

مجلة جيل

الأبحاث القانونية العميقة



مجلة علمية دولية محكمة تصدر دوريا عن مركز جيل البحث العلمي

Lebanon - Tripoli / Abou Samra Branche - www.jilrc.com - law@journals.jilrc.com

العام الخامس - العدد 44 - نوفمبر 2020





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



المشرفة العامة ومديرة التحرير:

أ.د. سرور طالبي

رئيس اللجنة العلمية:

أ.د. الميلود بوطريكي، جامعة محمد الأول وجدة (المغرب)

عضو اللجنة العلمية الشرفي:

د. عبد الناصر أبو سمهدانة، رئيس نيابة العدل العليا والدستورية (فلسطين)

أسرة التحرير:

أ.د. الاخضر عزي (جامعة محمد بوضياف - المسيلة - الجزائر)

د. أحمد طارق ياسين محمد المولى، جامعة الموصل (العراق)

د. الداودي نورالدين، جامعة عبد المالك السعدي (المغرب)

د. العباسوي عماد، جامعة كومبلوتنسي بمدريد (إسبانيا)

د. سفيان سوالم جامعة محمد الشريف مساعدي - سوق أهراس (الجزائر)

د. شريف أحمد بعلوشة، وكيل النائب العام، غزة (فلسطين)

د. عبد المنعم عبد الوهاب محمد، نقابة المحامين، البصرة (العراق)

د. نوفل علي عبد الله الصفو، جامعة الموصل (العراق)

د. همام القوصي، جامعة حلب (الجمهورية العربية السورية)

أعضاء اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

د. أحمد بلحاج جراد، كلية الشرطة - قطر.

د. بلقاسم بنبراهيم، جامعة محمد الأول، وجدة - المغرب.

د. حسيني ابراهيم احمد، جامعة الطائف - المملكة العربية السعودية.

د. سعدي البديوي السيد أحمد بدوي، جامعة الملك فيصل في الإحساء.

د. سعيد العزوزي، جامعة محمد الأول وجدة - المغرب.

د. عبدالرازق وهبه سيداحمد محمد، جامعة المجمعة - المملكة العربية السعودية.

د. موسى محمد بلنغو، الجامعة الإسلامية العالمية - ماليزيا.

التعريف:

مجلة علمية دولية محكمة تصدر دورياً عن مركز جيل البحث العلمي تستهدف نشر المقالات المعمقة في مختلف مجالات العلوم القانونية: "القانون العام والخاص"، بإشراف هيئة تحرير مشكلة من أساتذة وباحثين وهيئة علمية تتألف من نخبة من الباحثين وهيئة تحكيم تتشكل دورياً في كل عدد.

تتناول المجلة إسهامات مختلف الباحثين والمهتمين بمجال العلوم القانونية سواء ما تعلق بالرصيد النظري أو بقضايا الساعة أو بترجمة الأعمال ذات الأهمية العلمية المعترف بها.

تعد هذه المجلة تكريساً لحرص المركز على تشجيع الأبحاث والمجهود العلمي، وعلى الإسهام في إثراء رصيده العلمي بنشر الدراسات الجادة والقيمة، استناداً إلى معايير علمية موضوعية ودقيقة.

قواعد النشر

تقبل المجلة الأبحاث والمقالات التي تلتزم الموضوعية والمنهجية، وتتوافر فيها الأصالة العلمية والدقة والجدية وتحترم قواعد النشر التالية:
بالنسبة للمقالات والأبحاث العميقة:

- تنشر المجلة المقالات والأبحاث التي تستوفي الشروط الآتية:
 - الالتزام بالمعايير العلمية والموضوعية المعمول بها دولياً في الدوريات المحكمة، والتي تستجيب لشروط البحث العلمي.
 - تعتمد هيئة التحكيم مبدأ الحياد والموضوعية في تحكيم المواد العلمية المرشحة للنشر مع الحرص على خلو الأعمال من التطرف الفكري أو مساسها بمبادئ الأشخاص أو الأنظمة.
 - يراعى في المساهمات المقترحة للنشر في المجلة أن تتسم بالجدية وألا تكون محل نشر سابق أو مقتطف من مذكرة أو أعمال، ملتمقى.
 - أن تكون المواضيع المقدمة ضمن اختصاص المجلة.
 - أن تلتزم المقالات الدقة وقواعد السلامة اللغوية، وألا يتعدى حجم العمل 20 صفحة بالنسبة للمقالات و50 صفحة بالنسبة للأبحاث العميقة، مع احتساب هوامش، مصادر وملاحق البحث.
 - ترسل المادة العلمية في ملف مرفق بملخص بلغة البحث وآخر بإحدى اللغات: العربية، الفرنسية أو الانجليزية (حسب لغة البحث).
- بالنسبة للأعمال المترجمة:

- تقبل من الأعمال المترجمة تلك التي تتصل باختصاص المجلة.
- تقبل الأعمال المترجمة من وإلى: العربية، الفرنسية، الانجليزية .
- تخضع المقالات لاستشارة ترجمانيين مختصين في اللغات المذكورة أعلاه.
- تحول الأعمال المقدمة المقالات إلى أساتذة من ذوي الخبرة العلمية حسب اختصاص المقال.
- يبلغ الباحث المرسل بتلقي مادته بعد 5 دقائق من تسلمها.

- تلتزم هيئة التحكيم بإبداء الرأي واتخاذ القرار في غضون شهر من تمكينها من المادة المقترحة للنشر، مع مراعاة السرية التامة في التحكيم
- يحق لهيئة التحكيم أن ارتأت ضرورة إقرار تعديلات على المواد المقدمة للنشر.
- يعلم الباحث المرسل بقبول مادته للنشر على أن يعلم بتاريخ نشرها حسب رزنامة المجلة.

شروط النشر:

- شكل الكتابة: باللغة العربية شكل Traditional Arabic حجم 14.
- بالنسبة للغات الأجنبية شكل Times New Roman حجم 12 .
- يرفق الباحث سيرة ذاتية علمية مفصلة.
- تدرج الهوامش ألياً في نهاية كل صفحة وقائمة المصادر والمراجع في نهاية المقال.

نموذج التهميش:

1. الكتب باللغة العربية أو الأجنبية: لقب واسم المؤلف، عنوان الكتاب، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم الطبعة.
 2. النصوص التشريعية: البلد، نوع النص، مضمون النص، سنة الصدور.
 3. المجلات والدوريات: عنوان المجلة أو الدورية، لقب واسم الكاتب، عنوان المقالة، عدد المجلة، تاريخ الصدور، صفحة الاقتباس.
 4. الرسائل الجامعية: لقب واسم الطالب، عنوان المذكرة، درجة المذكرة، مؤسسة تسجيل المذكرة، كلية التخصص، السنة الجامعية، صفحة الاقتباس.
 5. التقارير الرسمية: جهة إصدار التقرير، موضوع التقرير، مكان نشر التقرير، سنة إصدار التقرير، صفحة الاقتباس.
 6. المراجع الإلكترونية:
- يوثق المرجع المنقول عن شبكة "الإنترنت" بذكر معلومات الرابط الإلكتروني كاملاً مع ذكر صاحب المادة المنشورة، وتاريخ زيارة الموقع .
7. ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

law@journals.jilrc.com

الفهرس

الصفحة

- 9 • الافتتاحية
- 11 • شركة الشخص الواحد التجارية كأداة لغسل الأموال: (دراسة في التشريع الكويتي)، هشام عماد العبيدان (كلية القانون الكويتية العالمية KILAW).
- 37 • جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة في التشريع الإماراتي (دراسة تحليلية)، فضل الله محمد الحسن فضل الله (الإمارات وسلطنة عمان).
- 67 • الوكالة غير القابلة للعزل والأمن القانوني العقاري في فلسطين، مصطفى أحمد فرحان (جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب).
- 97 • المعاملة الضريبية للأسرة وللطبقة الوسطى بالمغرب: دراسة مع تجارب مقارنة، عبد الغني بامو (جامعة ابن زهر - أكادير، المغرب).
- 141 • دور التدقيق المالي والإداري في المرفق العمومي، سعيد العزوزي (وجدة، المغرب).

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية

لا تعبر الآراء الواردة في هذا العدد بالضرورة عن رأي إدارة المركز

© جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي

الافتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين الذي بفضلته تتم الصالحات

اخترنا لكم في العدد الرابع والأربعون من مجلة جيل الأبحاث القانونية المعتمة تشكيلة متنوعة من الأبحاث المتميزة بطروحاتها وبالمواضيع المثارة فيها، فالقارئ لهذا العدد، سيتجول بين تشريعات دول عربية كثيرة اتسعت رقعتها الجغرافية من مغربها إلى مشرقها وخليجها.

كما تميز هذا العدد بتسليط الضوء على مجموعة من الإشكاليات التي تواجه تنفيذ التشريعات التجارية والجنائية والعقارية والمالية لبعض الدول العربية.

فلقد عالج البحث المعمق الأول كيفية استعمال شركة الشخص الواحد التجارية كأداة لغسل الأموال على ضوء التشريع الكويتي، بحيث وُفق الباحث في معالجة كل جوانب الموضوع ووصل إلى اقتراح مجموعة من الحلول تصلح للتعميم على باقي الدول العربية التي تسمح تشريعاتها بفتح هذا النوع من الشركات.

كما تناول البحث الثاني جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة في التشريع الإماراتي بوصفه النموذج القانوني العربي الأمثل للتصدي لهذه الجريمة سيما في البيئة الرقمية، فحين توسع البحث الثالث في دراسة إشكالية الوكالة غير القابلة للعزل والأمن القانوني العقاري في فلسطين، مستدلاً باجتهادات محاكم دول عربية مجاورة كلبنان والأردن.

أما البحث الرابع فلقد سلط الضوء على المعاملة الضريبية للأسرة وللطبقة الوسطى بالمغرب ودعمها بتجارب مقارنة، لنختم العدد بدراسة معمقة تناولت دور التدقيق المالي والإداري في المرفق العمومي بالمغرب.

تبقى هذه المجلة مجلة كل باحث جاد يريد أن ينشر نتائج أبحاثه، وسيجد من أسرة التحرير ولجنتها العلمية، التوجيه والدعم الدائمين.

والله الموفق في الأول والآخر

سرور طالببي / المشرفة العامة ومديرة التحرير

شركة الشخص الواحد التجارية كأداة لفسل الأموال: (دراسة في التشريع الكويتي) The Commercial One-Person Company (OPC) as a Money Laundering Tool: (The Case of Kuwaiti Law)

هشام عماد العبيدان، ماجستير في قانون الشركات، من كلية القانون الكويتية العالمية KILAW
Hesham Al-Obaidan, Master of Corporate Law from the Kuwait International
College of Law (KILAW).

Abstract

The research is concentrated in the commercial One Person Company (OPC) for the purpose of money laundering. As the OPC is characterized by its simplicity and ease of control without opposition from other partners. Also the OPC can carry out commercial transactions for its account, which allows the criminal to launder his illegal money by using the OPC's legal personality.

Incidents of money laundering vary across the OPC. There is a "*Financial Camouflage*", which grants illegal funds a legitimate source. Also there is a "*Financial Concealment*", whereby the criminal integrates the illegal funds into the company's assets.

The cases in which the criminal can exploit the personality of the OPC are also varied, the criminal may be its owner and manager, or only its owner and appoint a manager, or the owner may be its manager without being its owner, and he may be completely outside the OPC, but the manager of it works for his account.

Consequently, we have studied the legal provisions regulating this problem between the Kuwaiti Companies Law No. 1 of 2016, which was characterized by flexibility in order to attract capital, and the Anti-Money Laundering Law No. 106 of 2013, which prohibited many unlawful incidents that could be easily implemented through the OPC.

This contradiction led us to deduce legal loopholes and propose new rules that will preserve the flexibility of establishing the commercial OPC and constitute a legislative guarantee against its use as a tool of money laundering.

Key words: *The One-Person Company (OPC), Corporate Law, Money Laundering, Financial Camouflage, Financial Concealment.*

الملخص

يتلخّص موضوع البحث في استغلال شخصية شركة الشخص الواحد التجارية بغرض القيام بغسل الأموال؛ حيث تمتاز هذه الشركة ببساطتها وسهولة السيطرة عليها دون وجود معارضةٍ من شركاء آخرين. بالتالي تستطيع الشركة القيام بتعاملات تجارية باسمها ممّا يسمح للمجرم غسل أمواله غير المشروعة عبر استخدام الشخصية المعنوية للشركة.

وتتنوّع وقائع غسل الأموال عبر شركة الشخص الواحد؛ فهناك "التمويه المالي"، أي منح الأموال غير المشروعة مصدرًا مشروعًا عبر اصطناع تعاملٍ تجاريٍّ بين المجرم وبين شركة الشخص الواحد، وهناك "الإخفاء المالي"، حيث يدمج المجرم الأموال غير المشروعة في ميزانية الشركة ضمن ذمّتها المالية بغرض إخفاء هذه الأموال.

كما تتنوّع الحالات التي يمكن أن يستغلّ المجرم شخصية شركة الشخص الواحد التجارية، فقد يكون المجرم هو مالكيها ومديرها، أو مالكيها فقط ويقوم بتعيين مدير لها، أو يكون المالك مديرها دون أن يكون مالكيها، وقد يكون خارجياً عنها تماماً، ولكن مدير هذه الشركة يعمل لحسابه.

بالتالي، فقد قمنا بدراسة الأحكام القانونية المنظمة لهذه الإشكالية بين قانون الشركات الكويتي رقم 1 لعام 2016 الذي تميّز بالمرونة بغرض جذب رؤوس الأموال عبر تأسيس شركات من نوع الشخص الواحد، وبين قانون مكافحة غسل الأموال رقم 106 لعام 2013 الذي حظر العديد من الوقائع غير المشروعة التي يمكن تنفيذها بسهولة عبر شركة الشخص الواحد.

هذا التناقض جعلنا نقوم باستنتاج الثغرات القانونية واقترح قواعد جديدة ستُحافظُ على مرونة تأسيس شركة الشخص الواحد التجارية وتُشكّل ضماناً تشريعياً ضدّ استخدامها كواجهةٍ لغسل الأموال.

الكلمات المفتاحية: شركة الشخص الواحد، قانون الشركات، غسل الأموال، التمويه المالي، الإخفاء المالي.

المقدمة

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا * وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عُدْوَانًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصَلِّيه نَارًا وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا﴾¹ صدق الله العظيم.

لقد أكد المشرع الكويتي على اعتماده الصريح لفكرة الشركة ذات الشخص الواحد، ذلك من حيث إمكانية الفصل بين مشروع الشخص وبين شركته التي يملكها بالكامل، على الرغم من كون هذه الشركة هي في الواقع مشروع فردي لا يتشارك فيه مع المالك أي أحد²، تستند هذه الفكرة تاريخياً على الاجتهاد القضائي نظراً لتناقضها القانوني³ حيث طوّر الاجتهاد هذه الفكرة وكان للمشرع الألماني السبق في تشريع هذه الشركة دعماً للمشاريع الصغيرة والمتوسطة⁴.

فعلى الرغم من وجود تناقض بين فكرة قيام شركة لشخص واحد وبين المبادئ العامة لقانون الشركات⁵ - التي تقوم على أساس العقد ونية المشاركة بين عدة أشخاص، بينما تُؤسس شركة الشخص الواحد بالإرادة المنفردة⁶، فإن المشرع الكويتي قد أتاح هذا النوع من الشركات وأفرد لتنظيمه الباب السابع من قانون الشركات رقم 1 لعام 2016⁷، ويبدو أن ذلك من باب تشجيع أصحاب رؤوس الأموال الصغيرة على إنشاء مشاريعهم الخاصة⁸.

وبالنتيجة، فإن الخصائص القانونية لشركة الشخص الواحد تسمح بقيام مالك الشركة بالعديد من الممارسات غير القانونية، أشهرها النصب والاحتيال؛ كأن يقوم بطرح الاكتتاب على مشروع عقاري تقوم به

¹ القرآن الكريم، سورة النساء، الآية 29، 30.

² مطلوب، مصطفى ناطق، المشروع الفردي (شركة الشخص الواحد) على وفق التطورات التشريعية الحديثة، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، العدد 36، عام 2008.

³ الواسعي، محمد، والشريعان، فاطمة، ضمانات دائني شركة الشخص الواحد وفق قانون الشركات الكويتي رقم 1 لعام 2016 - دراسة قانونية مقارنة، منشور في مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد 2، المجلد 42، عام 2018.

⁴ الريماوي، فيروز، شركة الشخص الواحد دراسة مقارنة، دار البشر، عمان، 1997، الصفحة 3.

⁵ العمر، عدنان، مدى انسجام شركة الشخص الواحد مع الأحكام العامة والخاصة للشركات، مجلة المنارة، المجلد 24، العدد 2، عام 2018، الصفحة 297.

⁶ الفيكاوي، حور، النظام القانوني لشركة الشخص الواحد (دراسة لموقف المشرع الكويتي في قانون الشركات الجديد)، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الكويت، نوقشت عام 2016.

⁷ المواد 85-91، قانون الشركات الكويتي، رقم 1 لعام 2016.

⁸ ينظر في تجربة الهند مع هذا النوع من الشركات:

الشركة، ثم يسحب المالك هذه الأموال من حسابات الشركة، ويدّعي أنّها أفلست، وبعدها يدفع بانعدام مسؤوليته في أمواله الخاصة عن ديون الشركة على اعتبار أنّها ذات شخصية معنوية مستقلة¹.

ولكن الأخطر أن يستغلّ المجرم الشخصية المعنوية للشركة في غسل أمواله غير المشروعة، سواءً أكان مؤسسها ومالكها أم مديرها أم متواطئاً مع مديرها.

ومن هنا، تتداخل الغايات القانونية، فالمشرع يرغب من ناحية بجذب رؤوس الأموال وتحريك الاقتصاد والتشجيع على إنشاء الشركات، ولذلك فهو يقوم بوضع قواعدٍ مرنةٍ للتأسيس وممارسة إدارة الأعمال، وفي المقابل نجد أن نسبةً من هؤلاء المؤسّسين يستغلّون هذه القواعد المرنة في تأسيس وإدارة شركات وهمية بغرض غسل الأموال.

بناءً عليه، يحاول المشرع الكويتي اختيار سياسة تشريعية متوازنة بين جذب الاستثمار وتحصين السوق الوطني من رؤوس الأموال غير المشروعة.

نُقدّم من خلال هذا البحث دراسةً مركّزةً على فكرة استغلال شركة الشخص الواحد التجارية ليس لاستغلالها في النصب والاحتيال كما هو متعارف عليه، بل عندما يتمُّ استخدامها كواجهةٍ لإخفاء أو تمويه الأموال غير مشروعة الناتجة عن جريمةٍ أصليةٍ ارتكبتها المجرم مثل تجارة المخدرات أو غيرها.

أهداف البحث

1. تحديد وقائع غسل الأموال التي يمكن عبرها استغلال شخصية شركة الشخص الواحد التجارية.
2. إسقاط نصوص قانون مكافحة غسل الأموال الكويتي على احتمالات غسل الأموال عبر استغلال الشخصية المعنوية لهذه الشركة.
3. اقتراح قواعد جديدة تخص غسل الأموال باستغلال شخصية هذه الشركة.

أهمية البحث

تظهر أهمية البحث من قدرة مقترحات البحث على مواجهة الآثار السلبية التي ترخيها ممارسة غسل الأموال على بيئة الشركات التجارية بشكل عام من جهة، وقدرتها على توفير حماية للغاسلين إذا هم أرادوا استغلال شخصية شركة الشخص الواحد المعنوية بهدف جعلها واجهة مشروعة لغسل الأموال غير المشروعة.

¹ للمزيد من الاطلاع حول هذا الموضوع، راجع:

الحميد، رنا، النظام القانوني لشركة الشخص الواحد وفقاً للقانون رقم 1 لسنة 2016 وتعديلاته بإصدار قانون الشركات الكويتي ولائحته التنفيذية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الكويت، نوقشت عام 2019.

منهج البحث

1. المنهج الوصفي الاستنتاجي؛ بغرض وصف الوقائع التي تسمح للمجرم والغاسل استغلال شركة الشخص الواحد في غسل الأموال، بغرض استنتاج الحالات التي يمكن من خلالها تمويه أو إخفاء الأموال غير المشروعة عبر الشخصية المعنوية لهذه الشركة عندما تقوم بأعمالها التجارية.
2. المنهج التحليلي؛ وذلك عندما نقوم بعملية تحليل للقواعد القانونية واستكشاف جزئياتها، وتحديد وقائع غسل الأموال التي تشملها.
3. المنهج الاستقرائي؛ بغرض محاولة تكييف الوقائع والحالات والتفاصيل المُستنتجة، ثم إسقاطها على نصوص مكافحة غسل الأموال التي جاءت بوقائع وأوصاف مُحدّدة، كل ذلك بغرض استنتاج نتيجة واحدة مفادها وجود ثغرات قانونية أم لا، واستنتاج حلول لها.

مصطلحات البحث

- المجرم؛ هو الشخص الذي ارتكب الجريمة الأصلية والتي جاءت منها الأموال غير المشروعة.
- الغاسل؛ هو الشخص الذي يقوم بعمليات التمويه والإخفاء المالي بغرض غسل الأموال غير المشروعة، وقد يكون هو ذاته المجرم أو شخص آخر.
- الشركة؛ شركة الشخص الواحد التي يستخدمها المجرم والغاسل كأداةٍ لغسل الأموال.

إشكالية البحث

"هل قدّم المشرع الكويتي رؤية قانونية شاملة لمكافحة غسل الأموال في حالة استغلال الشخصية المعنوية لشركة الشخص الواحد التجارية؟"

مُخطّط البحث

المبحث الاول: استغلال الشخصية المعنوية لشركة الشخص الواحد التجارية في غسل الأموال

المطلب الاول: تمويه مصدر الأموال عبر شركة الشخص الواحد

المطلب الثاني: إخفاء الأموال من خلال شركة الشخص الواحد

المبحث الثاني: حظر غسل الأموال باستغلال شركة الشخص الواحد التجارية بين قانون الشركات

ومكافحة غسل الأموال

المطلب الاول: حظر التمويه المالي عبر شركة الشخص الواحد

المطلب الثاني: حظر الإخفاء المالي من خلال شركة الشخص الواحد

المبحث الأول: استغلال الشخصية المعنوية لشركة الشخص الواحد التجارية في غسل الأموال

نتساءل في هذا المبحث عن كيف يمكن أن يقوم المجرم بتمويه وإخفاء أمواله غير المشروعة عبر شركة الشخص الواحد التجارية؟ وكيف تقوم الشركة بدور الغاسل بالشكل المطلوب من حيث النشاط التجاري الذي سيدّعيه مدير الشركة؟

كل هذا سيتضح من خلال البحث في وقائع تمويه مصدر الأموال غير المشروعة عبر العمليات التجارية لشركة الشخص الواحد (المطلب الأول)، ثم وقائع إخفاء هذه الأموال عبر ذات العمليات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تمويه مصدر الأموال عبر شركة الشخص الواحد

تنقسم واقعة إخفاء الأموال غير المشروعة في ميزانية شركة الشخص إلى المراحل التالية:

أولاً: تأسيس شركة شخص واحد للأعمال التجارية (المرحلة الأولى)

في هذه المرحلة يكون لدى المجرم كمية كبيرة من الأموال الآتية من جريمة¹، فيجد صعوبة في إيداعها ضمن حسابه البنكي؛ لأنّ وحدات التحريات المالية ستشتبه بتضحّم حسابه دون مصدر دخل واضح.

ولهذا قد يقوم المجرم بأحد ممّا يلي:

➤ تأسيس شركة شخص واحد تجارية² بالحد الأدنى لرأس مال بغرض عدم جذب النظر³ واستغلال شخصيتها⁴، وهنا يكون المجرم أمام احتمالين:

¹ من المراجع الكويتية الهامة في شرح غسل الأموال:

الطبيباني، عادل، ظاهرة غسل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 22، سبتمبر 1998.

² بخصوص فكرة تأسيس هذه الشركة، راجع:

إبداع، نسرين، تكوين شركة الشخص الواحد في ظل قانون الشركات الأردني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة اليرموك، نوقشت عام 2011.

³ ينظر في واقعة تأسيس شركة شخص واحد بغرض غسل الأموال لدى:

Fang, Juan, Agency Cost and Uncontrollable Risks in Hiding Fortune Overseas—Offshore Companies, Ownership of the Cannes Villa and Money Laundering in the Criminal Case of Bo Xilai, Ownership of the Cannes Villa and Money Laundering in the Criminal Case of Bo Xilai, SSRN Papers, 2017, page 3. See:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3018666 (2-10-2020).

⁴ للاطلاع أكثر على المزايا التي تقدمها هذه الشركة لمؤسسيها والتجاوزات مع قانون الشركات، ينظر:

القضاة، معين، أهمية شركة الشخص الواحد وفقاً لأحكام قانون الشركات، مجلة العلوم الشرعية، جامعة القصيم، المجلد 12، العدد 5، عام 2019.

- **إمّا أن يستلم المجرم إدارة الشركة، فعلى الرغم من أنه سيكون هو تحت الأنظار إلا أنّ العمليات التجارية لشركته ستشكّل ستاراً لمصدر أمواله غير المشروعة الأصلية، ومصدراً مشروعاً للأموال المستقبلية في ذات الوقت،**
- **أو أن يُسلم المجرم إدارة الشركة لمديرٍ آخر، وفي هذه الحالة تخفُّ الأنظار من عليه.**
- **إقناع شخص بتأسيس شركة شخص واحد، وهنا لدينا احتمالين:**
- **أن يتم إدارة الشركة من المجرم، وبهذه الطريقة يكون المجرم بعيداً عن الأنظار في أصل الأموال، ويستطيع في ذات الوقت استغلال شخصية الشركة في جعلها ستاراً لأمواله غير المشروعة. وقد يكون المالك المؤسس شريكاً أو بريئاً بخصوص غسل الأموال.**
- **تسخير شخص يعمل لحساب المجرم على استلام إدارة شركة الغير التي تمّ تأسيسها، ففي هذه الحالة تكون ملكية الشركة للغير، ويكون مديرها شخصاً مستقلاً، فيما يقوم المجرم بتمويه مصدر الأموال عبرها بالخفاء باستغلال علاقته مع المدير.**

ولكن تمويه الأموال يحتاج إبرام عملية تجارية بين المجرم والشركة في المرحلة الثانية.

