكون عن طريق الشركاء في الشركة أنفسهم، وهو ما يعد مظهراً يبرز فيه الاعتبار الشخصي في حصة العمل لأن أساس تحديد النصيب الذي يحصل عليه الشريك من الأرباح التي تحققها الشركة وناتج التصفية وتحمل الخسائر، يتم تقديرها له من حيث أهمية حصته لدى الشركة، ويتم تقييم الحصة بالاتفاق في عقد الشركة، أما إذا سكت عقد الشركة عن تقويم حصة العمل أو عن تعيين نصيب الشريك بالعمل في الأرباح والخسائر، فتقدر قيمة العمل الذي يقدمه الشريك بمدى النفع الذي يعود على الشركة من وراء هذا العمل، أي بقدر ما يعود عليها من فائدة ناشئة عن عمل الشريك أو جهوده أو خبرته أو مهارته المهنية، وهي مسألة تقدرها محكمة الموضوع^(٥٤).

آليات تحديد الحصة في العمل، تتم عند تأسيس الشركة وذلك بحسب الفائدة التي يُمثلها العمل للشركة أو يتم تقديرها لاحقاً بعد تقييم عمله أو بناء على الاتفاق بين الشركاء، والحصص تظل متساوية بين الشركاء في العمل إلى أن يتم تحديد حصة كل منهم.

وهناك أربعة وسائل يمكن من خلالها تقدير الحصة بالعمل، وهي إما أن تكون مساوية لأقل حصة من رأس المال أو أن تُحدد بالاتفاق بين الشركاء أو على أساس مدى أهميتها للنشاط الذي تُمارسه الشركة، وأخيراً أن يتم تقديرها بواسطة الخبير المتخصص.

(٥٤) علي طلال هادي، الاعتبار الشخصي وأثره بالنسبة لتأسيس وتداول الأسهم والحصص في شركات الأموال، دار النهضة العربية، (٢٠١٢م)، ص ١٧٢.

الذي يقدمه الشريك، مضافاً إليه الأعباء المالية والتي كان على الشركة أن تتحملها في مقابل حصولها على هذا العمل والممثل في الأجر والمرتببات^(٥٨).

المطلب الثاني: حقوق مقدم الحصة بالعمل وانقضاؤها

مقدم الحصة بالعمل له العديد من الحقوق منها الحصول على الأرباح وحقه في نسبة براءة الاختراع له وحقه في الحصول على صافي الربح وأيضاً توجد حالات تنقضي بها الحصة بالعمل وهذا ما يوضحه من خلال الفروع التالية.

الفرع الأول: حقوق مقدم الحصة بالعمل

يوجد العديد من الحقوق الأساسية لمقدم الحصة بالعمل منها الحق في الحصول على الأرباح والمشاركة في إدارة الشركة، ورفع دعوى المسؤولية على مدير الشركة، وحضور الاجتماعات.

أولاً: الحصول على الأرباح

يعتبر المساهمة في توزيع الأرباح العنصر الجوهرية الذي يميز الشركة عن بعض النظم التي تشابهها خاصة عقد العمل والجمعية، وغيرها من التجمعات الأخرى. وإذا كان الأصل في الأرباح أنها توجه إلى المساهمين فإنها لا تصبح حقاً لهم إلا بعد إجراء الاقتطاعات اللازمة عليها على سبيل

نصيبه في الخسائر، والتي تتمثل فيما ضاع عليه من جهد بلا مقابل، وفي الحالة الثانية فلا يجوز الاتفاق على الإعفاء من الخسارة، وبالتالي فالعقد غير صحيح^(٥٩).

والمعتاد أن تقويم الحصة بالعمل يكون بالاتفاق بين الشركاء وقت أبرام التعاقد يتم تقدير نصيب الشريك بالعمل في الأرباح والخسارة على أساس ذلك التقويم. وإذا لم يكن ذلك التحديد قد حصل وقت التعاقد فإن للشريك هنا أن يطلب تقويم عمله ليكون ذلك أساساً في تحديد نصيبه في الربح والخسارة، ما لم يكن هناك عرف صحيح معبر في تحديد نصيب الشريك بالعمل عند اقتسام الأرباح، فيكون الهدف من تقدير وتأمين حصة العمل ببيان مقدار نصيبها في الربح أو الخسارة دون أن يعني ذلك بطبيعة الحال أنها تدخل ضمن حساب رأس المال^(٦٠).

وفي القانون المدني الفرنسي حيث نصت المادة (١/١٨٤٤)، بأن حصة الشريك بالعمل في الربح والخسارة إذا لم تتحدد ضمن نظام الشركة، فإن حصة ذلك الشريك ستكون ماثلة للحصة المالية الأقل في الشركة والتي تخص أحد الشركاء فيها مع الأخذ في الاعتبار أن مسؤولية الشريك عن ديون الشركة أمام الغير غير مرتبطة بذلك التحديد عندما يكون الشريك متضامناً.

وإذا لم يتم تقويم الحصة بالعمل في عقد التأسيس أو وقت التعاقد كان له أن يطلب تقويم عمله، ويكون هذا التقويم أساساً لتحديد حصته في الربح والخسارة^(٦١).

والفائدة التي تعود على الشركة من حصة العمل هي الفيصل في تقويم نصيب هذه الحصص من الأرباح، فمعيار إفادة ما تقوم به حصة العمل الذي يحدد به مقدار هذه الحصة من الربح، وتتمثل الفائدة التي تحصل عليها الشركة في العمل

(٥٨) وتضمن مشروع نظام الشركات السعودي في مادته (٢/١٧): "إذا كانت حصة الشريك مقصورة على عمله، ولم يتضمن عقد التأسيس الشركة تحديداً لنصيبه في الربح أو الخسارة، كان له أن يطلب تقييم عمله من قبل مقيم معتمد، ويكون هذا التقييم أساساً لتحديد نصيبه في الربح أو الخسارة، وفي حالة الخلاف على القيمة يتم التقييم - بناءً على طلبه - من قبل الجهة القضائية المختصة بالاستناد إلى تقرير مقيم معتمد أو أكثر تعينهم هذه الجهة، وإذا تعدد الشركاء بالعمل دون تقييم حصة كل منهم عدت هذه الحصص متساوية ما لم يثبت خلاف ذلك".

(٥٥) رضا محمد عبيد، مرجع سابق، ص ٥٢.

(٥٦) أكثم الخولي، مرجع سابق، ص ٤١٠.

(٥٧) محمد حسن الجبر، مرجع سابق، ص ١٧٢.

الأرباح الصافية هي الأرباح الناتجة عن العمليات التي باشرتها الشركة خلال السنة المالية، وذلك بعد خصم كافة الاستهلاكات والمخصصات التي تقضي الأصول المحاسبية بحسابها وتجنبيها قبل إجراء أي توزيع بأية صورة، ويجب إجراء الاستهلاكات وتجنيب المخصصات المشار إليها في السنوات التي لا تحقق فيها الشركة أرباحاً أو تحقق أرباحاً غير كافية^(٥٩).

كما قد يقصد بالربح الفرق بين القيمة الحالية للأصول وقيمتها عند إبرام عقد الشركة أو عند المساهمة بها في الشركة. وضع مقدم الحصة بالعمل يختلف عن وضعية الشركاء الآخرين حيث يظل مقدم الحصة بالعمل ملتزماً ببذل الجهد والعناية طول فترة حياة الشركة، وقد يعطله هذا عن أي كسب آخر يكون خارج الشركة، فهو يأمل في تحقيق الربح ما دام قد دخل بحصة عمل في الشركة، وفي سبيل حصوله على الربح قد فوت على نفسه أي كسب مادي آخر.

تقويم الحصة بالعمل يكون بالاتفاق بين الشركاء حين التعاقد فيتم تقدير نصيب الشريك بالعمل في الأرباح والخسارة على أساس ذلك التقويم، وإذا لم يكن ذلك التحديد قد حصل وقت التعاقد فإن للشريك هنا أن يطلب تقويم عمله ليكون ذلك أساساً في تحديد نصيبه في الربح والخسارة، ما لم يكن هناك عرف صحيح معتبر في تحديد نصيب الشريك بالعمل عند اقتسام الأرباح، فيكون الهدف من تقدير وتثمين حصة العمل بيان مقدار نصيبها في الربح أو الخسارة دون أن يعني ذلك بطبيعة الحال أنها تدخل ضمن حساب رأس المال^(٦٠). ويرى بعض الفقهاء أن الشريك بالعمل سيكون من حقه الحصول على منحة الحصص المجانية إذا تم زيادة رأس المال بدمج الاحتياطي ما لم ينص نظام الشركة على غير ذلك، لأن الأصل هو أنه قد

المصروفات العمومية والتكاليف الضرورية، مثل الديون وفوائدها والمبالغ التي تخصص للاستهلاك أو النقص التدريجي لبعض أصول الشركة^(٦١).

والأرباح تتحقق عندما تكون المحصلة الحسابية بين أصول الشركة وبين خصومها إيجابية، بعد إجراء الاقتطاعات المقررة، فإن المبالغ التي تبقى تكون عبارة عن أرباح صافية، وهي التي تكون كقاعدة عامة الأرباح التي يجب أن توزع على المساهمين.

ولم يحدد المشرع المقصود بالربح، كما لم يحدد المقصود بالخسارة، وتظهر أهمية هذا التحديد في إجراء التوزيع. فقد تحتج الشركة بعدم تحقيق ربح، في حين يرى الشركاء أن هناك ربحاً قد تحقق ويجب توزيعه عليهم. وقد ينصرف مفهوم الربح إلى عدة معان، فقد يقصد به الفرق بين ثمن البيع و ثمن الشراء، أو الفرق بين البيع و ثمن الشراء والتكلفة، أو يقصد به الفرق بين ثمن البيع و ثمن تكلفة إنتاج المبيع. ولكن ليس هذا هو المقصود بالربح في إطار عقد الشركة، وإلا لثار الجدل حول الأعباء الضريبية ومن المتحمل لها.

ويقصد بالربح كل كسب مالي أو مادي يضاف إلى ثروات الشركاء، وهكذا يتعين أن يكون الكسب من طبيعة إيجابية تزيد من ثروات الشركاء فلا يكفي أن تكون مجرد مزية قابلة للتقويم بالنقود أو مجرد اقتصاد للنفقات ولذلك تعد سياسة توزيع الأرباح من أهم السياسات التمويلية في الشركات نظراً لعلاقتها المباشرة بالشركاء، وبانعكاسها على سعر السهم في السوق. والربح هو الناتج عن الاستغلال، ويعني ذلك عدم اعتبار العناصر المعنوية، وما يطرأ عليها من زيادة في القيمة ربحاً^(٦٢).

(٥٩) حسن الفكهاني، موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية، ج ١، الدار العربية للموسوعات، (١٩٨٣م)، ص ٢٧٨.

(٦٠) حمر العين عبدالقادر، النظام القانوني لتأسيس شركة المساهمة، الجزائر: دار الجامعة الجديدة، (٢٠٠٣م)، ص ٢٥.

(٦١) انظر المادة رقم (١٩١) من اللائحة التنفيذية لقانون شركات

المساهمة المصري رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١م.

(٦٢) خالد عبدالعزيز الرويس، مرجع سابق، ص ٦٥.

ونصت المادة (٢/١٤) من نظام الشركات السعودي الجديد لعام ١٤٤٣هـ على أنه: "إذا كانت حصة الشريك عملاً وجب عليه أن يقوم بالعمل الذي تعهد به، ويكون كل كسب ينتج عن هذا العمل من حق الشركة، ولا يجوز له أن يمارس هذا العمل لحسابه الخاص، ومع ذلك لا يكون ملزماً بأن يقدم إلى الشركة ما يكون قد حصل عليه من حقوق على الملكية الفكرية الناتجة عن هذا العمل إلا إذا اتفق على غير ذلك". يتضح من هذا النص أنه من حق الشريك الاستفادة من براءة الاختراع التي توصل إليها أثناء عمله بالشركة مادياً ومعنوياً، إلا إذا كان يوجد اتفاق مع الشركاء الآخرين بالشركاء على غير ذلك. وقد نصت المادة (٦/ب) من نظام براءات الاختراع السعودي أنه تكون ملكية وثيقة الحماية لصاحب العمل، ما لم ينص عقد العمل على غير ذلك، متى كان موضوعها ناتجاً عن تنفيذ عقد، أو التزام مضمونه إفراغ الجهد فيما تم التوصل إليه. ولا يخل الحكم السابق بحق العامل في الحصول على مكافأة خاصة يتفق عليها برضا الطرفين، ويظل أي اتفاق يجرم العامل من هذا الحق. لا يخل الحكم السابق بحق العامل في الحصول على مكافأة خاصة يتفق عليها برضا الطرفين، أو تقدرها اللجنة في ضوء الظروف المختلفة لعقد العمل والأهمية الاقتصادية لموضوع الحماية ويظل أي اتفاق يجرم العامل من هذا الحق^(٦٥). يتضح من هذا قياساً على حق العامل أن من حق الشريك الحصول على مكافأة أو استغلال براءة الاختراع ولا يجوز حرمانه من هذا الحق^(٦٦).

ثالثاً: حق الشريك بالعمل عند انقضاء الشركة وتصفيتهما

عند حل الشركة وتصفيتهما يسترد الشريك حصته بالعمل، وذلك باستعادة حريته في التصرف في وقته وعمله وجهده لمنفعه ولا يتحمل الشريك بالعمل خسارة مادية خلاف ما

شارك مع الشركاء الآخرين، بجهده في تحقيق الشركة لأرباحها لم يتم توزيعها وحولت لحساب احتياطياتها^(٦٧).

وإذا كانت حصة الشريك مقصورة على عمله، فالأصل أن يتم تعيين نصيبه في الأرباح أو الخسائر في عقد تأسيس الشركة، فإذا جاء خالياً من ذلك، فيكون نصيبه في هذه الحالة مماثلاً لحصة أقل شريك في رأس مال الشركة، ونصت المادة (٢٤م) النظام الشركات الجديد: "إذا كانت حصة الشريك مقصورة على عمله ولم يتضمن عقد التأسيس الشركة تحديداً لنصيبه في الربح أو الخسارة كان نصيبه فيها مماثلاً لحصة أقل شريك في رأس مال الشركة، وإذا قدمه الشريك إضافة إلى عمله حصة نقدية أو عينية كان له نصيب في الربح أو الخسارة عن حصته بالعمل ونصيب آخر عن حصته النقدية أو العينية".

ثانياً: حق الشريك بالعمل في حالة الحصول على براءة اختراع

قد يحصل صاحب الحصة بالعمل على براءة اختراع، أو مساهمته وبصفة فعالة في الزيادة في قيمة المحل التجاري (العملاء) بسبب عمله إذا كان هو المدير أو صاحب مهارة ومواهب علمية وصلته إلى نتائج علمية أدت لتطوير العمل وزيادة الإنتاج ولكن لا تشمل الحصة بالعمل ما يكون قد حصل عليه الشريك بالعمل من براءة اختراع إلا إذا اتفق على غير ذلك^(٦٨).

(٦٣) خالد عبدالعزيز الرويس، مرجع سابق، هامش (١)، ص ٤٩٩.

(٦٤) وفي القانون الإماراتي، حيث نصت المادة (٤/١٨) على أنه: "مع مراعاة ما نص عليه قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة وقانون تنظيم وحماية الملكية الصناعية لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، إذا كانت حصة الشريك عمله، فكل كسب ينتج عن هذا العمل يكون من حق الشركة، ما لم يكن الشريك قد حصل على هذا الكسب من حق براءة اختراع، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك". يتضح من ذلك أن أي كسب أو منفعة مادية من هذا العمل يعود على الشركة ما لم يتفق الشريك على خلاف هذا مع الشركاء. ونصت المادة (١١) الفقرة (٣) من مشروع نظام الشركات السعودي الجديد على أنه: "إذا كانت حصة الشريك عملاً، وجب عليه أن يقوم بالأعمال التي تعهد بها ولا يجوز له أن يمارس هذا العمل لحسابه".

(٦٥) عبدالرزاق شيخ نجيب، حقوق الملكية الفكرية، (١٤٣٩هـ)، ص ٢٦٣.

(٦٦) انظر المادة (٦/أ-ب) من نظام براءات الاختراع السعودي الصادر بالمرسوم رقم (٢٧/م) وتاريخ ٢٩/٥/١٤٣٥هـ.

ذلك المال الفائض يكون للشركة بنسبة حصصهم في رأس المال، وهو ما يعني استبعاد الشريك بالعمل منه بالنظر إلى أن حصته لا تشكل قيمة في رأس مال الشركة، وذلك ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك في العقد عند تأسيس الشركة. وعند حل الشركة وتصفيتها يسترد الشريك بالعمل حصته، وذلك باسترجاع حريته في التصرف في وقته وعمله.

وإذا تم حل الشركة قبل مدتها، يرى بعض الفقه أن الشريك بالعمل لا يجب عليه أن يحصل على كل نصيبه في الأرباح، وإنما الذي له حق في الحصول عليه هو ما يتناسب مع ما قدمه خلال الفترة التي عاشتها الشركة، فإذا انقضت الشركة قبل انتهاء المدة المحددة لها فإن ذلك يراعى في انقضاء حصة الشركة في الأرباح، وبالتالي إذا كانت حصة الشريك عبارة عن عمل، فإنه في حال تصفيتها ليس له دين عليها. وبالتالي فإنه لا يشترك مع باقي الشركاء في توزيع موجوداتها، وله الحق في فائض التصفية فقط بعد سداد كافة الالتزامات على الشركة وسداد الحصص النقدية والعينية، إذا كان هذا الفائض أرباحاً.

رابعاً: حق الشريك مقدم الحصة بالعمل في القيام بأعمال لا تشكل منافسة للشركة

إن تقديم الشريك الحصة بالعمل بخبرته ومجهوده كحصة في الشركة، وإن كان يشكل في الواقع قيداً على حرية الشريك إلا أن هذا القيد لا ينبغي أن يصل إلى سلب هذه الحرية كلية وإلا اعتبر من قبيل الرق المفروض^(٦٧). وعلى ذلك إذا كان الشريك بالعمل يقدم خبرته ومجهوده إلى الشركة التي هو عضو فيها في مجال علمي أو عمل معين فلا يوجد ما يمنع هذا الشريك من الاشتغال في غير أوقات العمل بعمل آخر من نوعية أخرى وفي مجال آخر، ما دام هذا العمل الأخير لا

بذله من عمل دون حصوله على ربح منه عند خسارة الشركة غير أن هذا الواقع سيجعل من خسارة الشركة خسارة له بطبيعة الحال، أي إن ذلك لا يناقض ما نص عليه النظام في المادة التاسعة منه من أن الشريك يعفى من المساهمة في الخسارة إذا لم يقدم غير عمله لأن ذلك يعني أنه قدم عمله دون أن يعود عليه بالنفع والفائدة وهذه هي الخسارة التي تلحقه.

أما بالنسبة لوضعه عند التصفية للشركة فإنه لا يدخل مع الشركاء عند قسمة الفائض بعد إعطاء الدائنين حقوقهم وبعد استيفاء أولئك الشركاء الذين قدموا حصصهم النقدية والعينية مقدار ما بذلوا في رأس المال من فائض التصفية ما لم يتضمن الاتفاق عند التأسيس للشركة إدخال الشريك بالعمل في قسمة ناتج فائض التصفية. ولا يشترك الشريك بالعمل في الحصول على موجودات الشركة، وإنما له فقط في الفائض من التصفية. بعد سداد أصحاب رأس المال ورد قيمة حصصهم النقدية والعينية. أي إنه وبالرغم من أن المفترض أن يحسب المال المتبقي بعد ذلك التوزيع في عداد الربح المتبقي مما يستتبع أن يتدخل الشريك بالعمل معهم في قسمته ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك الترتيب في قسمة فائض التصفية، إلا أن المادة (٢٠٨) من نظام الشركات السعودي نصت على أن: "المصفي بعد سداد الديون أن يرد إلى الشركاء قيمة حصصهم في رأس المال، وأن يوزع عليهم الفائض بعد ذلك وفقاً لأحكام عقد التأسيس للشركة، فإن لم يتضمن العقد أحكاماً في هذا الشأن وزع الفائض على الشركاء بنسبة حصصهم في رأس المال". يتضح من هذا النص أن فائض التصفية بعد توزيع مستحقات الدائنين، ومقدار الحصص العينية والنقدية على الشركاء يقتسمه الشركاء بناءً على نصيب كل منهم في الأرباح حسب عقد الشركة، وهو ما يؤدي بحسب الظاهر من قراءة نص النظام إلى استبعاد الشريك بالعمل من ذلك الفائض لاقتصار النظام على إدخال أصحاب الحصص المكونة لرأس المال في اقتسام ناتج التصفية وذلك لأن النص قد جاء بتقرير أن قسمة

(٦٧) خالد الشاوي، شرح قانون الشركات العراقي، ط ١، (١٩٦٨م)،

ويعتبر التزام الشريك بالعمل من الالتزامات المستمرة التي تنفذ يوماً فيوم، وعلى ذلك فهو الذي يتحمل تبعه الهلاك، بحيث إذا توقف عن العمل نهائياً لأي سبب كان أعتبر متخلفاً عن أداء حصته وتنحل الشركة بالنسبة له ولا يحق له بعد ذلك المشاركة في الأرباح^(٧٠).

وقد نص البند رقم (١) ثانياً من قرار مجلس الوزراء السعودي رقم (١٧) وتاريخ ١٤٠٢/١/٢ هـ على أنه: "إذا كانت حصة الشريك في الشركة قاصرة على عمله، وأصيب بمرض أو عاهة تمنعه من أداء عمله بصورة دائمة فتعتبر الشركة منحلّة بالنسبة له". ويعني ذلك أن الشريك بالعمل إذا توقف عن أداء العمل بسبب مرض أو عاهة مستديمة تعتبر الشركة منحلّة بالنسبة له، مع استمرارها مع الآخرين ويترتب على صفة الاستمرارية للحصة بالعمل اكتساب هذه الحصة الخاصة الاحتمالية، ووقوع تبعه الهلاك فيها دائماً على مقدمها بعكس الحصة المال التي تهلك على الشركة إذا كان الهلاك بعد تسلمها لها^(٧١).

ويرى بعض الفقه بأن الشريك الذي يعجز عن أداء عمله أو الذي تحول بينه وبين أداء حصة العمل قوة قاهرة وتنفسخ الشركة بالنسبة إليه يكون قد أدى حصته أداءً جزئياً ومن ثم فلا بد له من مقابل لهذا الأداء الجزئي ما دام أن الشركة في تاريخ الحادث المانع من مواصلة العمل قد حققت أو قامت بأعمال ينتظر أن تحقق أرباحاً فيما بعد، فالأرباح التي تتحقق هي لكل من له صفة الشريك في تلك الفترة، ولا يجوز أن يستأثر بها البعض دون البعض الآخر^(٧٢). وذلك بالطبع مشروط بتوافر صفات المورث في ورثته تلك الصفات التي تعكس وجود الاعتبار الشخصي في حصة العمل.

(٧٠) محمد حسن الجبر، مرجع سابق، ص ١٨٢.

(٧١) محمد بهجت عبدالله قايد، مرجع سابق، ص ١٩٣.

(٧٢) علي السيد السيد، مرجع سابق، ص ١٧٢.

يشكل أي منافسة للشركة التي يشارك فيها بعمله أو يلحق بها أي ضرر سواء من حيث كمية العمل الواجب أداءه أو نوعية هذا الأداء^(٧٣).

ويرى الباحث أنه يجب ألا نقيّد حرية مقدم الحصة بالعمل في الاشتغال بأعمال أخرى سواء من نوع العمل الذي يقدمه للشركة أو مختلف عنه، ما دام ذلك لا يؤثر على التزاماته تجاه الشركة أو وجود اتفاق بين الشركاء يسمح له بذلك.

خامساً: حق الشريك بالحصة في العمل في الاشتراك في إدارة الشركة

من حق الشريك بالعمل أن يمارس حقوقه مثل حقوق الشريك بالحصة العينية أو النقدية مثل الاطلاع على سجلات الشركة والميزانية، وتمثيل الشركة أمام الغير، وإبرام التعاقدات إذا كان يعمل كمدير للشركة، وتصريف أمور الشركة وقبول الأوراق التجارية إذا صرح له بذلك من الشركاء. وحضور اجتماع مجلس الإدارة أو الجمعية العمومية للشركة والتصويت على القرارات.

الفرع الثاني: انقضاء الحصة بالعمل

يعتبر التزام الشريك بتقديم عمله كحصة في الشركة يعد من ضمن الالتزامات الشخصية المستمرة التي يتوالى بذلها بصفة دورية دونها انقطاع طالما بقيت الشركة قائمة، بمعنى أن الشريك وحده هو الذي يقع عليه تنفيذ ذلك الالتزام العيني للوصول إلى النتيجة التي تبغي الشركة تحقيقها وإلا فإن تبعه الهلاك تقع على كاهله أي إنه إذا توقف وانقطع عن أداء عمله للشركة لأي سبب كان كمرض أو عجز أو حبس ينشأ عنه عدم قدرته على أداء العمل المتوجب عليه للشركة، فإنه يصبح متخلفاً عن أداء حصته وتكون الشركة قد انحلت بالنسبة إليه، ولا يصح له بعد ذلك المشاركة في الأرباح إذا كانت مساهمته في ذلك الشركة بعمله فقط^(٧٤).

(٦٨) محمد بهجت عبدالله قايد، مرجع سابق، ص ٧٣.

(٦٩) أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص ٣.

ثانياً: التوصيات

- ١- تقدير وتقييم الحصة بالعمل بمعرفة مقيم معتمد، وفق أسس ومعايير واعتبارات معينة نظامياً ووضع ضوابط محددة ينص عليها نظام الشركة، أو اتفاق الشركاء، وفي حالة الخلاف يتم اللجوء للمحكمة.
- ٢- تحمل مقدم الحصة بالعمل الأضرار الناشئة عن الخطأ أو التقصير في أداء العمل الذي يقدمه كحصة في الشركة.
- ٣- حق الشركاء في المطالبة بإخراج الشريك بالحصة بالعمل في حالة التقصير في أداء العمل.
- ٤- عدم تقييد الشريك بالحصة بالعمل، وذلك بالاشتغال بأعمال أخرى سواء من نوع العمل أو مختلف عنه ما دام هذا العمل لا يؤثر على التزامه تجاه الشركة.
- ٥- من حق الشريك بالعمل الحصول على نسبة من فائض الأرباح الاحتياطي أو أسهم الزيادة في رأس المال التي قامت الشركة بشرائها أو استهلاكها للأسهم.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب العامة

- توفيق، حسام الدين سليمان (١٤٣٧هـ/٢٠١٨م). الشركات التجارية. دار الكتاب الجامعي.
- الجبر، محمد حسن (١٤١٧هـ/١٩٩٦م). القانون التجاري السعودي. ط ٤.
- حرب، محمد سيد رزق (١٤٤٢هـ/٢٠٢١م). النظام التجاري السعودي. ط ٤، الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.
- رضوان، أبو زيد (١٩٧٨م). الشركات التجارية في القانون الكويتي. دار الكتاب الحديث.
- الرويس، خالد بن عبدالعزيز (١٤٤٠هـ). الشركات التجارية. الرياض: دار الشقري.

وإذا انسحب الشريك بالعمل أو تم تصفية الشركة فيستحق الشريك بالعمل حينها حصته من الأرباح حتى تاريخ انسحابه أو تصفية الشركة، أما عند بيع كامل حصص الشركاء فلا يستحق وقتها الشريك بالعمل أي مقابل، وحصة الشريك بالعمل لا تُورث وأنه عند انسحاب الشريك بالعمل فإن الشركة تستمر بين باقي الشركاء.

وفي حالة حدوث أي نزاع بشأن الحصة بالعمل من حق الطرفين اللجوء للمحكمة التجارية، وفق نظام المحكمة التجارية.

الخاتمة

أولاً: النتائج

- ١- الحصة بالعمل قد تكون مجهود إدارياً أو فنياً أو هندسياً أو قانونياً وقد يكون ذهنياً أو عقلياً
- ٢- لا بد العمل أن يكون جدياً، ومفيداً للشركة، وليس تافهاً، ولا بد أن يؤدي الشريك العمل بنفسه شخصياً، وأن يكون مستمراً ومتتابعاً طوال مدة بقاء الشركة، وأن يكون مشروعاً، وغير مخالف للنظام والشريعة.
- ٣- توجد التزامات على مقدم الحصة بالعمل منها الالتزام بأداء العمل شخصياً، والامتناع عن كل ما يتعارض مع هذا العمل وعدم المنافسة بالشركة.
- ٤- عدم تحمل الشريك بالعمل في الخسائر التي تتعرض لها الشركة، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك.
- ٥- في حالة وفاة الشريك أو العجز عن أداء العمل تنقضي الشركة بالنسبة للشريك بالعمل لاعتبارات شخصية.
- ٦- حق الشريك بالحصول على فائض التصفية من الأرباح بعد سداد كافة التزامات الشركة، وسداد الحصص النقدية والعينية وأن يكون التقييم من قبل مقوم أو معتمد.

ثانياً: الرسائل والبحوث
أبا الخيل، عبدالله بن محمد صالح (١٤١٦هـ/١٩٩٦م).
حصة العمل في الشركات في الفقه والنظام. رسالة
ماجستير، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد
ابن سعود الإسلامية.

ريبير، وربلو (١٩٨٣م). المطول في القانون التجاري. الجزء
الأول، ط١١.

صالح، سمير أبو الفتوح (أبريل ١٩٨٣م). تقييم حصة
الشريك بالعمل في شركات الأشخاص بين الفكر
المحاسبي والفقه الإسلامي. المؤتمر العلمي السنوي
الثالث: المنهج الاقتصادي في الإسلام بين الفكر
والتطبيق، كلية التجارة، جامعة المنصورة.

فتات، فوزي (٢٠٠٢م). تقديم الحصة في الشركات
التجارية. رسالة دكتوراه، جامعة سيدي بالعباس،
الجزائر.

نقرو، طلعت (١٤٣٩هـ). شرح نظام العمل الجديد. ط١.
هادي، علي طلال (٢٠١٢م). الاعتبار الشخصي وأثره بالنسبة
لتأسيس وتداول الأسهم والحصة في شركات
الأموال. دار النهضة العربية.

ثالثاً: الأنظمة والقوانين

- نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم
(م/٣) وتاريخ ٢٨/١/١٤٣٧هـ.
- قانون الشركات المصري رقم (٥٩) لسنة ١٩٨١م،
وتعديلاته الصادرة عام ٢٠١٨م.
- قانون اتحادي رقم (٢) لسنة ٢٠١٥م بشأن الشركات
التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة.
- نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم
(م/١٣٢) وتاريخ ١/١٢/١٤٤٣هـ.

السيد، علي السيد (١٣٩٣هـ/١٩٧٣م). الحصة بالعمل
بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. الكتاب
الخامس عشر، مطبوعات المجلس الأعلى للشؤون
الإسلامية.

الشاوي، خالد (١٩٦٨م). شرح قانون الشركات العراقي.
ط١.

عبدالقادر، حمر العين (٢٠٠٣م). النظام القانوني لتأسيس
شركة المساهمة. الجزائر: دار الجامعة الجديدة.

عبيد، رضا محمد (١٩٩٦م). الشركات التجارية في القانون
المصري. ط٤.

العريف، علي (١٩٨٠م). شرح الشركات في مصر. القاهرة:
دار النهضة ودار الفكر.

العمري، عدنان صالح (١٤٤٤هـ). الوجيز في الشركات
التجارية وفقاً لنظام الشركات لسنة ١٤٤٣هـ. ط٥.

الفقي، محمد السيد (٢٠٠٧م). مبادئ القانون التجاري.
الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.

الفكهازي، حسن (١٩٨٣م). موسوعة الفقه والقضاء للدول
العربية. ج١، الدار العربية للموسوعات.

الفوزان، محمد بن براك (١٤٣٥هـ). الأحكام العامة
للشركات: دراسة مقارنة. الرياض: مكتبة القانون

والاقتصاد الرياض، ١٠١٤ ص.
قايد، محمد بهجت عبدالله (د.ت.). حصة العمل في
الشركات: دراسة مقارنة. دار النهضة العربية.

القليوبي، سميحة (٢٠١١م). الشركات التجارية. ط٥،
القاهرة: دار النهضة العربية.

مرسي، محمد مصطفى عبدالصادق (٢٠١٨م). الشركات
التجارية. المنصورة: دار الفكر والقانون.

منصور، أنور مطاوع (١٤٣٧هـ). القانون التجاري
السعودي. مكتبة المتنبني.

الضمانات التشريعية لحماية الودائع النقدية المصرفية: دراسة في ضوء القانون الاتحادي الإماراتي الجديد رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م بشأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية

ندى زهير الفيل

أستاذ القانون التجاري المشارك، كلية القانون، جامعة الشارقة

nalfil@sharjah.ac.ae

(قدم للنشر في ١٧/٦/١٤٤٢هـ، وقبل للنشر في ٢٥/١٠/١٤٤٢هـ)

ملخص البحث. تنصب الدراسة في هذا البحث على النصوص التشريعية التي وردت في القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية، والتي تضمنت عدداً من التدابير والإجراءات التي تستهدف الحفاظ على سلامة الجهاز المصرفي وحماية المنشآت المالية المرخصة وضمان سير أعمالها بشكل سليم وفعال وحماية المودعين وتأمين استرداد حقوقهم عند مواجهتها لمخاطر الأزمات المالية أو التعثر المالي، هذه الإجراءات والتدابير وُجدت في نطاق الأحكام القانونية لتأسيس المنشآت المالية وشروط حصولها على الترخيص وفي نطاق الأحكام القانونية لإدارتها والرقابة عليها. حاولت هذه الدراسة أن تبحث في ثنايا القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م عن التدابير والإجراءات التي يمكن أن تشكل ضمانات لحماية الودائع المصرفية بغرض تجميعها وتسليط الضوء على مضمونها للوصول إلى معرفة ما إذا كانت هذه الضمانات تكفي لحماية الودائع المصرفية ضد جميع المخاطر التي يمكن أن تواجهها المنشآت المالية المرخصة، أم أن هذه الودائع ما زالت بحاجة إلى ضمانات أو وسائل أخرى لحمايتها.

وتوصلت الدراسة في نهايتها إلى أن هذه الضمانات لم تكن جميعها مخصصة لغرض حماية ودائع المودعين وضمان ردها إليهم، وأنها تبقى محصورة في إطار ممارسة المنشآت المالية لأنشطتها المصرفية في الظروف العادية أي عندما تكون بكامل طاقتها وإمكاناتها الاقتصادية، بينما تكون غير كافية لحماية الودائع عند مواجهة هذه المنشآت المالية للأزمات المالية المفاجئة، وبسبب ذلك فقد أصبح من الضروري أن يأخذ المصرف المركزي خطوات سريعة في وضع نظام ضمان الودائع وأن تبني المنشآت المالية المرخصة وسائل تدعيم وتنمية ودائعها وتطوير خدماتها المصرفية. الكلمات المفتاحية: المنشآت المالية المرخصة، المصرف المركزي، الرقابة، عدم كفاية رأس المال، التعثر المالي، إعادة الهيكلة، المخاطر، الاحتياطي.

LEGISLATIVE GUARANTEES TO PROTECT BANK CASH DEPOSITS: A STUDY IN LIGHT OF FEDERAL LAW NO. 14 OF 2018 REGARDING THE CENTRAL BANK AND THE REGULATION OF NEW FINANCIAL FACILITIES AND ACTIVITIES

Nada Zuhair El-Fil

*Associate Professor of Commercial Law, College of Law, University of Sharjah
nalfil@sharjah.ac.ae*

(Received 17/06/1442 H., Accepted for Publication 25/10/1442 H.)

Abstract. The study in this research focuses on the legislative texts mentioned in Federal Law No. 14 of 2018 in the matter of the Central Bank and the regulation of financial establishments and activities, which included a number of measures and procedures aimed at preserving the integrity of the banking system, protecting licensed financial institutions, and ensuring their proper and effective functioning and protection. Depositors and securing the recovery of their rights when faced with the risks of financial crises or financial distress. These procedures and measures were found within the scope of the legal provisions for establishing financial institutions, the conditions for obtaining a license, and within the scope of the legal provisions for their management and control. This study tried to search within Federal Law No. 14 of 2018 for measures and procedures that could constitute guarantees to protect bank deposits for the purpose of compiling them and highlighting their content in order to get to know whether these guarantees are sufficient to protect bank deposits against all risks that the establishments may face. The licensed financial system, or are these deposits still in need of guarantees or other means to protect them? At the end of the study, the study concluded that not all of these guarantees were intended for the purpose of protecting depositors' deposits and ensuring their return to them, and that they remain confined within the framework of the financial institutions' exercise of their banking activities in normal circumstances, i.e. when they are at their full potential and economic potential, while they are insufficient to protect deposits when confronted with these Financial institutions due to sudden financial crises, and because of this, it has become imperative for the Central Bank to take rapid steps in setting up a deposit guarantee system and for licensed financial institutions to adopt means to support and develop their deposits and develop their banking services.

Keywords: Licensed financial institutions, Central bank, Oversight, Capital insufficiency, Financial default, Restructuring, Risks, Reserves.

المقدمة

تعتبر الودائع النقدية من المصادر الرئيسية لتمويل البنوك ولتمويل معظم عملياتها الائتمانية والاستثمارية التي تقدمها لعملائها من جهة، وتشكل أحد المؤشرات البارزة لقياس مدى ثقة الجمهور بالنظام المصرفي من جهة أخرى، وتتميز هذه الودائع بخاصية جوهرية هي أن البنك يكتسب ملكيتها - ما عدا الودائع المخصصة لغرض معين - ويكون له الحق في التصرف بها لحاجات أنشطته المصرفية، ولكنه يلتزم بردها إلى أصحابها عند الطلب أو وفقاً للشروط المتفق عليها، وبناءً على ذلك تكون الودائع إما لدى الطلب بحيث يكون للمودع استردادها في أي وقت، وإما بشرط الإشعار المسبق فلا يجوز استردادها إلا بعد إخطار البنك قبل الاسترداد بمدة ما وإما لأجل حيث يتفق على عدم استردادها من البنك إلا بعد أجل معين؛ ولأن الودائع تمثل حقوقاً لأصحابها فإن البنوك المودع لديها تحرص بشدة على القيام بردها لهم وفق الآليات وفي المواعيد المحددة، فالأفراد يلجأون إلى البنوك من أجل تأمين أموالهم لديها، فهي تحفظ أموالهم وتمكنهم من استردادها في الوقت الذي يرغبون فيه، وأساس العلاقة بينهم وبين هذه البنوك قائم على الثقة والمصادقية، وأن البنوك عندما تتمكن من مد جسور الثقة بعملائها، يطمئن العملاء إلى التعامل معها، ولكن كيف يكون لها المحافظة على هذه الثقة في ظل المخاطر والأزمات المالية التي تواجهها؛ هناك مخاطر تتعلق بأمور خارجة عن سياسات البنوك وقراراتها؛ مخاطر تنصب على قدرة البنك في تحقيق الأرباح وقدرته على الوفاء بالتزامات نحو المودعين، أو مخاطر تتعلق بعجز السيولة وعدم كفاية رأس المال ومشكلة ظهور الخسائر ومشكلة الائتمان الرديء أو مخاطر التعثر المالي؛ عندما تكون القيمة الاقتصادية للمنشأة المالية سالبة، ويتعسر على البنك سداد التزاماته المالية الحالية تجاه دائنيها ويتوجه همها الأساسي إلى كيفية الخروج من هذا الموقف؟ كيف تضمن للمودعين

استرداد ودائعهم أو تعويضهم كلياً أو جزئياً عنها، وأن عدم التسديد سيؤدي إلى إضعاف الثقة بالبنوك من جهة وبالجهز المصرفي في الدولة من جهة أخرى؛ وأن وجود مؤشرات سلبية على إدارة البنوك لأموالها وعدم قدرتها على الوفاء بالتزاماتها يدفع بالمودعين إلى التقدم وسحب ودائعهم.

لقد أصبح ضمان حقوق المودعين في مواجهة البنوك من أهم الموضوعات المطروحة على الساحة المصرفية، وذلك بسبب الأزمات المالية التي شهدتها كثير من الدول خلال عقد الثمانينيات من القرن الماضي، والتي أدت إلى تعثر العديد من البنوك، ومن ثم ظهور العديد من الدراسات التي تبحث في الأسباب المؤدية إلى حدوثها ووسائل علاجها أو التقليل من آثارها السلبية على الجهاز المصرفي والاقتصاد ككل، وقد توصلت هذه الدراسات إلى أنه بالإمكان تجاوز هذه الأزمات أو التخفيف من آثارها من خلال إقرار العديد من الوسائل والآليات التي تسهم بشكل أساسي في تفعيل الدور الإشرافي للمصارف المركزية على تأسيس وإدارة ورقابة البنوك بما يضمن حماية حقوق المودعين ويحفظ سمعة الجهاز المصرفي وثقة العملاء به، بالإضافة إلى إقرار نظم التأمين على الودائع من قبل العديد من الدول.

مشكلة الدراسة

تستهدف هذه الدراسة التعرف على الإستراتيجية التي أرساها المشرع الإماراتي في القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية بهدف ضمان حقوق المودعين وحماية ودائعهم والتي يتوجب على المصرف المركزي اعتمادها في تنظيم علاقته بالمنشآت المالية (البنوك) وأنشطتها المرخصة، وقد انطوت هذه الإستراتيجية على إعطاء المصرف المركزي الصلاحية في الأمور التالية:

١- اتخاذ العديد من التدابير التي يراها مناسبة للحفاظ على سير عمليات المنشآت المالية المرخصة التي تتلقى الودائع بشكل سليم وفعال.

نفسه أنه بحاجة ماسة إلى تلك التعليقات والأنظمة والقرارات التي تعينه في عملية البحث والتحليل للوصول إلى النتائج المرجوة، فمثلاً أصدر مجلس إدارة المصرف المركزي اللائحة التنظيمية والمعايير المصاحبة لها في شأن الحوكمة المؤسسية للبنوك العاملة في الدولة وسبق له أن أصدر في فترة سريان القانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ١٩٨٠م في شأن المصرف المركزي نظام مراقبة حدود التركزات الائتمانية لعام ٢٠١٣م، إلا أنه لم يصدر لحد الآن التعليقات المتعلقة بتحديد ما يعد من المهام ذات الطبيعة المحددة التي تخضع لتصريح المصرف المركزي، ورغم أن الواقع المصرفي شهد عدداً من صفقات الاندماج والاستحواذ - اندماج بنك أبو ظبي التجاري وبنك الاتحاد الوطني وبنك الهلال - ومع ذلك فإنه لم تصدر الأنظمة والتوجيهات والشروط المتعلقة بالاندماج والاستحواذ المصرفي، بل أصدر رئيس مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع (القرار ١٨/ر م) لعام ٢٠١٧م بشأن قواعد الاستحواذ والاندماج للشركات المساهمة العامة، فهل يعني ذلك العمل بأحكام هذا القرار أم أحكام الاندماج والاستحواذ المقررة في قانون الشركات رقم (٢) لسنة ٢٠١٥م مع خصوصية البنوك (المنشآت المالية المرخصة)؟

٢- أعطى المشرع للمصرف المركزي في المادة (٨٩) من القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م الحق في وضع تعليمات أو توجيهات أو تدابير أو إجراءات من شأنها تأمين سير العمل في المنشآت المالية المرخصة التي تتلقى الودائع على وجه سليم، كما أن المادة (١٢١) من القانون ذاته أوجبت على المصرف المركزي وضع الأنظمة الخاصة بحماية عملاء المنشآت المالية المرخصة بما يتناسب مع طبيعة الأنشطة التي تمارسها والخدمات والمنتجات المالية التي تقدمها...

٢- تحديد القواعد والمعايير والشروط الواجب الالتزام بها من قبل المنشآت المالية المرخصة في مجال التأسيس والإدارة والرقابة والإشراف.

٣- وضع الإطار العام لإعادة هيكلة المنشآت المالية المرخصة التي تتلقى الودائع، وذلك للحد من الآثار التي قد تترتب جراء اختلال مركزها المالي على النظام المالي للدولة.

٤- إصدار نظام لضمان ودائع وحقوق مودعي المنشآت المالية المرخصة، من قبل مجلس إدارة المصرف المركزي بالتنسيق مع وزارة المالية مع إمكانية انشاء صندوق للتعويضات وتحديد هيكله.

وإزاء هذه الصلاحيات تأتي الدراسة في هذا البحث لتركز على مسألة في غاية الأهمية ألا وهي مدى قدرة القواعد التشريعية الواردة في القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية بمفردها على حماية الودائع المصرفية، وذلك في ضوء المعطيات التالية:

١- أبقى المشرع الإماراتي على التعاميم والقرارات الخاصة بالقانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ١٩٨٠م في شأن المصرف المركزي والنظام النقدي وتنظيم المهنة المصرفية الملغى نافذة إلى أن يصدر تعاميم جديدة خلال ثلاث سنوات من تاريخ نفاذ القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية، وفي الوقت ذاته ترك الجزء الأكبر من أحكام القانون للقرارات والأنظمة والمعايير التي يصدرها مجلس إدارة المصرف المركزي، ويتبين من مطالعة نصوص القانون الجديد أنه يختلف كثيراً عن الملغى؛ إذ فيه أحكام جديدة لا تغطيها التعاميم السابقة خاصة وأن القانون الجديد شكّل نقلة نوعية في تنظيم المنشآت المالية المرخصة، فالباحث في الجوانب القانونية لهذا التشريع يجد

الظروف العادية كمخاطر السيولة وعدم كفاية رأس المال أو تعرض المصرف للتعثّر المالي، فهل تستطيع أن تواجه الأزمات المالية التي تتسع مخاطرها لتشمل العديد من الدول؟ أم أنها تكون غير قادرة على مواجهة هكذا أزمات؟

٢- هل أن البنوك ما زالت بحاجة إلى التدخل الفوري من قبل الحكومة لضخ الأموال في خزائنها ومن ثم منح المودعين أموالاً حكومية تعويضاً عن ودائعهم التي عجزت البنوك عن ردها؟ في دولة الإمارات وعندما شهدت المنشآت المالية المرخصة - موجة انسحاب المستثمرين الأجانب خلال الربع الأخير من عام ٢٠٠٨م بسبب ظروف الأزمة المالية العالمية من مختلف القطاعات: الأسهم والعقارات والودائع المصرفية، اتخذت حكومة الدولة في سبتمبر ٢٠٠٨م قراراً سيادياً وإستراتيجياً بالأمر إلى مجلس الوزراء بتحويل مبلغ ٧٠ مليار درهم لوزارة المالية وتكليفها والمصرف المركزي بوضع الآليات المناسبة لضخ هذه السيولة في القطاع المصرفي، لترتفع بذلك المبالغ المرصودة لحماية القطاع من أية تداعيات سلبية للأزمة المالية العالمية إلى ١٢٠ مليار درهم، فإذا كان الجواب بالإيجاب، فهل يجوز تحميل الدولة خسائر البنوك والمودعين مرات ومرات؟ وهل ينبغي أن يمثل المصرف المركزي ما يسمى بالمقرض الأخير Lender of last resort لهم.

• ثانياً: وضعت هذه الدراسة لأجل إثراء المعرفة المصرفية بالأحكام القانونية الجديدة التي جاء بها القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م والتي ركز فيها المشرع الإماراتي على حماية العملاء والمنشآت المالية التي تتلقى الودائع وأنشطتها المالية وأيضاً لتوفير مرجع يساعد الباحثين في إعداد دراسات مستقبلية لاستكمال أو توسيع البحث العلمي في هذا المجال.

ولكن كم تحقق من هذه الأنظمة أو التعليمات أو التدابير أو الإجراءات على أرض الواقع؟ لا مبالغة في القول إن وجود مثل هذه الأنظمة أو التعليمات أو التدابير أو الإجراءات قد يعين الباحث كثيراً في تحليل النصوص التشريعية المتعلقة بالمنشآت المالية المرخصة التي تتلقى الودائع والوصول إلى النتائج المرجوة من الدراسة.

٣- لم تشهد دولة الإمارات لحد الآن تأسيس نظام أو صندوق لضمان الودائع، على الرغم من أن المشرع الإماراتي أعطى هذه المهمة لمجلس إدارة المصرف المركزي في المادة (١٢٢) من القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م وبالتنسيق مع وزارة المالية، وقد ثبت في أكثر من دولة عربية أهمية هذا النظام في حماية الودائع؛ إذ يُعد في حكم شركات التأمين التي تقوم بتوزيع المخاطر وتعمل على تخفيف العبء الواقع على كاهل البنوك المركزية، والذي يتأتى من كون المصارف المركزية مدعومة لإفراض أي بنك يواجه صعوبات مالية حتى تتمكن من تجاوزها انطلاقاً من قاعدة المساعدة قبل الانهيار التام والوقاية خير من العلاج، وقد يكون هو الملاذ الأخير والضمان الأفضل الذي يلجأ إليه المودعون لتعويضهم عن خسارتهم، إذا ما عجزوا عن الاستفادة من الضمانات الأخرى.

أهداف الدراسة

تتمثل أهداف الدراسة بالآتي:

• أولاً: الإجابة عن التساؤلات التالية:

١- هل يمكن للقواعد والمعايير والتدابير التي وضعها المشرع الإماراتي أن تقدم لوحدها ضمانات تشريعية كافية لحماية الودائع المصرفية من المخاطر والأزمات المالية؟ وإذا كانت كافية لمواجهة المخاطر في ظل

منهجية الدراسة

هي دراسة تشريعية انصبت بالأساس على استقراء النصوص والقواعد الواردة في القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية للوصول إلى تحديد الآليات والإجراءات والتدابير التي يتبعها المصرف المركزي في علاقته بالمنشآت المالية المرخصة، والتي تشكل ضمانات لحماية حق المودعين في استرداد ودائعهم إذا ما واجهت البنوك أية مخاطر أو أزمات، مع الاستعانة بأراء الفقهاء والباحثين كلما اقتضت الحاجة إلى ذلك، وهذا وقد اعتمدت هذه الدراسة على المناهج التالية:

١- المنهج الوصفي؛ لإعطاء صورة واضحة عن أهمية الودائع للبنوك والمخاطر التي تواجهها المنشآت المالية المرخصة عند رد الودائع وماهية الضمانات المقررة لحماية الودائع، وقد تم تجميع هذه الضمانات وتصنيفها وفق وظيفتها بمرحلة التأسيس وإجراءاته أو تعلقها بعملية الإدارة، أو بمعايير وإجراءات الرقابة وكان ذلك من خلال استقراء النصوص التشريعية في القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية.

٢- المنهج التحليلي؛ إذ سيتم تحليل النصوص التشريعية الخاصة بالتدابير والإجراءات والمعايير التي تشكل ضمانات لحماية الودائع المصرفية، ليتم استخلاص النتائج التي جاءت هذه الدراسة للوصول إليها وأهمها مدى كفاية ما وضعه المشرع في هذا القانون من ضمانات لحماية حقوق المودعين من عدمه أم أنه ما تزال المنشآت المالية المرخصة بحاجة إلى وسائل تعينها على رد الودائع إلى أصحابها عند مواجهتها لمخاطر الأزمات أو التعثر المالي.

وبالنظر لحدائث القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م موضوع الدراسة، وعدم توافر المؤلفات والبحوث العربية والأجنبية التي تنصب على دراسة أحكامه القانونية،

فقد تم الاعتماد في بعض الجزئيات التي اشتمل عليها هذا البحث على عدد من الدراسات والمقالات المنشورة في بعض المواقع الإلكترونية والتعاميم والأنظمة والتقارير السنوية المتاحة على موقع مصرف الإمارات العربية المتحدة المركزي.

نطاق الدراسة

تنصب هذه الدراسة على النصوص التشريعية الواردة في القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية، والذي تم بموجبه إلغاء كل من القانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ١٩٨٠م في شأن المصرف المركزي والنظم النقدي وتنظيم المهنة المصرفية والقانون الاتحادي رقم (٦) لسنة ١٩٨٥م في شأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية والإسلامية، وسيتم حصر البحث عن ضمانات حماية الودائع من خلال الرجوع إلى مضمون القواعد المتعلقة بتأسيس المنشآت المالية المرخصة وإدارتها والرقابة على أعمالها، واقتصرت هذه الدراسة على البنوك - أي شخص اعتباري مرخص له وفقاً لأحكام القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م بممارسة نشاط تلقي الودائع - فقط بوصفها أحد المنشآت المالية المرخصة؛ ذلك لأن الأخيرة شملت بالإضافة إلى هذه البنوك، المؤسسات المالية الأخرى المرخصة لممارسة نشاط أو أكثر من الأنشطة المالية المرخصة وتشمل تلك التي تمارس كافة أعمالها أو جزءاً منها، وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وتكون تلك المنشآت إما مؤسسة داخل الدولة أو في مناطق اختصاص أخرى أو لها فروع أو شركات تابعة أو مكاتب تمثيل داخل الدولة، وسنعمد إلى استخدام مصطلح البنوك مصاحباً لمصطلح المنشآت المالية المرخصة مراعاة لتوجه المشرع الإماراتي في هذا الصدد.

- ثالثاً: الوديعة بشرط الإخطار؛ وتتمثل بمبالغ تودع لدى البنك لمدة غير محددة ويحق للمودع سحبها بعد توجيه إخطار إلى البنك يتفق على مدته عند الإيداع (المادة ٣٧٢ الفقرة ٢ من قانون المعاملات التجارية الإماراتي لسنة ١٩٩٣م)، ويعطي عنها البنك فائدة يرتفع سعرها كلما طالت المدة اللاحقة على الإخطار، ولكن لا تكون في جميع الأحوال أعلى من فائدة الوديعة المقترنة بأجل (أحمد، ٢٠١٠م؛ عوض، ٢٠٠٨م).

وأياً كانت الصورة التي تتخذها الودائع النقدية؛ فإن أهميتها تتأتى أولاً من كونها الوسيلة الفضلى التي تحصل من خلالها البنوك على مبالغ طائلة لا تحتفظ بها لحين طلبها من أودعها، بل تعيد إقراضها لآخرين أو استعمالها فيما يعود عليها بالفوائد والعمولات (غنام والطاير والجناحي، ٢٠١٥م)، وثانياً من حيث إنها تمكن البنك من استثمارها دون مشاركة أصحابها في الأرباح التي تدرها هذه الاستثمارات، بل يستفيد البنك منها في توفير السيولة والوفاء باحتياجاته، وتنفيذ أعماله التي تستدعي وجود رصيد كافٍ (صدقي، د.ت.)، وثالثاً فإن أهمية الودائع المصرفية تظهر في أن البنوك تقوم بخدمة عامة للاقتصاد القومي بقبولها الودائع، نظراً لما يؤدي ذلك من تسهيل لعمليات الدفع الناجمة عن التبادل التجاري وتشجيع للدخار واستخدام للأموال في المجالات الاقتصادية الأخرى، والتخفيف من حدة التضخم في الاقتصاد الوطني لأنها تعتمد على التقليل من الاستعمال الفعلي للنقود، والحد من الإنفاق الاستهلاكي للأفراد (عبدالعال، ١٩٩٣م؛ الشاع، ٢٠١١م).

ولأن عمليات إيداع النقود تعتمد على ثقة المودعين بالمركز المالي للبنوك وقدرتها على رد المبالغ المودعة لهم بمجرد طلبها أو في الأجل المتفق عليه، فقد أصبحت فلسفة التشريعات المصرفية تتمحور وتقوم بشكل أساسي على حماية المودعين ومنح أموالهم المودعة في البنوك الحماية اللازمة لتأمينها من كل أنواع المخاطر.

خطة الدراسة

تم تقسيم موضوع الدراسة في هذا البحث إلى:

- تمهيد.
- المبحث الأول: الضمانات المقررة في نطاق التأسيس والإدارة.
- المبحث الثاني: الضمانات المقررة في نطاق الرقابة.

تمهيد

تمثل الودائع النقدية أهم مصادر الأموال في البنوك، وإيداعها يتم بموجب عقد يُبرم بين العميل (المودع) الذي يلتزم بتسليم النقود المتفق عليها، وبين البنك (المودع لديه)، الذي يلتزم برد الوديعة مع الفوائد - عند الاتفاق عليها - إلى العميل في نهاية مدة العقد أو في الأجل المتفق عليه أو عند طلب العميل، (القليوبي، ٢٠٠١م؛ المادة ٣٧١ من قانون المعاملات التجارية رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣م) والودائع التي يملكها البنك تتخذ إحدى الصور التالية:

- أولاً: الوديعة لدى الطلب؛ وهي أكثر صور الوديعة شيوعاً في التطبيق؛ لأن المودعين يلجأون إلى استخدامها كأداة لتسوية التزاماتهم عن طريق استعمال الشيكات أو أوامر التحويل المصرفي (عوض، ٢٠٠٨م)، وهي من الودائع التي يملكها البنك، ويكون للمودع أن يستردها كلاً أو جزءاً في أي وقت يشاء (المادة ٣٧٢ الفقرة ١ من قانون المعاملات التجارية الإماراتي لسنة ١٩٩٣م).
- ثانياً: الوديعة لأجل؛ وتتمثل بالحالة التي يتم فيها الاتفاق على "مبالغ تودع لدى البنك لمدة ثابتة، بحيث لا يمكن لصاحبها استردادها إلا بعد حلول أجل معين يتفق عليه بين المودع والبنك المودع لديه" (المادة ٣٧٢ الفقرة ٢ من قانون المعاملات التجارية الإماراتي لسنة ١٩٩٣م)، وقد يكون هذا الأجل سنة أو ستة أشهر أو ثلاثة أشهر مثلاً (غنام والطاير والجناحي، ٢٠١٥م؛ أحمد، ٢٠١٠م).

يضطر حيال انخفاض غير متوقع في الودائع إلى تصفية بعض موجوداته بخسارة أو الحصول على مصادر لتمويله مرحلياً بكلفة عالية تفوق سعر الفائدة الذي أقرض به عملاءه مما يضرّ بالأرباح ويضعف الملاءة (عبلا، ٢٠٠٦م).

٣- مشكلة ظهور الخسائر؛ وترجع هذه الخسائر إلى سوء الإدارة أو زيادة المصروفات الإدارية (تكاليف التشغيل)، أو نتيجة لغش أو اختلاس أو احتيال، وهنا يبرز الدور المهم لإدارة البنك في نجاحه؛ فإذا كانت الإدارة (مجلس الإدارة والمديرون التنفيذيون) على درجة عالية من الكفاءة، وتستطيع تقييم أمور البنك بطريقة موضوعية تتناسب مع الظروف التي يعيش فيها البنك، فإنها حتماً ستعمل على إنجاحه، وبخلافه، فإنها تكون السبب المباشر في انهيار المصرف وإفلاسه (حشاد، ١٩٩٤م).

٤- مشكلة الائتمان الرديء؛ ويقصد به إخفاق عملاء المصرف المقترضين بالوفاء بالتزاماتهم تجاه المصرف في ميعاد استحقاقها، أو عدم السداد على وفق الشروط المتفق عليها، إما بسبب ظروف غير متوقعة أو مشاكل حدثت لنشاطاته أو بسبب ماملته (حنفي وأبو قحف، ١٩٩٥م)، ولأهمية ذلك، فقد أعطى المشرع الإماراتي للمصرف المركزي أن يضع نظاماً أو قواعد لتحديد الحد الأقصى لمجموع العمليات الائتمانية التي تجرّها البنوك مع عملائها مقارنة بمجموع مواردها المستقرة أو مجموع ودائع عملائها (المادة ٣٣ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م الجديد في شأن المصرف المركزي).