ثانياً: إبرام عملية تجارية بين الشركة والمجرم المستفيد بسعر مبالغ فيه (المرحلة الثانية)

في هذه المرحلة، يكون لدى المجرم كمية من الأموال التي جاءته كأرباح لجريمته الأصلية المستقلة عن غسل الأموال¹، ويسعى إلى منحها مصدراً مشروعاً باستغلال شركة الشخص الواحد، فهنا نكون أمام أحد الاحتمالات التالية:

➤ **"المجرم الغاسل" في شركة الشخص الواحد؛ وهنا نكون أمام إحدى حالتين:**

- **المجرم مالكاً للشركة ومديراً لها أن معاً، وهكذا يقوم بتأسيس الشركة، ثم يقوم بدمج الأموال غير المشروعة بميزانية الشركة، وبعدها يقوم مثلاً بإبرام صفقة يتم بموجبها شراء الشركة منه شخصياً لبضاعة فاسدة أو مُقلّدة أو ذات منشأ ضعيف مقابل مبلغ كبير يساوي قيمة المبلغ غير المشروع الذي حصّله المجرم من الجريمة الأصلية.**

ولكن هذه الحالة سهلة الاكتشاف، نظراً لما يلي:

- **صعوبة دمج الأموال في ميزانية الشركة بشكل محاسبي مقنع²، حتى إذا سخّر أحد الأشخاص ليزعم أنّه قد تبرّع للشركة، فإنّ موضوع التبرّع سيظهر وكأنّه تبرّع مباشر للمجرم كونه المالك الوحيد للشركة، فكيف يقبل هذه التبرعات ثم يصرفها على صفقة معه هو شخصياً؟ هكذا ستتكشف العملية بسهولة.**

¹ محكمة التمييز الكويتية، الأحكام الجزائية، الطعن رقم 173، لعام 2016، جلسة 14-1-2018.

² للتوسّع في فكرة ارتباط الغش المحاسبي بغسل الأموال، ينظر لدى:

○ كون الشركة تتعامل من المجرم ذاته وهو ما يُثيرُ الشبهات،

○ القيمة المبالغ فيها قابلة لإعادة التقدير، الأمر الذي قد يُثيرُ شبهة وحدة التحريات المالية، ثم تقييم الدعوى العامة على أساس المستندات دون الحاجة لشكوى كما أقرت محكمة التمييز الكويتية¹. وعلى الرغم من ذلك فإنَّ المجرم يستطيع إخفاء هذه الشبهات عبر تقديم خدماتٍ لا يمكن تقييمها بشكل دقيق مثل الإعلانات، فيكون لديه مكتب إعلانات يقدم إعلاناً لشركته في مقابل أجرٍ مبالغٍ فيه تدفعه الشركة من ذمتها المالية، فيبدو على شكل اتفاق طبيعي، فيما تكون الأموال غير المشروعة قد عادت إلى المجرم على شكل أجور إعلانات عن طريق مكتبه.

● المجرم مديراً للشركة فقط، يستطيع المجرم المدير في هذه الحالة دمج أمواله غير المشروعة في ميزانية الشركة عبر تسليمها نقداً لشخص يقوم مثلاً بزعم التبرُّع للشركة أو ما شابه من العمليات الصورية دون أن يبدو التبرُّع له شخصياً كونه مدير للشركة وليس مالكاً لها.

إلا أنه قد يصعب على المجرم المدير هذا القيام بعملية غسل الأموال وفق المثل المطروح، لأنه سيكون عرضةً للمساءلة من مالك الشركة الذي قد يكون لا علاقة له بغسل الأموال، ذلك حتى وإن استخدم طريقة التعاقد على خدمة الإعلانات، لأنَّ المبالغة في أجرتها لن ترضي المالك الذي قد يكشف الأمر.

➤ "الغاسل المستقل" وهو مدير شركة الشخص الواحد، وهنا ينشأ احتمالين أيضاً:

● أن يكون المجرم هو مالك شركة الشخص الواحد والغاسل هو مدير الشركة، وبهذه الطريقة ستتمُّ عملية شراء البضائع من المجرم عبر المدير من أموال المجرم نفسها التي دمجها المدير في ميزانية الشركة، وقد يجد المدير صعوبةً في هذا الدمج إلا أن وجود هذا المدير كشخصٍ مستقلٍّ عن المالك يخفي هذه العملية قليلاً، فقد يكون المدير من الشخصيات الشهيرة بإدارة الشركات واستقطاب التمويل ممَّا يُخفِّف الشبهة.

يمكن اكتشاف هذه العملية إذا دققت وحدة التحريات المالية بالتعاملات الخاسرة التي وقعت فيها الشركة، خاصة تلك التي كانت مع إحدى الجهات التابعة لمالك الشركة نفسه والتي مرَّرها المدير بشكلٍ لا يصبُّ في مصلحة الشركة. لكن تبقى وقائع تقديم الخدمات مثل الإعلانات والتسويق الإلكتروني وغيرها هدفاً مفضلاً للمجرم؛ لأنَّ المبالغة في قيمها لن يُثيرَ الشبهة مثل المبالغة في سعر بضائع معروفة القيمة.

● أن يكون المجرم بعيداً عن شركة الشخص الواحد والغاسل هو مديرها، وهي الحالة الأخطر والأصعب اكتشافاً، حيث إنَّ إدخال أموال المجرم غير المشروعة في ميزانية الشركة ثم إعادتها للمجرم عبر تعامل

Yallapragada, RamMohan R., C. William Roe, and Alfred G. Toma, Accounting fraud, and white-collar crimes in the United States, Journal of Business Case Studies, Vol. 8, No. 2, 2012.

ينظر في القضاء الأمريكي: US v. Powers, United States Court of Appeals, Fifth Circuit, February 25, 1999.

¹ محكمة التمييز الكويتية، الأحكام الجزائية، الطعن رقم 209، عام 2012، جلسة 2013-4-14.

تجاري لن يثير الشبهات¹، كون المجرم غير مالك للشركة، كما أنّ التعامل التجاري بين المجرم والشركة سيبدو وكأنّه طبيعي، خاصةً إذا كان على خدمات غير محدودة القيمة مثل الإعلانات التي يُقدّمها المجرم بقيم مبالغ فيها للشركة.

ثالثاً: تسليم المستندات التي تثبت دفع الشركة وقبض المجرم المستفيد (المرحلة الثالثة)

نستنتج من المراحل السابقة أنّ المجرم يقوم بتقديم بضائع أو خدمات لقاءً مقابلٍ مبالغٍ فيه، بحيث يكون هذا المقابل المادي هو القيمة غير المشروعة المطلوب تمويهها، ومنحها مصدرًا مشروعًا.

وفي الواقع، فإنّ المجرم الذي يستخدم شركة الشخص الواحد التجارية لغسل الأموال يعرف أنّه أكثر عرضة للشبهات والاستدعاء من وحدات التحريات المالية، لكنه يُقدم على هذه العملية حتى يُبقي مراحل غسل الأموال ودائرتها ضيقة جداً تحت أنظاره. مثل هذا الواقع هو الذي دفع الفقه نحو التنبيه لضرورة إصلاح نظام شركة الشخص الواحد².

بناءً عليه، فإنّ المجرم يحتاج إلى مستنداتٍ تُثبتّ التعاملات التي جرت بينه وبين الشركة.

فحتى وإن كانت الشركة مملوكةً للمجرم، فإنّ مالكيها المُتعاملين معها يجب أن يحتفظ بمستندات التعاملات فيما بينهما، وذلك لسببين:

- حتى يكون هناك مستندات تُبرّر سبب خروج الأموال من ذمة الشركة إلى ذمة المجرم أمام دائني الشركة الذين لا يحقّ لهم الرجوع إلّا على أموال الشركة المستقلة بذمتها المالية عن مالكيها، حيث إنّ قانون الشركات حصر التزام مالك شركة الشخص الواحد في إطار رأس مال الشركة³.
- حتى يحصل المجرم على مستنداتٍ تجاريةٍ تُمثّل مصدر الأموال غير المشروعة التي رجعت إليه على شكل قيمة بضائع أو أجرة إعلانات وخلافه.

وهكذا يتمّ تنفيذ مُخطّط التمويه المالي، فيستطيع المجرم أن يدفع بهذه المستندات في مواجهة وحدة التحريات المالية، ثم يكون على النيابة العامة إثبات صورية العملية التجارية برمتها أمام القضاء حتى تُثبتّ عملية غسل الأموال، وهي مهمة ليست بالسهلة.

*ومن وجهة نظر شخصية، فإنّ استخدام شركة الشخص الواحد كأداةٍ لغسل الأموال يكتسب أهميةً كبيرةً في دولة الكويت والدول العربية، لأنّ هذه الممارسة تُفسدُ عمل تطوير القطاع الاقتصادي؛ حيث إنّ هذه

¹ ينظر في حالات التلاعب بميزانيات الشركات وغسل الأموال، لدى:

Mulig, Liz, At the home of the deluxe fruitcake: A deluxe case of accounting fraud, Academy of Accounting and Financial Studies Journal, Vol. 22, No. 2, 2018.

² Virk, Somya, one-person company – a need of change, Superemo Amicus, Vol. 12, 2019.

³ المادة 85، قانون الشركات الكويتي، رقم 1 لعام 2016.

الشركة قد تحظى بتسهيلاتٍ ضريبيةٍ كبيرةٍ تشجيعاً لرواد الأعمال من فئة الشباب في ظلّ ضعف فرص العمل، هذه التسهيلات التي سينظر إليها المشرع بشكلٍ أكثر صرامةٍ إن انتشرت ممارسة غسل الأموال.

كما أنّ استخدام شركة الشخص الواحد لأسلوب النشاط التجاري عبر الشراء والبيع بريح سيتلاعبُ باتجاهات التجارة وسعر السوق، الأمر الذي سيُطعنُ في كفاءة السوق وسيزيد من صعوبة تأسيس مشاريع صغيرةٍ على شكل شركةٍ شخصٍ واحدٍ في المستقبل.

المطلب الثاني: إخفاء الأموال من خلال شركة الشخص الواحد

تبدو مراحل واقعة إخفاء الأموال غير المشروعة في ميزانية شركة الشخص الواحد التجارية، كما يلي:

المرحلة الأولى: تأسيس شركة شخص واحد للأعمال التجارية

تتميّز واقعة الإخفاء برغبة المجرم بطمس أمواله ضمن مشروع يبدو -من الظاهر- وكأنّه طبيعي، كلُّ ذلك بغرض إبعاد المجرم أنظار السلطات عنه من جهة، والحفاظ على مكتسبات جريمته لحين الطلب من جهة أخرى¹.

وبخصوص واقعة الإخفاء المالي هذه، فيستطيع المجرم تنفيذ مخطّط الإخفاء لدى تأسيس شركة الشخص الواحد عبر استغلال مزايا هذه الشركة²، ذلك من خلال الطرق التالية:

➤ أن يقوم المجرم بتأسيس الشركة باسمه ضمن ملكيته، وفي هذه الحالة يكون المجرم غاسلاً في ذات الوقت، لكن وحدات التحريات المالية لن تجد صعوبةً في اكتشاف تضحُّم ثروة المجرم التي حاول إخفاءها ضمن الذمة المالية للشركة المُستقلّة عن ذمّته³، سواءً أكان المجرم هو مديرها أم لا، لأنّ الشركة ستدخل ضمن ممتلكات المجرم في النهاية، وبالتالي قد يتمّ الحجز على الشركة كونها تدخل ضمن أملاك المجرم المشبوهة.

➤ أن يقوم المجرم بإقناع شخصٍ بتأسيس الشركة؛

● فإذا تمّ تسليم إدارة الشركة للمجرم، ففي هذه الحالة يكون هناك مجرم وغاسل (المالك المؤسّس)، فيظهر الغاسل على أنّه هو مالك الشركة بشكلٍ مظهريّ، في الوقت الذي يقوم بتنفيذ أوامر المجرم صاحب الملكية الحقيقية. لكن يمكن أن يكون المؤسّس المالك بريئاً من غسل الأموال، ذلك إذا كان المجرم المدير يريد إخفاء أمواله ضمن ميزانية الشركة بعد تأسيسها.

¹ ينظر في المفهوم العميق لممارسة غسل الأموال، لدى:

Kumar, Vipran, One Person Company: Concept, Issues and Suggestions, Corporate Law Adviser, Vol. 132, 2016.

² راجع حول هذه المزايا: النديابي، سعد، شركة الشخص الواحد في النظام السعودي، مجلة الأستاذ، جامعة المسيلة، المجلد 2، العدد 7، سبتمبر 2017.

³ الواسعي، محمد، والشريعان، فاطمة، مرجع سابق.

• أمّا إذا أدار الشركة شخص يعمل لحساب المجرم، فهنا بإمكان المجرم استخدام شركة الشخص الواحد التي تمّ تأسيسها في إخفاء أمواله غير المشروعة ضمن ذمة الشركة مع صعوبة اكتشاف هذا الأمر لأنّ المجرم غير ظاهراً لا مالكاً ولا مديراً.

المرحلة الثانية: إخفاء الأموال غير المشروعة في ميزانية الشركة

قد يقوم المجرم بإخفاء الأموال غير المشروعة في ذمة شركة شخص واحد تمّ تأسيسها منه أو قائمة تعود ملكيتها لشخص آخر برئ أو حتى شريك مع المجرم، وفي جميع هذه الحالات نكون أمام احتمالين:

➤ "المجرم المالك"، أي المجرم الذي يمتلك شركة الشخص الواحد، وهنا أماننا حالتين:

• أن يكون المجرم هو ذاته مدير الشركة، فهنا قد يؤسّس الشركة بأموال الجريمة لكن اكتشاف تضخّم أمواله سهل في هذه الحالة كما ذكرنا، لذلك فقد يقوم المجرم بتأسيس الشركة بأموال مشروعة مثل القرض، ثم يقوم بإدخال أمواله غير المشروعة ضمن ميزانية الشركة دون ذكرها في الحسابات، ذلك عبر افتتاح حساب بنكي باسم الشركة يستخدمه المجرم في إيداع أمواله غير المشروعة في الحساب¹. وبهذه الطريقة يقوم المجرم بإخفاء الأموال ضمن الذمة المالية للشركة على أساس أنّها أموال الشركة دون أن تلاحظ وحدات التحريات المالية، لكون الشركة تملك نشاطاً ودخلاً مقنعاً لهذا التضخّم في الحساب البنكي.

• أن يقوم المجرم بتعيين مدير للشركة، وفي هذه الحالة قد يختار مديراً خبيراً في الإدارة المالية؛ حتى يُتقن إخفاء أموال المجرم الشخصية غير المشروعة في أموال الشركة.

➤ "المجرم الغاسل"، فهنا يقتصر دور المجرم على غسل الأموال عبر شركة شخص واحد يملكها غيره، ولدينا حالتين:

• أن يقوم المجرم بإدارة شركة غيره، وفي هذه الحالة يستخدم المجرم حسابات الشركة التجارية في دمج أمواله الشخصية ضمن ذمة الشركة المالية بغاية إخفائها ضمن أموال الشركة.

• أن يقوم المدير بترشيح شخص يعمل لحسابه كمدير لشركة غيره، وبهذه الطريقة يُسيطر المجرم على ميزانية الشركة وحساباتها البنكية بشكل كامل وغير مباشر في آنٍ معاً، وتُعتبر هذه الحالة هي الأخطر كونها الأصعب اكتشافاً والأكثر استخداماً تبعاً لذلك².

¹ حول أفكار غسل الأموال بالارتباط مع عمليات البنوك في الكويت، راجع:

الرشيد، جديع، موقف القانون الكويتي من عمليات غسل الأموال المصرفية (باللغة الإنكليزية)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 34، العدد 1، مارس 2014.

² للاطلاع على أحدث حالات غسل الأموال باستخدام الممارسات المحاسبية غير المشروعة، ينظر:

المرحلة الثالثة: تسليم المستندات التي تُثبت ملكية الشركة للأموال

بخصوص واقعة إخفاء الأموال في ميزانية شركة الشخص الواحد، فإن كل ما يهتمُّ المجرم هو دمج الأموال ضمن الذمة المالية المستقلة للشركة، لذلك فإنه سيسعى دائماً إلى تحصيل مستندات تُثبت ملكية الشركة للأصول والأموال غير المشروعة على أنّها أموال مشروعة ناتجة عن تجارتها الطبيعية.

بناءً عليه، فإن المجرم سيحرص على حصوله على المستندات التالية على سبيل المثال:

- كشف حساب بنكي حديث يُوضِّح قيمة الأموال التي تمتلكها الشركة.
 - فواتير بيع لبضائع أو تقديم لخدمات من الشركة لعملائها، وهي ستشكل الصورة المضيفة لعمل الشركة، الأمر الذي يجعل وجود الأموال في ذمتها على أنّها مُحصَّلة من أعمالها أمراً مقنعاً.
 - بيانات مالية للشركة منظمة ومدروسة بعناية، بحيث يكون الغرض منها إظهار العمل في الشركة بشكله الطبيعي الذي يتضمَّن في الواقع أموالاً غير مشروعة أخفاها المجرم ضمن ذمة الشركة.
- وتلعب صفة المجرم في الشركة دوراً أساسياً في مدى قدرته على تحصيل هذه المستندات ومدى قدرتها على إقناع وحدة التحريات المالية؛

➤ فإذا كان المجرم مالكاً أو مديراً لشركة الشخص الواحد، فإنَّ المستندات هذه ستبقى قرينةً هشَّةً، يمكن كسرها وإثبات إخفاء المجرم لأمواله غير المشروعة وتدويرها ضمن ذمة الشركة حتى تختفي عن الأنظار.

➤ أمَّا إذا كان المجرم مالكاً غير مديراً للشركة، أو كان غير مالك ولكن المدير يعمل لحسابه، فإنَّ هذه المستندات المذكورة ستلعب دوراً أساسياً في إبعاد شبهة غسل الأموال عن المجرم أو حتى استحالة إثبات واقعة إخفاء الأموال عليه.

* ومن وجهة نظر شخصية، تبدو فكرة إخفاء الأموال غير المشروعة من خلال ذمة شركة الشخص الواحد ممارسةً نموذجيةً للمجرم، فهي سهلة التنفيذ عبر شركةٍ لا يوجد فيها أقليةٌ من المساهمين، وفي نفس الوقت، يبلغ الأثر السلبي لهذه الممارسة حدًّا كبيراً بالنظر إلى أنّ أموال الشركة ستكون عبارةً عن أموالٍ مملوكةٍ صورياً لها، في الوقت الذي تتعامل فيه الشركة مع التجار والمستهلكين على أنّها تمتلك أموالاً حقيقيةً، وهو ما يطعن في ضمان الشركة تجاه الدائنين والغير.

فمثلاً، إذا مارست الشركة خدمة النقل البري، فإنها ستكون ذات مركزٍ ماليٍّ ضعيفٍ أمام دائئها من مالكي الحافلات الذين قاموا ببيعها بالتقسيط بالنظر إلى قوة مركز الشركة المالي وما تمثله أموالها من ضمان، في الوقت الذي تعود فيه هذه الأموال للمجرم وليست مُلكاً للشركة.

المبحث الثاني: حظر غسل الأموال باستغلال شركة الشخص الواحد التجارية

بين قانون الشركات ومكافحة غسل الأموال

سنرى في هذا المبحث كيف يمكن تطبيق نصوص قانون الشركات وقانون مكافحة غسل الأموال على وقائع غسل الأموال عبر شركة الشخص الواحد، وهكذا سيُصبح بإمكاننا تقييم الحظر القانوني لكلٍ من التمويه المالي (المطلب الأول) والإخفاء المالي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حظر التمويه المالي عبر استغلال شركة الشخص الواحد التجارية

حتى تتضح الأفكار الخاصة بحظر التمويه المالي عبر قانون الشركات وقانون مكافحة الأموال، علينا أن نتعمق في الأفكار التالية: صفات شركة الشخص الواحد التي تُساعد في التمويه المالي أولاً، ثم في إدارة شركة الشخص الواحد بغرض التمويه المالي ثانياً، وأخيراً في أثر استغلال أموال شركة الشخص الواحد في التمويه المالي ثالثاً، كل ذلك بالمقارنة بين أحكام قانوني الشركات ومكافحة غسل الأموال.

أولاً: صفات شركة الشخص الواحد التي تُساعد في التمويه المالي

لقد كانت الصفة الجوهرية لشركة الشخص الواحد كما جاءت في القانون، كما يلي: " ... مشروعٌ يمتلك رأس ماله بالكامل شخصٌ واحدٌ طبيعيٌّ أو اعتباريٌّ، ولا يُسألُ مالكُ الشركة عن التزاماتها إلا بمقدار رأس المال المُخصَّص للشركة"¹.

فإذاً يوجد فص قانوني بين ذمة مالك الشركة، وبين ذمة الشركة ذاتها كشخص اعتباري، أو ما يُمكن تسميته بتخصيص الذمة المالية²؛ ذلك نتيجة استقلال شخصية الشركة المعنوية عن شخصية مالكيها³. ويظهر تماماً أنّ شركة الشخص الواحد تسهل تنفيذ مخططات غسل الأموال عبر استغلال شخصية الشركة في تعاملات تمويه مالي، تلك التي تؤدي في النهاية إلى منح الأموال غير المشروع مصدراً مشروعاً.

¹ المادة 85، قانون الشركات.

² الصفار، زينة وخضير، بان، أثر تخصيص الذمة المالية على شركة الشخص الواحد، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 13، العدد 48، عام 2011.

³ على الرغم من أنّ مالكيها هو المالك الوحيد لرأس مال الشركة، وحتى وإن تعددت الحصص، فإذا ذهب إحدى الحصص للمالك آخر، انقلبت الشركة إلى شركة ذات مسؤولية محدودة بقوة القانون. ينظر: المادة 88، قانون الشركات.

للتوسُّع في هذا الموضوع، راجع: الفيلاوي، حُور، مرجع سابق.

بهذه الطريقة يستطيع المجرم القيام بذات الوقائع التي حظرها قانون مكافحة غسل الأموال، مثل: "تحويلها (الأموال غير المشروعة) أو نقلها أو استبدالها، بغرض إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الأموال"¹، وكذلك: "...تمويه الطبيعة الحقيقية للأموال..."².

وبإسقاط هذه النصوص على واقعة التمويه المالي، تلعب شخصية الشركة المعنوية دور غاسل الأموال الذي يستلم الأموال غير المشروعة من المجرم، ثم تشتري الشركة (الغاسل) من المجرم بضائع رخيصة بأسعارٍ خيالية، أو تطلبُ منه تقديم خدماتٍ بسيطةٍ بمقابلٍ مالي كبير؛ وهكذا ترجع الأموال للمجرم على أنها أموال مشروعة آتية نتيجة تعامل بين المجرم كشخص طبيعي وبين شركة الشخص الواحد كشخص معنوي، رغم أن المجرم يُمارس على شركة الشخص الواحد سيطرة كاملة.

ثانياً: إدارة شركة الشخص الواحد بغرض التمويه المالي

وفق قانون الشركات، يمكن أن يقوم المجرم مؤسس ومالك شركة الشخص الواحد التجارية بإدارة الشركة بنفسه، ويمكن له أيضاً أن يُسلم المجرم إدارة الشركة لمدير آخر³.

وبهذه الطريقة، فقد سهّل قانون الشركات تنفيذ وقائع التمويه المالي التي تتم بالتواطؤ مع مدير الشركة، الذي يلعب هنا دور الغاسل بشكلٍ متوازٍ مع استغلال شخصية الشركة المعنوية.

وكما رأينا في المبحث الأول، فإنّ جميع وقائع التمويه التي كانت تتم بالاشتراك مع مدير للشركة متواطئ مع المجرم، هي وقائع أكثر خطورة نتيجة صعوبة اكتشافها بسبب دخول شبكة من الأشخاص بقيادة المدير في تنفيذ غسل الأموال، ذلك سواءً أكان المدير يدير شركة المجرم نفسه أم شركة أشخاص آخرين ولكن يضعها في خدمة المجرم، فيجعل من أموال الشركة أداة تمويه في يد المجرم كما وصف القضاء الأمريكي⁴.

وهنا نذكر أنّ قانون مكافحة غسل الأموال قد نصّ على فكرة المؤسسة المالية ومديريها في سياق الكشف عن المعلومات، حيث جاء في تعريفات هذا القانون ما يلي:

"التصرّف أو الترتيب لشخص آخر ليتصرّف كمدير أو أمين أو شريك في شركة، أو بصفة مماثلة فيما يتعلّق بالأشخاص الاعتبارية الأخرى"⁵؛ هكذا فقد نبّه قانون مكافحة غسل الأموال عن حالة تزكية المجرم لشخص حتى يكون مديراً لشركة بحيث يعمل لحساب المجرم في تسخير شخصية الشركة المعنوية بهدف غسل الأموال.

¹ المواد 2-أ، قانون مكافحة غسل الأموال، رقم 106 لعام 2013.

² المواد 2-ب، قانون مكافحة غسل الأموال.

³ المادة 89، قانون الشركات.

⁴ "... their crimes are invaded when criminally derived funds are laundered to allow the criminal unfettered, unashamed and camouflaged access...". See:

US v. O'KANE, United States Court of Appeals, Eighth Circuit, September 9, 1998.

⁵ المادة 1، تعريف المؤسسات المالية/د، قانون مكافحة غسل الأموال.

وفي جميع الأحوال، تؤدّي واقعة قيام مدير شركة الشخص الواحد بتنفيذ مُخطّط التمويه المالي باسم الشريك، تؤدّي هذه الواقعة إلى تفعيل مسؤولية هذا المدير وفرض عقوبة الحبس عليه بدلاً عن الشركة كشخص معنوي¹، في حين تتحمّل الشركة عقوبة الغرامة بفعل إقرار قانون مكافحة غسل الأموال لفكرة المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي².

وبهذه الطريقة يتمّ تنفيذ نظرية ازدواجية المسؤولية الجنائية بين الشخص الطبيعي (المدير) والشخص المعنوي (الشركة) دون تعارض مع مبدأ العدالة كما جاءت في الفقه³.

ثالثاً: أثر استغلال أموال شركة الشخص الواحد في التمويه المالي

رغم أنّ قانون الشركات قد أتاح تأسيس وتشغيل شركة الشخص الواحد بمسؤولية محدودة⁴؛ أي بما يفصل في المسؤولية بين مالك تمام حصص الشركة وبين الشركة ذاتها بشخصيتها المعنوية المستقلة، رغم أنّ هذه القاعدة تسمح باستغلال ذمة الشركة المالية في اصطناع تعاملات تجارية بين المجرم والشركة، فإنّ المشرع الكويتي قد تنبّه إلى إمكانية هذا الاستغلال.

وفي هذا الخصوص، جاء في قانون الشركات: "... يكون (مالك شركة الشخص الواحد) مسؤولاً في أمواله الخاصة إذا ثبت أنّه لم يفصل بين ذمته المالية والذمة المالية للشركة بما يضربُ الغير الحسن النية"⁵، وهذا ضمانٌ عامٌّ للدائنين⁶، يستندُ هذا الضمان على مبدأ "استبعاد الشخصية المعنوية للشركة" في حالة الغش⁷، وهكذا يظهر أثر ممارسة غسل الأموال من خلال الشركة على ضمان دائنهما.

بالتالي، فقد أقرّ المشرع قاعدة استثنائية، تتغيّر فيها أحكام استقلال ذمة الشركة المالية، وتؤول فيها مسؤوليات الشركة المالية، وهي حالة عدم قيام مالك الشركة بالفصل بين أمواله الخاصة وأموال الشركة.

¹ راجع في هذا الموضوع:

بوزير، محمد، المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتباريين عن جرائم غسل الأموال، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 28، العدد 3، سبتمبر 2004. ينظر كذلك:

الشهري، أبرار، المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري في جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب في النظام السعودي، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العدالة والقانون، قسم الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، نوقشت في الرياض، عام 2020.

² المادة 2، قانون مكافحة غسل الأموال.

³ بوزير، محمد، مرجع سابق، ص 55.

⁴ راجع في هذا الموضوع لدى:

Zhe, Sun, Analysis of one-person limited liability company in economic law, Journal of Jiamusi Vocational Institute, Vol. 3, 2016.

⁵ المادة 90، قانون الشركات.

⁶ النهدي، سامية، إشكاليات التنظيم القانوني للضمانات العامة لدائني شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، نوقشت في 2018.

⁷ الوسمي، محمد والشريهان، فاطمة، مرجع سابق.

ومن هنا، وبعد مرحلة افتتاح حسابات بنكية وسجلات مالية خاصة بأموال الشركة وموجوداتها، فيجب على إدارة الشركة عدم إيداع أية أموال خاصة في ميزانية الشركة وعدم السحب من أموال الشركة ثم إيداعها في أمواله الخاصة، ويصبُّ ذلك في خانة مواجهة التعاملات التي يصطنعها المجرم مع الشركة بغرض التمويه المالي.

فمن الغايات التشريعية لهذه القاعدة، عدم السماح لمالك الشركة أن يدعم شركته ذات الشخص الواحد من أمواله حتى تظهر في مركز مالي أقوى من حقيقتها؛ فتخدع الجمهور حسن النية من جهة، وعدم السماح لهذا المالك بسحب الأموال من ميزانية الشركة بغرض إتمام تعاملات تجارية وهمية لما في ذلك من إضعاف لمركز الشركة المالي وهو الضمان الوحيد لديونها من جهة أخرى.

فإذا تحققت هذه الوقائع كان مالك شركة الشخص الواحد مسؤولاً عن ديون الشركة بأمواله الخاصة مسؤولية غير محدودة، وهذا ينعكس على وقائع غسل الأموال عبر هذه الشركة، كما يلي:

➤ بالنسبة للمجرم المالك والمدير، فإنَّ اكتشاف قيامه بعمليات تجارية صورية بغرض إرجاع الأموال غير المشروعة إليه بصورة مشروعة (التمويه المالي)، سيؤدِّي اكتشاف هذه الوقائع¹ إلى ضمان حقوق الدائنين في أموال المجرم كافة، لأن المجرم هنا يخلط بين أمواله الشخصية وأموال الشركة، هذا بالإضافة إلى انطباق هذه الأوصاف على حالات تمويه المصدر غير المشروع للأموال وتمويه طبيعتها كما نص قانون مكافحة غسل الأموال².

➤ بالنسبة للمجرم المالك غير المدير، فإمكانه التمسُّك بقريضة حسن النية تجاه الغير بعد إشهار قرار تعيين المدير في السجل التجاري وفق قانون الشركات³، وهكذا لن يجد الغير سوى المدير حتى يرجع عليه مدنياً، إلا إذا استطاع هذا الغير إثبات أنَّ المجرم المالك هذا كان هو مَنْ يُدير الشركة في الحقيقة وأنَّ قرار تعيين المدير كان قراراً صورياً. ويكون المجرم المالك مسؤولاً جزائياً عن غسل الأموال بالطبع إذا ثبتت أركان الجريمة عليه.

أمَّا بالنسبة للمدير فإنه سيكون مسؤولاً عن أية أضرار تصيب الغير نتيجة التلاعب برأس مال الشركة، وسيُعتبر فاعلاً لجرم غسل الأموال ومسؤولاً بشخصه عن العقوبة بالازدواج مع مسؤولية الشركة كشخص معنوي.

➤ بالنسبة للمجرم المدير غير المالك، فهنا علينا التفريق بين احتمالين:

¹ بخصوص الآليات المحاسبية لاكتشاف غسل الأموال، ينظر:

Yang, Shenggang, and Lai Wei, detecting money laundering using filtering techniques: a multiple-criteria index, Journal of Economic Policy Reform, Vol. 13, No. 2, 2010.

ينظر في القضاء الأمريكي: US v. Rubashkin, United States Court of Appeals, Eighth Circuit, September 16, 2011.

² المواد 2-أ/ب، قانون مكافحة غسل الأموال.

³ المادة 89، قانون الشركات.

● إذا كان مالك شركة الشخص الواحد شريكاً مع المجرم في الجريمة الأصلية وغسل الأموال، فإنَّ حالة المسؤولية المدنية غير المحدودة عن ديون الشركة والمسؤولية الجزائية عن غسل الأموال تقوم على المجرم المدير وعلى المالك، لأنَّ المالك هنا يستفيد من غسل الأموال ويتلاعب بأموال الشركة وكأنها أمواله الخاصة.

● أمَّا إذا كان مالك شركة الشخص الواحد حسن النية بريئاً لا يدري عن الممارسات التي يقوم بها المدير المجرم باسم الشركة، فهنا تقتصر المسؤولية المدنية والجزائية على المدير والشركة التي يتبع لها هذا المدير، ولا يُسأل المالك عمَّا لحق الغير حسن النية من ضرر نتيجة أخطاء هذا المدير لسببين:

○ الأول هو عدم حدوث أي خلط بين أموال المالك الشخصية وبين أموال الشركة كما اشترط قانون الشركة حتى تمتدَّ المسؤولية غير المحدودة للمالك¹، بل إنَّ الخلط جرى بين أموال المدير وأموال الشركة.

○ والثاني أنَّ مدير الشركة ليس تابعاً لشخصية المالك حتى يكون المالك مسؤولاً عن أخطائه بناءً على مسؤولية المتبوع، بل إنَّ المدير تابع لشخصية الشركة المستقلة عن مالكها، ولهذا لا يمكن قيام مسؤولية المالك عن أخطاء مدير شركته ذات الشخص الواحد استناداً على هذا التكييف، وهذه من الإشكاليات التي تواجه فكرة الشخص الواحد من الأساس²، وكيفية تأصيلها القانوني³.

كما أنَّ المالك البريء هذا لا يُسأل جزائياً عن غسل الأموال لعدم علمه بما كان يقوم به المدير المجرم من ممارسات. فلا يُسأل عنها إلا إذا كان عالماً بما يقوم به المدير من ممارسات واكتملت أركان جريمة غسل الأموال لديه من علم بالأموال غير المشروعة والعلم بتحويلها من وإلى المجرم⁴، وهو ما يُشكِّل القصد الجنائي في جريمة غسل الأموال كما أكَّدت محكمة التمييز الكويتية⁵.

➤ بالنسبة للمجرم غير المدير وغير المالك لكن الذي يعمل مدير الشركة لحسابه، فإذا ثبتت هذه الحالة، تنطبق أحكام المسؤولية المدنية للمالك البريء مع الحالة السابقة وفق ما إذا كان حسن أم سيء النية، وكذلك بخصوص المسؤولية الجزائية. كما سيتحمَّل المجرم والمدير كافة المسؤوليات المدنية تجاه الغير عن الأضرار التي سبَّبوها، ويتحملون المسؤولية الجزائية بعد اكتمال إثبات أركان الجريمة عليهم.

¹ المادة 90، قانون الشركات.

² الإبراهيم، مروان، الصعوبات القانونية التي تواجه شركة الشخص الواحد في التشريعات الأردنية، مجلة أبحاث اليرموك، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، عام 2008.

³ راجع في هذا التأصيل مؤخراً:

الخنلان، تركي، شركة الشخص الواحد - دراسة تأصيلية، مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهننا الأشراف-دقهلية، المجلد 22، العدد 2، عام 2020.

⁴ ينظر المادة 2، و28، قانون مكافحة غسل الأموال. ينظر كذلك:

المانع، عادل، البنيان القانوني لجريمة غسل الأموال، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 29، العدد 1، مارس 2005.

⁵ محكمة التمييز الكويتية، الأحكام الجزائية، طعن رقم 105، لعام 2019، جلسة 2019-4-22.

وبالنتيجة، يبدو جلياً أنّ المحاسبة الجزائية عن غسل الأموال لمالك الشركة صعبة في كل الاحتمالات إذا لم يكن هو مديرها؛ فحتى وإن كان المالك هو ذاته المجرم، فإنّه سيُحاول ألاّ يظهرَ في الصورة وسيُدّعي حسن النية وعدم علمه بما يقوم به المدير.

يظهر بوضوح لنا في هذه النقطة كيف أنّ المرونة التي منحها قانون الشركات لمالك شركة الشخص الواحد في إدارة الشركة أو تعيين مدير لها تؤدي إلى تسهيل جعلها واجهة للتمويه المالي، في الوقت الذي كان تفكير المشرع مُركّزاً في المسؤولية عن ديون الشركة تجاه الغير حسن النية مدنياً فقط خلال صياغة نصوص قانون الشركات.

المطلب الثاني: حظر الإخفاء المالي من خلال شركة الشخص الواحد

يبدو لنا -بخصوص موضوع هذا المطلب- أنّه من الضروري البحث في أحكام قانون الشركات الذي أتاح تأسيس شركة الشخص الواحد بالمقارنة مع قانون مكافحة غسل الأموال في المحاور التالية: صفات شركة الشخص الواحد التي تُساعد في الإخفاء المالي أولاً، إدارة شركة الشخص الواحد بغرض الإخفاء المالي ثانياً، وأثر استغلال أموال شركة الشخص الواحد في الإخفاء المالي ثالثاً.

أولاً: صفات شركة الشخص الواحد التي تُساعد في الإخفاء المالي

يستغلّ المجرم لدى قيامه بالإخفاء المالي أهم صفة من صفات شركة الشخص الواحد وفق قانون الشركات، وهي استقلال الشخصية المعنوية¹، ولكنه خلال ممارسة الإخفاء ليس في حاجة للقيام بتعامل وهمي، بل يكفي أن يستطيع المجرم دمج الأموال غير المشروعة في ذمة الشركة، عندها يكون مُخطّط غسل الأموال قد انتهى مبدئياً.

واعتماداً على أنّ قانون الشركات قد منح شركة الشخص الواحد الشخصية المستقلة، فيحقُّ لها قبول الهبات والتبرُّعات وافتتاح الحسابات البنكية باسمها والقيام بالتعاملات التجارية لمصلحتها، ذلك رغم أنّها مملوكة لشخص واحد غير مسؤول عن ديونها إلاّ في حدود رأس المال².

¹ للتوسُّع في هذا الموضوع، راجع:

حمزة، إخلاص، شركة الشخص الواحد محدودة المسؤولية (دراسة مقارنة بين التشريع الفرنسي والمصري والعراقي)، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، جامعة بابل، العدد 35، عام 2017.

² وهذا يُضعف من ضمان الدائنين، فحتى في الشركة محدودة المسؤولية يكون هناك عدد من الشركاء ويُفترض أن تكون الضمانة المحدودة في رأس مال الشركة أكبر، ينظر: إيمون، مصطفى، دراسة مقارنة للمؤسسة ذات مسؤولية محدودة والمؤسسة ذات الشخص الوحيد، رسالة ماجستير، قسم القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، دون تاريخ مناقشة.

ومن هذا المنطلق، يستطيع المجرم مثلاً تسخير أشخاص ليقوموا بالإيداع لمصلحة الشركة في تعامل تجاري وهمي، حيث يكون هو ذاته قد أعطى هؤلاء الأشخاص الأموال نقداً حتى يتظاهروا بالإيداع، ثم تندمج الأموال غير المشروعة للمجرم في أموال الشركة.

ثانياً: إدارة شركة الشخص الواحد بغرض الإخفاء المالي

بالنسبة للمجرم المالك لشركة الشخص الواحد، فهو ليس ببيعي عن شبهات غسل الأموال في حالة دمج الأموال غير المشروعة ضمن ميزانية الشركة بغرض إخفائها، سواءً أكان هذا المالك مديراً للشركة أم لا.

وفي الواقع، يزيد من إمكانية اكتشاف واقعة غسل الأموال في حالة المجرم المالك هذه، انتشار تطبيق معايير حوكمة الشركات التي أصبحت تربط بين المصالح وتكشف عن تعارضها¹، ويُعتبر استغلال شخصية خدمة لمصلحة مالكيها نوعاً من تعارض المصالح بين المالك كشخص طبيعي وشركته التي تتضرر من هذا الاستغلال كشخص معنوي.

أمّا بخصوص حالة استغلال المجرم المدير لشركة غيره، فقد تحدثنا سابقاً عن قدرة مالك شركة الشخص الواحد على تعيين مدير للشركة وفق قانون الشركات بشرط قيد هذا التعيين في السجل التجاري²، وهذا الأمر يحدث في واقع الشركات التجارية بشكلٍ خاصٍ لما للعمل التجاري من أصول لا يفقهها دائماً مالكو الأموال. وفي هذه الحالة يكون المدير ممثلاً لذمة الشركة المالية المستقلة عن ذمة المالك وعن ذمة المدير الشخصية كما أقرت محكمة التمييز الكويتية³.

فإذا كان هذا المدير هو ذاته المجرم أو يعمل لمصلحته، فإن ممارسة إخفاء الأموال تكون سهلة التنفيذ وصعبة الاكتشاف والإثبات في آنٍ معاً⁴، والسبب يرجع لعدم ظهور المجرم من ناحية، ولقدرة إدارة الشركة على

¹ ينظر في أثر هذه الفكرة على معايير حوكمة الشركات وفق نوعها، لدى:

Sharma, Nishant, and Ruchita Dang, Analyzing Companies Act: A move towards better Governance, IOSR Journal of Business and Management, Vol. 16, No. 5, 2014.

² المادة 89، قانون الشركات.

³ "... من المقرر أن الشركة ذات المسؤولية المحدودة لها شخصيتها المعنوية المستقلة عن ذمة الشركاء فيها، ومن ثم فإن المدير الممثل لهذه الشركة له بهذه الصفة ذمته المالية المنفصلة عن ذمته الشخصية ورفع الدعوى أو الطعن على أيهما دون الآخر لا يعدو رفعاً له قبل الآخر...". ينظر:

محكمة التمييز الكويتية، الأحكام التجارية، الطعن رقم 208، لعام 1986، جلسة 14-4-1987.س

⁴ قال القضاء الأمريكي في نفي الإثبات بخصوص واقعة غسل أموال عبر أسلوب الإخفاء المالي:

"Although the evidence suggested that petitioner's transportation would have had the effect of concealing the funds, the evidence did not demonstrate that such concealment was the purpose of the transportation because, for instance, there was no evidence that petitioner knew about or intended the effect". See:

Cuellar v. US, Supreme Court of United States, June 2, 2008.

التلاعب بحساباتها أو قبول الهبات وما إلى ذلك من التصرفات التي تؤول إلى دمج الأموال غير المشروعة في ميزانية الشركة وإخفاء صلتها بالمجرم.

وتزيد إشكالية هذا الموضوع في حالة عدم اشتراك المدير المُسجَّل في السجل التجاري بذاته مع المجرم في شركة الشخص الواحد المملوكة للغير؛ فقد يتفق المجرم مع أشخاص فاعلين آخرين في الشركة مثل محاسبها أو محامها أو مستخدمها أو أي شخص يستطيع أن يخدمه في إخفاء الأموال غير المشروعة ضمن حساب الشركة البنكي مثلاً.

ففي هذه الحالة، يجب الاعتماد على فكرة "المدير الفعلي"؛ حيث يتم إسقاط المسؤولية الجزائية على أي شخص كان يقوم في الواقع بالدور الإداري الذي أدى لتنفيذ مخطط غسل الأموال من خلال الشركة¹.

وهكذا يمكن إيقاع المسؤولية الجزائية على المحاسب² الذي قام بافتتاح حساب بنكي باسم الشركة حتى يودع فيه الأموال غير المشروعة للمجرم، إذا كان ذلك بغرض إخفاء هذه الأموال عن السلطات وإظهارها بمظهر مدخول مشروع للشركة.

ثالثاً: أثر استغلال أموال شركة الشخص الواحد في الإخفاء المالي

استناداً على قانون الشركات، فإن أثر استغلال أموال شركة الشخص الواحد في الإخفاء المالي من الناحية المدنية تصل إلى حدود إقامة مسؤولية المالك بأمواله الشخصية عن ديون الشركة إذا كان المجرم هو المالك وقام بخلط أمواله الشخصية بأموال الشركة بغرض إخفاء أمواله غير المشروعة في ذمة الشركة المستقلة عن ذمته³، ويتمثل أثر حالة الإخفاء المالي على المسؤولية المدنية للمالك والمجرم والمدير في مواجهة الغير مع حالة التمويه المالي.

أمّا بخصوص المسؤولية الجزائية عن الإخفاء المالي، فإن إثباتها قد يكون أصعب بكثير من حالة التمويه المالي، والسبب هو أن التمويه يجري بغرض القيام بتعامل تجاري وهي ينتهي بدخول الأموال في ذمة المجرم على هيئة أموال مشروعة، وهو ما يجعل من التقاط قرائن وبيّنات العلاقة بين المجرم والعملية التجارية أمراً ممكناً وسهلاً.

¹ المحاسنه، محمد، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في حالة انتفاء الصفة التمثيلية للعضو مرتكب الجريمة -دراسة مقارنة-، مجلدة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 42، العدد 1، عام 2015، الصفحة 133.

² للتعمق في كيفية مكافحة ممارسات المحاسبين غير المشروعة، ينظر:

Gottschalk, Petter, Prevention of White-Collar Crime: The Role of Accounting, Journal of Forensic & Investigative Accounting, Vol. 3, No. 1, 2011.

ينظر في القضاء الأمريكي: US v. Waymer, United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, June 16, 1995.

³ المادة 90، قانون الشركات.

أمّا بخصوص الإخفاء المالي، فإنَّ غسل الأموال يتمُّ عبر إجراء واحد بسيط لا يظهر فيه أية علاقة للمجرم، وهو إيداع الأموال في ذمة الشركة بناءً على أنَّها قيد وارد من أرباحها أو التبرعات التي تتلقاها، خاصةً إذا كان المجرم غير مالك ولا مدير في الشركة، وخاصةً إذا تداخل في تنفيذ العملية عدة شركات، الأمر الذي دفع جانب من الفقه الكويتي لاقتراح وجود حدٍّ أعلى لعدد شركات الشخص الواحد التي يحقُّ لكلِّ شخصٍ تملكها ضماناً للدائنين¹.

واقترح جانب آخر من الفقه رفع الحدِّ الأدنى لقيمة رأس مال هذه الشركة لدى تأسيسها تعويضاً عن غياب رقابة الشركاء²، تلك الرقابة المفقودة في شركة الشخص الواحد³، هذا إلى جانب اقتراح تسديد رأس المال هذا بالكامل لدى إجراءات التأسيس⁴.

الخاتمة

يمكن تصنيف شركة الشخص الواحد التجارية ضمن أكثر المشاريع استهدافاً من المجرمين للقيام بممارسات استغلال الشخصية المعنوية، ومن أهمِّ هذه الممارسات غسل الأموال عبر التمويه أو الإخفاء المالي. فإذا كان التمويه المالي ممكناً عبر تعاملات تجارية مصطنعة بين المجرم والشركة تنتهي بإيداع الأموال في حساب المجرم على أنَّها أموال مشروعة، إلاَّ أنَّ واقعة الإخفاء المالي تبدو هي الأكثر خطورةً من بين وقائع غسل الأموال التي تجري باستغلال ذمة شركة الشخص الواحد التجارية؛ بسبب سهولة تنفيذها عبر دمج الأموال غير المشروعة في أموالها بغرض إخفاءها.

كل ذلك نتيجة وجود ثغرات في قانون الشركات قد سمحت باستقلال ذمة شركة الشخص الواحد، دون فرض قواعد صارمة بخصوص إدارة أموالها وحقيقة تعاملاتها.

النتائج

1. فكرة شركة الشخص الواحد تُناسب ممارسات غسل الأموال إضافة إلى النصب والاحتيال بسبب استقلال الشخصية المعنوية للشركة والسيطرة الكاملة على رأس مالها وإدارتها دون معارضة لعدم وجود أكثرية أو أقلية من الشركاء.
2. شركة الشخص الواحد التجارية هي الأكثر مناسبة لغسل الأموال للأسباب التالية:
 - تسهُّل عملية تأسيس شركة الشخص الواحد التجارية بالنظر لعدم وجود شركاء.

¹ الوسمي، محمد والشريعان، فاطمة، مرجع سابق.

² الإبراهيم، مروان، مرجع سابق، الصفحة 123.

³ الريماوي، فيروز، مرجع سابق، الصفحة 407.

⁴ نفس المرجع.

- نظراً للصفة التجارية، فيحق للشركة القيام بالتعاملات بيعاً وشراءً بغرض تحقيق الربح؛ الأمر الذي يساعد المجرم على تمويه مصدر أمواله عبر التعامل مع الشركة.
- تمنح الصفة التجارية مصدر دخل مقنع للشركة، يساعد المجرم على إخفاء أمواله في ميزانية الشركة دون أن يثير ذلك أي شبهة، بينما في الشركات المهنية المدنية مثلاً تثير أتعاب الاستشارات المبالغ فيها شبهة غسل الأموال.
- تكون السيطرة على شركة الشخص الواحد من مالكة تامةً وسهلةً، وهو ممّا يُسهّل عملية استغلالها كواجهة لغسل الأموال دون جذب أنظار باقي الشركاء لعدم وجودهم أصلاً.
- إنّ تأسيس وإدارة شركة الشخص الواحد كواجهة وهمية هو الخيار المفضّل للمجرم الذي ليس لديه أشخاص يثق بهم حتى يشتركوا معه في غسل الأموال.
- يستطيع المجرم تغليب مصلحته الشخصية على مصلحة الشركة طالما لا يوجد شركاء معه يمكن أن يتضرّروا من هذه الممارسات، وتبقى قدرة الدائنين -إن وُجدوا- على رقابة عمليات الشركة ضعيفة نظراً لكونهم خارجها.
- يستطيع المجرم بكل مرونة تصفية الشركة وإغلاقها بعد انتهاء الحاجة إليها بفعل انتهاء مُخطّط غسل الأموال دون الرجوع للشركاء لعدم وجودهم.
- يمكن للمجرم مدير شركة الشخص الواحد السيطرة الكاملة على إدارتها، ورغم أنّه يكون مسؤولاً أمام المالك، إلا أنّ هذا المالك قد يكون هو المجرم أو شخصاً متواطئاً معه أو لا يفقه بأمور التجارة والمحاسبة.
- 3. قدرة المجرم على التعامل مع الشركة كشخص مستقل تفتح له مجالاً للتمويه المالي عبر تعاملات تجارية وهمية الغرض منها التمويه المالي ومنح الأموال غير المشروعة مصدراً مشروعاً.
- 4. ذمة الشركة المستقلة تسمح للمجرم بدمج أمواله الشخصية بأموال الشركة بغرض إخفائها عن السلطات، وإظهارها بمظهر أموال الشركة التي تملك دخلاً مشروعاً مقنعاً.
- 5. تمكين مالك شركة الشخص الواحد من تعيين مديراً للشركة غيره هو شخصياً وفق قانون الشركات، يفتح المجال أكثر لتنفيذ غسل الأموال بالتمويه والإخفاء، خاصةً إن كان مالك الشركة غير المجرم ذاته.
- 6. تعدّد الشركات التي يملكها الشخص على شكل شركة الشخص الواحد تساعد في تنفيذ غسل الأموال باستغلال ذمتها المالية المستقلة.

التوصيات

1. إنشاء لجنة خاصة بالتحريات مالية تكون مهمتها محصورةً في الرقابة والتدقيق في حسابات شركات الشخص الواحد بشكل عام والتجارية بشكل خاص.
2. إلغاء إمكانية تعيين مدير لشركة الشخص الواحد غير المالك، إلا إذا وقّع المالك هذه الشركة على مستند يُقر فيه بعلمه بمشروعية مصدر الأموال التي يتم إيداعها وصرّفها من وإلى ميزانية الشركة.
3. إلزام مدير شركة الشخص الواحد بتسليم أيّ بنكٍ يتعامل معه باسم الشركة لمستنداتٍ تُثبت تسجيل الحسابات البنكية وكافة عمليات الإيداع والسحب ضمن سجلات الشركة.
4. إنشاء لجنة خاصة في البنك المركزي تكون مهمتها تدقيق سجلات شركات الشخص الواحد بشكل عام والتجارية بشكل خاص، والتأكد من مطابقة البيانات المالية للسجلات مع التعاملات البنكية الجارية باسم الشركة.
5. النص على عدم جواز تلقي شركة الشخص الواحد للتبرّعات من أيّ شخصٍ كان وتحت أية ظروفٍ كانت.
6. حصر الحق بتملك شركة الشخص الواحد بشركة واحدة لكل شخص.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

- إبداح، نسرين، تكوين شركة الشخص الواحد في ظل قانون الشركات الأردني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة اليرموك، نوقشت عام 2011.
- الإبراهيم، مروان، الصعوبات القانونية التي تواجه شركة الشخص الواحد في التشريعات الأردنية، مجلة أبحاث اليرموك، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، عام 2008.
- إيمون، مصطفى، دراسة مقارنة للمؤسسة ذات مسؤولية محدودة والمؤسسة ذات الشخص الوحيد، رسالة ماجستير، قسم القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، دون تاريخ مناقشة.
- بوزبر، محمد، المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتباريين عن جرائم غسل الأموال، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 28، العدد 3، سبتمبر 2004.
- الحمد، رنا، النظام القانوني لشركة الشخص الواحد وفقاً للقانون رقم 1 لسنة 2016 وتعديلاته بإصدار قانون الشركات الكويتي ولائحته التنفيذية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الكويت، نوقشت عام 2019.