وسواء أكانت المخاطر التي يواجهها البنك تتعلق بأموار خارجة عن إرادته أم قد تتصل بأعماله واستثماراته؛ فإنه يبقى ملتزماً برد الودائع إلى أصحابها وإلا فسوف تتضرر حقوقهم

والمخاطر التي من المتوقع أن يواجهها البنك وتؤثر على إمكانية رد الودائع لعملائه تكون على نوعين:

- أولاً: المخاطر الخارجية؛ وتتعلق بأموار خارجة عن سياسات البنوك وقراراتها، إلا أنها تؤدي إلى ارتفاع عامل المخاطرة في أداء أعمالها، وينصب تأثير هذه المخاطر على قدرة المصرف في تحقيق الأرباح وقدرته على الوفاء بالتزامات نحو المودعين (شلهوب، ٢٠٠٧م)، ومن بين هذه المخاطر حالة الركود الاقتصادي فهي تنعكس على البنوك؛ إذ سيتعثر كثير من عملاء المصارف بسبب ظروفه الاقتصادية السيئة في سداد المبالغ التي اقترضوها في وقت الرواج الاقتصادي، فيتبع ذلك التعثر تعثر المصارف في رد الودائع إلى أصحابها (حشاد، ١٩٩٤م).
- ثانياً: المشكلات الداخلية؛ وتتركز في الآتي:

- ١- عجز السيولة؛ إذ إن مجرد إشاعة عن عدم توفر سيولة كافية لدى البنك من شأنها أن تزعزع ثقة المودعين به، ويدفعهم إلى الإسراع في سحب ودائعهم، مما قد يعرض البنك للإفلاس، فمثلاً اضطر (بنك إنترا اللبناني) إلى التوقف عن دفع مستحقات المودعين، وأقفل أبوابه في ١٤/١١/١٩٦٦م وذلك نتيجة لزيادة مفاجئة في السحوبات لم يتمكن البنك من مواجهتها بما لديه من موارد نقدية (جلدة، ٢٠٠٩م).
- ٢- عدم كفاية رأس المال؛ ويحقق رأس المال للبنك وظائف مهمة جداً منها: أنه يؤدي إلى تدعيم ثقة المودعين وثقة السلطات الرقابية بقدرته على مواجهة المشكلات، وهو يدل على درجة الملاءة التي يتمتع بها (ماير ودوسينبري وألبير، ٢٠٠٢م). وترتبط كفاية رأس مال بنك معين إلى درجة كبيرة بالسيولة ويظهر ذلك في جانين الأول؛ هو أن ازدياد الطلب على السيولة يضعف الملاءة، والثاني هو أن البنك قد

تميزت هذه الضمانات بالتنوع والتعدد فمنها ما يتقرر في مرحلة تأسيس البنوك ومنها ما يعاصر إدارتها ومنها ما تفرضه قواعد الرقابة عليها، ولغرض التعرف على هذه الضمانات فقد أثرنا أن يتم دراستها في المبحثين التاليين.

المبحث الأول:

الضمانات المقررة في نطاق التأسيس والإدارة

بسبب الدور الخاص والمميز الذي تلعبه البنوك في الاقتصاد الوطني، كونها تحفظ وتدبر ادخارات الأفراد والشركات والمؤسسات، وعبرها يتم الإقراض أو الائتمان لمختلف القطاعات الاقتصادية، وهي الجهة التي تحتكر تلقي الودائع، فقد سعى المشرع الإماراتي من جانبه إلى وضع عدد من الشروط والإجراءات التي لا بد من توافرها في البنوك لكي تتمكن من مزاولة العمليات المصرفية ومنها تلقي الودائع ومنح الائتمان؛ فحدد الشكل القانوني الذي يجب أن تتخذه هذه البنوك، وأعطى للمصرف المركزي السلطات والصلاحيات التي تمكنه من وضع متطلبات وشروط حصولها على الترخيص وتحديد الحد الأدنى للاحتياطي الإلزامي لكل نوع من أنواع الودائع، وإنشاء السجل الإلكتروني والقيود فيه، وتحديد الحد الأدنى لرأسها، وأحكام العضوية في مجلس إدارتها وحظر ممارسة الأنشطة غير المصرفية، وقواعد منح التسهيلات وتحديد الحد الأقصى للعمليات التي تقوم بها البنوك، وحظر تولى المهام المحددة لدى البنوك، وسنعمد في هذا المبحث إلى بيان وتوضيح الضمانات المذكورة في مطلبين؛ الأول (الضمانات المقررة في نطاق شروط تأسيس المنشآت المالية المرخصة)، والثاني (الضمانات المقررة في نطاق شروط إدارة المنشآت المالية المرخصة).

المطلب الأول: الضمانات المقررة في نطاق شروط تأسيس المنشآت المالية

سعى المشرع الإماراتي إلى ترسيخ عدد من الضمانات التي أراد من خلالها حماية أموال المودعين في البنوك وضمان إعادتها

وُيساء إلى سمعته، إذن ما هي الضمانات التي يمكن من خلالها حماية أموال المودعين وضمان استردادها، وتمكين البنك من أن يؤدي ما عليه من التزامات في ظل وجود أي من المخاطر؟ ما هو موقف المشرع الإماراتي من هذه المسألة؟

قبل صدور القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م في شأن المصرف المركزي والمنشآت والأنشطة المالية وما بعده، أي خلال فترة سريان قانون المصرف المركزي والنظام النقدي وتنظيم المهنة المصرفية رقم (١٠) لسنة ١٩٨٠م الملغى، كان المشرع الإماراتي يحاول أن يعالج أوضاع كل أزمة تعرضت لها البنوك العاملة في الدولة على حدة، وبما يتلاءم مع طبيعة هذه الأزمة وظروفها، إلى أن تم وضع القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م بشأن المصرف المركزي والمنشآت والأنشطة المالية؛ والدليل على ذلك القرار السيادي والإستراتيجي الذي اتخذته حكومة الدولة بتحويل مبلغ ٧٠ مليار درهم لوزارة المالية وتكليفها والمصرف المركزي بوضع الآليات المناسبة لضخ هذه السيولة في القطاع المصرفي، لترتفع بذلك المبالغ المرصودة لحماية القطاع من أية تداعيات سلبية للأزمة المالية العالمية إلى ١٢٠ مليار درهم خلال العام ٢٠٠٨م عندما شهدت البنوك الوطنية موجة انسحاب المستثمرين الأجانب من مختلف قطاعات الأسهم والعقارات والودائع المصرفية^(١) - ولأنه لا يجوز تحميل الدولة خسائر البنوك والمودعين لأنها غير مسؤولة عنها، فقد نتج عن ذلك وجود العديد من المطالبات بضرورة إقرار نظام ضمان الودائع المصرفية في الدولة (عبلا، ٢٠٠٦م).

أما بعد صدور القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م بشأن المصرف المركزي والمنشآت والأنشطة المالية، فقد حظيت الودائع المصرفية بالعديد من الضمانات التشريعية التي من شأنها أن تساهم في دعم البنوك ومنذ تأسيسها وتمكينها من رد الودائع إلى أصحابها حتى في ظل مواجهتها المخاطر، وقد

(١) مقالة "مطالبة بسرعة إقرار قانون ضمان الودائع المصرفية"،

توافرها في المنشأة المالية الراغبة في الحصول على الترخيص، وقد تمثل الحد الأدنى لهذه الشروط، ومن ثم يقوم مجلس الإدارة بإضافة أية متطلبات أو شروط على طلب الترخيص وفقاً لتقديره الخاص ولما يراه محققاً للمصلحة العامة (المادة ٦٧ الفقرة ٣ القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

وحرصاً من المشرع الإماراتي على ألا يُزاول العمل المصرفي إلا من قبل منشآت مالية قادرة على حفظ ودائع الأفراد وتمييزها واستثمارها وإقراض أفراد آخرين، وجديرة بأن تكون أدوات يستخدمها المصرف المركزي في التأثير على الأوضاع الاقتصادية السائدة، أي في التأثير على الدورات التجارية سواء أكانت هذه الدورات في صورة تضخم أو في صورة كساد (جلدة، ٢٠٠٩م)، فقد حظر على أي شخص أن يعرّف عن نفسه على أنه منشأة مالية مرخصة إن لم يكن كذلك، كما أوجب أيضاً على كل منشأة مالية مرخصة أن تمارس أعمالها في حدود الترخيص الممنوح لها (المادة ٦٨ القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م)، وحدد المشرع إجراءات البت بمنح الترخيص من قبل مجلس إدارة المصرف المركزي للمنشأة المالية أو توسيع نطاق الترخيص، ويكون للمجلس سلطة تقديرية في فرض شروط أو قيود على الترخيص بممارسة أنشطة مالية مرخصة أو تغيير أو إلغاء الشروط أو القيود المفروضة على الترخيص (المادتان ٦٩ و ٧٠ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

ولكن يُلاحظ أن المشرع الإماراتي لم يشترط على مقدم طلب الترخيص أن يقدم عدداً من الأوراق التي يمكن الاستناد إليها في إعطاء الترخيص مثل أسماء لجنة المؤسسين وعقد التأسيس والنظام الأساسي ومقدار رأس المال المصرح به والمكتسبين به وخبرات ومؤهلات رئيس وأعضاء مجلس الإدارة، وهو ما تطالب به بعض التشريعات في هذا الشأن (المواد ٦-٢٠ من قانون البنوك الأردني رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٠م، والمادتان ٢ و ٣ - قرار رقم ٧٧٣٩ في ٢١/١٢/٢٠٠٠م الخاص بشروط تأسيس المصارف في لبنان).

إليهم، وقد أعطى للمصرف المركزي الحق في وضع القواعد والمعايير والأنظمة الكفيلة بتحقيق هذه الحماية، وقد ظهرت هذه الضمانات بوضوح في نطاق قواعد تأسيس البنوك نوضحها في الفروع التالية.

الفرع الأول: الحصول على الترخيص

حظر المشرع الإماراتي ممارسة عدد من الأنشطة المالية المرخصة في أو من داخل الدولة بدون ترخيص مسبق من المصرف المركزي، ومن بين هذه الأنشطة: "أ] تلقي الودائع بكافة أنواعها بما فيها الودائع المتوافقة مع الشريعة الإسلامية..."، وعلى هذا الأساس فقد أجاز المشرع لأي شخص أن يقدم للمصرف المركزي طلباً للحصول على ترخيص بممارسة نشاط مالي مرخص أو أكثر.

أما عن المتطلبات والشروط المتعلقة بالحصول على الترخيص، فقد أوكل المشرع مهمة تحديدها إلى مجلس إدارة المصرف المركزي شريطة أن يكون من بينها معايير الجدارة والأهلية والموارد اللازمة لممارسة النشاط وأنظمة الضوابط والمراقبة.

كما أن لمجلس الإدارة إضافة أية متطلبات أو شروط أخرى وفقاً لتقديره الخاص ولما يراه محققاً للمصلحة العامة. (المادة ١٥ الفقرة ٤، والمادة ٦٧ الفقرتان ١ و ٢ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

ويؤخذ على هذا النص أنه لم يحدد المقصود بمعايير الجدارة هل هي الجدارة الائتمانية أي مدى فاعلية البنك في تلبية طلبات العملاء على أشكال القروض وقدرته على تفادي تعثر العملاء في السداد وهي أكبر المخاطر التي قد يواجهها في المستقبل؟ كما أنه لم يحدد ماهية الموارد اللازمة لمزاولة الأنشطة المالية المرخصة وماهية أنظمة الضوابط والمراقبة التي قصدتها المشرع في هذا الصدد. فهل تُترك لمجلس الإدارة تفسيرها أيضاً؟ ونرى أنه كان من الأفضل أن يحدد المشرع بوصفها من أهم المتطلبات والشروط الواجب

اعتباراً من تاريخ اتخاذه من قبل مجلس الإدارة، وتظل آثاره قبل هذا التاريخ سارية (السيد، ٢٠١٣م؛ شحادة، ٢٠١٢م)، أما التعليق فهو أن يرجع مجلس الإدارة آثار قراره بمنح الترخيص للبنك إلى تاريخ لاحق لصدوره، فهو يصدر القرار في تاريخ معين ويوقف نفاذه حتى تاريخ آخر مستقبل يتم تحديده من قبله^(٢) ونأمل من المشرع الإماراتي تعديل مضمون النص بما يضمن التفرقة بين تعليق القرار بمنح الترخيص والسحب والإلغاء ومن ثم تحديد الحالات التي تنضوي تحت كل واحد منها على سبيل الحصر، وبما يحقق لمجلس الإدارة سهولة وسرعة تحديد المخالفة الصادرة عن البنك ومن ثم تحديد الجزاء المناسب لها، كما يجعل البنك على علم مسبق بما سوف يترتب على ارتكابه أي من المخالفات المنصوص عليها، فلا يفاجأ بقرار المجلس سواء أكان بالتعليق أم السحب أم الإلغاء.

الفرع الثاني: القيد في السجل

علاوة على وجوب حصول المنشأة المالية على الترخيص لكي تبشر أي نشاط مالي مرخص، فقد أوجب المشرع أيضاً القيد في السجل الإلكتروني الذي أنشأه المصرف المركزي لتقيد فيه المنشآت المالية المرخصة وأي تعديل يطراً عليها، ويُشر القرار الصادر بترخيص هذه المنشآت المالية وأي تعديل يطراً عليها في الجريدة الرسمية، ومن ثم يتم نشر هذا السجل على الموقع الإلكتروني الرسمي للمصرف المركزي (المادة ٧٣ الفقرتان ١ و ٢ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م)، ويتضمن سجل قيد المنشآت المالية المرخصة الصادر عن مصرف الإمارات العربية المتحدة المركزي: اسم البنك ونوع الرخصة والمقر الرئيسي للبنك ورقم الهوية، ولقد تم ترتيب السجل على وفق أسبقية التسجيل في السجل الإلكتروني.

ونرى أن ذلك لم يكن نتيجة إهمال المشرع لهذا الأمر، بل لكونه قد أوجب في المادة (٧٤) الفقرة (١) من القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية، أن تتخذ البنوك شكل شركة مساهمة عامة، ومن ثم فإنها ستخضع في تأسيسها لأحكام المواد (٢٥٨-٢٦٢) من قانون الشركات التجارية رقم (٢) لسنة ٢٠١٥م، وهو ما سيتم بيانه في المقصد الثالث.

ولكن ما هو الحكم لو خالف البنك واحداً أو أكثر من الشروط أو القيود المفروضة على الترخيص الممنوح لها؟ أجاز المشرع الإماراتي في المادة (٧١) الفقرة (أ/١) من القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية لمجلس إدارة المصرف المركزي تعليق أو سحب أو إلغاء الترخيص الذي تم منحه لها، ويتم إبلاغ المنشأة بقرار السحب أو الإلغاء أو التعليق المسبب بإشعار رسمي خلال مدة لا تتجاوز عن ٢٠ يوماً من تاريخ صدوره، ويتضمن هذا الإشعار بطبيعة الحال مضمون قرار السحب أو الإلغاء أو التعليق وأسبابه الموجبة، وتاريخ نفاذه مع إبلاغ البنك المعني بحقه في التظلم من القرار بتقديم طلب أمام لجنة الفصل في التظلمات والطعون وفقاً لما يقرره (المادة ٧١ الفقرة ٢ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

ولدى التوقف عند هذا النص يتبين لنا أن تحقق أي من المخالفات الواردة فيه يعطي لمجلس الإدارة صلاحية ترتيب جزاء إداري يتمثل بإنهاء قراره بمنح الترخيص الممنوح للبنك، إلا أن المشرع استخدم لجزء الإنهاء مصطلحات ثلاثة: التعليق أو السحب أو الإلغاء وكأنها مصطلحات مترادفة، فهي وإن كانت تتفق فيما بينها على كونها أعمالاً تصدر عن الإدارة إلا أنها تختلف من حيث الأثر القانوني المترتب عليها؛ فسحب قرار منح الترخيص يقصد به إعدامه بأثر رجعي من تاريخ صدوره بحيث يعتبر كأن لم يكن فتزول آثاره منذ صدوره، بينما يُقصد بالإلغاء إنهاء الآثار القانونية للترخيص بالنسبة للمستقبل وذلك

(٢) مقال "القرارات الإدارية"، صحيفة البيان، ٢٧/١٠/٢٠٠٠م،

<https://www.albayan.ae/opinions/2000-01-27-1.1095147>

تاريخ الزيارة ٦/٧/٢٠٢٠م.

أن نسبة المساهمة الوطنية في شركات المساهمة العامة غير البنوك وفق المادة (١٠) من قانون الشركات التجارية رقم (٢) لسنة ٢٠١٥م توجب بأن يكون في كل شركة مساهمة عامة تؤسس في الدولة شريك أو أكثر من المواطنين لا تقل حصته عن ٥١٪. ويقع باطلاً أي تنازل عن ملكية الأسهم من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بهذه النسبة، بينما يحدد مجلس الإدارة شروطاً وضوابط تملك الأشخاص أسهم البنوك المؤسسة في الدولة ونسبة المساهمة في رأسها على ألا تقل في كافة الأحوال نسبة المساهمة الوطنية عن ٦٠٪. (المادة ٧٦ الفقرة ١ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

المطلب الثاني: الضمانات المقررة في نطاق شروط إدارة المنشآت المالية

يتولى إدارة المنشأة المالية المرخصة مجلس إدارة يتولى المصرف المركزي تحديد الشروط الواجب توافرها في مرشحي عضويته - أي مجلس إدارة البنك - والشروط الخاصة بتعيين كبار موظفيها، ويتوجب على البنك الحصول على موافقة المصرف المركزي المسبقة على تعيين أو ترشيح أي شخص لعضوية مجالس إدارتها أو تجديد عضويته وكذلك تعيين أو تجديد عقد عمل أي من كبار موظفيها (المادة ١٠٤ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

ومن مطالعة هذا النص، يتبين لنا أن المشرع الإماراتي أعطى للمصرف المركزي صلاحية وضع الأنظمة والقواعد الخاصة بتنظيم أعمال مجلس إدارة البنك وتحديد الشروط الواجب توافرها في أعضاء مجلس إدارة المنشآت المالية المرخصة وكبار موظفيها، أما عدد أعضاء هذا المجلس ومدة عضويتهم فلم تحدد من قبله ولم يترك أمر تحديدها للمصرف المركزي، فهل قصد المشرع من ذلك الإحالة إلى قواعد قانون الشركات بوصفها القواعد العامة بهذا الخصوص، أم أنه قصد تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بمجلس إدارة المصرف

ولابد من التنويه إلى وجوب قيد عقد تأسيس البنك كشركة مساهمة عامة وكل تعديل يطرأ عليه في السجل التجاري لدى السلطة المختصة، وبخلاف ذلك يكون العقد غير نافذ في مواجهة الغير (المادة ١٥ الفقرتان ١ و ٢ من قانون الشركات رقم ٢ لسنة ٢٠١٥م).

الفرع الثالث: الشكل القانوني

أوجب المشرع الإماراتي أن تتخذ البنوك شكل شركات المساهمة العامة، ويُسْتثنى من ذلك فروع البنوك الأجنبية العاملة في الدولة، وهذا يعني أن كل مصرف إماراتي الجنسية يجب أن يزاول الأعمال المصرفية من خلال شركة مساهمة عامة، وهو حكم يتعلق بالنظام العام ولا يجوز مخالفته، وأكد المشرع هذا الحكم في المادة (١١) الفقرة (٤) من قانون الشركات التجارية الاتحادي رقم (٢) لسنة ٢٠١٥م بالنص على أنه: "لا يجوز لغير شركات المساهمة العامة مزاوله أعمال المصارف وأعمال التأمين...".

ولكن لنا أن نتساءل عن الحكمة في اشتراط المشرع الإماراتي أن تتخذ البنوك شكل شركات المساهمة، وقد يكمن الجواب في الخصائص المميزة للشركة المساهمة العامة، فهي شخص اعتباري لها كيان قانوني مستقل وله ذمة مالية منفصلة عن الذمة المالية للمساهمين فيها وتميز بضخامة رأسها، ولا يُسأل المساهمون فيها إلا بمقدار أسهمهم فيها (ياملكي، ٢٠١٠م، عبلا، ٢٠٠٦م)، واستناداً إلى ذلك فإن الدائنين الذين يتعاملون مع البنك - إذا كان في شكل شركة مساهمة عامة - ومنهم المودعون سيعتمدون على رأسها بوصفه الضمان الوحيد لحقوقهم.

ومع ذلك فإننا نلاحظ أن المنشآت المالية المرخصة كشركات مساهمة عامة تختلف عن الشركات المساهمة العامة غير البنوك، فقد ميّز المشرع الإماراتي البنوك بأحكام قانونية تختلف عن تلك المقررة في عموم الشركات المساهمة؛ إذ يلاحظ

قد وضع العديد من المتطلبات والمحظورات التي يتوجب على المنشأة المالية المرخصة ومجلس إدارتها الالتزام بها وعدم تجاوزها عند أداء مهامها؛ فعلى البنك مثلاً أن يحتفظ بشكل دائم بالحد الأدنى لرأس المال الذي يتولى المصرف المركزي تحديده، كما يتوجب عليه أن يحتفظ بسيولة كافية لتلبية مقتضيات أعماله المصرفية.

وحفاظاً على حقوق المودعين أيضاً، يلزم المشرع البنك بضرورة الامتثال لتعليمات المصرف المركزي من جهة، كما أنه وضع مجموعة من الضوابط القانونية التي يجب أن يلتزم بها مجلس إدارة المنشآت المالية المرخصة التي تتلقى الودائع من جهة أخرى، بالإضافة إلى حظر ممارسة عدد من العمليات المصرفية، وعدد آخر من الأنشطة غير المصرفية، وفرض أيضاً قيود على منح التسهيلات المصرفية، وسنقوم بتوضيح تلك المتطلبات والمحظورات ليتبين لنا أثرها في حماية الودائع وطمأنة أصحابها على استردادها إذا ما تعرض المصرف المودع إلى أي من المخاطر وذلك على التوالي.

الفرع الأول: المتطلبات

وضع المشرع الإماراتي عدداً من المتطلبات التي لا بد منها لسير نشاط المنشأة المالية المرخصة (البنك) وسوف نوضحها فيما يلي.

أولاً: الحد الأدنى لرأس المال؛ بسبب أهمية رأس المال ودوره الكبير في تمكين المنشآت المالية المرخصة كشرركات مساهمة عامة في تحقيق غرضها المتمثل بالقيام بأنشطة مالية خاضعة لترخيص ورقابة المصرف المركزي ومن أهمها: تلقي الودائع بكافة أنواعها وتقديم التسهيلات الائتمانية وتسهيلات التمويل وتقديم خدمات الصرافة وتحويل الأموال وتقديم خدمات الوساطة النقدية وخدمات القيم المخزنة والدفعات الإلكترونية للتجزئة والنقد الرقمي وتقديم خدمات العمليات المصرفية الافتراضية والتسويق للأنشطة المالية المرخصة

المركزي ذاته الواردة في الفصل الثالث الخاص بإدارة المصرف المركزي، القسم الأول: مجلس الإدارة؟ كما أن القانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ١٩٨٠م في شأن المصرف المركزي والنظام النقدي وتنظيم المهنة المصرفية الملغى لم يعالج أيضاً هذه المسألة.

ونظراً لعدم وجود نص صريح يقضي بتطبيق القواعد القانونية المقررة لتشكيل مجلس إدارة المصرف المركزي ذاته الواردة في الفصل الثالث الخاص بإدارة المصرف المركزي على مجلس إدارة المنشآت المالية المرخصة (البنوك)، فإنه يمكن الاستناد إلى نص المادة (١١) الفقرة (٤) من القانون الاتحادي رقم (٢) لسنة ٢٠١٥م في شأن الشركات التجارية التي قصر فيها المشرع الإماراتي مباشرة أعمال المصارف على البنوك التي يجب أن تتخذ شكل شركات المساهمة العامة، والقول بترجيح أن المشرع أراد الإحالة إلى قواعد قانون الشركات التجارية رقم (٢) لسنة ٢٠١٥م المتعلقة بتشكيل مجلس الإدارة في الشركة المساهمة العامة؛ طريقة تكوينه وعدد أعضائه ومدة عضويته وكيفية انتخابه رئيساً للمجلس ونائباً له (المادتان ١٤٣ و ١٤٤ من القانون الاتحادي رقم ٢ لسنة ٢٠١٥م بشأن الشركات التجارية).

ووفقاً لهذه القواعد فإن النظام الأساسي للمنشأة المالية المرخصة هو الذي سيحدد طريقة تكوين مجلس إدارتها ومدة العضوية فيه وعدد أعضائه الذي يجب أن يكون فردياً لا يقل عن ثلاثة أعضاء ولا يزيد على ١١ عضواً، وألا تزيد مدة العضوية فيه على ثلاث سنوات ميلادية تبدأ من تاريخ الانتخاب أو التعيين، وينتخب مجلس الإدارة من بين أعضائه بالتصويت السري رئيساً للمجلس ونائباً للرئيس محل محله عند غيابه أو قيام مانع لديه.

ورُب تساؤل قد يُطرح بشأن الدور الذي يمكن أن يؤديه المشرع في حماية الودائع والمودعين من خلال التأثير في إدارة المنشأة المالية المرخصة، والإجابة عن ذلك تتحدد بأن المشرع

وإجراءات تخفيضه (المواد ١٩٣-٢٠٥ من قانون الشركات رقم ٢ لسنة ٢٠١٥م)، فالمادة (١٩٣) الفقرة (١) من قانون الشركات التجارية رقم (٢) لسنة ٢٠١٥م، أوجبت ألا يقل الحد الأدنى لرأس المال الشركات المساهمة العامة عن ٣٠ مليون درهم إماراتي، إلا إذا رُفِعَ هذا الحد بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح من رئيس مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع.

ولكن ما هو الحكم لو نقص رأس مال المنشأة المالية المرخصة عن الحد الأدنى المطلوب وفقاً لأحكام القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م؟

أعطى المشرع لمجلس إدارة المصرف المركزي الحق في اتخاذ قرارٍ بتعليق أو سحب أو إلغاء الترخيص الممنوح لهذه المنشأة، ويتم إبلاغها بهذا القرار بإشعار رسمي خلال مدة لا تتجاوز ٢٠ يوم عمل من تاريخ صدوره (المادة ٧١ الفقرة ١/ ط من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

ونرى أن إلزام المشرع الإماراتي المنشآت المالية المرخصة بالمحافظة على الحد الأدنى لرأس مالها وعدم تجاوزه من شأنه بلا ريب أن يشكل أحد الوسائل القانونية التي تجعل هذه المنشآت في وضعية مالية مريحة تمكنها من أداء دورها بصورة تحفظ سمعة المهنة المصرفية، وتحقق الحماية الكافية لكل المتعاملين مع البنوك، ومن ضمنهم المودعون.

ثانياً: كفاية السيولة؛ سبق وأن بيّنا أن عجز السيولة يشكل أحد المخاطر الائتمانية التي يمكن أن تواجهها المنشآت المالية المرخصة (البنوك)، نتيجة عدم كفاية موجوداتها لمواجهة مطلوباتها، وما نحن الآن نتحدث عن كفاية السيولة كأحد الضمانات التي يجب أن تأخذها المنشآت المالية المرخصة بنظر الاعتبار في عملها لحماية ودائع عملائها (المكاوي، ٢٠١٥م).

فما المقصود بالسيولة؟ وما هي مكوناتها؟

لم يُبيّن المشرع الإماراتي المقصود بالسيولة ولم يحدد مكوناتها، إلا أنه أعطى للمصرف المركزي صلاحية فرض حدٍّ أدنى للاحتياطي الإلزامي أو على إجمالي الودائع لدى المنشآت

والعمل كأصيل في المنتجات المالية التي تؤثر في المركز المالي للمنشأة المالية المرخصة والتي تشمل: الصرف الأجنبي والمشتقات المالية والسندات والصكوك وملكية الحقوق والسلع وأية منتجات مالية أخرى يوافق عليها المصرف المركزي (المادة ٦٥ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م)، وبسبب محدودية مسؤولية المساهمين فيها بقيمة ما يملكون من أسهم، ولكون رأس المال يمثل الضمان العام للدائنين، لذلك كله فقد أوجب المشرع حداً أدنى لرأس مالها لا يمكن تجاوزه؛ فبمقتضى المادة (٧٥) من القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية يتوجب على مجلس الإدارة وضع نظام خاص بالحد الأدنى لرأس مال المنشآت المالية المرخصة (البنوك) وشروط وحالات زيادة وتخفيض رأس المال على أساس المخاطر والإجراءات اللازمة في حالة نقص رأس المال والتدابير المتخذة من قبل المصرف المركزي في هذا الشأن، إلا أنه لم يحدد مقدار هذا الحد الأدنى على خلاف المادة (٧٩) الفقرة (١) والمادة (٨٠) من قانون المصرف المركزي والنظام النقدي وتنظيم المهنة المصرفية الاتحادي رقم (١٠) لسنة ١٩٨٠م الملغى تنصان على وجوب ألا يقل الحد الأدنى لرأس مالها عن أربعين مليون درهم مدفوعاً بالكامل^(٣).

ولا شك في أن هذه الأحكام تختلف عن الأحكام التي قررها قانون الشركات بشأن مقدار وإجراءات زيادة رأس المال

(٣) وفقاً للتقرير السنوي للمصرف للعام ٢٠١٩م تم تحديد الحد الأدنى لرأس مال الإلزامي منذ يناير ٢٠٢٠م سيكون وفق الآتي: الحد الأدنى لحصة الأسهم العادية من شريحة رأس المال الأولى ٧,٠٪، والحد الأدنى لنسبة شريحة رأس المال الأولى ٨,٥٪، والحد الأدنى لنسبة شريحة رأس المال الأولى ١٠,٥٪، واحتياطي المحافظة على رأس المال ٢,٥٪، واحتياطي البنوك المؤثرة على النظام المالي المحلي ٠,٥-٠,٠٪، أما تكلفة فورية على رأس المال في حالة البنوك المؤثرة على النظام المالي، أما احتياطي التقلبات الاقتصادية الدورية ٠٪. انظر التقرير على:

[https://www.centralbank.ae/sites/default/files/2020-](https://www.centralbank.ae/sites/default/files/2020-05/AnnualReportARB19)

05/AnnualReportARB19، ص ٥٨.

ولكن ما هو دور المشرع والمصرف المركزي في تمكين البنوك من الاحتفاظ بالسيولة اللازمة لتأمين سلامة عملها المصرفي والإبقاء على ثقة جمهور عملائها بها؟ وأيضاً ما هي مكونات هذه السيولة؟

إن المشرع الإماراتي في قانون الشركات التجارية رقم (٢) لسنة ٢٠١٥م يلزم مجلس إدارة أي شركة من الشركات المساهمة عموماً سواءً كانت منشأة مالية مرخصة أو غير مرخصة باقتطاع ١٠٪ سنوياً من الأرباح ويُخصّصه للاحتياطي القانوني، ما لم يحدد النظام الأساسي فيها نسبة أعلى، وقد ينص أيضاً هذا النظام على اقتطاع نسبة معينة من الأرباح الصافية لتكوين احتياطي اختياري يُخصّص للأغراض المنصوص عليها فيه (المادة ٢٣٩ الفقرة ١ والمادة ٢٤٠ من قانون الشركات التجارية رقم ٢ لسنة ٢٠١٥م).

ويملك المصرف المركزي كمثل للسلطة النقدية قدرة التأثير على السيولة المصرفية من خلال تزويده المصارف التجارية بالنقد المطلوب من النقود الورقية والمعدنية؛ فإذا اعتمد المصرف المركزي سياسة تقليص عرض العملة فإنه سيعمل على تخفيض حجم الأرصدة النقدية الحاضرة أو الاحتياطيات النقدية المتوفرة لديها ويقلل قابليتها على منح القروض، وتُعتمد هذه السياسة أيضاً على بيع السندات الحكومية في السوق المفتوحة ورفع نسبة الاحتياطي القانوني، ويحصل العكس في حال توسيع عرض العملة لأن ذلك يؤدي إلى زيادة الأرصدة النقدية للمصارف ويوسع سيولتها المصرفية، مما يسمح بتوسيع قدرتها الافتراضية ومواجهة مختلف السحوبات من العملة^(٤)، وفي هذا الجانب؛ يسعى المصرف المركزي الإماراتي إلى دعم المنشآت المالية المرخصة (البنوك) من خلال منحها القروض والسلف أو التسهيلات الائتمانية الأخرى وتسهيلات التمويل المتوافقة مع الشريعة الإسلامية مغطاة بضمان لأغراض إدارة عمليات السياسة النقدية، وفقاً للشروط والأحكام

المالية المرخصة التي تتلقى الودائع بما يتلاءم مع أهداف السياسة النقدية ووضع السيولة القائم أو المتوقع (المادة ٣٢ الفقرة ١ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

والسيولة تعبر عن قدرة البنوك على الوفاء بالتزاماتها بشكل فوري، من خلال تحويل أي أصل من الأصول إلى نقد سائل وبسرعة وبدون خسارة في القيمة، ويُستخدم هذا النقد في تلبية طلبات المودعين بسحب ودائعهم وتقديم القروض لأصحاب المشاريع ولخدمة المجتمع؛ وتتجلى أهمية السيولة في أنها تمكّن المنشآت المالية المرخصة من مواجهة احتياجات عملائها إلى الأموال، فما هو الحكم إذن لو تعرضت سيولة أي منشأة مالية مرخصة للخطر؟

أعطى المشرع الحق لمجلس الإدارة تعليق أو سحب أو إلغاء الترخيص الممنوح لأي منشأة مالية مرخصة إذا تعرضت سيولتها أو ملاءتها المالية للخطر، إلا أنه لم يحدد الحالة التي تصبح فيها السيولة في خطر؛ إذ كنا نأمل من المشرع الإماراتي أن يبيّن لنا ما مقدار نسبة السيولة التي لو فقدتها المنشأة تصبح في حالة خطر ومن ثم تفقد الترخيص الممنوح لها، كما أننا نرى أن الجزء الذي رسمه المشرع لهذه الحالة وهي تعليق أو سحب أو إلغاء الترخيص ابتداءً قد يكون مبالغاً فيه، إذ قد يترتب عليه آثار سلبية تزيد الوضع المالي للمنشأة المالية المرخصة سوءاً، وقد كان هذا البنك قبل تعرض سيولته للخطر من البنوك ذات السمعة التجارية الجيدة وموثوق به من قبل جمهور العملاء، ونتمنى لو أن المشرع الإماراتي يعطي للمصرف المركزي صلاحية أن يقرر خصم مبلغ من رصيد البنك الذي تتعرض سيولته للخطر لا يجاوز نسبة من قيمة العائد من العجز في نسبة السيولة، عن الفترة التي وقع فيها ذلك العجز كمرحلة أولى، وإذا استمر العجز مدة يجدها مجلس إدارة المصرف المركزي، جاز للأخير كمرحلة ثانية أن يتخذ إجراءات أخرى مثل: توجيه التنبيه لهذا البنك أو تخفيض التسهيلات الائتمانية الممنوحة له أو وقفها أو منعه من القيام ببعض الأنشطة المصرفية.

(٤) معهد الدراسات المصرفية، "إضاءات مالية ومصرفية"، نشرة توعوية، بدون رقم صفحة.

كما أوجب التعميم في المادة (٤) وتحت عنوان: "المتطلبات النوعية" على المنشآت المالية المرخصة، أن تحتفظ بما يعادل النسبة المحددة من قبل المصرف المركزي من مجموع خصومها في شكل أصول سائلة مؤهلة تتألف مما يلي:

- أرصدة الحسابات لدى المصرف المركزي (المادة ٤٢ الفقرة ١ البند "أ" من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م في شأن المصرف المركزي).
- النقد لدى البنك.
- شهادات إيداع المصرف المركزي.
- سندات وصكوك الحكومة الاتحادية لدولة الإمارات.
- الاحتياطات النقدية الإلزامية؛ وقد حدد المشرع الإماراتي المقصود بمصطلح "الاحتياطي الإلزامي"، بأنه: "النسبة من الودائع الموجودة لدى المنشآت المالية المرخصة التي تتلقى الودائع، والتي يقرر مجلس الإدارة الاحتفاظ بها لدى المصرف المركزي وفقاً للأحكام والشروط التي يحددها" (المادة ١ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).
- وقد أعطى المشرع للمصرف المركزي صلاحية فرض حد أدنى للاحتياطي الإلزامي لكل نوع من أنواع الودائع أو على إجمالي الودائع لدى المنشآت المالية المرخصة التي تتلقى الودائع تماشياً مع أهداف السياسة النقدية ووضع السيولة القائم والمتوقع، أما عن طريقة احتساب نسبة هذا الاحتياطي، فيتولى مجلس الإدارة تحديدها على حسب ما يراه مناسباً (المادة ٣٢ الفقرة ١ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

- أدوات الدين المتداولة والصادرة بواسطة الحكومات المحلية والمؤسسات العامة في دولة الإمارات، شريطة أن تحصل على وزن مخاطر ٠.٠٪ حسب متطلبات منهجية بازل ٢ الأساسية (على ألا تتعدى ١.٥٪ من الأصول السائلة المؤهلة).

التي يراها المصرف المركزي مناسبة ويجدها من وقت لآخر (المادة ٤٣ الفقرة ٨ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

أما عن مكونات السيولة؛ فإن المشرع الإماراتي لم يحدد ماهيتها في القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية، إلا أن التعميم رقم (٣٣) الصادر بتاريخ ٢٧/٥/٢٠١٥م لدى البنوك بنظام السيولة Liquidity Regulations at Banks الصادر عن مصرف الإمارات العربية المتحدة المركزي وفي المادة (٣) منه وتحت عنوان "المتطلبات الكمية" أوجب على المصرف المركزي أن يلزم المنشآت المالية المرخصة بالتقيّد بالنسب التالية في جميع الأوقات:

- ١- نسبة الأصول السائلة المؤهلة (ELAR): وهي نسبة كمية الأصول السائلة إلى إجمالي الخصوم (باستبعاد الخصوم المسموح بها في قاعدة رأس المال الرقابية).
- ٢- نسبة تغطية السيولة (LCR): وهي نسبة كمية الأصول عالية السيولة إلى إجمالي صافي التدفقات النقدية على مدى ٣٠ يوماً التالية، حسبما هي معرّفة بواسطة لجنة بازل للرقابة المصرفية في الوثيقة التي تحمل العنوان "بازل ٣" نسبة تغطية السيولة وأدوات مراقبة مخاطر السيولة الصادرة في شهر يناير ٢٠١٣م.
- ٣- نسبة صافي مصادر التمويل المستقرة (NSER): وهي نسبة المبلغ المتوفر من التمويل المستقر إلى المبلغ المطلوب من التمويل المستقر، كما هو معرف بواسطة لجنة بازل للرقابة المصرفية في الوثيقة التي تحمل العنوان "بازل ٣" نسبة صافي التمويل المستقر الصادرة في أكتوبر ٢٠١٤م^(٥).

(٥) يهدف هذا النظام إلى التحقق من حسن إدارة مخاطر السيولة لدى البنوك العاملة في الدولة، وأنها تتماشى مع توصيات لجنة بازل للرقابة المصرفية وأفضل الممارسات الدولية، وقرر المصرف المركزي تطبيق هذا النظام لضبط ومراقبة السيولة لدى البنوك بعد التشاور مع جميع البنوك العاملة في دولة الإمارات وبعد الاطلاع على أفضل الممارسات الدولية في مجال إدارة مخاطر السيولة والتعليقات الخاصة بها. انظر التعميم على الموقع: <https://www.centralbank.ae/ar>، تاريخ الزيارة: ٢٥/٧/٢٠٢٠م.

توافره تطبيقاً لهذه المادة فإنه يجب استكمالها خلال ثلاثة أشهر على الأكثر، وإلا كانت قرارات المجلس بعد انقضاء هذه المدة باطلة.

٢- أن يقر عضو مجلس الإدارة كتابةً بقبول الترشيح، وأن يتضمن هذا الإقرار الإفصاح عن أي عمل يقوم به بصورة مباشرة أو غير مباشرة يشكل منافسة للمنشأة المالية المرخصة (البنك) والمؤسسات التي يزاول العمل فيها أو يشغل عضوية مجالس إدارتها (المادة ١٤٧ من قانون الشركات التجارية رقم ٢ لسنة ٢٠١٥م).

٣- وحرصاً من المشرع على قطع الطريق أمام تفضيل المصلحة الشخصية وضمان السعي لتحقيق مصلحة البنك (سامي، ٢٠١٥م)، فقد تطلب ألا يكون عضو مجلس الإدارة بصفته الشخصية أو بصفته ممثلاً لأحد الأشخاص الاعتبارية، عضواً في مجلس إدارة أكثر من خمس شركات مساهمة مركزها في الدولة، والحكمة من ذلك، هو إتاحة الفرصة أمام عضو مجلس إدارة البنك للقيام بواجبات العضوية على أكمل وجه إذ لو سُمح للعضو بأن يجمع بين عضوية خمسة بنوك لربما أدى ذلك بالعضو إلى تفضيل مصلحة بنك على مصلحة بنك آخر لصعوبة التوفيق بين مصالح بنوك متعددة في آن واحد من قبل شخص واحد (خليل، ٢٠١١م).

ويشترط أيضاً ألا يكون رئيساً لمجلس الإدارة أو نائباً له في أكثر من منشأتين ماليتين مرخصتين (بنكين) مركزهما في الدولة، فضلاً عن عدم جواز كونه عضواً منتدباً للإدارة في أكثر من منشأة مالية مرخصة مركزها الدولة، ونرى أن غاية هذا الشرط هو عدم إمكانية التوفيق بين مصلحة البنكين المتشابهين في نشاطهما أولاً، ولأجل أن يتمكن العضو من تكثيف جهوده وخبرته في خدمة البنك الذي يتأسس مجلس إدارته أو يكون نائباً لرئيسه، وتحقيق الأهداف التي قام من أجلها وبضمنها حماية الودائع وتقوية ثقة العملاء به ثانياً.

• أدوات الدين السيادية الأجنبية أو المصدرة بواسطة مصارفها المركزية أو المضمونة بواسطتها، والتي تحصل على وزن مخاطر ٠٪ حسب متطلبات منهجية بازل ٢ الأساسية (على ألا تتعدى ٢٠٪ من الأصول السائلة المؤهلة).

ثالثاً: العضوية في مجلس الإدارة؛ أوكلت المادة (١٤٣) الفقرة (٥) من قانون الشركات التجارية رقم (٢) لسنة ٢٠١٥م إلى المصرف المركزي مهمة إصدار قرار يحدد فيه الشروط والضوابط التي يتعين على المنشآت المالية المرخصة الالتزام بها، وأوجبت المادة (١٠٤) الفقرة (١) من القانون الاتحادي من القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية "على المصرف المركزي وضع الأنظمة والقواعد الخاصة بتنظيم أعمال مجالس إدارتها وتحديد الشروط الواجب توافرها في مرشحي عضوية مجالس إدارتها والشروط الخاصة بتعيين كبار موظفيها ...". كما أوجبت المادة ذاتها في الفقرة (٢) "على المنشآت المالية المرخصة الحصول على موافقة المصرف المركزي المسبقة على تعيين أو ترشيح أي شخص لعضوية مجالس إدارتها أو تجديد عضويته، وكذلك على تعيين أو تجديد عقد عمل أي من كبار موظفيها"، إلا أن المصرف المركزي اكتفى بتنظيم الشروط الواجب توافرها في أعضاء مجلس إدارة المصرف المركزي ولم يحدد ما يجب توافره في عضو مجلس إدارة المنشآت المالية المرخصة (المادة ١٢ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م). مما يتيح لنا الرجوع إلى قانون الشركات التجارية رقم (٢) لسنة ٢٠١٥م وتطبيق الأحكام المتعلقة بشروط العضوية في مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة؛ وهي كالآتي:

١- توجب المادة (١٥١) من قانون الشركات التجارية رقم (٢) لسنة ٢٠١٥م أن يكون رئيس وأغلبية أعضاء مجلس الإدارة من المتمتعين بالجنسية الإماراتية، وفي حال انخفاض نسبة مواطني الدولة في مجلس الإدارة عما يلزم

ويكون لمجلس إدارة المصرف المركزي إصدار الأنظمة والقواعد والمعايير الخاصة بالعمليات المذكورة، واتخاذ التدابير والإجراءات التي يراها مناسبة (المادة ٩٢ الفقرة ٢ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

ولكن ما هي المبررات التي دفعت بالمشروع الإماراتي إلى إعطاء الحق للمصرف المركزي بحظر قيام البنوك بالعمليات المذكورة؟ خاصة إذا ما علمنا أن البنوك هي منشآت اقتصادية تسعى إلى تحقيق أكبر ربح ممكن، "وأن الوظيفة الاقتصادية للربح تتجلى أهميتها في مواجهة المخاطر التي يتعرض لها البنك والتي بفضلها يستطيع البقاء في مجال الاستثمار، كما تعتبر الأرباح ضرورية لتدعيم رأس المال وبالتالي تقوية المركز المالي، وهذه الزيادة في الأرباح تعني الإدارة الجيدة لمديري البنك، الأمر الذي يزيد في عدد عملاء البنك..." (المهاري، ١٩٧٨م).

نعتقد بأن غاية المشروع من ذلك تتعلق بالمصلحة العامة، وذلك لخشيته أن تؤدي هذه التعاملات إلى أن تحيد هذه البنوك عن تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله، وأن منعها من القيام بهذه العمليات ما هو إلا تجسيد لأهداف المصرف المركزي التي يحرص على تحقيقها والتي تلخص في الحفاظ على استقرار العملة الوطنية في إطار النظام النقدي، والمساهمة في تعزيز وحماية استقرار النظام المالي في الدولة، وتنظيم الأنشطة المالية المرخصة، ووضع الأسس الخاصة بممارستها، وتحديد المعايير المطلوبة لتطوير وتعزيز الممارسات الاحترازية وفقاً لأحكام القانون والمعايير الدولية، ووضع الأنظمة والمعايير المناسبة لحماية المنشآت المالية المرخصة، ومراقبة الوضع الائتماني في الدولة للمساهمة في تحقيق نمو متوازن للاقتصاد الوطني (المادة ٤ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م في شأن المصرف المركزي). هذا من جهة، ومن جهة أخرى؛ فإن هذا الحظر جاء حمايةً للبنوك من المخاطر والأزمات المالية التي قد تعصف باقتصاد أي دولة على حين

وشهد الواقع المصرفي في دولة الإمارات العديد من تجارب البنوك التي ارتفعت فيها نسبة الودائع المصرفية بفضل الجهود التي بذلها أعضاء مجلس إدارة البنك في تحقيق أداء متميز من ذلك مثلاً بنك الإمارات دبي الوطني الذي استطاع أعضاء مجلس إدارته بجهودهم رفع نسبة حجم الودائع في العام ٢٠١٩م إلى ٤٧٢ مليار درهم إماراتي بزيادة ٣٦٪ مقارنة بالعام ٢٠١٨م^(٦).

وتؤدي مخالفة العضو هذا الشرط إلى بطلان عضويته في مجالس إدارة المنشآت المالية المرخصة التي تزيد على النصاب القانوني وفقاً لحدائه تعيينه، ويلزم إضافة إلى ذلك بأن يرد إلى المنشأة المالية المرخصة التي أبطلت عضويته فيها ما يكون قد قبضه منها (المادة ١٤٩ من قانون الشركات التجارية رقم ٢ لسنة ٢٠١٥م).

الفرع الثاني: المحظورات

لأجل توفير غطاء تأميني لحماية الودائع المصرفية؛ فإن المشروع لم يتوقف عند حد وضع المتطلبات السابقة، بل إنه ذهب إلى حظر ممارسة عدد من العمليات المصرفية، وعدد آخر من الأنشطة غير المصرفية، وأيضاً فرض قيود على منح التسهيلات المصرفية، وهو ما سوف نتولى بيانه في الفقرات الثلاث التالية:

أولاً: حظر ممارسة عدد من العمليات المصرفية؛ أعطى المشروع الاماراتي للمصرف المركزي الحق في منع المنشآت المالية المرخصة القيام بكل أو بعض ما يأتي:

- ١- التعامل بأصول أو استثمارات أو أدوات نقدية ومالية معينة.
- ٢- عقد صفقات أو القيام بعمليات أو أعمال تجارية معينة.
- ٣- التعامل مع أشخاص معينة (المادة ٩٢ الفقرة ١ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

(٦) انظر:

<https://www.emiratesnbd.com/ar/investor-relations/shareholder-information/aggm>

تاريخ الزيارة ٩/٨/٢٠٢٠م.

٣- شراء وتملك أسهم البنك أو التعامل بها، بما يتعدى النسب المحددة من قبل مجلس الإدارة ما لم تكن الزيادة قد آلت إليه استيفاء لدين مستحق، وعلى البنك في هذه الحالة بيع الأسهم التي تتعدى النسبة المذكورة خلال سنتين من تاريخ تملكها.

٤- شراء أسهم الشركات التجارية إلا في حدود النسبة التي يحددها مجلس الإدارة من أموال البنك الخاصة ما لم تكن قد آلت إليه استيفاء لدين مستحق، وعلى البنك في هذه الحالة بيع الزيادة خلال سنتين من تاريخ تملكها.

ويعلّل الدكتور علي جمال الدين عوض هذا الحظر على أنه: "نوع من الرقابة على أعمال المنشآت المالية المرخصة تستهدف حماية مصالح كل من يلجأ إلى خدمات البنوك وبخاصة المودعين، والمشرع يستهدف حماية الودائع ليس فقط من عجز البنوك عن ردها، بل أيضاً من تضييعها نتيجة سوء الإدارة التي تعطل السيولة ... ويكمل التعليل بأن الائتمان أصبح الآن عصب الاقتصاد الوطني وركيزة التجارة الداخلية والخارجية، فوجب تنظيم شروطه والتأكد من سلامة الأجهزة التي تقوم على منحه" (عوض، ٢٠٠٨م).

ومن جانبنا، فإننا نستند إلى ما سبق أن استندنا إليه بشأن الحظر الذي يمارسه المصرف المركزي على البنوك تجاه ممارسة بعض الأعمال المصرفية من أنه حظرٌ جاء لحماية هذه البنوك من المخاطر والأزمات المالية التي من المتوقع أن يواجهها اقتصاد أي دولة؛ فقيام البنوك بشراء العقارات في غير الحالات المسموح بها مثلاً قد يعرضها للمخاطر العقارية الناشئة عن ركود السوق العقاري، وقد نتج عن ذلك الأزمة المصرفية في بنوك الدول الإسكندنافية واليابان وفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية.

كما أن شراء أسهم الشركات التجارية في غير حدود النسبة المحددة من قبل مجلس الإدارة قد يعرض البنوك إلى مخاطر تقلبات السوق المالية - أسعار الفائدة أو أسعار الصرف التي تمثل ضغوطاً واضحة على هيكل محفظة البنوك، فالبنوك

غفلة^(٧)؛ "... فالمخاطر والأزمات الاقتصادية - كما يذهب إلى ذلك رأي في الفقه - لا تظهر فجأة على السطح، وإنما تحركها عوامل معينة تُعد بمنزلة إنذار مبكر لإمكانية حدوث تلك الأزمة ... " (العتيبي، ٢٠١٥م). وقد يكون في السماح للبنوك القيام بالعمليات التي حظرها المصرف المركزي عليها أحد هذه العوامل.

ثانياً: حظر مباشرة الأنشطة غير المصرفية التالية:

١- ممارسة أعمال التجارة أو الصناعة أو امتلاك أو تملك البضائع والمتاجرة بها لحسابها الخاص ما لم يكن امتلاكها وفاءً لدين لها على الغير، وعليها أن تقوم بتصنيفيتها خلال المدة التي يحددها المصرف المركزي.

٢- شراء العقارات لحسابها فيما عدا الحالات التالية:

(أ) العقارات التي لا تتعدى قيمتها النسبة المحددة من قبل مجلس الإدارة من مجموع رأس مالها واحتياجاتها.

(ب) العقارات التي تملكها كتسوية مباشرة للديون والتي تتعدى النسبة المذكورة في الفقرة (أ) من هذا البند وعليها في هذه الحالة بيع هذه العقارات في غضون ثلاث سنوات ويجوز تمديد هذه المهلة بموافقة من المصرف المركزي بناءً على المبادئ التوجيهية المحددة من قبل مجلس الإدارة.

(٧) يُذكر في هذا الصدد أن المصرف المركزي كان قد أصدر التعميم المرقم (٢٠١٧/١٣٥) بتاريخ ٢٢/٥/٢٠١٧م، طالب فيه المنشآت المالية المرخصة (البنوك) وشركات التمويل العاملة في الدولة، بوقف تسويق وبيع المنتجات الاستثمارية، شاملة منتجات التأمين الادخاري والاستثماري، وحل جميع الشكاوى العالقة مع المتعاملين، خلال ٩٠ يوماً من تاريخ استلام التعميم، مشيراً إلى أن ذلك يضمن تدابير احترازية لطريقة بيع هذه المنتجات للمتعاملين، بما يؤمن الشفافية والوضوح وحماية المتعامل. انظر المقال:

<https://www.emaratayoum.com/business/local/2017-05-23-1.997774>

تاريخ زيارة الموقع: ٢٦/٧/٢٠٢٠م.

- (أ) أي عضو في مجلس إدارتها.
- (ب) أية مؤسسة أو شركة تكون فيها المنشأة المعنية شريكاً أو مديراً أو وكيلاً أو ضامناً أو كفيلاً.
- (ج) أية شركة يكون فيها أي من أعضاء مجلس إدارة المنشأة المعنية مديراً أو وكيلاً لهذه الشركة.
- (د) أية شركة يكون فيها أي من موظفي المنشأة المعنية أو غيرهم من الخبراء أو ممثلي المنشأة المعنية مديراً أو مسؤولاً تنفيذياً أو وكيلاً أو ضامناً أو كفيلاً للشركة.
- (هـ) أي شخص يملك حصة مسيطرة في رأس مال المنشأة المعنية أو في شركة ذات صلة بالمنشأة المعنية^(٨).
- (و) أي منشأة تابعة للمجموعة المالكة للمنشأة المعنية.
- (ز) أي شركة ذات صلة بالمنشأة المعنية وفقاً للضوابط التي يضعها مجلس الإدارة.
- (ح) أي شخص ذي صلة بأي عضو من أعضاء مجلس إدارة المنشأة المعنية بشكل مباشر أو غير مباشر وفقاً للضوابط التي يضعها مجلس الإدارة.
- (ط) أي شخص آخر يحدده مجلس الإدارة وفقاً للضوابط التي يضعها.
- وتقوم المنشأة المالية المكلفة بإعداد البيان المذكور بتزويد المصرف المركزي نسخة منه خلال ١٠ أيام عمل من تاريخ انتهاء كل ربع من السنة المالية أو من تاريخ الطلب المقدم من قبل المصرف المركزي. ولكن ما هو الحكم لو تبين للمصرف المركزي من خلال مراجعة البيان أن البنك (المنشأة المالية المرخصة)، قد منح تسهيلات ائتمانية أو تسهيلات تمويل لشخص قد ينتج عنه إضرار بمصالح المودعين في البنك؟
- عالج المشرع هذه الحالة وأعطى للمصرف المركزي الحق في اتخاذ إجراء أو أكثر من الإجراءات التالية:

اليابانية على سبيل المثال عانت من هبوط أسعار أصول البورصات التي استثمرت فيها بشكل كبير، كما ساهم ارتداد منحى معدلات الفائدة خلال الفترة ١٩٨٩-١٩٩٤م في عجز البنوك عن تحقيق أرباح التحويل كنتيجة لانخفاض معدلات الفائدة الطويلة الأجل عن المعدلات القصيرة الأجل (العتيبي، ٢٠١٥م).

ثالثاً: قواعد منح التسهيلات المصرفية؛ يمكننا أن نوضح هذه القواعد من خلال بيان المبدأ الذي اعتمده البنك في منح التسهيلات الائتمانية، ومن ثم القيود أو الضوابط الواردة عليه وذلك فيما يلي.

المبدأ: هو الجواز الذي قرره المادة (٩٤) من القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية - استثناء من المادة (١٥٣) من قانون الشركات التجارية رقم (٢) لسنة ٢٠١٥م -؛ إذ يحق للمنشآت المالية المرخصة بمقتضى الفقرة الأولى من هذه المادة أن تمنح تسهيلات ائتمانية إلى أعضاء مجالس إدارتها أو إلى موظفيها أو إلى أقاربهم على وفق الشروط والضوابط التي يحددها مجلس الإدارة، وأجازت الفقرة (٢) من المادة ذاتها للمنشآت المالية التي تتلقى الودائع منح تسهيلات ائتمانية لغايات إنشاء عقارات سكنية أو تجارية ولكن ضمن الحدود القصوى التي يحددها مجلس إدارة المصرف المركزي بنظام.

إلا أن حق المنشآت المالية المرخصة بمنح تسهيلات ائتمانية إلى أعضاء مجالس إدارتها أو إلى موظفيها أو إلى أقاربهم ليس مطلقاً، بل قيده المشرع الإماراتي بعدد من الضوابط التي لا بد من مراعاتها عند منح التسهيلات الائتمانية؛ فقد أوجبت المادة (٩١) الفقرة (١) من القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م على كل منشأة مالية مرخصة تتلقى ودائع مصرفية إعداد بيان ربع سنوي على وفق الشكل الذي يحدده المصرف المركزي، يُبين فيه كافة التسهيلات الائتمانية وتسهيلات التمويل التي تمنحها هذه المنشأة للفتات التالية:

(٨) راجع بالتفصيل الأحكام الخاصة بأصحاب الحصص المسيطرة في أية منشأة مالية، وذلك في المادة (٩٥) من القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م.

رابعاً: حظر تولي المهام المحددة لدى المنشآت المالية المرخصة من قبل أفراد لا يتمتعون بالجدارة والأهلية؛ المهام المحددة هي تلك المهام التي يباشرها شخص طبيعي - لدى البنك أو لصالحه - وتكون ذات طبيعة مؤثرة على نشاط البنك، وأن يكون هذا الشخص مصرحاً له بممارستها وفق أحكام القانون (المادة ١ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

ومما يثير الانتباه هو أن المشرع الإماراتي عرّف المهام المحددة وبيّن أحكامها في المواد (٨٣-٨٨) من القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية المتعلقة بالتصريح بتولي مهام محدّدة وإجراءات وشروط الحصول عليه وحالات تعليق أو سحب أو إلغاء هذا التصريح، إلا أنه لم يحدد ماهية هذه المهام بنصوص تشريعية خاصة، وحسناً فعل عندما ترك أمر تحديد المهام المحددة إلى مجلس إدارة المصرف المركزي بوصفه سلطة تنفيذية وهي أقدر من السلطة التشريعية على تحديد ما يعد من المهام المحددة إذ بحكم وظيفتها تكون على اتصال مستمر مع جميع المنشآت المالية المرخصة وهي أكثر دراية بمستلزمات حمايتها وحماية عملائها من المخاطر التي تواجهها، ومن ثم حفظ سلامة النظام المصرفي في الدولة، ولذا فإننا نأمل من المشرع الإماراتي الإسراع في إصدار لائحة تتضمن ماهية المهام المحددة والمعايير التي يمكن اعتمادها في تحديد المهام ذات الطبيعة المؤثرة، ومع ذلك ومن خلال استقراء نص المادة (٨٣) من القانون المذكور يتبين لنا بوضوح أن ثمة شروطاً لابد من توافرها لكي نكون أمام أي من المهام المحددة التي أرادها المشرع الإماراتي وهي:

١- أن تكون ذات طبيعة مؤثرة في نشاط المنشأة المالية المرخصة؛ وحيث إن المشرع الإماراتي لم يبين المعيار الذي يمكن اعتماده في تحديد ما إذا كان أي من هذه المهام ذات طبيعة مؤثرة أم لا؟ فهل تُعد هذه المهام من قبيل الأنشطة المالية الخاضعة للترخيص الواردة في

١- الطلب من البنك (المنشأة المالية المرخصة) وضع مخصّصات مقابل هذه التسهيلات أو تقليص درجة الانكشاف على شخص معين خلال المدة وبالألية التي يحددها.