- حمزة، إخلاص، شركة الشخص الواحد محدودة المسؤولية (دراسة مقارنة بين التشريع الفرنسي والمصري والعراقي)، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، جامعة بابل، العدد 35، عام 2017.
- الختلان، تركي، شركة الشخص الواحد - دراسة تأصيلية، مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهننا الأشراف- دقهلية، المجلد 22، العدد 2، عام 2020.
- الرشيدى، جديع، موقف القانون الكويتي من عمليات غسيل الأموال المصرفية (باللغة الإنكليزية)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 34، العدد 1، مارس 2014.
- الريماوي، فيروز، شركة الشخص الواحد دراسة مقارنة، دار البشر، عمان، 1997.
- الصفار، زينة وخضير، بان، أثر تخصيص الذمة المالية على شركة الشخص الواحد، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 13، العدد 48، عام 2011.
- الطبطبائي، عادل، ظاهرة غسيل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 22، سبتمبر 1998.
- العمر، عدنان، مدى انسجام شركة الشخص الواحد مع الأحكام العامة والخاصة للشركات، مجلة المنارة، المجلد 24، العدد 2، عام 2018.
- الفيلاكاوي، حُور، النظام القانوني لشركة الشخص الواحد (دراسة لموقف المشرع الكويتي في قانون الشركات الجديد)، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الكويت، نوقشت عام 2016.
- القضاة، معين، أهمية شركة الشخص الواحد وفقاً لأحكام قانون الشركات، مجلة العلوم الشرعية، جامعة القصيم، المجلد 12، العدد 5، عام 2019.
- الذيابي، سعد، شركة الشخص الواحد في النظام السعودي، مجلة الأستاذ، جامعة المسيلة، المجلد 2، العدد 7، سبتمبر 2017.
- المانع، عادل، البنين القانوني لجريمة غسيل الأموال، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 29، العدد 1، مارس 2005.
- المحاسنه، محمد، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في حالة انتفاء الصفة التمثيلية للعضو مرتكب الجريمة - دراسة مقارنة -، مجلدة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 42، العدد 1، عام 2015.
- مطلوب، مصطفى ناطق، المشروع الفردي (شركة الشخص الواحد) على وفق التطورات التشريعية الحديثة، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، العدد 36، عام 2008.

- النهدي، سامية، إشكاليات التنظيم القانوني للضمانات العامة لدائني شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، نوقشت في 2018.

- الوسمي، محمد، والشريعان، فاطمة، ضمانات دائني شركة الشخص الواحد وفق قانون الشركات الكويتي رقم 1 لعام 2016 - دراسة قانونية مقارنة، منشور في مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد 2، المجلد 42، عام 2018.

ثانياً: المراجع باللغة الإنكليزية

- **Dorathy, M. Bina Celine**, One Person Company (OPC)-The new business format for small retailers in India, Management-Journal of Contemporary Management Issues, Vol. 20, No. 1, 2015.

- **Fang, Juan**, Agency Cost and Uncontrollable Risks in Hiding Fortune Overseas—Offshore Companies, Ownership of the Cannes Villa and Money Laundering in the Criminal Case of Bo Xilai, Ownership of the Cannes Villa and Money Laundering in the Criminal Case of Bo Xilai, SSRN Papers, 2017. See:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3018666 (2-10-2020).

- **Gottschalk, Petter**, Prevention of White-Collar Crime: The Role of Accounting, Journal of Forensic & Investigative Accounting, Vol. 3, No. 1, 2011.

- **Kumar, Vipan**, One Person Company: Concept, Issues and Suggestions, Corporate Law Adviser, Vol. 132, 2016.

- **Mulig, Liz**, At the home of the deluxe fruitcake: A deluxe case of accounting fraud, Academy of Accounting and Financial Studies Journal, Vol. 22, No. 2, 2018.

- **Sharma, Nishant**, and Ruchita Dang, Analyzing Companies Act: A move towards better Governance, IOSR Journal of Business and Management, Vol. 16, No. 5, 2014.

- **Turovska, Jekaterina**, Recognising Cases of Money Laundering and Financial Crime from the Perspective of Accounting Firms. Case Company X and Company Y, Bachelor's Thesis, Degree Programme in International Business, Haaga-Helia University, Helsinki-Finland, 2020.

- **Virk, Somya**, one-person company – a need of change, Superemo Amicus, Vol. 12, 2019.

- **Yallapragada**, RamMohan R., **Roe**, C. William and **Toma**, Alfred G., Accounting fraud, and white-collar crimes in the United States, Journal of Business Case Studies, Vol. 8, No. 2, 2012.
- **Yang**, Shenggang, and **Wei**, Lai, detecting money laundering using filtering techniques: a multiple-criteria index, Journal of Economic Policy Reform, Vol. 13, No. 2, 2010.
- **Zhe**, Sun, Analysis of one-person limited liability company in economic law, Journal of Jiamusi Vocational Institute, Vol. 3, 2016.

ثالثاً: الأحكام القضائية

1- أحكام محكمة التمييز

الأحكام الجزائية:

- الطعن رقم 209، لعام 2012، جلسة 2013-4-14.
- الطعن رقم 173، لعام 2016، جلسة 2018-1-14.
- الطعن رقم 105، لعام 2019، جلسة 2019-4-22.

الأحكام التجارية:

- الطعن رقم 208، لعام 1986، جلسة 1987-4-14.

2- أحكام محاكم الولايات المتحدة

- US v. Waymer, United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, **June 16, 1995**.
- US v. O'KANE, United States Court of Appeals, Eighth Circuit, **September 9, 1998**.
- US v. Powers, United States Court of Appeals, Fifth Circuit, **February 25, 1999**.
- Cuellar v. US, Supreme Court of United States, **June 2, 2008**.
- US v. Rubashkin, United States Court of Appeals, Eighth Circuit, **September 16, 2011**.

جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة في التشريع الإماراتي (دراسة تحليلية)

The offense of Violation of privacy in UAE legislation (analytical study)

اعداد الأستاذ/فضل الله محمد الحسن فضل الله، مستشار قانوني بدولة الإمارات وسلطنة عمان

Fadlalla Mohamed El Hassan Fadlalla, Legal Adviser in the UAE and Sultanate of Oman

Abstract

At first, the crime of attacking the sanctity of private life The individual represents an important study as this assault develops and exits From its traditional framework to an updated one based on its evolution The world in the fields of communications and information technology, therefore, was a must of Research the legal structure of the elements of this crime and determine the extent of it She can face the grandfather and the means to commit her so took the Study the concept of the right to private life in general as well as in Islamic law and international agreements, The right to privacy in the information age, the legal structures for the offense of privacy violation in UAE penal legislation, both in the UAE Penal Code and the it Crime Prevention Law, 2012, in terms of physical and mental terms, and the researcher has been able to answer the problem of research using the analytical approach to legal texts, The research concluded that the UAE legislature had taken optimal care of protecting the right to privacy and had criminalized all acts that would infringe upon the right, thereby making the legal model of the offense of privacy violation both within the traditional framework Modern framework; The research recommended that The report provides that the prosecutor, accompanied by the judicial officer, may have access to the accused's phone or personal computer (Laptop), in particular the privacy settings of the accused's page and the procedure for its filming, seizure of its content and so on to stand up The availability of publicity and the difficulty of proof in this regard and the difficulty of applying the law.

Key words: *privacy, private communications, eavesdropping.*

ملخص:

لعل من نافلة القول ان جريمة الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة للفرد تمثل دراسة مهمة في ظل تطور هذا الاعتداء وخروجه من إطاره التقليدي إلى إطار مستحدث تبعاً للتطور الذي يشهده العالم في مجالات الاتصالات وتقنية المعلومات لذلك كان لا مناص من البحث في البناء القانوني لأركان هذه الجريمة والوقوف على مدى مقدرتها على مواجهة المستجد من سبل ووسائل ارتكابها لذا تناولت الدراسة مفهوم الحق في الحياة الخاصة بصورة عامة وكذا في الشريعة الإسلامية وفي الاتفاقيات الدولية، والحق في خصوصية المعلومات في عصر المعلوماتية، والبنين القانوني لجريمة انتهاك الخصوصية في التشريع الإماراتي سواء في قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي أو قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات 2012م وذلك من ناحية الركن المادي والركن المعنوي، وقد تمكن الباحث من الإجابة على إشكالية البحث مستخدماً المنهج التحليلي للنصوص القانونية، وقد خلص البحث إلى نتيجة مفادها أن المشرع الإماراتي قد اعتنى بصورة مثلى في الاهتمام بحماية الحق في الخصوصية وعمل على تجريم كل الأفعال والتي من شأنها أن تهتك ستر هذا الحق الأمر الذي جعل معه النموذج القانوني لجريمة انتهاك الخصوصية ينال البنين القانوني السليم سواء كان في الإطار التقليدي أو الإطار الحديث؛ وقد انتهى البحث بعدة توصيات نخص بالذكر منها التوصية بالنص -استثناءً وحصرياً للجرائم الإلكترونية والزاماً- بان يرفق طي أمر القبض للمتهم أمر صادر من النيابة يسمح بموجبه لعضو الادعاء العام برفقه عضو الضبط القضائي ب الاطلاع على هاتف المتهم او حاسبه الشخصي وبالأخص إعدادات الخصوصية لصفحة المتهم محل البلاغ واجراء اللازم بصدها من تصوير وضبط محتواها ونحو ذلك للوقوف على مدى توافر العلانية من عدمه ولتفادي صعوبة الإثبات في هذا المنحى بل وصعوبة تطبيق القانون.

كلمات مفتاحية: الحياة الخاصة، الاتصالات الخاصة، التنصت.

المقدمة:

الحق في الخصوصية يعد من الحقوق التي كفلها الدستور¹ في دولة الإمارات العربية المتحدة، حيث احاطها المشرع الإماراتي بسياج من الحماية وعمل على توفير الضمانات القانونية لهذا الحق؛ إذ حرص على تجريم الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة سواء كان في قانون العقوبات أو تجريمه للجرائم المستحدثة الواقعة على حق الخصوصية بوسائل الاتصال الحديثة بموجب القانون الاتحادي لسنة 2012م بشأن مكافحة

¹ فقد نص الدستور الإماراتي في المادة 26 على أن: "الحرية الشخصية مكفولة لجميع المواطنين، ولا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه، أو حجزه أو حبسه إلا وفق أحكام القانون، ولا يعرض إي إنسان للتعذيب أو المعاملة الحاطة بالكرامة." ونص الدستور الإماراتي أيضاً في المادة (31) على أن: "حرية المراسلات البريدية والبرقية وغيرها من وسائل الاتصال وسريتها مكفولتان وفقاً للقانون." ونص الدستور الإماراتي كذلك في المادة (36) على أن: "للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها بغير إذن أهلها الا وفق أحكام القانون وفي الأحوال المحددة فيه."

جرائم تقنية المعلومات، وتعد دولة الإمارات العربية المتحدة من أوائل الدول التي كانت لها قصب السبق في الاستجابة التشريعية لحماية هذا الحق، كما نجد أن التشريعات الوضعية ومن قبلها الشريعة الإسلامية قد أولت أهمية قصوى للحق في الخصوصية كما حظي هذا الحق باهتمام الاتفاقيات الدولية ويظهر ذلك جلياً في النص عليه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وقد كان هذا الحق يتمثل في حق الفرد في الاحتفاظ بأسراره الخاصة مثل السر الطبي والسر المصرفي، وحرمة المسكن، والحق في حماية المعلومات الخاصة والمراسلات والصورة والحق في حماية أفكاره ومشاعره إلا أن التطور الهائل في تقنيات الحاسب الآلي والإقبال على استخدام شبكة الإنترنت قد أدى لظهور مفهوم الحق في خصوصية المعلومات في عصر المعلوماتية وبات هذا الحق يشمل سرية مراسلات البريد الإلكتروني وحماية الخصوصية المعلوماتية للمستخدم عبر شبكات مواقع التواصل الاجتماعي .

• أهمية البحث:

تتمثل أهمية هذه الدراسة في جانبين أحدهما نظري والآخر عملي، يتمثل الجانب النظري في محاولة تسليط الضوء على الحماية الجزائية لحق الخصوصية للأفراد في الإطار التقليدي والإطار الحديث ويتم ذلك ب الاطلاع على موقف المشرع الإماراتي والشريعة الإسلامية و الاتفاقيات الدولية ذات الصلة منه و اراء الفقه القانوني وموقف القضاء من هذا الموضوع ، للوصول إلى رؤية شاملة عنه ثم صياغة هذه الرؤى بمقترحات، اما بالنسبة للجانب العملي فإنه يتمثل في أن هذه الدراسة تحاول إلقاء الضوء على أي غموض قد يكتنف الموقف في التطبيق القضائي لتلافيه مستقبلاً للحد من الانتهاكات التي تواجه هذه الحقوق انطلاقاً من أهمية وجوب احترام حرية وكرامة الفرد.

• مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في دراسة وتحليل المحتوى القانوني في التشريع الإماراتي لجريمة انتهاك الخصوصية في إطارها التقليدي الذي تصدى له قانون العقوبات الإماراتي وفي إطارها الحديث الذي تصدى له قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات 2012م والبحث في صور السلوك الإجرامي التي تم تجريمها من قبل المشرع الإماراتي وبيان مؤداها وماتغياها المشرع من قصد وبناء قانوني لأركان جريمة انتهاك الخصوصية وبيان عقوبتها التي بموجبها يمكن مواجهة هذه الجريمة والمستحدث منها في ظل التقدم العلمي والتكنولوجي لا سيما وأن النصوص التقليدية لم تعد تكفي وحدها لمواجهة هذه الأنماط الإجرامية المستجدة تتمثل اشكالية هذه الدراسة بسؤال رئيسي يتبعه عدد من الاسئلة الفرعية، ومفاد ذلك السؤال، هو ما مدى كفاية الحماية في التشريع الإماراتي لحرمة الحياة الخاصة في ظل البناء القانوني الحالي للتشريع؟ اما الاسئلة الفرعية فهي كالآتي:

• ماهية حرمة الحياة الخاصة؟

• ماهية جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة؟

- ما هي أركان جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة؟
- ما هي صور الركن المادي لجريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة؟
- أهداف البحث:

- 1- بيان ماهية الحق في حرمة الحياة الخاصة.
 - 2- معرفة الجرائم المترتبة على انتهاك حرمة الحياة الخاصة.
 - 3- الإلمام بالأحكام الموضوعية للجرائم المترتبة على انتهاك حرمة الحياة الخاصة.
 - 4- بيان مدى كفاية النصوص التشريعية لمكافحة جرائم انتهاك حرمة الحياة الخاصة.
- منهج البحث:
- للإجابة على إشكالية هذه الدراسة ارتأى الباحث الاعتماد على المنهج التحليلي للنصوص القانونية بشيء من الإيجاز بغية استجلاء الأبعاد والجوانب المختلفة للموضوع، بحيث تقتصر هذه الدراسة على بحث جريمة انتهاك الخصوصية في التشريع الإماراتي وذلك ببيان أحكام جريمة انتهاك الخصوصية المؤثمة بالمادة (378) من قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي ؛ وبيان أحكام جريمة انتهاك الخصوصية المؤثمة بالمادة (21) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات 2012م الإماراتي .

- خطة البحث:

تم تقسيم الدراسة الى ثلاثة مباحث رئيسية وعدة مطالب وفروع على النحو التالي:

مطلب تمهيدي: الإطار المفاهيمي للحق في الحياة الخاصة

الفرع الأول: مفهوم الحق في الحياة الخاصة

الفرع الثاني: الحق في الحياة الخاصة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامي

الفرع الثالث: الحق في خصوصية المعلومات في عصر المعلوماتية

المبحث الأول: جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة في ضوء قانون العقوبات الإماراتي

المطلب الأول: أركان جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة

الفرع الأول: الركن المادي

الفرع الثاني: الركن المعنوي

المطلب الثاني: العقوبات المقررة لجريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة

الفرع الأول: العقوبات الأصلية

الفرع الثاني: العقوبات التكميلية

المبحث الثاني: جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة في ضوء قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي

المطلب الأول: أركان جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة عبر الوسائل الإلكترونية

الفرع الأول: الركن المادي

الفرع الثاني: الركن المعنوي

المطلب الثاني: العقوبات المقررة لجريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة عبر الوسائل الإلكترونية

الفرع الأول: العقوبات الأصلية

الفرع الثاني: العقوبات التكميلية

مطلب تمهيدي

الإطار المفاهيمي للحق في الحياة الخاصة

تقتضي طبيعة بحث حق الخصوصية في الحياة الخاصة بيان الإطار المفاهيمي للحق في الحياة الخاصة، لذلك سيتم تناول مفهوم الحق في الحياة الخاصة في المطلب الأول بحيث يتم التأصيل القانوني للحق في حرمة الحياة الخاصة من ناحية التشريع و الفقه و الاتفاقيات الدولية في الفرع الأول فيما سيتناول الفرع الثاني الحق في الحياة الخاصة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامي فيما يلي:

الفرع الأول: مفهوم الحق في الحياة الخاصة:

يُعد الحق في حرمة الحياة الخاصة من أهم حقوق الإنسان التي تكفل له الخصوصية والسرية والحفاظ على حقوقه وحرته ويوفر له حياة آمنة بعيداً عن العلنية والنشر، ويعتبر مفهوم الحياة الخاصة مفهوم قديم قدم الإنسانية نفسها، ذلك أن الإنسان البدائي يهيمه جدا حماية محارمه، وهي من بين الحقوق اللصيقة للإنسان والاعتراف بها هو مجرد كشف لهذا الحق وليس إنشاء له¹؛ ويكفل هذا الحق للفرد الحفاظ على سرية الحياة الخاصة به، وعدم جعلها عرضة للعلانية والنشر.

¹ بتصرف: بن سعيد صبرينة، حماية الحق في حرمة الحياة الخاصة في عهد التكنولوجيا "الإعلام والاتصال"، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لحاج خضر باتنة، 2015م، ص7.

أولاً: الخصوصية لغةً: يرجع اصل هذه الكلمة في اللغة العربية الى الفعل خص ، فيقال : خص فلاناً بالشئ ، بمعنى فضله به وافرده، ويقال كذلك خصه بالشيء فيقال خصه خصاً، واختصه أي أفرده به دون غيره، ويقال إختص فلان بالأمر وتخصص له إذا انفرد¹.

ثانياً: الخصوصية اصطلاحاً: لم يتوصل فقهاء القانون إلى تعريف جامع مانع للحق في الحياة الخاصة لصعوبة حصر الجوانب المختلفة لهذا الحق وتمييزه بحدود واضحة بين ما يعد من الحياة الخاصة للإنسان وما يعد من الحياة العامة وذلك لمدى التوسع الذي تتمتع به حرمة الحياة الخاصة ؛ إلا أنه قد اجتهد في تعريفها جانب من الفقه القانوني نكتفي بالذكر منه ما توصل إليه الدكتور أحمد فتحي سرور من تعريف لها هو: "أن حرمة الحياة الخاصة هي قطعة غالية من كيان الإنسان لا يمكن انتزاعها منه و إلا تحول إلى أداة صماء عاجزة عن القدرة على الابداع الإنساني، فالإنسان بحكم طبيعته له أسراره الشخصية، ومشاعره الذاتية، وخصائصه المتميزة، ولا يمكن للإنسان أن يتمتع بهذه الملامح إلا في مناخ يحفظها ويبرئ لها سبيل البقاء"² حيث يرى الدكتور أحمد فتحي سرور أن الحق في الحياة الخاصة يتجسد في صون أسرار الفرد الشخصية وحياته العاطفية، وما يخصه ويميزه من حياة زوجيه وعائليه، وحرمة مسكن، وبيانات شخصية وصور ومراسلات خاصه، وحياة مهنية، وحالة صحيه، وأراء سياسية ومعتقدات دينية ونحوها، وفي ذات السياق فقد أصدرت الأمم المتحدة في العام 1948 "الإعلان العالمي لحقوق الإنسان" والذي أتى يحوي بنود تركز لحماية الحقوق والحريات الأساسية للإنسان والحق في حرمة الحياة الخاصة للأفراد ومنها على سبيل المثال المادة (12) والتي جرى نصها على أن "لا يعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو لحملات على شرفه و سمعته ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات"³، إذ بهذه الوثيقة الدولية يتضح الدور الذي تلعبه الاتفاقيات الدولية في حض الدول على فرض حماية قانونية للحق في الحياة الخاصة ومدى سعيها في إيجاد تعريف لهذا الحق.

الفرع الثاني: الحق في الحياة الخاصة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية:

لقد أقرت الشريعة الإسلامية وأرست الحق في حرمة الحياة الخاصة وحضت على عدم هتك ستر الفرد، انطلاقاً من حق المسلم في عدم تتبع عوراته وعيوبه، وحق المسلم في الستر عليه، وحقه في حرمة مسكنه، بجانب إلزام الغير باحترام هذا الحق؛ ويتضح ذلك جلياً من خلال قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾⁴ وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ

¹ ينظر تفصيلاً: ابن منظور، تهذيب لسان العرب، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1993، ص 290.

ينظر: أحمد فتحي سرور، الحماية الجنائية للحق في الحياة الخاصة، دار النهضة، القاهرة، 1976، ص 54 وما بعدها. ²

³ See: <https://www.un.org/ar/universal-declaration-human-rights/index.html>

سورة النور ، الآية (27). ⁴

أَمَنُوا 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 رَّحِيمٌ¹.

فالشريعة الإسلامية من بين ما عنيت به بصفة أساسية هو الإنسان و شرعت له حقوقاً و كفلت له حريات يمارسها، و قررت مبادئ وأسساً تقوم عليها كرامة الإنسان، ووضعت ضمانات لاحترام ممارساته لهذه الحقوق وجعلها صالحة لكل زمان ومكان² فالإسلام شرع حقوق الإنسان في شمول وعمق، وحرص عليها بسياسات عال منيع وأحاطها بضمانات كافية وصاغها مجتمعه على أساس قوي من الأصول والمبادئ.

الفرع الثالث: الحق في خصوصية المعلومات في عصر المعلوماتية:

خصوصية المعلومات تعني حق الأفراد أو المجموعات أو المؤسسات أن يحددوا لأنفسهم، متى وكيف أو إلى أي مدى يمكن للمعلومات الخاصة بهم أن تصل للآخرين؛ وحقه في أن يضبط عملية جمع المعلومات الشخصية عنه، وعملية معاملتها ألياً، وحفظها وتوزيعها واستخدامها في صنع القرار الخاص به أو المؤثر فيه³ سواء وضعت هذه المعلومات في البريد الإلكتروني أو حتى على شبكات التواصل الاجتماعي سواء كان فيس بوك (Facebook)، و اتس أب (WhatsApp)، تويتر (Tweeter) ونحوها، لاسيما وان وسائل التواصل الاجتماعي أصبحت تستعمل بصورة منتظمة في الحياة اليومية ويتم التعبير من خلالها عن الآراء والمشاعر والأفكار وتحتوي بيانات شخصية خاصة بالمستخدم لها ويمكنه من خلالها عرض صورته الخاصة على حائط وواجهة تلك المنصات؛ لذلك اتجهت معظم التشريعات لسن قوانين تواجه انتهاك خصوصية المعلومات والبيانات وكل ما يتعلق بالحياة الخاصة في النطاق –الإلكتروني- المعلوماتي.

المبحث الأول: جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة في ضوء قانون العقوبات الإماراتي

إن البناء القانوني لجريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة المؤثمة بالمادة (378) من قانون - العقوبات الاتحادي الإماراتي رقم (3) لسنة 1987 وتعديلاته - لا بد له من توافر الركن المادي والركن المعنوي فيه كما يتناول هذا المبحث بجانب اركان جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة العقوبات المقررة لها ونستعرض ذلك من خلال مطلبين لهما عدة أفرع فيما يلي:

سورة الحجرات ، الآية (12).¹

ينظر تفصيلاً: عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، الجزء الأول، دار التراث العربي، 1977، ص 39 وما بعدها.²
³ بتصرف: سوزان عدنان الأستاذ، انتهاك حرمة الحياة الخاصة عبر الإنترنت "دراسة مقارنة"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29 العدد الثالث، 2013، ص 433. - و ينظر كذلك: د.عبد الفتاح بيومي حجازي، الحماية الجنائية المعلوماتية للحكومة الإلكترونية:، مصر، دار الكتب القانونية، 2007، ص 33.

المطلب الأول: أركان جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة:

حيث أن الركن المادي يمثل الوجه الظاهر للجريمة ولا تقوم الجريمة دون توافره إذ بغير ماديات ملموسة لا يتحقق الاعتداء على المصلحة التي يحميها القانون لذا سنتناول الركن المادي لهذه الجريمة في الفرع الأول على أن نتناول الركن المعنوي في الفرع الثاني فيما يلي:

الفرع الأول: الركن المادي:

الركن المادي لجريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة هو عبارة عن سلوك ونتيجة وعلاقة سببية والذي يهمننا ومن خلاله تبرز خصوصية الركن المادي هو السلوك لذا سنتناول صور السلوك الإجرامي بشئ من التفصيل والتحليل وذلك حسبما أوردها المشرع الإماراتي في قانون العقوبات في المادة (378) والتي تنص على أن: "يعاقب بالحبس والغرامة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة أو العائلية وذلك بان ارتكب احد الافعال الآتية في غير الاحوال المصرح بها قانوناً او بغير رضاء المجني عليه:

أ- استرق السمع او سجل او نقل عن طريق جهاز من الاجهزة اياً كان نوعه محادثات جرت في مكان خاص او عن طريق الهاتف او اي جهاز اخر.

ب- التقط او نقل بجهاز اياً كان نوعه صورة شخص في مكان خاص.

فإذا صدرت الأفعال المشار إليها في الحالتين السابقتين أثناء اجتماع على مسمع أو مرأى من الحاضرين في ذلك الاجتماع فإن رضاه هؤلاء يكون مفترضاً. كما يعاقب بذات العقوبة من نشر بإحدى طرق العلانية أخباراً أو صوراً أو تعليقات تتصل بأسرار الحياة الخاصة أو العائلية للأفراد ولو كانت صحيحة.

ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سبع سنوات وبالغرامة الموظف العام الذي يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة اعتماداً على سلطة وظيفته...".

وحيث أن السلوك الإجرامي في نموذج جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة قد حدده المشرع الإماراتي في قانون العقوبات في الصور الآتية:

الصورة الأولى: فعل استراق السمع:

يقصد به التنصت على الحديث أو الاستماع إليه خلسة دون رضاه أو علم قائله أو بغير مقتضى القانون¹ ويُعد مقارفاً للجريمة في هذه الحالة كل من استرق السمع بواسطة أي جهاز من أجهزة التنصت

¹ وقد نص قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي في المادة 75 على أن: "لعضو النيابة العامة أن يفتش المتهم ولا يجوز له تفتيش غير المتهم أو منزل غير منزله إلا إذا اتضح من أمارات قوية أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة. ويجوز له بموافقة النائب العام أن يضبط لدى مكاتب البريد جميع المكاتبات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود ولدى مكاتب البرق جميع البرقيات، وأن يراقب ويسجل المحادثات بما في ذلك السلوكية واللاسلكية متى استوجبت مقتضيات التحقيق ذلك".