٢- الحظر على البنك (المنشأة المالية المرخصة) تقديم أي تسهيلات ائتمانية أخرى إلى الشخص المعني أو أن يفرض قيوداً معينة على التسهيلات الممنوحة لهذا الشخص وعلى وفق ما يراه مناسباً.

ولقد آثرنا في هذا الصدد أن نشير إلى نظام مراقبة حدود التركزات الائتمانية الذي أصدره مجلس إدارة المصرف المركزي بتاريخ ١٧/١١/٢٠١٣م والذي جاء وفقاً لأحكام الباب الثالث - الفصل الثاني من القانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ١٩٨٠م في شأن المصرف المركزي والنظام النقدي وتنظيم المهنة المصرفية^(٩).

وجاء هذا النظام أولاً ليلزم البنوك باتباع سياسات إقراض حذرة من أجل المحافظة على سلامة الأصول المؤتمنة عليها، ووضع أحكام مراقبة حدود التسهيلات الائتمانية للبنوك العاملة بالدولة بشكل دقيق، وثانياً ليحظر على أي بنك تقديم تسهيلات ائتمانية لأحد أعضاء مجلس إدارته أو من يحمل صفة مشابهة إلا على أساس قرار يتخذه أعضاء مجلس إدارته بالإجماع باستثناء العضو المعني بالقرض، على أن تتبع في ذلك تعليمات السياسة الائتمانية العامة للبنك، ويجب اعتماد القرار قبل عملية الإقراض على أن تحفظ نسخة من القرار في ملف العضو^(١٠).

(٩) لا بد من التذكير بالمادة (١٥٢) من القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م التي قضت: "باستمرار العمل بالأنظمة والقرارات والتعاميم الصادرة وفقاً لأحكام القانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ١٩٨٠م في شأن المصرف المركزي والنظام النقدي وتنظيم المهنة المصرفية وتعديلاته والقانون الاتحادي رقم (٦) لسنة ١٩٨٥م في شأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستشارية الإسلامية إلى حين صدور الأنظمة والقرارات والتعاميم التي تحل محلها".

(١٠) النظام متاح على الموقع الإلكتروني:

<https://www.albayan.ae/economy/capital-markets/2013-11-18-1.2001670>

تاريخ زيارة الموقع: ٢٧/٧/٢٠٢٠م.

٢- أن يباشرها شخص طبيعي أطلق عليه المشرع الإماراتي "الفرد المصرح له وفقاً لأحكام هذا القانون بممارسة أي من المهام المحددة" (المادة ١ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م)، ولا يجوز لأي فرد أن يُعرّف عن نفسه على أنه فرد مصرّح له ما لم يكن مصرحاً له من قبل المصرف المركزي (المادة ٨٣ الفقرة ٦ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م)، إلا أن المشرع الإماراتي لم يبيّن ما إذا كان الفرد المصرّح له يُشترط فيه أن يكون من المواطنين أم يمكن أن يكون أجنبياً متى ما توافرت فيه شروط الأهلية والجدارة والخبرة التي تتطلبها المهمة المحددة؟ يفترض أن يكون الفرد المصرح له بالقيام بمهام محددة من المواطنين، وذلك في ضوء حزمة القرارات الإستراتيجية التي اتخذها مجلس الوزراء الموقر لدعم ملف التوطين، بوصفه "أولوية اقتصادية واجتماعية وأمنية... حقيقة لا بد أن يستوعبها الجميع"^(١١).

٣- أن تؤدي المهام المحددة ذات الطبيعة المؤثرة من قبل الفرد المصرح له منشأة مالية مرخصة أو لصالحها أي يجب أن تؤدي هذه المهام للبنوك أو للمؤسسات المالية الأخرى المرخصة لممارسة نشاط أو أكثر من الأنشطة المالية المرخصة، وبضمنها تلك المؤسسات التي تمارس كافة أعمالها أو جزءاً منها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وسواء كانت تلك المنشآت مؤسسة داخل الدولة أو في مناطق اختصاص أخرى، وسواء أكان لها فروع أو شركات تابعة أو مكاتب تمثيل داخل الدولة (المادة ١ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

نص المادة (٦٥) الفقرة (١) من القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م، وهي تلقي الودائع وتقديم التسهيلات الائتمانية وتسهيلات التمويل وتقديم خدمات الصرافة وتحويل الأموال وخدمات الوساطة النقدية وخدمات القيم المخزنة والدفعات الإلكترونية للتجزئة والنقد الرقمي وتقديم خدمات العمليات المصرفية الافتراضية والتسويق للأنشطة المالية المرخصة والعمل كأصيل في المنتجات المالية التي تؤثر على المركز المالي للمنشأة المالية المرخصة والتي تشمل ولا تقتصر على الصرف الأجنبي والمشتقات المالية والسندات والصكوك وملكية الحقوق والسلع وأية منتجات مالية أخرى يوافق عليها المصرف المركزي؟ أم هي أنشطة وممارسات أخرى يتولى مجلس إدارة المصرف المركزي إضافتها إلى الأنشطة المذكورة، وذلك بموجب الصلاحية المعطاة له في الفقرة (٢) البند "ب" من المادة (٦٥) ذاتها؟ أعطى المشرع لمجلس إدارة المصرف المركزي أن يصدر الأنظمة والقواعد والمعايير والشروط والتعليمات التي تحدد المهام المحددة ذات الطبيعة المؤثرة الخاضعة لتصريح المصرف المركزي (المادة ٨٣ الفقرة ١ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م). وتوقع أن هذه المهام يمكن أن تكون ذات طبيعة مؤثرة إذا كانت تسهم في تطوير أساليب العمل المصرفي ومواكبة التطورات الحاصلة في مجال التكنولوجيا، وتحسين الخدمات المصرفية وتسويقها ونشر الوعي المصرفي بين أفراد المجتمع واستحداث برامج المسؤولية المجتمعية التي قررها المشرع في قانون الشركات أو وضع الإستراتيجيات الأساسية لجذب الودائع وتقديم خدمات استشارية للمتعاملين، ونأمل من مجلس إدارة المصرف المركزي الإماراتي وهو بصدد تحديد هذه المهام أن يأخذ ذلك بنظر الاعتبار.

(١١) المقال متاح على الموقع الإلكتروني:

<https://uaecabinet.ae/ar/details/news/uae-cabinet-adopts-10-strategic-resolutions>

تاريخ الزيارة ٧/٨/٢٠٢٠م.

العمل المصرفي يتمتع بحساسية خاصة تنبع من ضرورة حماية أموال المودعين أولاً، ومن بعدها حماية حقوق المساهمين، كما أن عملاء المنشآت المالية المرخصة كمستهلكين للخدمة المصرفية أصبح الآن لديهم وعي كبير وإمام تام بحقوقهم كمستهلكين (غالب، ٢٠١٥م)، ولأجل استيعاب كل هذه الجوانب وإنجاح العلاقة بين البنوك والتعاملين معها، كان لابد من إخضاع الأفراد الذين يتولون المهام المحددة في هذه البنوك لشروط الأهلية والجدارة، للحصول على التصريح اللازم لممارسة مهامهم، خاصة وأن المشرع قد وصف هذه المهام بأنها مهام ذات طبيعة مؤثرة في نشاط المنشأة المالية المرخصة، وأن أداءها قد يحتاج إلى أفراد تتوفر فيهم مجموعة من العوامل منها شخصية ومنها مكتسبة بالخبرة العملية لها تأثير مباشر على كفاءة وفاعلية هذه المهام^(١٣). وبخلاف ذلك يحظر على كل من لا تتوفر فيهم هذه الشروط القيام بتلك المهام خشية أن يفوت على البنوك فرصة الاستفادة من غايات هذه المهام، وللتأكيد على أهمية هذا الموضوع فقد أعطى المشرع للمصرف المركزي تعليق أو سحب أو إلغاء التصريح الصادر لفرد يتولى مهام محددة إذا فقد الأخير أو خالف واحداً أو أكثر من شروط الجدارة والأهلية والشروط الأخرى أو القيود المفروضة على التصريح (المادة ٨٧ الفقرة ١ البند "أ" من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

المبحث الثاني:

الضمانات المقررة في نطاق الرقابة

اتساع البنوك وتزايد أهميتها وخطورة وظيفتها المتمثلة في تلقي الودائع واستخداماتها في القروض، وكذا تأثيرها في السيولة النقدية عن طريق خلق الودائع من خلال خلق النقود،

(١٣) أحمد الكردى، مفهوم وخصائص الجدارة الإدارية، ص ٩، مقال

متاح على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://kenanaonline.com/users/ahmedkordy/posts/570619>

تاريخ الزيارة: ٧/٨/٢٠٢٠م.

٤ - أن تكون المهام المحددة خاضعة لتصريح المصرف المركزي، بما فيها تلك المهام التي يقوم بها أعضاء مجلس إدارات المنشآت المالية المرخصة ورؤساؤها التنفيذيون والمديرون والمسؤولون، إضافة إلى الأفراد المصرح لهم (المادة ٨٣ الفقرة ٢ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

٥ - الحصول على التصريح بالقيام بأعمال محددة؛ إذ لا يجوز بمقتضى المادة (٨٣) الفقرة (٣) من القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م لأي فرد تولي أية مهام محددة لدى المنشآت المالية المرخصة، ما لم يحصل على تصريح مسبق من المصرف المركزي، ولكي يحصل الفرد الذي يتولى أيّاً من المهام المحددة على التصريح، تتقدم المنشأة المالية المرخصة بطلب الحصول على التصريح إلى المصرف المركزي الذي يبت في طلب التصريح أو توسيع نطاقه خلال مدة لا تتجاوز ٢٠ يوم عمل من تاريخ استيفاء شروط ومتطلبات التصريح، أما في حالة رفض الطلب من قبل مجلس الإدارة - إذا كانت المصلحة العامة تقتضي ذلك أو أن شروط ومتطلبات التصريح لم يتم استيفائها - فإنه يتم إبلاغ مقدم الطلب بقرار الرفض بإشعار رسمي خلال مدة لا تتجاوز ٢٠ يوم عمل من تاريخ صدوره، على أن يتضمن الإشعار مضمون القرار وأسبابه الموجبة وإبلاغ مقدم الطلب بحقه في التظلم أمام لجنة الفصل في التظلمات والطعون. ولكن لنا أن نتساءل عن الحكمة من الحظر الذي قرره المشرع على الفرد الذي لا يتمتع بالجدارة والأهلية^(١٤) لتولي مهام محددة تتعلق بالأنشطة المالية المرخصة؟

(١٢) لم يحدد المشرع الإماراتي المقصود بالجدارة والأهلية ولم يبين معايير كل منهما، بل ترك في المادة (٦٧) الفقرة (٢) البند "أ" من القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م، أمر ذلك لمجلس إدارة المصرف المركزي بوصفها أحد الشروط المتعلقة بالترخيص بممارسة الأنشطة المالية المرخصة.

الرقابة والإشراف عليها، كما ويتولى وضع السياسات وإصدار الأنظمة المتعلقة بالرقابة الاحترازية والمعايير الاحترازية والمعايير والمبادئ التوجيهية المتعلقة بالأنشطة المالية المرخصة (المادة ٢ الفقرة ١ والمادة ١٥ الفقرتان ٤ و ٥ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م)، ولكن ما هي المجالات التي يباشر فيها المصرف المركزي إجراءاته الرقابية؟

للإجابة عن هذا التساؤل كان لابد لنا من الرجوع إلى النصوص القانونية التي أوردها المشرع في الفصل الخامس من القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م الخاص بالرقابة والإشراف على المنشآت المالية المرخصة، ليتسنى لنا التعرض للصور التي اتخذتها الرقابة التي يباشرها المصرف المركزي على المنشآت المالية المرخصة (البنوك) من خلال مجلس إدارته، وذلك في الفروع التالية.

الفرع الأول: ملكية الحصص المسيطرة

يحق لأي شخص أن يمتلك حصة مسيطرة أو زيادة حصة السيطرة في أي بنك (المنشأة المالية المرخصة) أو يمارس صلاحيات تؤدي إلى اعتباره صاحب حصة مسيطرة وفقاً لتقدير المصرف المركزي ما لم يكن قد حصل مسبقاً على موافقة المصرف المركزي، وزيادة في حرص المشرع على هذه المسألة فقد منع على البنك ذاته السماح لأي شخص أن يمتلك حصة مسيطرة فيه، إلا بعد الحصول مسبقاً على موافقة البنك المركزي (المادة ٩٥ الفقرتان ١ و ٢ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

والملاحظ هو أن المشرع لم يحدد مقدار الحصة المسيطرة ونسبة الزيادة في الحصة المسيطرة أو ماهية الصلاحيات التي تؤدي بالشخص إلى أن يكون صاحب حصة مسيطرة، فقد ترك لمجلس إدارة المصرف المركزي أمر إصدار الأنظمة والقواعد والمعايير والشروط والتعليقات والقيود التي تبين ما يدخل ضمن حصص السيطرة والحالات التي يتحقق فيها ذلك (المادة ٩٥ الفقرة ٣ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

أدى بالعديد من حكومات الدول إلى التدخل من خلال فرض رقابة صارمة عليها وإخضاعها لتنظيم قانوني محكم يختلف عن ذلك التنظيم الذي تخضع له المؤسسات الأخرى بهدف حماية أموال المودعين، وضمان سلامة الجهاز المصرفي ويعتمد هذا كله على توفير نظم وآليات سليمة للرقابة تطمئن إدارة البنك على حسن سير العمل فيه (السيسي، ١٩٩٨م).

ويتلخص مفهوم الرقابة المصرفية على أنها: مجموعة القواعد والإجراءات والأساليب التي تسير عليها أو تتخذها السلطات النقدية والبنوك المركزية والمصارف بهدف الحفاظ على سلامة المراكز المالية للمصارف توصلهاً إلى تكوين جهاز مصرفي قوي يساهم في التنمية الاقتصادية (الناشف والهندي، ١٩٩٨م)، ويحافظ على حقوق المودعين والدائنين والمساهمين بحيث يكون المصرف في وضع ملاءة مالية تكفي لمواجهة مسحوبات أصحاب الودائع لدى الطلب أو لأجل، وتأمين المصرف من حالات الإفلاس (أحمد، ٢٠١٠م). والجهات التي تؤدي دور الرقابة على المنشآت المالية المرخصة هي كل من المصرف المركزي والمدققين، وستولى بيان الأحكام القانونية لهذه الرقابة في المطالبين التاليين.

المطلب الأول: رقابة المصرف المركزي

المصرف المركزي في دولة الإمارات مؤسسة اتحادية عامة ذات شخصية اعتبارية، ويتمتع بالاستقلال المالي والإداري وبالأهلية القانونية اللازمة لمباشرة جميع الأعمال والأنشطة التي تكفل تحقيقه (المادة ٢ الفقرة ١ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م)، ويتولى إدارته مجلس يسمى مجلس إدارة المصرف المركزي (المادة ٢ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م)، ويتمتع بالصلاحيات الكاملة لتحقيق الأهداف التي يريد المصرف المركزي تحقيقها، ومن ضمن هذه الصلاحيات إصدار الأنظمة الخاصة بتنظيم الأنشطة المالية المرخصة وتقرير الأمور المتعلقة بها، بما فيها أنظمة وإجراءات

البنوك (الكراسنة، ٢٠١٠م). فما هي الإجراءات التي قررها
المشرع الإماراتي لتفعيل هذه الصورة من الرقابة؟
١- أوجب المشرع الإماراتي على المنشآت المالية المرخصة
(البنوك)، تزويد المصرف المركزي بالتقارير والمعلومات
والبيانات والكشوفات والمستندات التي يحددها المصرف
المركزي ويقدر أنها ضرورية لتحقيق أهدافه وتنفيذ
مهامه، ولأجل إعداد هذه التقارير تلتزم هذه المنشآت
بالقيام بتعيين الموظفين المؤهلين لذلك.

٢- حظر على المنشآت المالية المرخصة أن تقوم بإصدار
تعليمات أو توجيهات أو الاتفاق مع أي مدير أو مسؤول
أو موظف يعمل لديها أو وكيل أو ممثل لها أو مدقق
حساباتها بالامتناع عن تزويد المصرف المركزي بالتقارير
والمعلومات والبيانات المذكورة.

٣- ألزم المصرف المركزي بوضع قواعد ومبادئ تبين كيفية
تجميع المعلومات من المنشآت المالية المرخصة وبشكل
دوري. إلا أن المشرع لم يبين على وجه الخصوص طبيعة
هذه المعلومات والبيانات ونماذجها والمدد التي يتوجب
تقديمها فيها من قبل المنشآت المالية المرخصة، فقد ترك
أمر ذلك للتعليمات التي يصدرها المصرف المركزي،
وتسري أحكام هذه الإجراءات على فروع المنشآت المالية
المرخصة الأجنبية العاملة في الدولة (المادة ٩٧ من
القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

٤- أوجب أيضاً على كل منشأة مالية مرخصة تزويد
المصرف المركزي بالبيانات والتقارير المتعلقة بمركزها
المالي، وكذلك تزويده خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر
بعد انتهاء السنة المالية بالمستندات التالية:
(أ) نسخة من الميزانية العمومية المدققة يظهر فيها
استخدام الأصول والخصوم الناشئة عن عمليات
المنشأة المالية المعنية.

(ب) نسخة من حساب الأرباح والخسائر المدقق.

وكنا نأمل من المشرع لو أنه حدد نسبة الحصة المسيطرة
والمقصود بالسيطرة الفعلية على غرار ما فعلته بعض التشريعات
كالمشرع المصري؛ فقد حدد هذه النسبة بأن لا تزيد على ١٠٪ من
رأس المال المصدر لأي بنك أو أية نسبة تؤدي إلى السيطرة
الفعلية، ويّين المقصود من السيطرة الفعلية للشخص الطبيعي أو
الاعتباري؛ بأن يكون مالكاً لأية نسبة من شأنها تمكنه من تعيين
غالبية أعضاء مجلس إدارة البنك أو التحكم على أي نحو في
القرارات التي يصدرها مجلس إدارته أو التحكم في القرارات
التي تصدر عن جمعياته العمومية، ويدخل في حساب ملكية
الشخص الطبيعي ما يملكه بالإضافة إلى أي من أقاربه حتى
الدرجة الرابعة، وفي حساب الشخص الاعتباري ما يملكه
بالإضافة إلى أي من أعضاء مجلس إدارته أو أي من المساهمين
منه (المواد ٧٢-٨٢ من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي
رقم ١٩٤ لسنة ٢٠٢٠م المصري الجديد)، ومن المسائل المهمة
التي نتمنى على المشرع الإماراتي أن يهتم بتنظيمها هي، تلك
الحالة التي يملك فيها الشخص الطبيعي بالمرث أو الوصية
نسبة من رأس مال البنك مما يعد حصة سيطرة في البنك، كأن
تعطى لهذا الشخص مدة يوفق فيها وضعه على وفق القواعد
التي يقررها مجلس إدارة البنك، وفي حالة المخالفة يتخذ واحداً
أو أكثر من التدابير التي يحددها مجلس الإدارة؛ كأن يتقرر
حرمانه من بعض حقوقه في التصويت على قرارات مجلس
الإدارة أو الجمعية العمومية.

الفرع الثاني: الرقابة المكتبية

الرقابة المكتبية تشمل: مراجعة وتحليل البيانات المالية التي
تقدم إلى السلطات الرقابية من قبل البنوك، وتظهر أهمية هذه
البيانات في أن تحليلها يسهل عملية الرقابة على أداء البنوك
وبالتالي يتم التوصل إلى معرفة المشاكل التي قد تطرأ على أعمال
البنك، ومن خلال هذا النوع من الرقابة يتم مقارنة أداء البنوك
إزاء بعضها البعض ليتبين للمحلل الاتجاه الذي تسير فيه هذه

البنوك، وكذا تطوير نظام إنذار مبكر يسمح للبنك المركزي باتخاذ إجراءات استباقية للتأكد من أمان وسلامة الجهاز المصرفي، كما أن تقارير الرقابة المكتبية من شأنها أن تساعد البنك في تحليل نقاط القوة والضعف لديها وتحديد نطاق المخاطر الأكثر أهمية وتأثيراً على مركزها المالي، ومن ثم تعقبها وتصحيحها.

ونعتقد أن التقارير والبيانات والكشوفات والمستندات التي أشار إليها نص المادة (٩٧) التي ترفعها البنوك بشكل دوري إلى المصرف المركزي يمكن أن تشكل المصدر الرئيس للمعلومات التي تعين الأخير في اكتشاف وتحديد أية مشاكل يتم إخطار البنوك بها لاتخاذ خطوات جادة لمعالجتها في الوقت المناسب أو إجراء تفتيش ميداني مفاجئ على البنك.

الفرع الثالث: التفتيش

يقصد بالتفتيش: "عملية الفحص المادي والتحقق الفعلي المبرمج أو المفاجئ والوقوف على واقع حال النشاطات وإجراءات المؤسسات وفق برامج عمل معدة سابقاً، للتأكد من أن التفتيش قد تم ضمن القوانين والأنظمة والتعليقات"^(١٥)، أو هو: "فحص سلامة الأعمال المشمولة بالتفتيش، وذلك من الناحيتين الشكلية والموضوعية ووفقاً للبرامج المعدة مع إفراغ نتائج الفحص في تقارير خاصة تُرفع إلى الجهات المختصة"^(علي، ٢٠٠٥م).

ويهدف التفتيش إلى التأكد من أن المنشأة المالية المرخصة تقوم بمزاولة أعمالها وفق ما تقتضيه التشريعات واللوائح المعمول بها، ومدى دقة وصحة البيانات التي يتم تزويد المصرف المركزي بها (الكراسنة، ٢٠١٠م)، والوقوف على مدى جودة الموجودات، وتحديد نقاط الضعف التي يتم اكتشافها في المنشأة المالية ومتابعتها، لاتخاذ إجراءات المعالجة (عبدالنبي، ٢٠١٠م).

(ج) نسخة من تقرير مدقق حسابات المنشأة المعنية.

(د) نسخة من تقرير مجلس إدارة المنشأة المعنية.

هذا ويحق للمصرف المركزي أن يطلب من المنشأة المالية المرخصة تقديم ما يلي:

(أ) نسخة من حساب الأرباح والخسائر المؤقت بشكل نصف سنوي أو لفترات أخرى يحددها المصرف المركزي.

(ب) أية معلومات أو تقارير أو بيانات إضافية أخرى يراها ضرورية (المادة ٩٩ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

٥- يلتزم مركز المخاطر بجمع وتبادل ومعالجة المعلومات الائتمانية التي يحصل عليها من المنشآت المالية المرخصة، أو من أي طرف آخر يراه المصرف المركزي ضرورياً في الدولة (المادة ٩٠ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م)، ويقصد بالمعلومات الائتمانية وفقاً للمادة (١) من القانون الاتحادي رقم (٦) لسنة ٢٠١٠م بشأن المعلومات الائتمانية: "البيانات المالية الخاصة بالشخص والتزاماته المالية والدفوعات الحالية والسابقة وحقوقه المالية التي توضح الأهلية الائتمانية له، والتي تقدمها المنشآت المالية المرخصة (البنوك) التي تحصل عليها من خلال أعمالها المعتادة مع أي شخص، ويتم بناء عليها إعداد السجل الائتماني وتقارير المعلومات الائتمانية"^(١٦). ولكن ما الدور الذي يمكن أن تؤديه الرقابة المكتبية في حماية المودعين؟

تعمل الرقابة المكتبية على تطوير منهج رقابي فعال لتحليل المخاطر التي يتعرض لها كل بنك بحيث يمكن تتبع أنواع وتطور المخاطر التي تواجه البنوك وتقييم مدى تأثير بعض الأحداث على

(١٤) في شأن المعلومات الائتمانية التي تحدد الجهات التي يحق لها طلب المعلومات الائتمانية، انظر المادة (٥) من القانون الاتحادي رقم (٦) لسنة ٢٠١٠م.

(١٥) البرنامج الإنشائي للأمم المتحدة، دليل إجراءات العمل النموذجية لمكتب المفتشين العموميين، (٢٠١١م)، ص ١١.

الموظف المشار إليه جميع المعلومات والسجلات والدفاتر والحسابات والوثائق والمستندات والبيانات المتعلقة بموضوع التفتيش في المواعيد المحددة، وبخلاف ذلك أي لو امتنع موظفو أو ممثلو المنشأة المالية المرخصة عن تقديم المعلومات والمستندات والسجلات والحسابات المذكورة إلى موظفي أو مسؤولي المصرف المركزي، أو التعاون معهم، فإنه يحق لمجلس إدارة المصرف المركزي تعليق أو سحب أو إلغاء الترخيص الممنوح لهذه المنشأة، ومن ثم تبليغها بقرار السحب أو الإلغاء أو التعليق المسبب بإشعار رسمي خلال مدة ٢٠ يوم عمل من تاريخ صدوره، على أن يتضمّن الإشعار مضمون القرار وأسبابه الموجبة وتاريخ نفاذه، مع إعطائها الحق في التظلم أمام لجنة التظلمات والطعون وفقاً لأحكام القانون (المادة ٧١ الفقرة ١ البند "ل" من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

ثالثاً: التفتيش على مقار عمل أي شخص يُشتبه فيه أنه يمارس بدون ترخيص أيّاً من الأنشطة المالية الخاضعة للترخيص، ويحق للمصرف المركزي أن يُلزم هذا الشخص المشتبه به بتقديم كافة المعلومات والمستندات والسجلات المتعلقة بالأنشطة المالية غير المرخصة والتحقق عليها، كما يكون لموظفي المصرف المركزي ضمن عملية التفتيش استدعاء أي شخص في الوقت والمكان المحدد من قبلهم ومطالبتهم بتقديم المعلومات أو البيانات أو المستندات أو السجلات المتعلقة بعملية التفتيش (المادة ٧١ الفقرتان ٣ و ٥ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

ولكن ما هو الحكم لو تبين للمصرف المركزي وقوع مخالفة لأحكام القانون أو الأنظمة أو القرارات الصادرة تنفيذاً له من قبل المنشأة المالية المرخصة موضوع التفتيش؟ أعطت الفقرة (٧) من المادة (١٠٧) من القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م للمصرف المركزي أن يتخذ التدابير التالية:

(أ) وضع قيود على بعض العمليات أو الأنشطة التي تمارسها المنشأة المالية المعنية.

وقد نظم المشرع الإماراتي أحكام التفتيش في الفصل الخامس من القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م الخاص بالرقابة والإشراف على المنشآت المالية المرخصة فحددت المادة (١٠٧) منه النطاق الشخصي للتفتيش، وبمقتضاها أعطى المشرع الإماراتي الحق للمصرف المركزي أن يوجه إجراءات التفتيش وفق ما يلي.

أولاً: التفتيش على المنشآت المالية المرخصة (البنوك)؛ إذ يمكن للمصرف المركزي أن يوفد إلى أيّ من المنشآت في أي وقت أيّاً من موظفيه أو أي طرف ثالث مصرّح له بالعمل نيابة عنه، إذا وجد ضرورة لذلك للتأكد من سلامة وضعها المالي وعمّا إذا كانت ملتزمة بأحكام القانون والأنظمة والقرارات الصادرة تنفيذاً له والقوانين والأنظمة الأخرى السارية في الدولة، وفي هذا الصدد ولأن المادة (١٠٨) من القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية تقرر للمصرف المركزي صلاحية التفتيش على كيانات المنشآت المالية المرخصة الوطنية العاملة خارج الدولة، فقد أوضح المصرف المركزي في تقرير النصف الثاني من العام المالي ٢٠١٨-٢٠١٩م أنه تم التفتيش على ١٢ بنكاً من البنوك العاملة في مصر وفقاً للخطة الموضوعية في هذا الجانب، وقد استهدفت هذه الإجراءات بالإضافة إلى التحقق من سلامة الوضع المالي لهذه البنوك، والتفتيش على المخاطر المختلفة التي قد تواجهها، التحقق من كفاية المخصّصات اللازمة لمواجهة هذه المخاطر لتأكيد ضمان وحماية كافة أموال المودعين المساهمين لديها^(١٦).

ثانياً: التفتيش على الشركات التي تمتلكها المنشآت المالية المرخصة أو التابعة لها والخاضعة لأي من السلطات الرقابية في الدولة أو في مناطق اختصاص أخرى، ويتوجب على المنشآت المالية المرخصة والشركات التي تمتلكها والتابعة لها أن تقدم إلى

(١٦) تفصيل إجراءات هذا التفتيش على الموقع الإلكتروني:

<https://almanews.com/>، تاريخ الزيارة: ٣٠/٨/٢٠٢٠م.

كالتعامل بأصول أو استثمارات أو أدوات نقدية ومالية معينة أو عقد صفقات أو القيام بعمليات أو أعمال تجارية معينة أو التعاقد مع أشخاص معينين؟ ونعتقد أن مصطلح العمليات جاء مطلقاً وحيث إن المطلق يجري على إطلاقه، لذا فإن قصد المشرع بهذا المصطلح قد جاء ليشمل العمليات الواردة في المواد (٣٧١-٤٧٧) من قانون المعاملات التجارية رقم (١٨) لسنة ١٩٩٣م وتلك الواردة في المادة (٩٢) الفقرة (١) من القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م.

٢- أنه لم يُشر إلى ما يضمن حقوق المودعين عند توقف المنشأة المالية المرخصة (البنك) عن مزاوله أعمالها، وكنا نأمل من المشرع الإماراتي أن يلزمها بتقديم ضمانات كافية أو أن تُبرئ ذمتها نهائياً من التزاماتها قبل المودعين، أو أن يُعطي هؤلاء المودعين الحق في التقدم بشكوى إلى لجنة الفصل في التظلمات والطعون المنصوص عليها في المادة (١٣٦) من القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية في حال وجود مخالفة بحقهم؛ فعندما توقف State Bank of India، أحد فروع البنوك الأجنبية العاملة في جدة، عن مزاوله الأعمال المصرفية في المملكة العربية السعودية بسبب تغير الخطط الاستراتيجية للبنك الأم في إعادة انتشار فروعه حول دول العالم، وافقت مؤسسة النقد العربي السعودي استناداً لحكم المادة (١١) من نظام مراقبة البنوك الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥) وتاريخ ٢٢/٢/١٣٨٦هـ على منح فرع البنك الموافقة على التوقف عن مزاوله الأعمال المصرفية، بعد استيفاء المتطلبات النظامية ومراعاة حقوق العملاء والمودعين، ودعت المؤسسة جميع المودعين إلى ممارسة حقوقهم الذي كفله لهم النظام في التقدم بشكوى لإدارة حماية العملاء في المؤسسة عند وجود مخالفات بحقهم^(١٧).

(ب) أن يطلب من المنشأة المالية المرخصة المعنية اتخاذ التدابير والخطوات اللازمة لتصحيح وضعها فوراً.

(ج) تكليف خبير مختص أو أحد موظفي المصرف المركزي لإرشاد المنشأة المالية المرخصة المعنية أو الإشراف على بعض العمليات وذلك خلال فترة معينة يحددها المصرف المركزي وتحمل المنشأة المعنية أداء مخصصات الخبرة إذا كان الخبير قد تم انتخابه من خارج المصرف المركزي.

(د) اتخاذ أي تدبير أو إجراء آخر أو فرض أية جزاءات يراها مناسبة.

ولكن يُؤخذ على نص الفقرة (٧) أعلاه أنه لم يبين ما إذا كان للمصرف المركزي أن يتخذ واحداً من هذه التدابير فقط أم أكثر، وهل يلتزم باتخاذ أي من التدابير وفق الترتيب المذكور أم أن له سلطة تقديرية في اختيار التدبير وفق المخالفة التي ارتكبتها المنشأة المالية؟

الفرع الرابع: توقف المنشأة المالية عن مباشرة أنشطتها

لا يجوز للمنشآت المالية المرخصة أن توقف أي من أنشطتها المالية المرخصة بشكل كامل أو جزئي إلا بعد الحصول على المصرف المركزي والحصول على موافقة أغلبية مساهميتها، وما يلاحظ على هذا النص ما يلي:

١- المقصود بالأنشطة المالية المرخصة التي وردت في النص؛ هي تلك الأنشطة التي أوردتها المشرع الإماراتي في المادة (٦٥) من القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية، ولكن ما المقصود بمصطلح "العمليات" هل قصد بها العمليات المصرفية الواردة في المواد (٣٧١-٤٧٧) من قانون المعاملات التجارية رقم (١٨) لسنة ١٩٩٣م؟ أم أنه قصد العمليات التي وردت في المادة (٩٢) الفقرة (١) من القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م، إذا لم يكن المصرف المركزي قد حظر على المنشآت المالية المرخصة القيام بها

(١٧) للتفصيل: <https://www.okaz.com.sa/economy/na/1564046>

تاريخ الزيارة: ٢٣/٨/٢٠٢٠م.

لنشاطاتهم، ووجه الخطر فيها أن هذه القروض ومبالغ الأوراق التجارية المخصومة ستؤول للانعدام في نهاية الأمر، لذلك فهي تشكل خسارة للبنوك ومن ثم إلحاق الضرر بحقوق المودعين" (حنفي وقحف، ١٩٩٥م).

الفرع السادس: حوكمة المنشآت المالية المرخصة
تعتبر حوكمة البنوك أحد المتطلبات الاحترازية التي أكدت عليها المبادئ الأساسية للرقابة المصرفية الفعالة الصادرة عن لجنة بازل للرقابة المصرفية التي توجب أن تتوفر سياسات وعمليات منضبطة وشاملة للحوكمة في المصارف تتناسب مع حجم المخاطر لدى المصرف وأهميته^(١٨).
والحوكمة يُقصد بها: "مجموعة القواعد واللوائح القانونية والمحاسبية والمالية والاقتصادية التي توجه وتحكم الإدارة في أداء عملها، والوفاء بمسؤولياتها ليس فقط أمام المساهمين الذين هم أساس حاكمية المصارف، ولكن أيضاً أمام المودعين الذين هم أساس الدائنين الرئيسيين للبنوك، ومن ثم أصحاب المصالح والمجتمع في المنطقة التي يعمل بها القطاع المصرفي" (الإمام والشمري، ٢٠١١م).

ولكن ما هو مصدر القواعد القانونية للحوكمة التي يتوجب على المنشآت المالية المرخصة الالتزام بحدها الأدنى؟ وما المقصود بالحوكمة؟ وما مدى أهميتها في حماية الودائع وحقوق المودعين؟

لا بد من الإشارة أولاً إلى أن قواعد الحوكمة المطبقة حالياً على الشركات المساهمة العامة والخاصة لا تطل البنوك (المنشآت المالية المرخصة)، حيث يتولى المصرف المركزي مراجعة وإجازة بياناتها المالية، ومؤدى ذلك أن المشرع استثنى

الفرع الخامس: تحديد الحد الأقصى للعمليات التي تقوم بها بعض المنشآت

أعطى المشرع الإماراتي للمصرف المركزي صلاحية تحديد الحدود القصوى للعمليات التالية والتي يجب الالتزام بها من قبل المنشآت المالية المرخصة التي تتلقى الودائع:

- ١- الحد الأقصى لمجموع عمليات الخصم أو القروض والسلف التي يجوز لها إجراؤها اعتباراً من تاريخ معين.
- ٢- الحد الأقصى الذي يجوز إقراضه لشخص واحد بالنسبة إلى أمواله الخاصة.

وقد يُثار سؤال عن السبب في تحديد الحدود القصوى لعمليات الخصم والإقراض والتسليف بالذات، بمعنى آخر لماذا لم تُحدّد الحدود القصوى للعمليات المصرفية الأخرى التي تقوم بها البنوك؟ يمكن القول بأن هذا النص كما هو واضح جاء خاصاً بالمنشآت المالية المرخصة التي تتلقى الودائع ونعتقد أن السبب يكمن في المخاطر التي تنطوي عليها كل من عمليات خصم الأوراق التجارية وعمليات الإقراض، والتي قد تشكل خطراً على مقدار السيولة، فالمشرع لا يرغب أن يزيد البنك من هذه العمليات فأعطى الحق للمصرف المركزي أن يحددها بحدود قصوى؛ فالبنوك تقوم بتوظيف أموالها من خلال الإقراض وخصم الأوراق التجارية ويأتي الجزء المهم من هذه الأموال من المودعين، ويد البنوك على الودائع يد ضمان، أي أنه يضمن أصل الوديعة ويقدم فائدة لأصحابها، وهو يحصل على ضمان من العملاء المقترضين وطالبي الخصم مقابل ذلك إضافة إلى الفوائد، وعندما لم تتمكن هذه البنوك من استرداد القروض أو قيم الأوراق التجارية المخصومة فإنها ستواجه حتماً ما يسمى بالمخاطر الائتمانية؛ وهي المخاطر التي تنتج عن فقدان كل أو جزء من الدين أو الفوائد المستحقة أو كلاهما معاً، وتظهر هذه المخاطر على شكل ديون متعثرة نتيجة عجز العملاء - المقترضين أو طالبي الخصم - عن السداد، إما بسبب ظروف غير متوقعة أو إفلاسهم أو مشاكل حدثت

(١٨) الترجمة العربية للمبادئ الأساسية للرقابة المصرفية الفعالة الصادرة عن لجنة بازل للرقابة المصرفية الصادرة في سبتمبر ٢٠١٢م، أمانة مجلس محافظي المصارف المركزية ومؤسسات النقد العربية، اللجنة العربية للرقابة المصرفية، صندوق النقد العربي، (٢٠١٤م)، ص ٧١.

والمودعين، بالإضافة إلى الاهتمام بعلاقة هؤلاء بالأطراف الخارجية والتي تتحدد من خلال الإطار التنظيمي وسلطات الهيئة الرقابية" (سليمان، ٢٠٠٧م).

وإخضاع البنوك لقواعد الحوكمة يبدو أمراً لازماً بسبب الطبيعة الخاصة للعمل المصرفي والمخاطر المحيطة به، إذ إن هذه الطبيعة تتطلب تبني رؤية أوسع وأعمق لحوكمة المصارف من المؤسسات الأخرى وذلك لحماية حقوق وأموال المودعين إلى جانب حقوق المساهمين من جهة ولمراعاة التداخل المعقد في مصالح الأطراف (الذبحاوي وعلي، ٢٠١٨م).

وأما عن مدى أهمية قواعد الحوكمة في حماية الودائع وحقوق المودعين، فقد أكدت لجنة بازل عندما أشارت إلى أنه: "... يتوجب على سلطة النقد أن تأخذ بنظر الاعتبار بأن الحوكمة السليمة تعتبر إحدى العناصر الرئيسية لحماية المودعين" (الداعور وعابد، ٢٠١٣م).

ولكن كيف تؤثر الحوكمة المصرفية على حماية الودائع؟ يذهب جانب من الباحثين إلى أن تقليل المخاطر الذي تتعرض له الودائع هو أحد الأهداف المهمة لنظام الحوكمة المؤسسية، إذ إن الغرض من إدارة المخاطر وتقليلها يتمثل بالآتي:

١- التعرف على الأحداث المرتقبة والمخاطر المحتملة وقياس تلك المخاطر وتقدير الخسائر التي يمكن أن تتأتى عنها وإدارتها من أجل أن تتوقف هذه المخاطر عند مستوى معين يمكن للبنوك تحملها ومن ثم مساعدة الإدارة العامة في اختيار النشاطات والأعمال المصرفية التي يراد القيام بها.

٢- المحافظة على أصول وموجودات البنوك حماية مصالح المودعين.

٣- إحكام الرقابة والسيطرة على الأنشطة التي ترتبط بموجوداتها بالمخاطر كالقروض والسندات والتسهيلات الائتمانية وغيرها من أدوات الاستثمار.

في المادة (٦) الفقرة (١) من قانون الشركات التجارية رقم (٢) لسنة ٢٠١٥م البنوك وشركات التمويل وشركات الاستثمار المالية وشركات الصرافة والوساطة النقدية من الخضوع لقرارات الوزير التي تحدد الإطار العام المنظم للحوكمة بالنسبة للشركات المساهمة الخاصة التي يزيد عدد المساهمين فيها على ٧٥ مساهماً، وبالمقابل أوكل للمصرف المركزي في الفقرة (١) من المادة (١٠٤) من القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية مهمة وضع الإطار العام لحوكمة البنوك ووضع الأنظمة والقواعد الخاصة بتنظيم أعمال مجالس إدارتها وتحديد الشروط الواجب توافرها في مرشحي عضوية مجالس إدارتها والشروط الخاصة بتعيين كبار موظفيها، وفي الوقت ذاته أوجب في الفقرة (٢) من المادة نفسها على البنوك أن تحصل على موافقة المصرف المركزي المسبقة على تعيين أو ترشيح أي شخص لعضوية مجالس إدارتها أو تجديد عضويته، وكذلك على تعيين أو تجديد عقد عمل أي من كبار موظفيها.

ومن أجل تعزيز الحوكمة المؤسسية، وتنفيذاً للمهام التي كلف بها المصرف المركزي، فقد أصدر في عام ٢٠١٩م لائحة تنظيمية بارزة والمعايير المصاحبة لها حول الحوكمة المؤسسية للبنوك العاملة في دولة الإمارات، "وتؤسس اللوائح التنظيمية والمعايير الجديدة إطاراً احترازياً شاملاً للحوكمة المؤسسية في البنوك، وهي مصممة لضمان استمرار مجالس إدارة البنوك في التحلي بروح المبادرة في إرساء ثقافة قوية وصحية للحوكمة المؤسسية، وتم إدراج إطار زمني انتقالي مدته ثلاث سنوات في اللائحة التنظيمية، وطلب من البنوك تزويد المصرف المركزي بخطة تنفيذية مفصلة بحلول عام ٢٠٢٠م" (التقرير السنوي ٢٠١٩م - ملحق رقم ٢ - مصرف الإمارات المركزي).

وتُعرّف الحوكمة المصرفية بأنها: "مراقبة الأداء من قبل مجلس الإدارة والإدارة العليا للبنك وحماية حقوق المساهمين

ينصب على التحقق من وجود الأصول ووجود الحماية المناسبة لها لمنع الاختلاسات والإهمال أو في الأقل الحيلولة دونها، وينصب أيضاً على فحص النظام المحاسبي في المنشأة ومدى فعاليته (أمين، ١٩٩٨م)، وهو عامل مباشر لتلافي المخاطر التي تتعرض لها المنشأة المالية المرخصة وتأمين التوازن العام الذي يريده القانون لها (البستاني، ٢٠٠٤م).

فما هي التزامات المدققين؟ وما هي الآليات المتبعة في إنجاز عملية التدقيق؟ وما هي الشروط الواجب توافرها في المدققين؟ وما هو الحكم لو خالف المدققون أحكام القانون والقرارات والأنظمة الصادرة تنفيذاً له؟ سيتم الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال الفروع التالية.

الفرع الأول: التزامات المدققين

توجب الفقرة (٢) من المادة (١١٤) من القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م على المدققين ما يلي.

أولاً: القيام بإعداد تقرير للمساهمين عن الميزانية العمومية وحساب الأرباح والخسائر، وأن يشمل التقرير بيان مدى صحة كل من الميزانية العمومية وحساب الأرباح والخسائر وما إذا كانت مقبولة من عدمه، وما إذا كانت المنشأة المالية قد زدتهم بالمعلومات والإيضاحات المطلوبة منها لأداء مهامهم. ويلاحظ أن نص الفقرة (٢) من المادة (١١٤) المذكورة أعلاه، قد اشترط أن يشتمل التقرير بيان ما إذا كانت الميزانية السنوية وحساب الأرباح والخسائر المقدمة من المنشأة المالية إلى المدققين صحيحة ومقبولة من عدمه، إلا أنه لم يبين ما المقصود بالصحة والقبول، فهل قصد من ذلك أن يتضمن التقرير ما يفيد بأن المدققين قد تحققوا - على مسؤوليتهم - من صحة الأرقام الواردة في الميزانية في ضوء المستندات المتوفرة، وأن الحسابات والسجلات والمستندات المقدمة تُمكن من إظهار المركز المالي للمنشأة المالية المرخصة؟ نأمل من مجلس إدارة المنشأة المالية المرخصة وهو يصدر نظاماً للمدققين المعتمدين

٤- حماية صورة البنوك من خلال توفير الثقة للمودعين والدائنين والمستثمرين بتعزيز قدرته الدائمة على توليد الأرباح على الرغم من أية خسائر عارضة قد تؤدي إلى تقليل الأرباح أو عدم تحققها (طالب والمشهداني، ٢٠١١م).

وإذا كان الباحثون يركزون على أن قواعد رقابة البنوك ومنها قواعد الحوكمة من شأنها أن تؤدي إلى حماية المودعين، فإننا نعتقد أن المودعين أنفسهم قد يكون لهم دور في الرقابة على البنوك ما داموا قادرين على سحب مدخراتهم بمجرد ملاحظتهم أن المصرف مُقبل على تحمل قدر مبالغ فيه من المخاطر.

المطلب الثاني: رقابة المدققين

بالإضافة إلى رقابة المصرف المركزي على المنشآت المالية المرخصة، هنالك رقابة على حسابات الشركة ينفذها مدققون معتمدون من قبل المصرف المركزي تتولى المنشآت المالية تعيينهم كل سنة، وإذا لم تقم المنشأة المالية بتعيينهم يتوجب على المصرف المركزي أن يقوم بذلك ويتولى تحديد مكافآتهم التي تتحملها المنشأة المالية التي تم تعيين هؤلاء المدققين لمصلحتها (المادة ١١٤ الفقرة (١) من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

وتعرف عملية التدقيق بأنها: "نشاط محايد يتم داخل المنشأة المالية بقصد فحص العمليات المحاسبية والمالية باعتباره أساساً لتقديم خدمات وقائية للإدارة" (قريط والقاضي ودحدوح، ٢٠٠٨م).

ويعرفها معهد المدققين الداخليين الأمريكيين بأنها: "وظيفة تقييمية مستقلة تؤسس داخل المنشأة لفحص وتقييم نشاطات كخدمة للمنشأة"، وهو يهدف إلى مساعدة موظفي المنشأة على تنفيذ مسؤولياتهم بفعالية، ومن أجل هذه الغاية يزودهم التدقيق بالتحليلات والتقييمات والتوصيات والمشورة والمعلومات الخاصة بالنشاطات التي يقوم بتدقيقها، فالهدف من التدقيق هو خدمة المنشأة المعنية، وليس إدارتها، وهو

أولاً: ترسل المنشأة المالية المعنية صورة من هذا التقرير مرفق به نسخة من الميزانية وحساب الأرباح والخسائر إلى المصرف المركزي قبل انعقاد الجمعية العمومية بمدة ٢٠ يوم عمل على الأقل (المادة ١١٤ الفقرة ٩ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

ثانياً: لا يجوز عقد الجمعية العمومية للمنشأة المالية المرخصة قبل استلام ملاحظات المصرف المركزي على التقرير، وللأخير أن يُصدر خلال ١٠ أيام عمل من تاريخ تسلم التقرير المشار إليه قراراً بعدم اعتماد الأرباح المقترح توزيعها على المساهمين، إذا تبين وجود نقص في المخصصات عن الحد الأدنى المقرر من قبل المصرف المركزي أو انخفاض في معيار كفاية رأس المال عن الحد الأدنى المقرر، أو أي تحفظ يكون قد ورد في تقرير المدققين أو من المصرف المركزي ويؤثر على الأرباح القابلة للتوزيع (المادة ١١٤ الفقرة ٣ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

ثالثاً: في حالة ما إذا كانت المنشأة المالية المرخصة مؤسّسة في الدولة، فإن تقرير المدققين وتقرير مجلس إدارة هذه المنشأة يتم تلاوتهما في الاجتماع السنوي للمساهمين، وتُقدم ثلاث نسخ عن كل من التقريرين للمصرف المركزي خلال ٢٠ يوم عمل من تاريخ انعقاد الجمعية العمومية، أما في حالة ما إذا كانت المنشأة المالية المرخصة مؤسّسة في نطاق اختصاص آخر - المنشآت المالية المرخصة الوطنية العاملة خارج الدولة والمنشآت المالية المرخصة العاملة في المناطق الحرة في الدولة - فإن نسخة تقرير المدققين ترسل إلى مركزها الرئيسي وتقدم ثلاث نسخ منه للمصرف المركزي وذلك خلال ٢٠ يوم عمل من تاريخ صدوره (المادة ١١٤ الفقرتان ٢ و ٤ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

رابعاً: للمصرف المركزي الطلب من مدققي المنشأة المالية المرخصة والشركات التي تمتلكها والشركات التابعة لها، تقديم تقرير على نفقة هذه المنشأة يثبت فيه مدى امتثالها لأحكام القانون والأنظمة الصادرة له (المادة ١١٤ الفقرة ٨ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

لديه المصرح لهم تدقيق حسابات المنشآت المالية المرخصة (المادة ١١٤ الفقرة ٩ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م)، أن يحدد مضمون هذين المصطلحين.

ثانياً: المحافظة على سرية المعلومات المصرفية والائتمانية؛ إذ تعتبر جميع البيانات والمعلومات الخاصة بحسابات العملاء وودائعهم وخزاناتهم وأماناتهم لدى المنشآت المالية المرخصة والمعاملات المتعلقة بها سرية بطبيعتها (المادة ١٢٠ الفقرة ١ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م)، ويحظر على رؤساء وأعضاء مجالس إدارات المنشآت المالية المرخصة ومديريها أو العاملين لديها أو المتعاملين معها من خبراء ومستشارين وفنيين إعطاء أو الكشف عن أية معلومات أو بيانات عن عملائها أو حساباتهم أو وديعهم أو معاملاتهم المتعلقة بها أو تمكين الغير من الاطلاع عليها في غير الحالات المصرح بها قانوناً، ويسري هذا الحظر على كل من يطلع بحكم مهنته أو وظيفته أو عمله بشكل مباشر أو غير مباشر على البيانات والمعلومات المشار إليها (المادة ١٢٠ الفقرتان ٣ و ٤ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م)، وبالتأكيد فإن هذا الحظر ينطبق على مدققي الحسابات بوصفهم ممن يطلع بحكم وظيفته على سجلات وحسابات المنشأة المالية المرخصة وهي تتضمن بيانات ومعلومات تتعلق بالعملاء والودائع وميزانية الشركة وحسابات الأرباح والخسائر.

ثالثاً: وفقاً للمادة (٢٣) الفقرة (٣) من القانون الاتحادي رقم (١٢) لسنة ٢٠١٤م في شأن تنظيم مهنة مدققي الحسابات؛ يلتزم مدققو حسابات المنشآت المالية المرخصة عند القيام بأعمالهم بقواعد سلوك وآداب المهنة وبالقرارات والأنظمة التي يصدرها المصرف المركزي ومجلس إدارة المنشأة المالية المعنية.

الفرع الثاني: تلقي المصرف المركزي لتقرير المدققين ومن أجل وصول التقرير إلى المصرف المركزي يلزم تتبع الآليات التالية.

- ١- أن يكون من مواطني الدولة.
 - ٢- أن يكون كامل الأهلية.
 - ٣- أن يكون حاصلاً على مؤهل جامعي في مجال المحاسبة أو مؤهل علمي أعلى في ذات المجال من إحدى الجامعات أو المعاهد العليا المعترف بها في الدولة.
 - ٤- أن يكون حسن السيرة والسلوك ولم يسبق الحكم عليه بعقوبة في جنائية أو في جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة حتى لو رُد إليه اعتباره.
 - ٥- ألا يكون قد حُكِم عليه تأديبياً لأسباب تمس نزاهة وشرف أخلاق المهنة أو الوظيفة التي كان يشغلها، ما لم يكن قد مضى على صدور الحكم البات مدة لا تقل عن ثلاث سنوات.
 - ٦- أن يكون لديه خبرة عملية بعد الحصول على المؤهل العلمي.
 - ٧- أن يجتاز الاختبار التأهيلي لمزاولة المهنة والذي يتولى وزير الاقتصاد تحديد ضوابطه وأحكامه وشروط اجتيازه.
 - ٨- ويضيف المشرع في الفقرة (١) من المادة (١١٤) من القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م بأن يكون المدقق معتمداً لدى المصرف المركزي وشرطاً آخر قررته الفقرة (٥) من المادة ذاتها لا بد من توافره في مدقق الحسابات مضمونه؛ هو ألا يكون عضواً في مجلس إدارة المنشأة المالية المرخصة التي عينته لمراجعة حساباتها، وألا يكون من العاملين فيه ولا ممن يباشرون أعمالاً استشارية لمصلحتها.
- إلا أنه لم يعالج حالة ما إذا كان أي من المدققين تربطه أواصر القرابة بأحد أعضاء مجلس إدارة المنشأة المالية المرخصة المعنية بالتدقيق أو كان شريكاً أو مديناً له أو كان موظفاً سابقاً لدى هذه المنشأة أو أي من الشركات المملوكة أو التابعة لها؟ ونرى عدم جواز أن يكون المدقق مما تربطه علاقة من هذا النوع، وذلك مراعاة لمصلحة المنشأة المالية وحماية حقوقها

ولكن لنا أن نتساءل عما إذا كان بالإمكان مطالبة المدققين بتقديم تقارير خاصة إلى الجمعية العمومية للمنشأة المالية المرخصة في بعض الحالات التي تستدعي اتخاذ قرار ذي أهمية خاصة، وتعلق هذا الأمر بتصحيح معلومات خاصة بوضع أحد أعضاء مجلس إدارة المنشأة المعنية؛ من ذلك مثلاً منح تسهيلات ائتمانية إلى أية شركة يكون فيها أي من أعضاء مجلس إدارة المنشأة المالية المرخصة مديراً أو وكيلاً لهذه الشركة؟ الحقيقة إن المشرع الإماراتي لم يعالج ذلك بنص تشريعي، وحبذا لو أنه يساير توجه المشرع اللبناني في هذا الأمر في نطاق الشركات المساهمة العامة؛ حيث أخضع لترخيص الجمعية العمومية المسبق بموجب المادة (١٥٨) من قانون التجارة اللبناني رقم (٣٠٤) لسنة ١٩٤٢م المعدل بالمرسوم رقم (٧٩٨٩) لسنة ١٩٦٨م كل اتفاق بين الشركة ومؤسسة أخرى إذا كان أحد أعضاء مجلس الإدارة مالكاً لهذه المؤسسة أو شريكاً متضامناً أو عضواً في مجلس إدارتها، وأوجب على العضو الذي تتوفر فيه هذه الحالة أن يُعلم بذلك مجلس الإدارة، فيقدم كل من مدقق الحسابات ومجلس الإدارة تقريراً خاصاً للجمعية العمومية عن الاتفاق المنوي إجراؤه، فتتخذ الجمعية العمومية قرارها في ضوء هذين التقريرين، وقد يكون قصد المشرع الإماراتي من هذا النص أنه قد أخذ في اعتباره أن الاتفاق الذي أبرمه العضو يصب في مصلحة الشركة، وأن من شأنه زيادة سيولة الشركة وتمكينها من مواجهة المخاطر التي تعترضها، وقد يكون في تقرير مدقق الحسابات وتقرير مجلس الإدارة المرفوعين إلى الجمعية العمومية ما يؤكد ذلك فيشجعها على إقرار الاتفاق الذي أبرمه عضو مجلس إدارة الشركة.

الفرع الثالث: شروط المدققين

بالرجوع إلى المادة (٤) من القانون الاتحادي رقم (١٢) لسنة ٢٠١٤م في شأن تنظيم مهنة مدققي الحسابات يتبين أن الشروط الواجب توافرها في مدققي الحسابات هي:

وهذا يعني "إمكانية تعيين أشخاص اعتباريين كمدققي حسابات على أن يكونوا ممثلين بشخص حقيقي يستوفي الشروط التي أشرنا إليها، ويتحمل هذا الشخص الحقيقي بالتكافل والتضامن مع الشخص الاعتباري الذي يمثله المسؤولية عن أي تقصير أو مخالفة لأحكام القانون أو الأنظمة والقرارات الصادرة بشأنه" (الناشف والهندي، ١٩٩٨م).

الفرع الرابع: مسؤولية المدققين

المدققون مسؤولون بصفتهم الشخصية أو بالتضامن فيما بينهم قبل المنشأة المالية المرخصة عن تعويض الضرر الذي يلحقها بسبب الأخطاء التي تقع منهم في تنفيذ أعمالهم (ناصيف، ١٩٩٩م)، ولكي تتعقد مسؤوليتهم، لا بد من إثبات الخطأ أو التقصير المهني الصادر عنهم في أداء مهنتهم من جانب المدققين، لأن الالتزام الواقع على عاتقهم هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق غاية، فهم يلتزمون فقط بمراجعة حسابات المنشأة المالية المرخصة وسجلاتها وإعداد تقرير للمساهمين عن الميزانية العمومية وحساب الأرباح والخسائر، ولكن يُطلب منهم أن يبذلوا عناية الرجل الحريص (العُريني والفقهي، ٢٠١٠م؛ المادة ٢٣ الفقرة ١ من القانون الاتحادي ١٢ لسنة ٢٠١٤م).

وقد أعطى المشرع الإماراتي للمصرف المركزي إذا ما ثبت تقصير مدققي الحسابات في أداء مهامهم الحق في اتخاذ ما يلزم من التدابير والإجراءات بالتعاون والتنسيق مع الجهات المعنية في الدولة لشطبهم من السجلات، كما يجوز للمصرف المركزي وعلى وفق تقديره الخاص أيضاً اتخاذ أية إجراءات أو تدابير إدارية أو قانونية أخرى مناسبة ضد المدققين المقصرين أو المخالفين (المادة ١١٤ الفقرة ٧ من القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨م).