فعلى سبيل المثال مراقبة المكالمات الهاتفية في غير الأحوال المصرح بها قانوناً ولا يعاقب وفق هذه المادة من استراق السمع عن طريق الأذن إذ أنه قد اشترط المشرع توافر جهاز أي كان نوعه لاستراق السمع من خلاله، ويرى الباحث ضرورة تجريم استراق السمع حتى وإن كان بواسطة الأذن في الأماكن الخاصة تحديداً لكونه يعد انتهاكاً لحرمة الحياة الخاصة إذ أن ما يمكن سماعه قد يهدد حياة الفرد ما إذا كان قد سمع شخص يبوح لآخر بكلمة السر لبطاقته الائتمانية أو بكلمة المرور لحساباته الشخصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي أو بريده الإلكتروني أو نحو ذلك؛ حيث قصر المشرع الإماراتي تجريم استراق السمع بواسطة الإذن على المكالمات الهاتفية فقط سواء كان ذلك في مكان عام أو خاص في المادة (380) من قانون العقوبات والتي تنص على أن: "يعاقب بالغرامة التي لا تقل عن ثلاثة آلاف درهم من فض رسالة أو برقية بغير رضاء من أرسلت إليه أو استرق السمع في مكالمات هاتفية. ويعاقب الجاني بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر أو بالغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف درهم إذا أفشى الرسالة أو البرقية أو المكالمات لغير من وجهت إليه ودون إذنه متى كان من شأن ذلك إلحاق الضرر بالغير" وطالما أن المشرع الإماراتي في المادة (380) لم يقرر اشتراط توافر أي جهاز من الأجهزة التي يتم عبرها التنصت لإتمام فعل استراق السمع بما مؤداه تجريمه لفعل استراق السمع في حال أن تم بواسطة الأذن، والجدير بالإشارة أنه لا يشترط لارتكاب جريمة استراق السمع - التي جرت في مكان خاص أو لمحادثات جرت عن طريق الهاتف أو أي جهاز آخر - إرسال أو تسجيل الحديث إلى شخص آخر حيث جرم المشرع الإماراتي مجرد التنصت على الحديث¹ وبغض الطرف عن خصوصية الحديث من عدمه لأن ما يبتغيه المشرع الإماراتي في هذه الصورة من صور السلوك الإجرامي هو حماية حرمة خصوصية المكان وفي سياق متصل جرم المشرع الإماراتي في المادة (378) أنفة البيان التنصت في مكان عام عن طريق أي جهاز من أجهزة التنصت على المحادثات سواء كانت عن طريق الهاتف أو أي جهاز آخر شريطة أن يتم التنصت بواسطة أي جهاز من أجهزة التنصت، أما إن تم بواسطة وسيلة أو شبكة معلوماتية يخرج من نطاق تطبيق قانون العقوبات ويدخل في حيز تطبيق قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات، وحيث أن طبيعة المكالمات الهاتفية في العادة تتسم بالسرية لذلك أحاطها المشرع الإماراتي بحماية جزائية حافظاً على خصوصية الحديث وحسناً صنع المشرع الإماراتي حينما لم يحدد جهاز بعينه سواء كان ذلك في الأجهزة التي يتم عبرها التنصت أو الأجهزة التي تجري من خلالها المحادثات بغية أن يشمل تجريم الفعل للمستحدث من أجهزة التنصت وكذلك تشمل الحماية الجزائية للمحادثات التي ستتم عبر الأجهزة المستحدثه، ومؤدى ذلك جميعه أن العبرة بحماية حق الخصوصية سواء كانت للمكان أو للحديث، وعليه فيكون الحديث خاصاً إذا جرى في مكان خاص أو بالهاتف أو أي جهاز اتصال آخر ولو تناول المجني عليه موضوعاً عاماً في المحادثة الهاتفية حتى وإن تمت في مكان عام،

¹ المكان الخاص قد عرفه الفقيه سافيني "Chavanne": بأنه "المكان الذي يستخدم كإطار للحياة الخاصة، وليس من حق الغير أن يدخله دون رضا الشخص، أو هو المكان المغلق الذي لا يسمح للغير بدخوله، أو يتوقف دخوله على إذن لدائرة محدودة صادرة ممن يملك هذا المكان أو من له الحق في استعماله أو الانتفاع به".

إلا أن الحديث الخاص الذي يتجاذبه أطرافه في مكان عام بعيداً عن استخدام جهاز الهاتف أو أي جهاز اتصال آخر وبصورة تسمح للمارة بسماعه لا يمثل استراق السمع له أو تسجيله أو نقله انتهاك لخصوصيتهم.

ومناطق الحماية الجزائية لحرمة حق الخصوصية في هذه الصورة من صور السلوك الإجرامي وفق المشرع الإماراتي ألا يصدر استراق السمع على مسمع أو مرأى من الحاضرين في أثناء اجتماع عدد من الأشخاص لجهة أن رضاء المجني عليهم يكون مفترضاً في هذه الحالة ولا تقوم بهذا الفعل الجريمة لانتهاء استراق السمع بخلسة أو خفية ومن أن المشرع قد أتاح الفرصة للمجني عليهم أن كان الحديث خاص تنبيه الجاني بذلك أو الكف عن الاسترسال في أحاديثهم الخاصة وسردها أو إيعازها بالتوقف عن استراق السمع بأي صورة مقبولة قانوناً، وإن تم التغاضي عن ذلك جميعه من قبل المجني عليهم فقد ينبي ذلك بأن الحديث ليس بخاص أو بتنازلهم عن هذه الحماية الأمر الذي أعده المشرع الإماراتي رضاء للمجني عليهم وبدوره يصبح الفعل مباحاً.

الصورة الثانية: فعل تسجيل أو نقل محادثات:

يقصد بالتسجيل حفظ الحديث على الأشرطة المخصصة لذلك حتى يمكن إعادة الاستماع إليه مرة أخرى¹؛ وتعرف الأحاديث بأنها كل صوت له دلالة التعبير عن معنى أو مجموعة معاني من الأفكار المترابطة سواء كانت مفهومة لجمهور الناس أو لفئة قليلة، من خلالها يطلق الفرد العنان لنفسه ويبوح لغيره ما يدور في كوا من نفسه ولا يشترط لغة معينة يجري الحديث بها²، أما النقل فيقصد به نقل الحديث أو المكالمة من المكان الخاص الذي دار فيه الحديث أو المكان الذي دارت به المكالمة إلى مكان آخر وينصب التجريم على مجرد عملية النقل حتى وإن لم يستمع له شخص آخر، ويتم التسجيل أو النقل بواسطة جهاز معد لذلك سواء تم هذا النقل أو التسجيل لمحادثة دارت في مكان خاص أو دارت عبر الهاتف أو أي جهاز من الأجهزة الأخرى في ذات المكان أو في مكان عام بغير رضاء المجني عليه أو دون مسوغ قانوني، ومع ذلك يعد الرضا مفترضاً من قبل المجني عليهم إذا تم هذا النقل أو التسجيل في مسمع أو مرأى منهم خلال اجتماعهم حتى وأن كان ذلك في مكان خاص.

الصورة الثالثة: فعل التقاط أو نقل صورة شخص في مكان خاص:

التقاط الصورة المحقق لمعنى أخذها يعني تثبيتها على مادة حساسة³، والجدير بالإشارة إليه أن الجريمة في هذه الحالة تتحقق بمجرد التقاط الصورة - في مكان خاص بغير رضاء المجني عليه- بواسطة جهاز أي كان نوعه دون تحديد نوع الجهاز من قبل المشرع الإماراتي ودون وضع اعتبار لإمكانية معالجتها وإخراجها في دعامة مادية إذ يتم الاكتفاء بوجودها على الجهاز ويقصد بنقل صورة شخص إرسالها من مكان تواجدتها إلى مكان آخر واشترط المشرع الإماراتي أن تكون الصورة قد أخذت لشخص في مكان خاص فيما معناه إن الصورة إذا

¹ محمد أمين الخرشة و إبراهيم سليمان القطاونة، الحياة الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في قانون العقوبات الإماراتي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، الإمارات العربية المتحدة، المجلد (13)، العدد (1)، 2016، ص 73.

² محمد أمين فلاح الخرشة، جرائم الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة في قانون العقوبات الأردني، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، البحرين، المجلد (8)، العدد (2)، ص 382.

³ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، 1978، ص 776.

كانت لشخص في مكان عام خرج فعل نقلها أو التقاطها من دائرة التجريم؛ ولا بد ان يتم التقاط أو نقل الصورة بواسطة جهاز أي كان نوعه مؤدى ذلك عدم قيام الجريمة في هذه الحالة أن تتم الرؤية بالعين المجردة كاستراق النظر من ثقب الباب أو من كوة مفتوحة، وكذا الحال بشأن التطفل الذي يتم عن طريق منظار مقرب أو رسم صورة شخصية في مكان خاص مهما بلغت درجة الإبداع الفني في رسمها فهي لم تتم بالجهاز الذي عناه المشرع الإماراتي¹؛ ويرى الباحث ضرورة تجريم مجرد التقاط الصورة بغير رضا المجني عليه في مكان عام إذ أن الصورة الشخصية تعد من السمات الشخصية التي يجب أن تشملها الحماية بوصفها عنصراً أساسياً من عناصر الحياة الخاصة وفي العادة ما التقاط الصورة إلا بداية لارتكاب جرائم أخرى كالسب والقذف عبر مواقع التواصل الاجتماعي أو تعديلها ببرامج متخصصة بقصد التشهير والإساءة أو التهديد بالنشر أو الابتزاز وغيرها.

الصورة الرابعة: نشر أخبار أو صور أو تعليقات تتصل بأسرار الحياة الخاصة أو العائلية:

يقصد بالنشر تمكين عدد غير محدد من الناس من العلم و الاطلاع على فحوى الخبر أو الصور أو تعليقات تتصل بالحياة الخاصة أو العائلية للمجني عليه، ويستوي أن يكون النشر قد تم عن طريق الصحافة أو السينما أو التلفزيون أو عن لصق الإعلانات².

حيث انط المشرع الإماراتي في النموذج القانوني للجريمة في هذه الحالة إن يتم النشر بإحدى طرق العلانية³، وتقوم هذه الجريمة حتى وإن كانت الأخبار والتعليقات التي تم نشرها صحيحة لكونها تتصل بأسرار الحياة الخاصة أو العائلية وقد تم النشر دون رضا المجني عليه.

الفرع الثاني: الركن المعنوي:

الأصل ألا جريمة بغير ركن معنوي، إذ أنه وسيلة المشرع في تحديد المسؤول عن الجريمة، ونجد أن جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة في ضوء قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي هي جريمة عمدية يتخذ الركن المعنوي فيها إرادة السلوك الإجرامي والعلم بكافة العناصر التي تكون الجريمة، إذ يجب على الجاني ان يعلم بالصفة الخاصة للمكان أو بالصفة الخاصة للأخبار أو الصور أو التعليقات التي يقوم بنشرها كما انه يجب

¹ ينظر: ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بدون طبعة، 1983م، ص 455.

² بتصرف: ممدوح خليل بحر، المرجع السابق، ص 464.

³ حيث نصت المادة (9) من قانون العقوبات على أن:

"1- القول أو الصياح إذا حصل الجهر به أو ترديده بإحدى الوسائل الآلية في جمع عام أو في طريق عام أو في مكان مباح أو مطروق أو إذا أذيع بأية وسيلة أخرى.

2- الأعمال أو الإشارات أو الحركات إذا وقعت في مكان مما ذكر أو نقلت إلى من كان في هذه الأماكن بطريقة من الطرق الآلية أو بأي طريقة أخرى.

3- الكتابة والرسوم والصور والأفلام والرموز وغيرها من طرق التعبير إذا عرضت في مكان مما ذكر أو وزعت بغير تمييز أو بيعت إلى الناس أو عرضت عليهم للبيع في أي مكان".

ان يكون عالماً بان من شأن الجهاز الذي يستعمله ان ينقل الحديث او يسجله أو يسترق السمع به فضلاً عن ذلك يجب ان تتجه ارادة الجاني الى الفعل الجرمي والى النتيجة الجرمية من استراق للسمع أو تسجيل أو نقل أو التقاط أو نشر الصور أو الأخبار أو التعليقات الشخصية دون رضاء المجني عليه¹، وفيما يتعلق بالإرادة فهي نشاط نفسي يتجه إلى تحقيق غرض معين عن طريق وسيلة معينة، ويقصد باتجاه الإرادة الى ارتكاب السلوك ان تتجه اراده الفاعل الى ارتكاب الفعل دون موافقة أو اراده صاحب الحق أو عن طريق الخلسة أو الاحتيال، والسلوك الارادي يجد مصدره في المحرك النفسي الناتج عن الادراك والوعي.

المطلب الثاني: العقوبات المقررة لجريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة:

قد نص المشرع الإماراتي على العقوبات المقررة لجريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة في المادة (378) من قانون العقوبات الاتحادي

الإماراتي² وهي الحبس والغرامة وترك المشرع السلطة التقديرية للقاضي في تحديد مدة الحبس وقيمة مبلغ الغرامة على أن لا تقل مدة الحبس عن شهر ولا تزيد عن ثلاثة سنوات وأن لا تقل الغرامة عن ألف درهم ولا تزيد عن (3000) درهم وذلك هدياً بما هو منصوص عليه في المواد (69)³ و(71)⁴ من قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي بجانب العقوبات التكميلية المصادرة ومحو التسجيلات المتحصلة عن الجريمة لذلك سنتناول العقوبات المقررة للجريمة في فرعين الأول للعقوبة الأصلية والثاني للعقوبة التكميلية فيما يلي:

¹ ينظر: محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1977، ص 796- ينظر: حسام الدين الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر.

² تنص المادة (378) من قانون العقوبات الاتحادي رقم (3) لسنة 1987م وتعديلاته على أنه: "يعاقب بالحبس والغرامة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة او العائلية وذلك بان ارتكب احد الافعال الآتية في غير الاحوال المصرح بها قانوناً او بغير رضاء المجني عليه:

أ- استرق السمع او سجل او نقل عن طريق جهاز من الاجهزة اياً كان نوعه محادثات جرت في مكان خاص او عن طريق الهاتف او اي جهاز اخر.
ب- التقط او نقل بجهاز اياً كان نوعه صورة شخص في مكان خاص.

فإذا صدرت الأفعال المشار إليها في الحالتين السابقتين أثناء اجتماع على مسمع أو مرأى من الحاضرين في ذلك الاجتماع فإن رضاه هؤلاء يكون مفترضاً. كما يعاقب بذات العقوبة من نشر بإحدى طرق العلانية أخباراً أو صوراً أو تعليقات تتصل بأسرار الحياة الخاصة أو العائلية للأفراد ولو كانت صحيحة.

ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سبع سنوات وبالغرامة الموظف العام الذي يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة اعتماداً على سلطة وظيفته. ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة وغيرها مما يكون قد استخدم في الجريمة كما يحكم بمحو التسجيلات المتحصلة عنها أو إعدامها".

³ تنص المادة (69) من قانون العقوبات الاتحادي رقم (3) لسنة 1987م وتعديلاته على أنه: "الحبس هو وضع المحكوم عليه في إحدى المنشآت العقابية المخصصة قانوناً لهذا الغرض وذلك للمدة المحكوم بها. ولا يجوز أن يقل الحد الأدنى للحبس عن شهر ولا أن يزيد حده الأقصى على ثلاث سنوات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"

⁴ تنص المادة (71) من قانون العقوبات الاتحادي رقم (3) لسنة 1987م وتعديلاته على أنه: "عقوبة الغرامة: هي إلزام المحكوم عليه أن يدفع للخزينة المبلغ المحكوم به، ولا يجوز أن تقل الغرامة عن ألف درهم ولا أن يزيد حدها الأقصى على مليون درهم في الجنايات وثلاثمائة ألف درهم في الجنح، وذلك كله ما لم ينص القانون على خلافه."

الفرع الأول: العقوبات الأصلية:

أولاً: عقوبة جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة البسيطة:

عقوبة الحبس والغرامة: هي عقوبة الحبس التي لا تقل مدتها عن شهر ولا تزيد عن (3) ثلاثة سنوات وعقوبة الغرامة التي لا تقل عن ألف درهم ولا تزيد عن (3000) درهم وتعتبر عقوبة الحبس وجوبية بجانب عقوبة الغرامة معاً إذ لا يجوز للقاضي الاكتفاء بعقوبة الحبس فقط أو عقوبة الغرامة فقط وترك المشرع السلطة التقديرية للقاضي في شأن تقدير مدة الحبس وقيمة مبلغ الغرامة.

ثانياً: عقوبة انتهاك حرمة الحياة الخاصة المقترنة بظرف مشدد:

وقد نص المشرع الإماراتي على ظرف مشدد إذا كان الجاني موظفاً عاماً واعتمد على سلطة وظيفته في مقارفته للجريمة وحدد لها عقوبة السجن المؤقت الذي وضع له حد أقصى بحيث أن مدته لا تزيد على سبع سنوات وبالغرامة التي ترك تقدير قيمتها للقاضي وجعل الحكم بكل من عقوبتي السجن المؤقت والغرامة معاً وجوبياً.

الفرع الثاني: العقوبات التكميلية:

المصادرة ومحو التسجيلات المتحصلة عن الجريمة: وهي مصادرة الأجهزة المستخدمة في الجريمة ومحو التسجيلات المتحصلة عن الجريمة لكونها تعتبر تسجيلات خاصة بالمجنى عليه وتمس حياته الشخصية الخاصة وحتى لا يتم استخدام ها مرة أخرى وهي تعتبر عقوبة تكميلية وجوبية بحسب المشرع الإماراتي . ولم ينص المشرع صراحة على العقاب على الشروع، فالجريمة هنا جنحة وبالرجوع لحكم القواعد العامة يتبين عدم العقاب على الشروع في الجرح ما لم ينص صراحة على العقاب عليه¹.

المبحث الثاني

جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة في ضوء قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي

تعد دولة الإمارات العربية المتحدة من أوائل الدول التي أصدرت قانوناً خاصاً بجرائم تقنية المعلومات في عام 2006م والذي تم الغاؤه بمرسوم قانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012م بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات وتعديلاته (في الأعوام 2016، 2018) والذي اهتم فيه المشرع الإماراتي بوضع نظام قانوني يعنى بتجريم الجرائم المستحدثة التي يتم ارتكابها بواسطة وسائل تقنية المعلومات أو شبكة معلومات تقنية

¹ محمد أمين الخرشنة وإبراهيم سليمان القطاونة، مرجع سابق، ص 75.

وسنتطرق إلى ذلك من خلال هذا المبحث في مطلبين المطلب الأول لأركان جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة أما المطلب الثاني فهو للعقوبات المقررة لها فيما يلي:

المطلب الأول: أركان جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة عبر الوسائل الإلكترونية:

حيث أن الركن المادي لا يختلف في عناصره في حالة ارتكابه عبر الوسائل الإلكترونية إذ أن الأحكام العامة للجريمة الإلكترونية لا تختلف عن الأحكام العامة للجريمة التقليدية¹، ولا تقوم الجريمة سواء كانت تقليدية أو إلكترونية دون توافر الركن المادي أو الركن المعنوي لذا نستعرض ذلك من خلال فرعين الفرع الأول للركن المادي والفرع الثاني للركن المعنوي فيما يلي:

الفرع الأول: الركن المادي:

حيث أن الركن المادي لجريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة هي عبارة عن سلوك ونتيجة وعلاقة سببية والذي يهمننا ومن خلاله تبرز خصوصية الركن المادي هو السلوك لذا سنتناول صور السلوك الإجرامي بالتفصيل حسبما أوردها المشرع الإماراتي في البناء القانوني لجريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة المؤثمة بالمادة (21) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات 2012م الإماراتي والتي جرى نصها على أن: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر والغرامة التي لا تقل عن مائة وخمسين ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من استخدم شبكة معلوماتية، أو نظام معلومات الكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، في الاعتداء على خصوصية شخص في غير الأحوال المصرح بها قانوناً بإحدى الطرق التالية:

1. استراق السمع، أو اعتراض، أو تسجيل أو نقل أو بث أو إفشاء محادثات أو اتصالات أو مواد صوتية أو مرئية.
2. التقاط صور الغير أو إعداد صور الكترونية أو نقلها أو كشفها أو نسخها أو الاحتفاظ بها.
3. نشر أخبار أو صور الكترونية أو صور فوتوغرافية أو مشاهد أو تعليقات أو بيانات أو معلومات ولو كانت صحيحة وحقيقية. كما يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسون ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من استخدم نظام معلومات الكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، لإجراء أي تعديل أو معالجة على تسجيل أو صورة أو مشهد، بقصد التشهير أو الإساءة إلى شخص آخر، أو الاعتداء على خصوصيته أو انتهاكها".

¹ د. مدحت رمضان، جرائم الاعتداء على الأشخاص والإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 9.

الصورة الأولى: فعل استراق السمع في جريمة انتهاك الخصوصية عبر الوسائل الإلكترونية:

هو الاستماع سراً - باستخدام شبكة معلوماتية، أو نظام معلومات الكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات¹ - إلى حديث صادر من شخص ما، أو متبادل بين شخصين أو أكثر دون رضا أي من هؤلاء، شريطة أن يكون استراق السمع قد وقع على محادثات أو اتصالات أو مواد صوتية أو مرئية في غير الأحوال المصرح بها قانوناً؛ وما يبتغيه المشرع الإماراتي في هذه الصورة هو حماية الخصوصية من أي انتهاك لها بواسطة وسائل تقنية المعلومات أو شبكة معلوماتية فعلى سبيل المثال هنالك تنصت يتم عن بعد عبر وسائل تقنية المعلومات وشبكات تقنية المعلومات على المحادثات في الأماكن دون وضع أجهزة التنصت في هذه الأماكن²، لذلك تصدى له المشرع الإماراتي بالتجريم وتصدى في ذات الوقت بتجريم التنصت عن بعد على المحادثات الهاتفية - سواء كانت في الأماكن الخاصة أو العامة- وأيضاً تجريم التنصت الذي يتم عن بعد على الاتصال ات، وعموماً قد عرف الاتحاد الدولي للاتصال الدولية كلمة الاتصال بأنها تعني: "أي إرسال أو بث أو استقبال لعلامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو معلومات - مهما كانت طبيعتها- بواسطة أنظمة سلكية أو لاسلكية أو بصرية أو أنظمة كهرومغناطيسية أخرى"³ فالاتصال الإلكتروني تشمل البريد الإلكتروني والمحادثات والمراسلات التي تدور عبر الوسائل الإلكترونية منها تطبيقات ومواقع التواصل الاجتماعي (social media) كالفيسبوك (Facebook)، واتس أب (WhatsApp) تويتر (Tweeter) ونحوها، بجانب أن هنالك اتصالات ومراسلات تتم بواسطة الهاتف بمعزل عن شبكة الإنترنت كالمكالمات حيث يعاقب من استرق

¹ وحيث عرف قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات 2012م الإماراتي الشبكة المعلوماتية بأنها: "ارتباط بن مجموعتين أو أكثر من البرامج المعلوماتية ووسائل تقنية المعلومات التي تتيح للمستخدمين الدخول وتبادل المعلومات".

وعرف أيضاً وسيلة تقنية المعلومات بأنها: "أي أداة الكترونية مغناطيسية، بصرية، كهروكيميائية، أو أي أداة أخرى تستخدم لمعالجة البيانات الإلكترونية وأداء العمليات المنطقية والحسابية، أو الوظائف التخزينية، ويشمل أي وسيلة موصلة أو مرتبطة بشكل مباشر، تتيح لهذه الوسيلة تخزين المعلومات الإلكترونية أو إيصالها للآخرين".

وعرف نظام المعلومات الإلكتروني على أنه: "مجموعة برامج معلوماتية ووسائل تقنية المعلومات المعدة لمعالجة وإدارة وتخزين المعلومات الإلكترونية أو ما شابه ذلك".

وعرفت محكمة تمييز دبي المقصود بتقنية المعلومات ووسائلها في الطعن رقم 2016/81 جلسة 2016/2/22م وقررت بأنها تشمل أجهزة الموبايل والبلوتوث والحاسب الآلي ومواقع التواصل الاجتماعي كالتواتس أب والفيس بوك وأيضاً تشمل الرسائل القصيرة.

² فقد أوردت المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة في الطعون أرقام (1167 و1182 و1210 لسنة 2015 س 10 ق. أ جزائي جلسة 2016/2/22م) ما يشترط لقيام الجريمة المؤتممة بالمادة (21) بند (1) من المرسوم بقانون رقم (5) لسنة 2012م في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات إن القانون قد اشترط لقيام هذه الجريمة: "...أن يكون هناك اعتداء على خصوصية الشخص، والخصوصية تعني هنا ضمان حماية ممارسة الشخص لحياته الخاصة، وهو ما يولد الحق في حماية الخصوصية ويستطيع كفالة حقه في عدم نشر ما يتصل بحياته الخاصة سواء بوسيلة سمعية أو صوتية وهي من وسائل التقنية الواردة في ذات المرسوم بقانون اتحادي المشار إليه آنفاً، كما أن الخصوصية قد تكون مستمدة من المكان المتواجد به الشخص الواقع عليه الاعتداء بأن يكون مكاناً خاصاً والمكان المغلق الذي لا يسمح بدخوله للخارجين عنه أو يتوقف دخوله على إذن لدائرة محدودة صادر ممن يملك الحق فيه".

³ محمود محمد محمود جابر، الجرائم الناشئة عن استخدام الهواتف النقالة، جرائم نظم الاتصالات والمعلومات، دراسة مقارنة في التشريع المصري والفرنسي والأمريكي والاتفاقيات الدولية والإقليمية، دار الكتب والوثائق القومية، الكتاب الأول، 2107، ص 16-17.

السمع لها بواسطة وسائل أو شبكات تقنية المعلومات، ويمتد التجريم للتنصت على المواد الصوتية أو المرئية الموجودة على هذه الشبكات أو على جهاز آخر كالمخزونة على الهاتف أو نحوها حيث من المعروف أن المواد الصوتية يقصد بها المحتوى المسموع والمنطوق أما المواد المرئية فيقصد بها المحتوى المرئي بصرياً وتقوم الجريمة في هذه الحالة حتى وإن كانت المحادثات لا تتسم بالسرية باستثناء استراق السمع لمحادثات تتم عبر صفحات الدردشة على الإنترنت ويسمح للمشاركة فيها لمن يريد إذ يعد ذلك قرينة على الرضاء على الرغم من أن المشرع الإماراتي لم ينص عليها صراحة على قرينة الرضاء في قانون مكافحة المعلومات كما فعل في قانون العقوبات.