ولكن ما مدى أهمية التدقيق في حماية المودعين؟ بمعنى آخر كيف يسهم التدقيق في حماية المودعين؟ يمكن القول بأن الأسس المحاسبية والمالية التي يقوم عليها التدقيق وأهدافه تؤدي إلى توفير الأمان ومتابعة السيولة؛ الأمان بمعنى ضمان

وحقوق عملائها، وكنا نأمل من المشرع الإماراتي إضافة هذه الحالة ضمن الشروط الواجب توافرها في مدققي حسابات المنشآت المالية المرخصة على غرار ما فعله المشرع اللبناني^(١٩). ولكن هل يجوز أن يكون مدقق الحسابات من غير مواطني الدولة أو أن يكون من الأشخاص الاعتبارية؟

بالنسبة للمسألة الأولى، لم يعالج المشرع الإماراتي في القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية ذلك، فقد سبق وأن صرح في المادة (٥) من القانون الاتحادي رقم (١٢) لسنة ٢٠١٤م في شأن تنظيم مهنة مدققي الحسابات بجواز قيد الأشخاص الطبيعيين من غير مواطني الدولة في سجل مدققي الحسابات المزاولين للمهنة، متى كانوا مستوفين لباقي الشروط المشار إليها شريطة أن يكون شريكاً لأحد مدققي الحسابات المواطنين المقيدين في سجل مدققي الحسابات المزاولين للمهنة على ألا تقل نسبة المشاركة الوطنية عن ٢٥٪ من رأس المال، أو عاملاً لدى شركة أو مكتب مدقق حسابات مقيم في سجل مزاولي المهنة أو عاملاً لدى فرع شركة تدقيق أجنبية مقيدة في سجل مدققي الحسابات، وأن يكون حاصلًا على الزمالة من إحدى المعاهد أو الجامعات أو مجتمعات المحاسبين التي يصدر بها قرار من الوزير، وأن تكون له إقامة سارية المفعول، ولو أراد المشرع مخالفة ذلك في شأن مدققي حسابات المنشآت المالية المرخصة لقرر ذلك صراحة.

أما بالنسبة للمسألة الثانية، فقد أجاز المشرع صراحة أن يكون مدقق الحسابات شخصاً اعتبارياً؛ وذلك في ضوء المادة (١) من القانون الاتحادي رقم (١٢) لسنة ٢٠١٤م التي عرفت المدقق بأنه: "الشخص الطبيعي أو الاعتباري المقيّد بإحدى سجلات مدققي الحسابات لدى وزارة الاقتصاد"،

(١٩) وللتعرف على هذه الشروط راجع المادة (٦) من المرسوم رقم (١٩٨٣) في ٢٥/٩/١٩٧١م بشأن تنظيم مهنة مفوضي المراقبة لدى المصارف.

الخاتمة

تُضمن خاتمة الدراسة أهم النتائج والتوصيات، وذلك على النحو التالي.

النتائج

- ١- حرص المشرع الإماراتي على تضمين النصوص التشريعية الواردة في القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية الذي كان مدار هذا البحث، العديد من التدابير والإجراءات التي من شأنها حماية المنشآت المالية المرخصة التي تتلقى الودائع وسير عملياتها بشكل سليم وفعال وحماية المتعاملين مع هذه المنشآت، ولقد توزعت هذه الإجراءات والتدابير على النصوص الخاصة بترخيص المنشآت المالية، وحماية مصالح المودعين وحظر ممارسة الأعمال غير المصرفية والقيود على منح التسهيلات الائتمانية، والرقابة والإشراف وحوكمة المنشآت المالية وتحديد الحدود القصوى للعمليات والتفتيش والتدقيق وإعادة هيكلة المنشآت المالية وتصنيفها، وأوجب المشرع على المصرف المركزي أو مجلس إدارته إصدار الأنظمة والقواعد والتعليمات والمعايير في شأن ذلك.
- ٢- على الرغم من أن المشرع الإماراتي أعطى في المادة (١٢٢) من القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م الحق لمجلس إدارة المصرف المركزي وبالتنسيق مع وزارة المالية أن يصدر نظاماً لضمان ودائع وحقوق مودعي المنشآت المالية المرخصة، وإنشاء صندوق للتعويضات وتحديد هيكله، إلا أن الواقع المصرفي الإماراتي لم يحظى لحد الآن باستحداث هذا النظام على الرغم من الدور الذي يمكن أن يؤديه في مجال حماية الودائع.
- ٣- لا يُنكر أن المشرع الإماراتي حاول أن يضع في القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م العديد من التدابير

حقوق عملاء المنشأة المالية المرخصة وجعلها في متناول أيديهم في الوقت الذي يرغبون فيه، ومتابعة السيولة وهي تعني احتفاظ هذه المنشأة بقدر كافٍ من الودائع في صورة سائلة - نقدية - أو في صورة يمكن تحويلها إلى نقود بصورة سريعة، من أجل تلبية الطلبات الطارئة للمودعين، بمعنى آخر يسعى التدقيق في كل منشأة إلى تحقيق التوازن بين حجم النقود المتوافرة لديها وبين النقود التي تستثمرها في أنشطتها المصرفية. ولكون مهام تدقيق الحسابات تعد من المهام التي تتطلب استخدام تكنولوجيا المعلومات والتفاعل مع بيانات ومعلومات العملاء، والحفاظ على سرية وأمن المعلومات المهمة والحساسية للمنشأة المالية وإعطاء الميزة التنافسية لها، وهو ما يهيئ لها فرصة البقاء في السوق والقدرة على التكيف مع أية أزمة مالية داخلية أو خارجية، ولأن للتدقيق أهمية في تزويد المنشأة المالية المعنية بالمعلومات التي تحتاج إليها في اتخاذ القرارات في الوقت المناسب، وأن المشرع ألزم كل منشأة مالية مرخصة أن تنشر وتعرض في موقعها الإلكتروني وفي كل مكتب من مكاتبها نسخة من الميزانية العمومية وحساب الأرباح والخسائر المدققة، ونسخة من تقرير مدققي الحسابات وقائمة بأسماء أعضاء مجلس الإدارة وكافة المسؤولين التنفيذيين ونوابهم ومساعديهم وكذلك أسماء جميع الشركات التابعة والفرعية المملوكة بشكل كامل أو جزئي أو التي لها صلة بالمنشأة المالية المرخصة المعنية، وأنه قد تمر الدولة بظروف طارئة تحد من قدرة مدققي الحسابات على القيام بزيارات ميدانية إلى المنشآت المالية المعنية في الوقت الذي يجب الاستمرار من قبلهم بعمليات التدقيق على حساباتها وأعمالها، لدعم المركز المالي والمهني لها، كل ذلك يدعو إلى القول بضرورة أن يكون تدقيق حسابات المنشآت المالية المرخصة إلكترونياً، ويتطلب ذلك دعم البنية التحتية التي تعين على حفظ واسترجاع كافة المستندات والوثائق والتقارير الخاصة بالتدقيق وإمكانية استنساخها بصورة إلكترونية (.pdf، .docx، .doc).

٣- أن يعمد المشرع الإماراتي إلى إصدار اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م، لأهميتها في بيان التفاصيل اللازمة للعديد من النصوص التشريعية الواردة فيه وتحديد آلية التطبيق السليم لها، وما يندرج تحتها من حالات، كالتالي، كالتالي، أو توافرها في أعضاء مجلس إدارة المنشآت المالية، أو الحالات التي تنضوي تحت إلغاء أو سحب أو تعليق الترخيص الممنوح للمنشآت المالية.

٤- تأمل من المشرع الإماراتي أن يأخذ بنظر الاعتبار الملاحظات التي تم إيرادها بشأن النصوص التشريعية التي وردت في القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م وهي على النحو الآتي:

- تعديل مضمون نص المادة (٧١) الفقرة (١) بما يضمن التفرقة بين تعليق القرار بمنح الترخيص والسحب والإلغاء، ومن ثم تحديد الحالات التي تنضوي تحت كل واحد منها على سبيل الحصر، وبما يحقق لمجلس الإدارة سهولة وسرعة تحديد المخالفة الصادرة عن البنك، ومن ثم تحديد الجزاء المناسب لها.
- تعديل نص المادة (٧١) البند (١/ف-ح) ليتضمن تحديد نسبة السيولة التي لو فقدتها المنشأة المالية المرخصة لأصبحت في حالة خطر، مع تعديل الجزاء الذي قرره المشرع في هذه الحالة، فبدلاً من التعليق أو السحب أو الإلغاء، يُصار إلى جزاء مالي هو خصم مبلغ من رصيد المنشأة التي تتعرض لسيولتها للخطر لا يجاوز نسبة من قيمة العائد عن الفترة التي وقع فيها ذلك العجز، وإذا استمر العجز مدة يحددها مجلس إدارة المصرف المركزي، جاز للأخير أن يتخذ إجراءات أخرى مثل؛ توجيه التنبيه لهذه المنشأة أو منعها من القيام ببعض الأنشطة المصرفية.

والإجراءات التي أراد منها أن تكون ضمانات للحفاظ على سلامة الجهاز المصرفي، وتفادي تعرض المنشآت المالية للإعسار المالي ومن ثم دعم حقوق المودعين، وقد جاءت هذه الدراسة ليبيان مدى كفاية هذه الضمانات لحماية الودائع من عدمه، وقد تبين أن هذه التدابير والإجراءات تمتاز بما يلي:

- على الرغم من تعددها وتنوعها، إلا أنها جاءت لغرض بناء جهاز مصرفي قوي وقادر على مواجهة المخاطر والأزمات المالية، وأن من ضمن هذا البناء هو حماية الودائع التي تعتبر من أهم الأموال التي يعتمد عليها في أنشطته المصرفية، بمعنى أن هذه الضمانات لم تكن جميعها مخصصة لغرض حماية ودائع المودعين وضمان ردها إليهم أي كانت المخاطر التي تواجهها المنشآت المالية.
- تبقى محصورة في إطار ممارسة المنشآت المالية لأنشطتها المصرفية في الظروف العادية، أي عندما تكون بكامل طاقتها وإمكاناتها الاقتصادية، بينما تكون غير كافية لحماية الودائع عند مواجهة هذه المنشآت المالية للأزمات المالية المفاجئة.

التوصيات

في ضوء النتائج المقدم ذكرها، نوصي بما يلي:

- ١- أن يأخذ مجلس إدارة المصرف المركزي خطوات سريعة في وضع نظام ضمان الودائع موضع التنفيذ.
- ٢- أن تتوجه المنشآت المالية إلى تبني وسائل تدعيم وتنمية ودائعها، مما يؤدي بدوره إلى تنمية أنشطتها ككل، ومن هذه الوسائل استحداث أوعية ادخارية جديدة، وابتكار خدمات مصرفية جديدة، أو تقديم خدمات مصرفية بأتعاب قليلة نسبياً.

يقيس أداء البنوك بالاعتماد على معايير (ملاءة رأس المال، جودة الأصول، كفاءة الإدارة، جودة الأرباح، السيولة)، وأن يكون هذا التقييم لفترة ما قبل الاستحواذ وما بعده، وأن يتخذ قرار الاستحواذ في ظل دراسة متكاملة للنتائج المتوقعة منه والجدوى الاقتصادية والاجتماعية له، وتحت إشراف المصرف المركزي من حيث سلامتها ومدى دقة نتائجها.

• تعديل نص المادة (١٠١) بما يضمن حقوق المودعين عند توقف المنشأة المالية المرخصة (البنك) عن مزاولة أعمالها، بحيث تكون بالصيغة التالية: "لا يجوز لأي منشأة مالية التوقف عن مباشرة أعمالها، إلا بعد موافقة المصرف المركزي، وتصدر الموافقة بعد التثبت من أن المنشأة قد قدمت ضمانات كافية أو أن تُبرئ ذمتها نهائياً من التزاماتها قبل المودعين"، أو أن يُعطى لهؤلاء المودعين الحق في التقدم بشكوى إلى لجنة الفصل في التظلمات والطعون المنصوص عليها في المادة (١٣٦) من القانون في حال وجود مخالفة بحقهم.

• تعديل نص المادة (١١٤) الفقرة (٥) بإضافة شرط آخر في المدققين وهو ألا يكونوا ممن تربطهم أواصر القرابة بأحد أعضاء مجلس إدارة المنشأة المعنية بالتدقيق أو كانوا شركاء لهم أو مدينين لهم أو كانوا موظفين سابقين لدى هذه المنشأة أو أي من الشركات التابعة لها، مراعاةً لمصلحة المنشأة وحماية لحقوق عملائها.

• تعديل نص المادة (١١٦) بما يتضمن التحديد الدقيق للحالات التي تنصوي وبشكل مستقل تحت كل إجراء من إجراءات إعادة الهيكلة التي يمكن للمصرف المركزي أن يتخذها تجاه مشكلة تعثر أي من المنشآت المالية المرخصة.

• تعديل نص المادة (٩٥) ليتم إضافة فقرة يتم النص فيها على الحالة التي يتملك فيها الشخص الطبيعي بالميراث أو الوصية نسبة من رأس مال البنك أو المنشأة مما يعد حصة سيطرة في البنك، كأن تعطى لهذا الشخص مدة يوفق فيها وضعه على وفق القواعد التي يقرها مجلس إدارة البنك، وفي حالة المخالفة يتخذ واحداً أو أكثر من التدابير التي يجدها مجلس الإدارة؛ كأن يتقرر حرمانه من بعض حقوقه في التصويت على قرارات مجلس الإدارة.

• ولكون التصفية الذاتية للبنوك تؤدي إلى اختصار إجراءات التصفية من قبل المحكمة والتخفيف على المحاكم، فإننا نوصي المشرع بإضافتها إلى التدابير والإجراءات الواردة في المادة (١١٦) التي يمكن أن يتخذها المصرف المركزي في إطار إعادة هيكلة المنشأة التي تعاني من التعثر المالي؛ بأن تعرض الأخيرة على المصرف المركزي تملكه لموجوداتها والتنازل عن حقوقها مقابل تأمين السيولة اللازمة للإيفاء بالتزاماتها تجاه دائنيها وعملائها من المودعين.

• أهمية أن يضع مجلس إدارة المصرف المركزي تعميماً يحدد فيه ماهية المهام المحددة ذات الطبيعة المؤثرة الواردة في المادة (٨٣) من القانون والتي تخضع المنشأة المالية في مباشرتها لتصريح المصرف المركزي، على أن يأخذ بنظر الاعتبار في تحديدها عدة معايير منها؛ أساليب العمل المصرفي ومواكبة التطورات الحاصلة في مجال التكنولوجيا وتحسين الخدمات المصرفية وغيرها.

• أن يتم تقييم أثر الاستحواذ على الأداء المالي للبنك (المنشأة المالية) إيجاباً أم سلباً باستخدام أحدث نموذج للتحليل المالي "نموذج CAMEL"، الذي

المصادر والمراجع

أولاً: المؤلفات

شحادة، موسى مصطفى (٢٠١٢م). القانون الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة. ط ١، الشارقة: مكتبة الجامعة.

شلهوب، محمد علي (٢٠٠٧م). شؤون النقود وأعمال البنوك. حلب، سوريا: شعاع للنشر والعلوم.

الشواربي، عبدالحמיד (٢٠٠١م). عمليات البنوك في ضوء الفقه والقضاء - التشريع وصيغ العقود والدعاوى التجارية وفقاً لقانون التجارة رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م. الإسكندرية.

صدقي، كمال الدين (د.ت.). بنوك الودائع من الناحية النظرية والعملية. دار النهضة العربية.

طالب، علاء فرحان؛ والمشهداني، إيمان شبحان (٢٠١١م). الحوكمة المؤسسية والأداء المالي الاستراتيجي للمصارف. ط ١، عمان، الأردن: دار صفاء للنشر والتوزيع.

عبدالعال، عكاشة محمد (١٩٩٣م). قانون العمليات المصرفية الدولية. بيروت.

عبدالله، خالد أمين (١٩٩٨م). التدقيق والرقابة في البنوك. عمان، الأردن: دار وائل للنشر والتوزيع.

عبدالنبي، محمد أحمد (٢٠١٠م). الرقابة المصرفية. ط ١، الأردن: زمزم ناشرون.

عبلا، مالك (٢٠٠٦م). قوانين المصارف (دراسة حول المصرف المركزي والمصارف التجارية والمتخصصة والإسلامية والمؤسسات المالية والصرافة ومكافحة تبييض الأموال - دراسة مقارنة). ط ١، بيروت، لبنان: منشورات زين الحقوقية.

العتيبي، فهد بن بجاد بن ملافخ (٢٠١٥م). تأمين الودائع المصرفية في الأنظمة العربية والأجنبية. ط ١، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع.

العُريني، محمد فريد؛ والفقي، محمد السيد (٢٠١٠م). القانون التجاري (الأعمال التجارية - التجار - الشركات التجارية). بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.

أحمد، عبدالفضيل محمد (٢٠١٠م). عمليات البنوك (الودائع المصرفية، الحسابات المصرفية، عمليات الائتمان - القروض - القبول - الخصم - الاعتماد المصرفي البسيط - الاعتماد المستندي). ط ١، المنصورة: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع.

البستاني، سعيد يوسف (٢٠٠٤م). قانون الأعمال والشركات. بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.

جلدة، سامر (٢٠٠٩م). البنوك التجارية والتسويق المصرفي. ط ١، عمان، الأردن: دار أسامة للنشر والتوزيع.

حشاد، نبيل (١٩٩٤م). أنظمة التأمين على الودائع وحماية المودعين "التجارب والدروس المستفادة". المعهد العربي للدراسات المالية والمصرفية.

حنفي، عبدالغفار؛ وأبو قحف، عبدالسلام (١٩٩٨م). إدارة تنظيم المصارف التجارية. القاهرة: المكتب العربي.

سامي، فوزي محمد (٢٠١٥م). الشركات التجارية في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، شرح لأحكام الشركات التجارية التي وردت في القانون الاتحادي رقم (٨) لسنة ١٩٨٤م المعدل. الشارقة: مكتبة الجامعة.

سليمان، محمد مصطفى (٢٠٠٧م). دور حوكمة الشركات في معالجة الفساد الإداري. الإسكندرية: الدار الجامعية.

السيد، حمدي أبو النور (٢٠١٣م). الشامل في القانون الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة. مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع.

السيبي، صلاح الدين حسن (١٩٩٨م). نظم المحاسبة والرقابة وتقييم الأداء في المصارف والمؤسسات المالية. لبنان: دار الورسان للطباعة والنشر، لبنان.

ناصر، إيلياس (١٩٩٩م). *الكامل في قانون التجارة، الموسوعة التجارية الشاملة، ج ٢ الشركات التجارية*. بيروت، لبنان: عويدات للطباعة والنشر.

الهوراري، سيد (١٩٨١م). *إدارة البنوك، دراسة في الأساسيات*. القاهرة: مكتبة عين شمس.

ياملكي، أكرم (٢٠١٠م). *القانون التجاري - الشركات*. ٣، عمان: دار الثقافة.

ثانياً: الرسائل الجامعية

خليل، هاشم محمد (٢٠١١م). *الدعاوى الناشئة عن أخطاء مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة*. رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الشرق الأوسط، الأردن.

ثالثاً: البحوث

أحمد، محمد علي يوسف (٢٠١٠م). *دور السلطات الرقابية في الرقابة على المؤسسات المالية الإسلامية*. مؤتمر الخدمات المالية الإسلامية الثاني، المركز العالي للمهن المالية وأكاديمية الدراسات العليا، الخرطوم، السودان، ص ٣-٣٩.

الإمام، صلاح الدين محمد أمين؛ والشمرى، صادق راشد (٢٠١١م). *تفعيل أنظمة الرقابة المصرفية وتطويرها وفق المعايير الدولية (نظام CRAFT) أنموذجاً*. مجلة الإدارة والاقتصاد، الجامعة المستنصرية، العراق، مج (٩٠)، ص ٣٥٦-٣٦٨.

الداعور، جبر إبراهيم؛ وعابد، محمد نواف (٢٠١٣م). *مدى التزام المصارف العاملة في فلسطين بمتطلبات الحوكمة المتقدمة (دراسة ميدانية)*. مجلة جامعة الأزهر - سلسلة العلوم الإنسانية، غزة، مج (١٥)، ع (١)، ص ٣٦٥-٣٨٠.

علي، سعيد السيد (٢٠٠٥م). *الوجيز في مبادئ وأصول علم الإدارة العامة، ج ١*. القاهرة، مصر: دار أبو المجد للطباعة.

عوض، علي جمال الدين (٢٠٠٨م). *عمليات البنوك من الوجهة القانونية*. ط ٤، القاهرة: دار النهضة العربية.

غالب، عبدالقادر ورسمه (٢٠١٥م). *قوانين وممارسات البنوك والأعمال التجارية*. البحرين: المطبعة الشرقية.

غنام، شريف محمد؛ والطاير، أحمد شعبان؛ والجناحي، محمد حسن (٢٠١٥م). *العقود التجارية والعمليات المصرفية*. ط ١، أكاديمية شرطة دبي، كلية القانون وعلوم الشرطة.

قريط، عصام؛ والقاضي، حسين؛ ودحود، حسين (٢٠٠٨م). *التدقيق الداخلي*. جامعة دمشق.

القليوبي، سميحة (١٩٨٦م). *القانون التجاري (عمليات البنوك والأوراق التجارية)*. ط ١، القاهرة: دار النهضة العربية.

الكراسنة، إبراهيم (٢٠١٠م). *أطر أساسية ومعاصرة في الرقابة على البنوك وإدارة المخاطر*. ط ٢، معهد السياسات الاقتصادية، صندوق النقد العربي.

ماير، توماس؛ ودوسينبري، جيمس س.؛ وألبر، روبرت ز. (١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م). *التقود والبنوك والاقتصاد*.

الطبعة الإنجليزية، ترجمة: السيد أحمد عبدالحال، مراجعة: أحمد بديع بليح، الرياض، المملكة العربية السعودية: دار المريخ للنشر.

المكاوي، محمد محمود (٢٠١٥م). *الاحتياط ضد مخاطر التمويل المصرفي الإسلامي*. ط ١، مصر: دار الفكر والقانون.

الناشف، أنطون؛ والهندي، خليل (د.ت.). *العمليات المصرفية والأسواق المالية، ج ١، النظام القانوني للنظام المصرفي في لبنان مع ملحق شامل بالقوانين والاجتهادات*. طرابلس - بيروت: المؤسسة الحديثة للكتاب.

- الذبحاوي، حسن كريم؛ وعلي، نور جابر محمد (٢٠١٨م).
الحوكمة المصرفية وانعكاساتها على الأداء المصرفي -
دراسة على عينة من المصارف التجارية الخاصة للمدة
٢٠٠٥-٢٠١٥م. مجلة العتري للعلوم الاقتصادية
والإدارية، جامعة الكوفة، العراق، مج (١٥)، ع (٢)،
ص ص ١٢٥-١٥٣.
- القانون الاتحادي رقم (١٢) لسنة ٢٠١٤م في شأن إعادة
تنظيم مهنة مدققي الحسابات.
- القانون الاتحادي رقم (٦) لسنة ٢٠١٠م في شأن
المعلومات الائتمانية.
- القانون الاتحادي رقم (١٨) لسنة ١٩٩٣م في شأن
المعاملات التجارية.
- قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي رقم (١٩٤) لسنة
٢٠٢٠م المصري الجديد.

رابعاً: المقالات

- مفهوم وخصائص الجدارة الإدارية:
<http://kenanaonline.com/users/ahmedkordy/posts/570619>
- صحيفة الاتحاد: <https://www.alittihad.ae/article/15534/2009>
- إجراءات التفتيش: <https://almalnews.com/>
- القرارات الإدارية، صحيفة البيان، ٢٧/١٠/٢٠٠٠م:
<https://www.albayan.ae/opinions/2000-01-27-1.1095147>
- توقف State of India Bank عن مزاوله الأعمال المصرفية:
<https://www.okaz.com.sa/economy/na/1564046>
- محمد بن راشد: التوطين أولوية اقتصادية واجتماعية وأمنية
وحقيقة لا بد أن يستوعبها المجتمع:
<https://uaecabinet.ae/ar/details/news/uac-cabinet-adopts-10-strategic-resolutions>
- بنك الإمارات دبي الوطني يعلن نتائج العام ٢٠١٩م:
<https://www.emiratesnbd.com/ar/investor-relations/shareholder-information/agm/>

خامساً: التشريعات والأنظمة والمراسيم

- القانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م في شأن
المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية.
- القانون الاتحادي رقم (٢) لسنة ٢٠١٥م في شأن
الشركات التجارية.
- سادساً: مصادر أخرى
- البرنامج الإنشائي للأمم المتحدة، دليل إجراءات العمل
النموذجية لمكتب المفتشين العموميين.
- الترجمة العربية للمبادئ الأساسية للرقابة المصرفية الفعالة
الصادرة عن لجنة بازل للرقابة المصرفية الصادرة في
سبتمبر ٢٠١٢م، أمانة مجلس محافظي المصارف المركزية
ومؤسسات النقد العربية، اللجنة العربية للرقابة المصرفية،
صندوق النقد العربي، (٢٠١٤م).
- التقرير السنوي للعام ٢٠١٩م، مصرف الإمارات العربية المتحدة
المركزي: <https://www.centralbank.ae/sites/default/files/2020-05/>
- التعميم رقم (٢٠١٧/١٣٥) في ٢٢/٥/٢٠١٧م الخاص
بالسيولة: <https://www.centralbank.ae/ar>
- نظام التركزات: [https://www.albayan.ae/economy/capital-](https://www.albayan.ae/economy/capital-markets/2013-11-18-)
[markets/2013-11-18-](https://www.albayan.ae/economy/capital-markets/2013-11-18-)

حجية الأوراق الإدارية في الإثبات

بدر بن عبدالله بن محمد المطرودي

الأستاذ المشارك في المعهد العالي للقضاء

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض

(قدم للنشر في ٢٢/٤/١٤٤١هـ، وقبل للنشر في ١٢/٦/١٤٤١هـ)

ملخص البحث. لما كانت الأوراق الإدارية تحتل مركزاً مهماً من بين وسائل الإثبات الإداري، بل تمثل أهم وأدق المسائل التي تواجه القاضي الإداري، إلا أن القاضي الإداري يواجه العديد من المشاكل فيما يتعلق بوسائل الإثبات الإداري بشكل عام وبالأوراق الإدارية بشكل خاص، باعتبار تأثير السلطة الإدارية على الأوراق الإدارية، مما يعني أن التصرف في هذه الوسيلة يعتبر محل إشكال، فإلى أي مدى يمكن التعويل عليها مع صلاحيات القاضي الإداري في سلطته التقديرية باستناده إلى تلك الوسيلة ومدى حجيتها في الأخذ بها من عدمه، وتأثيرها على حكمه الإداري هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن القضاء الإداري في المملكة والمتمثل في ديوان المظالم لم يضع قواعد خاصة بوسائل الإثبات في الدعوى الإدارية، بل سكت عنها وأحالتها إلى ما يائسها في نظام المرافعات الشرعية، وهذا ما يثير إشكالية حقيقية، مما جعلني أطرح هذه الأطروحة ودراستها، وتأتي هذه الدراسة لمعالجة هذه المشكلة والتي خرجت بأن الأوراق الإدارية من وسائل الإثبات المعمول بها في القضاء الإداري بديوان المظالم مدعماً ذلك بالمبادئ والأحكام الإدارية التي عرضتها في ثنايا هذه الدراسة، والتي عرفنا من خلالها أنواع الأوراق الإدارية وحجيتها وامتيازات جهة الإدارة عن الفرد، ثم اختتمتها بسلطة القاضي الإداري التقديرية الكاملة فيما يتعلق بالأوراق الإدارية بثبوتها لديه من عدمه، ودوره بإلزام جهة الإدارة بتقديم مستنداتها وأوراقها ومدى استجابتها له من عدمه. وقد خلصتُ في نهاية هذه الدراسة إلى العديد من النتائج والتوصيات التي أبرزتها في نهاية هذه الدراسة، سائلاً المولى عز وجل أن يسهم هذا البحث المتواضع في خدمة الطلاب والباحثين والقضاة في المملكة بما يتوافق مع المعطيات والمتطلبات المعاصرة على الصعيدين الوطني والإسلامي.

الكلمات المفتاحية: حجية الإثبات، الأوراق، المستندات، الإثبات الإداري، وسائل الإثبات، الأوراق الإدارية.

COGENCY OF THE ADMINISTRATIVE PAPERS AS EVIDENCE

Badr Abdullah M. Almatroudi

*Associate Professor at the Higher Judicial Institute
Imam Muhammad Ibn Saud Islamic University, Riyadh*

(Received 22/04/1441 H., Accepted for Publication 12/06/1441 H.)

Abstract. Whereas, the administrative papers occupies an important position among the means of administrative evidence; yet they represent the most important and most scrupulous issues that face the administrative judge. Nevertheless, the administrative judge faces many problems regarding the means of administrative evidence in general and the administrative papers in particular; in view of the fact that the administrative authority has an impact on the administrative papers. This suggests that dealing with this means is a matter of concern. To which extent it can be relied on with the powers of the administrative judge in its discretion by leaning on this means? How authentic it is to be accepted or denied? What is its impact on the administrative judgment?, on one hand. On the other hand, the administrative judiciary in the Kingdom, represented in the Board of Grievances, did not set rules for the means of evidence in administrative suits. Instead, it kept silent and referred them to their corresponding means of evidence in the Shariah Law of Procedure. This raises a real issue. Hence, I aimed at putting forth and studying this thesis. The present study deals with this problem. It concluded that the administrative papers is one of the means of evidence applicable in the administrative judiciary in the Board of Grievances. This is supported by the administrative principles and judgments stated in the present study through which we defined the types of the administrative papers, their authenticity and the privileges of the administrative authority over the individual. Finally, I dealt with the complete discretion of the administrative judge regarding the administrative papers as to their applicability and his role to oblige the administrative authority to provide their documents and papers and how responsive they are. At the end of this study, I reached a number of results and recommendations stated at the end of the study. I hope that this humble research will contribute to serving the students, researchers and judges in the Kingdom in line with contemporary data and requirements on both the national and the Islamic levels.

Keywords: Cogency of evidence, Papers, Documents, Administrative evidence, Means of evidence, Administrative papers.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد.

تُعتبر طرق الإثبات من الوسائل المهمة في الدعوى الإدارية، وتأتي في مقدمتها الأوراق الإدارية، والتي تمثل بطبيعتها أحد امتيازات الإدارة وذلك بحيازتها لتلك الأوراق، الأمر الذي يزيد الإثبات الإداري صعوبة مما يجعل الفرد هو المطالب بعبء الإثبات في ذلك، مما يعزز في نفس الوقت الدور الذي يقوم به القاضي الإداري في إجبار الإدارة التي تحوز على جميع الأوراق والمستندات المتعلقة بالدعوى وحيازتها للقرارات وغيرها من المستندات التي قد تؤثر في سير الدعوى، وعدم امتثال الإدارة لأوامر القاضي في تسليم هذه المستندات يشكل قرينة لصالح الفرد، وبالتالي يقع على عاتق الإدارة دحض هذه القرينة.

ولهذا فإن الأوراق الإدارية تحتل مركزاً مهماً من بين وسائل الإثبات الإداري، بل تُعتبر من أهم وأدق الوسائل التي تواجه القاضي الإداري، إلا أن القاضي الإداري يواجه العديد من المشاكل فيما يتعلق بوسائل الإثبات الإداري بشكل عام وبحجية الأوراق الإدارية بشكل خاص، باعتبار تأثير السلطة الإدارية على الأوراق الإدارية، وذلك بتمتعها بالعديد من الامتيازات التي تؤثر على هذه الوسيلة، مما يعني أن التصرف في هذه الوسيلة يعتبر محل إشكال، فإلى أي مدى يمكن التعويل عليها مع صلاحيات القاضي الإداري في استناده برأي سلطة الإدارة فيما تقدمه في ذلك؟ هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن القضاء الإداري في المملكة والمتمثل في ديوان المظالم لم يضع قواعد خاصة بوسائل الإثبات في الدعوى الإدارية في نظامه "نظام المرافعات أمام ديوان المظالم" الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ، بل سكت عنها وأحال ما يتعلق بشأن الإثبات أمام ديوان المظالم إلى ما يائله في نظام المرافعات الشرعية، وهذا ما يثير إشكالية حقيقية، لاختلاف

الدعوى الإدارية عن المدنية، بطبيعة كل دعوى وخصوصيتها وأطرافها في هذا الشأن، كما لم أجد أحداً من الباحثين قد تطرق إلى هذه المسألة، ونظراً لكوني لم أظفر بدراسة أفردت البحث في مسألة حجية الأوراق الإدارية في الإثبات بالدعوى الإدارية ولكون نظام المرافعات أمام ديوان المظالم لم يُبينها ولحاجة المسألة إلى بيان وتوضيح، فقد آثرت الكتابة مستعيناً بالله على كتابة ما تيسر في هذه المسألة، والتي اشتملت على ما يلي.

أهمية الدراسة

تظهر أهمية الدراسة في عدة جوانب منها:

- ١- صعوبة الإثبات وخاصة في الاستناد إلى الأوراق الإدارية والتي غالباً ما تكون بحوزة جهة الإدارة.
- ٢- العبء الملقى على المدعي فيما يتعلق بالإثبات وعجزه عن الحصول على المستندات والأوراق.
- ٣- إبراز الدور الإيجابي للقاضي الإداري وأعمال سلطته التقديرية خاصة في القضاء الإداري في المملكة.

أهداف الدراسة

- ١- التعرف على الأوراق الإدارية وماهيتها وأنواعها وحجيتها وقيمتها الإثباتية.
- ٢- بيان دور القاضي الإداري فيما يتعلق بحجية الأوراق الإدارية كوسيلة لإثبات الحق وسلطته التقديرية فيها خصوصاً في ظل عدم وجود قواعد وإجراءات خاصة بالإثبات الإداري في المنازعة الإدارية في المملكة.
- ٣- توضيح موقف القضاء الإداري في المملكة تجاه الأوراق الإدارية ومدى الأخذ بها وحجيتها ودورها.

مشكلة الدراسة

يواجه القاضي الإداري بشكل عام العديد من المشاكل فيما يتعلق بوسائل الإثبات الإداري عموماً وبوسيلة الأوراق

- المبحث الأول: ماهية الأوراق الإدارية:
 - المطلب الأول: مفهوم الأوراق الإدارية وأهميتها.
 - المطلب الثاني: أنواع الأوراق الإدارية.
 - المطلب الثالث: الطبيعة النظامية للأوراق الإدارية وقيمتها.
- المبحث الثاني: الإثبات في الأوراق الإدارية:
 - المطلب الأول: امتيازات سلطة الإدارة في الإثبات.
 - المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الإداري تجاه الإثبات الإداري.
- الخاتمة: وتشمل النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: ماهية الأوراق الإدارية

لما كانت الأوراق الإدارية تحتل مركزاً مهماً من بين وسائل الإثبات الإداري حيث إنها تمثل أهم وأدق المسائل التي تواجه القاضي الإداري، كان لا بد بنا هنا من بيان ماهية الأوراق الإدارية بمعرفة مفهومها وأهميتها كمطلب أول، وأنواعها كمطلب ثاني، وطبيعتها النظامية وقيمتها كمطلب ثالث، وذلك على النحو التالي.

المطلب الأول: مفهوم الأوراق الإدارية وأهميتها

الفرع الأول: مفهوم الأوراق الإدارية

الأوراق الإدارية يقصد بها المحررات والمستندات التي تتصل بنشاط الإدارة أو بالعاملين بها كالقرارات والعقود والأحكام الإدارية وكافة الأوراق الخاصة بملف خدمة الموظف، وهي إما أن تكون أوراق رسمية أو أوراق عرفية (المعولي، ٢٠١١م).

وتعتبر الأوراق الإدارية الأساس في إثبات الوقائع الإدارية وتصرفات العاملين بالإدارة العامة لذلك فهي الوسيلة الأساسية للإثبات أمام القضاء الإداري، وهذا أمر طبيعي لأن الإجراءات الإدارية القضائية تتميز بأنها ذات

الإدارية خصوصاً، لما تتمتع به السلطة الإدارية من امتيازات لها تأثيرها المباشر على الأوراق الإدارية في الإثبات ومدى استجابتها لأوامر القاضي بتسليم ما بحوزتها من مستندات ومن عدمه؟ مما يُشكل على القاضي الإداري بسلطته التقديرية فيما يتعلق بشأن الأوراق الإدارية واستناده إلى تلك الوسيلة ومدى حجيتها في الأخذ بها من عدمه؟ وتأثيرها على حكمه الإداري.

والحاقاً لما سبق ذكره بأن نظام المرافعات أمام ديوان المظالم لم يضع قواعد خاصة بوسائل الإثبات في الدعوى الإدارية في نظامه وأحالتها إلى ما يائها في نظام المرافعات الشرعية الذي يعتبر محل إشكال هنا؟ لاختلاف الدعوى الإدارية عن المدنية، حيث إن الإثبات فيها يختلف عن غيرها في المنازعات الأخرى، حيث تتميز المنازعة الإدارية بطابع خاص يتمثل في وجود الإدارة كطرف أساسي في الدعوى الإدارية حيث إنها تتمتع بامتيازات السلطة العامة، وهذا ما يؤثر بشكل مباشر في الإثبات فيها، نظراً لمركز السلطة الإدارية كطرف في الدعوى الإدارية، وهذا من شأنه أن يثير مشكلة تتعلق بسلطات القاضي الإداري في ظل عدم وجود قواعد وإجراءات خاصة بالإثبات في المنازعة الإدارية في المملكة.

وإضافة لذلك في الدور الإيجابي الذي يقوم به القاضي الإداري في الإثبات، ودوره في ظل مبدأ الاقتناع الذاتي سعيًا وبحثاً عن الحقيقية في أحكامه الإدارية، فإن هذا الدور يثير إشكالية حقيقية! بشأن إعطاء القاضي الإداري سلطات أكثر وأعم في هذا الشأن، من أجل الوصول إلى الحقيقة.

تقسيمات الدراسة

يتكون البحث من مقدمة ومبحثين وخاتمة وبياناتها كما يلي:

- المقدمة وفيها: سبب اختيار الموضوع وأهميته وأهداف الدراسة وبيان المشكلة وتقسيمات الدراسة.

طلب مقدم من فرد عادي إلى جهة الإدارة أو من جهة إدارية إلى مثلتها بغض النظر عما إذا كانت تربطها علاقة من عدمه (المعولي، ٢٠١١م).

الفرع الثاني: أهمية الورقة الإدارية

للإثبات بالأوراق الإدارية أهمية خاصة بالنسبة للحقوق والمراكز القانونية إذ تعتبر بمثابة إحياء لها، فمن الناحية العملية لا وجود لأي حق دون إثبات التصرف أو الواقعة المادية التي تنشأ عنها، أو بالأحرى فإن الحق لا قيمة له إذا لم تتوفر وسيلة إثباتها حسب ما تم النص عليه في النظام، وعلى مدعي الحق أن يثبت الاعتداء الواقع على حقه أو مركزه النظامي، ولذلك فكل من يلجأ إلى رفع دعوى قضائية عليه أن يوضح بالأدلة موضوع الاعتداء، وعلى القاضي الإداري أن يتحقق من تلك الوقائع قبل أن يسقط حكم النظام عليها، باعتبار أن الأوراق الإدارية تعمل على استقرار الحقوق والمراكز النظامية، فالقاضي يكون اقتناعه من خلال عناصر الإثبات التي قدمت له طبقاً للنظام والإجراءات المنظمة لها، لذا فإن مهمة القاضي تكمن في تطبيق القاعدة النظامية على الوقائع المطروحة عليها (خليفة، ٢٠١٦م؛ العنزي، ٢٠١٢م).

لذلك تعد الأوراق الإدارية من أهم وسائل طرق الإثبات الإدارية وتظهر قيمتها النظامية في إثبات عيب الانحراف باستعمال السلطة الذي يعتبر من العيوب القصدية في سلوك الإدارة أساسه أن تكون الإدارة قصدت انحرافها بسلطانها، وهذا القصد لا يمكن استنتاجه إلا من خلال الملف الوظيفي، فإذا لم يقدّم الدليل على وجود هذا القصد فلا قيام لعيب انحراف باستعمال السلطة لدى الإدارة (خليفة، ٢٠٠٨م؛ أبوالمجد، ٢٠٠٢م).

وتطبيقاً لذلك ما قضى به ديوان المظالم في أحد أحكامه الإدارية والذي جاء فيه: "وبالتأمل الدائرة للأوراق الإدارية المقدمة وبما جاء في محضر لجنة الضباط ومخالفته لنصوص نظام

صيغة كتابية بالإضافة إلى أنها تتم تحت إشراف وتوجيهات القاضي الإداري (العنزي، ٢٠١٢م).

لذلك فإن الورقة تكون منحصرة في كل محرر في حوزة الإدارة تشكل واقعة معينة، ومن ثم فإن الأوراق الإدارية تنطوي على كل الوقائع المتصلة بالنشاط الإداري أو بالعاملين لديها كالقرارات والعقود الإدارية والأوراق المرفقة بملف خدمة الموظف الخاصة بتعيينه وترقيته وجزاءاته وإجازاته ومعاشه إلى غير ذلك مما يتعلق بمركزه الوظيفي (خليفة، ٢٠١٦م).

ولما كانت الأوراق الإدارية الوسيلة الأقوى لإثبات الوقائع الإدارية وهي الوسيلة الأساسية في الإثبات أمام القضاء الإداري لاسيما وأن إجراءاتها تتميز بأنها كتابية، فإن المشكلة تكمن في حيازة الإدارة لهذه الأوراق والمستندات وما تتضمنه من بيانات حيث يكون من الصعب على المدعى الفرد الذي يتحمل عبء الإثبات الحصول على هذه الأوراق (الذنيبات، ٢٠١٥م).

وأما من حيث صدور الورقة الإدارية، فقد تصدر الورقة ابتداء في صورة طلب من الفرد سواء أكان من العاملين بالدولة أو من غيرهم ثم تقدم للإدارة سواء بالبريد العادي أو المسجل أو باليد أو بغير ذلك من الوسائل التي تؤدي إلى تأشير الإدارة عليها وإثبات تاريخ ورودها عادة في مراحل وإجراءات اتخذت بشأنها، ومن ثم حفظها ضمن ملفات الإدارة سواء ارتبطت الورقة بمحررها أو بمقدمها شخصياً أو غيرها، ويمكن أن تصدر الورقة ابتداء من موظف يختص بمقتضى أعمال وظيفته سواء كانت نتيجة لمبادرة أم إجراء إيجابي سابق من شخص آخر أو كانت من قبيل مبادرة الإدارة المنفردة كما هو الشأن في القرارات والعقود الإدارية (العنزي، ٢٠١٢م).

كما أن الورقة الإدارية لا يشترط فيها أن تكون مختومة بختم الجهة الإدارية المختصة فقد تكون عبارة عن خطاب أو

(أ) أن يقوم بكتابتها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة كالكااتب وأمين السر في المحكمة "كااتب الضبط" أو المأذون.

(ب) أن يكون الموظف أو الشخص المكلف بخدمة عامة مختصاً بكتابة الورقة.

(ج) أن يراعى في كتابة الورقة الأوضاع والإجراءات المنصوص عليها نظاماً.

وفي حالة تخلف شرط من هذه الشروط تفقد الورقة صفتها الرسمية كمحرر، فالمحرر الذي يحرره موظف عام أو موظف غير مختص، أو يتم تحريره دون مراعاة الأشكال النظامية يعتبر باطلاً وبمعنى أدق لا يعتبر محرراً رسمياً.

الفرع الثاني: الورقة العرفية "العادية"

فقد نصت المادة (١٣٩) من نظام المرافعات الشرعية على الورقة العادية، حيث جاء في المادة المذكورة: "... أما الورقة العادية فهي التي يكون عليها توقيع من صدرت منه أو ختمه أو بصمته".

لذا فإنه يُقصد بالورقة العرفية "العادية" هي تلك التي يحررها أفراد عاديين دون تدخل موظف عام لشخص مكلف بخدمة عامة. وهناك خصائص أساسية يجب توفرها في الورقة العرفية وهي كما يلي.

أولاً: شمولها على البيانات الجوهرية المعينة للتصرف الذي أُعدت دليلاً عليه، ولا يشترط أن تكون في شكل معين أو نوع محدد، فكل عبارة مكتوبة تؤدي المعنى المراد كافية لتحقيق هذا الأمر سواء كتبت بالأدلة أو بخط يد وسواء كان الكااتب أهلاً للتصرف أو غير أهلٍ له، لأن الكتابة أداة تعبير فقط عن إرادة المتعاقدين.

ثانياً: شمولها على التوقيع والذي يعتبر من الخصائص الأساسية والجوهرية في الورقة العرفية، لأنه يتضمن إقرار الموقع لما هو مدون في السند وهو دليل مادي مباشر، والتوقيع

خدمة الأفراد والتعاقد العسكري، وأن قاعدة تخصيص الأهداف توجب أن يتقيد القرار الأساسي الصادر تطبيقاً للنظام في غايته بذاته في النطاق الذي خصصه النظام وإلا كان القرار مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة، إذ ليس من مصلحة العمل إنهاء خدمة فرد من أجل ترقية فرد آخر، بل إن مصلحة العمل إنما تتحقق متى علم الفرد أنه يعمل وفق نظام عادل معلوم للكافة يستوي في ظله جميع الخاضعين له بحيث يكفل حقوقهم دون ضرر أو تمييز^(١).

المطلب الثاني: أنواع الأوراق الإدارية

الأوراق الإدارية كوسيلة من وسائل الإثبات لا تخرج عن كونها ورقة رسمية أو ورقة عادية "عرفية" (ذنيات والعجمي، ٢٠١٦م).

وقد نص نظام المرافعات الشرعية على: "الكتابة التي يكون بها الإثبات إما أن تدون في ورقة رسمية أو في ورقة عادية..."^(٢)، وبيانها على الفرعين التاليين.

الفرع الأول: الورقة الرسمية

يُقصد بالورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع النظامية وفي حدود سلطته، وقد نصت المادة (١٣٩) من نظام المرافعات الشرعية على شروط الورقة الرسمية وهي:

(١) القضية رقم (١/٢٢٥٤/ق) لعام ١٤٢٨هـ في الحكم رقم (٧٦/د/ف/٥) والمؤيد من هيئة التدقيق (٢٥٧/ت/٦) لعام ١٤٢٩هـ، الحكم منشور في المدونة القضائية للمبادئ والأحكام الإدارية، ص ١٢٣٠.

(٢) نظام المرافعات الشرعية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١/م) وتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢هـ، والمنشور بجريدة أم القرى بتاريخ ١٤٣٥/٢/٣هـ، المادة (١٣٩).

الخصوم والقاضي ملتزم بتلك الوسيلة لإثبات تلك الواقعة أو التصرف فيها، لكن في الإثبات الإداري أمام ديوان المظالم فالقاضي الإداري حرّ في تكوين قناعته بكافة طرق الإثبات الجائزة شرعاً ونظاماً، وكذلك الرجوع والاطلاع على نظام المرافعات الشرعية في ظل عدم وجود قواعد وإجراءات خاصة بالإثبات في المنازعات الإدارية في المملكة، ليقبّس القاضي الإداري منه ما هو مُلاءم للإثبات في الدعوى الإدارية ومناسب لإصداره لأحكامه الإدارية (بوزيد، ٢٠١٨م).

المطلب الثالث: الطبيعة النظامية للأوراق الإدارية وقيمتها

الفرع الأول: الطبيعة النظامية للأوراق الإدارية

يمتاز الإثبات في الدعوى الإدارية بضوابط خاصة يكاد تميّزها عن غيرها بشكل لافت كما هو الحال في الدعاوى الأخرى كالمدينة وغيرها، وذلك لطبيعة الدعوى الإدارية بخصوصيتها وأطرافها، حيث إن قواعد الإثبات الإداري تصاغ على أساس ظروف النظام الإداري وخصوصيته في هذا الشأن، ولأجل ذلك فإن الإثبات الإداري يقوم على طبيعة الدعوى الإدارية باعتبارها الطريق النظامي للأفراد في حماية حقوقهم في مواجهة الإدارة أمام القضاء الإداري (الشامي، ٢٠٠٨م).

لذلك تُعد الأوراق الإدارية المكتوبة من أهم أدلة الإثبات التي يعتمد عليها القاضي الإداري فغالباً ما يعول عليها في الإثبات باعتبارها الركيزة الأساسية فيها، وذلك لأن الإدارة منظمة تنظيمياً تعتمد كلياً على الأوراق ولا تعتمد على ذاكرة الموظفين أو الشهود (بوزيد، ٢٠١٨م).

ولذا فإن الأوراق الإدارية تُعد أصلاً صحيحاً، بحيث إن أوراق ملف الإدارة تُعد حجة فيها تضمنته من بيانات أُعدت للإثبات، والورقة الإدارية مجالٌ رحب لممارسة القاضي لسلطته التقديرية في تقدير قيمتها وحجيتها واستخلاصها بما تتضمنه من وقائع ودلائل، فهي لا تمثل بذاتها حجة قاطعة أو مقبولة في جميع الأحوال.

يكون بالإمضاء الذي يتعين أن يشمل اسم الموقع ولقبه كاملين فلا يكفي التوقيع بالأحرف الأولى من الاسم، وإنما يشترط أن يكون التوقيع مطابقاً للاسم الذي اشتهر به الشخص أو الاسم الذي اعتاد التوقيع به، وفي حالة كون المحرر من عدة أوراق يتعين التوقيع على كل ورقة منه، وتطبيقاً لذلك ما قضى به ديوان المظالم في أحد أحكامه الإدارية والذي جاء فيه: "وحيث إن جهة الإدارة قامت بإخطار صاحب المبنى برغبتها بالإخلاء، مما ينفي مسؤوليتها من تاريخ إبلاغ صاحب المبنى، كما استبان من سياق واقعات النزاع المائل واستعراض الأوراق الإدارية في الدعوى أن صاحب المبنى رفض التوقيع على تسليم الجهة للمبنى، وأكد ذلك أن المدعي - صاحب المبنى - بقي على موقفه الراض للاستلام وحرر كتاباً معبراً في طياته عن حالة عدم رضاه بإخلاء الجهة للمبنى دون إخطاره قبل ثلاثة أشهر، وحيث إن مبنى الدعوى واستناد المدعي إلى نفي إبلاغه بإخلاء منزله على خلاف الثابت في ذلك، وهو ما لا تجد له الدائرة سنداً في نصوص العقد"^(٣). فمن خلال هذا الحكم نجد أن الأوراق الإدارية المقدمة في الدعوى أخذت بشرطي الورقة العرفية وهما الكتابة والتوقيع، ورفض المدعي - صاحب العقار - للتوقيع يعتبر عدم التسليم بالموافقة وإنكار ذلك صراحةً.

كما أننا نلاحظ أن نظام المرافعات أمام ديوان المظالم خلا من النصوص المنظمة للقواعد سواء الموضوعية أو الإجرائية للإثبات في الدعوى الإدارية، مما يعني أن القاضي الإداري في المملكة يلجأ لنصوص نظام المرافعات الشرعية للأخذ منه بوسيلة معينة في الإثبات، وذلك دون التقيد بالترتيب بالنسبة لتلك الأدلة، مما يقنع القاضي من قرينة دون الاقتناع بالقرينة الأخرى، كما في المنازعات الحقوقية حيث اشترط النظام وسيلة خاصة للإثبات يتقيد بها

(٣) رقم القضية (١٥٩٨/٢/ق) لعام ١٤٢٦هـ، ورقم الحكم الابتدائي (٧٥/د/أ) لعام ١٤٢٧هـ، الحكم منشور في المدونة القضائية للمبادئ والأحكام الإدارية، ص ٢١٩٨.

وقد تكتسب الأوراق الإدارية قيمتها الإثباتية وتحقق اقتناع القاضي بها بقدر انتظامها في الملف وتسلسل أرقامها وتواريخها، وصدورها من موقعها، وانتظامها بأوراق الملف وما تضمنته من بيانات، فبمجرد توافر هذه الضوابط تكون واقعة ثابتة بالنسبة للكافة وتترتب عليها حجيتها في الإثبات (المعولي، ٢٠١١م).

لذا يمكن القول بأن الأوراق الإدارية الرسمية يقتصر نطاق حجيتها على تأكيد صحة البيانات الواردة بها والتي أعدت في الأصل لإثباتها، وعلى العكس من ذلك فإنه لا يجوز أية حجية لها في الإثبات بالنسبة للبيانات الواردة والتي لم تعد في الأصل لإثباتها (خليفة، ٢٠١٦م).

الفرع الثاني: القيمة النظامية للأوراق الإدارية

تختلف حجية الورقة باختلاف نوعها فمنها الورقة الرسمية، ومنها العرفية، ومنها أصل الورقة، ومنها صورتها، سواء كانت لمستند رسمي أو عرفي، فما هي القيمة النظامية لهذه الأوراق وحجيتها في الإثبات أمام القضاء الإداري؟

أولاً: الأوراق الإدارية الرسمية

للأوراق الإدارية الرسمية عدة أنواع فهي تتنوع وتتعدد وتأخذ صوراً، فقد تكون على صورة قرار إداري بأي شكل كان سواء أكان قراراً تنظيمياً أو تنفيذياً، أو قراراً فردياً كالتعيين أو الفصل من الوظيفة العامة، وقد تكون الورقة عبارة عن منشورات أو تعاميم أو تعليقات أو توجيهات مكتوبة داخلية لتنظيم سير العمل الإداري في الجهة الإدارية.

كما تعد الأوراق الإدارية ومستنداتها من قبيل القرائن المكتوبة القابلة لإثبات العكس، بما تشمله من بيانات ووقائع أعدت لإثباتها الصحيح، إلى أن يثبت عكس ما حوته بأي من طرق الإثبات، لأجل ذلك قُضِيَ بأن الأوراق الإدارية هي من قبيل القرائن المكتوبة القابلة لإثبات العكس، حيث إن الأصل فيها الصحة والطعن في موضوعها مقبول عند قيام الدليل، وعلى الموظف دوماً إثبات جميع الوقائع الإدارية التي يتم إثباتها في حينها بالأوراق الإدارية والمتصلة بعمله فور حدوثها بدقة (عابد، ٢٠١٧م).

ثانياً: الأوراق الإدارية العرفية

للورقة العرفية الموقعة، كما للورقة الرسمية من حجيتها، وحجيتها تكون في النواحي الآتية:

- ١- حجية الورقة بصدورها من الشخص المنسوب إليها، وتوقيعها، وبسلامتها المادية.
- ٢- وحجيتها بصدق المدون بها.
- ٣- وحجيتها بالنسبة إلى الأشخاص.

فالورقة العرفية قد تكون صادرة من أفراد عاديين دون أن يتدخل موظف عام مختص بتحديدتها، وفي تلك الحالة تعتبر ورقة إدارية لوجودها تحت يد الإدارة قد تثبت بها وقائع إدارية (الذنيبات، ٢٠١٥م).

ومجمل القول فيما سبق أن لكل من الورقة الرسمية والعرفية حجية على الجميع من حيث اشتراطات كل ورقة بذاتها، إلا أن الأمر يختلف في إسقاط تلك الحجية، حيث لا يسقطها في الورقة الرسمية سوى الطعن بالتزوير، أما الورقة العرفية فيكفي لإسقاطها إنكار المنسوب إليه صدورها عنه لحظة توقيعه عليها.

وأما فيما يتعلق بحجية الأوراق المستخرجة من وسائل الاتصالات الحديثة كالحاسب الآلي وما شابهها، فقد ذهب بعض القضاء المقارن إلى أنه لا مناص من التسليم بأن البيانات المستخرجة من هذه الوسائل ليست إلا صورة مأخوذة من مصدرها الأصلي، مما ينطبق في شأنه نص الفقرة "ج" من المادة

وتطبيقاً لذلك ما قضى به ديوان المظالم في أحد أحكامه الإدارية والذي جاء فيه: "وحيث إن المتهم قام بتزوير محرر رسمي في سجلات الحاسب الآلي بالجوازات، حيث أثبتت فيها تجديد إقامة أحد الوافدين دون علم وموافقة كفيله، وحيث إن المتهم بصفته موظفاً في إدارة الجوازات قام بإجراء العملية بطريقة نظامية وفقاً للمستندات والأوراق الإدارية المقدمة أمامه والتي يفترض فيها السلامة خاصة وأنه ليس لديه وسيلة للكشف عليها وهو ما ينتفي معه القصد الجنائي لدى الموظف كما أن المستفيد من تجديد الإقامة هو الوافد بالدرجة الأولى وكذلك المعقب، وتجاوزهما إلى من أجرى عملية التجديد وهو المتهم محل نظر من حيث عدم تتبع مصدر التزوير ومن قام به، وحيث إن الأصل براءة المتهم حتى ثبوت العكس بدليل يطمئن إليه، ما انتهت الدائرة إلى عدم إدانة المتهم بما نسب إليه"^(١).

أما عن حجية صورة الورقة الرسمية فقد ذكرت المادة (١٤٦) من نظام المرافعات الشرعية على أنه إذا كان أصل الورقة الرسمية موجوداً فإن الصورة التي نقلت منها خطأً أو تصويراً، وصدرت عن موظف عام بحدود اختصاصه، وصادق على مطابقتها لأصلها لكون لها قوة الورقة الرسمية الأصلية بالقدر الذي يُقرَّر فيه مطابقة الصورة للأصل، وتعدّ الصورة المصدقة مطابقة للأصل ما لم يتنازع في ذلك أحد الخصوم، وفي هذه الحالة تُراجع الصورة على الأصل، وكُلّ صورة غير مصدقة بما يفيد مطابقتها لأصلها لا تصلح للاحتجاج (آل خنين، ٢٠٠٦م).

(١٠) رقم القضية الابتدائية (٣٦٤٧/١/ق) لعام ١٤٣١هـ، رقم الحكم (٢٧٧/ج/ح/ف/١) لعام ١٤٣٤هـ، رقم قضية الاستئناف (٣١٩٣/ق) لعام ١٤٣٢هـ، رقم حكم الاستئناف (٣٦/ح/١) لعام ١٤٣٥هـ، تاريخ الجلسة ٢٩/٢/١٤٣٥هـ، الحكم منشور في مدونة الأحكام والمبادئ الإدارية لديوان المظالم، ص ٥٠ وما بعدها.

(١٣) من قانون الإثبات المصري^(٢) ويعتد بها على سبيل الاستئناس تبعاً للظروف^(٣).

موقف النظام والقضاء في المملكة من حجية الأوراق الإدارية بالنسبة لحجية الأوراق الإدارية الرسمية، فموقف المنظم في المملكة فيه أنها تُعد حجة لحين الطعن عليها بالتزوير، وهذا ما نصت عليه المادة (١٤٠) من نظام المرافعات الشرعية بقولها: "لا يقبل الطعن في الأوراق الرسمية إلا بادعاء التزوير ما لم يمكن ما هو مذكور فيها مخالفاً للشرع"^(٤).

كما نص على ذلك قانون الإثبات الموحد لدول الخليج بقوله: "المحرر الرسمي حجة على الشكل مما دون فيه من أمور قام بها محرره في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويره بالطرق المقدرة قانوناً"^(٥).

وقد أشارت هيئة التدقيق^(٦) بديوان المظالم إلى هذا المبدأ بقولها: "إن الأوراق التي تعد محررات رسمية لها حجية في الإثبات ما لم يطعن عليها بالتزوير"^(٧).

(٤) قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨م المنشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٢) في ٣٠/٥/١٩٦٨م والمعدل بموجب القانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٢م المنشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٢) مكرراً الصادر في ١١/٧/١٩٩٢م.

(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، طعن رقم (١٥١٦) لسنة ٤٣ق، جلسة ٢٠/٢/٢٠٠٠م، مُشار لهذا الحكم في كتاب أصول وإجراءات الإثبات في الخصومة الإدارية، عبدالعزيز خليفة، (٢٠١٦م)، ص ١٢٨.

(٦) نظام المرافعات الشرعية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١/م) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ، المادة (١٤٠).

(٧) قانون الإثبات الموحد لدول الخليج الصادر عام ١٤٢٢هـ، المادة (٨)، وهو قانون استرشادي لمدة أربع سنوات من تاريخ صدوره.

(٨) وهي ما تسمى الآن بـ"محكمة الاستئناف الإدارية".