الصورة الثانية: فعل الاعتراض الإلكتروني لمحادثات أو اتصالات أو مواد صوتية أو مرئية:

ويقصد ب الاعتراض الاستيلاء بغتة أو تعطيل الوصول لمحادثات أو اتصالات أو مواد صوتية أو مرئية، ويتم اعتراضها مهما كانت طبيعتها والوسائل المستخدمة في إرسالها ويتم الاعتراض بواسطة إحدى وسائل تقنية المعلومات أو شبكة معلوماتية ويندرج ضمن ذلك مراسلات البريد الإلكتروني ومحادثات مواقع التواصل الاجتماعي وما شابهها، ولا يقتصر الاعتراض على الاطلاع وتعطيل وصولها إلى المرسل فحسب، بل تشمل كذلك محو بعض عباراتها أو مصادرتها أو إعدامها وحجبها إلكترونياً¹؛ واعتراض البيانات يتم أثناء انتقالها والتعرف على شفرتها في حال كونها مشفرة، وهذه الطريقة شائعة لدى المحترفين الذين يحاولون سرقة أرقام بطاقات الائتمان البنكية وكشف الأرقام السرية لها²، ومن وسائل الاعتراض المستخدمة، استخدام ما يسمى (cut-net) على جهاز الحاسب الآلي لقطع إرسال شبكة المعلومات عن باقي الأجهزة الموجودة على نفس الشبكة والخاصة بالأخرين، صناعة ونشر الفيروسات وهي من أشهر وسائل الاعتراض المعروفة³.

الصورة الثالثة: فعل التسجيل أو النقل أو البث لمحادثات أو اتصالات أو مواد صوتية أو مرئية:

يقصد بالتسجيل تسجيل لمحادثات أو اتصالات أو مواد صوتية أو مرئية تمت أو جرى إرسالها عبر وسائل أو شبكة معلومات تقنية أو تسجيل محادثات أو اتصالات جرت سواء كان ذلك في أماكن خاصة أو عامة أو تسجيل مواد صوتية ومرئية كانت مخزنة على هاتف أو حاسب آلي Desktop أو الحاسب الشخصي Laptop أو أسطوانة CD أو نحو ذلك وتم حفظها لإعادة الاستماع إليها دون موافقة أطرافها ويجب أن يتم التسجيل باستخدام وسائل تقنية المعلومات أو شبكة معلوماتية.

¹ بتصرف: بن حيدة محمد، حماية الحق في الحياة الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة أبو بكر بلقايد، 2017م، ص 277.

² بتصرف: المهندس. أوس مجيد غالب العوادي، الأمن المعلوماتي السيبراني، مركز البيان للدراسات والتخطيط، 2016، ص 20.

³ أسماء على سالم راشد الشامسي، مرجع سابق، ص 33.

يقصد بنقل المحادثات أو الاتصال ات أو لمواد صوتية أو مرئية هو إرسالها من المكان الذي تجري فيه إلى مكان آخر غيره ، بواسطة أي جهاز من أجهزة تقنية المعلومات، أو باستخدام شبكة معلوماتية أو نظام معلومات إلكتروني¹.

فعل البث المقصود به هو إذاعة ونشر فحوى المحادثات أو الاتصال ات أو المواد الصوتية أو المواد المرئية للجمهور أو الغير عمداً وخلصاً دون رضا اطرافها، ولا بد ان يتم البث بواسطة وسائل تقنية المعلومات أو شبكة معلومات تقنية كالنشر على الصفحات العامة لمواقع التواصل الاجتماعي بحسب إعدادات الخصوصية للصفحة وغني عن البيان أن جميع مواقع التواصل الاجتماعي بها هذه الإعدادات للخصوصية، فعلى سبيل المثال نجد تطبيق (الفيسبوك – Facebook) يحتوي على إعدادات تشمل من يستطيع رؤية السيرة الذاتية للمستخدم ومن يمكنه الاطلاع على ما يشاركه مع الغير ومن يستطيع الاتصال به "Who can see my stuff" والخيارات تتضمن (Public, Friends, Only Me, and Custom) ومن الممكن أيضاً اختيار من يمكنه الاتصال بك "Who can contact me" ويمكن على وسائل التواصل الاجتماعي الأخرى البحث عن إعدادات الخصوصية مثل تويتر تحت عنوان "Security and Privacy Settings" أو غيرها من العناوين المشابهة²؛ ويتحقق فعل البث كذلك بالنشر على بروفایل (Profile) الصفحة في مواقع التواصل الاجتماعي كفيسبوك أو تويتر وذلك لكون أن بعض المعلومات تبقى ظاهرة دوماً للجمهور بصرف النظر عن إعدادات الخصوصية بمعنى حتى وأن كانت الصفحة ذات طابع خاص إلا إن بروفایل الصفحة يكون متاح للعامة ولا يستطيع المستخدم التحكم في الإظهار له أو الإخفاء مثال لذلك موقع فيسبوك (صورة البروفایل profile photo وصورة المجلد Cover photo) اما إنستغرام يسمح بإبقاء صور المستخدم سرية لكنه يتيح لأي مستخدم آخر قراءة السيرة الذاتية للمستخدم الأول وإرسال صورة أو فيديو له مباشرةً بما مؤداه أن مناط تحقق فعل النشر من عدمه هو التمييز بين الطابع الخاص لصفحات مواقع التواصل الاجتماعي الذي تشمله الحماية الجزائية والطابع العام لهذه الصفحات، والعبرة في ذلك بالرجوع لإعدادات الخصوصية التي يختارها المستخدم لصفحة في مواقع التواصل الاجتماعي ، وعليه فإن الطابع الخاص لصفحة ينتفي وتتوافر العلانية ويتحقق فعل النشر متى كانت إعدادات الخصوصية للصفحة تتيح لأي شخص دخولها و الاطلاع على محتواها؛ اما إذا كانت صفحته قد تم ضبطها بحيث لا يتم رؤية محتواها للكافة ومقصود على شخص بعينه او أشخاص معينين فإنه لا يتحقق به العلانية والنشر وبالأخص النشر عبر واتس آب وفق ما جرى به التطبيق القضائي في دولة

¹ حسني الجندي، التشريعات الجنائية الخاصة في دولة الإمارات العربية المتحدة، الكتاب الثالث، قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات في دولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 2009م، ص 135.

² بتصرف: وسيم شفيق الحجار ، النظام القانوني لوسائل التواصل الاجتماعي (واتس أب، فيسبوك، تويتر) دراسة قانونية مقارنة حول الخصوصية والحرية الشخصية والمسؤولية والاختصاص، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، جامعة الدول العربية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2017، ص 45 وما بعدها.

الإمارات العربية المتحدة¹ أن الجرائم التي يتم ارتكابها من خلال تطبيق الواتساب لا ينطبق عليها قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات 2012م إذا كان بين شخصين أو أكثر بحجة عدم توافر العلانية وتدخل في حيز تطبيق قانون العقوبات، إلا أن وجهة نظر الباحث في هذا الخصوص يرى أن النشر يتحقق من خلال برنامج الواتس أب متى تم الإرسال من خلال مجموعة (قروب - جروب- بالواتس أب) لكون أن هذه المجموعة قد يصل عدد أعضائها للحد الذي يبلغ 270 شخص أو يزيد وبالتالي يتحقق النشر الذي قصد به المشرع الإماراتي حماية الخصوصية، كما يرى الباحث أنه من الممكن استثناء إن كانت هذه المجموعة على الواتس أب تضم أسرة واحده فحينها لا يعتد بالعلانية فيها بما مؤدها تطبيق قانون العقوبات وفق النموذج الذي وضعه الشارع، أما فعل الإفشاء لها يتم بالكشف والبوح عن محتواها للغير أي الى شخص اخر غير مخول له قانوناً الاطلاع عليها ففعل البث أعم وأشمل من فعل الإفشاء إذ أن البث يكون نشر للمادة في حد ذاتها أما الإفشاء يكون بالإخبار عن المحتوى فقط.

الصورة الرابعة: فعل التقاط صور الغير أو إعداد صور الكترونية أو نقلها:

1- فعل التقاط الصور: مناط التجريم في فعل التقاط صور الغير أن يتم التقاطها بواسطة وسائل تقنية المعلومات أو شبكة معلوماتية فعلى سبيل المثال الصور التي يتم التقاطها بواسطة تطبيقات وبرامج مثل الإنستغرام (Instagram) والسناب شات (Snapchat) ونحوها دون رضا الغير، وغني عن البيان أن المشرع الإماراتي في قانون العقوبات قد قصر تجريم التقاط الصورة إذا تم أخذها بمكان خاص؛ قد سكت في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات 2012م عن تحديد نطاق تجريم

¹ فقد قررت المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة في الطعن رقم 197 / 2019 جزائي تقنية معلومات، جلسة 2019/5/20م على أن: " كما أن من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الجرائم التي تكون من خلال برنامج الواتساب لا ينطبق عليها قانون تقنية المعلومات إذا كان بين شخصين أو أكثر إذا كان في غرفة مغلقة لا يطلع عليها الغير وتكون في الفضاء المفتوح".

وقررت أيضاً المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة في الطعن رقم 248 / 2018 جزائي تقنية معلومات، جلسة 2018/5/20م على أن: " لما كان من المقرر قانوناً أن جرائم السب الواردة في المادة (20) من المرسوم بقانون رقم (5) لسنة 2012م بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات قد اشترط المشرع لقيامها وانطباق النص عليها أن يتم السب بواسطة شبكة المعلومات أو أية وسيلة تقنية معلومات، وأن يتاح للمستخدمين الآخرين الدخول على الشبكة وتبادل المعلومات، إذ عرفت المادة الأولى من ذات القانون شبكة المعلومات بأنها ارتباط مجموعتين أو أكثر من البرامج المعلوماتية يتيح للمستخدمين الدخول وتبادل المعلومات، وعرفت وسيلة تقنية المعلومات بأنها " أية أداة مغناطيسية... " بما مؤدها أن المشرع جعل من انتشار الجريمة عبر الفضاء الإلكتروني علة التجريم لخطورتها على الأفراد والمجتمع، في حين أن جريمة السب الواردة في المادة (1/374) من قانون العقوبات هي جرائم تتم بواسطة الهاتف بين شخصين أو أكثر يحدد المتصل ولا تخرج عن نطاق المتصلين ولا تسمح للآخرين الدخول وتبادل المعلومات فيها، ولما كان برنامج الواتساب من البرامج التي تستخدم بواسطة الهاتف حصراً وهو ارتباط بين شخصين أو أكثر يحدد المرسل المرسل إليه دون أن يتاح للآخرين غير المعنيين بالرسالة الدخول على البرامج وتبادل المعلومات الواردة فيه شأنه في ذلك شأن الرسائل النصية ومن ثم فإن استخدام برنامج الواتساب في السب يندرج ضمن الجرائم الواردة بالمادة (1/374) من قانون العقوبات وتخرج من نطاق التجريم الوارد بالمادة (20) من المرسوم بقانون سالف الذكر، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد عدل وصف الواقعة المنسوبة إلى المطعون ضده من تهمة السب باستخدام وسيلة تقنية المعلومات المنصوص عليها بالمادة (20) من المرسوم بقانون رقم (5) لسنة 2012م في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات إلى تهمة السب باستخدام الهاتف المعاقب عليها بالمادة (1/374) صادف صحيح الواقع والقانون ويغدو النعي الوارد بوجه النعي على غير أساس خليفاً برفض الطعن".

التقاط الصورة من حيث المكان وهو عدم تحديده بما إن قد تم أخذ الصورة في مكان خاص أو عام ومؤدى ذلك إن التجريم يطال فعل الالتقاط لصورة الغير بواسطة وسائل تقنية المعلومات أو شبكة معلوماتية إذا تم ذلك في مكان عام أو خاص على حد سواء.

2- إعداد صور إلكترونية: هي معالجة إلكترونية تتم لصور الغير دون رضاهم بواسطة وسائل تقنية المعلومات أو شبكة معلوماتية دون مراعاة لأي شروط واردة في القانون بصدد ذلك وتتم في العادة عن طريق تطبيقات وبرامج خاصة بالصور كبرامج الفوتوشوب (photoshop) ونحوها وقد يتم فيها وضع صورة المجني عليه في مكان أو حدث هو لم يكن متواجداً فيه وذلك بغرض إظهار الإساءة له والتشهير به بحيث تنسب هذه الصورة سلوكاً قد يكون مجزماً لم يصدر عنه؛ ويدخل في ذلك إعداد صور إلكترونية للغير بواسطة تطبيقات وبرامج محاكاة للصور والرسومات وعمليات المونتاج للصور كالتى تستخدم في السينما بحيث تنتج صور تشبه إلى حد كبير صور المعني.

3- نقل أو كشف أو نسخ أو الاحتفاظ بصور الغير: فالمقصود بالنقل أنه يعني إرسال الصورة بواسطة وسائل تقنية المعلومات أو شبكة معلوماتية إلى مكان آخر مع عدم الاحتفاظ بالصورة الأساسية، الكشف هو أشبه بفعل الإفشاء وهو أن يتم الإعلان عن محتواها للغير، أي إلى شخص آخر غير مخول له قانوناً الاطلاع عليها، وذلك على أن يكون الكشف قد تم بواسطة وسائل تقنية المعلومات أو شبكة معلوماتية؛ والمقصود بالاحتفاظ هو الحفظ والتخزين للصورة في إحدى وسائل تقنية المعلومات أو شبكة معلوماتية، كما أن والمقصود بالنسخ هو أخذ نسخة من الصورة ووضعها في مكان آخر مع الاحتفاظ بالصورة الأساسية بواسطة وسائل تقنية المعلومات أو شبكة معلوماتية.

الصورة الخامسة: فعل نشر أخبار أو صور إلكترونية:

1- فعل النشر: يقصد بالنشر هو الإذاعة بواسطة وسائل تقنية المعلومات أو شبكة معلوماتية يتمكن بموجبها عدد غير محدد من الناس من العلم و الاطلاع على فحوى الخبر أو الصور سواء كانت فوتوغرافية أو إلكترونية أو تعليقات ومعلومات وبيانات تتصل بالحياة الخاصة والتي تم نشرها دون رضا أطرافها ولو كانت صحيحة وحقيقية إذ إن علة التجريم تنصب على الحصول عليها بصورة يتحقق بها انتهاك للخصوصية¹، وقد توسع المشرع الإماراتي حينما جرم حتى نشر مجرد تعليقات تمس الخصوصية ومنها على سبيل المثال نشر بإعادة مشاركة تعليق لشخص على منشور في وسائل التواصل الاجتماعي دون رضاه أو التقاط صورة لهذا التعليق وبثه على الصفحات العامة بالتواصل الاجتماعي أو التعليق في منشور بما يمس خصوصية الغير، أما المقصود بالبيانات هو البيانات الشخصية للمجني عليه كالاسم، والموطن، والحالة المدنية، والوظيفة والحالة الصحية، والحالة

¹ ينظر : ابراهيم الدسوقي ابو الليل: النشر الالكتروني وحقوق الملكية الفكرية، بحث مقدم مؤتمر المعاملات الالكترونية (التجارة الالكترونية - الحكومة الالكترونية)، كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، 2009، ص 150.

المالية؛ والمقصود بالمعلومات فإنه يدخل في نطاقها ومفهومها أرقام حسابات وتعاملات واوراق مالية وعقود وغالباً قد توجد في رسائل البريد الإلكتروني أو الحاسب الآلي ويتم الحصول عليها باستخدام الفيروسات للدخول غير المشروع إلى الحاسب الآلي والبريد الإلكتروني وما يعرف بالبرمجيات المضرة (الخبثية) (عمليات القرصنة - (Hacking) أو (الهكرز - Hackers) والذي يتم بالتعدي على البريد الإلكتروني الخاص بالمجني عليه وهو ما اطلق عليه قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الدخول للبريد الإلكتروني بدون تصريح وقد يتم الدخول بتصريح إلا انه قد يتجاوز من منح له هذا الترخيص الحدود المتفق عليها بالتصريح وفي العادة يتم ذلك عن طريق شخص لديه كلمة المرور واسم الحساب للبريد الإلكتروني¹. وتكمن صعوبة الكشف عن هوية الشخص الذي قام بالاعتداء على حرمة الحياة الخاصة للمجني عليه في حالة النشر باسم مستعار غير اسمه الحقيقي إلا أنه يمكن الوصول الي هويته ومعرفة شخصه بتواصل الجهات الرسمية ومخاطبة موقع التواصل الاجتماعي الذي تم النشر من خلاله أو بأي صورة فنية أخرى مصرح بها قانوناً تمكن من الحصول على بياناته وعلى اسم مزود خدمة الإنترنت وعنوان (IP) أو ما يعرف بالرقم التعريفي والذي من خلاله يتم تحديد الجهاز الصادر منه ومعرفة رقم بطاقة (SIM) أو ما يعرف (بالشريحة) وهي اختصار لوحدة تعريف المشترك وتقوم بحفظ مفتاح مشترك الخدمة المستخدم لتعريف أحد مشركي أجهزة الهاتف النقال لدى شركات الاتصالات.

الصورة السادسة: فعل إجراء أي تعديل أو معالجة على تسجيل أو صورة التشهير:

فعل التعديل: قصد المشرع الإماراتي بهذه الصورة من السلوك تجريم انتهاك خصوصية الأفراد باستخدام البرامج التي يتم من خلالها معالجة الصورة أو الحديث أو المشاهد كبرامج وتطبيقات المونتاج بواسطة وسائل تقنية المعلومات أو شبكة معلوماتية وغيرها من تلك البرامج؛ وعملية التعديل أو المعالجة الإلكترونية للصورة أو الحديث أو المشهد من المتصور إن تتم بالإضافة أو الحذف أو أي تغيير يطرأ على المحتوى الأصلي بغض الطرف عن أنه قد تم الحصول على الصورة أو المشهد أو التسجيل بصورة مشروعة من عدمه ويتحقق هذا السلوك بمجرد التعديل والمعالجة ولا يشترط فيه أن يقترن بفعل النشر للتجريم.

¹ وقد جرم المشرع الإماراتي الاعتداء على البريد الإلكتروني بوصفه نظام معلومات إلكتروني وجرم كذلك نشر محتواه ونشر المعلومات الشخصية وذلك بنص المادة (2) من مرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012م بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات والتي تنص على ان:

1- يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائة ألف درهم ولا تزيد على ثلاثمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من دخل موقع الكتروني أو نظام معلومات الكتروني أو شبكة معلومات، أو وسيلة تقنية معلومات، بدون تصريح أو بتجاوز حدود التصريح، أو بالبقاء فيه بصورة غير مشروعة.

2- تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر والغرامة التي تقل عن مائة وخمسين ألف درهم ولا تجاوز سبعمائة وخمسون ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا ترتب على أي فعل من الأفعال المنصوص عليها بالفقرة (1) من هذه المادة إلغاء أو حذف أو تدمير أو إفشاء أو إتلاف أو تغيير أو نسخ أو نشر أو إعادة نشر أي بيانات أو معلومات.

3- تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا كانت البيانات أو المعلومات محل الأفعال الواردة في الفقرة (2) من هذه المادة شخصية.

الفرع الثاني: الركن المعنوي:

جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة عبر وسائل تقنية المعلومات أو شبكة معلوماتية هي من الجرائم العمدية¹ التي تتطلب توافر القصد

الجنائي بعنصره العلم والإرادة، إذ ينبغي ان يكون الجاني على علم بأن فعله مخالف للقانون، فيتحقق القصد الجنائي- بفعل التنصت أو الاعتراض أو التسجيل أو النقل أو البث أو الإفشاء لمحادثة أو اتصال أو مواد صوتية أو مرئية ويتحقق القصد الجنائي أيضاً بفعل الالتقاط لصور الغير أو الإعداد لصور الكترونية أو نقلها أو كشفها أو نسخها أو الاحتفاظ بها كما يتحقق القصد الجنائي بفعل نشر لأخبار أو صور الكترونية أو لصور فوتوغرافية أو لمشاهد أو تعليقات أو لبيانات أو لمعلومات- مع علمه بعدم مشروعية هذا الفعل واتجاه ارادته لارتكاب هـ، إذ يجب ان يكون الفعل قد حصل في غير الاحوال المصرح بها قانوناً أو بغير رضاء المجنى عليه وينتفي القصد الجنائي إذا تم ارتكاب الفعل المجرم بناء على إذن أو رضاه من المجنى عليه، أما جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة -بفعل إجراء أي تعديل أو معالجة على تسجيل أو صورة أو مشهد بواسطة وسائل تقنية المعلومات أو شبكة معلوماتية- تطلب فيها المشرع الإماراتي بجانب توافر القصد الجنائي العام اشترط توافر القصد الجنائي الخاص؛ حيث أن الركن المعنوي في هذه الصورة من السلوك المجرم يتحقق إذا كان الجاني عالماً بأنه يقوم بتعديل ومعالجة إلكترونية لحديث أو صور أو مشاهد للمجنى عليه دون رضاه ولا يملك تصريح أو إذن قانوني بذلك وفي ذات الوقت أن تتجه إرادة الجاني لمقارفة الفعل المكون للجريمة وإلى تحقيق النتيجة المادية المترتبة على السلوك الذي يقوم به، علاوة على ذلك لا بد من توافر القصد الجنائي الخاص وهو قصد التشهير أو الإساءة؛ والتشهير هو التلفظ بعبارات في حق المجنى عليه من شأنها ان تمس سمعته وتستلزم احتقاره لدى الغير ويدخل في هذا الإطار اسناد أموراً شائنة الى المجنى عليه تتضمن طعناً في عرضه ونحو ذلك.

المطلب الثاني: العقوبات المقررة لجريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة عبر الوسائل الإلكترونية:

قد نص المشرع الإماراتي على العقوبات المقررة لجريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة في المادة (21) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي 2012م² وهي الحبس والغرامة لذلك سنتناول العقوبات

¹ فقد قررت المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة في الطعن رقما 544 و 556 لسنة 2017م جزائي تقنية معلومات، جلسة 2017/10/2م على أن: "التقاط صورة للغير عبر تقنية المعلومات . جريمة عمدية . مناط تحققها . تعمد انتهاك خصوصية الغير".
² تنص المادة (21) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي 2012م على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر والغرامة التي لا تقل عن مائة وخمسين ألف درهم ولا تتجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من استخدم شبكة معلوماتية، أو نظام معلومات الكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، في الاعتداء على خصوصية شخص في غير الأحوال المصرح بها قانوناً بإحدى الطرق التالية:

1. استراق السمع، أو اعتراض، أو تسجيل أو نقل أو بث أو إفشاء محادثات أو اتصالات أو مواد صوتية أو مرئية.

2. التقاط صور الغير أو إعداد صور الكترونية أو نقلها أو كشفها أو نسخها أو الاحتفاظ بها.

المقررة للجريمة في فرعين الأول للعقوبة الأصلية والثاني للعقوبة التكميلية التي نصت عليها المادة (41) من ذات القانون¹ فيما يلي:

الفرع الأول: العقوبات الأصلية:

1- عقوبة الحبس: العقوبة الأصلية السالبة للحرية عن جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة عبر الوسائل الإلكترونية هي الحبس مدة لا تزيد عن (6) أشهر عندما يتم مقارفة الجريمة عبر الوسائل الإلكترونية بالأفعال المجرمة الآتية:

- استراق السمع، أو اعتراض، أو تسجيل أو نقل أو بث أو إفشاء محادثات أو اتصالات أو مواد صوتية أو مرئية.

- التقاط صور الغير أو إعداد صور إلكترونية أو نقلها أو كشفها أو نسخها أو الاحتفاظ بها.

- نشر أخبار أو صور إلكترونية أو صور فوتوغرافية أو مشاهد أو تعليقات أو بيانات أو معلومات ولو كانت صحيحة وحقيقية.

والحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة عندما يتم مقارفة الجريمة عبر الوسائل الإلكترونية بالأفعال المجرمة الآتية:

- إجراء أي تعديل أو معالجة على تسجيل أو صورة أو مشهد، بقصد التشهير أو الإساءة إلى شخص آخر، أو الاعتداء على خصوصيته أو انتهاكها.

وتعتبر عقوبة الحبس جوازية إذ يجوز للقاضي الحكم بها كما يجوز له الاكتفاء بعقوبة الغرامة فقط وترك المشرع السلطة التقديرية للقاضي كما أن قد حدد المشرع الحد الأدنى لعقوبة الحبس تاركاً تقدير حدها الأعلى لسلطة القاضي التقديرية.

2- عقوبة الغرامة: حيث أن هنالك عقوبة أصلية أخرى هي الغرامة ترك المشرع السلطة التقديرية بشأنها في يد القاضي بحيث أجاز له الحكم بها على الجاني بجانب الحبس بما لا تقل عن (150,000) مائة وخمسين ألف درهم ولا تزيد عن (500,000) خمسمائة ألف درهم في حالة يتم مقارفة الجريمة عبر الوسائل الإلكترونية بالأفعال المجرمة الآتية:

3. نشر أخبار أو صور إلكترونية أو صور فوتوغرافية أو مشاهد أو تعليقات أو بيانات أو معلومات ولو كانت صحيحة وحقيقية. كما يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسون ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من استخدم نظام معلومات إلكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، لإجراء أي تعديل أو معالجة على تسجيل أو صورة أو مشهد، بقصد التشهير أو الإساءة إلى شخص آخر، أو الاعتداء على خصوصيته أو انتهاكها.

¹ تنص المادة (41) من قانون قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي 2012م على أنه: "مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسني النية يحكم في جميع الأحوال بمصادرة أجهزة أو البرامج أو الوسائل المستخدمة في ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون أو الأموال المتحصلة منها أو بمحو المعلومات أو البيانات أو إعدامها...".

- استراق السمع، أو اعتراض، أو تسجيل أو نقل أو بث أو إفشاء محادثات أو اتصالات أو مواد صوتية أو مرئية.
- التقاط صور الغير أو إعداد صور الكترونية أو نقلها أو كشفها أو نسخها أو الاحتفاظ بها.
- نشر أخبار أو صور الكترونية أو صور فوتوغرافية أو مشاهد أو تعليقات أو بيانات أو معلومات ولو كانت صحيحة وحقيقية.
- والغرامة التي لا تقل عن (250,000) مائتين وخمسون ألف درهم ولا تزيد عن (500,000) خمسمائة ألف درهم عندما يتم مقارفة الجريمة عبر الوسائل الإلكترونية بالأفعال المجرمة الأتية:
- إجراء أي تعديل أو معالجة على تسجيل أو صورة أو مشهد، بقصد التشهير أو الإساءة إلى شخص آخر، أو الاعتداء على خصوصيته أو انتهاكها.
- كما أجاز للقاضي الاكتفاء فقط بالغرامة أو الاكتفاء فقط بالحبس أو الحكم بهما معاً.

الفرع الثاني: العقوبات التكميلية:

المصادرة ومحو المعلومات أو البيانات المتحصلة عن الجريمة: وهي مصادرة الأجهزة المستخدمة في الجريمة ومحو المعلومات أو البيانات المتحصلة عن الجريمة وهي تعتبر عقوبة تكميلية وجوبية بحسب المشرع الإماراتي .

وقد نص المشرع صراحة على العقاب على الشروع في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي 2012م¹، ومن المتصور الشروع في مثل هذه الجرائم فعلى سبيل المثال وضع جهاز التصوير أو التنصت في وضع الاستعداد لالتقاط صورة شخصية أو سماع حديث خاص في مكان خاص إلا أن الجاني لم يفلح في ذلك لأسباب لا تعود له مثل القبض عليه وضبطه قبل الحصول على الصورة أو التسجيل الأمر الذي معه يُعد فعله شروعا.

الخاتمة:

بعد الانتهاء من دراسة موضوع البحث في متن هذه الدراسة فقد خصصنا الخاتمة لبيان أهم النتائج التي توصلنا إليها فضلاً عن بعض التوصيات التي يري الباحث أنها ضرورية وكما يأتي:

¹ تنص المادة (40) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي 2012م على أنه: "يعاقب على الشروع في الجنح المنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون بنصف العقوبة المقررة للجريمة التامة".

أولاً: النتائج: وقد توصلت الدراسة إلى النتائج الآتية:

1- التعدي على الحق في الخصوصية سواء كان في إطاره التقليدي أو الحديث الذي تتدخل فيه وسائل الاتصال الحديثة يُعد هو انتهاك لحقوق الفرد وحرية في اختياره حياة آمنة بعيداً عن العلانية والنشر وهو حق كفلته له الشريعة الإسلامية قبل أن يكفله له الدستور والقانون والاتفاقيات الدولية.

2- لم يتوصل فقهاء القانون إلى تعريف جامع مانع للحق في الحياة الخاصة لصعوبة حصر الجوانب المختلفة لهذا الحق وتمييزه بحدود واضحة بين ما يعد من الحياة الخاصة للإنسان وما يعد من الحياة العامة وذلك لمدى التوسع الذي تتمتع به حرمة الحياة الخاصة.

3- أخذ المشرع الإماراتي في سبيل تجريمه لانتهاك حرمة الحياة الخاصة وفق قانون العقوبات بمعيار مزدوج وهو معيار خصوصية المكان وفي ذات الوقت معيار خصوصية الحديث والدليل على ذلك جريمة لفعل استراق السمع أو فعل التقاط صورة لشخص في مكان خاص وجرم في ذات القانون فعل استراق السمع بواسطة جهاز تنصت على المكالمات الهاتفية بغض الطرف عن المكان الذي دارت فيه وذلك لحماية خصوصية المحادثات عبر الهاتف التي تنصت بطبعتها بالسرية إلا أن المشرع الإماراتي أخذ بمعيار خصوصية الحديث فقط في تجريم انتهاك حرمة الحياة الخاصة وفق قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات 2012م ولكن نجد أن بعض ما جرى به التطبيق القضائي في دولة الإمارات العربية المتحدة يركز على المعيار المزدوج في الاعتداد بالاعتداء على حق حرمة الحياة الخاصة سواء كان ذلك في الجرائم التي تمت إحالتها إليه وفق قانون العقوبات أو قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات.

4- اشترط المشرع الإماراتي لتجريم استراق السمع في قانون العقوبات أن يتم بواسطة أي جهاز من أجهزة التنصت بما مؤداه عدم تجريم استراق السمع عن طريق الأذن في هذه المادة إلا أنه قد قصر تجريم استراق السمع بواسطة الإذن على المكالمات الهاتفية فقط في المادة (280) من ذات القانون ولم تجرم المادة استراق السمع بواسطة الأذن في الأماكن الخاصة لم يحدد المشرع الإماراتي جهاز بعينه سواء كان ذلك في الأجهزة التي يتم عبرها التنصت أو الأجهزة التي تجري من خلالها المحادثات بغية أن يشمل تجريم الفعل للمستحدث من أجهزة التنصت وتشمل الحماية الجزائية للمحادثات التي ستم عبر الأجهزة المستحدثة، أما في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات 2012م قد اشترط المشرع الإماراتي أن يتم فعل استراق السمع بواسطة أي شبكة معلوماتية، أو نظام معلومات إلكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات؛ والجدير بالإشارة إليه أن المشرع الإماراتي في قد قرر في قانون العقوبات أن فعل استراق السمع إذا حدث على مسمع أو مرأى من الحاضرين في أثناء اجتماع عدد من الأشخاص لا تقوم به الجريمة لجهة أن رضاه المجني عليهم يكون مفترضاً في هذه الحالة

وسكت عن ذلك في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات 2012م تاركاً الباب مفتوحاً للاجتهاد القضائي في هذا الصدد إلا أنه من المتعارف عليه إن استراق السمع لمحادثات تتم عبر صفحات الدردشة على الإنترنت ويسمح للمشاركة فيها لمن يريد يعد ذلك قرينة على الرضا.

5- جرم المشرع الإماراتي في قانون العقوبات مجرد التقاط الصورة - في مكان خاص بغير رضا المجني عليه- بواسطة جهاز أي كان نوعه ودون تحديد نوع الجهاز من قبل المشرع الإماراتي بما مؤداه أن القانون لم يجرم فعل التقاط الصورة في مكان عام، أما في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات 2012م قد اشترط المشرع الإماراتي أن يتم التقاط الصورة بواسطة أي شبكة معلوماتية، أو نظام معلومات الكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات وأضاف تجريم إعداد صور الكترونية التي تتم في العادة بواسطة تطبيقات وبرامج معدة لذلك كبرامج الفوتوشوب (Photoshop).

6- اشترط المشرع الإماراتي في قانون العقوبات لتجريم نشر ما يتعلق بأسرار الحياة الخاصة أو العائلية أن يتم بإحدى طرق العلانية المحددة بالمادة (9) من ذات القانون، وتقوم هذه الجريمة حتى وإن كانت الأخبار والتعليقات التي تم نشرها صحيحة لكونها تتصل بأسرار الحياة الخاصة أو العائلية ومن ان النشر قد تم دون رضا المجني عليه، أما في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات 2012م قد حدد المشرع الإماراتي أن يتم فعل النشر بواسطة أي شبكة معلوماتية، أو نظام معلومات الكتروني أو إحدى وسائل تقنية المعلومات وقد توسع المشرع الإماراتي كثيراً حينما جرم حتى مجرد نشر تعليقات تمس الخصوصية وبجانب تجريم فعل النشر وأضاف القانون الأخير تجريم فعل البث للمحادثات و الاتصالات والمواد الصوتية والمرئية، وفي العادة يتحقق فعل البث بالنشر على الصفحات العامة لمواقع التواصل الاجتماعي بحسب إعدادات الخصوصية وكذلك بالنشر على بروفایل (Profile) الصفحة في مواقع التواصل الاجتماعي كفيسبوك أو تويتر وذلك لكون أن بعض المعلومات تبقى ظاهرة دوماً للجمهور بصرف النظر عن إعدادات الخصوصية بمعنى حتى وأن كانت الصفحة ذات طابع خاص إلا إن بروفایل الصفحة يكون متاح للعامة ولا يستطيع المستخدم التحكم في الإظهار له أو الإخفاء ومناطق تحقق فعل النشر من عدمه هو التمييز بين الطابع الخاص لصفحات مواقع التواصل الاجتماعي الذي تشمله الحماية الجزائية و الطابع العام لهذه الصفحات، والعبرة في ذلك بالرجوع لإعدادات الخصوصية التي يختارها المستخدم لصفحته في مواقع التواصل الاجتماعي، وعليه فإن الطابع الخاص لصفحته ينتفي وتتوافر العلانية ويتحقق فعل النشر متى كانت إعدادات الخصوصية للصفحة تتيح لأي شخص دخولها و الاطلاع على محتواها؛ علاوة على ذلك فقد جرى التطبيق القضائي في دولة الإمارات العربية المتحدة على أن الجرائم التي يتم ارتكابها من خلال تطبيق الواتساب لا ينطبق عليها قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات 2012م وينطبق عليها قانون العقوبات إذا كان بين شخصين أو أكثر.

7- أن جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة سواء كانت في قانون العقوبات الإماراتي أو قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات 2012م الإماراتي هي جريمة عمدية يتخذ الركن المعنوي فيها إرادة السلوك الإجرامي والعلم بكافة العناصر التي تكون الجريمة وفق النموذج القانوني للجريمة الذي وضعه المشرع الإماراتي مسبقاً في التشريع الجزائي ، فضلاً عن ذلك يجب ان تتجه ارادة الجاني الى الفعل الجرمي والى النتيجة الجرمية المترتبة على السلوك الذي يقوم به، أما جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة -بفعل إجراء أي تعديل أو معالجة على تسجيل أو صورة أو مشهد بواسطة وسائل تقنية المعلومات أو شبكة معلوماتية- المنصوص عليها في قانون مكافحة تقنية المعلومات 2012م تطلب فيها المشرع الإماراتي بجانب توافر القصد الجنائي العام اشترط توافر القصد الجنائي الخاص وهو قصد التشهير أو الإساءة.

8- نخلص إلى ان المشرع الإماراتي قد اعتنى بصورة مثلى في الاهتمام بحماية الحق في الخصوصية وعمل على تجريم كل الأفعال والتي من شأنها أن تمس أو تعدي أو تهتك ستر هذا الحق وتوسع في ذلك بصورة جعلت النموذج القانوني لجريمة انتهاك الخصوصية ينال البناء القانوني السليم سواء كان في الإطار التقليدي أو الإطار الحديث الذي بموجبه أضحى قادراً على مواجهة السبل المستجدة في انتهاك الخصوصية للفرد وأضحى مثلاً يحتذى به في هذا الصدد.

ثانياً: التوصيات:

1- يوصي الباحث بضرورة تجريم استراق السمع في قانون العقوبات بواسطة الأذن في الأماكن الخاصة لكونه يعد انتهاك لحرمة الحياة الخاصة إذ أن ما يمكن سماعه قد يهدد حياة الفرد ما إذا كان قد سمع شخص يبوح لآخر بكلمة السر لبطاقته الائتمانية أو بكلمة المرور لحساباته الشخصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي او بريده الإلكتروني أو نحو ذلك.

2- يوصي الباحث بضرورة تجريم التقاط الصورة في قانون العقوبات بغير رضا المجني عليه في مكان عام إذ أن الصورة الشخصية تعد من السمات الشخصية التي يجب أن تشملها الحماية من الاعتداء بوصفها عنصراً أساسياً من عناصر الحياة الخاصة سواء كان أن تم الاعتداء بالتقاط صورة للفرد في مكان خاص أو مكان عام وفي العادة ما التقاط الصورة إلا بداية لارتكاب جرائم أخري كالسب والقذف عبر مواقع التواصل الاجتماعي أو تعديلها ببرامج متخصصة بقصد التشهير والإساءة أو التهديد بالنشر او الابتزاز وغيرها ويمكن استثناء تجريم فعل التقاط الصورة في مكان عام للشخصيات العامة إذا تمت الصورة بإذنه أو على نحو لا يمس خصوصيته.

3- يوصي الباحث بضرورة النص في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات على غرار قانون العقوبات من اعتبار أن رضاه المجني عليهم مفترضاً في المحادثات التي تتم عبر صفحات الدردشة على

الإنترنت أو الصفحات الخاصة أو العامة التي يسمح للمشاركة فيها لمن يريد إذ يعد ذلك قرينة على الرضاء ولا يعتد فيها باستراق السمع لهذه المحادثات.

4- يوصي الباحث بضرورة النص في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات على ان الجرائم التي ترتكب عبر تطبيق الواتس آب من خلال مجموعة (قروب - جروب- بالواتس آب) تدخل في حيز تطبيق قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات وذلك لتلافي أي غموض قد يكتنف الموقف في التطبيق القضائي وعدم ترك ذلك لاجتهادات القضاة لكون أن هذه المجموعة قد يصل عدد أعضائها للحد الذي يبلغ 270 شخص أو يزيد وبالتالي يتحقق النشر الذي قصد به المشرع الإماراتي حماية الخصوصية كما انه من الممكن استثناء إن كانت هذه المجموعة على الواتس آب تضم أسرة واحده فحينها لا يعتد بالعلانية فيها بما مؤداه تطبيق قانون العقوبات وفق النموذج الذي وضعه الشارع.

5- يوصي الباحث بضرورة تحديد نطاق تجريم التقاط الصورة من حيث المكان في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات سواء كان يشمل التجريم التقاط الصورة في مكان خاص فقط بواسطة وسيلة تقنية معلومات أو شبكة معلوماتية أو يشمل التجريم حتى وإن تم التقاط الصورة في مكان عام إسوة بقانون العقوبات الذي قصر التجريم على حدوث فعل الالتقاط في مكان خاص فقط وهو ماسكت عنه المشرع في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات على الرغم من السكوت يعني تجريم للفعل بغض الطرف عن المكان الذي تم فيه إلا ان ذلك الأمر الذي قد يؤدي إلى الاختلاف في التطبيق القضائي.

6- دعوة للمشرع الإماراتي للنص في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات -إستثناءً وحصرياً للجرائم الإلكترونية وإلزاماً - بان يرفق طي أمر القبض للمتهم أمر صادر من النيابة يسمح بموجبه لعضو الادعاء العام برفقه عضو الضبط القضائي ب الاطلاع على هاتف المتهم او حاسبه الشخصي وبالأخص إعدادات الخصوصية لصفحة المتهم محل البلاغ واجراء اللازم بصدها من تصوير وضبط محتواها ونحوه للوقوف على مدى توافر العلانية من عدمها ولتفادي صعوبة الإثبات في هذا المنحى بل وصعوبة تطبيق القانون.

7- دعوة إقامة ورش عمل وندوات ومحاضرات لبث الوعي الأمني السيبراني والوقوف على آخر المستجدات في مجال تكنولوجيا المعلومات والمستجدات الإلكترونية

8- الدعوة إلى ضرورة تشديد الرقابة في مجالات أجهزة التصنت واستعمال كاميرات المراقبة ومنع استخدام ها في الأماكن الخاصة وفي غير حالات الاستعمال الضروري ووضع ضوابط معينة لها وتراخيص وأذونات لجهة أنها تعتبر أدوات من السهل ان تشكل خطورة على خصوصية الأفراد أن لم يتم استخدام ها وفق الإطار القانوني.

المراجع:

- 1- ابن منظور، تهذيب لسان العرب، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1993.
- 2- أحمد فتحي سرور، الحماية الجنائية للحق في الحياة الخاصة، القاهرة، دار النهضة، 1976.
- 3- أوس مجيد غالب العوادي، الأمن المعلوماتي السيبراني، مركز البيان للدراسات والتخطيط، 2016.
- 4- حسام الدين الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر.
- 5- حسني الجندي، التشريعات الجنائية الخاصة في دولة الإمارات العربية المتحدة، الكتاب الثالث، قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات في دولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 2009م
- 6- عبد الفتاح بيومي حجازي، الحماية الجنائية المعلوماتية للحكومة الإلكترونية، مصر، دار الكتب القانونية، 2007.
- 7- عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء الأول، دار التراث العربي، 1977.
- 8- محمود محمد محمود جابر، الجرائم الناشئة عن استخدام الهواتف النقالة، جرائم نظم الاتصال والمعلومات، دراسة مقارنة في التشريع المصري والفرنسي والأمريكي و الاتفاقيات الدولية والإقليمية، دار الكتب والوثائق القومية، الكتاب الأول، 2107.
- 9- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، 1978.
- 10- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الرابعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1977.
- 11- مدحت رمضان، جرائم الاعتداء على الأشخاص والإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 12- ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بدون طبعة، 1983.
- 13- وسيم شفيق الحجار، النظام القانوني لوسائل التواصل الاجتماعي (واتس أب، فيس بوك، تويتر) دراسة قانونية مقارنة حول الخصوصية والحرية الشخصية والمسؤولية والاختصاص، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، جامعة الدول العربية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2017.

الرسائل:

- 1- ابراهيم الدسوقي ابو الليل: النشر الالكتروني وحقوق الملكية الفكرية، بحث مقدم لمؤتمر المعاملات الالكترونية (التجارة الالكترونية - الحكومة الالكترونية)، كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، 2009.

- 2- أسماء على سالم راشد الشامسي، جرائم الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة للأشخاص في ظل المرسوم بقانون رقم 5 لسنة 2012م بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات (دراسة مقارنة)، أطروحة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 2018.
- 3- بن حيدة محمد، حماية الحق في الحياة الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة أبو بكر بلقايد، 2017.
- 4- بن سعيد صبرينة، حماية الحق في حرمة الحياة الخاصة في عهد التكنولوجيا "الإعلام والاتصال"، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لحاج خضر باتنة، 2015.

دوريات:

- 1- سوزان عدنان الأستاذ، انتهاك حرمة الحياة الخاصة عبر الإنترنت "دراسة مقارنة"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثالث، 2013.
- 2- محمد أمين الخرشة و إبراهيم سليمان القطاونة، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في قانون العقوبات الإماراتي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، الإمارات العربية المتحدة، المجلد (13)، العدد (1)، 2016.
- 3- محمد أمين فلاح الخرشة، جرائم الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة في قانون العقوبات الأردني، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، البحرين، المجلد (8)، العدد (2).

مواقع الإنترنت:

<https://www.un.org/ar/universal-declaration-human-rights/index.html>

القوانين:

- 1- الدستور الإماراتي .
- 2- قانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012م بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات.
- 3- قانون المعاملات المدنية الإماراتي .
- 4- قانون العقوبات الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة.
- 5- قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي .
- 6- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948.

الوكالة غير القابلة للعزل والأمن القانوني العقاري في فلسطين

Irrevocable Power of Attorney and the Legal Real Estate Security in Palestine

رئيس النيابة العامة/ ط.د. مصطفى أحمد فرحان، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب

Farhan Mustafa, PhD Law Student, Mohammed V University, Rabat, Morocco

Abstract:

The power of attorney is recognized as a non-binding contract by origin. However, the power of attorney that is related to the rights of others breaks the original norm and becomes binding, whereby the principal shall not dismiss the agent. The agent shall not dismiss himself in principal as the rights of others are attached to this special power of attorney. The Jordanian legislator used the contract-binding feature of the irrevocable power of attorney to grant the power to complete sale and transfer of immovable property as an exception to prevent real estate dealings outside the competent land registration departments authorized by the effective laws in the West Bank in Palestine which adopted the principle of problematic registration as a pillar to conclude the sale and real estate dealings of the territories covered by settlement. In this study, a definition of the irrevocable power of attorney and its legal nature will be provided. The study will then discuss the legal implications of this power of attorney as well as its effects on others who were entitled to real estate rights in rem registered in a date later than the date of organizing the irrevocable power of attorney. The study will clarify the position of the legislations effective in the West Bank in Palestine and the position of the judiciary from the implications of irrevocable power of attorney with regard to the rights of others, as well as its impacts on the real estate security and the requirements of stability of real estate transactions.

Key words: Irrevocable power of attorney, real estate registration, real estate security, real estate sale.

الملخص:

تتميز الوكالة بأنها عقد غير لازم من حيث الأصل، باستثناء الوكالة المتعلقة بحق الغير فإنها تكون لازمة وبالتالي لا يجوز للموكل عزل الوكيل، كما لا يجوز للوكيل من حيث المبدأ عزل نفسه لتعلق حق للغير بهذا النوع الخاص من الوكالات. وقد استخدم المشرع الأردني ميزة لزوم العقد التي يتمتع بها عقد الوكالة غير القابلة للعزل للتوكيل بإتمام إجراءات البيع والفراغ في الأموال غير المنقولة كاستثناء على منع التصرفات العقارية خارج دوائر تسجيل الأراضي المختصة التي قررتها القوانين النافذة في الضفة الغربية في فلسطين والتي تبنت مبدأ شكلية التسجيل كركن انعقاد للبيع والتصرفات العقارية في الأراضي المشمولة بالتسوية، وستناول هذه الدراسة التعريف بماهية الوكالة غير القابلة للعزل وطبيعتها القانونية، ومن ثم البحث في الآثار القانونية لهذه الوكالة وأثرها على الغير ممن ترتبت له حقوق عينية عقارية مسجلة في تاريخ لاحق على تاريخ تنظيم الوكالة غير القابلة للعزل، مع بيان موقف التشريعات النافذة في الضفة الغربية بفلسطين وموقف القضاء من آثار تعلق حقوق الغير بموجب الوكالة غير القابلة للعزل وأثر ذلك على الأمن العقاري ومقتضيات استقرار المعاملات العقارية.

الكلمات المفتاحية: الوكالة غير القابلة للعزل، التسجيل العقاري، الأمن العقاري، البيع العقاري.

مقدمة:

اهتم الإنسان بالملكية منذ القدم، وعرف العديد من وسائل انتقالها التي تطورت تبعاً للتطور الذي شهدته البشرية عبر العصور، وكان لذلك التطور أثره الكبير في الكثير من العقود التي نعرفها اليوم، ومن بينها عقود البيع العقاري، التي انتقلت من الرضائية إلى الشكلية، وفقاً لمدى أهميتها وما يسعى المشرع لتحقيقه من خلالها، وقد اختلفت التشريعات والنظم القانونية المتعددة في طبيعة الشكلية القانونية التي تشترطها لانعقاد البيوع العقارية، فمنها من اشترط وجوب أن يتم تحرير العقد بموجب عقد رسمي أو موثق، فيما ذهب اتجاه آخر إلى اشتراط تمام البيع لدى الموقع الرسمي المختص وهو دائرة تسجيل الأراضي كما سارت القوانين النافذة في الضفة الغربية، إلا ما مر الذي كان له أثر كبير في إثقال كاهل البائعين والمشتريين، لما تتطلبه تلك الإجراءات من جهد وتكاليف باهظة ومدة زمنية طويلة، وهو الأمر الذي دفع بالمشرع الأردني إلى التخفيف من حدة الشكلية المشترطة في البيع العقاري من خلال إجازة البيوع العقارية بموجب الوكالات غير القابلة للعزل، بموجب أحكام المادة 11 من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958، إلا أن التطبيق العملي لتلك الوكالات الدورية المتضمنة ببيوع عقارية ونتيجة لعدم شهرها، أو اشتراط آليات قانونية فاعلة تضمن منع الموكل الذي سبق له بيع العقار بموجب تلك الوكالات من إعادة بيع ذات العقار لمشتري آخر حسن النية، بسبب بقاء اسمه مسجلاً كمالك على صحيفة تسجيل العقار، قد تسبب في العديد

من الإشكالات القانونية والواقعية وأثار إشكالية مدى نفاذ هذه الوكالات بمواجهة الغير ذي النية الحسنة الذي قام بشراء ذات العقار دون أن يعلم بترتب حقوق سابقة بموجب الوكالة غير القابلة للعزل. الأمر الذي يتطلب البحث عن الحلول التي تحفظ حقوق المشتري المستفيد بموجب الوكالة الدورية غير القابلة للعزل ولا تهدر حقوق الغير حسن النية وبما لا يتعارض مع مقتضيات الاستقرار والائتمان العقاري الذي يستوجب ثبات السجل العقاري وعدم الاعتراف بأي ملكيات عقارية مستترة وغير ظاهرة.

أهمية البحث:

تتمثل أهمية البحث في انتشار التعامل بهذا النوع من الوكالات بين المتعاملين في المجال العقاري، كآلية ميسرة أقرها القانون كبديل عن عقد البيع الابتدائي الذي تعرفه بعض الأنظمة العقارية والتي منعت التشريعات النافذة في فلسطين من إجراءه خارج دوائر التسجيل.

وما نتج عن استخدام تلك الوكالات في البيع العقاري من إشكالات عملية وقانونية، نتيجة بقاء ملكية العقار باسم الموكل في السجل العقاري، وضرورة إيجاد حلول مناسبة لذلك بما يتوافق مع حقوق المشتريين بموجب الوكالات الدورية غير القابلة للعزل وبما لا يتعارض مع مقتضيات استقرار المعاملات العقارية وأهداف السجل العقاري.

إشكالية البحث:

هل قيام المالك المسجل ببيع العقار بموجب تلك الوكالات يؤدي إلى غل يده من التصرف بالعقار؟ وما أثر التصرفات التي يبرمها المالك المسجل على العقار موضوع تلك الوكالات بالنسبة للحقوق المترتبة للمستفيد من الوكالة غير القابلة للعزل، وهل تقع نافذة بحقه؟ وما أثر ذلك على استقرار المعاملات العقارية والثقة في مشتملات السجل العقاري؟

منهجية البحث:

سيتم تناول هذا البحث من خلال استخدام المنهج الوصفي التحليلي، في محاولة للإجابة عن إشكالات الدراسة المطروحة، والذي سيتم تناوله في مقدمة ومبحثين وخاتمة وفقا لما يلي:

المبحث الأول: ماهية الوكالة غير القابلة للعزل وطبيعتها القانونية

المطلب الأول: ماهية الوكالة الدورية غير القابلة للعزل وآلية توثيقها

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للوكالة غير القابلة للعزل

المبحث الثاني: الأثار القانونية للوكالة غير القابلة للعزل ومدى نفاذها بمواجهة الغير

المطلب الأول: الأثار القانونية للوكالة غير القابلة للعزل المتضمنة بيوعا عقارية.

المطلب الثاني : مدى نفاذ البيوع العقارية بموجب الوكالة غير القابلة للعزل بمواجهة الغير

المبحث الأول

ماهية الوكالة غير القابلة للعزل وطبيعتها القانونية

سيتم تناول هذا المبحث الموسوم بماهية الوكالة الدورية غير القابلة للعزل وطبيعتها القانونية من خلال البحث في تعريف وماهية الوكالة غير القابلة للعزل وآلية توثيقها في المطلب الأول فيما نبحت الطبيعة القانونية للوكالة غير القابلة للعزل في المطلب الثاني.

المطلب الأول

تعريف وماهية الوكالة الدورية غير القابلة للعزل

سيتم تناول هذا المطلب للبحث في تعريف الوكالة عموماً والوكالة غير القابلة للعزل وآلية توثيقها في النظام القانوني الفلسطيني (الفرع الأول) وبيان ماهيتها القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول. تعريف الوكالة عموماً والوكالة الدورية غير القابلة للعزل

سيتم تناول هذا الفرع للبحث في تعريف الوكالة وبيان أقسامها بوجه عام (أولاً) والوكالة غير القابلة للعزل (ثانياً).

أولاً. تعريف الوكالة بوجه عام

الوكالة لغة، تفويض شخص للقيام بأمر، حيث جاء في لسان العرب وكييل الرجل الذي يقوم بأمره، لأنه موكله فهو موكل إليه، أي قد وكل إليه القيام بأمره⁽¹⁾، ووكل إليه الأمر، سلمه وفوضه إليه واعتمد عليه فيه، ووكل فعل، ووكل يكل فهو واكل ووكيل، والمفعول موكل⁽²⁾. أما اصطلاحاً، فالوكالة كما عرفتها أحكام المادة 833 من القانون المدني الأردني بأنها: "الوكالة عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم"⁽³⁾، ويلاحظ أن المشرع الأردني بتعريفه للوكالة قد أشار إلى التصرف بصورة مطلقة، على

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج 15، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، 2004، ص. 273، نقلاً عن حمدان، إسحاق أحمد علي، الوكالة غير القابلة للعزل في التشريع الأردني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، 2000، ص. 47.