(٩) حكم هيئة التدقيق رقم (٥٦/ت/١) لعام ١٤١٢هـ، حكم غير منشور.

وذهب الرأي الآخر إلى مساواة الورقة العرفية الإدارية بنفس الحجية المقدرة للإثبات أمام القضاء العادي (ذنبات والعجمي، ٢٠١٦م). وهذا الرأي الذي نميل إليه، وذلك لسببين هما: الأول: لصعوبة الإثبات الإداري وتكليف عبء القيام به للطرق الأضعف في الدعوى الإدارية وهو دائماً المدعي، والثاني: القيام بنوع من التوازن في الدعوى الإدارية.

المبحث الثاني: الإثبات في الأوراق الإدارية

يقوم الإثبات الإداري على طبيعة الدعوى الإدارية باعتبار أن المنازعة الإدارية هي الوسيلة النظامية للفرد في حماية حقوقه في مواجهة الإدارة عن طريق القضاء الإداري، وفي معظم الدعاوى الإدارية تتفوق جهة الإدارة على الفرد، نظراً لما تتمتع به من امتيازات تجعلها في موضع أفضل من حيث القوة والاستعداد عن الفرد الذي يكون خالياً من أي امتيازات أو أدلة، وبالتالي تنشأ هنا مشكلة عدم تحقيق التوازن بين أطراف الدعوى الإدارية، مما يظهر هنا سلطة القاضي الإداري التقديرية الكاملة في إعادة هذا التوازن في الدعوى الإدارية (الغافري، ٢٠١٣م).

وهذا ما سوف نسلط عليه الضوء في هذا المبحث بمعرفة امتيازات سلطة الإدارة في الإثبات بالأوراق الإدارية كمطلب أول، وسلطة القاضي الإداري التقديرية فيما يتعلق بشأن الإثبات في الأوراق الإدارية كمطلب ثاني، وذلك على النحو التالي.

المطلب الأول: امتيازات سلطة الإدارة في الإثبات بالأوراق

يظهر امتياز الإدارة في الإثبات من خلال حيازتها للأوراق الإدارية وحفظها لها بعيداً عن متناول الأفراد مما قد تمس مراكزهم وأوضاعهم النظامية المتعلقة بحقوقهم ومصالحهم، وهي بذلك اكتسبت مركز الخصم في الدعوى الإدارية لكونها مُزوَّدة سلفاً بأدلة الإثبات، في الوقت الذي يقف فيه الفرد

وقد نصت هيئة التدقيق على عدم حجية هذه الصور الضوئية بقولها: "استقرت أحكام الديوان على عدم الاعتداد بالصور الضوئية كدليل إثبات ما لم تكن معتمدة من جهة الإدارة أو من الدائرة المختصة بأنها طبق الأصل"^(١١). أما فيما يتعلق بحجية الورقة العرفية والعادية فقد نصت المادة (١٤٧) من نظام المرافعات الشرعية على أنه: "يجوز لمن بيده ورقة عادية أن يخاصم من تتضمن هذه الورقة حقاً عليه ليقر بها، فإذا حضر المدعى عليه فأقرّ فعلى المحكمة أن تثبت إقراره" (ياسين، ٢٠٠٣م).

فهذا النص يدل على أن المنظم في المملكة العربية السعودية أخذ بحجية الورقة بصورها من الشخص المنسوب إليه، وتوقيعه عليها، وسلامتها المادية معلقة على شرط عدم إنكار ذلك الشخص إياها، أو عبارة أخرى: أن هذا النص يقضي بأن من يحتج عليه بورقة عرفية باعتبار أنها موقعة منه يجب عليه إذا لم يكن مسلماً بذلك أن ينكر توقيعه إياها إنكاراً صريحاً.

ومما سبق يمكنني القول هنا في مسلك الشخص عند التملك بورقة عرفية منسوبة إليه، فإنه لا يخرج الحال عن ثلاثة مواقف: فإمّا أن يعترف صراحة بصورها منه، وإمّا أن ينكر ذلك صراحة، وإمّا أن يسكت. ففي الحالة الأولى إذا اعترف بها فإنها تكون حجة، وفي الحالة الثانية إذا أنكرها فإنها لا تعد حجة، وأما في الحالة الثالثة وهي السكوت، فإنني بعد البحث والتقصي وجدت أن هذه المسألة بالأساس نادر وقوعها أمام القضاء الإداري لكن مع افتراض وقوعها فقد اختلف شراح النظام على وجه العموم والقضاء الإداري على وجه الخصوص في ذلك على رأيين.

يرى البعض أن لها نفس القوة المقدرة للإثبات أمام القضاء العادي على حسب ما إذا كانت معدة للإثبات أم لا، مع الاستعانة بأهل الخبرة للتحقق من الخطوط في حالة الإنكار، وهذا ما يتجه إليه القضاء المقارن.

(١١) حكم هيئة التدقيق رقم (٤٥/ت/١) لعام ١٤١٣هـ، حكم غير

الإيجابي للقاضي الإداري بإلزام جهة الإدارة بأن تقدم ما لديها من وثائق ومستندات التي قد تؤثر على سير الدعوى الإدارية (أبو العينين، ٢٠١٣م).

كما يجب أن نشير هنا إلى أن إجراءات التقاضي الإدارية تتميز بأنها ذات صبغة إيجابية استيفائية يتولى فيها القاضي الإداري استيفاء الدعوى بإجراءات تضيي عليها الصبغة الإدارية وروح العمل دون توقف أو انتظار لمبادرة الطرفين، في حين تختلف الإجراءات جذرياً في المرافعات المدنية ذات الصبغة الدعائية حيث يسيطر الطرفان على الإجراءات المدنية التي تخضع في جانب كبير منها لإرادتهم المنفردة في ذلك.

وإذا كانت المرافعات الإدارية متصفة بالصفة الإيجابية التي تحول القاضي إمكانية استيفائية للوصول إلى الحقيقة بتعدد السبل، فإن السمة الرئيسية لها يتحصل في سلطة التكليف بالأدلة، حيث يتولى القاضي سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الطرفين تكليف أي طرف بتقديم المستندات والأوراق والبيانات المنتجة والتي يرى لزومها للفصل في الدعوى سواء كان ذلك في الإدارة أو الأفراد بغية الوصول إلى الحقيقة (أبو العينين، ٢٠١٣م).

ويمكن القول هنا أن امتيازات جهة الإدارة وسلطتها لها تأثيرها المباشر على الإثبات في الأوراق الإدارية، حيث إن جهة الإدارة بحكم طبيعة عملها والمسؤولية التي على عاتقها في احتفاظها بالوثائق وجمع شتات الملفات المرتبطة بالأعمال التي تقوم بها بصورة رسمية ومنظمة، لغايات التوثيق وسهولة الرجوع إليها لتنفيذ المهام وتوثيق العمل والرقابة وتحديد المسؤولية وحفظ حقوق المتعاملين معها، لذلك فإن السندات هي الحاسمة في المنازعة الإدارية فلا بد من توافرها لدى الإدارة، وهي تدرك مسبقاً أن أيّاً من هذه الوثائق يمكن أن تكون بيّنة إثبات أو نفي أمام القضاء، وتعي تماماً عدم حصانة أي عمد أو إجراء إداري يصدر عنها في مواجهة القضاء الإداري، وأن صلاحية السلطة القضائية الإدارية في تحقيق سيادة النظام تتم بطريق الادعاء المباشر

أمامها مجرداً من تلك الأوراق، وقد لا يعلم ما سطر فيها من بيانات بصورة واضحة وما إذا كانت تلك البيانات صالحة أم لا، وبذلك يكون الفرد بطبيعة الحال خالياً من أدلة الإثبات بصفة عامة، وتكون الإدارة في موضع أفضل من حيث القوة والاستعداد عن الفرد الذي يقدم ادعاءاته مع خلو يديه من الأوراق التي هي الدليل الرئيسي في الإثبات، وهذا بخلاف الحال في نظام المرافعات المدنية حيث يعتمد الطرفان على أدلة الإثبات الأخرى غير الكتابية كالشهادة واليمين بصورة أساسية ومألوفة بجانب الكتابة، وتساوي كل الأطراف في شأن حصولها أو حيازتها على أدلة الإثبات (العززي، ٢٠١٢م).

لذلك نجد أن هناك اختلافاً واضحاً بين الدعوى الإدارية والدعوى العادية في إجراءات التقاضي الواجب اتباعها في كل منها وقواعد الإثبات المتبعة أمام كل منها، فأمام القضاء العادي يقف خصوم تربطهم علاقة تضع مصالح كل منهم على قدم المساواة، وأما القضاء الإداري فإنه تقف الإدارة في الدعوى الإدارية خصماً يمثل المصلحة العامة وتمتع بامتيازات عديدة، وفي مواجهتها يقف الفرد بصفته مدعٍ وخصم صاحب مصلحة خاصة مجرد من أي امتياز أو سلطة، مما ينعدم معه التوازن بين طرفي الدعوى الإدارية وإلقاء عبء إضافي على القاضي الإداري المجتهد في تحقيقه العدل بين خصمين غير متكافئين في الإمكانيات والامتيازات، مما يجعل الدور الإيجابي الذي يقوم به القاضي الإداري مضاعفاً في سعيه وبحثه عن الحقيقة في أحكامه الإدارية (خليفة، ٢٠١٦م).

كما أن حيازة الإدارة للأوراق الإدارية أو المستندات التي تكون لازمة للفصل في الدعوى بشكل امتياز تملكه الإدارة في مواجهة خصمها، فإنه يقابل ذلك الامتياز التزاماً يقع على عاتقها في تقديم تلك الأوراق (خليفة، ٢٠١٠م).

لذلك فإن جهة الإدارة عند تحفظها بالأوراق الإدارية والمستندات يجعل موقفها بهذا النمط غير متكافئ مع الطرف الآخر في الدعوى الإدارية، مما يقتضي الحال هنا بالتدخل

وتتميز السلطة التقديرية بخصائص عدة أهمها: أنها سلطة قانونية تستخدم أساسها في نص القانون، وأنها ذات مضمون واحد في مختلف فروع القانون وإن اختلفت مداها بينها، كما أنها تشمل القوانين الإجرائية والموضوعية على حد سواء، كما أنها ملزمة للقاضي فلا يجوز التحلل فيها بحجة عدم وجود نص قانوني أو كون هذا النص غامضاً.

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الإداري المتعلقة بالإثبات في الأوراق الإدارية

إن صفة الإدارة عبارة عن تنظيم موضوعي يختلف عن الإنسان الطبيعي الذي يدافع عن مصلحته الخاصة ويتمتع بذاكرة وعقل إنساني، ولذا احتاجت إلى إيجاد ذاكرة مستقلة وتكوين عقل إداري يُرجع إليها عند اللزوم للكشف عن حقيقة التصرفات الإدارية وتاريخها ومضمونها، ولتكون مرجعاً ثانياً لحفظ الوقائع الإدارية بعيدة عن النسيان أو الغرض الشخصي، وتحدد هذه الذاكرة في السجلات والملفات التي تحتفظ بها جهة الإدارة ويطلق عليها مصطلح "الأوراق الإدارية" بوصفها الوسيلة الأساسية للإثبات أمام القضاء الإداري، وهذا أمر طبيعي يظهر أثره في السمات العامة للإجراءات الإدارية القضائية ذات الصبغة الكتابية، إلى جانب أنها إجراءات استيفائية تتم بإشراف القاضي الإداري وتوجيهاته، وتظهر سلطته في الموازنة بين هذا الاختيار وحق الفرد، ومن ذلك حق القاضي في تكليف جهة الإدارة بتقديم الأوراق المتعلقة بالدعوى، مما يوجد نوعاً من التوازن بالنسبة لعبء الإثبات (الصمعي، ٢٠١٥م).

كما أن القاضي الإداري له أن يطلب من جهة الإدارة تقديم المستندات التي تعد حجة عليها، ويصدر الحكم ضدها بناء على تلك المستندات، وتطبيقاً لذلك ما قضى به ديوان المظالم في أحد أحكامه الإدارية والذي جاء فيه: "وحيث طلبت الدائرة من ممثل جهة الإدارة تقديم العطاءات المقدمة

لتحقيق الرقابة على مشروعية أعمال وقرارات السلطات الإدارية مما يفرض على الإدارة أن تقدم للقضاء الإداري الذي يطرح أمامه النزاع بكل الأوراق والمستندات المتعلقة بموضوع النزاع والمدرجة في الدعوى الإدارية إثباتاً ونفياً للحق المدعي به متى طلب منها ذلك، وإذا نكلت عن تقديم تلك المستندات انهارت قرينة السلامة التي تتمتع بها القرارات الإدارية، وتقدم عندئذ قرينة لصالح المدعي بصحة ما يدعيه والتسليم بصحة ما قدمه من مستندات ويتنقل عبء الإثبات من المدعي ليصبح على عاتق الإدارة في ذلك (الشامي، ٢٠٠٨م).

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الإداري تجاه الإثبات الإداري

الفرع الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي الإداري

لم تعرف السلطة التقديرية للقاضي الإداري استقلالاً، وإنما عرفت السلطة التقديرية للقاضي عموماً بتعريفات متعددة، ومن ذلك ما يلي.

عُرفت بأنها: النشاط الذهني الحر الذي يتمتع به القاضي عند نظر الوقائع المطروحة للفصل فيها وتطبيق القواعد القانونية التي تحكمها الاختيار الملائم للمصلحة والعدالة (عبدالحليم، ٢٠٠٥م).

ويمكن تعريف السلطة التقديرية للقاضي الإداري بأنها: الالتزام القانوني الذي يفرض الموازنة بين عدة خيارات ممكنة واقعاً، وصالحة قانوناً، لتطبيق أكثرها ملاءمة في الدعوى التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها وتستعمل فيها أساليب القانون العام.

وتختلف السلطة التقديرية عن التكيف الذي يقوم على تحديد طبيعة العلاقة القانونية المتنازع بشأنها وردّها إلى نظام قانوني معين، فالقاضي عندما يقوم بالتكيف فإنما يقوم بإعطاء الوصف القانوني للواقعة، أما السلطة التقديرية فهي عملية عقلية ومن ثم يخضع القاضي في التكيف لرقابة المحكمة العليا بخلاف السلطة التقديرية.

بسحب عينات جديدة من منتجات مصنع المدعي واختبارها وتأكيدها نتيجة الاختبار الأول بالإضافة إلى وجود منتج يحتوي على المادة في حين أن المواصفات الخاصة لم تنص على استخدامها يثبت مخالفة المصنع للمواصفات القياسية، وحيث إن الجهة طبقت لائحة الغرامات والجزاءات على المصانع المخالفة، مما ترتب على ما سبق في صحة الإجراءات التي قامت بها الجهة وانتفاء الخطأ في جانبها، وانتهت الدائرة إلى رفض الدعوى^(١٣).

فمن مضمون هذا الحكم نجد أن القاضي الإداري من خلال سلطته التقديرية في الأوراق الإدارية المقدمة من المدعي التي تثبت خطأ الجهة، أنه ثبت لديه قيام هذه الدعوى على سند غير صحيح من النظام، بل ثبت لديه سلامة الأوراق الإدارية المقدمة من الجهة والتي تثبت صحة إجراءاتها لما في هذه الإجراءات من المصلحة العامة وحفاظاً على صحة المواطنين.

الفرع الثالث: سلطة القاضي الإداري في حالة الشك في صحة الأوراق الإدارية

أعطى القضاء الإداري السعودي مرونة كبيرة عند الشك في الورقة الإدارية، ومنح القاضي الإداري سلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن، وقد يختلف الوضع فيما إذا كانت الورقة الإدارية رسمية أم عرفية؟ وذلك ما نفضله فيما يلي.

أولاً: الأوراق الرسمية الإدارية

قد يكون الشك في الأوراق الإدارية من قبل القاضي الإداري، وقد يكون الشك من قبل الخصم، وعلى ذلك نكون هنا أمام حالتان فيما يتعلق بالشك في الأوراق الرسمية:

(١٣) رقم القضية (٢٣٧٧/١/ق) لعام ١٤٢٨هـ، الحكم الابتدائي رقم (١٢٦/د/أ/٢٧) لعام ١٤٢٩هـ، المؤيد من الاستئناف بالحكم رقم (٧١/س/٨) لعام ١٤٣١هـ، الحكم منشور في المدونة القضائية لديوان المظالم ص ٢٣٧١، أو زيارة موقع ديوان المظالم في المدونات القضائية على الرابط التالي: www.bog.gov.sa.

للمناقضة، وقد صدر الحكم بإلغاء الترسية على المدعي استناداً إلى التفاوت الكبير في العطاءات، وهذا بخلاف المستقر عليه في القضاء المدني^(١٤).

وفي هذا السياق يقدر القاضي الإداري النتيجة المترتبة على عدم تقديم الإدارة للأوراق والمستندات إلى المحكمة، ومدى استجابتها لأمره في هذا الشأن، وقد يستخلص من ذلك قرينة تتيح أثرها لصالح الفرد في مجال عبء الإثبات، إذا استشف القاضي هذه القرينة من ظروف الدعوى وملاساتها، بشرط ألا يكون إعمال سلطته التقديرية جامداً، حيث يتعين عليه أن يتحقق من عدم وجود تواطؤ أو تعمد، وعليه ألا يستند لهذه القرينة إذا كان في شأن الاعتداد بالمساس بالمصالح الأساسية للمجتمع، فإذا تحقق من ذلك كله، عدّ تكول جهة الإدارة وعدم استجابتها لتقديم المستندات منشأً لقرينة بصحة ما يدعيه الخصم الآخر، ولا يعني هذا الحكم لمصلحته في جميع الأحوال، كما لو لم يقتنع القاضي الإداري بكفاية القرينة، فله عندئذ نذب خبير أو اتخاذ أي من وسائل التحقق (الصمعاني، ٢٠١٥م).

وتطبيقاً لذلك ما قضى به ديوان المظالم في أحد أحكامه الإدارية والذي جاء فيه: "ولما كان المدعي يطالب الجهة بالزام بتعويضه عن الأضرار التي لحقت به جراء الإجراءات التي اتخذتها ضده، وذلك بصدر تميمها بالزام مصانع الأغذية بالتقيد بالنسب المسموح بها من مادة "التيتانيوم" والتزامهم بالاشتراطات الصحية المطلوبة، وحيث قامت الجهة بسحب عينات من منتجات مصنع المدعي واختبارها في مختبر حيادي ودقيق غير تابع لها أظهرت نتائجها احتواء بعض المنتجات على المادة المذكورة في حدود النسب المسموح بها إلا أنها لم تذكر ضمن المكونات وفي هذا غش وتدليس على المستهلك واحتواء منتجات أخرى على المادة بنسب أعلى من الحدود المذكورة بالمواصفات القياسية، مما تتطلب الأمر قيام الجهة مرة أخرى

(١٤) الحكم رقم (١٥/أ/٥/٥١) لعام ١٤٢٦هـ في القضية رقم (١/٢٨٦٧/ق) لعام ١٤٢٥هـ، غير منشور.

ومن التطبيقات القضائية الإدارية ما قضى به ديوان المظالم في أحد أحكامه الإدارية والذي جاء فيه: "وحيث إن المدعي يطالب بإلغاء القرار التأديبي الصادر بحقه المتضمن حسم ١٠ أيام من صافي راتبه لاتهامه بتغشيش طالب في امتحان اللغة الإنجليزية بإصداره رسالة من جواله إلى جوال الطالب تحتوي على الإجابة، كما أن المشرف التربوي لم يقوم بتحرير محضر بالواقعة كما أنه لم يتأكد من مضمون الرسالة في أثناء ضبط الجوال ومن مصدرها وما إذا كانت مرسله من المدعي أم غيره وعدم إخباره مدير المدرسة بالواقعة، وكذلك لم يثبت علم المعلم الذي شهد على الواقعة بمحتوى الرسالة وعلاقتها بالمدعي، مما ثبت عدم كفاية الأدلة لإثبات الإدانة والمخالفة والتشكيك في ثبوتها"^(١٦).

وفي حكم آخر من الأحكام الإدارية والذي جاء فيه: "وحيث إن المتهم قام بتزوير محرر رسمي في سجلات الحاسب الآلي بالجوازات، حيث أثبتت فيها تجديد إقامة أحد الوافدين دون علم وموافقة كفيله، وحيث إن المتهم بصفته موظفاً في إدارة الجوازات قام بإجراء العملية بطريقة نظامية وفقاً للمستندات والأوراق الإدارية المقدمة أمامه والتي يفترض فيها السلامة خاصة وأنه ليس لديه وسيلة للكشف عليها وهو ما ينتفي معه القصد الجنائي لدى الموظف، كما أن المستفيد من تجديد الإقامة هو الوافد بالدرجة الأولى وكذلك المعقب، وتجاوزهما إلى من أجرى عملية التجديد وهو المتهم محل نظر من حيث عدم تتبع مصدر التزوير ومن قام به، وحيث إن الأصل براءة المتهم حتى ثبوت العكس بدليل يطمئن إليه، ما انتهت الدائرة إلى عدم إدانة المتهم بما نسب إليه"^(١٧).

(١٦) رقم القضية (١/١٢٥/ق) لعام ١٤٣١هـ رقم الحكم الابتدائي (١٧/د/ف/١٣) لعام ١٤٣١هـ رقم حكم الاستئناف (٦٦٠/س/٤) لعام ١٤٣١هـ تاريخ الجلسة ١٥/٩/١٤٣١هـ.

(١٧) رقم القضية الاثباتية (١/٣٦٤٧/ق) لعام ١٤٣١هـ رقم الحكم (٢٧٧/ج/ح/ف/١) لعام ١٤٣٤هـ رقم قضية الاستئناف (٣١٩٣/ق) لعام ١٤٣٢هـ رقم حكم الاستئناف (١/ح/٣٦) لعام ١٤٣٥هـ تاريخ الجلسة ٢٩/٢/١٤٣٥هـ.

• الحالة الأولى: أن يكون الشك في الورقة من قبل القاضي: فإذا كان التشكيك في صحة الورقة من قبل القاضي الإداري نفسه "أي من تلقاء نفس المحكمة"، ففي هذه الحالة فإن للقاضي الاكتفاء باستبعاد المستندات التي لا يطمئن إلى صحتها، وبناء حكمه على المستندات التي يطمئن إليها.

وتطبيقاً لذلك ما قضت به هيئة التدقيق في ديوان المظالم في أحد أحكامه والذي جاء فيه: "وعلى الدائرة التي اعتمدت في حكمها على القول بأن بعض المستندات يحمل تاريخاً سابقاً على فترة التأجير، وأغلبها به تواريخ معدلة، وهذا القول يعني أن البعض الآخر من المستندات عليه تواريخ صحيحة، وبعضها غير معدل، وكان يتعين على الدائرة أن تستعيد المستندات التي لا تطمئن إليها، وتقضي بما ورد بالمستندات الصحيحة، أما القول بأن القضاء الإداري يرفض الدعوى إجمالاً للشك في بعض المستندات فإنه قولٌ غير صحيح ويجعل الحكم غير قائم على أسباب صحيحة، لذلك على القاضي الإداري في حالة الشك أن يتحقق من صحتها بكافة الطرق المتاحة بما في ذلك الاستبعاد من جهة الإدارة مصدرة الورقة"^(١٨).

• الحالة الثانية: إذا كان التشكيك في الورقة من أحد الخصوم: أما إذا كان التشكيك من أحد الخصوم، فيختلف الأمر بحسب طبيعة الورقة، فإذا كانت رسمية كالأحكام القضائية أو القرارات الإدارية، فلا يقبل التشكيك في وجودها أو الادعاء بعدم صحة ما تضمنه إلا بالطعن فيها بالتزوير أو أن تتضمن ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا ما نصت عليه المادة (١٤٠) بقولها: "لا يقبل الطعن في الأوراق الرسمية إلا بادعاء التزوير ما لم يمكن ما هو مذكور فيها مخالفاً للشرع"^(١٩).

(١٤) حكم هيئة التدقيق رقم (١٧١/ت/١) لعام ١٤١٥هـ في القضية رقم (١/١٥٥٣/ق) لعام ١٤٠٩هـ حكم غير منشور.

(١٥) نظام المرافعات الشرعية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١/م) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ المادة (١٤٠).

الديوان"^(١٨). فمن خلال الحكم السابق نلاحظ أن القضاء في المملكة العربية السعودية لا يقبل الطعن في جملة الأوراق الرسمية بناء على عدم تحديد الطاعن لمبررات طعنه ودون تحديد واضح لمواضع التزوير.

ثانياً: الأوراق العرفية

أما الأوراق العرفية فالأوجه السائد لدى القضاء الإداري هو اعتبارها من قبيل القرائن المكتوبة التي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الإداري حسبما يستخلصه منها من بيانات في ضوء الظروف المحيطة بها، وباقي العناصر المعروضة عليه، وأن ثبوت صحة التوقيع يكفي لإعطاء الورقة العرفية حجيتها المتمثلة في أن صاحب التوقيع قد ارتضى مضمون الورقة والتزم به والتشكيك في صحتها من شأنه أن يسقط حجتها ويوجب على المتمسك بها إثبات صدورها من أنكرها (الصمغاني، ٢٠١٥م).

وتطبيقاً لذلك ما قضى به ديوان المظالم في أحد أحكامه الإدارية والذي جاء فيه: "وحيث إن جهة الإدارة قامت بإخطار صاحب المبنى برغبتها بالإخلاء، مما ينفي مسؤوليتها من تاريخ إبلاغ صاحب المبنى، كما أن صاحب المبنى رفض التوقيع على تسليم الجهة للمبنى، وحيث إن مبنى الدعوى استناد المدعي إلى نفي إبلاغه بإخلاء منزله على خلاف الثابت في ذلك، وهو ما لا تجد له الدائرة سنداً في نصوص العقد"^(١٩).

الخاتمة

وفي ختام دراستي هذه والتي تطرقت من خلالها إلى دراسة "الأوراق الإدارية كوسيلة إثبات في الدعوى الإدارية" حيث

(١٨) الحكم رقم (٧/١/٥/٦٨) لعام ١٤٢٨هـ في القضية رقم (١٣٥٢٢/١/ق) لعام ١٤٢٧هـ، غير منشورة.

(١٩) رقم القضية (٢/١٥٩٨/ق) لعام ١٤٢٦هـ، ورقم الحكم الابتدائي (٧٥/د/أ) لعام ١٤٢٧هـ، الحكم منشور في المدونة القضائية، ص ٢١٩٨.

ومن خلال هذه الأحكام نجد سلطة القاضي الإداري التقديرية في حالة الشك في الأوراق الإدارية من قبل الخصوم، كما في مخالفتها لأحكام الشريعة في الحكم الأول والتزوير في الحكم الثاني، فإن القاضي لم يسلم بمجرد الطعون والشك بل قام بفحص كل دعوى وأخذ الثابت وترك المشكوك فيها.

كما يثور تساؤل هنا مؤداه: ما أثر اختلاف قصد الحكم الطاعن في الورقة بالإثبات؟ وما أثره على الورقة؟

للإجابة على هذا التساؤل نقول: يختلف الأثر بحسب ما قصد الخصم الذي يطعن في الورقة الإدارية بالتزوير وذلك بإهدار قيمتها فقط أو إهدار قيمتها وطلب معاقبة المتهم بالتزوير.

أولاً: إهدار القيمة: ففي حالة قصد مجرد إهدار حجية الورقة، فإن القاضي هو من يتولى التحقيق والمقصود بالقاضي الذي ينظر المنازعة، وله أن يقرر في صحة الورقة بما يراه.

ثانياً: إهدار قيمتها والمعاقبة: أما إن قصد الخصم بالإضافة إلى إهدار القيمة إلى طلب معاقبة المتهم بالتزوير، فيوقف القاضي السير في الدعوى لمدة محددة، ويطلب الطاعن بتحريك الدعوى الجنائية خلال تلك المدة وفقاً لما قرره القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية المتمثل بديوان المظالم في أحد أحكامه والذي جاء فيه: "وإذا كان القصد في الطعن في المستند بالتزوير هو إهدار حجته في مواجهة الطاعن فقط فإن تحقيق هذا الطعن يتم من قبل القاضي الموضوع بالطرق التي يراها، وأما إذا كان القصد في الطعن في المستند بالتزوير بالإضافة إلى إهدار حجته هو معاقبة المتهم بالتزوير فالأمر يستلزم من ناظر القضية وقف إجراءاتها ومن ثم مطالبة الطاعن بتقديم دعواه الجنائية تجاه هذا المستند أمام هيئة الرقابة والتحقيق بموجب صورة من المستند تسلم له على أن يعطى له أجل مناسب من قبل ناظر الموضوع ليتبين من خلاله جدية الطاعن فيما يدعيه فإذا قيد قضية لدى الهيئة باشرت التحقيق في الموضوع فلها أن تطلب المستندات المطعون فيها من قبل

- ٥- للقاضي الإداري في حالة الشك بالورقة الإدارية استبعاد الأوراق والمستندات التي لا يطمئن إلى صحتها، وبناء حكمه على الأوراق والمستندات التي يطمئن إليها.
- ٦- للخصم أن يطعن في الأوراق الإدارية والتشكيك فيها ويطلب بإهدار قيمتها، أو بإهدار القيمة ومعاقبة المتسبب في التزوير معاً، وهو اتجاه القضاء الإداري في المملكة.
- إنها تعتبر أهم وسيلة في الإثبات الإداري، ومن أدق المسائل التي تواجه القاضي الإداري من خلال نظر الدعوى الإدارية، والتي عرفنا من خلالها أنواع الأوراق الإدارية وحجيتها وامتيازات جهة الإدارة عن الفرد، ثم اختتمت دراستي بسلطة القاضي التقديرية فيما يتعلق بالأوراق الإدارية بثبوتها لديه من عدمه، وقد خلصتُ إلى العديد من النتائج والتوصيات التي يمكن إجمالها فيما يلي.

ثانياً: التوصيات

- أولاً: النتائج
- ١- تُعد الأوراق الإدارية من أهم طرق وسائل الإثبات الإداري وأدقها، وتتميز بالمصادقية والصحة فهي أدلة ناطقة.
- ٢- تنقسم الأوراق الإدارية في المملكة إلى أوراق رسمية وعرفية، وأن كلاهما حجة على الجميع بالشروط الخاصة التي أوردناها لكل ورقة، إلا أن الأمر يختلف في إسقاط تلك الحجية في كل ورقة، فالورقة الرسمية لا تسقط حجيتها سوى الطعن بها بالتزوير أو مخالفتها للشريعة الإسلامية، وأما الورقة العرفية فيكفي لإسقاطها إنكار المنسوب إليه صدرها عنه لخطئه أو توقيعه.
- ٣- انعدام التوازن في الدعوى الإدارية بحيث إن جهة الإدارة لها امتيازات في امتلاكها للأدلة والتي قد لا يملكها الفرد، ولذلك تكون جهة الإدارة في أكثر الأحيان في موضع أفضل من حيث القوة والاستعداد عن الفرد.
- ٤- للقاضي الإداري في المملكة سلطة تقديرية كاملة فيما يتعلق بالتقرير بشأن الأوراق الإدارية ومدى حجيتها في الأخذ بها من عدمه، وتأثيرها على حكمه الإداري، واستنباط قرينة ضد الإدارة في حالة عدم استجابتها لأمر القاضي الذي يُعدُّ نكولاً منها بتسليم ما في حوزتها من مستندات، وعندئذٍ تنشأ قرينة بصحة ما يدعيه الخصم الآخر.
- ١- إلزام الجهات الإدارية بتزويد ذوي العلاقة بالأوراق الإدارية المعنية خاصة أن بعض الجهات قد تتعسف في إعطاء الفرد صورة من تلك الأوراق التي قد يحتاج إليها في المطالبات التي تجري بينه وبين الإدارة وذلك حتى يكون بطرفه ما يؤيد دعواه في أي منازعة لاحقة.
- ٢- التأكيد على السلطات الإدارية بضرورة الاحتفاظ بجميع المكاتبات الإدارية سواء كانت صادرة أو واردة لجهة الإدارة، مع الأخذ في الاعتبار الاعتقاد على الأجهزة الرقمية والتكنولوجية في الأعمال الإدارية.
- ٣- ضرورة اعتبار أن إخفاء الأوراق الإدارية ذات العلاقة بالدعوى الإدارية مخالفةً على جهة الإدارة تستوجب على إثرها المسؤولية الإدارية.
- ٤- على الجهات المعنية في سن الأنظمة وإصدار اللوائح في المملكة العمل على إيجاد نظام خاص ينظم الإجراءات المتبعة فيما يتعلق بوسائل الإثبات الإداري المستخدمة أمام القضاء الإداري وذلك تجنباً للنقص الحاصل جراء ذلك والتي هي محل إشكال.
- ٥- النص في نظام المرافعات أمام ديوان المظالم بوجود تناوله لأدلة الإثبات الإداري على وجه العموم والأوراق الإدارية على وجه الخصوص، وذلك أسوة بنظام المرافعات الشرعية، وسلوك نفس اتجاه الأنظمة العربية المقارنة.

المراجع

ذنيات، محمد جمال؛ والعجمي، حمدي محمد (١٤٣٧هـ/٢٠١٦م). القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية. ط٣، مكتبة العالم الغربي للطباعة والنشر.

الذنيات، عصام (٢٠١٥م). الشهادة ودورها كوسيلة إثبات أمام القضاء: دراسة مقارنة. رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن.

الشامي، عائدة (٢٠٠٨م). خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية. المكتب الجامعي الحديث.

الصمغاني، وليد بن محمد بن صالح (٢٠١٥م). السلطة التقديرية للقاضي الإداري. دار الميمان للنشر والتوزيع.

عابد، عبير موسى محمد (٢٠١٧م). الإثبات القانوني أمام القضاء الإداري. رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين.

عبدالحليم، محمد بن فارس (٢٠٠٥م). مدى سلطة القاضي التقديرية من الناحية الولائية والقضائية والإدارية. رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر.

العنزي، محمد (٢٠١٢م). الإثبات في الدعوى الإدارية. رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن.

الغافري، عيسى بن علي بن سالم (٢٠١٣م). خصوصية قواعد الإثبات في الإجراءات الإدارية. ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الثالث لرؤساء المحاكم الإدارية المنعقد في العاصمة اللبنانية، الفترة ٧-٩/١٠/٢٠١٣م، سلطنة عمان.

المعولي، محمد بن أحمد بن صالح (٢٠١١م). العوامل المؤثرة في إثبات الدعوى الإدارية ودورها في خلق نظرية خاصة بالإثبات أمام القضاء الإداري. رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن.

ياسين، محمد نعيم (١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م). نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية. الرياض: دار عالم الكتب.

أولاً: المراجع العربية

أبو العينين، محمد ماهر (٢٠١٣م). الدفوع الإدارية والموضوعية أمام القضاء الإداري "الدفوع المتعلقة بالدعوى والطعن أمام المحكمة العليا". ط١، القاهرة، مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية.

أبو المجد، أشرف عبدالفتاح (٢٠٠٢م). موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تثبيت القرارات الإدارية. القاهرة، مصر: الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات.

بعلوشة، شريف أحمد يوسف (٢٠١٧م). إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري. القاهرة، مصر: مركز الدراسات العربية.

بوزيد، الدين الجليلي (١٤٣٩هـ/٢٠١٨م). أحكام المنازعات الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية "القضاء الإداري". دار الكتاب الجامعي.

الحمودي، عبدالله بن تركي (١٤٤٠هـ/٢٠١٩م). القواعد والفوائد من مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام (١٣٤٣هـ - ١٤٣٥هـ - ١٤٣٦هـ). الرياض.

آل خنين، عبدالله بن محمد (١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م). الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية. ط١، الرياض، المملكة العربية السعودية: دار التدمرية.

خليفة، عبدالعزيز عبدالمنعم (٢٠٠٨م). الإثبات أمام القضاء الإداري. ط١، مصر: دار الفكر الجامعي.

خليفة، عبدالعزيز عبدالمنعم (٢٠١٦م). إجراءات التقاضي والإثبات في الدعوى الإدارية. ط١، الإسكندرية، مصر: منشأة المعارف.

خليفة، عبدالعزيز عبدالمنعم (٢٠١٦م). أصول إجراءات الإثبات في الخصومة الإدارية. الإسكندرية، مصر: المكتب الجامعي الحديث.

ثانياً: الأنظمة واللوائح

القرى بتاريخ ٣/٢/١٤٣٥هـ، واللائحة التنفيذية لنظام
المرافعات الشرعية لعام ١٤٣٥هـ.

ثالثاً: المبادئ والأحكام القضائية

- السوابق القضائية لأحكام ديوان المظالم الإدارية، من عام ١٤٠٢هـ وحتى عام ١٤٣٦هـ منشورة بطبعة خاصة لديوان المظالم، عام ١٤٤٠هـ.
- مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية الصادرة من عام ١٤٢٧هـ إلى عام ١٤٣٧هـ الصادرة من ديوان المظالم، الشؤون الفنية.
- الأحكام الصادرة من الدوائر الإدارية وهيئة التدقيق بديوان المظالم غير المنشورة في مدونة ديوان المظالم.
- موقع ديوان المظالم على موقعهم في المدونات القضائية على الرابط التالي: www.bog.gov.sa.

- قانون الإثبات الموحد لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي عام ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م، والموسومة بـ"وثيقة مسقط".
- قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨م المنشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٢) في ٣٠/٥/١٩٦٨م والمعدل بموجب القانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٢م المنشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٢) مكرراً الصادر في ١١/٧/١٩٩٢م.
- نظام المرافعات أمام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ، والمنشور بجريدة أم القرى بتاريخ ٣/٢/١٤٣٥هـ، واللائحة التنفيذية لنظام المرافعات أمام ديوان المظالم لعام ١٤٣٥هـ.
- نظام المرافعات الشرعية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ، والمنشور بجريدة أم

النهج السلوكي في صنع السياسة العامة: دراسة في الأثر المعرفي والتطبيقي لدمج التبصرات السلوكية في حقل السياسة العامة

أمال زرنيز

أستاذ علوم سياسية، قسم العلوم السياسية

جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر

zernizamal@outlook.com

(قدم للنشر في ١٠/٩/١٤٤٢هـ، وقبل للنشر في ١١/٢/١٤٤٣هـ)

ملخص البحث. تحاول هذه الدراسة تحليل الأثر المعرفي والتطبيقي الذي صاحب الاهتمام المتزايد من جانب صانعي السياسات العامة بدمج التبصرات السلوكية في حقل السياسة العامة في ظل ظهور مفاهيم مثل الأبوية الليبرتارية، واستخدام أدوات مثل الحفز السلوكي، وما تثيره هذه الأخيرة من إشكاليات عدة حول الأساس المعياري للتدخلات السلوكية، وشرعية التعديلات اللازمة للقدررة السياساتية الحالية لبناء السياسات الحكومية بالاعتماد على النهج السلوكي كأولوية في صنع السياسات العامة. حيث تناولنا هذا الموضوع من خلال ثلاثة محاور: المحور الأول يتضمن دراسة النهج السلوكي في صنع السياسة العامة في إطار سياقه النظري والمفاهيمي، من خلال بحث المرتكزات الفكرية للنهج السلوكي في صنع السياسة العامة، وأهم التحديات المفاهيمية المشابهة التي طرحها الانتشار الواسع النطاق للسياسة العامة القائمة على النهج السلوكي، والمحور الثاني خصص لبحث التطبيق المنهجي للتبصرات السلوكية في صنع السياسة العامة من خلال تتبع مراحل تطور الاهتمام العالمي بتطبيق التبصرات السلوكية في صنع السياسات العامة، والخطوات والأدوات المنهجية المعتمدة في تطبيقها في عملية صنع السياسة العامة، في حين تطرق المحور الثالث إلى بحث حدود فعالية النهج السلوكي في صنع السياسة العامة في ظل ما يثيره تبني هذا النهج من إشكاليات تمثيلية وأخلاقية وعملية.

الكلمات المفتاحية: السياسة العامة، النهج السلوكي، التبصرات السلوكية، حدود الفعالية، إشكاليات الممارسة.

A BEHAVIORAL APPROACH TO PUBLIC POLICY-MAKING: A STUDY OF THE COGNITIVE AND APPLIED IMPACT OF INTEGRATING BEHAVIORAL INSIGHTS INTO PUBLIC POLICY FIELD

Amal Zerniz

*Professor of Political Science, Department of Political Science,
University of Baji Mokhtar, Annaba, Algeria
zernizamal@outlook.com*

(Received 10/09/1442 H., Accepted for Publication 11/02/1443 H.)

Abstract. This study attempts to analyze the cognitive and applied impact that has accompanied the growing interest among the public policy makers in integrating behavioral insights into public policy with the emergence of concepts such as libertarian paternalism, the use of tools such as behavioral nudging, and many problems that the latter raises about the normative basis of behavioral interventions, as well as the legitimacy of adjustments needed for current policy capacity to build government policies by relying on behavioral method as a priority in public policy-making. We have addressed this subject through three axes: the first involves studying the behavioral method in public policy-making within its theoretical and conceptual context; through examining the intellectual foundations of the behavioral method in public policy-making; and the most intricate conceptual challenges posed by the widespread public policy-based on behavioral method. The second axe was devoted to exploring the systematic application of behavioral insights in public policy-making by tracking the evolving stages of global interest in the application of behavioral insights in public policy-making and the methodological steps and tools adopted in their application in the policy-making process, while the third axe addressed the effectiveness limits of behavioral method in public policy-making in view of the representative, ethical and practical issues raised by the adoption of this method.

Keywords: Public policy, Behavioral method, Behavioral insights, Limits of effectiveness, Practice problematic.

مقدمة

أخذ تطبيق النتائج المستخلصة من العلوم السلوكية دورًا متزايدًا في عملية صنع السياسة العامة كأحد أهم الابتكارات الحديثة التي تسهم في إحداث تحول في طريقة تصميم الحكومات للسياسات العامة وفي أسلوب عملها، بما يوفر أدوات جديدة تساعد في تقديم أساليب مبتكرة تسهم في تخفيض التكلفة، والجهد المبذول، والمخاطر المتوقعة في ظل التعقيد المتزايد والمطالبات السريعة للتغير والضغطات المالية الكبيرة. وتزامن ذلك مع تزايد الوعي العام بضرورة صنع السياسة العامة بما يضمن فهمًا كاملاً لسلوكيات المواطنين وتحيّزاتهم التي تؤثر في اتخاذهم لقراراتهم وتدرّجياً بدأ الاعتراف بالنهج السلوكي كبعد له إسهام هام وقوي في صنع السياسات من قبل المنظمات الدولية الكبرى، مثل المفوضية الأوروبية ومنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية والبنك الدولي. وعلاوة على ذلك، أنشأ عدد غير قليل من الحكومات الوطنية فرقًا متخصصة ووحدات للتبصرات السلوكية لبناء السياسات والبرامج الحكومية بالاعتماد على النهج السلوكي كأولوية في صنع السياسات العامة وتقديم الخدمات. وبالتوازي مع دمج التبصرات السلوكية في صنع السياسة العامة، تحولت دراسات السياسات العامة من التركيز على قرارات الأدوات العقلانية في ظروف صنع السياسات المجردة أو المثالية إلى تقدير العوامل السياقية والحياة الواقعية، لتحقيق فعالية التصميم، من خلال تطبيق التدخلات السلوكية في مراحل مختلفة من دورة السياسة العامة. الأمر الذي أثار إشكاليات عدة حول الأساس المعياري للتدخلات السلوكية وشرعية التعديلات اللازمة للقدرة السياساتية الحالية لتصميم وتنفيذ سياسة عامة قائمة على التبصرات السلوكية، طالما أن الحكومات تدعي وفق تعبير A. Thomas Birkland أنها تمارس السلطة والمسؤولية (بنسبة متفاوتة) على مجموعة كبيرة من الأفراد، وبذلك تجد من الضروري أن يكون عملها خاضعًا لخطط ومنهجيات عمل تحكم المجتمع (العبيدي، ٢٠١٩م).

ومنه، تحاول هذه الدراسة تحليل الأثر المعرفي والتطبيقي الذي صاحب دمج التبصرات السلوكية في صنع السياسة العامة في ظل ظهور مفاهيم مثل الأبوية الليبرتارية، واستخدام أدوات مثل الحفز السلوكي (يطلق عليه مصطلح التنبيه بالدفع أيضًا)، من خلال معالجة الإشكالات الرئيسية التالي: إلى أي مدى يسهم دمج التبصرات السلوكية بما له من أثر معرفي وتطبيقي في تطوير رؤية شاملة مفاهيمية ومنهجية لعملية صنع السياسة العامة؟

أهمية الدراسة

حولت أبحاث تصميم السياسات الحديثة القائمة على الأدلة الانتباه إلى تحديد مجموعات أكبر من السياسات، من خلال تشكيل "حافظات" أو مجموعات أدوات بدلًا من تحليل خيار واحد يتم اتخاذه في مرحلة ما أثناء عملية السياسة، وقد شهدت دراسات السياسات التي تبنت مفهوم المحفظة هذا تجدد الاهتمام في أعقاب الأزمة المالية العالمية (٢٠٠٧-٢٠٠٨م)، إدراكًا للحاجة إلى تطوير تصميم السياسات بالتركيز على اكتساب فهم أكبر للجوانب المفاهيمية والمنهجية، والتي تشكل الآن على نطاق واسع جوهر أبحاث السياسات القائمة على الأدلة، خاصة في ظل الإجماع المتزايد على أنه ينبغي النظر في المزيد من الأدلة السلوكية عند تطوير تصميم السياسة.

ومنه تبرز أهمية هذه الدراسة في محاولة تحليل الأثر المعرفي والتطبيقي الذي صاحب اعتماد التبصرات السلوكية كنهج مبتكر في صنع السياسة العامة في أعقاب الأزمة المالية العالمية (٢٠٠٧-٢٠٠٨م)، من خلال ما طرحه من مفاهيم متشابهة، وما أثاره من إشكاليات تتحدى شرعية وفعالية تبنيه في حقل يعد من أكثر الحقول المعرفية ثراء من حيث كثرة المفاهيم والنماذج والمداخل والمنهجيات المرتبطة بعملية صنع السياسة العامة، وهو ما من شأنه أن يسهم من الناحية العملية في تزويد صناعات السياسة العامة بأساليب أفضل لتطبيق هذا النهج في صنع السياسات العامة. فقد تتيح دراسة هذا الموضوع من

هيكلية الدراسة

تم معالجة موضوع الدراسة من خلال ثلاثة محاور رئيسية، فضلاً عن المقدمة والخاتمة، يتناول المحور الأول دراسة النهج السلوكي في صنع السياسة العامة في إطار سياقه النظري والمفاهيمي، من خلال بحث المرتكزات الفكرية للنهج السلوكي في صنع السياسة العامة، وأهم التحديات المفاهيمية المتشابكة التي طرحها الانتشار الواسع للنطاق للسياسة العامة القائمة على الأدلة السلوكية، والمحور الثاني خصص لبحث التطبيق المنهجي للتبصرات السلوكية في صنع السياسة العامة من خلال تتبع مراحل تطور الاهتمام العالمي بتطبيق التبصرات السلوكية في صنع السياسات العامة، والخطوات والأدوات المنهجية المعتمدة لتطبيقها في عملية صنع السياسة العامة، في حين تطرق المحور الثالث إلى بحث حدود فعالية النهج السلوكي في صنع السياسة العامة، في ظل ما يثيره تبني هذا النهج من إشكاليات تمثيلية وأخلاقية وعملية.

المحور الأول:

النهج السلوكي في صنع السياسة العامة:

السياق النظري والمفاهيمي

شهدت فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية ظهور ما يطلق عليه علوم السياسة العامة "Policy Sciences" بفعل زيادة أعباء الدولة وتدخلاتها لحماية المصلحة العامة، حيث جرى التركيز على مفهوم السياسة العامة وكيفية بلورتها والتبصر بأهدافها ومضامين وأساليب تنفيذها ضمن إطار تحليلي (العبيدي، ٢٠١٩م) بالنظر إلى السياسة العامة على أنها: "تلك المنظومة الفاعلة (المستقلة والمتغيرة) والمتكيفة والتابعة) التي تتفاعل مع محيطها والمتغيرات ذات العلاقة من خلال استجابتها الحيوية (فكرًا وفعالاً) بالشكل الذي يعبر عن نشاط مؤسسات الحكومة الرسمية وسلطاتها المنعكسة في البيئة الاجتماعية المحيطة بها بمختلف مجالاتها، عبر الأهداف

الناحية العلمية والعملية إمكانية الاستفادة من الخبرات العلمية والمعرفية والممارسات التطبيقية في اعتماد مجموعة جديدة من الأدوات التي تساعد على تصميم وتطبيق سياسات حكومية فاعلة.

منهجية البحث

تتطلب معالجة الإشكالات المطروحة، وإبراز أهمية الموضوع الاعتماد على المنهج الوصفي والمدخل الإجرائي:

- المنهج الوصفي: باعتبار المنهج الوصفي الطريق أو مجموعة الطرق التي يتمكن من خلالها الباحث من وصف الظاهرة العلمية وتحليلها، فقد تم اعتماده في وصف وتحليل السياق النظري والمفاهيمي لاعتماد النهج السلوكي في صنع السياسة العامة، ودراسة التطبيق المنهجي للتبصرات السلوكية في صنع السياسة العامة، إضافة إلى تحليل حدود فعالية هذا النهج السلوكي في عملية صنع السياسة العامة، وما يثيره من إشكاليات تمثيلية وأخلاقية وعملية.

- المدخل الإجرائي "Procedural": بحيث يركز اهتمام هذا الأخير على معرفة وتحديد الأجهزة التي تتفاعل (المؤسسات أو المنظمات)، والصراعات التي تجرى (الجماعات المتنازعة)، والخطوات التي تتبع في عملية صنع السياسة العامة، تبعاً للأساليب المعتمدة تقليدية كانت أو مبتكرة، كون السياسة العامة نتاج تفاعل ديناميكي معقد، يتم في إطار نظام فكري بيئي سياسي محدد تشترك فيه عناصر رسمية وغير رسمية يحددها النظام السياسي (العبيدي، ٢٠١٩م). ومنه تم اعتماد هذا المدخل في تحديد أدوات ومراحل وإجراءات تطبيق التبصرات السلوكية في عملية صنع السياسة العامة من خلال دراسة الأطر المنهجية والنماذج التشغيلية المعتمدة في ذلك.

٢٠٠٨م المتمثل في كتاب "الحفز: تحسين القرارات حول الصحة والثروة والسعادة"، *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*، برزت مقارنة جديدة لصنع السياسة العامة تعتمد على مفاهيم الاقتصاد السلوكي^(١)، مما يؤسس على ما يبدو لتدخلات حكومية أكثر ابتكارًا وأقل قسرية لتشكيل سلوك الأفراد، بالاعتماد على أحدث التبصرات أو الرؤى من العلوم السلوكية، وذلك من خلال توظيف سياسة الحفز السلوكي للتأثير على سلوكيات الأفراد.

١- المرتكزات الفكرية للنهج السلوكي في صنع السياسة العامة

وجدت النتائج والأساليب التي قدمها الاقتصاد السلوكي استخدامًا واسعًا في مجال السياسات العامة، حيث يقوم الباحثون وصناع السياسات على نحو متزايد بتطبيق الدروس المستفادة منه على البرامج والسياسات الحكومية. وقد أكد Kahneman - الذي عبر مرارًا عن تفاؤله لدمج التبصرات السلوكية في عملية السياسة العامة - أن الاقتصاد السلوكي قد نجح في "إدخال مجالات علم النفس الاجتماعي والمعرفي التطبيقي في صنع السياسات من خلال ربطه بالمسائل الاقتصادية" (Mont and all, 2014).

(١) توضح المائدة المستديرة المؤثرة في مؤسسة the Russell Sage Foundation's Influential Round Table for Behavioral Economics - والتي تأسست في عام ١٩٩٢م من أجل "ابتكار الأنشطة المصممة لتعزيز هذا المجال الجديد متعدد التخصصات (الاقتصاد السلوكي)" - أن الاقتصاد السلوكي "يستخدم الحقائق والنماذج والأساليب من العلوم المجاورة لتأسيس اكتشافات وصفية دقيقة حول القدرة المعرفية البشرية والتفاعل الاجتماعي واستكشاف آثار هذه النتائج على السلوك الاقتصادي". بحيث يعرف الاقتصاد السلوكي على أنه تطبيق الاقتصاد "التقليدي" للرؤى من علم النفس المعرفي والاجتماعي، بالإضافة إلى التخصصات المعرفية مثل علم الأحياء والأنثروبولوجيا وعلم الاجتماع، لتحسين فهم السلوك الاقتصادي وصنع القرار (Galizzi, 2017).

والبرامج والسلوكيات المنتظمة، في حل القضايا ومواجهة المشكلات القائمة والمستقبلية، والتحسب لكل من ينعكس عنها، وتحديد الوسائل والموارد البشرية والفنية والمعنوية اللازمة وتمهيتها، كمنطلقات نظامية هامة لأغراض التنفيذ والممارسة التطبيقية ومتابعتها ورقابتها وتطويرها وتقويمها لما يجسم أو يجسد تحقيقًا ملموسًا للمصلحة العامة المشتركة، المطلوبة في المجتمع" (الفهداوي، ٢٠٠١م).

حدث تطور كبير في دراسة السياسة العامة من حيث انتقال التركيز من المؤسسات إلى العمليات والسلوك (المدرسة التقليدية والمدرسة السلوكية والمدرسة المابعدية)، وتعددت الدراسات والأبحاث في مجال السياسة العامة خاصة في الجامعات الغربية والأمريكية تحديدًا، وبدأت تأخذ منحىً تطوريًا مهمًا نظرًا لقدرتها على الانتقال من النظريات الكلاسيكية في العلوم السياسية والإنسانية والاقتصادية، وحتى العلمية الأخرى، إلى الجوانب العملية الحقيقية التي تقوم على الارتباط الوثيق بين العلوم السياسية وباقي العلوم الأخرى كعلم الاقتصاد وعلم الاجتماع وغيرها، إذ تشبكت جميعها في عملية إدارة مصالح المجتمعات والأفراد ومطالبهم بشكل أساسي (العبيدي، ٢٠١٩م).

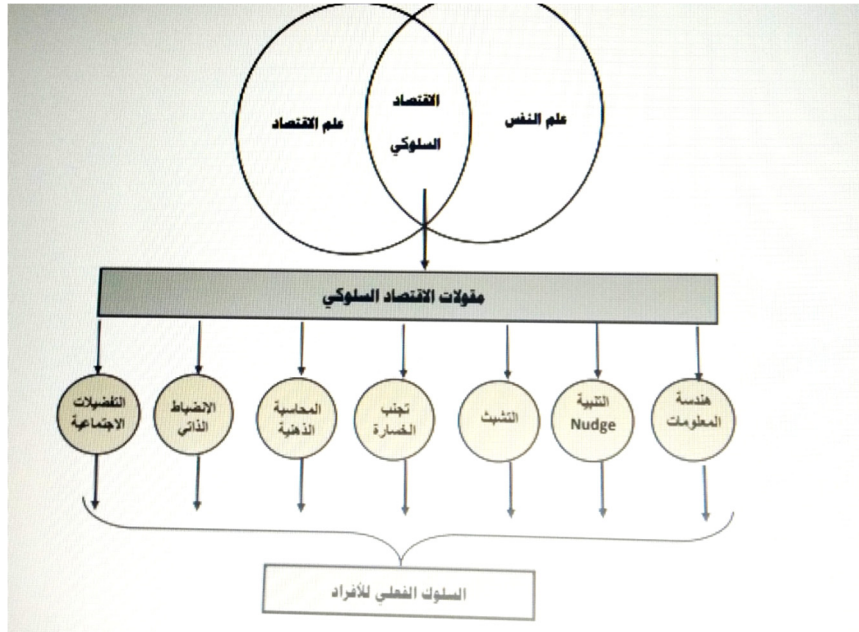
وعلى مدار السبعين عامًا الماضية، كانت السياسة العامة دائمًا مرتبطة ارتباطًا وثيقًا بدراسة السلوك البشري، وقد ظهر ذلك جليًا في اهتمام المجلات العلمية للسياسة العامة بشكل متكرر بالتحليل النفسي والسلوكي (التحليل البليومتري)، حيث قدمت مساهمات علماء من مثل Lasswell و Herbert Simon و Lindblom فهماً عميقًا للقيود المعرفية في اتخاذ القرار. وبدءًا من أواخر سبعينيات وأوائل ثمانينيات القرن العشرين، شكلت كتابات Kahneman و Tversky وآخرون من خلال نتائجهم التجريبية حول "الاستدلال والتحيز" حجر الأساس لإمكانية تحليل وصنع السياسة العامة وفقًا للمنظورات السلوكية. ومع إطلاق العمل الأساسي للباحثين Richard Thaler و Cass Sunstein عام

مع التحديات المجتمعية المهمة، حيث يقدم الاقتصاد السلوكي باعتباره مسارًا تطوريًا لعلم الاقتصاد وتعديلًا ثوريًا وتحليليًا لنتائج السياسة العامة، إجابات أفضل وبعدة طرق، تتيح (Angner, 2019):

- أولاً: فهماً أفضل لمجموعة أدوات السياسة، فعندما يقدم الاقتصاد السلوكي عوامل "سلوكية" والتي غالباً ما تكون متغيرات متداخلة موجودة "في رأس" صانع القرار - مثل التأطير والمحاسبة العقلية - فإنها تمنح صانع السياسة متغيراً آخر يحتمل أن يتدخل فيه.
- ثانياً: يقدم الاقتصاد السلوكي تنبؤات أفضل لتأثيرات قرارات السياسة المختلفة على سلوك الأفراد، إذ يؤدي أخذ أشياء مثل التأطير والافتراضات والقصور في الاعتبار بشكل صريح إلى تحسين التوقعات حول كيفية استجابة الأشخاص لتغييرات السياسة المختلفة، وتعمل التوقعات الأفضل على تحسين قدرة صانعي السياسة على تحديد السياسة الأفضل.

في صميم الاقتصاد السلوكي، هناك قناعة بأن زيادة واقعية الأسس النفسية للتحليل الاقتصادي ستعمل على تحسين الاقتصاد وفقاً لشروطه الخاصة وفق توليد رؤى نظرية، وتقديم تنبؤات أفضل للظواهر الميدانية، واقتراح سياسة أفضل (Camerer and Loewenstein, 2004)، ذلك أن عملية الدمج بين علم النفس وعلم الاقتصاد الرئيس في إطار الاقتصاد السلوكي، تسمح بصياغة مجموعة من الأدوات والمقولات تقدم تفسيراً وتنبؤاً أكثر واقعية للسلوك، حيث تكمن الأهمية العملية للاقتصاد السلوكي في توصيف السلوك الفعلي للأفراد من خلال هندسته وتفسيره، وأيضاً من خلال توجيه هذا السلوك بطريقة التنبيه أو جذب أو استدعاء الانتباه (الأفندي، ٢٠١٩م) (الشكل رقم ١).

كشفت تطورات الاقتصاد السلوكي أن إهمال هذه المفاهيم قد يكون مسؤولاً عن إخفاقات السياسة العامة في الوصول إلى التأثيرات المقصودة، إذ يبدو من المرجح أن يؤدي إيلاء المزيد من الاهتمام بها إلى توفير إمكانية للتعامل بفعالية



الشكل رقم (١). الاقتصاد السلوكي. المصدر: الأفندي (٢٠١٩م).

الدولة في الحد من أسوأ تجاوزات الأسواق، ولكنها في نفس الوقت تدعو إلى دور أصغر وأكثر تحديداً للدولة في مجالات أخرى (Wells, 2010)، كونها - حسب Sunstein و Thaler - "... نوع من الأبوة ضعيف وناعم وغير تدخلي نسبياً، لأن الخيارات لا يتم حجبتها أو تسييجها أو تحميلها أعباء كبيرة [...] يتطلب الحكم الأفضل قدرًا أقل من الإكراه وفرض القيود الحكومية، والمزيد من حرية الاختيار". والحفز السلوكي بذلك نهج سياسي يحافظ على حرية الاختيار (أي الليبرالية)، لكنه يشجع القطاع العام على توجيه الناس في اتجاهات من شأنها تعزيز رفاهيتهم (أي الأبوة)، إذ يُسمح للأشخاص بالاختيار، لكن بنية الاختيار مصممة لتعزيز السلوك المطلوب (Mont and all, 2014).

وقد تم توضيح مصطلح الأبوية الليبرالية في سياق علاقته بالدولة الليبرالية الجديدة لأول مرة بواسطة Thaler و Sunstein في ورقة بحثية نُشرت في عام ٢٠٠٣م في المجلة الأمريكية للاقتصاد "The American Economic"، حيث دافعا عن شكل من أشكال الأبوة الناعمة التي تعمل دون إكراه والتي تسعى للتأثير على الأفراد من أجل اتخاذ خيارات أفضل بدلاً من تقييد نطاق الخيارات المعروضة (Grane, 2021). وإن كان التقارب بين الحركتين الإصلاحيتين لليبراليين الجدد من جانب والمحافظون الجدد الذين اعتنقوا "الأبوية الجديدة" من جانب آخر - في الثمانينيات والتسعينيات من القرن العشرين للميلاد - أدى إلى تبنى إستراتيجيات موجهة من قبل الدولة من أجل التغيير الاجتماعي، وساهم في ظهور "الأبوية الليبرالية الجديدة" (Soss, Fording, and Schram, 2011).

(٢) في حين أن الليبرالية الجديدة والأبوية لديها افتراضات مختلفة حول العلاقة بين المواطنين والدولة، فطبقاً للعقيدة الليبرالية الجديدة، يُتوقع من المواطنين الجيدين أن يكونوا "فاعلين مؤهلين يدركون ويتصرفون وفقاً لمصالحهم"، حيث تتضمن الليبرالية الجديدة طمس الحدود بين السوق والدولة، بحيث تصبح هذه الأخيرة (الدولة) أكثر تركيزاً على دعم الجهات الفاعلة في السوق (Schram, 2014).

وقد ظهر التطبيق الأكثر شيوعاً لمفاهيم الاقتصاد السلوكي في شكل "حفز سلوكي"، يرى فيه كلٌّ من Sunstein و Thaler أن: "... أي جانب من جوانب هندسة الاختيار (أو تشكيل بنية الاختيار) يغير سلوك الناس بطريقة يمكن التنبؤ بها دون حظر أي خيارات أو تغيير حوافزهم الاقتصادية بشكل كبير" (Sunstein, 2008)، فبدلاً من افتراض أن الناس عقلانيون تمامًا ويتخذون دائماً قرارات تخدم مصلحتهم الفضلى، تُظهر هذه الأبحاث أن معظم الناس عرضة للتحييزات الشخصية والمغالطات المنطقية والاستدلال (Mitra-Majumdar and all, 2018). ووفقاً لهما: "من المشروع ... محاولة التأثير على سلوك الناس لجعل حياتهم أطول وأكثر صحة وأفضل. بعبارة أخرى، نحن ندافع عن الجهود الواعية بذاتها، من قبل المؤسسات في القطاع الخاص وكذلك من قبل الحكومة، لتوجيه خيارات الناس في الاتجاهات التي من شأنها تحسين حياتهم" (Thaler and Sunstein, 2008). ذلك أن هناك أربعة مبادئ أساسية يجب أن تتحقق من خلال التدخلات السلوكية (Emmerling, 2018):

- يجب أن تكون التدخلات سياقية، أي تستهدف البيئة السياقية المباشرة للشخص أو المجموعة المستهدفة.
- يجب أن تكون التدخلات بديهية، أي أن يتم تناولها بشكل طبيعي، والاستفادة من العقلانية المحدودة والسياقية للبشر.
- يجب أن تكون التدخلات غير مقيدة، أي عدم إزالة أو إضافة أي تفضيلات للخيار.
- يجب أن تكون التدخلات قابلة للقياس، أي تؤدي إلى نتائج مقصودة قابلة للاختبار.

يتمتع عمل Sunstein و Thaler بجاذبية حدسية قوية لواقعي السياسات، إذ إن دعم الأبوية الليبرالية libertarian paternalism ومفهوم الدولة كمهندس اختيار يسمح لصانعي السياسات بإثبات أهمية العمل الحكومي الأكثر استجابة للمواطنين، حيث يوضح Sunstein و Thaler أن سياسة الحفز السلوكي توفر الطريق الثالث الحقيقي، ذلك أن الأبوية الليبرالية توفر الأساس لمشاركة

هذه الخيارات منظمة لديهم بطريقة "تدفعهم" نحو الخيارات الأكثر فائدة أو الأقل ضرراً (Ryan, 2017)، حيث تشمل العناصر الرئيسية في بنية الاختيار الإيجابية والمعززة للرفاهية وفقاً لما يلي:

- تحديد الافتراضات والمسار الأقل مقاومة: المبدأ الأساسي هو التغلب على تحيز الوضع الراهن.
- توقع الخطأ: تشير قابلية الخطأ البشري إلى وجوب تنظيم الاختيارات لتقليل مخاطر النتائج السلبية.
- تقديم تغذية راجعة (فورية): فمن الأمور المركزية لاتخاذ الخيارات، أن تكون مناسبة وفي الوقت المناسب.
- الخرائط الذهنية وهيكل المعلومات: على الرغم من أهمية التغذية الراجعة، إلا أنها تحتاج إلى الحصول على معلومات تكون منظمة بشكل أفضل وفي الوقت المناسب وقابلة للمقارنة.
- هيكلية الخيارات المعقدة: يسلط Thaler و Sunstein الضوء على أن المستهلكين الأفراد يحتاجون إلى المساعدة لاتخاذ خيارات أفضل (Wells, 2010).
- الخوافز: على الرغم من أن Thaler و Sunstein يسلطان الضوء على إمكانية وجود تضارب في الخوافز الاقتصادية تحديداً، فقد أشار كل من Daniel Hausmann و Brynn Welch لاحقاً، إلى أن الأفراد العقلانيين لا يستجيبون فقط للخوافز الاقتصادية، بل يمكن أن يشمل ذلك جميع أنواع الخوافز باعتبار "التنبهات هي طرق للتأثير على الاختيار دون تقييد مجموعة الاختيار أو جعل البدائل أكثر تكلفة بشكل ملحوظ من حيث الوقت والمتاعب والعقوبات الاجتماعية وما إلى ذلك" (Hansen and Jespersen, 2013).
- وقد أورد الباحثون تصنيفات مختلفة للحفز السلوكي يمكن تحديدها من خلال الجدول رقم (١).

فقد جادل Thaler و Sunstein منذ عام ٢٠٠٣م بأنه يمكن الجمع بين الليبرتارية والأبوية من أجل تصحيح أوجه القصور المتأصلة في كليهما. فبينما تمس الأبوية الصارمة حرية الفرد في الاختيار، تفترض الليبرتارية أن المستهلكين الأفراد هم مخلوقات عقلانية قادرة على التصرف بما يحقق مصلحتهم الخاصة. وبدلاً من ذلك، يوضح Thaler و Sunstein أن البشر ليسوا "اقتصاديين"، ولا يتصرفون بالشكل المثالي للإنسان الاقتصادي لأنهم يعانون من تحيزات سلوكية من أنواع مختلفة (رد فعل مبالغ فيه، نقص في ضبط النفس، الثقة المفرطة والشعور بالذنب، على سبيل المثال لا الحصر)، وبالتالي قد لا يتمكنون من اتخاذ الخيارات المثلى التي سيستفيدون منها. لهذا السبب، هناك حاجة إلى شكل من أشكال الأبوية الناعمة لتحسين الخيارات التي يتخذها الأفراد دون إكراههم على التصرف ضد إرادتهم. تحقيقاً لهذه الغاية، يؤكد Thaler و Sunstein أن الخبراء الذين لديهم فهم لعلم السلوك يمكنهم بلطف "دفع" الناس إلى اتخاذ خيارات من شأنها تحسين حياتهم بطرق لا تقيدهم حريتهم، و"لأن الناس بشر وليسوا اقتصاديين... يرتكبون أخطاء متوقعة، إذا تمكنا من توقع هذه الأخطاء، فيمكننا وضع سياسات من شأنها تقليل معدل الخطأ" - بتعبير Thaler و Sunstein - وعلى هذا الأساس، يعتبر Thaler و Sunstein أن الليبرتارية والأبوية هما "أكثر جاذبية معاً بكثير من كونها منفردان" (Gane, 2021).

هذا المزيج من تأمين حرية الاختيار وتوفير مكاسب الرفاهية من خلال تغيير السلوك قاد Thaler و Sunstein إلى الادعاء بأن سياسة الحفز السلوكي تمثل "طريقاً ثالثاً" حقيقياً يحل "بعض النقاشات الأقل قابلية للتتبع في الديمقراطيات المعاصرة". فمن خلال الحفز السلوكي، سيحافظ الجميع على العدد الأقصى من الخيارات، ولكن

الجدول رقم (١). تصنيفات الحفز السلوكي.

أنواع الحفز	معياري التصنيف	الباحث
موجه على تنبيه النظام ١ وعلى تنبيه النظام ٢: يتضمن التمييز بين نوعين من التفكير، أحدهما بديهي وتلقائي (النظام ١) والآخر عقلائي (النظام ٢)	نظام الدماغ Brain System	Thaler and Sunstein (2008)
(١) مجتمعات أكثر أماناً (منع الجريمة، والحد من السلوك المعادي للمجتمع، ومنع تدهور البيئة المحيطة)، (٢) المجتمع الجيد/الصالح (تعزير السلوكيات البيئية، وزيادة التصويت، وتشجيع الأبوة والأمومة المسؤولة)، (٣) حياة صحية ومزدهرة (الإقلاع عن التدخين، والحد من السمّنة، وتعزيز الموارد المالية الشخصية المسؤولة، وتشجيع الحصول على التعليم والتدريب)	مجالات السياسة العامة Policy Areas	The Behavioral Insights Team (2010)
(١) القواعد الافتراضية، (٢) التبسيط، (٣) استخدامات الأعراف الاجتماعية، (٤) زيادة السهولة والملاءمة، (٥) الإفصاح، (٦) التحذيرات أو الرسم أو غير ذلك، (٧) إستراتيجيات الالتزام المسبق، (٨) التذكيرات، (٩) استحضار نوايا التنفيذ، (١٠) إعلام الناس بطبيعة وعواقب خياراتهم السابقة	قائمة بسيطة - ١٠ تنبيهات Simple List - 10 Nudges	Sunstein (2014)
التنبيهات الاجتماعية/التنبيهات المؤيدة للذات: تركز التنبيهات الاجتماعية على تثبيط السلوك العقلائي لزيادة الربح، بينما تشجعه التنبيهات الذاتية	التركيز على الرعاية الخاصة أو الاجتماعية Focusing on Private or Social Welfare	Hagman and all (2015)
(١) الحملات الإعلامية الحكومية، (٢) متطلبات الكشف عن المعلومات الإلزامية التي تفرضها الحكومات، (٣) القواعد الافتراضية الإلزامية التي تفرضها الحكومات، (٤) الدعاية اللاشعورية الإلزامية ("Non-nudge")، (٥) هندسة الاختيار الإلزامية	مستوى التدخل Level of Intrusion	Sunstein, Reisch and Rauber (2017)
تدخين، توفير، طاقة، ماء، سمّنة، تصويت	القضية Issue	Sunstein (2018)
(١) إعادة توجيه الاختيارات الفردية من خلال تغيير شروط الاختيار بشكل طفيف فقط (الحفز ١)، (٢) استخدام فشل العقلانية بشكل فعال (الحفز ٢)، (٣) تخفيف الآثار غير المرغوبة لهذه الإخفاقات (الحفز ٣)	خصائص تدخلات الحفز Properties of Nudge Interventions	Mongin and Cozic (2018)

المصدر: (Khadzhyradieva and all (2019).

توجيه هذه التحيزات بطرق إيجابية بدلاً من تحديدها من خلال الإقناع أو تجاهلها. وبهذه الطريقة، يذهب الحفز السلوكي إلى ما هو أبعد من مفاهيم الاقتصاد السلوكي في محاولة نمذجة كيف سيتصرف الأفراد بدلاً من مجرد ملاحظته، وتحويل تلك الأدبيات إلى نظرية قابلة للتطبيق من طرف صانعي السياسات (Ryan, 2017).

والملاحظ أن الحفز لا يعتبر مشروعاً ما لم يكن مبنياً على التحيز، لأنه إذا لم يكن هناك تحيز، فلا يمكن افتراض أن السلوك شيء يرغب الشخص في تصحيحه. بدون هذه المعايير، تصبح التقنيات النفسية مجرد أداة أخرى لمجموعة من الأفراد لفرض إرادتهم على مجموعة أخرى من خلال وسائل أكثر خداعاً وأقل عنفاً بشكل علني، بينما يسعى الحفز إلى

العامّة السلوكية (BPP) behavioral public policy. إلا أن هذا الأخير تعرض لنقد مفاهيمي حاد، حيث تثير هذه السمة (السلوكية) إشكاليتين رئيسيتين (Galizzi, 2017):

- الإشكالية الأولى: غالبًا ما يكون من غير الواضح ما إذا كانت السمة "السلوكية" تشير إلى طرق البحث أو الأفكار التي تم الحصول عليها من البحث (أو كليهما)، فهل يعتبر تدخلًا يعتمد على أدلة من تجربة عشوائية محكومة تلقائيًا سياسة سلوكية؟

- الإشكالية الثانية: ما مدى قرب الجوهر المفاهيمي لهذه السياسات "السلوكية" المتباينة من الرؤى الحقيقية من العلوم السلوكية؟ بعبارة أخرى، ما هي الرؤى "السلوكية" التي تعتبر سلوكية حقًا؟

ذلك أن السياسة العامة السلوكية التي تُعرّف عادةً على أنها تدخل سياسي مستوحى مباشرةً من مبادئ البحث السلوكي ومصمم بناءً عليها (Galizzi, 2017)، لم يتم طرحها بالكامل بعد ولكن لا تزال عالقة في المرحلة التجريبية، إذ يمكن اعتبارها نموذجًا للسياسة العامة "فيد التكون". فقد أكد الباحث Benjamin Ewert من جامعة Fern Universität in Hagen بألمانيا في ورقة بحثية بعنوان "تجاوز الهوس لدفع السلوك الفردي: نحو فهم أوسع لتطبيق التبصرات السلوكية في السياسة العامة" Moving beyond the Obsession to Nudge Individual Behavior: Towards a Broader Understanding of Applying Behavioral Insights to Public Policy، قدمها في الملتقى العلمي الدولي الخاص بالسياسات العامة بكندا في دورته الرابعة، المنعقد بتاريخ ٢٦-٢٨/٦/٢٠١٩م، أنه بناءً على مقابلات أجراها مع عدد من المتخصصين في موضوع الدراسة اتضح أنه: "بينما تُستخدم مصطلحات "العلوم السلوكية" و "التبصرات السلوكية" بشكل طبيعي فيما يتعلق بصنع السياسات السلوكية، لا يستخدم الأشخاص الذين تمت مقابلتهم المصطلح الأكاديمي "السياسة العامة السلوكية" لوصف "المشهد الذي يتطور بسرعة كبيرة"، ولا يستخدم مصطلح "حفز" كمرادف لتطبيق هذا النهج من

بناء على ما تقدم، نستنتج أن الأفكار السلوكية التي يدور حولها النهج السلوكي في صنع السياسة العامة تتجاوز الرؤى التي يوفرها النظام الأكاديمي للاقتصاد السلوكي، فبينما يدرس هذا الأخير آثار العوامل النفسية والاجتماعية والمعرفية والعاطفية على القرارات الاقتصادية للأفراد والمؤسسات، يغطي تطبيق النهج السلوكي في صنع السياسة العامة نطاقًا أوسع من صنع القرار الاقتصادي، وبالتالي يتضمن مجموعة أوسع من الأفكار السلوكية من تلك ذات الصلة بهذا المجال، خاصة أن العلوم السلوكية، في حد ذاتها، لا تشكل مجالًا موحدًا، بل تتميز بتعددية العلوم التي لا يمكن بسهولة لواضعي السياسات والممارسين الاستفادة منها، إذ يعتمد في صنع السياسة العامة على فرع معين من النظريات السلوكية، خاصة تلك المتوافقة مع المنهجيات التجريبية (OECD, June 2019).

٢- السياسة العامة القائمة على النهج السلوكي: تحديات مفاهيمية متشابكة

طرح تطبيق النهج السلوكي في صنع السياسة العامة تحديات مفاهيمية متشابكة تتعلق بضبط مفهوم السياسة القائمة على دمج الرؤى المستمدة من العلوم السلوكية في تطوير الفهم الحقيقي للعقلانية المحدودة للأفراد، والتي يتم تأطيرها إلى حد كبير من خلال سياسة الحفز السلوكي المستوحاة من مفاهيم الاقتصاد السلوكي، الأمر الذي يستدعي ضرورة تحديد الفرق بين سياسة الحفز السلوكي والسياسة القائمة على التبصرات السلوكية من جانب آخر.

(أ) إشكالية ضبط مفهوم السياسة العامة القائمة على النهج السلوكي

نظرًا لانتشار النهج السلوكي في صنع السياسة العامة على نطاق واسع في دوائر السياسة العامة، يُشار اصطلاحًا إلى المبادرات والنتائج الناجمة عنه بشكل متزايد باسم السياسة

التنظيم وأدائه. وتصف منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية هذه العملية على أنها: "نهج استقرائي لصنع السياسات يجمع بين رؤى من علم النفس والعلوم المعرفية والعلوم الاجتماعية مع نتائج تم اختبارها تجريبياً لاكتشاف كيف يتخذ البشر الخيارات بالفعل" (Heijden, 2019). إذ توفر هذه الأخيرة فرصاً لوضعي السياسات لتعزيز تأثير البرامج الحكومية عندما تعتمد فعاليتها على خيارات الناس، فغالباً ما تركز التدخلات السلوكية المستخدمة من قبل الحكومة على زيادة معدلات الامتثال، وتحسين جودة الخدمات العامة، ناهيك عن زيادة الاستفادة من الموارد المتاحة، حيث يمكن أن يكون للتطبيقات الفعالة للتبصرات السلوكية التأثيرات التالية:

- جعل البرامج الحكومية أكثر كفاءة.
- جعل البرامج الحكومية أكثر تأثيراً (Mitra-Majumdar and all, 2018).

(ب) الفرق بين سياسة الحفز السلوكي والسياسة القائمة على التبصرات السلوكية

تجدر الإشارة إلى أنه في بعض الأحيان يتم استخدام مصطلح التبصرات السلوكية ومصطلح الحفز السلوكي كما لو أنهما نفس المعنى ونفس الأثر، فعلى الرغم من أنها متصلان إلا أنها مختلفتان بشكل أساسي، ذلك أن التبصرات السلوكية ناتجة عن أبحاث متعددة التخصصات في مجالات مثل علم الاقتصاد وعلم النفس وعلم الأعصاب، وهدفها هو فهم كيفية تصرف البشر وكيفية قيامهم باتخاذ القرارات في حياتهم اليومية، وكيفية التأثير فيها. أما الحفز كما عرفناه سابقاً فهو أي جانب من جوانب هندسة (تشكيل بنية) الاختيار التي تغير سلوك الأشخاص بطريقة يمكن التنبؤ بها دون حظر أي خيارات أو تغيير حوافزهم الاقتصادية بشكل كبير. وبعد نشر كتاب Thaler و Sunstein عام ٢٠٠٨م، بدأت التبصرات السلوكية (التصورات، البصائر، الرؤى السلوكية) بالارتباط بشكل مباشر بالحفز - ربما كان ولا يزال هذا سبباً من أسباب توجه الناس

السياسات، بل يقر المشاركون في الاستطلاع بأن صيغة Thaler و Sunstein لعام ٢٠٠٨م قد سرعت وضاعفت من "التطبيق المنهجي والدقيق للتبصرات السلوكية في عملية صنع السياسات"، في حين أن النسخة الأوسع من صنع السياسات السلوكية تعني تطبيق "العدسة السلوكية" behavioral lens على عملية السياسة ككل. إذ يُقترح إدراك السياسة العامة السلوكية كنهج تعددي متعدد الأغراض يسمح بتطبيق التبصرات السلوكية "في جميع أنحاء عملية السياسة" وبالاقتران مع السياسات التنظيمية. ومن ثم، يمكن فحص كل قضية تتعلق بالسياسة من خلال عدسة سلوكية، وهو ما يعني تحويل الانتباه من بنى الاختيار الفردي إلى مجموعة واسعة من "الروابط السلوكية" التي يُنظر إليها على أنها تفاعل مع كل أصحاب المصلحة - طوال عملية السياسة" (Ewert, 2019).

كما يتيح توفير المعلومات المستندة إلى الأدلة حول الروابط السلوكية (أي الاستدلال والتحييزات وأيضاً تفضيلات الأشخاص ودوافعهم) "استخداماً جذرياً لعلم السلوك"، حيث يمكن تفكيك كل مرحلة وكل جانب من جوانب عملية السياسة إلى أجزائها السلوكية. ونتيجة لذلك، ليس فقط السلوك غير المرغوب فيه للمواطنين يمكن معالجته من قبل السياسة العامة السلوكية، ولكن أيضاً سلوك المديرين العامين والمنظمات. وبالتالي، فإن السياسة العامة السلوكية هي "دائماً أكثر من مجرد دفع [...] إنها تتعلق بالتفكير في فهم كيفية تصرف الأشخاص وممارستهم بالفعل لتحسين كيفية صنع السياسة العامة" (Ewert, 2019).

والملاحظ أنه في الوقت الذي تعتبر السياسة السلوكية أنموذجاً قيد التكوّن لم تبلور سماته المفاهيمية بعد، يتم تطبيق عملياته الرئيسية (التبصرات السلوكية "Behavioral Insights") بشكل متزايد في صنع السياسة العامة، بعد أن تجاوز استخدام التبصرات السلوكية كونه مجرد "أداة" (حسب تعريف Thaler و Sunstein) ليصبح عملية تطوير وتنفيذ وقياس وتكييف

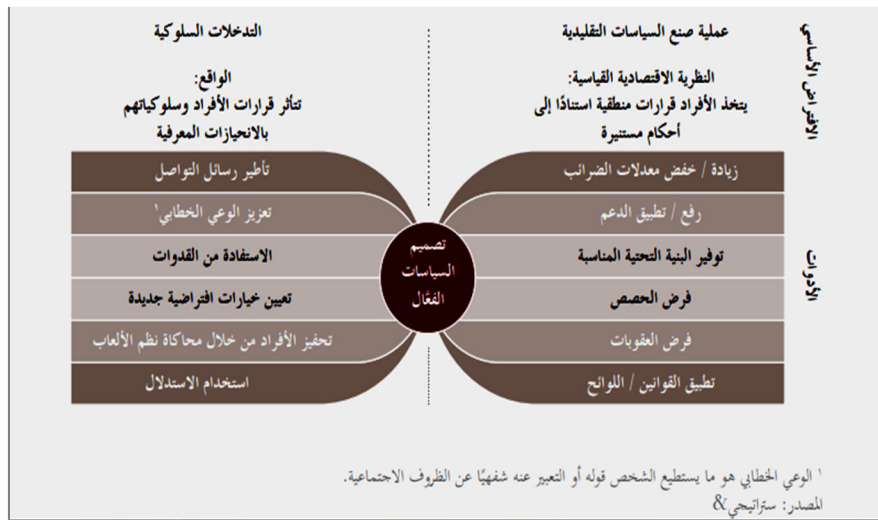
معتقداتهم وأساليبهم وسلوكياتهم العاطفية لتأليف قصة ورسالة تسهم في تغيير سلوكياتهم بطرق تبدو طبيعية بالنسبة لهم، وتشكل هذه التبصرات أساسًا لجميع أركان تنفيذ الخطة، بما في ذلك القياسات والتحسينات" (عدرا وآخرون، ٢٠١٨م). فمن أجل تحقيق أهداف الرفاهية على المدى الطويل والأكثر فعالية من حيث التكلفة، يجب على الدولة محاولة تغيير سلوكيات الأفراد "بدهاءة"، بدلًا من التدخل "اللاحق" بشأن عواقب سلوكهم. وفيما تتحدد عناصر الاختلاف بين التبصرات السلوكية والحفز السلوكي فيما يلي (النجار، ٢٠١٩م):

عناصر الاختلاف	التبصرات السلوكية	الحفز السلوكي
(١) وقت حدوثها في عملية صنع السياسة:	المدخلات	المخرجات
(٢) النهج:	مرجع واسع لأدوات السياسة	التركيز على بيئة الاختيار

يوضح الجدول رقم (٢) خصائص سياسة الوكز السلوكي مقابل السياسة العامة القائمة على التبصرات السلوكية.

إلى تسمية فريق البصائر السلوكية البريطاني بشكل غير رسمي باسم "وحدة الحفز" "Unit Nudge"، وعلى الرغم من ذلك فإن مفهوم التبصرات السلوكية يذهب إلى ما هو أبعد بكثير من تطبيق بعض التدخلات السلوكية، حيث تمثل التبصرات السلوكية كنهج مبتكر لصنع السياسات العامة مدخلاً من مدخلات عملية صنع السياسة العامة من خلال التأثير بشكل مباشر على خيارات الأفراد، إذ تقوم هذه الأخيرة بدراسة التحيزات المعرفية للأفراد وكيفية صنع الخيارات والتصرفات في مواقف الحياة الواقعية، وتطوير التدخلات التي من شأنها أن تساعدهم على تحقيق ما يريدون (Do and all, 2016)، ويمكن دمجها بالكامل مع أشكال التدخل التقليدية الأخرى (كالحوافز واللوائح أو الضوابط) ومتطلبات المعلومات - أي المعلومات اللازمة لدعم عمل أو نشاط معين (النجار، ٢٠١٩م)، كما هو موضح في الشكل رقم (٢).

تعمل تحليلات العلوم السلوكية على تحليل التحيزات المعرفية للأفراد، وتستخدم هذه المعلومات الشخصية (المعتقدات، والمواقف، والسلوكيات العاطفية) لتصميم تدخلات يمكن أن تغير من سلوكياتهم، وقد بينت الدكتورة Michelle Harrison الرئيس التنفيذي لممارسات الحكومات والقطاع العام لدى "دبليو بيه بيه" في مقابلة أجريت معها أن: "الأمر يتمحور حول فهم



الشكل رقم (٢). تكمل العلوم السلوكية عملية صنع السياسات التقليدية من خلال مراعاة الانحيازات المعرفية. المصدر: عدرا وآخرون (٢٠١٨م).

الجدول رقم (٢). خصائص سياسة الحفز السلوكي مقابل السياسة العامة القائمة على التبصرات السلوكية.

السياسة العامة القائمة على التبصرات السلوكية	سياسة الحفز السلوكي	
العلوم السلوكية والاجتماعية الأساليب المختلطة (نوعية وكمية)	علم الاقتصاد السلوكي الأساليب الكمية (في الغالب تجارب التحكم العشوائية)	الأساس العلمي والمنهجي
مقرب الأنظمة الكاملة/ النظام الكلي عالي (تطبق في جميع نواحي عملية السياسة)	تدخل انتقائي (تعديل تكنولوجي) / منخفض (مفهوم مستقل)	نطاق ومستوى تكامل السياسات
الحفز، التعزيزات ... إلخ	الحفز	المناهج والأدوات
المستوى الفردي والجماعي: جميع أصحاب المصلحة	المستوى الفردي: المواطنون والمستهلكون والمستخدمون النهائيون	المستهدفين
متعدد الأغراض/ الغايات	تغيير السلوك الفردي	هدف/ غاية السياسة
واسع	منخفض	نطاق المشاكل
جعل الإمدادات الغذائية في المناطق الحضرية أكثر استدامة من خلال العمل الجماعي	تغيير تصميمات الاختيار في المطاعم (غرف طعام أكثر ذكاءً)	مثال

المصدر: (Ewert, 2019).

- إن تطبيق التبصرات السلوكية لا يستدعي بالضرورة صياغة أي تعديلات قانونية أو إدخال إصلاحات مؤسسية ضخمة، إذ يعتبر التفكير في حقيقة أن التغييرات الطفيفة قد تؤدي إلى تغيير مفاجئ هو أفضل تشجيع لتطبيق هذا النهج.
 - غالبًا ما يجلب تطبيق التبصرات السلوكية مزيدًا من الإيرادات للموازنة المحلية على المدى القصير والطويل. ولأن الأمر مرتبط بشكل صارم بالموارد المالية التي يجب توظيفها، يصبح من الصعب مقاومة إغراء محاولة استخدام هذا النهج في صنع السياسة العامة.
 - ضمن هذا المسار من العمل من السهل بناء تحالف يتألف من شركاء المجتمع المدني والأوساط الأكاديمية والقطاع الخاص
- دفعت الاعتبارات سابقة الذكر إلى تطوير البحث عن إطار منهجي من شأنه تزويد صناعات السياسة العامة بأساليب أفضل للممارسات والمبادئ التوجيهية والأخلاقية لتطبيق التبصرات السلوكية في عملية صنع السياسات العامة، وذلك عبر مختلف المراحل التي مر بها تطور الاهتمام العالمي بهذا النهج.

وتجدر الإشارة إلى أن استخدام التبصرات السلوكية ليس هدفًا للسياسة في حد ذاته، ولكنه نهج يجب تطبيقه على السياسة العامة. ويتعلق الأمر أساسًا بالطريقة المنهجية التي يتم بها إنتاج هذه المعرفة حول السلوك البشري، إذ يتيح دمج الرؤى المستمدة من العلوم السلوكية لصانعي السياسات تطوير فهم حقيقي للعقلانية المحدودة للأفراد والتي يتم تأطيرها إلى حد كبير من خلال سياسة الوكز السلوكي، باعتبارها في الأساس إطارًا تقنيًا لتطبيق العلوم السلوكية في صنع السياسة العامة.

المحور الثاني: التطبيق المنهجي

للتبصرات السلوكية في صنع السياسة العامة

على مدى السنوات الماضية، برز تطبيق التبصرات السلوكية على رأس جدول أعمال الإصلاح في العديد من الدول والمنظمات الدولية. ويعود أحد أسباب الاهتمام المتزايد بهذا النهج إلى الترويج الضخم له من قبل المنظمات الدولية مثل الاتحاد الأوروبي أو البنك الدولي أو منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، وذلك بالنظر إلى اعتبارات عدة، أهمها (Gawłowski, 2019):

١- مراحل تطور الاهتمام العالمي بتطبيق التبصرات السلوكية في صنع السياسات العامة
تطور الاهتمام العالمي بتطبيق التبصرات السلوكية في صنع السياسات العامة من خلال ثلاث مراحل أساسية.

(أ) المرحلة الأولى: مرحلة التفاعل وإضفاء الطابع المؤسسي (٢٠١٠-٢٠١٢م)

بعد نشر كتابها *Nudge*، بدأ كل من Thaler و Sunstein العمل في تقديم المشورة للإدارات العامة في المملكة المتحدة البريطانية والولايات المتحدة الأمريكية على التوالي. وبعد فترة وجيزة من تشكيل الحكومة الائتلافية بقيادة David Cameron في بريطانيا (ماي، ٢٠١٠م)، وتبنيًا لفكرة المجتمع الكبير The Big Society تم الاتصال بـ Thaler للمساعدة في إنشاء كيان من شأنه تطبيق العلوم السلوكية، وتم اختيار David Halpern لإدارة العملية، حيث قام هذا الأخير بتجميع فريق يسمى فريق الرؤى السلوكية (BIT)، والذي يشار إليه غالبًا باسم "وحدة الحفز" التابعة لمكتب مجلس الوزراء (Vegeant, 2016). كما أصبح Sunstein مستشارًا للرئيس الأمريكي الأسبق Barack Obama، وفي عام ٢٠٠٩م رئيسًا لمكتب البيت الأبيض للمعلومات والشؤون التنظيمية (OIRA)، وهي وكالة ذات تأثير كبير على صياغة وتنفيذ السياسات الحكومية، وظهر دعم واضح من الرئيس Obama في شكل الأمر التنفيذي (١٣٥٦٣) الصادر عام ٢٠١١م الذي يحث الوكالات على "التحديد والنظر في الأساليب التنظيمية التي تخفف الأعباء وتحافظ على المرونة وحرية الاختيار للجمهور" (Kuehnhan, 2019).

في هذه المرحلة طور فريق الرؤى السلوكية بالمملكة المتحدة (BIT) اتصالات راسخة مع مكتب الولايات المتحدة الأمريكية للمعلومات والشؤون التنظيمية (OIRA)، وعلى المستوى الأوروبي، تم ربط فريق الرؤى السلوكية (BIT) مع مجموعة صغيرة من المتخصصين السلوكيين في معهد الصحة وحماية المستهلك في مركز البحوث المشتركة التابع للمفوضية الأوروبية.

وعام ٢٠١٢م، بدأت (BIT) عدة شركات طويلة الأجل مع المتبنين الأوائل الآخرين، مثل حكومة نيو ساوث ويلز في أستراليا ووزارة القوى العاملة في سنغافورة (Straßheim, 2020).

(ب) المرحلة الثانية: مرحلة التدويل (٢٠١٤-٢٠١٨م)

تميزت هذه المرحلة بالظهور الدولي لمنظمات الخبرة السلوكية الجديدة وبتوسيع الروابط والتعاون بينها. وقد نما في هذه المرحلة عدد الموظفين في فريق الرؤى السلوكية البريطاني بشكل مثير للإعجاب، لاسيما منذ الخصخصة الجزئية عام ٢٠١٤م، كما أقيمت شركات دولية متعددة بين وحدة الوكز السلوكية البريطانية وشبكة الرؤى السلوكية في هولندا (٢٠١٤م)، ووزارة المالية المكسيكية (٢٠١٦م)، وهيئة الإسكان لمدينة نيويورك (٢٠١٦م). ومن جانب آخر عملت الوحدات السلوكية الأخرى أيضًا على مضاعفة تعاونها مع الجهات الفاعلة الوطنية والدولية وعبر الوطنية.

(ج) المرحلة الثالثة: منذ عام ٢٠١٨م

في مرحلة ثالثة من التنوع منذ عام ٢٠١٨م، أصبح من الواضح أن العلوم السلوكية تعمل في أنظمة تنظيمية معقدة ومدججة، وتتألف من إجراءات لامركزية متعددة المستويات وتفاعلات بين الدول وشبكات الجهات الفاعلة غير الحكومية وأنماط متعددة من التنسيق المجتمعي، فقد يتعاون هؤلاء في شكل فضفاض من الشبكات غير الرسمية أو مجموعات تبادل المعرفة أو مجموعات العمل أو المشاريع الإستراتيجية (كما في الحالة الهولندية). وتؤدي المنظمات الدولية والعبارة للحدود، مثل منظمة الأمم المتحدة للطفولة ومنظمة الصحة العالمية وصندوق الأمم المتحدة للسكان، وكذلك المنظمات غير الحكومية والمنظمات متعددة الجنسيات مثل مختبر عبد اللطيف جميل لمكافحة الفقر (J-PAL)، دور مهم في انتشار الأساليب السلوكية في مناطق مختلفة من جنوب الكرة الأرضية (Straßheim, 2020).

التبصرات السلوكية من بداية دورة السياسة العامة إلى نهايتها عبر استخدام عملية أساسية لتحليل السلوكيات (BASIC)، تتضمن خمس مراحل لتطبيق التبصرات السلوكية في صنع السياسة العامة، كما هو موضح في الشكل رقم (٣).

إن دمج التبصرات السلوكية في صنع السياسات من خلال الأخذ بهذه المراحل يسمح بتحقيق ما يلي (OECD, June 2019).

(أ) تحديد وفهم أفضل لمشكلة السياسة العامة

إذ يعد تطبيق التبصرات السلوكية في هذه المرحلة المبكرة مثالاً، وتضمن هذه المرحلة الإجابة عن أربعة أسئلة رئيسية تساعد في تحديد وتعريف الجوانب السلوكية لمشكلة السياسة العامة، وهي:

- ما هي السلوكيات التي تتحكم في مشكلة السياسة؟
 - ما هو السلوك (السلوكيات) الذي يجب أن تستهدفه؟
 - ما هي النتيجة المرجوة من السياسة العامة؟
 - ما هو السياق الذي يشكل السلوكيات المستهدفة؟
- إن إشراك أصحاب المصلحة و/أو المواطنين و/أو خبراء السلوك في هذه المرحلة المبكرة يمكن أن يساعد في تكوين رؤى حول الجوانب السلوكية للمشكلة، ويجب أن ينصب الأمر على السلوك (السلوكيات) التي يمكن قياسها، وليس على الآراء أو القيم أو الجوانب الهيكلية للمشكلة.

(ب) مراجعة الأدلة المتاحة لتحديد الدوافع السلوكية للمشكلة

بمجرد تحديد المشكلات السلوكية للسياسة، من المهم فهم سبب تصرف الأفراد على هذا النحو، إذ تتضمن مرحلة التحليل فحص العوامل النفسية والمعرفية التي تسبب السلوك المستهدف.

والملاحظ أنه منذ نشر البنك الدولي عام ٢٠١٥م تقريره الرئيسي عن التنمية في العالم بعنوان "العقل والمجتمع والسلوك"، والذي يهدف إلى تعزيز إطار عمل جديد لسياسة التنمية على أساس "الاهتمام الكامل بالتأثيرات النفسية والاجتماعية، ثم إطلاق مبادرة New Global Insights Initiative" على نطاق دولي لمساعدة الحكومات في تطبيق واختبار التبصرات السلوكية في تفعيل السياسات العامة، لم يعد من الممكن اعتبار التصورات السلوكية سياسة عامة قصيرة المدى، فقد ترسخت في نواح كثيرة عبر العديد من البلدان من جميع أنحاء العالم، بالإضافة إلى إمكانية أكبر لتطبيقها في المجالات المحتملة لاستكشافها من قبل الممارسين السلوكيين في السياسة العامة.

٢- الإطار المنهجي لتطبيق التبصرات السلوكية في صنع السياسة العامة

تساعد التبصرات السلوكية الهيئات العامة على فهم سبب تصرف المواطنين والاختبار المسبق لصياغة سياسات أكثر فعالية قبل تنفيذها على نطاق واسع، ومن خلال دمج التبصرات السلوكية في صنع السياسات العامة، يمكن للحكومات أن تتوقع بشكل أفضل العواقب السلوكية لسياسة ما، وفي نهاية المطاف، تصميم وتقديم سياسات أكثر فاعلية لتحسين رفاهية المواطنين، وذلك بالاعتماد على مجموعة أدوات تزود صانع السياسة بأساليب أفضل للممارسات والمبادئ التوجيهية والأخلاقية^(٣) لدمج

(٣) تشمل المبادئ التوجيهية والأخلاقية لدمج التبصرات السلوكية في صنع السياسة العامة مجموعة المعايير التالية: وجود بيانات جيدة أو موثوقة تستند إلى إجراء حسابات قوية مسبقاً لضمان استخدام أحجام عينات كبيرة بما فيه الكفاية في التجارب، والحرص على إجراء مراقبة مستمرة لتحديد الآثار قصيرة المدى وطويلة المدى، ونشر العمل من أجل الشفافية والمساءلة من خلال تقارير منتظمة عن أنشطة الممارسين السلوكيين في السياسة العامة للحفاظ على المصداقية والمعايير العالية في تطبيق الرؤى السلوكية، والكشف عن التكاليف الفعلية لتطبيق التبصرات السلوكية (OCED, March 2017).



الشكل رقم (٣). مراحل تطبيق التبصرات السلوكية في صنع السياسة العامة. المصدر: OECD (June 2019).

- تصميم الإستراتيجيات السلوكية التي ستغير بشكل فعال السلوكيات المحددة المرغوب معالجتها أو يمكن معالجتها تصميم وتنفيذ تدخل سلوكي لاختبار الإستراتيجية الأفضل لمعالجة المشكلة.
- تصميم تدخل يختبر الإستراتيجيات: بعد تطوير الإستراتيجيات، فإن المرحلة التالية هي تصميم تدخل يختبر الإستراتيجيات الأكثر فعالية للوصول إلى نتيجة السياسة المرغوبة. ومن ثم، وضع خطط لتوسيع نطاق السلوك المرغوب والحفاظ عليه، مما يمكن صانعي السياسات من اتخاذ قرار توسيع نطاق النتائج ونشرها بعد الاختبار.
- وضع خطط لتوسيع نطاق السلوك المرغوب والحفاظ عليه: مما يمكن صانعي السياسات من اتخاذ قرار توسيع نطاق النتائج ونشرها بعد الاختبار، ويحقق آثاراً بعيدة المدى.
- وفيما يلي قائمة بأهم الأطر المرجعية التي تم تطويرها على نطاق واسع، والتي تكمل (BASIC) وتشكل طرق أساسية لصانعي السياسات العامة، كما هو موضح في الجدول رقم (٣).

- والملاحظ أن العديد من المشكلات السلوكية التي يتعامل معها التدخلات السلوكية هي نتيجة للحدس الذي شكله عندما "نفكر بسرعة"، ويمكن تحديد أربعة جوانب رئيسية للسلوك تميل إلى التسبب في التحيزات التي تنطوي عليها المشكلات السلوكية:
- الاهتمام/الانتباه: بينما تدعي العقلانية أنه يجب أن يركز الأفراد على ما هو أكثر أهمية في ضوء معرفتهم وتفضيلاتهم، يعتبر نهج التبصرات السلوكية أن اهتمام الناس محدود ويسهل تشتيت انتباههم.
- تكوين المعتقدات: بينما تدعي العقلانية أنه يجب على الناس تكوين معتقداتهم وفقاً لقواعد المنطق والاحتمال، يعتمد الأفراد وفق نهج التبصرات السلوكية على الاختصارات العقلية.
- الاختيار: بينما تدعي العقلانية أن اختيار الأفراد من أجل تعظيم المنفعة المتوقعة، يتأثر الأفراد وفق نهج التبصرات السلوكية بالإطار أو سياق الخيارات.
- العزم/قوة الإرادة: بينما تدعي العقلانية أنه عندما يقرر الفرد متابعة أهداف معينة طويلة المدى، يجب عليه الالتزام بالخطوة، يرى نهج التبصرات السلوكية أن قوة إرادة الأفراد محدودة وتخضع للتحيزات النفسية.

الجدول رقم (٣). طرق تطبيق التبصرات السلوكية في صنع السياسة العامة.

المضمون	الجهة الواضحة	الطريقة
قائمة مرجعية مبكرة للتفكير في الكيفية التي يمكن بها لتسع رؤى سلوكية مثبتة جيداً أن تساعد في تطوير السياسة العامة وتصميمها وتقديمها، وتشمل: (الرسالة / Messenger / الحوافز / Incentives / العادات / Norms / إعدادات افتراضية / Defaults / الاستبصار / Salience / البرمجة / Priming / الأنا / Ego / الالتزامات / Commitment / التأثير / Affect)	فريق الرؤى السلوكية، المملكة المتحدة، ٢٠١٠م	MINDSPACE
مقدمة لأساسيات استخدام التجارب العشوائية ذات الشواهد (RCTs)	فريق الرؤى السلوكية، المملكة المتحدة، ٢٠١٢م	الاختبار (Test)، التعلم (Learn) والتكيف (Adapt)
إطار بسيط يأخذ في الاعتبار كيف يمكن للتبصرات السلوكية أن تساعد في تصميم السياسات بناءً على الاستفادة من الجوانب الاجتماعية لصنع القرار وجاذبية السياسات واختيار التوقيت المناسب	فريق الرؤى السلوكية، المملكة المتحدة، ٢٠١٤م	EAST Framework (سهل، جذاب، بسيط، في الوقت المناسب)
نظرة عامة شاملة عن كيفية ارتباط منظور التبصرات السلوكية في صنع القرار البشري بسياسة التنمية	البنك الدولي، ٢٠١٥م	تقرير التنمية العالمية للعقل والمجتمع والسلوك
إطار عملي للتفكير في المشكلة وإيجاد حلول لها من منظور سلوكي	مؤسسة ideas42، ٢٠١٧م	التحديد (Define)، التشخيص (Diagnose)، التصميم (Design)، الاختبار (Test)
مورد عملي للاستخدام من قبل موظفي مصلحة الضرائب الأمريكية والباحثين الذين يتطلعون إلى استخدام ذكاء الأعمال في عملهم	خدمة الإيرادات الداخلية الأمريكية (IRS)، ٢٠١٧م	مجموعة أدوات الرؤى السلوكية لخدمة الإيرادات الداخلية الأمريكية (IRS)
تضمن كتيب BEAR "قواعد اللعبة" الذي تم تطويره لتطبيق التبصرات السلوكية في المنظمات من خلال خطوات أربع	BEAR، ٢٠١٨م	التقييم (Assess)، الهدف (Aim)، العمل (Action)، التعديل (Amend)

المصادر: OECD (June 2019)، النجار (٢٠١٩م)، إعداد الباحثة.

(RCTs)^(٤) أو شبه التجارب، إذ يجب أولاً اختبار السياسات التي تتضمن السلوك المتوقع للأشخاص، ثم إعادة تقييمها

(٤) التجارب العشوائية ذات الشواهد (RCTs): طريقة بحث تم إنشاؤها في علم السلوك التطبيقي، حيث يتم اختبار التدخلات بشكل تجريبي في بيئتها الطبيعية، أينما كان - في متجر أو في المنزل أو في الشارع - وعادة ما تقسم التجارب العشوائية ذات الشواهد عينة البحث من الأفراد المستهدفين إلى مجموعتين، المجموعة التجريبية تواجه تغييرات في متغير واحد أو بعض المتغيرات، بينما تحافظ المجموعة الضابطة على الوضع الراهن أو تتلقى ما يعادل العلاج الوهمي. غالباً ما تعتمد نتائج التجارب العشوائية ذات الشواهد على المجموعة المستهدفة والموقع المحدد ووقت تنفيذها، لذا يوصى بتشغيل هذا النوع من التجارب مرتين للتأكد من الكشف عن العلاقات السببية بين التدخلات والسلوكيات الصحيحة (Mont and all, 2014).

والملاحظ عموماً، أنه لا يوجد نموذج أو طريقة واحدة للتبصرات السلوكية يمكنها تفسير السلوك البشري في مجمله، حيث تتطلب أي محاولة لشرح السلوك في سياق معين ملاحظات تجريبية محددة، فغالباً ما تكون تدخلات السلوكية سياقية، مما يعني أن تنبيهها معيناً قد يعمل في سياق واحد ولكنه قد لا يعمل، أو حتى يأتي بنتائج عكسية في سياق آخر. ومن ثم، فإنه لفهم فعالية التنبيه بشكل كامل، يجب اختباره باستخدام التجارب العشوائية ذات الشواهد

وبينما لا تزال المناقشات المنهجية قائمة، يستمر تطبيق التبصرات السلوكية بنجاح على مجموعة واسعة من مجالات السياسة، بدءاً من الطاقة والسلوك البيئي، إلى الممارسات المالية، والصحة، ومؤخراً موضوعات عن اقتصاديات التنمية، كما تستكشف الدراسات الأخيرة أيضاً المجالات التي كانت تقليدياً خارج نطاق هذا النهج، مثل السلوك التنظيمي والتحول الرقمي والاقتصاد الكلي (OECD, April 2019).

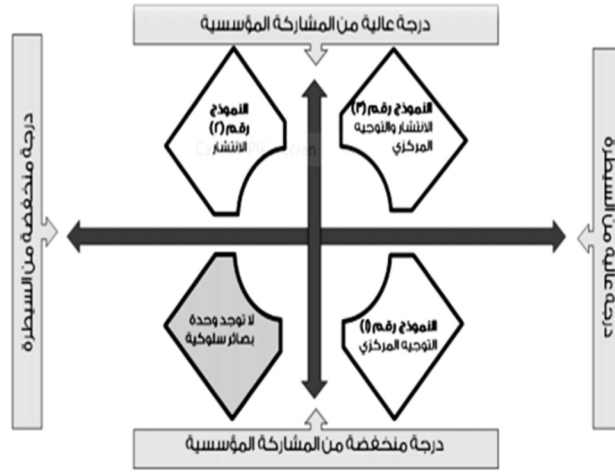
وقد اعتمدت العديد من الحكومات حول العالم نماذج تشغيلية متنوعة لنشر استخدام التبصرات السلوكية على الصعيد المؤسسي، ضمن بيئات مؤسسية متنوعة، ودرجات مختلفة من التدخلات السلوكية، حيث يجري دمج وحدات التبصرات السلوكية في العمل الحكومي بإحدى الهيكليات الثلاث التالية: أنموذج مركزي، أنموذج غير مركزي، أنموذج هجين، ويعتمد اختيار الأنموذج المناسب على الثقافة المؤسسية للبلد وكثافة التدخلات السلوكية، ويتضح ذلك من خلال الشكل رقم (٥).

(أي تنفيذها أو تعديلها أو إسقاطها) وفقاً للنتائج (Do and all, 2016).

وفيما يعتقد أن التبصرات السلوكية تستخدم عادة في مرحلة متأخرة نسبياً من صنع السياسة العامة - عندما تكون السياسة موجودة بالفعل - بحيث تطبق بشكل أساسي على المراحل النهائية لدورة السياسة مثلاً، وذلك من أجل تحسين عملية التنفيذ والامتثال (OECD, March 2017)، يمكن حالياً سد هذه الفجوة من خلال إمكانية مساهمة التبصرات السلوكية في مرحلتي التقييم المسبق والتقييم اللاحق لدورة السياسة. إذ يمكن استخدام التبصرات السلوكية بشكل أكثر في جميع مراحل صنع السياسة العامة، بحيث يجب أن تؤخذ في الحسبان على مدار دورة صنع السياسات بأكملها لضمان سلامة تصميم السياسات، وخفض تكاليف الازدواجية، والسماح بتعديل التدخلات بشكل فعال كما هو موضح في الشكل رقم (٤).



الشكل رقم (٤). التبصرات السلوكية ودورة السياسات العامة. المصدر: القمة العالمية للحكومات، (٢٠١٨م).



الشكل رقم (٥). نماذج وحدات التبصرات السلوكية. المصدر: النجار (٢٠١٩م).

يمكن هذا النهج صانعي السياسات من مراعاة السلوك البشري في تصميم السياسات وتنفيذها، بالاعتماد على الأدلة التجريبية بدلاً من النماذج النظرية. وتمثل القوة الأكثر وضوحاً لهذا النهج في توافقه مع مثل السوق الحرة، ففي عصر يجد فيه التفضيل الأيديولوجي للأسواق الحرة والتأثير المتزايد للعملة على الدول القومية من قدرة صانعي السياسات على التنظيم وفرض الضرائب من أجل التأثير على سلوك الأفراد، تمثل التبصرات السلوكية نهجاً عملياً مقبولاً لمحاولة حل المشكلات الاجتماعية والفردية الملحة بالنظر إلى ميزتين اثنتين:

- الميزة الأولى: تشير الميزة الأولى إلى فكرة العقلانية المحدودة لصنع القرار البشري، فبينما قد يرغب البشر في اتخاذ قرارات جيدة لأنفسهم، غالباً ما تجعل التحيزات المعرفية للعقل البشري من الصعب على الفرد اتخاذ قرار يصب في مصلحته. وبالتالي، فإن فرصة الاعتماد على التدخلات السلوكية أو التنبيهات التي صممها صانعي السياسات مع مراعاة المصالح الفضلى للفرد، قد تعني الراحة للعديد من الأفراد في مواقف معينة.

- الميزة الثانية: تشكل الميزة الثانية التي تشير إلى حقيقة أن الأفراد يمكنهم الانسحاب من التنبيه، صمام أمان

إنه بالنظر إلى الدعم السياسي الكبير، من المرجح أن يزداد استخدام التبصرات السلوكية في صنع السياسة العامة. ومع ذلك، واجه استخدام هذا النهج من قبل الحكومات، انتقادات كثيرة تتراوح من الاشتقاق ذاته لتبريرها المعياري إلى المخاوف بشأن الآثار القانونية والخصوصية، مما يتطلب المزيد من الوضوح حول الافتراضات، وفهم الاستقلال الذاتي الفردي، ودور الحكومات في تشكيل حياة الناس (Kuehnhanss, 2019)، في ظل ما يثيره تبني هذا النهج من إشكاليات تتحدى فعالية تبنيه في صنع السياسة العامة.

المحور الثالث:

النهج السلوكي في صنع السياسة العامة:

حدود الفعالية وإشكاليات الممارسة

تعود زيادة الاهتمام في السنوات الأخيرة بالسياسات القائمة على التبصرات السلوكية إلى العديد من نقاط القوة التي تجعلها جذابة بالنسبة لصانعي السياسات العامة من جانب وللمواطنين من جانب آخر، حيث تساعد التبصرات السلوكية صانعي السياسات على ربط عمليات وأهداف صنع السياسات المعقدة بعملية صنع القرار اليومية للأفراد، إذ

بيئة لا تخضع للرقابة الديمقراطية المباشرة، وبذا قد تفتقد التدخلات السلوكية إلى التكامل مع المؤسسات الديمقراطية (البرلمانات، ولجان الرقابة) (Lepenes, and Malecka, 2019)، فقد أشار بعض مؤيدي النهج السلوكي في صنع السياسة العامة إلى مسألة "التحيزات الجماعية" في تفسيرهم فشل الممارسات والإجراءات الديمقراطية المعتمدة كأسلوب لصنع القرار، إذ قد تعاني المشاركة السياسية من الاستقطاب الجماعي والتفاعل بين الأشخاص ذوي التفكير المائل، مما يؤدي بالمشاركين إلى تغيير مواقفهم وفقاً لضغوط المجموعة متأثرين في ذلك بآليات نفسية وإدراكية متعددة. وبناءً عليه، أوصى Sunstein باستخدام التدخلات السلوكية من أجل "إزالة التحيز" وتشيط دوافع المواطنين (Straubheim, 2020). إلا أن هذا لا يعني ادعاء عدم توافق المقاربات السلوكية مع المبادئ الديمقراطية على المستوى العام، ولكن الأمر يتعلق بمدى إمكانية تعارض بعض الممارسات المتعلقة بالنهج السلوكي في صنع السياسة العامة مع المبادئ الديمقراطية، بالنظر إلى ثلاث جوانب رئيسية.

(أ) أدوات السياسة

رغم أن الداعمون لهذا النهج يزعمون أن للتدخلات السلوكية تأثيراً اجتماعياً إيجابياً وأنها "تدفع إلى الخير"، إلا أن الملاحظ اليوم من خلال الممارسات السلوكية أنه لا يتم التدرج بمبادئ الأبوية الليبرتارية لإنشاء وحدات التبصرات السلوكية، بل يتم التوجه نحو استخدام نهج أكثر علمية في صنع السياسة العامة ("أكثر واقعية"، "صارم"، "قائم على الأدلة")، إذ لا يتم تقديم الأدوات السلوكية الآن في المقام الأول من خلال دفاع معياري (حرية الاختيار) أو اقتصادي (تكاليف أقل)، ولكن من خلال وسيلة علمية تمثل وفق وصف Eldar Shafir في مقدمة كتابه *The Behavioral Foundations of Public Policy*: "مجموعة غنية من الأبحاث

للحالات التي يتخذ فيها "صانع السياسة حسن النية" well-meaning policy maker قرارات تستند إلى اهتمامات أخرى غير اهتمامات الفرد. وهو ما يزيد من فرصة صانعي السياسات في التأثير بشكل إيجابي على غالبية الأفراد بينما يترك للأقلية حرية الاختيار بشكل مختلف. علاوة على ذلك، يمكن أن يسمح التنبيه للأفراد باختبار سلوك معين، والذي يمكن أن يتبعه بعد ذلك تغييرات في مواقف الناس، وبالتالي يمكن أن يكون بمثابة "بوابة افتتاحية" لصنع سياسة عامة أقوى (Mont and all, 2014). رغم أن نهج التبصرات السلوكية الذي يعتمد البحث التجريبي في تفسير التحيزات الملحوظة كأساس للتدخل الأبوي، يعد شكلاً متميزاً للغاية في صنع السياسة العامة، إلا أنه ليس من الواضح دائماً كيف يتجاوز هذا النهج أدوات المعرفة الكلاسيكية، حتى عندما يتم قبول التفويض الواسع كما ادعى Sunstein و Thaler، فإن الأمر يستحق تسليط الضوء على قضايا الفعالية ذات الصلة بشكل خاص. ذلك أن هذا النهج الذي حقق بعد أربع سنوات من صدور كتاب Thaler و Sunstein عام ٢٠٠٨م، اعترافاً واسع النطاق في اثنين من أكبر الديمقراطيات الغربية (المملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية)، واهتماماً متزايداً من قبل المنظمات الدولية لاحقاً، لم يقابل دائماً بالحماس، فقد وجهت له انتقادات واسعة، تتحدى شرعية وفعالية تبنيه في صنع السياسة العامة بالنظر إلى ما يطرحه من إشكاليات تمثيلية وأخلاقية وعملية.

١- الإشكاليات التمثيلية

تثار العديد من المخاوف والتساؤلات بشأن الشرعية الديمقراطية والمساءلة عند تطبيق التبصرات السلوكية في صنع السياسة العامة، حيث يمكن استخدام التدخلات السلوكية لتوجيه سلوك الأفراد دون إبداء الأسباب، أو الاعتماد على أساليب بحث غير التشاركية، إذ يتم اعتماد النهج السلوكي في

ينظر للنهج السلوكي في صنع السياسة العامة على أنه مشروع نخبوي مستوحى من المعرفة والخبرة العلمية، قد يؤدي إلى ظهور "دولة حفز" تقوض بمهارة العلاقات القائمة بين الدولة والمواطنين، من خلال وضع امتثال المواطنين لحلول السياسة الفعالة من حيث التكلفة على فضائل المواطنة الديمقراطية (Ewert, 2019).

- تواجه وحدات التبصرات السلوكية مقاومة من داخل الحكومة ومن جماعات الضغط الصناعية والشركات، ويتعين عليها باستمرار تقديم نتائجها بشكل مقنع من أجل اكتساب المصداقية السياسية. عملياً، حول هذا الإجراء وحدات التبصرات السلوكية إلى فاعلين سياسيين وإستراتيجيين يجب عليهم أن يوازنوا بين المسألة وبقاء المؤسسات. ووفقاً لتوقعات النظرية التنظيمية في العلوم السياسية، فإنه بمجرد وجود التنظيمات السلوكية، ستكون بحاجة إلى سبب للحفاظ على نفسها (Lepenies and Matecka, 2019).

وبينما يقترح Cairney استخدام مصطلح "مجتمع السياسة" و *policy community* للإشارة إلى أن القرارات المتعلقة بالسياسة يتخذها أولئك الذين يؤثرون بشكل غير رسمي، وأولئك الذين يتحملون المسؤولية الرسمية، فإنه في حال الاعتماد على هذا النهج، يجب الأخذ بعين الاعتبار الاتجاه الذي تسير فيه "المعرفة السلوكية" في مجتمع السياسة، إذ لا يقتصر الأمر على النتائج المؤكدة في الممارسة العملية فحسب، ولكن في كثير من الأحيان، يتم إنتاج المعرفة بشكل مشترك، ليس بسبب مشاركة صانعي السياسات وعلماء السلوك، ولكن لأن أعضاء وحدات التبصرات السلوكية هم في كثير من الأحيان باحثون وصانعو سياسات في نفس الوقت ممن اكتسبوا "الخبرة السلوكية" وفق Strassheim و Korinek، بالإضافة إلى المعرفة الإستراتيجية حول عمليات السياسة. والملاحظ أنه مع وجود أدوات السياسة غير التقليدية المتاحة تحت تصرف فرق التبصرات السلوكية، وبدون رقابة وإشراف ديمقراطي كامل،

التي أجريت على مدى العقود الثلاثة أو الأربعة الماضية [...] غيرت الطريقة التي نفهم بها الناس [...] هذه النظرة الجديدة للعامل البشري، قد تساعد في تصميم وتنفيذ سياسة عامة أفضل". كما أنه بإمكان واضعي السياسات استخدام الأدوات السلوكية مثل الحفز لتوجيه سلوك المواطنين دون إبداء الأسباب، وكذا الاعتماد على أساليب البحث غير التشاركية، الأمر الذي يستدعي ضرورة جعل الممارسة السلوكية أكثر شفافية وخضوعاً للمساءلة (Lepenies, and Matecka, 2019).

(ب) الأشكال التنظيمية التي أحدثتها

غالباً ما يتم تنفيذ السياسة العامة القائمة على التبصرات السلوكية في شكل تقدير إداري من قبل المنظمات التي لا تخضع لسيطرة ديمقراطية مباشرة، حيث يبدو أن وحدات التبصرات السلوكية في مختلف البلدان تختار أشكالاً تنظيمية مختلفة مركزية ومتشابكة، من أسفل إلى أعلى أو من أعلى إلى أسفل، أكاديمي أو إداري، الأمر الذي يثير العديد من الإشكاليات والتساؤلات، أهمها:

- ما مدى شرعية أن تصبح السياسات العامة القائمة على التبصرات السلوكية خدمة استشارية خاصة؟ هل يجب أن تكون وحدات التبصرات السلوكية عامة بقدر الإمكان من حيث هيكل الملكية؟ ذلك أن الوحدات المملوكة ملكية عامة تمكنهم بشكل أفضل من درء الممارسات السلوكية التجارية الاستغلالية (التنبيهاً المضادة).
- كيف يمكن للخبراء السلوكيين (ما يسمى بمهندسي الخيارات أو المخططين) التأثير على السياسة دون إحباط الإجراءات الديمقراطية لتشكيل الإرادة الجماعية؟ ذلك أنه يتم تصميم التدخلات السلوكية بالاعتماد على رأي خبراء السلوك دون الحاجة بالضرورة إلى استخدام المنتديات التداولية للمؤسسات الديمقراطية لتشكيل الإرادة الجماعية (Lepenies and Matecka, 2019)، وبذا

قد تقوم هذه الأخيرة (فرق التبصرات السلوكية) الميسّسة بطمس الحدود بين العمليات السياسية والسياسة والعلوم (Lepenies and Matecka, 2019).

(ج) دور القيم في البحث السلوكي

بينما يوضح أنصار النهج السلوكي في صنع السياسة العامة أمثال Lacey بأن علماء السلوك يتخذون أحكاماً قيمة عند تحديد "الإستراتيجية التي يجب تبنيتها"، إذ "يتم تحفيز بعض مناهج علم النفس المعرفي جزئياً من خلال إبراز قيم العقلانية والحرية"، يلاحظ أن هذا النهج يعتمد حالياً على وجهة نظر جزئية وضيقة للعلوم السلوكية، مغفلاً بذلك الأحكام القيمة المضمنة في البحث الذي يعتمد عليه، كونه أمر يصعب تحقيقه في السياسة العامة القائمة على استخدام المنهجية التجريبية في جميع وحدات التبصرات السلوكية حول العالم، ذلك أنها لا تخضع مباشرة للرقابة الديمقراطية في وضعها الحالي، إذ يقتضي إضفاء الطابع الديمقراطي على العلم أن يحصل الجمهور على فرصة للاعتراض بشكل شرعي على: اتجاه جهود البحث العلمي، شرعية ودرجة قبول الخبرة، الهياكل المؤسسية للعلوم (التقييم العام لأجندات البحث، خبرات المؤسسات العلمية)، ولا تقدم السياسة العامة القائمة على التبصرات السلوكية هياكل ديمقراطية في أي من هذه الجوانب الثلاثة (Lepenies and Matecka, 2019).

٢- الإشكاليات الأخلاقية

تثير التدخلات السلوكية مخاوف أخلاقية مشتركة بين مختلف التخصصات العلمية التي تعتمد على المنهجية التجريبية، وتتجلى بصورة خاصة في سياق وضع السياسات بمراحلتي الصياغة والتنفيذ (عدرا وآخرون، ٢٠١٨م)، ذلك أن افتراض Thaler و Sunstein أن هناك عقلانية موضوعية خارجة عن الأفراد، يثير إشكاليات أخلاقية عدة ترتبط بتطبيقات النهج السلوكي في صنع السياسة العامة، بعبارة

أخرى: هل من المناسب أن تستخدم الحكومات أساليب الاستدلال والتحفيز في توجيه سلوك الأفراد؟ وكيف يمكن للحكومات أن تتأكد من أن الأفراد لا يتصرفون بما يخدم مصالحهم الخاصة؟ لماذا لا تخضع الحكومة (وممثلوها) لنفس التحيزات والاستدلالات مثل تلك التي تسعى لمعالجتها في الآخرين؟ (Heijden, 2019).

تعكس الإشكاليات الأخلاقية إلى حد كبير الفلسفة السياسية للأفراد، فأولئك الذين يميلون إلى الليبرالية يعارضون عموماً هذا النهج، بينما أولئك الذين يميلون إلى الأبوية يفضلونها عادةً، وبذلك تختلف آراء الباحثين بخصوص الجوانب الأخلاقية لهذا النهج، إذ يجادل الداعمون لما صاغه Thaler و Sunstein في كتابهما *Nudge* وفق "الأبوية الليبرالية" من فكرة أنه من المشروع ومن الممكن للحكومة أن تؤثر على السلوك مع احترام حرية الاختيار. ويعد كتاب Cass R. Sunstein الأخير *Human Agency and Behavioral Economics: Nudging Fast and Slow* الصادر عام ٢٠١٨م، مثالاً أنموذجياً على هذه المجموعة من الباحثين (Heijden, 2019).

فيما يعارض الجانب الآخر استخدام التبصرات السلوكية في صنع السياسة العامة من وجهة نظر ليبرالية، إذ إن التدخلات السلوكية من شأنها أن تفتح الباب أمام الحكومة للتدخل في المزيد من جوانب المجتمع وتوسع من سلطتها. في حين أن الدور المناسب للحكومة هو منع الناس من إيذاء بعضهم البعض، ولكن بخلاف ذلك، يجب على الحكومة ترك الناس وشأنهم. ومن هذا المنظور، فإن معالجة استدلالات الناس وتحيزاتهم يحد من حريتهم الفردية، والتي تعتبر - في نظر هذه المجموعة - أمراً محظوراً. ويعد كتاب *Nudge in Theory and Action: Behavioral Design in Policy and Markets* الصادر عام ٢٠١٦م لمجموعة من الباحثين المقيمين في الولايات المتحدة الأمريكية من بينهم S. Abdulkadirov مثالاً أنموذجياً لآراء هذه المجموعة من الباحثين (Heijden, 2019).

المثال، متحيزين في دعمهم أو معارضتهم لاستخدام التبصرات السلوكية في التنظيم. عندما يقتنع صانعو السياسة بأن حلاً معيناً سينجح، فمن المرجح أن يبحثوا عن أدلة تدعم قناعاتهم السابقة ومن غير المرجح أن تتأثر بالحجج التي تتعارض مع ذلك (التحيز التأكيدي). وفي محاولة لحل هذه المشكلة بالضبط، نشرت وحدة التبصرات السلوكية في المملكة المتحدة تقريراً في عام ٢٠١٨ م حول كيفية خضوع المسؤولين الحكوميين بالفعل للاستدلال والتحيزات، وكيف يمكن معالجتها أو التخفيف من حدتها (Heijden, 2019).

٣- الإشكاليات العملية

تثار العديد من الإشكاليات العملية عند تطبيق هذا النهج في صنع السياسة العامة، تتمثل فيما يلي.

(أ) عملية تصميم التدخل السلوكي

إحدى الإشكاليات الرئيسية لتطبيق التبصرات السلوكية تتمثل في صعوبة تصميم تدخل سياسي صحيح، والتأكد من أن ما ينجح في المختبر أو بيئة التدخل (كما يستخدم غالباً في الدراسات العلمية) له أيضاً التأثير المطلوب على مستوى السكان، وذلك بالنظر إلى مجموعة من الاعتبارات، هي (Mont ad all, 2014):

- نقص الأدلة على مستوى السكان، نظراً لقلّة الدراسات البحثية التطبيقية التي لديها موارد للعمل مع مجموعة سكانية بأكملها كعينة.
- نقص الأدلة حول فعالية التكلفة والتأثير طويل المدى للعديد من الدراسات التجريبية.
- إن ابتكار بنية اختيارية تترجم بنجاح النتائج من بيئة المختبر إلى مستوى السكان عملية تستغرق وقتاً طويلاً. لذلك، غالباً ما يكون التأثير الأولي للتدخل صغيراً، وغالباً ما يتعين تعديل بنية الاختيار بشكل متكرر في عملية التجربة والخطأ قبل أن تحقق النتيجة المرجوة بشكل مرض.

ومن بين هذين الموقفين المتباينين، يتبنى بعض الباحثين موقفاً معتدلاً يرى في التدخلات التي تعزز اتخاذ القرار أو تسعى إلى تحيز القرار في الاتجاه المرغوب من خلال توفير المعلومات الواقعية أو الاختيار الفعال أو تغيير القواعد الافتراضية لا تمثل إشكالية. ومع ذلك، يحذر هؤلاء من التدخلات السرية أو المتلاعبة أو تفضيلات الشكل. وقد اقترح هؤلاء مجموعة من القواعد العامة في شكل تساؤلات، إذا كانت الإجابة على هذه الأسئلة بنعم حازمة، فإنهم سيوافقون على استخدام التبصرات السلوكية بهذه الطريقة طالما أن له ما يبرره، وتمثل فيما يلي: هل يمكن للناس الكشف عن التنبيه أو أنهم على دراية بـ "تنبيههم"؟ هل تسعى الحكومة لمساعدة الأفراد على تحقيق أهدافهم (الأبوية) بدلاً من تشكيل أهدافهم (إنهاء الأبوية)؟ هل يحافظ التدخل على حرية الاختيار؟ وهل يتجنب فرض تكاليف مادية على خيارات الأفراد؟ (Heijden, 2019).

في اتجاه آخر، يدافع آخرون عن تطبيق أبوي غير متماثل للتبصرات السلوكية أمثال Camerer و Issacharoff و Loewenstein و O'Donoghue و Rabin، حيث يعتبر التنظيم - حسبهم - أبوياً بشكل غير متكافئ إذا كان يساعد أولئك الذين من المرجح أن يتخذوا خيارات تتعارض مع مصلحتهم الخاصة، مع إلحاق ضرر ضئيل أو معدوم بأولئك الذين يتخذون قرارات مدروسة. ويجادل المؤيدون لمثل هذا التطبيق بأنه موقف أكثر تحفظاً تجاه "الأبوية الليبرالية" التي اقترحها Thaler و Sunstein، من حيث إنه يتطلب من أولئك الذين يسعون إلى استخدام التبصرات السلوكية في صنع السياسة العامة أن يسألوا عما إذا كان التدخل يضر بشكل غير ضروري مجموعة كبيرة من الأفراد "العقلانيين" (Heijden, 2019).

وفي سياق متصل، يطرح تساؤل حول عما إذا كانت الحكومات ربما تتأثر بنفس الأساليب التجريبية والتحيزات التي يسعون إلى معالجتها في الآخرين، فقد يكونون، على سبيل

الأفراد المستهدفين على معرفة ما إذا كان التدخل يحدث، وكيف يعمل وما يمكن فعله ضده. وبالرغم من أن Thaler و Sunstein يعترضان على الرسائل اللاشعورية ويدفعان بالكشف العلني عن التدخلات السلوكية، إلا أنه ليس من الواضح كمّ التفاصيل التي يجب على الحكومة أن تكشف من خلالها عن أنشطتها التنبؤية. إن الأمر يبدو إشكاليًا للغاية ويختلف تمامًا عن متطلبات الشفافية، فإذا كان الفرد لا يعرف أنه تم تنبيهه، فلا يمكنه الطعن في هذا الإجراء قضائيًا. وبما أنه يمكن تفعيل العديد من التنبهات إداريًا، فإن هذا الأمر يخلق عائقًا إضافيًا أمام المواطنين لمسألة حكومتهم وممثلهم (Kuehnhanss, 2019).

الخاتمة

قدمت العقود الأولى من القرن الحادي والعشرين تحولًا ملحوظًا في كيفية صنع السياسات العامة، فقد زودت التطبيقات السلوكية صانعي السياسات بطريقة مفاهيمية ومنهجية جديدة للتفكير في مشاكل السياسة التي ربما بدت في الماضي مستعصية على الحل، إذ يؤدي دمج التبصرات السلوكية في صنع السياسة العامة التقليدية إلى نهج أكثر شمولية لصنع السياسات يعترف بالتحيزات المعرفية والآثار الاجتماعية التي تعتمد عليها العديد من قرارات المواطنين، ويقر بأنه بينا النتائج تتأثر بالحوافز/التكاليف، فإنها تتأثر أيضًا بشكل مستقل ببنية الاختيار.

لقد أدى الانتشار العالمي لأدوات تغيير السلوك كأنماط جديدة للسياسة إلى إضفاء العديد من الدول والمنظمات الدولية الطابع المؤسسي على التطبيقات السلوكية. وهو ما شكل نهجًا جديدًا في صنع السياسات القائمة على الأدلة، لاسيما في ظل الإجماع المتزايد على أنه ينبغي النظر في المزيد من الأدلة السلوكية عند تطوير تصميم السياسة بالتركيز على اكتساب فهم أكبر للجوانب المنهجية والمفاهيمية.

• إن البشر بصفتهم كائنات عاكسة، يضبطون ويغيرون سلوكهم بناءً على التغيرات في بيئتهم، مما يجعل من الصعب التأكد مما يفعله الأفراد المختلفون (أو مجموعات الأفراد) من نفس الوكز، ولكي يكون ناجحًا، يتطلب التدخل السلوكي مستوى عالٍ من فهم سياق عملية صنع القرار، فما قد يثبت نجاحه مع مجموعة واحدة من الأفراد وفي وقت ما، قد يفقد فعاليته بمرور الوقت.

كما تثار العديد من الشكوك حول إمكانية مساهمة هذا النهج في حل المشكلات المجتمعية الكبيرة مثل تغير المناخ، إذ إن التغييرات طويلة الأجل في المجتمع نحو القيم المؤيدة للاستدامة تتطلب عمليات تداولية ومناقشات مجتمعية وخيارات واعية ل يتم دمجها مع سلوكيات تلقائية وبدئية وروتينية (Mont ad all, 2014).

(ب) صعوبات القياس

على الرغم من أن الأدلة العلمية تدعم العديد من السياسات القائمة على التبصرات السلوكية، إلا أن حجم تأثيرات تدخلات السياسة والنتائج الفعلية لها في سياقات محددة لا يزال من الصعب قياسه، إذ تختلف الأعراف الاجتماعية والثقافية بين المجتمعات - حتى فيما بينها - عند مراعاة الأفضليات الفردية (عدرا وآخرون، ٢٠١٨م). وبذا لا يمكن تعميم نتائج تجربة واحدة بشكل عشوائي على مجموعة سكانية أوسع في ظل تعقيد السلوك البشري وتنوع العوامل التي تؤثر عليه. وهذا يعني أن تأثير التدخلات السياسية قد يكون من الصعب تقديره مسبقًا حتى في وجود نتائج تجريبية سليمة (Mont ad all, 2014).

(ج) الآثار القانونية للحفز

إن أي تقييد للحرية يجب أن يكون مبررًا ومعتدلًا قدر الإمكان، إذ يثير تطبيق هذا النهج مخاوف بشأن قدرة

للتقدم (الرفاهية الذاتية)، إلا أنه يعد بتقديم أدوات جديدة لصانعي السياسات تسهم في تصميم سياسات مبتكرة.

والملاحظ أنه على الرغم من أن دمج التبصرات السلوكية بما له من أثر معرفي وتطبيقي قد يسهم في تطوير رؤية شاملة مفاهيمية ومنهجية لعملية صنع السياسة العامة، إلا أن هذا النهج تحكمه مجموعة من العوامل تؤثر في تحقيق ذلك، أهمها:

- ليست كل مفاهيم ومصطلحات الممارسات السلوكية لها تعريفات راسخة، وبعضها يتميز بتعدد التركيبات والتفسيرات، وبالتالي لا يزال النظام المفاهيمي غير واضح بما فيه الكفاية.
- إن مجموعة الأدوات المنهجية للتبصرات السلوكية، بالإضافة إلى مفاهيم كفاءتها، لا تزال في طور التكوين.
- بالنسبة لغير المهنيين، هناك تعقيد في تطبيق التدخلات السلوكية، مما يعيق تطبيق هذه التقنيات في ممارسة واسعة النطاق.

ففي الوقت الحالي، يعد تطبيق التبصرات السلوكية فناً أكثر منه علماً، على الرغم من أنه يعتمد على التطورات الحديثة في العلوم المعرفية والسلوكية. ومع ذلك، نوصي "بالنهج العملي" الذي دعا إليه الاقتصادي الأمريكي Raj Chetty لدمج الأدلة السلوكية في عملية السياسة، إذ يجب الحكم على التبصرات السلوكية من خلال فائدة تنبؤاتها وصلاحياتها التجريبية.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية

(١) الكتب والأبحاث

الأفندي، محمد أحمد (٢٠١٩م). مقولات الاقتصاد السلوكي وعلاقتها بالاقتصاد التقليدي مع الإشارة إلى الاقتصاد الإسلامي. مجلة الدراسات الاجتماعية، صنعاء، مج (٢٥)، ع (٣)، ص ص ٨٥-١١٠.

تتيح الرؤى المستمدة من العلوم السلوكية لصانعي السياسات، تطوير فهم حقيقي للعقلانية المحدودة للأفراد، من خلال تزويدهم بمنهجية واضحة تولد أدلة على كيفية تصرف الناس "فعلياً"، يتم تأطيرها إلى حد كبير من خلال سياسة الحفز السلوكي المستوحاة من مفاهيم الاقتصاد السلوكي، من خلال إعداد تدخلات تهدف إلى تزويد الأفراد بالمعلومات السياقية التي يفتقرون إليها غالباً لاتخاذ قرارات عقلانية.

تأخذ التطورات الأخيرة، التي تستند أساساً إلى النتائج المستخلصة من العلوم السلوكية التطبيقية، في الاعتبار حقيقة أن التدخلات السلوكية قد تكون في بعض الأحيان أكثر كفاءة من أدوات السياسة التقليدية في تحقيق أهداف صانعي السياسات، وهو ما دفع إلى الاعتماد المتزايد على النهج السلوكي في صنع السياسة العامة، بحيث أصبحت التبصرات السلوكية - منذ صدور كتاب Sunstein و Thaler عام ٢٠٠٨م - جزءاً من مجموعة أدوات الحكومة الحديثة. وقد أثر تطبيق هذه الأخيرة إلى حد كبير على الأجندة الأوسع للسياسة العامة القائمة على النهج السلوكي، وكادت توصل إلى تعريفها على أنها سياسة عامة سلوكية، لولا الفهم الضيق لاستخدام التبصرات السلوكية في عملية السياسة، إذ لا ينبغي أن تقتصر جهود السياسة لتغيير السلوك الفردي على المستوى الجزئي، بل لابد أن تشمل أيضاً التحيزات التي تحدث على المستوى المتوسط والكلي في إطار التفاعل مع كل أصحاب المصلحة - طوال عملية السياسة -، أي مع مجموعة واسعة من "الروابط السلوكية"، بما في ذلك تغيير سلوك صانعي السياسات والموظفين العموميين، في إطار ما يسمى أكاديمياً بـ "الإدارة العامة السلوكية" و "الحكومة السلوكية".

إن تطبيق التبصرات السلوكية، وإن لم يكن خالياً من الإشكاليات التمثيلية والأخلاقية والعملية في ظل المناقشات السياسية حول العلاقات بين الدولة والمواطن (الأبوية التحررية)، والمناقشات الاقتصادية حول القياسات البديلة

- Kuehnhanss, Colin R. (2019). The challenges of behavioural insights for effective policy design. *Policy and Society*, 38(1), 14-40.
- Lepenies, Robert, & Magdalena, Małecka (2019). The ethics of behavioural public policy. In A. Lever and all, *The Routledge handbook of ethics and public policy*. London and New York: Routledge, 560 p.
- Mont, Oksana and all (2014). *Nudging: A Tool for Sustainable Behaviour?* Bromma: Arkitektkopia AB, 84 p.
- OECD (March 2017). *Behavioural Insights and Public Policy Lessons from around the World*. Paris: OECD Publishing, 403 p.
- OECD (April 2019). *Delivering Better Policies through Behavioural Insights: New Approaches*. Paris: OECD Publishing, 154 p.
- OECD (June 2019). *Tools and Ethics for Applied Behavioural Insights: The BASIC Toolkit*. Paris: OECD Publishing, 151 p.
- Ryan, Judd (2017). *To what extent have the policy recommendations of the Behavioural Insights Team been in accordance with nudge theory?* [Master of Science, Program Public Administration, University of Twente].
- Soss, Joe, Fording, Richard C., & Schram, Sanford (2011). *Disciplining the Poor: Neoliberal Paternalism and the Persistent Power of Race*. Chicago and London: University of Chicago Press, 368 p.
- Schram, Sanford F. (2014). The future of higher education and American democracy: Introduction. *New Political Science*, 36(4), 425-437.
- Thaler, Richard, & Sunstein, Cass (2008). *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*. New Haven, CT: Yale University Press, 293 p.
- Vegetanti, Beatrice (2017). *The nudge approach and the behavioral units: An analysis of the impact on public administration* [Course in Analysis and Evaluations of Public Policies Master of Science in Public Policies, Department of Political Sciences and International Relations], LUISS.

(2) Electronic References

- Do, Hoang Van Khanh and all (2016). *Evidence-based Policymaking in Singapore*. Available at: https://www.csc.gov.sg/docs/default-source/resources/evidence-based-policymaking-toolkit_chapter-4.pdf
- Emmerling, Torben (2018). D.R.I.V.E.: A practical framework for applying behavioural science in strategy. In Alain Samson (Ed). *The behavioral economics guide*. Available at: <http://www.behavioraleconomics.com>.
- Ewert, Benjamin (2019). *Moving beyond the Obsession to Nudge Individual Behaviour: Towards a Broader Understanding of Applying Behavioural Insights to Public Policy*. Available at: <https://www.ippapublicpolicy.org/file/paper/5cfe203773294.pdf>

- العبيدي، مثنى فائق مرعي (٢٠١٩م). مقاربات نظرية في السياسة العامة. القاهرة: المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ٢٥٠ ص.
- الفهداوي، فهمي خليفة (٢٠٠١م). السياسة العامة من منظور كلي في البنية والتحليل. عمان: دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، ٣٣٥ ص.

(٢) المراجع الإلكترونية

- عدرا، فادي وآخرون (٢٠١٨م). إحداث تغير في دول مجلس التعاون الخليجي من خلال التبصر السلوكي. الرابط الإلكتروني: <https://www.worldgovernmentsummit.org/api/publications/document>
- القمة العالمية للحكومات (٢٠١٨م). تبني الابتكار في الحكومة: الاتجاهات العالمية. الرابط الإلكتروني: <https://edge.worldgovernmentsummit.org/2018/ar/wp>
- النجار، أحمد حسن (٢٠١٩م). الممارسات الدولية لوحداث تطبيق الاقتصاد السلوكي (الوكز) ومتطلبات نجاحها. الرابط الإلكتروني: <https://www.researchgate.net/profile/Ahmed-Alnaggar>

ثانياً: المراجع الأجنبية

(1) Books and Research

- Angner, Erik (2019). We're all behavioral economists now. *Journal of Economic Methodology*, 26(3), 195-207.
- Camerer, Colin Farrell, & Loewenstein, George (2004). Behavioral economics: Past, present, future. In Colin Farrell Camerer, George Loewenstein, & Matthew Raben (Eds.), *Advances behavioral economics*. New York: Princeton University Press, 273 p.
- Gawłowski, Robert (2019). Behavioral insights as a new generation of public service delivery. *Polish Political Science Yearbook*, 48(2), 319-329.
- Hansen, Pelle Guldborg, & Jespersen, Andreas Maaløe (2013). Nudge and the manipulation of choice: A framework for the responsible use of the nudge approach to behaviour change in public policy. *European Journal of Risk Regulation*, 3-28.
- Khadzhyradieva, Svitlana and all (2019). Institutionalisation of behavioural insights in public policy. *Public Policy and Administration*, 18(03), 95-113.

- <https://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/bitstream/handle/10063/8356/Research%20Paper.pdf?sequence=1>
- Mitra-Majumdar, Mayookha and all (2018). *Using Behavioral Science Insights to Inform Programs and Policies*. Available at: https://www.urban.org/sites/default/files/publication/99161/using_behavioral_science_insights_to_inform_programs_and_policies.pdf
- Straßheim, Holger (2020). *The Rise and Spread of Behavioral Public Policy: An Opportunity for Critical Research and Self-Reflection*. Available at: <https://journals.openedition.org/irpp/897>
- Wells, Peter (2010). *A Nudge One Way, a Nudge the Other: Libertarian Libertarian Paternalism Paternalismas Political Strategy*. Available at: <https://extra.shu.ac.uk/ppp-online/wp>
- Galizzi, Matteo M. (2017). Behavioral aspects of policy formulation: Experiments, behavioral insights, nudges. In Michael Howlett, Ishani Mukherjee, & Simon Fraser (Eds.), *Handbook of policy formulation: Handbooks of research on public policy*. Available at: http://eprints.lse.ac.uk/69877/1/Galizzi_Behavioral%20aspects%20of%20policy%20formulation_aut hor_2017%20LSERO.pdf
- Gane, Nicholas (2021). *Nudge Economics as Libertarian Paternalism*. Available at: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0263276421999447>
- Heijden, Jeroen van der (2019). *Behavioural Insights and Regulatory Practice: A Review of the International Academic Literature*. Available at:

ضمانات حرمة الحياة الخاصة في ظل نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي

مقبل بن هلال بن محمد العتيبي

باحث دكتوراه بكلية الدراسات القضائية والأنظمة

جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية

(قدم للنشر في ١٨/٣/١٤٤٢هـ، وقبل للنشر في ١١/٢/١٤٤٣هـ)

ملخص البحث. يتناول موضوع الدراسة الحالية مسألة حماية الحياة الخاصة في ظل نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي. فمن سمات الحياة المعاصرة ارتباطها بالتقنيات التكنولوجية المعلوماتية، والتي تم توظيفها بشكل اعتمدت عليه الحكومات والبنوك والشركات وكافة المؤسسات بأنواعها وكذلك الأفراد، وتعلقت بها كافة المصالح. وتسببت تلك التكنولوجيات في انتهاكات جسيمة للحياة الخاصة. وحيث تعد حماية الحياة الخاصة من أهم الموضوعات في مجال حقوق الإنسان، وذلك راجع إلى ارتباط الخصوصية في النهاية بممارسة الحياة العامة، وعليه فإن كفالة وكرامة الإنسان وأدميته ينبغي أن تسعى القوانين لحمايته.

وللدراسة أهمية خاصة في الإطار الزمني المعاصر، والذي يتسم بتعدد التهديدات التي تطال حرمة الحياة الخاصة في ظل التطور التكنولوجي الذي مكّن التطبيقات والبرامج المعلوماتية من اكتساح فضاء الخصوصية بسهولة والتعرف على المعطيات الشخصية لمستعملي هذه البرامج. حيث إن غياب التأطير القانوني لاستعمالها من شأنه أن يهدد الحق في حماية الحياة الخاصة، والتي اتفقت القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية على الاهتمام بها وإعطائها صبغة دستورية.

وتهدف الدراسة بوجه عام إلى تثقيف الفرد بحقوقه القانونية في حال انتهاك حرمة الحياة الخاصة سواء عن طريق السرقات الإلكترونية أو التعديت على الحياة الشخصية للفرد. كما أن هدفها الخاص هو تناول موضوع ضمانات الحياة الخاصة في ظل نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي.

الكلمات المفتاحية: النظام المعلوماتي السعودي، الجرائم المعلوماتية، حرمة الحياة الخاصة، السرقات الإلكترونية، حقوق الإنسان.

GUARANTEES OF THE SANCTITY OF PRIVATE LIFE CONSIDERING ON THE SAUDI ANTI-INFORMATION CRIME SYSTEMS

Mugbel bin Hilal Bin Muhammad Al-Otaibi

*PhD Researcher at the College of Judicial Studies and the Regulations,
Umm Al-Qura University, Kingdom of Saudi Arabia*

(Received 18/03/1442 H., Accepted for Publication 11/02/1443 H.)

Abstract. The subject of the current study deals with the issue of protecting private life in light of the Saudi anti-information crime system. One of the features of contemporary life is its connection with information technology, which have been employed in a way that governments, banks, companies and all types of institutions have relied on, as well as individuals, and all interests depend on them. And that technology caused massive violations of private life. Whereas the protection of private life is one of the most important issues in the field of human rights, due to the link between privacy and the practice of public life, and accordingly, ensuring the dignity and humanity of the human being should be sought by laws to protect it.

The study has important particular in the contemporary time frame, which is characterized by the multiplicity of threats to the sanctity of private life in light of the technological development that has enabled applications and information programs to easily sweep the privacy space and identify the personal data of the users of these programs. Whereas the absence of legal framing for its uses would threaten the right to protect private life, which national laws and international agreements have agreed to take care of and give it a constitutional character.

The study aims in general to educate the individual of his legal rights in the event that his privacy is violated, whether through electronic theft or attacks on the personal life of the individual. Its special goal is to address the issue of safeguards for private life in light of the Saudi anti-information crime system.

Keywords: Saudi information system, Information crimes, Sanctity of private life, Electronic thefts, Human rights.

تطال حرمة الحياة الخاصة في ظل التطور التكنولوجي الذي مكّن التطبيقات والبرامج المعلوماتية من اكتساح فضاء الخصوصية بسهولة والتعرف على المعطيات الشخصية لمستعملي هذه البرامج. وتتأكد أهمية الموضوع خاصة اليوم في ظل تزايد الاعتماد على البرامج والتطبيقات المعلوماتية كأحد الآليات المعتمدة لمعالجة جائحة كورونا. وعلى الرغم من نجاعة التطبيقات الرقمية في الحد من الأزمة الصحية الناتجة عن جائحة كورونا، وعلى الرغم كذلك من دورها في الكشف على الجرائم وفي دعم الاقتصاد الوطني، إلا أن غياب التأطير القانوني لاستعمالاتها من شأنه أن يهدد الحق في حماية الحياة الخاصة، والتي اتفقت القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية على الاهتمام بها وإعطائها صبغة دستورية.

أهداف الدراسة

تهدف الدراسة بوجه عام إلى تثقيف الفرد بحقوقه القانونية في حال انتهاك حرمة الحياة الخاصة سواء عن طريق السرقات الإلكترونية أو التعديات على الحياة الشخصية للفرد. كما أن هدفها الخاص هو تناول موضوع ضمانات الحياة الخاصة في ظل نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي، وهو الأمر الذي يتطلب تعريف الحياة الخاصة، وضمائمها، والأنظمة الحاكمة في حمايتها، والتطرق إلى مفهوم الجرائم الإلكترونية، وكيف ساهم النظام السعودي في مكافحة تلك الجرائم، والدراسة بذلك الشكل تعد إضافة للمعرفة وخاصة أنها تلقي الضوء على حرمة الحياة الخاصة في ظل الأنظمة المعلوماتية السعودية.

مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة الدراسة في البحث عن الأطر والأنظمة القانونية التي تحمي الحياة الخاصة للفرد داخل المجتمع

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا وحبينا محمد عليه أفضل الصلاة والتسليم، أما بعد.

الحرية مبدأ من مبادئ الإسلام، فخلق الله الإنسان حرّاً، ولا تقوم الحياة الدينية ولا الشخصية إلا بها، فلا يتصور أن يُكلف الإنسان بتكاليف دينية أو حياتية وهو غير حر. فالإنسان حرٌّ في مأكله، ومشربه، وملبسه، ومسكنه، وتنقله، وفي حياته وأموره الشخصية الخاصة، ولا تختص الحرية بجنس دون جنس، بل هي للذكر والأنثى، وهي من أهم الحقوق التي يجب أن يتمتع بها أيّ إنسان، وحق ثابت له، ولا يجوز التعدي عليها، إذ إنها تُشعر الفرد بأهميّة دوره، بل بفاعلية وجوده، واكتمال إنسانيته واستقلالته. ولا تكون الحرية على الإطلاق، بل هي مقيدة بضوابط شرعية لا يتجاوزها.

وموضوع الدراسة الحالي يتناول "ضمانات حرمة الحياة الخاصة في ظل نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي"، وللموضوع أهمية تميزه؛ حيث يتناول مسألة حماية الحياة الخاصة وهو مفهوم قصد منه الباحث في الدراسة الحالية أن يشمل الحق في الحياة الخاصة (ذات الطابع المكاني) والحق في الخصوصية (ذات الطابع المعنوي). ومن سمات الحياة المعاصرة ارتباطها بالتقنيات التكنولوجية المعلوماتية، والتي تم توظيفها بشكل اعتمدت عليه الحكومات والبنوك والشركات وكافة المؤسسات بأنواعها وكذلك الأفراد، وتعلقت بها كافة المصالح. وتسببت تلك التكنولوجيا في انتهاكات جسيمة للحياة الخاصة. وحيث تعد حماية الحياة الخاصة من أهم الموضوعات في مجال حقوق الإنسان، وذلك راجع إلى ارتباط الخصوصية في النهاية بممارسة الحياة العامة، وعليه فإن كفالة وكرامة الإنسان وأدميته ينبغي أن تسعى القوانين لحمايته (شنطاوي، ٢٠٢٠م، ص ١).

وبالنسبة لأهمية موضوع الدراسة، فلها أهمية خاصة في الإطار الزماني المعاصر، والذي يتسم بتعدد التهديدات التي

٣- دراسة الدكتورة إيمان بنت محمد علي عادل عزام، وعنوانها: "العقوبة في نظام مكافحة جرائم المعلوماتية في المملكة العربية السعودية: دراسة تأصيلية مقارنة"، ولقد أفادت هذه الدراسة البحث الحالي في دراسة فلسفة العقوبة في مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي بوجه عام.

٤- دراسة الدكتور أحمد عبدالمجيد الحاج، وعنوانها: "الحماية القانونية للحق في الحياة الخاصة". وتتميز الدراسة الحالية أنها تسلط الضوء على الجرائم المعلوماتية الموجهة ضد الحياة الخاصة.

المبحث الأول:

الجرائم المعلوماتية الإلكترونية

وتأثيرها على الحياة الخاصة

يهدف المبحث الحالي النظر في عدة أمور مترابطة يمكن خلالها الوصول إلى نتيجة محددة تتعلق بأشكال انتهاكات الجرائم الإلكترونية للحياة الخاصة، ولذلك فإن الدراسة الحالية تتطلب دراسة ثلاثة مطالب أساسية؛ الأول حول مفهوم الحياة الخاصة والنظر إليها من عدة جوانب، ومنها أولاً في المفهوم اللغوي لها، وثانياً مفهوم الحياة الخاصة في الإسلام؛ حيث إن الإسلام قدس الحياة الخاصة ووضع لها حدوداً مبينة. وثالثاً إيضاح المحددات الفقهية القانونية لحرمة الحياة الخاصة، ومن تلك المفاهيم إجمالاً يمكن استخلاص اصطلاح مناسب لمفهوم الحياة الخاصة يتم تبنيه خلال الدراسة. أما المطلب الثاني فموضوعه حرمة الحياة الخاصة في الأنظمة المقارنة. أما المطلب الثالث فيختص بدراسة انتهاك الجرائم الإلكترونية للخصوصية المعلوماتية؛ وهذا المطلب يتطلب دراسة مفهوم الخصوصية المعلوماتية كمفهوم مستحدث متفرع من مفهوم الحياة الخاصة، وكذلك دراسة مفهوم الجريمة الإلكترونية. وختاماً سيتم دراسة بعض الأمثلة على الانتهاكات الإلكترونية للحياة الخاصة.

السعودي من الجرائم الإلكترونية بأشكالها، وهي معضلة حديثة العهد مع حداثة التطور التكنولوجي وظهور شبكة الإنترنت، وتنوعت جرائمها وتعمقت مع تنوع وسائل التواصل الاجتماعي الإلكترونية وتعددتها، وخاصة في ظل فترة التباعد الاجتماعي كأحد الأزمات المعاصرة التي نتجت عن تفشي وباء كورونا عبر العالم.

منهجية الدراسة

اعتمدت الدراسة على المنهج الوصفي والمنهج التحليلي المقارن وذلك للوقوف على مدى أهمية القوانين ومدى قوتها الرادعة في مواجهة الجرائم المعلوماتية التي تمس حرمة الحياة الخاصة.

الدراسات السابقة

أما بالنسبة للدراسات السابقة التي اعتمدت عليها الدراسة، فقد أورد الباحث العديد منها في قائمة المصادر والمراجع، ويختص الباحث بالذكر الدراسات التالية:

١- دراسة الدكتور تركي بن محمد بن عبدالرحمن اليحيى، وعنوانها: "مكافحة جرائم المعلوماتية في المملكة العربية السعودية"، ولقد تناولت الدراسة الجرائم المعلوماتية بوجه عام، وأما الدراسة الحالية فإنها تتميز بتسليط الضوء باستفاضة على حرمة الحياة الخاصة في ظل الأنظمة المعلوماتية السعودي، ودراسة كافة الإشكاليات المترتبة على ذلك.

٢- دراسة الدكتور مشعل بن عبدالله العصيمي، وعنوانها: "فعالية الأنظمة السعودية ذات الصلة في الحد من الجرائم المعلوماتية"، وتناولت هذه الدراسة العديد من الجرائم المعلوماتية وتعريفاتها، وأشكالها، وطبيعتها ومدى موافقة الأنظمة السعودية لل صعوبات التي تعترض إثبات الجرائم المعلوماتية بوجه عام.

٢- مفهوم الحياة الخاصة في الإسلام

من منطلق أن الدين الإسلامي هو مصدر التشريع الأساسي بالمملكة العربية السعودية؛ وحيث نصت المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم عام ١٤١٢ هـ على أن "المملكة العربية السعودية دولة عربية إسلامية ذات سيادة تامة، دينها الإسلام، ودستورها كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم". وكذلك نصت المادة السابعة من النظام نفسه على: "يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله وسنة رسوله، وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة". ولذلك فإن النظر في مفهوم الحياة الخاصة في الإسلام يعد مدخل ضروري وهام للدراسة الحالية.

كان الإسلام هو الأسبق إلى إعلان حقوق الإنسان بمفاهيمها الواسعة السياسية منها والاقتصادية والاجتماعية وبضماناتها الكاملة الملزمة قبل ١٤ قرنًا من الزمان، ومهما سما العنصر البشري في هذا المجال فهو عاجز عن الوصول إلى ما وصلت إليه الشريعة الإسلامية من أصول ومبادئ خالدة على مر العصور. فالشريعة الإسلامية أسبق وأكثر عدالة واحترامًا للإنسان مما جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وما لحقه من اتفاقيات (مصيلحي، ١٩٩٨م، ص ٣٥). بل إن الإسلام انفرد ببعض الحقوق التي تحفظ حرمة الحياة الخاصة، فورد من آيات الذكر الكريم في سورة النور: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَيَّ أَهْلِهَا ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴿٢٧﴾ فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ وَإِنْ قِيلَ لَكُمْ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا هُوَ أَزْكَى لَكُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴿٢٨﴾ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَعٌ لَكُمْ وَاللَّهُ بِعَمَلِكُمْ بَصِيرٌ وَمَا تَكْفُرُونَ ﴿٢٩﴾﴾ (سورة النور: ٢٧-٢٩). فلقد قرر الإسلام وجوب الاستئذان عند دخول المنازل، حتى لا تقع عين الزائر - بغير إذن - على ما لا يجب صاحب البيت أن يراه غيره، أو أن تسبق عين الزائر ما لا

المطلب الأول: مفهوم الحياة الخاصة

١- الحياة الخاصة في اللغة والاصطلاح

لم يرد في المعاجم اللغوية تعريفًا لمصطلح "الحياة الخاصة"، ولكن ورد مصطلح "الخصوصية". فالخصوصية في اللغة من الفعل "خصص"، فيقال: خصه بالشيء، يخصه، خصوصًا وخصوصية، وتأخذ معنى الانفراد بالشيء دون غيره (مسعود، ١٩٩٢م، ص ٦٢٨). ويقال: اختص فلان بالأمر، وتخصص به، إذا انفرد به وصار خاصًا (المعجم الوسيط، ٢٠٠٤م، ص ٢٣٧). ويقصد بالخاصة من تخصه لنفسك، وخاصة الشيء هو ما يختص به دون غيره (ابن منظور، ٢٠١٤م، ص ٢٩٠).

ويتبين مما سبق أن "الخصوصية" في اللغة: هي ما ينفرد به الإنسان دون غيره من الأمور والأشياء. وتكون الحياة الخاصة هي التي يختصها الإنسان لنفسه بعيدًا عن تدخل الغير. وإذا تمت بإضافة كلمة "الحق" إلى كلمة "الخصوصية" فيمكن تعريف هذه العبارة "الحق في الخصوصية" بأنها حق الشخص في أن ينفرد بأمر لنفسه خاصة به (الشهاوي، ٢٠٠٥م، ص ٦٥).

واصطلاحًا فإنه يمكن تعريف الحياة الخاصة بأنها صيانة الحياة الشخصية والعائلية للإنسان بعيدًا عن الانكشاف أو المفاجأة من الآخرين بغير رضاه، أو هي أمن الشخص على عوراته وحرماته هو وأسرته، والتي يحرص على أن تكون بعيدة عن شتى أشكال وصور تدخل الغير، يستوي أن يكون من الأقارب المقربين أم من الغير الذين ليست لهم صلة إطلاقًا به داخل بيته أو خارجه، وضمان قدر من الزمن يخلو فيه إلى نفسه. ويتصرف أثناءه بحرية هو وأهل بيته للدرجة التي يستطيع معها رد الاعتداء الواقع على هذه الحرمة دون أدنى مسؤولية، وتكليف الغير بمراعات ذلك وإلا تعرض للجزاء الشرعي (الجندي، ١٩٩٣م، ص ٤٦).

هُرُّ الظَّالِمِينَ ﴿١١﴾ (سورة الحجرات: ١١) ونهى صلى الله عليه وسلم الناس عن ترديد كل ما يسمع، فقال عليه الصلاة والسلام: "كفى بالمرء كذباً أن يحدث بكل ما يسمع"^(١).

إن الأدلة الشرعية التي تنص على حرمة الحياة الخاصة كثيرة، ولن يسع المقام في الدراسة الحالية لاحتوائها، إلا أنه يمكن استخلاص مفهوم للحياة الخاصة في الإسلام تأسيساً على ما سبق؛ فمفهوم الحياة الخاصة في الإسلام هو صيانة الحياة الشخصية والعائلية للإنسان بعيداً عن الانكشاف أو المفاجأة من الآخرين بغير رضاه. وهي كذلك أمن الشخص على عوراته وحرماته هو وأسرته، والتي يحرص على أن تكون بعيدة عن جميع أشكال وصور تدخل الغير، ويستوي في ذلك الأقارب المقربين أو من غير الذين ليست لهم صلة إطلاقاً به، داخل بيته أو خارجه، وكذلك ضمان قدر من الزمن يخلو فيه الإنسان إلى نفسه، ويتصرف أثناءه بحريته مع أهل بيته، للدرجة التي يستطيع معها رد الاعتداء الواقع على هذه الحرمة دون أدنى مسؤولية (السعيد، ١٩٩٦م، ص ٨٠). والواقع، فإن هذا التعريف يتميز بأنه لا يجعل الشخص يعيش حياة منعزلة ومجهولة، لأن هذه نظرة سلبية للحياة لا تتفق مع وظيفة الإنسان في الإسلام؛ حيث إن الإسلام يشجع على المشاركة الاجتماعية في الجماعة (السعيد، ١٩٩٦م ص ٨٠). كما أن هذا التعريف لا يغفل عنصر السرية في حياة الإنسان الخاصة. أي إن المنهج الإسلامي أصبح شاملاً لمصطلح الحق في الحياة الخاصة، والحق في الخصوصية؛ حيث يمكن التفريق بين المصطلحين في أن: "مصطلح الحياة الخاصة يمثل غالباً الجانب المادي كحرمة المسكن وحرمة المراسلات فهو يرتبط بالمكان الموجود فيه الشخص، أما مصطلح الخصوصية فيتميز في أن أغلب استعمالاته حول المظاهر المعنوية كالمحادثات الشخصية والمكالمات الهاتفية، وهي الأمور المتعلقة بالشخص ذاته وليس بالمكان" (بن حيدة، ٢٠١٤م، ص ٧٩).

(١) أخرجه مسلم، في مقدمة الصحيح، باب: النهي عن الحديث بكل ما يسمع، (حديث: ٥) (ج ١).

يجل النظر إليه من ناحية، وحتى لا يكون سلوك الإنسان داخل منزله مكشوفاً للناس وتحت رحمة أنظارهم وأسماعهم من ناحية أخرى (الجندي، ١٩٩٣م، ص ص ١٤-١٨).

كما أن الإسلام حرم التجسس أو تتبع عورات الناس أو معايبهم أو الكشف عن أسترهم، وهي بين أهم الضمانات التي كفلها الإسلام لحماية حقوق الإنسان. فوضع الإسلام أفضل معيار لحماية الحرمات الخاصة في كل العصور وبكافة الأشكال، وأجزها الذكر الحكيم كما ورد بسورة الحجرات: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلُ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ ﴿١٢﴾﴾ (سورة الحجرات: ١٢). ويمكن القول ببساطة إن هذه الآية الكريمة حاكمة وشاملة، وتعد دستوراً يحتذى به في كافة العصور، ولو تم تطبيقها على العصر الحالي فيمكن إدراج كافة أنواع التسجيلات أو الاختراقات الإلكترونية بمفهومها الواسع ضمن هذا الإطار الديني الشامل، وهو محور الدراسة الحالية.

كما جاء في السنة المطهرة عدم تتبع عورات الغير، فقال صلى الله عليه وسلم: "يا معشر من آمن بلسانه ولم يدخل الإيذان قلبه، لا تغتابوا المسلمين ولا تتبعوا عوراتهم، فإن من اتبع عوراتهم يتبع الله عورته، ومن يتبع الله عورته يفضحه في بيته" (أبي داود، ٤٨٨٠). ونظرًا لما في جرائم العرض من اعتداء وعبث بالحرمة ونشر الفاحشة في المجتمع، واعتداء صريح على الحياة الخاصة، فقد همى الإسلام أعراض الناس من القذف، فسن عقوبة قاسية للقذف (٨٠ جلد)، ونفسياً للقاذف بعدم قبول شهادته. ومن الأفعال التي حرمها الإسلام في مجال حماية الحياة الخاصة: "السخرية، واللمز، والتنازب بالألقاب، وسوء الظن والتجسس، والغيبة، والنميمة"، فقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَسْخَر قَوْمٌ مِّن قَوْمٍ عَسَىٰ أَن يَكُونُوا خَيْرًا مِّنْهُمْ وَلَا نِسَاءٌ مِّن نِّسَاءٍ عَسَىٰ أَن يَكُنَّ خَيْرًا مِّنْهُنَّ وَلَا تَمْرُوا أَنفُسَكُمْ وَلَا تَنَابَرُوا بِاللِّقَابِ بِنَسِ الْأَسْمَاءِ الْفُسُوقِ بَعْدَ الْإِيمَانِ وَمَن لَّمْ يَتُبْ فَأُولَٰئِكَ

٣- المفهوم القانوني لضمادات حرمة الحياة الخاصة

الحقيقة إن القوانين الوضعية على اختلاف أيديولوجيتها لم تبدأ في تقرير حقوق الإنسان وحرياته إلا أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر، وقبل ذلك لم تكن تعترف بحقوق حرية الإنسان (يوسف، ١٩٩٥م، ص ٥٩). وما يهم الباحث في الدراسة الحالية هو ما يخص الحق في الحياة الخاصة والخصوصية، فورد في المادة الثانية عشر من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمعتمد من الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٤٨م: "لا يعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة، أو أسرته، أو مسكنه، أو مراسلاته، أو لحملات شرسة على شرفه وسمعته، ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات" (بن حيدة، ٢٠١٤م، ص ٧٧). كما تنص المادة الثامنة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان عام ١٩٥٠م: "لكل شخص الحق في أن تحترم حياته الخاصة وحياته العائلية وسكنه ومراسلاته، ولا يجوز للسلطة العامة أن تعترض لممارسة هذا الحق إلا إذا نص القانون على هذا التعرض، وكان مما يعتبر في المجتمع الديمقراطي إجراء ضروري لسلامة الدولة، أو الأمن العام، أو رخاء البلاد الاقتصادي، أو حفظ النظام، أو منع الجريمة، أو حماية الصحة والأخلاق، أو حماية حقوق الآخرين وحررياتهم" (بن حيدة، ٢٠١٤م، ص ٧٧). وفي عام ١٩٦١م انعقد في نيوزيلندا مؤتمرًا للأمم المتحدة أجمع فيه المؤتمر على أن التطور المستمر لتحقيق الجنائي كالتسجيل الإلكتروني والمراقبة الهاتفية والتسجيلات الصوتية يشكل انتهاكًا خطيرًا لحق الإنسان في حياته الخاصة مما يستدعي وضع ضمانات ليعلم الجمهور إلى أي مدى يكون ذلك جائزًا (بن حيدة، ٢٠١٤م، ص ٧٥). كما تنص المادة (١٧) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والمعتمد من الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ١٦/١٢/١٩٦٦م على: "لا يجوز تعرض أي شخص، على نحو تعسفي أو غير قانوني، للتدخل في خصوصياته، أو شؤون أسرته، أو بيته، أو مراسلاته، ولا لأي

حالات غير قانونية تمس شرفه أو سمعته. ومن حق كل شخص أن يحمي القانون من مثل هذا التدخل أو المساس" (بن حيدة، ٢٠١٤م، ص ٧٧). ونصت المادة (١٧) من الميثاق العربي لحقوق الإنسان والذي تم اعتماده من جانب القمة العربية السادسة عشر بتاريخ ٢٣/٥/٢٠٠٤م بتونس، على أن: "للحياة الخاصة حرمتها، والمساس بها جريمة، وتشمل هذه الحياة الخاصة خصوصيات الأسرة وحرمة المسكن وسرية المراسلات وغيرها من وسائل الاتصالات الخاصة" (بن حيدة، ٢٠١٤م، ص ٧٨).

المطلب الثاني: حرمة الحياة الخاصة في الأنظمة المقارنة

أما بالنسبة لحرمة الحياة الخاصة في الأنظمة الوطنية المقارنة، نسوق منها ما يلي.

١- القانون الفرنسي وحرمة الحياة الخاصة

من أوائل الفقهاء الفرنسيين الذين تعرضوا في كتاباتهم لحرمة الحياة الخاصة هو الأستاذ "بيرو" وذلك في مقاله عن "حقوق الشخصية" الذي نشر في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٠٩م، وقد ذكر في هذا الشأن: "أن من حق الشخص أن يعيش في هدوء وسكينة إذا رغب في ذلك، ويعتبر قيام الغير بنشر أمور متعلقة بحياة المرء الخاصة بدون موافقته الصريحة أو الضمنية تعدياً على حقه في الخصوصية" (محمد، د.ت.، ص ٤٨).

ولقد أثير موضوع انتهاك الحق في حرمة الحياة الخاصة لأول مرة أمام محكمة السين الابتدائية بتاريخ ١٦/٦/١٨٥٨م في القضية الفرنسية الشهيرة "راشيل" والتي تلخص وقائعها في أن أحد رجال الإعلام التقط صورة فوتوغرافية لتلك الممثلة بعد وفاتها، وهي ملقاة على فراش الموت قبل دفنها، وتم نشر هذه الصورة في إحدى الجرائد، مما جعل أسرتها تقوم بدعوى ضد الصحيفة تأسيساً على ما أصابها من ضرر بسبب

مسبب، ولمدة محددة، وفي الأحوال التي يبينها القانون. كما تلتزم الدولة بحماية حق المواطنين في استخدام وسائل الاتصال العامة بكافة أشكالها، ولا يجوز تعطيلها أو وقفها أو حرمان المواطنين منها بشكل تعسفي، وينظم القانون ذلك " (محمد، د.ت.، ص ٥٩).

٣- القانون السوداني في حرمة الحياة الخاصة

من أحكام حرمة الحياة الخاصة المنصوص عليها في القوانين السودانية ما ورد في نص دستور السودان المؤقت لعام ١٩٤٦م على حماية حرمة المسكن كأحد التطبيقات الهامة للحق في الخصوصية (يوسف، ١٩٩٣م، ص ١٧٥). كما نصت المادة الثالثة من مسودة دستور السودان الدائم لسنة ١٩٦٨م على كفالة حرمة المساكن وتحريم مراقبتها أو دخولها دون رضا ساكنيها أو تفتيشها إلا طبقاً للشروط والإجراءات التي ينص عليها القانون (يوسف، ١٩٩٣م، ص ١٧٥). كما نصت المادة (٣٧) من نفس الدستور على كفالة حرية المراسلات وسريتها وفقاً للقيود التي ينص عليها القانون (آدم، ٢٠٠٠م، ص ١٠٠)، غير أن هذه المادة أغفلت حماية حرمة المحادثات الهاتفية والشفوية، والتي تم تداركها في الدستور الدائم لسنة ١٩٧٣م كحماية صريحة للحق في حرمة الحياة الخاصة، فقد نصت المادة (٤٢) منه على أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة، وتكفل الدولة حرية وسرية المراسلات البريدية والبرقية والهاتفية في حدود القانون (يوسف، ١٩٩٣م، ص ١٧٦).

٤- حرمة الحياة الخاصة في النظام السعودي

كفلت الأنظمة السعودية للأفراد الحق في الخصوصية والمتمثل في عدم إطلاع الآخرين على ما يعده الشخص شأنًا خاصًا إلا بموافقته، من غير أن يكون من شأن ممارسة هذا الحق التعدي على حقوق الآخرين. كما تناول النظام الأساسي للحكم بالملكة العربية السعودية والصادر في العام ١٤٣٢هـ،

النشر، فقضت المحكمة لصالحها بناء على أن لها الحق في "الحياة الخاصة" وأن هذا الحق لا يشمل المناقشة وهو ما يستوجب ضرورة الحصول على موافقة المتوفاة أو ورثتها لالتقاط صورة فوتوغرافية مهما كانت شهرتها الفنية، وحتى لو كان التصوير بهدف إعداد برنامج كامل عن حياتها (آدم، ٢٠٠٠م، ص ١٠٠).

من أحكام حرمة الحياة الخاصة المنصوص عليها في القوانين الفرنسية ما ورد في نص المادة التاسعة من قانون حماية الأفراد الفرنسي وحرمتهم الصادر عام ١٩٧٠م على أن: "كل شخص له الحق في احترام حياته الخاصة، وللقضاة أن يأمروا باتخاذ التدابير التي يرونها ضرورية لمنع أو وقف الاعتداء على ألفة الحياة الخاصة، مثل المصادرة والضبط وغيرها، وذلك مع عدم الإخلال بإصلاح الأضرار التي تكون قد حدثت، وفي حالة الاستعجال يمكن أن تتخذ هذه التدابير في صورة أوامر على عريضة"، كما أضاف هذا القانون خمس مواد جديدة إلى قانون العقوبات (المواد ٣٦٨-٣٧٢) تعاقب على الاعتداء على الحياة الخاصة للأفراد بالتنصت أو تسجيل الأحاديث أو التقاط الصور أو إفشائها أو نشر المونتاج بأي وسيلة كانت وبدون موافقة المجني عليه، ويعاقب المعتدي في أي من هذه الصور بالحبس من شهرين إلى سنة وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين.

٢- القانون المصري وحرمة الحياة الخاصة

من أحكام حرمة الحياة الخاصة المنصوص عليها في القوانين المصرية ما ورد في نص المادة (٥٧) من قانون العقوبات المصري رقم (٣٧) لسنة ١٩٧٢م؛ على أن: "للحياة الخاصة حرمة، وهي مصونة لا تمس. وللمراسلات البريدية، والبرقية، والإلكترونية، والمحادثات الهاتفية، وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وسريتها مكفولة، ولا تجوز مصادرتها، أو الاطلاع عليها، أو مراقبتها إلا بأمر قضائي

وفي الختام فإنه وردت تعريفات فقهية وقانونية حول مفهوم الحياة الخاصة؛ فقد عرفها الفقيه الفرنسي كاربونييه Carbonnier بأنها: "حق الشخص في أن يترك في هدوء وسكينة، واعتبار أن لكل إنسان نطاقاً من الحياة يجب أن يكون خاصاً به ومقصوراً عليه، بحيث لا يجوز للغير أن يدخل إليه دون إذنه، والخلوة قد تكون بأن يتعد الفرد عن المجتمع ويعيش وحده فترة من الوقت" (عبدالقادر، ٢٠١٨م، ص ٧٥). وبوجه عام فإن الفقه الفرنسي في غالبه يصور الحق في الحياة الخاصة باعتباره أقرب إلى المبدأ العام، وهذه النظرة للحق في الحياة الخاصة هي التي دفعت جانباً كبيراً من الفقه إلى تبني تعريف موسع لهذا الحق، وهذه النظرة جعلت منه مبدأً عاماً يضم بين طياته الحرية كمرادف له أو كمظهر من مظاهر استعماله. فالحق في الحياة الخاصة من وجهة نظر هذا الجانب الفقهي هو حق الفرد في أن يختار سلوكه الشخصي وتصرفاته في الحياة عندما يشارك في الحياة الاجتماعية مع الآخرين، كما تعني حق الشخص في أن يظل بعيداً عن تطفل الآخرين وحقه العيش كما يحلو له (إبراهيم، ٢٠١٧م، ص ٣٥٢). كما عرفها الفقيه الأمريكي آلان ويستن Alan F. Westin بأنه: "انسحاب إرادي ومؤقت للفرد من المجتمع إلى حالة من العزلة، أو الاقتصار على مجموعة صغيرة يألف إليها، أو حتى وسط مجموعات أكبر، لكن يكون في حالة لا تعرف فيها شخصيته ولا يلتزم بالتحفظ". كما تم تعريفها كذلك على أنها: "حق الشخص في تركه يعيش وحده الحياة التي يرتضيها مع أدنى حد من التدخل من الآخرين" (عبدالقادر، ٢٠١٨م، ص ٢٠٦-٢٠٧).

ومما سبق يتبين أن الشريعة الإسلامية كانت سباقة في الاعتراف بالحياة الخاصة، وأعطت محددات لها، وهي محددات شاملة لكل العصور، حتى أن الفقه القانوني المعاصر عندما سعى مؤخراً لوضح أطر عامة للحياة الخاصة لم يجد ما يزيد على ما ورد في الشريعة الإسلامية، بل إن الشريعة الإسلامية قدست

تناول مضمون الحق في الخصوصية في المادتين (٣٧) و (٤٠) التي جاء فيها على التوالي ما نصه:

- المادة (٣٧): للمساكن حرمتها، ولا يجوز دخولها بغير إذن صاحبها، ولا تفتيشها، إلا في الحالات التي يبينها النظام.
- المادة (٤٠): المراسلات البرقية، والبريدية والمخابرات الهاتفية وغيرها من وسائل الاتصال، مصنونة، ولا يجوز مصادرتها، أو تأخيرها، أو الاطلاع عليها، أو الاستماع إليها، إلا في الحالات التي يبينها النظام^(٣).

كما أعادت نصوص نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢) بتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ التأكيد على حرمة الحياة الخاصة؛ فقد نصت المادتان (٤١) و (٥٦) من النظام على التوالي على الآتي:

- المادة (٤١): للأشخاص ومساكنهم ومكاتبهم ومراكبهم حرمة تجب صيانتها. وحرمة الشخص تحمي جسده وملابسه وماله وما معه من أمتعة. وتشمل حرمة المسكن كل مكان مسور أو محاط بأي حاجز، أو معد لاستعمال مأوى.
- المادة (٥٦): للرسائل البريدية والبرقية والمحادثات الهاتفية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، فلا يجوز الاطلاع عليها أو مراقبتها إلا بأمر مسبب ولمدة محددة وفقاً لما ينص عليه هذا النظام^(٣).

إلا أن الحق في الخصوصية لا يُعد حقاً مطلقاً، فالنصوص النظامية تحظر التقييد غير النظامي له. وهذا يعني بمفهوم المخالفة أنه يجوز تقييد الحق في الخصوصية متى كان هناك نص نظامي يميز ذلك كما هو الحال في حالة التلبس التي تميز إجراء التفتيش.

(٢) النظام الأساسي للحكم، المملكة العربية السعودية، وزارة الخارجية، (<https://mofa.gov.sa>).

(3) <https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/8f1b7079-a5f0-425d-b5e0-a9a700f26b2d/1>

وفي واقع الأمر فقد ظهرت تعريفات متعددة للخصوصية المعلوماتية، ومنها: أنها حق الفرد في تحديد متى وكيف وإلى أي مدى تصل المعلومات عن الشخص إلى الآخرين، كما تم تعريفها كذلك على أنها "قدرة الأفراد على التحكم بدورة المعلومات التي تتعلق بهم"، وهناك تعريف ثالث لها وهو: "حق الفرد على بياناته الشخصية أو البيانات ذات الطبيعة الشخصية مما يسمح بمواجهة الاعتداءات الواقعة عليها، وتنظيم الحق على البيانات الشخصية وسيطرة صاحبها عليها" (جدي، ٢٠١٨م، ص ١٢٦). وبمعنى آخر فالخصوصية المعلوماتية هي ضمان حفظ المعلومات المخزنة في الأنظمة المعلوماتية، أو المنقولة عبر شبكة الإنترنت، وعدم تمكين الاطلاع عليها إلا من طرف الأشخاص المخولين بذلك (عبدالقادر، ٢٠١٨م، ص ٧٨).

إن التقارب بين الحق في الخصوصية وحرية التحكم في المعلومات يمكن أن يتضح من خلال التركيز على الحرية بمعناها المدني، أي على الحرية المدنية، ويقصد بالحرية المدنية الحرية التي يكفلها القانون المدني لشخص محدد في مواجهة غيره من الأشخاص وليس في مواجهة الدولة. وهذا ما يميز الحرية المدنية عن الحرية العامة. والحرية بهذا المعنى يمكن أن تتشابه مع الحق بالمعنى القانوني له؛ حيث إنه بالنظر المتأنية يكون الفصل بينهما أمراً غير ممكن. فمفهوم الحرية المدنية يتشابه مع مفهوم الحقوق اللصيقة بالشخصية الذي يشكل الأصل العام للحق في الخصوصية، وهما من الحقوق غير المالية وبذلك يعدان ضروريان لازدهار الشخصية. ومعنى هذا أنه لا جدوى من محاولة الفصل بين الحق والحرية، فالقانون المدني يتعامل مع الحرية الشخصية على أنها من الحقوق اللصيقة بالشخصية، فالأصل في القانون المدني الحرية (إبراهيم، ٢٠١٧م، ص ص ٣٥٢-٣٥٤). ومعنى هذا أن حرية تحكم الشخص في بياناته تعد حقاً أصيلاً من حقوق الخصوصية.

الحياة الخاصة بجانبها المادي والمعنوي أكثر من أي فقه قانوني وضعي، وهو الأمر الذي سبق إيضاحه. وعلى العموم فإنه يمكن الوصول إلى محددات عامة وأطر خاصة توضح حدود الحياة الخاصة مهما تعددت التعريفات لها؛ حيث إن: "الحياة الخاصة تعترف أولاً في وجود الحق لكل شخص في العزلة والخصوصية، وثانياً أنه لكل شخص الحق في الاعتراض على التدخل في خصوصياته من أي جانب، وأخيراً أن لكل شخص الحق في الاعتراض بكافة الوسائل على وصول المعلومات التي تتعلق بخصوصياته إلى الغير" (عبدالقادر، ٢٠١٨م، ص ٢٠٧). وعليه فإنه يمكن تطبيق تلك المعايير على الجرائم الإلكترونية التي تخترق حدود الحياة الخاصة.

المطلب الثالث: الجرائم الإلكترونية وانتهاك الخصوصية المعلوماتية

١- الخصوصية المعلوماتية

أما بالنسبة لمصطلح الخصوصية المعلوماتية، فهو مصطلح حديث العهد، وتلك الخصوصية المعلوماتية هي جزء من الحياة الخاصة للإنسان، وظهر هذا المصطلح لأول مرة في سبعينيات القرن العشرين عن طريق قيام بعض الجهات الحكومية من جمع وتخزين البيانات الشخصية على أجهزة الحاسب وذلك على اعتبار أنها الوحيدة التي كانت تملك تلك الحواسيب حينها، وانتشر وقتها الحديث عن الخطر الكبير الذي يتهدد الحريات العامة، وزاد التخوف من الانتهاكات والاعتداءات المحتملة وذلك بسبب المقدرة الهائلة لنظم معالجة البيانات الإلكترونية في الوصول إلى المعلومات المتعلقة بالأفراد واستغلالها في غير الأغراض التي تجمع من أجلها. أما منذ ثمانينيات القرن العشرين فقد تم إطلاق الحواسيب الشخصية وبدأت في الانتشار، وتلا ذلك ظهور شبكات المعلومات نتيجة الاندماج بين تكنولوجيا المعلومات والاتصالات (جدي، ٢٠١٨م، ص ص ١٢٥-١٢٦).

كاذبة. وكان من نتيجة انتشار هذه الوسائل والعادات السيئة أن زالت كل الحدود التي يضعها الناس حول خصوصياتهم، وتلاشت كل المسافات التي يضر بها الناس حول أسرهم، فتم هتك أستار حياتهم. بل ازدادت الأمور سوءاً عندما تحولت الوسيلة إلى غاية، وأصبح الكثيرون يسعون إلى معرفة البيانات والمعلومات الشخصية ليس من أجل التطفل على الأسرار، بل من أجل اقتناء هذه المعلومات التي أصبحت ذات قيمة مالية، حيث يتم الإتجار في هذه البيانات والمعلومات الشخصية (إبراهيم، ٢٠١٧م، ص ٣٤٥-٣٤٦). إن الحاسوب بشراسته التي لا تشعب في جمع المعلومات، وبدقة في عدم نسيان أي شيء يوضع فيه، قد تنقلب معه الحياة رأساً على عقب، فيخضع الأفراد لنظام رقابي مشدد يتحول معه المجتمع إلى عالم شفاف تصبح بيوت الناس فيه مكشوفة وكذلك معاملاتهم المالية وحالتهم العقلية والجسدية لأي مشاهد (بحر، ١٩٨٣م، ص ١٦).

تتضح العلاقة الرابطة بين الحق في الحياة الخاصة وبين حماية البيانات والمعلومات الشخصية في الحالات التي تأخذ فيها هذه البيانات الشكل الرقمي. ففي الحالات التي يتعامل فيها الأشخاص مع الشركات الإلكترونية فإنه يقدم طواعية العديد من البيانات والمعلومات الشخصية. ولذلك فإن الصور الحديثة في التعامل مع البيانات الشخصية التي أفرزتها وسائل الاتصال الحديثة تبين بوضوح مدى الارتباط بين الحق في الخصوصية وحماية البيانات الشخصية. فبعد أن كانت الحياة الخاصة للإنسان تنتهك باستراق السمع أو الصورة الفوتوغرافية، فأصبحت هذه الخصوصية تنتهك بواسطة اختراق البريد الإلكتروني للشخص والحواسيب الشخصية وقواعد البيانات الخاصة بالمؤسسات المختلفة (الكمال، ٢٠١٥م، ص ٢٠٧). فأصبح المساس بالحياة الخاصة للأفراد يزداد مع انتشار بنوك المعلومات، وهي عبارة عن قواعد للبيانات تفيد موضوعاً معيناً، وتهدف لخدمة غرض معين، ويتم معالجتها بواسطة أجهزة الحاسبات الإلكترونية لإخراجها في

ويرى الباحث أن مصطلح الخصوصية المعلوماتية هو مصطلح مفتوح يمكن الإضافة عليه مع تطور تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، فكل يوم يخرج العالم بوسائل جديدة للتواصل الاجتماعي التكنولوجية وعبر شبكات الإنترنت والتي تزيد من انتهاكات الخصوصية عند تطبيقها بشكل خاطئ، كما أن العديد من مواقع التواصل الاجتماعي تضع لنفسها سياسة للخصوصية وفقاً لرؤيتها ولما يحقق لها من مصالح، ومع غياب قانون دولي واضح لاستخدام تكنولوجيا المعلومات فقد تنتهك تلك الشركات الخصوصية للأفراد بشكل أو آخر، ومثال ذلك أزمة الفيسبوك Facebook عام ٢٠١٩م عندما فرضت المفوضية الفيدرالية للتجارة في الولايات المتحدة الأمريكية على شركة فيسبوك Facebook غرامة بقيمة خمسة مليارات دولارات بسبب قضية انتهاك خصوصية بيانات ٨٧ مليون مستخدم لصالح شركة كامبريدج أناليتيكا Cambridge Analytica للاستشارات السياسية، وذلك دون موافقتهم^(٤). ولذلك فإن الباحث يرى أن مفهوم الخصوصية المعلوماتية سيظل يتسع إلا أنه في النهاية يندرج تحت مفهوم الحياة الخاصة بوجه عام على اعتبار أنه أحد عناصرها.

٢- مفهوم الجريمة الإلكترونية

لقد ارتقى الإنسان في العصر الحالي في العلوم والتكنولوجيا بشكل كبير جداً، إلا أنه لم يرتق بنفس القدر في علاقاته الإنسانية أو الاجتماعية التي تربطه بالآخرين، فعرف الإنسان العلوم التي مكنته من السيطرة على أدق أسرار الطبيعة والتي كان من الممكن أن تكون وسيلة لتقريبهم ووحدهم ولتحقيق سعادتهم. إلا أنه زاد في العصر الحالي استعمال وسائل التجسس، وكثرة تداول الأخبار والمعلومات التي تتعلق بخصوصيات الأشخاص، بغض النظر عن كونها صحيحة أو

(4) <https://www.bbc.com/arabic/business-49107477>.

والجريمة بوجه عام هي كل فعل غير مشروع صادر عن إرادة آتمة يقرر لها القانون عقوبة أو تدبير احترازي (الكمال، ٢٠١٥م، ص ٢٠٧). أما الجريمة الإلكترونية فهي نشاط إجرامي يستخدم فيه الحاسب والشبكات العالمية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إما كوسيلة لتنفيذ الفعل الإجرامي المستهدف أو كوسيلة مساعدة لارتكاب جريمة مثل النصب والاحتيال، وغسل الأموال وتشويه السمعة والسب. وهي كذلك كل تصرف غير مشروع من أجل القيام بعمليات إلكترونية تمس أمن المعلوماتية والمواضيع التي تعالجها (الكمال، ٢٠١٥م، ص ٢٠٧).

وأما بالنسبة لأمثلة الجرائم الإلكترونية التي تمس الحياة الخاصة فمنها ما يلي:

- ١- جرائم الاختراق: وهي القدرة على الوصول لهدف معين بطريقة غير مشروعة عن طريق ثغرات في نظام الحماية الخاص بالهدف ويستطيع المخترق من خلالها دخول أجهزة الآخرين عنوة ودون رغبة منهم. وتلك الجريمة من الجرائم الإلكترونية الشائعة ويستهدف المجرم منها إما تدمير الموقع الإلكتروني أو اختراق المواقع الرسمية الشخصية أو اختراق البريد الإلكتروني والاستيلاء على اشتراكات المستخدمين وأرقامهم السرية وإرسال الفيروسات بقصد العبث والتدمير.
- ٢- جرائم السرقة والاحتيال: في ظل أن أصبحت المعاملات التجارية من بيع وشراء تتم من خلال شبكة الإنترنت، فقد تفاقمت عمليات السرقة والغش، وتزايد عدد السلع الوهمية المعروضة، كما تزايد عدد بطاقات الائتمان المسروقة، وتتصدر المزادات على الإنترنت قائمة السرقات والمخادعات.
- ٣- جرائم القذف والسب وتشويه السمعة: حيث يتم نشر معلومات مغلوبة أو سرية أو مضللة عن الشخص.

صورة معلومات مفيدة تفيد مستخدمي مختلفين في أغراض متعددة. كما يعرفها البعض على أنها مجموعة من المعلومات التي يتم معالجتها إلكترونياً وذلك من أجل بثها عبر شبكة الإنترنت، بحيث يمكن للمشارك الوصول إليها من خلال ربط الكمبيوتر الخاص به بشبكة الإنترنت. وتعدد وتنوع بنوك المعلومات، فهناك بنوك للمعلومات الطبية، أو السياسية، أو الأمنية، أو العسكرية، وكذلك هناك بنوك للمعلومات القانونية أو المالية، كما يمكن أن يشمل بنك المعلومات على أكثر من نوع من أنواع البيانات السابقة، كما هو الحال في بنوك المعلومات القومية التي تتضمن قواعد بيانات عن نواحي الحياة المختلفة للأفراد (ربيع، ٢٠١٦م، ص ١٧). ومن مخاطر الحواسيب وبنوك المعلومات على الحياة الخاصة ما يلي:

- أن الكثير من المؤسسات الكبرى والشركات الحكومية الخاصة تجمع عن الأفراد بيانات عديدة ومفصلة تتعلق بالوضع المادي أو الصحي أو التعليمي أو العائلي أو العادات الاجتماعية أو العمل وغيرها، وتستخدم الحاسبات وشبكات الاتصال في تخزينها ومعالجتها وتحليلها والربط بينها واسترجاعها ومقارنتها ونقلها، وهو ما يجعل فرص الوصول إلى هذه البيانات على نحو غير مأذون به أو بطريقة التحايل أكثر من ذي قبل، ويفتح مجالاً أوسع لإساءة استخدامها أو توجيهها توجيهاً منحرفاً أو خاطئاً أو مراقبة الأفراد وتعرية خصوصياتهم أو الحكم عليهم حكماً خفياً من واقع سجلات البيانات المخزنة.
- إن شيوع النقل الرقمي للبيانات خلق مشكلة أمنية وطنية، إذ ساهم في استراق السمع والتجسس الإلكتروني. ففي مجال نقل البيانات تظهر المخاطر المهددة للخصوصية في عدم قدرة شبكات الاتصال على توفير الأمان المطلق أو الكامل لسرية ما يقال عبرها من بيانات، وإمكانية استخدام الشبكات في الحصول بصورة غير مشروعة عن بعد من المعلومات (ربيع، ٢٠١٦م، ص ١٨).

المطلب الأول: الجهود الإقليمية والدولية لمواجهة الجرائم المعلوماتية

تعد الحاجة لوجود نظم دولية لمواجهة الجرائم المعلوماتية أمر ضروري، وخاصة أنها جرائم تتعدى حدود الدول. ولقد سلطت أزمة "كوفيد-١٩" الصحية الضوء على الدور الحاسم لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات في استمرار عمل المجتمعات وأظهرت الحاجة الملحة لتسريع التحول الرقمي في كافة المجالات والنهوض بأهداف ٢٠٣٠.

أما بالنسبة لإطار التعاون الإقليمي والدولي لمكافحة جرائم الإنترنت، فعلى المستوى الإقليمي، تعد معاهدة بودابست لعام ٢٠٠١م من أهم المعاهدات في هذا المجال؛ حيث تم توقيعها بهدف ردع أي عمل موجه ضد السرية والنزاهة. ولقد أكدت هذه الاتفاقية على ضمان ملاحقة مرتكبي هذه الجرائم وكشفها وتوفير قواعد ملائمة للتحري والتحقق والتدقيق والضبط والتفتيش والمحكمة مع التركيز على أهمية التعاون المحلي والإقليمي والدولي لمواجهة مجال مكافحة جرائم الإنترنت (نصيرات، ٢٠١٥م، ص ١٢٩). ولقد اشترطت الاتفاقية في تجريم الأفعال أن يكون القيام بها دون وجه حق، كما لا بد وأن تكون تلك الجرائم بشكل متعمد (عطية، ٢٠٠٩م، ص ٢٩٦-٢٩٧). أما بالنسبة للجرائم التي تم إدراجها في الاتفاقية، فكانت كما يلي: "الجرائم المتعلقة بتهيئة نظم الحاسب للعمل والتشغيل، والقرصنة، أو الدخول غير المشروع في النظام، والتنصت والتسجيل التقليدي للمحادثات والمراسلات بين الأشخاص، والاعتراض على سلامة البيانات والنظم وإساءة استخدام أجهزة الحاسب، والتزوير المعلوماتي، والغش المعلوماتي، والجرائم المتصلة بالمضمون، والجرائم المتصلة بالاعتداءات الواقعة على الملكية الفكرية" (عطية، ٢٠٠٩م، ص ٣١٨-٣٢٦). كما طالبت الاتفاقية الدول الموقعة عليها بسن القوانين الضرورية للتعامل مع تلك الجرائم (نصيرات، ٢٠١٥م، ص ١٢٩). كما وضع الاتحاد الأوروبي في أغسطس

٤- جرائم انتهاك الشخصية: حيث يقوم المجرم بانتحال شخصية شخص آخر بطريقة غير شرعية على الإنترنت بهدف الاستفادة من سمعة الشخصية أو ثروتها أو صلاحياتها (الكامل، ٢٠١٥م، ص ص ٢٠٩-٢١٠).

ومما سبق يتبين أن الخصوصية المعلوماتية أصبحت مهددة في ظل عالم أصبحت التكنولوجيا هي سمته الأساسية، وازدادت أشكال الجرائم الإلكترونية، ومن أخطرها الجرائم التي تمس الحياة الخاصة والتي أصبح الفضاء الإلكتروني ملئاً بها بفضل التكنولوجيا المتعددة والتي تعدت الإطار المعنوي وأصبحت تشمل الإطار المكاني، حيث إن نظام تحديد المواقع الجغرافية (GPS) يستطيع تحديد الأماكن التي يتردد عليها الشخص. كما انتشرت جرائم المساومات والتي نتجت عن حدوث اختراق أمني للأجهزة الإلكترونية للأفراد. وفي المبحث التالي سيتم تسليط الضوء على نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي وأثره على حماية حرمة الحياة الخاصة للمواطنين.

المبحث الثاني:

جهود المملكة العربية السعودية لمواجهة

الجرائم المعلوماتية المتعلقة بحرمة الحياة الخاصة

يتناول هذا المبحث دراسة جهود المملكة العربية السعودية في مواجهة الجرائم المعلوماتية المتعلقة بالحياة الخاصة، وهو الأمر الذي سيتم تناوله في أربع مطالب؛ والمطلب الأول موضوعه الجهود الإقليمية والدولية لمواجهة الجرائم المعلوماتية، ولهذا المطلب أهمية خاصة؛ حيث إن الجرائم المعلوماتية عابرة للحدود، وتتطلب التعاون الدولي لمواجهتها وردعها. أما المطلب الثاني فهو لدراسة حرمة الحياة الخاصة في ظل نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي. ويتناول المطلب الثالث حرمة الحياة الخاصة في ظل الاتفاقية العربية لمكافحة الجرائم المعلوماتية. أما المطلب الرابع فهو لدراسة أمثلة للجرائم المعلوماتية الخاصة بالتعدي على الحياة الخاصة في الأنظمة السعودية.

وكذلك الاتحاد الأوروبي. ولقد اعتبر ممثل روسيا في الأمم المتحدة أن واشنطن لا ترغب في وضع الإنترنت تحت السيطرة الدولية. أما ممثل الولايات المتحدة فقد اعتبر ضرورة الاعتماد على اتفاقية بودابست لعام ٢٠٠١م والتي تنص على التعاون الدولي لوضع حد لانتهاكات حقوق النشر، والتأليف، والاحتيال، واستغلال الأطفال. إلا أنه في الوقت نفسه فقد عارضت روسيا اتفاقية بودابست لعام ٢٠٠١م معتبرة أنها تمنح المحققين القدرة على الوصول إلى البيانات الحاسوبية عبر الحدود وهو أمر ينتهك السيادة الوطنية للدول^(٦).

المطلب الثاني: حرمة الحياة الخاصة في ظل نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي

صدر نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية بقرار مجلس الوزراء رقم (٧٩) بتاريخ ٧/٣/١٤٢٨هـ، وتمت المصادقة عليه بموجب المرسوم الملكي الكريم رقم (م/١٧) بتاريخ ٨/٣/١٤٢٨هـ^(٧). والهدف من هذا النظام حماية المجتمع من الجرائم المعلوماتية؛ وهي كل فعل يرتكب متضمناً استخدام الحاسب الآلي أو الشبكة المعلوماتية بالمخالفة لأحكام هذا النظام. ويهدف هذا النظام إلى الحد من وقوع الجرائم المعلوماتية، وذلك بتحديد هذه الجرائم والعقوبات المقررة لكل منها، وبما يؤدي لما يأتي^(٨):

- ١- المساعدة على تحقيق الأمن المعلوماتي.
- ٢- حفظ الحقوق المترتبة على الاستخدام المشروع للحاسبات الآلية والشبكات المعلوماتية.

(٦) حصل هذا القرار على موافقة ٧٩ دولة مقابل رفض ٦٠ دولة له وامتناع ٣٣ دولة من دول الأمم المتحدة عن التصويت لهذا القرار. انظر: <https://www.ecsstudies.com/7938/>

(٧) <https://www.citc.gov.sa/ar/RulesandSystems/CITCSystem/Pages/CybercrimesAct.aspx>.

(٨) نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية، المادة (٢)، على الرابط التالي:

(citc.gov.sa).

٢٠١٦م نظاماً يسمى "توجيه الاتحاد الأوروبي حول أمن الشبكات والمعلومات"، واشتمل هذا التوجيه على مجموعة من الضوابط الأمنية المتعلقة بحماية الأمن المعلوماتي، إذ يطلب من شركات قطاعات البنية التحتية ومشغلي الخدمات الأساسية ومقدمي خدمات البيانات ضمان مستوى من الأمن يتناسب مع الخطر الذي يمثله تقديم الخدمات المشمولة، مع مراعاة أمن النظم والمرافق، والتعامل مع الحوادث، وإدارة استمرارية العمل، والرصد والتدقيق والاختبار والامتثال للمعايير الدولية (الجملة، ٢٠٢٠م، ص ٢٦٣).

أما بالنسبة لمكافحة جرائم الإنترنت على المستوى الدولي، فأوصت منظمة الأمم المتحدة بضرورة الاتحاد لمواصلة الضغط لتحقيق التحول الرقمي بتعزيز الخطط العامة الوطنية المتصلة بتطوير تقنيات المعلومات والاتصالات والسياسات الذكية الرامية لتشجيع الاستثمارات والتعاون والشراكة، كما دعا الاتحاد الدولي للاتصالات باعتبار شعار العام ٢٠٢١م هو "تسريع التحول الرقمي في الأوقات الصعبة"^(٩). وبناء على ما سبق فيمكن القول ببساطة إن تكنولوجيا المعلومات والاتصالات أصبحت أكثر إلحاحاً في الوقت الحالي عن أي وقت سابق، وهو الأمر الذي يتطلب اتخاذ إجراءات أكثر حسماً وعلى المستوى الدولي في مواجهة جرائم تكنولوجيا المعلومات. إلا أنه لا يوجد اتفاق دولي حول اتفاقية واحدة للقضايا المعلوماتية، فعلى الرغم من موافقة الجمعية العامة للأمم المتحدة على قرار تبدأ على إثره صياغة معاهدة دولية لمكافحة الجريمة المعلوماتية في ديسمبر ٢٠١٩م، وعلى أن يبدأ العمل الموضوعي لهذه الاتفاقية عام ٢٠٢١م. وأن الهدف الأساسي من القرار هو إنشاء لجنة خبراء حكومية دولية تمثل جميع مناطق العالم وذلك بهدف وضع اتفاقية دولية شاملة لمكافحة استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات لأغراض إجرامية. إلا أن هذا القرار رفضته الولايات المتحدة

(٩) <https://www.un.org/ar/observances/telecommunication-day>.

ويلاحظ أن النظام قد ميز بين نوعين من الجرائم ضد الحياة الخاصة، ففي المادة الثالثة من النظام تحدث عن الركن المادي للجريمة والمتمثل في التنصت أو الدخول غير المشروع بهدف الابتزاز، أو استخدام كاميرا الهاتف النقال، أو التشهير بالآخرين. وحدد لها النظام عقوبة السجن لفترة لا تزيد عن سنة، أو ٥٠٠ ريال سعودي، أو بإحدى هاتين العقوبتين. أما في المادة السادسة من النظام، فتناول الجانب المعنوي والمتمثل في المساس بحرمة الحياة الخاصة، وترك حرمة الحياة الخاصة عامة ولم يقيد بها أو يحددها، ووضع عقوبة انتهاكها السجن مدة لا تزيد عن خمس سنوات، أو بغرامة لا تزيد عن ثلاثة ملايين ريال سعودي، أو بإحدى هاتين العقوبتين. ويلاحظ أن القانون لم يحدد حد أدنى للعقوبة وإنما اكتفى بالحد الأقصى لها، فالقانون يعطى الحرية للقضاء في فرض العقوبة وفقاً للجرم المرتكب، ووفقاً لرؤية القضاء ولصالح المجتمع.

وفي خضم الحديث عن الجرائم المعلوماتية والتي تتعلق بالحياة الخاصة، فقد صدر أول حكم قضائي سعودي في جريمة إلكترونية أصدرته المحكمة الجزائية بالأحساء عام ٢٠٠٨م؛ حينما حكم على المتهم الذي ابتز فتاة بصورها بعد أن اخترق بريدها الإلكتروني، وكانت العقوبة هي السجن سنة وعشرة أشهر، وجلده ٢٠٠ جلدة، إلى جانب تغريمه غرامة مالية قدرها خمسون ألف ريال سعودي^(٩).

المطلب الثالث: حرمة الحياة الخاصة في ظل الاتفاقية العربية لمكافحة الجرائم المعلوماتية

لم تتوقف جهود المملكة العربية السعودية عند حد إصدار نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية، ففي ٢٤ / ٥ / ١٤٣٣ هـ أقر مجلس الوزراء السعودي الموافقة على الاتفاقية العربية لمكافحة

٣- حماية المصلحة العامة، والأخلاق، والآداب العامة.

٤- حماية الاقتصاد الوطني.

وأما بالنسبة للجرائم المعلوماتية التي حددها النظام فقد عددها النظام ومنها جرائم الاحتيال، وانتحال صفة كاذبة، والقضايا المتعلقة بإيقاف الشبكات المعلوماتية، وقضايا الإرهاب، وغيرها من المسائل الكثيرة التي أوردها النظام. وما يهم الدراسة الحالية هي تلك المسائل المتعلقة بحرمة الحياة الخاصة، ففي المادة الثالثة من النظام أقر بمعاقبة الشخص مدة لا تزيد عن سنة وبغرامة لا تزيد عن ٥٠٠ ريال سعودي، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل شخص يرتكب أحد الجرائم المعلوماتية التالية:

١- التنصت على ما هو مرسل عن طريق شبكة المعلوماتية أو أحد أجهزة الحاسب الآلي - دون مسوغ نظامي صحيح - أو التقاطه أو اعتراضه.

٢- الدخول غير المشروع لتهديد شخص أو ابتزازه، لحملة على القيام بفعل أو الامتناع عنه، ولو كان القيام بهذا الفعل أو الامتناع عنه مشروعاً.

٣- الدخول غير المشروع إلى موقع إلكتروني، أو الدخول إلى موقع إلكتروني لتغيير تصاميم هذا الموقع، أو اتلافه، أو تعديله، أو شغل عنوانه.

٤- المساس بالحياة الخاصة عن طريق إساءة استخدام الهواتف النقالة المزودة بالكاميرا، أو ما في حكمها.

٥- التشهير بالآخرين، وإلحاق الضرر بهم، عبر وسائل تقنيات المعلومات المختلفة.

كما ورد في نص الفقرة الأولى من المادة السادسة من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية على أن: "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تزيد على ثلاثة ملايين ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل شخص يرتكب إنتاج ما من شأنه المساس بالنظام العام، أو القيم الدينية، أو الآداب العامة، أو حرمة الحياة الخاصة، أو إعداده، أو إرساله، أو تخزينه عن طريق الشبكة المعلوماتية، أو أحد أجهزة الحاسب الآلي".

(٩) جريدة الرياض، "الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات

تطور جديد في البيئة التقنية"، (alriyadh.com).

الداخلي التشريعات والإجراءات الضرورية لتحديد الصلاحيات والإجراءات الواردة في الفصل الثالث من الاتفاقية والخاص بالجرائم. وفي واقع الأمر كانت المملكة العربية السعودية سباقة في اعتماد الأنظمة المتعلقة بالجرائم المعلوماتية، وهو الأمر السابق ذكره في صدد الحديث عن نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي.

المطلب الرابع: الجرائم المعلوماتية الخاصة بالتعدي على حرمة الحياة الخاصة في الأنظمة السعودية

أما بالنسبة للوسائل الإلكترونية المستخدمة في الاعتداء على خصوصية الأشخاص، وفقاً لما يراه الباحث، فإنه يمكن تقسيمها إلى نوعين:

- ١- الأجهزة المستخدمة لارتكاب الجريمة، مثل: الهاتف النقال، والحاسب الآلي، والكاميرا.
 - ٢- صفحات التواصل الاجتماعي، مثل: السناپ شات، والإنستغرام، والواتساب.
- وبناء على الجزاءات الجنائية الصادرة في نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية في النظام السعودي السابق ذكرها، فإنه يتعين على أي شخص أصبح ضحية لهذه الجرائم القيام برفع دعوى قضائية ضد مرتكب الجرم. ومن أهم الجرائم التي يمكن أن يواجهها الشخص تعدياً على حياته الخاصة، وكما وردت في نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي، ما يلي.

١- جريمة التنصت

وتندرج جريمة التنصت تحت التحريم الذي ورد في الآية الكريمة: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ ﴿١٦﴾﴾ (سورة الحجرات: ١٢). فالتحريم في "ولا تجسسوا" هو تحريم عام. كما جرمه نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية في المادة الثالثة

جرائم تقنية المعلومات^(١٠). وتقنية المعلومات كما عرفتها المادة الثانية من الاتفاقية أنها أية وسيلة مادية أو مجموعة وسائل مترابطة أو غير مترابطة تستعمل لتخزين المعلومات وترتيبها وتنظيمها واسترجاعها ومعالجتها وتطويرها وتبادلها وفقاً للأوامر والتعليمات المخزنة بها ويشمل ذلك جميع المدخلات والمخرجات المرتبطة بها سلكياً أو لاسلكياً في نظام أو شبكة. ووفقاً للمادة الثالثة من الاتفاقية، فإنه يتم تطبيقها في حال ارتكابها في أكثر من دولة، أو ارتكبت في دولة وتم الإعداد أو التخطيط لها أو توجيهها أو الإشراف عليها في دولة أخرى، أو ارتكبت في دولة وضلعت في ارتكابها جماعة إجرامية منظمة تمارس أنشطة في أكثر من دولة، أو ارتكبت في دولة وكانت لها آثار شديدة في دولة أو دول أخرى.

أشارت الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات في الفصل الثاني منها إلى موضوع التجريم المتعلق بالجرائم المعلوماتية، وطالبت في المادة الخامسة أن: "تلتزم كل دولة طرف بتجريم الأفعال المبينة في هذا الفصل، وذلك وفقاً لتشريعاتها وأنظمتها الداخلية". وفيما يخص جرائم الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة، فقد أشارت الاتفاقية في المادة الرابعة عشر إلى هذا الأمر واعتبرتها أنها الجرائم المتعلقة بالاعتداء على حرمة الحياة الخاصة بواسطة تقنية المعلومات. أما بالنسبة للإجراءات الجنائية المتخذة تجاه الجرائم المعلوماتية فوفقاً للمادة الثانية والعشرون من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات؛ فقد ألزمت كل دولة طرف فيها أن تتبنى في قانونها

(١٠) حررت هذه الاتفاقية باللغة العربية بمدينة القاهرة في جمهورية مصر العربية بتاريخ ١٥/١/١٤٣٢هـ الموافق ٢١/١٢/٢٠١٠م، وحررت من أصل واحد مودع بالأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب، ومن نسخة مطابقة للأصل، وسلمت للأمانة العامة لمجلس وزراء الداخلية العرب، واستلمت كذلك كل دولة من الدول الأطراف نسخة طبق الأصل من الاتفاقية. انظر: "الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، جامعة الدول العربية"، ص ٢٥. على الرابط التالي: (moj.gov.jo).

- وحدد له عقوبة السجن لفترة لا تزيد عن سنة، أو ٥٠٠ ريال سعودي، أو بإحدى هاتين العقوبتين. والتنصت أصله في اللغة من "الإنصات" وهو الاستماع. والمقصود بالتنصت عبر الوسائل التقنية الحديثة هو قيام المهاجم أو المقتحم بمراقبة ما يدور في الشبكة، وما يتم تبادلها فيها من رسائل أو معلومات أو بيانات، وهذا يعد الركن المادي في ارتكاب الجريمة. ويخرج من وصف الجريمة ما كان مأذوناً فيه للشخص بالاطلاع على البيانات أو المعلومات، كالموظف في حدود صلاحياته الوظيفية، أو في حالات المراقبة الأمنية وغيرها. غير أن النظام لا يلتفت إلى قصد الجاني من وراء التنصت، فمجرد التنصت بغير إذن يعد جريمة. وتعد هذه الجريمة من أوسع صور التجريم في نظام جرائم المعلوماتية السعودي؛ وذلك لعدم الحاجة إلى وجود قصد آخر للجاني يتوقف التجريم عليه (اليحيى، ٢٠١٣م، ص ٢٥٩-٢٦٠).
 - ويعد التنصت على المحادثات الشخصية من بين جرائم الحياة الخاصة التي لا خلاف عليها في معظم القوانين الوضعية، والعلة في ذلك ترجع أن المتحدث يفصح للمتحدث إليه عن دقائق أسراره وما يدور في نفسه من خبايا وأسرار وعواطف وأشجان، ثقة منه في الشخص الآخر ودون حرج من سماع الغير، معتقداً أنه في مأمن من استراق السمع، ولأهمية المحادثات الشخصية في حياة الإنسان، فإنها يجب أن تتمتع بحرمة تكفل لها الحماية ضد جميع وسائل التنصت والاستماع والنشر، بحيث لا يجوز مطلقاً تسجيلها أو نقلها أو مراقبتها بأية وسيلة إلا وفق أحكام القانون وفي الحالات والشروط التي ينص عليها القانون (عبدالستار، ١٩٩٠م، ص ٦٤٣). ولقد زاد خطورة انتهاك المحادثات الشخصية في الوقت الحاضر، حيث لم يعد الأمر مقصوراً كما كان في الماضي على التنصت بالأذن، بل استخدمت في هذه الخصوصية أجهزة علمية حديثة ومتطورة قادرة على التقاط ونقل ما يدور بين الناس من خصوصيات عن بعد وبسهولة (جابر، ٢٠١٧م، ص ١٧). وأما بالنسبة للجرائم الواقعة على المحادثات والاتصالات، فهي كما يلي:
 - أولاً: استراق السمع؛ ويقصد به التنصت، أو الترصد عن طريق وسيلة سمعية كالأذن وغيرها، لما هو مرسل عن طريق شبكة المعلومات أو أجهزة تقنية المعلومات، مثل: الهاتف.
 - ثانياً: الاعتراض؛ ويقصد به استخدام وسيلة إلكترونية لإعاقة وعرقلة وصول ما هو مرسل عن طريق شبكة المعلومات أو أجهزة تقنية المعلومات، مثل: دخول طرف أجنبي على محادثة هاتفية تدور بين طرفين أو أكثر (الجندي، ٢٠٠٩م، ص ١٣٥).
 - ثالثاً: التسجيل؛ ويقصد به حفظ الحديث على مادة معدة لذلك، كي يستمع إليه فيما بعد (المقصود التسجيل الخفي)، أو نقل ذبذبات الموجات الصوتية من مصادرها وخواصها الذاتية، بما فيها من عيوب في النطق إلى شريط التسجيل بحيث يمكن إعادة سماع الصوت للتعرف على مضمونه (المعمري، ٢٠١٤م، ص ١٩١).
 - رابعاً: النقل؛ يقصد به إرسال الحديث من المكان الذي يجري فيه إلى مكان آخر غيره بواسطة أي جهاز من أجهزة تقنية المعلومات، أو باستخدام شبكة معلوماتية أو نظام معلومات إلكترونية.
 - خامساً: البث؛ ويقصد به إذاعة ونشر وإظهار وإشاعة المحادثات أو الاتصالات أو المواد الصوتية المرئية بين الناس (عبداللطيف، ٢٠١٦م، ص ٢٦).
 - سادساً: الإفشاء؛ ويقصد به إذاعة مضمون المحادثة وإعطاء معلومات للأفراد عن المحادثات، أو الاتصالات، أو المواد الصوتية، أو المرئية (عبداللطيف، ٢٠١٦م، ص ٢٦).
- ٢- جريمة التهديد والابتزاز عبر وسائل تكنولوجيا المعلومات ورد بالفقرة الثانية من المادة الثالثة لقانون مكافحة الجرائم المعلوماتية تجريم التهديد أو الابتزاز عبر وسائل تكنولوجيا المعلومات، فجاء بالنص ما يلي: "الدخول غير المشروع لتهديد شخص أو ابتزازه، لحملة على القيام بفعل أو الامتناع عنه، ولو

خلال التقاط وتعديل ونقل الصورة في الأماكن العامة وحتى في المنازل والأماكن الخاصة مما نتج عنه انتهاكاً خطيراً لحياة الأفراد الخاصة، نتيجة الحرية المنفلتة للتصوير غير المقتن، وهو ما دعا إلى تجريم هذا الفعل وجعل ممارسه يخضع للعقاب تبعاً لنظام مكافحة الجرائم المعلوماتية. وحيث إن الشريعة الإسلامية ومهمة القانون في حماية الفرد لا تقتصر على الكيان المادي، بل تشمل أيضاً كيانه المعنوي.

وأما بالنسبة للجرائم الواقعة على الصور، فقد أدت التطورات التقنية والفنية الحديثة إلى التفتن في انتهاك الصورة بطريقة خفية وغير ملحوظة، فأصبحت معظم الأجهزة التكنولوجية مزودة بكاميرات قد لا تُرى في بعض الأحيان بالعين المجردة بسبب صغر حجمها، ودقة تصنيعها وقوتها في التقاط الصور من مسافة بعيدة - كما سبق القول، كما ظهرت العديد من برامج التصوير الحديثة التي تقوم بالتقاط وإعداد صور إلكترونية، وكذلك نشرها، عبر وسائل التواصل الاجتماعي عبر شبكة الإنترنت، وكشفها ونسخها والاحتفاظ بها. ومن صور النشاط الإجرامي المتعلق بالصور ما يلي (الشامسي، ٢٠١٨م، ص ص ٤٠-٤١):

- أولاً: التقاط الصور: ويقصد به، أخذ الصور بآلة التصوير، أو الحصول عليها عن طريق استخدام شبكة معلوماتية أو نظام معلومات إلكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات. وتتحقق الجريمة بمجرد التقاط الصورة، حتى إذا لم يتمكن من تعديلها أو نقلها أو نشرها.
- ثانياً: إعداد صور إلكترونية: وهي تكوين الصور وتركيبها باستخدام شبكة معلوماتية، أو نظام معلومات إلكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات.
- ثالثاً: نقل الصور: وهو تحويلها أو تحريكها من موضعها إلى موضوع آخر، ويتم النقل عن طريق استخدام شبكة معلوماتية، أو نظام معلومات إلكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات.

كان القيام بهذا الفعل أو الامتناع عنه مشروعاً، وحدد النظام لهذه الجريمة عقوبة السجن لفترة لا تزيد عن سنة، أو ٥٠٠ ريال سعودي، أو بإحدى هاتين العقوبتين. وأما بالنسبة للركن المادي للجريمة فهي الدخول غير المشروع لحمل الشخص للقيام بفعل أو الامتناع عن عمل الفعل، ولو كان هذا الامتناع مشروعاً. أي أن مجرد الدخول هنا يعد أمراً متعمداً، وبهذا النص يكون النظام قد أغلق الالتفاف حول هذا الجرم بحجة اعتبار "المجرم" يسعى لعمل مشروع - الركن المعنوي، أو أنه يسوق أي وسيلة قد تبدو أنها إنسانية.

٣- المساس بالحياة الخاصة عن طريق استخدام الهواتف النقالة المزودة بالكاميرا

وردت هذه الجريمة في الفقرة الرابعة من المادة الثالثة لنظام مكافحة الجرائم المعلوماتية، وحدد لها النظام عقوبة السجن لفترة لا تزيد عن سنة، أو ٥٠٠ ريال سعودي، أو بإحدى هاتين العقوبتين. والركن المادي في هذه العقوبة هو استخدام الهواتف النقالة المزودة بالكاميرا أو ما في حكمها بهدف المساس بالحياة الخاصة، ويرى الباحث أنه لا بد من تخطيط العقوبة في هذه الجريمة، وخاصة مع التطور الهائل التي تشهده الأجهزة المحمولة واحتوائها على كاميرات للتصوير متناهية في الصغر وتكاد أن تكون غير مرئية وذات جودة عالية. ولكن يحسب للنظام في الوقت نفسه الإشارة إلى تجريم هذا الفعل بشكل مباشر.

وترجع فلسفة التجريم في هذا الفعل إلى استخدام الصورة بشكل غير قانوني. فالعالم بات يعيش ثقافة الصورة؛ حيث ارتبطت صورة الإنسان ارتباطاً وثيقاً به كما أنها دخلت في شتى مجالات الحياة، كالصورة الشخصية، والعائلية، وصور الأخبار والحروب، والرياضة والحياة اليومية، والعلوم والتكنولوجيا، والفنون، والطبيعة، والبيئة (الشامسي، ٢٠١٨م، ص ٣٨). ولقد أصبح في متناول أي شخص التعدي على هذه الحرمة من

على الرغم من أن نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية قد حدد بعضًا من جرائم التعدي على الحياة الخاصة إلا أنه عاد وشدّد العقوبة في حال المساس بحرمة الحياة الخاصة، فورد في نص الفقرة الأولى من المادة السادسة من نظام الجرائم المعلوماتية على أن: "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تزيد على ثلاثة ملايين ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل شخص يرتكب إنتاج ما من شأنه المساس ... أو حرمة الحياة الخاصة، أو إعداده، أو إرساله، أو تخزينه عن طريق الشبكة المعلوماتية، أو أحد أجهزة الحاسب الآلي". وهذا الأمر ليس بجديد على الأنظمة السعودية المستقاة من الشريعة الإسلامية والتي بجلت حرمة الحياة الخاصة - كما سبق التفصيل خلال البحث الأول من هذه الدراسة. والركن المادي في هذه الجريمة هو تعمد إنتاج أي شيء يمس الحياة الخاصة وطرحه عبر الشبكة المعلوماتية بأي وسيلة. ويرى الباحث أن هذه المادة تخدم الركن المعنوي في مواجهة الجرائم المعلوماتية، فأى جريمة معلوماتية قد تمس الركن المعنوي لحرمة الحياة الخاصة يمكن إدراجها تحت هذه المادة.

الخاتمة

وفي ختام الدراسة فإنه يتضح أن الشريعة الإسلامية كانت ولا زالت أكبر حامي وحافظ لحرمة الحياة الخاصة بكافة مكوناتها المادية والمعنوية، ولم تستطع كافة الأنظمة الوضعية الوصول إلى الفلسفة الإسلامية الجامعة وكيفية طرحها في آيات بسيطة، وأحاديث شريفة يمكن للشخص العادي فهمها. كما أن الأنظمة السعودية المستقاة من الشريعة الإسلامية حافظت على الحياة الخاصة. ونظرًا للتطور التقني السريع في وسائل المعلومات كانت الحاجة ملحة لوضع نظام لمكافحة الجرائم المعلوماتية، والتي اشتملت في محتوياتها قسمًا كبيرًا يتعلق بالحياة الخاصة. كما لم

- رابعًا: كشف الصور: وهي إظهار محتواها وبيانها وتوضيحها باستخدام شبكة معلوماتية، أو نظام معلومات إلكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات.
- خامسًا: نسخ الصور: ويقصد بذلك أخذ صورة مشابهة ومطابقة لها، حيث يتم نسخها باستخدام شبكة معلوماتية، أو نظام معلومات إلكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات.
- سادسًا: الاحتفاظ بالصور: يعني تخزينها لنفسه وذلك باستخدام شبكة معلوماتية، أو نظام معلومات إلكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات.

٤- جريمة التشهير بالآخرين عبر وسائل تقنية المعلومات

الأصل في هذا التجريم هو النهي عنه في الشريعة الإسلامية الحنيفة، ففي الحديث الشريف نهي صلى الله عليه وسلم الناس عن ترديد كل ما يسمع، فقال عليه الصلاة والسلام: "كفى بالمرء كذبًا أن يحدث بكل ما يسمع"^(١١). والمقصود بالتشهير اصطلاحًا هو "إظهار أمر سييء إلى سمعة شخص أو جهة ونشره، بغض النظر عن كون هذا الأمر حقيقيًا أو غير ذلك". كما جرم نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية هذا الفعل، فورد بالفقرة الخامسة من المادة الثالثة ما يفيد بذلك، ونصها: "التشهير بالآخرين، وإلحاق الضرر بهم، عبر وسائل تقنيات المعلومات المختلفة"، وحدد لها النظام عقوبة السجن لفترة لا تزيد عن سنة، أو ٥٠٠ ريال سعودي، أو بإحدى هاتين العقوبتين. والركن المادي في هذه العقوبة الدخول عبر وسائل تقنيات المعلومات المتعددة بهدف إلحاق الضرر بالآخرين عن طريق التشهير بهم وفضحهم. وتعد هذه الجريمة من الجرائم العمدية التي يجب أن تتوفر فيها الركن المعنوي المتمثل بارتكاب الجريمة عن علم وإرادة (اليحیی، ٢٠١٣م، ص ٢٦٢).

(١١) أخرجه مسلم، في مقدمة الصحيح، باب: النهي عن الحديث بكل ما سمع، (حديث: ٥) (ج ١).

قائمة المصادر المراجع

- أولاً: القرآن الكريم
- ثانياً: الأحاديث النبوية الشريفة
- ثالثاً: القوانين والأنظمة
- الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، جامعة الدول العربية، القاهرة، ٢٠١٠م.
 - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨م.
 - العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦م.
 - الميثاق العربي لحقوق الإنسان ٢٠٠٤م.
 - النظام الأساسي للحكم للمملكة العربية السعودية، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.
 - قانون حماية الأفراد الفرنسي وحررياتهم ١٩٧٠م.
 - قانون العقوبات المصري رقم (٣٧) لسنة ١٩٧٢م.
 - نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م.

رابعاً: المعاجم

المعجم الوسيط (٢٠٠٤م). ط ٤، القاهرة: مجمع اللغة العربية.

خامساً: الرسائل العلمية الجامعية غير المنشورة

- آدم، آدم عبد البديع (٢٠٠٠م). الحق في حرمة الحرمة الخاصة ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي. رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة.
- الشامسي، أسماء علي سالم راشد (نوفمبر ٢٠١٨م). جرائم الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة للأشخاص بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات. رسالة ماجستير، جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- يوسف، يوسف الشيخ (١٩٩٣م). حماية الحق في حرمة الأحاديث الخاصة. رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، القاهرة.

تغفل المملكة العربية السعودية عن أهمية التعاون الإقليمي - في غياب نظام دولي متفق عليه للجرائم المعلوماتية، فكانت من أوائل الدول العربية التي انضمت إلى الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات. وعلى الرغم من هذا الجهد المشكور للمملكة العربية السعودية، إلا أن الأمر لا زال في طور التجديد وخاصة مع التطور السريع والهائل التي تشهدها تكنولوجيا المعلومات؛ ومن هذا المنطلق توصي الدراسة بما يلي:

- ١- ضرورة تذليل التحديات والصعوبات في تطبيق نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية وذلك بتأهيل قوى بشرية مؤهلة ولديها خبرة للعمل على الأجهزة الحديثة والبرامج المتقدمة والتي تساهم في مراقبة وملاحقة مرتكبي الجرائم المعلوماتية.
- ٢- ضرورة إنشاء محاكم متخصصة تهتم بالجرائم المعلوماتية.
- ٣- ضرورة العمل على تحديد ضبطين قضائية خاصة بالجرائم المعلوماتية.
- ٤- ضرورة العمل على تعزيز فكرة المسؤولية المجتمعية للأمن المعلوماتي.
- ٥- ضرورة إنشاء مركز وطني يهتم بالجرائم المعلوماتية، ودوره المساهمة في طرح تشريعات قانونية ودراساتها لمواجهة الجرائم المعلوماتية.
- ٦- عقد المؤتمرات المحلية والدولية لبحث كل ما هو جديد بخصوص تقنية المعلومات، ومناقشة أشكال الجريمة المعلوماتية على المستوى المحلي والإقليمي والدولي.
- ٧- ضرورة العمل على مراجعة نصوص نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية، وخاصة في ظل الطفرات المستمرة في تكنولوجيا المعلومات ووسائل توصيلها.

المعمري، طارق عبده مرشد (١٤٣٥هـ/٢٠١٤م). الحماية الجنائية للحق في حرمة المراسلات والمحادثات الشخصية. دار نشر أكاديمية شرطة دبي.

سابعاً: الدوريات

إبراهيم، داود (٢٠١٧م). الحماية القانونية للبيانات الشخصية من منظور الحق في الخصوصية: دراسة تحليلية مقارنة. مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ع (١).

بن حيدة، محمد (٢٠١٤م). الاستقلال القانوني للحق في الحياة الخاصة. مجلة الجنان لحقوق الإنسان، الجزائر، ع (٧).
جدي، صبرينة (أغسطس ٢٠١٨م). الحماية القانونية للحق في الخصوصية المعلوماتية. مجلة التواصل في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة عنابة، مج (٢٤)، ع (٢).

الجمال، حازم حسن أحمد (أغسطس ٢٠٢٠م). الحماية الجنائية للأمن السيبراني في ضوء رؤية المملكة ٢٠٣٠. مجلة البحوث الأمنية، كلية الملك فهد الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، مج (٣٠)، ع (٧٧).

ربيع، عماد محمد؛ وربيعة، زياد محمد (٢٠١٦م). الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة في قانون الجرائم الإلكترونية رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٥م. مجلة العلوم القانونية والسياسية، الجمعية العامة للبحوث والدراسات الاستراتيجية، الأردن.

السعيد، راغب محمد (أكتوبر ١٩٩٦م). الحياة الخاصة: مفهومها وضمان حرمتها في الإسلام. الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، القاهرة.

شطناوي، فيصل عقلة؛ وحتاملة، سليم؛ والرفوع، أمل (٢٠٢٠م). الحماية الدستورية والقانونية للحق في الحياة الخاصة. دراسات علوم الشريعة والقانون، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، مج (٤٧)، ع (١).

سادساً: المراجع

ابن منظور (٢٠١٤م). لسان العرب. بيروت: دار صادر.
بحر، ممدوح خليل (١٩٨٣م). حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي. ط١، القاهرة: دار النهضة العربية.

جابر، محمود محمد محمود (٢٠١٧م). الجرائم الناشئة عن استخدام الهواتف النقالة، جرائم نظم الاتصالات والمعلومات. الكتاب الأول، دار الكتب والوثائق القومية.

الجندي، حسني (١٩٩٣م). ضمانات حرمة الحياة الخاصة في الإسلام. القاهرة: دار النهضة العربية.

السجستاني، أبي داود سليمان بن الأشعث (١٩٩٦م). سنن أبي داود. تحقيق: محمد عبدالعزيز الخالدي، ط١، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية.

الشهاوي، محمد (٢٠٠٥م). الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة. القاهرة: دار النهضة العربية.

عبدالستار، فوزية (١٩٩٠م). شرح قانون العقوبات. ط٣، القاهرة: دار النهضة العربية.

عبداللطيف، عبدالرازق الموافي (١٤٣٧هـ/٢٠١٦م). شرح قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات. الكتاب الثاني، معهد دبي القضائي.

عطية، طارق إبراهيم الدسوقي (٢٠٠٩م). الأمن المعلوماتي. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.

محمد، محمود عبد الرحمن (د.ت.). نطاق الحق في الحياة الخاصة، دراسة مقارنة في (القانون الوضعي الأمريكي والفرنسي والمصري) والشريعة الإسلامية. القاهرة: دار النهضة العربية.

مسعود، جبران (١٩٩٢م). الرائد في اللغة والإعلام. ط١، بيروت: دار العلم.

مصيلحي، محمد الحسيني (١٩٨٨م). حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون الدولي. القاهرة: دار النهضة العربية.

السعودية. مجلة البحوث والدراسات الشرعية، مج (٢)، ع (٧).

يوسف، مجدي عز الدين (رجب ١٤١٦هـ/ نوفمبر ١٩٩٥م).

حرمة الحياة الخاصة بين الحماية الدولية والشريعة الإسلامية. المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ع (٢٠).

ثامناً: المواقع الإلكترونية المتخصصة

- <http://mofa.gov.sa>
- <https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/8f1b7079-a5f0-425d-b5e0-a9a700f26b2d/1>
- <https://www.bbc.com/arabic/business-49107477>
- <https://www.un.org/ar/observances/telecommunication-day>
- <https://www.ecsstudies.com/7938/>
- <https://www.citc.gov.sa/ar/RulesandSystems/CITCSys tem/Pages/CybercrimesAct.aspx>
- https://www.citc.gov.sa/ar/RulesandSystems/CITCSys tem/Documents/LA_004_%20A_%20Anti-Cyber%20Crime%20Law.pdf
- <https://www.alriyadh.com/730586>
- <http://www.moj.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets/27adcb7a-5539-4b36-9d9a-28b91f578bac.pdf>

عبدالقادر، عميمر (٢٠١٨م). الحماية الجنائية للحق في الحياة الخاصة في البيئة الرقمية. مجلة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مختبر بحث قانون الأعمال، جامعة الحسن الأول، الجزائر، ع (٢٠).

الكمال، سعاد (نوفمبر ٢٠١٥م). خطر الجرائم المعلوماتية. المؤتمر الأول لمكافحة الجرائم المعلوماتية - ICACC، كلية علوم الحاسب والمعلومات، جامعة الإمام محمد ابن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية.

نصيرات، وائل محمد عبدالرحمن (نوفمبر ٢٠١٥م). الجهود الدولية في مكافحة الجرائم المعلوماتية والصعوبات التي تواجهها. المؤتمر الدولي الأول لمكافحة الجرائم المعلوماتية - ICACC، كلية علوم الحاسب والمعلومات، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية.

اليحيى، تركي بن محمد بن عبدالرحمن (فبراير ٢٠١٣م). مكافحة جرائم المعلوماتية في المملكة العربية



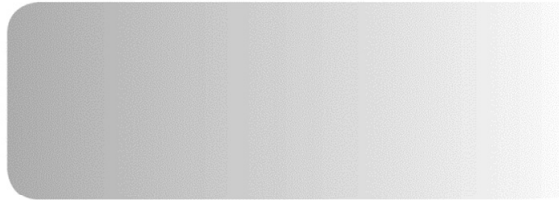
**IN THE NAME OF ALLAH,
MOST GRACIOUS, MOST MERCIFUL**

**Journal of
King Saud University**
(Refereed Scientific Periodical)

Volume 35

Law & Political Science (2)

July (2023)
Dhu Al-Hijjah (1444H.)



• Editorial Board •

Abdullah Jumman Alghamdi

(Editor-in-Chief)

Saad Nasser Alshithri

Elshehabi Ibrahim Elsharqawi

Jamel Abdelrazzak Ajroud

AbdelSalam Ali Noer Mansour

Mohamed Mahfoudh

Adel AbdelKarim AlAbd AlKarim

Abdullrazak Najeeb

© 2023 (1444 H.) King Saud University

All publishing rights are reserved. No part of the journal may be republished or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, or via any storage or retrieval system, without written permission from King Saud University Press.



CONTENTS

	Page
Expanding the Framework Application of the New Saudi Bankruptcy Law 1439 AH and Its Implementation Regulations (English Abstract) Maen Mohammed Amin Al-Qudah	220
The Digital Court and the Electronic Court in the Framework of Electronic Litigation (English Abstract) Hanan Mohammed El Husseiny Ahmed	238
The Legal Regulation for the Renewal of Franchise Contract: An Analytical and Critical Study (English Abstract) Rakan F. Alrdaan	268
Work Contribution under the Saudi and Egyptian Companies Law (English Abstract) Mohamed Mustafa Abd Alsadq Morsy	292
Legislative Guarantees to Protect Bank Cash Deposits: A Study in Light of Federal Law No. 14 of 2018 Regarding the Central Bank and the Regulation of New Financial Facilities and Activities (English Abstract) Nada Zuhair El-Fil	320
Cogency of the Administrative Papers as Evidence (English Abstract) Badr Abdullah M. Almatroudi	360
A Behavioral Approach to Public Policy-making: A Study of the Cognitive and Applied Impact of Integrating Behavioral Insights into Public Policy Field (English Abstract) Amal Zerniz	378
Guarantees of the Sanctity of Private Life Considering on the Saudi Anti-information Crime Systems (English Abstract) Mugbel bin Hilal Bin Muhammad Al-Otaibi	406