(2) المعاني، معجم المعاني الجامع، الموقع الإلكتروني: www.almaany.com/ar، تاريخ زيارة الموقع 2020/11/15.

(3) المادة 833، من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، المنشور في العدد 2645 من الجريدة الرسمية، ص. 2، بتاريخ 1976/08/01، قسطاس.

الرغم أن عقد الوكالة يتميز عن غيره من العقود بأن محل الوكالة ينصب على التصرفات القانونية دون التصرفات المادية، والوكالة بموضوعها قد تكون عامة أو خاصة⁽¹⁾.

كما ورد تعريف الوكالة بالفقه الإسلامي بمعنى أنابة الغير في إجراء التصرف، وأن كان فقهاء المذاهب المختلفة قد أجمعوا على التعريف السابق فإن هم قد اختلفوا في تحديد أبعاد هذه النيابة⁽²⁾، وعرفت مجلة الأحكام العدلية الوكالة بأنها تفويض أحد أمره إلى آخر وإقامته مقامه ويقال لذلك الشخص موكل ولئن أقامه مقامه وكيل ولذلك إلا مر موكل به⁽³⁾.

وتنقسم الوكالة في الفقه الإسلامي إلى عدة أقسام مختلفة، فمن حيث الصيغة، هناك الوكالة المنجزة، وهي التي يكون فيها التصرف حالاً، غير مؤجل ولا معلق على شيء، كقوله: وكلتك في بيع أرضي الآن، ويترتب عليها حكمها من وقت التوكيل. أما المعلقة فهي التي يكون فيها الإذن بالتصرف معلقاً على شرط، أما الوكالة المضافة فهي تلك التي تكون فيها الصيغة مضافة إلى زمن مستقبل، ولا يكون للوكيل فيها حق التصرف إلا بحلول الأجل المضاف إليه العقد.

أما الوكالة الدورية فهي التي تكون مشتملة على نفي وقوع العزل بأداة من أدوات الشرط "كهما" و"كلما" بما يفيد تكرار الجوب بتكرار الفعل السابق لها، كقول الموكل كلما عزلتك وكلتك. كما تنقسم الوكالة من حيث حدود التصرف إلى وكالة عامة، وخاصة ومطلقة ومقيدة⁽⁴⁾.

ثانياً. تعريف الوكالة الدورية غير القابلة للعزل والجهة المختصة بتوثيقها

عرف البعض⁽⁵⁾، الوكالة الدورية غير القابلة للعزل بأنها الوكالة التي خرج بها المشرع عن الأصل العام بجواز عزل الوكيل في أي وقت مراعاة منه لصاحب المصلحة سواء أكان الوكيل أم الغير مسبغاً عليها صفة الإلزام في مواجهة الموكل ومرتباً المسؤولية على الإخلال بها، ولا تنتهي بوفاء الموكل⁽⁶⁾. ووصف الدورية المضاف للوكالة

(1) حمدان، إسحاق أحمد علي، الوكالة غير القابلة للعزل في التشريع الأردني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، 2000، ص. 47.

(2) العاني، محمد رضا عبد الجبار، الوكالة في الشريعة والقانون، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2007، ص36، نقلاً عن هبة بوزراع، النظام القانوني لعقد الوكالة، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016، ص. 9.

(3) المادة 1449 من مجلة الأحكام العدلية.

(4) الكيلاني، جمال زيد، و داود، محمد داود حسين، "الوكالة الدورية الغير قابلة للعزل وإشكاليات تنفيذها، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني"، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، السنة الثامنة، العدد العاشر، 2017، ص. 274، 275.

(5) حمدان، إسحاق أحمد علي، مرجع سابق، ص. 89.

(6) العدوان، عماد عبدالله محمد، آثار الوكالة غير القابلة للعزل في التصرفات الجارية على إلاموال غير المنقولة، دراسة في التشريع الأردني والمقارن، أطروحة دكتوراه، جامعة عمان العربية، كلية الدراسات القانونية العليا، عمان، 2013، ص. 14.

يفيد الطواف حول الشيء والعود إلى الموضوع الذي ابتداءً منه، فهي تدور مع العزل، بما يفيد أنه كلما عزل الموكل الوكيل عاد ووكله⁽¹⁾.

كما عرفها آخرون بأنها الوكالة التي ليس للأصيل الرجوع فيها أو إنهاءها أو تقييدها بإرادته المنفردة⁽²⁾. وعلى الرغم من إسباغ المشرع لأحكام خاصة للوكالة غير القابلة للعزل إلا أن تلك الخصوصية لم تسلب عنها صفة الوكالة التي تتمتع بذات الأركان و الأحكام التي تطبق على الوكالة بشكل عام⁽³⁾.

وترجع الوكالة غير القابلة للعزل إلى الفقه الإسلامي وكان يطلق عليها اصطلاحاً بالوكالة الدورية المعلقة على العزل، كقول الموكل لوكيله: كلما عزلتك فقدت وكتك، فهي وكالة معلقة على شرط يفيد بانعقادها مجدداً كلما قام الموكل بعزل الوكيل، إذ أنها تشتمل على أداة من أدوات الشرط الجائر تعليق الوكالة عليها.

وتكمن فوائد الوكالة الدورية غير القابلة للعزل، في توفير الجهد والوقت للموكل والوكيل بحكم طبيعتها المستمرة وغير المحددة بزمن، وتستخدم بشكل أساسي في بيع العقارات والأراضي ولحفظ حقوق المشتري بموجبها، مع بيان عدم اقتصارها على البيع العقاري وإمكانية استخدامها في بيع المركبات أو الأموال غير المنقولة أو ما يجوز في التوكيل عموماً، ولكن تكتسي الوكالة الدورية غير القابلة للعزل أهميتها في استخدامها في تسهيلات للشكليات التي يفرضها القانون بالنسبة لبعض الحقوق التي تستلزم وقتاً وجهداً كبيراً، بما تخوله تلك الوكالة للموكل من قبض الثمن في الحال وتمنح الوكيل الطمأنينة بحفظ حقوقه بعدم جواز عزله، إذ لا يجوز إلغاؤها إلا بحضور البائع والمشتري⁽⁴⁾.

وقد حددت الفقرة (أ) من المادة 11 من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة الموظفون المخولين بالمصادقة على الوكالات الدورية غير القابلة للعزل وهم كتاب العدل الموجودين في فلسطين أو القناصل المعتمدين، أو كتاب العدل في الخارج الذين لهم صلاحية مماثلة لكتاب العدل في فلسطين، وتتولى دوائر كتاب العدل في فلسطين باعتبارها الجهة الرئيسية، التي يعهد إليه بتوثيق الوكالات الدورية الغير قابلة للعزل بالإضافة إلى توثيق العقود والاتفاقات بين الأفراد ومنحها صفة الرسمية، سواء أكان موضوع هذه العقود منقولا أو عقارا أو حقوقاً شخصية، حيث يتم توثيق العقود لدى كتاب العدل في دوائر المحاكم، وتحفظ نسخة من هذه الوكالات في سجل كاتب العدل بعد منحها رقماً متسلسلاً، إلا أن هذا التوثيق لا يمكن الاعتماد عليه في البحث والتحري عن وضع العقار بشكل دقيق أو عن الحالة المالية لمالك العقارات والتصرفات التي قام بإجرائها إذ أن سجلات دوائر كتاب العدل لا تعدو عن كونها سجلات لا تحمل أي ترتيب أو تصنيف

(1) الكيلاني، جمال زيد، و داود، محمد داوود حسين، مرجع سابق، ص. 277.

(2) المساعدة، نائل علي حماد، الوكالة غير القابلة للعزل في القانون الأردني، دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، مجلد 38، عدد 1، 2011، ص. 326.

(3) حمدان، إسحاق أحمد علي، الوكالة غير القابلة للعزل في التشريع الأردني، مرجع سابق، ص. 86.

(4) الكيلاني، جمال زيد، و داود، محمد داوود حسين، مرجع سابق، ص. 277، 281.

للعقارات أو لأسماء إلا أشخاص ويتم توثيق العقود والسندات العدلية بناء على تاريخ ورودها وتصديقها ولا تعتبر عملية التوثيق لدى كاتب العدل طريقاً للعلائية أو الإشهار، ويتلخص الغرض منها في اضافة صفة الرسمية على هذه العقود وفقاً لأحكام المادة 26 من قانون الكاتب العدل رقم 11 لسنة 1952 والتي نصت على أن: "الأوراق والمقاولات والسندات التي ينظمها كاتب العدل وقناصل المملكة الأردنية الهاشمية وفق الشروط والقواعد المبينة بهذا القانون تعتبر موثوقاً بها بلا بينة في جميع المحاكم الشرعية والنظامية والدوائر الرسمية"⁽¹⁾.

ولم تحدد مجلة لأحكام العدلية مدة زمنية للوكالة الدورية غير القابلة للعزل، حيث تعتبر تلك الوكالة غير محددة المدة من حيث الأصل، إلا أن القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة، قد حدد مدة سريان هذا النوع من الوكالات الذي يتضمن بيعاً عقارية، بحيث يتوجب تنفيذ الوكالة الدورية غير القابلة للعزل لدى دوائر تسجيل الأراضي خلال فترة سريان الوكالة والتي حددها القانون المذكور عند صدوره بسنة واحدة من تاريخ تنظيمها، ثم تم تمديد تلك المدة أكثر من مرة بموجب التعديلات التشريعية له حتى وصلت مدة سريان تلك الوكالات إلى خمس عشرة سنة من تاريخ تنظيمها وتصديقها. ونرى وعلى عكس ما يذهب إليه الكثيرون بأن تلك المدة ليست طويلة، كما نرى بأن المس بتلك المدة من شأنه إهدار حقوق المشتري الذي لم يستطع تنفيذ الوكالة لدى دائرة تسجيل الأراضي، مع ضرورة تعديل أحكام نفاذ تلك الوكالة بمواجهة الغير حسن النية ما لم يتم إشهارها بوضع إشارة بوجود وتعلق حق للغير بالعقار موضوع الوكالة الدورية غير القابلة للعزل في السجل العقاري، الأمر الذي من شأنه الموازنة بين حقوق المشتري المستفيد بموجب الوكالة والغير حسني النية الذين يرغبون بالتعامل بالعقار.

الفرع الثاني: ماهية الوكالة الدورية غير القابلة للعزل

وتعتبر الوكالة عموماً من العقود غير اللازمة التي تجيز للموكل عزل وكيله متى شاء لافتراض أنها من عقود التبرع وتتم لمصلحة الموكل عموماً⁽²⁾. إلا أن هذا الأصل مقيد باستثناءين الأول إذا تعلق بالوكالة حق للغير أو إذا كانت قد صدرت لصالح الوكيل، وعندها يكون عقد الوكالة لازماً كاستثناء على قاعدة عدم لزوم عقد الوكالة، فلا يستطيع عندها الموكل أن يعزل وكيله حتى تستنفذ غاية الوكالة إلا بموافقة من صدرت لصالحه، وكذلك لا يستطيع الوكيل أن يقيل نفسه من الوكالة إذا تعلق بها حق للغير⁽³⁾.

(1) أحكام المادة 26 من قانون الكاتب العدل رقم 11 لسنة 1952 والمعدل بموجب القانون رقم 51 لسنة 1958 الأردني والنافذ في فلسطين.

(2) شنطاوي، فراس غازي سعيد، الوكالة غير القابلة للعزل، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، إردن، 2011، ص. 13-16.

(3) النوايسة، هاشم عبدالله، أثر الوكالة غير القابلة للعزل على البيع العقاري: دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، قسم القانون المقارن، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، 2016، ص. 80.

والغير المقصود في النص المشار إليه أعلاه ليس كل شخص ليس طرفا بالعقد بل هو من يستمد حقا مباشرا من عقد الوكالة دون أن يكون طرفا فيها، ويسمى بالمستفيد⁽¹⁾. وبالتالي وحيث أن الوكالة غير القابلة للعزل تنعقد فيما يخص المنقول والعقار على السواء إذ لم تستثنى النصوص المتعلقة بالوكالة غير القابلة للعزل بالمجلة أية أموال من أحكامها، إلا أن انعقادها لمصلحة الوكيل لا يكون إلا بالمنقول والأراضي غير المشمولة بأعمال التسوية، دون العقار المسجل في دوائر التسجيل الذي يتوجب لانعقادها فيه أن تنعقد لمصلحة الغير للوكيل، إذ أنها تعتبر استثناء من لأصل القاضي بمنع وبطلان التصرفات العقارية خارج دوائر التسجيل وبالتالي يتوجب الأخذ بالتحديد الذي جاء به الاستثناء وفقا لأحكام المادة 11 من قانون المعدل⁽²⁾ للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 والتي حصرت هذه الوكالة بالغير، والغير لا يشمل الوكيل، إذ أن الغير هو كل من ليس طرفا في العقد أو التصرف القانوني⁽³⁾.

وقد تناولت مجلة الأحكام العدلية الأحكام الخاصة بعدم جواز عزل الموكل للوكيل في هذا النوع من الوكالات التي يتعلق بها حق للغير وذلك ضمن الفصل السادس من المجلة المتعلق ببيان المسائل المتعلقة بعزل الوكيل، حيث نظمت المادتين 1521 و 1522 من مجلة الأحكام العدلية أحكام الوكالة غير القابلة للعزل، إذ نصت المادة 1521 على أن: (للموكل أن يعزل وكيله من الوكالة ولكن أن تعلق به حق الغير فليس له عزله كما إذا رهن مديون ماله وحين عقد الرهن أو بعده وكل آخر يبيع الرهن عند حلول أجل الدين فليس للراهن الموكل عزل ذلك الوكيل بدون رضا المرتهن كذلك لو وكل أحد آخر بالخصومة بطلب المدعي ليس له عزله في غياب المدعي).

بينما جاءت المادة 1522 من المجلة على حكم عدم جواز عزل الوكيل نفسه عن الوكالة المتعلقة بها حق للغير حيث نصت على أنه: (للوكيل أن يعزل نفسه من الوكالة ولكن لو تعلق به حق الغير كما ذكر أنفا يكون مجبورا على إيفاء الوكالة).

وإذا كانت الوكالة عموما تنتهي بموت الموكل أو انعدام الأهلية، إلا أن ذلك لا يشمل الوكالة غير القابلة للعزل والتي لا تنتهي بوفاة الموكل وتظل سارية المفعول حتى تحقيق غايتها بحق الغير أو الوكيل المتعلق بها⁽⁴⁾. وذلك وفقا لصريح المادة 1527 من المجلة والتي تنص على أنه: (يعزل الوكيل بوفاة الموكل. ولكن إذا تعلق به حق الغير فلا يعزل).

(1) العدوان، عماد عبدالله محمد، مرجع سابق، ص. 34.

(2) عدل القانون المذكور، بموجب الأمر العسكري بشأن قانون تعديل الأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 847 الصادر عن إدارة الإحتلال الإسرائيلي بتاريخ 1 حزيران 1980 والأمر بشأن قانون تعديل الأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة (يهودا والسامرة) (رقم 811) 5740-1980.

(3) المساعدة، نائل علي، الوكالة غير القابلة للعزل في التشريع الأردني، دراسات، الجامعة الأردنية، مجلد 38، عدد 1، 2011، ص 326.

(4) النوايسة، هاشم عبدالله، أثر الوكالة غير القابلة للعزل على البيع العقاري: دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، قسم القانون المقارن، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، 2016، ص. 84-85.

كما قضت المادة 1529 من المجلة بانتهاء الوكالة بوفاة الوكيل بنصها: (الوكالة لا تورث. يعني إذا مات الوكيل فيزول حكم الوكالة وبهذا لا يقوم وارث الوكيل مقامه)، ولم تستثني أحكام المادة 1529 من المجلة الوكالة غير القابلة للعزل من أحكام انتهاء الوكالة بوفاة الوكيل، وذات الأمر فيما يخص فقدان الوكيل أو الموكل الأهلية القانونية حيث نصت المادة 1530 من المجلة بأنه: (تبطل الوكالة بجنون الموكل أو الوكيل). وقد جاء القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 المعدل بوضع أحكام خاصة للبيوع العقارية بموجب الوكالة غير القابلة للعزل لتعلق حق الغير بها، فخرج عن أحكام المادة 1529 من المجلة التي قررت انتهاء الوكالة بوفاة الوكيل، ونص صراحة على نفاذ الوكالة في حال عزل الوكيل أو وفاته حيث نصت المادة 11 من القانون المعدل بأنه: (.. وفي حالة وفاة الوكيل تقوم دائرة تسجيل الأراضي بإتمام معاملة البيع أو الفراغ). إلا أن المادة 11 من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة غفلت ولم تعالج حالة فقدان الأهلية لدى الموكل والوكيل، مما من شأنه إثارة العديد من الإشكالات العملية والقانونية عند فقدان الوكيل أو الموكل أهليته القانونية قبل تنفيذ الوكالة غير القابلة للعزل، وبخاصة أمام صراحة النص العام القاضي ببطلان الوكالة بجنون الموكل والوكيل وفق أحكام المادة 1530 من المجلة⁽¹⁾.

ويشترط لصحة الوكالة غير القابلة للعزل أن ترد على وكالة خاصة، أما فيما يخص الوكالة العامة فقد ثار نقاش طويل حول مدى صحتها، إلا أن الرأي القائل بعدم صحة الوكالة العامة غير القابلة للعزل قد استقر في النهاية لقوة الحجج القانونية التي يستند عليه⁽²⁾، فالاعتراف بالوكالة العامة غير القابلة للعزل يمثل الاعتراف بجواز الاعتراف بالتنازل عن الأهلية القانونية، الأمر الذي يتعارض مع النظام العام.

وذلك رغم وجود حالات استثنائية تعترف ببعض أنواع الوكالات العامة غير القابلة للعزل كنظام الوكالة العامة غير القابلة للعزل في نظام الذمة المالية الموحدة للزوجين في القانون الفرنسي، إلا أن تلك الأنظمة التي تسمح بهذا النوع من الوكالة بدأت بالتلاشي، بالإضافة إلى أن النظام المالي الموحد للزوجين يعتبر استثناء من القواعد العامة قد يكون له ما يبرره ولا يمكن القياس عليه⁽³⁾.

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للوكالة غير القابلة للعزل

(1) عويدي، احمد علي، "المشكلات القانونية للوكالة غير القابلة للعزل الواردة عن الأموال غير المنقولة في التشريع الأردني"، دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، عمادة البحث العلمي مجلد 44، عدد 3، ص. 96-98، ص. 96-98.

(2) استقر القضاء الفرنسي على أن الوكالة غير القابلة للعزل لا ترد إلا على وكالة خاصة، وذلك بعد إن كان قد أقر بصحة الوكالة العامة غير القابلة للعزل، إلا أنه تراجع عن ذلك وفق ما سبق بيانه، سامي عبدالله الدريعي، "الوكالة غير القابلة للعزل في القانون الكويتي والقانون الفرنسي"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، مجلد 25، عدد 4، 2001، ص. 181.

(3) الدريعي، سامي عبدالله، مرجع سابق، ص. 180-182.

أدى ظهور الوكالة الدورية غير القابلة للعزل وحرمان الموكل من حقه في عزل وكيله إلى حدوث انقلاب في المفاهيم القانونية وبخاصة في ظل الأنظمة العقارية التي تمنع التصرفات العقارية خارج دوائر التسجيل، وقد ظهرت العديد من الآراء الفقهية والقضائية التي حاولت تكييف الطبيعة القانونية لهذه الوكالات حيث نفى عنها البعض صفة الوكالة وحاول تقربها إلى ما يشابه بعض أحكامها من العقود الأخرى كالقول بأنها عقد غير مسمى أو رهنا حيازيا أو بيعا في حين تمسك البعض الآخر بطبيعتها كوكالة إلا أنها وكالة ذات طبيعة خاصة وستتناول هذان الاتجاهان بالبحث للوصول إلى الطبيعة القانونية للوكالة الدورية غير قابلة للعزل.

الفرع الأول: الاتجاه بنفي صفة الوكالة عن الوكالة غير القابلة للعزل

يذهب هذا الاتجاه الذي يرى بأن الوكالة غير القابلة للعزل بحقيقتها وبحكم الآثار القانونية المترتبة عليها تخرج عن كونها وكالة بالمفهوم القانوني لهذا العقد، وقد حاول هذا الاتجاه تقرب عقد الوكالة غير القابلة للعزل إلى عقود أخرى مشابهة لها في الآثار وبالتالي محاولة استقاء أحكام تلك العقود لفرضها على عقد الوكالة غير القابلة للعزل، حيث يرى البعض بأن الوكالة غير القابلة للعزل ليست في حقيقتها سوى عقد بيع ابتدائي (أو لا)، فيما يرى آخرون بأنها ليست سوى رهنا حيازيا لتشابه أحكامها مع هذا العقد (ثانيا)، فيما ذهب آخرون إلى أنها عقد لازم من العقود غير المسماة (ثالثا).

أولا. الوكالة غير القابلة للعزل عقد بيع ابتدائي

يرى أصحاب هذا الرأي⁽¹⁾ أن الوكالة غير القابلة للعزل هي عقد بيع، تبعا لإرادة الأطراف الحقيقية التي اتجهت إلى إبرام عقد بيع وليس وكالة، كما أن أحكام الوكالة تصطدم مع ارادة المتعاقدين بشأن الوكالات العقارية المتتالية في البيع العقاري، كما أن التزام الوكيل أو الغير بدفع ثمن العقار محل الوكالة والإقرار بقبض الثمن من قبل الموكل يؤكد هذا الاتجاه، إذ أن الوكيل لا يدفع مقابلا للموكل في عقد الوكالة⁽²⁾.

ونرى بأن هذا الاتجاه هو الأكثر وجهة والأقرب إلى الطبيعة القانونية للوكالة غير القابلة للعزل وبخاصة أنها تضمن العناصر الرئيسية لعقد البيع، ومنها اقرار الموكل بقبض الثمن ووجوب تحديد العقار المبيع ومنح الوكيل سلطة بيع العقار، بالإضافة إلى أن الوكالة غير القابلة للعزل تشكل خروجاً عن الأصل في التوكيل ذاته وأن مقصد وغاية أطرافها عند أنشائها تنصرف إلى العقار موضوع الوكالة ولا تتداخل فيها الاعتبارات الشخصية للموكل أو الوكيل، كما أن هدف هذه الوكالة هو تحقيق مصالح الوكيل أو الغير أكثر من كونها تحقيقاً لمصالح الموكل، إلا ما الذي يجعلها أقرب إلى عقود البيع من الوكالة، على الرغم من تعارض فكرة البيع

(1) إلا هواني، حسام الدين كامل، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبعة جامعة الكويت، 1989، ص44.

(2) إلا هواني، مرجع سابق، ص44.

الابتدائي للعقار مع بعض القوانين التي تأخذ بشكلية التسجيل لانعقاد البيوع العقارية ومنها القانون الأردني والقوانين النافذة في فلسطين⁽¹⁾.

ثانياً. اعتبار الوكالة غير القابلة للعزل رهنا حيازياً

ذهب هذا الاتجاه من الفقه⁽²⁾ إلى وجب اعتبار الوكالة غير القابلة للعزل بغير مسماهما الذي أسبغه عليها المشرع تبعاً لطبيعتها الخاصة والتي تقترب من حيث الأحكام بعقود أخرى حيث ذهب جانب من هؤلاء إلى أنها عبارة عن رهن حيازي لتشابه العديد من أحكامها معه، ذلك أنه ينبغي وفقاً لهذا الاتجاه⁽³⁾ النظر إلى هذه الوكالة التي تخول الوكيل ببيع العقار أو المنقول وقبض الثمن بعيداً عن عقد الوكالة، لاختلاف أحكامها عن أحكام الوكالة واشتراكها مع أحكام الرهن الحيازي، ذلك أن ثمن المبيع الذي يكون في حوزة الوكيل مخصص لضمان تنفيذ التزامات الموكل كمدين، وتخلى الموكل عن المال الذي تعلق به التصرف القانوني محل التوكيل ونقل حيازته إلى الوكيل بموجب الوكالة⁽⁴⁾.

وقد اعتمد هذا الاتجاه لتأييد رأيه في تكييف الوكالة غير القابلة للعزل بالرهن الحيازي على تقرير عدم نفاذ التصرفات التي يقوم بها الموكل في المال محل الوكالة، حيث يقارب هذا الرأي بين حق الدائن المرتهن بحبس المال المرهون إلى أن يستوفي حقه، و التقدم على غيره من الدائنين والتتبع للمال المرهون والتنفيذ عليه ولو انتقلت ملكيته إلى غير الراهن، وبين الحقوق التي ترتبها الوكالة غير القابلة للعزل للوكيل أو المستفيد من الوكالة، وبالتالي ووفقاً للرأي السابق فإن الوكالة غير القابلة للعزل هي رهن حيازي يكون الموكل فيها هو المدين الراهن والوكيل هو الدائن المرتهن والمال المرهون هو المال موضوع الوكالة.

وقد وجهت لهذا الرأي العديد من الانتقادات كان أكثرها وجاهة، اختلاف النظام القانوني للوكالة غير القابلة للعزل عن الرهن الحيازي، إذ أن الأخير هو تأمين عيني يمنحه المدين الراهن للدائن المرتهن ضماناً للمدين، وليس للدائن المرتهن أن يملك المال المرهون إذا حل الأجل ولم يوف المدين الدين، إذ أن الضمان يقتصر على حق الدائن المرتهن بالتقدم على الدائنين وتتبع المال المرهون بهدف التنفيذ عليه لا تملكه⁽⁵⁾ ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك⁽⁶⁾.

(1) العدوان، عماد عبدالله محمد، مرجع سابق، ص 107

(2) العدوان، عماد عبدالله محمد، مرجع سابق، ص 41.

(3) نقلاً عن سامي عبدالله، Salle De La Marnierre, mandate irrevocable, Rev, Trim, Dr. Civi, 1937, p 272، الدريعي، مرجع سابق، ص 201.

(4) الدريعي، سامي عبدالله، مرجع سابق، ص 201، 202.

(5) طه وآخرون، 1982، ص 215 نقلاً عن عماد عبدالله محمد العدوان، مرجع سابق، ص 41.

(6) الدريعي، سامي عبدالله، مرجع سابق، ص 204.

كما يشترط لتتمام الرهن تسليم المال المرهون إلى الدائن المرتهن في المنقول والتسجيل في دائرة التسجيل العقاري للعقار، وذلك ليس من متطلبات أو شروط الوكالة غير القابلة للعزل.

ويبدو أن الاتجاه السالف قد خلط بين ما جاء في أحكام المادتين 761 و 1521 من مجلة الأحكام العدلية إذ جاءت المادة 761 بأحكام الوكيل ببيع الرهن عند حلول الأجل⁽¹⁾.

بينما تناولت المادة 1521 أحكام الوكالة الدورية وأوردت أمثلة على عدم جواز عزل الوكيل كان بينها عدم جواز عزل الوكيل ببيع المال المرهون⁽²⁾، إلا أن ذلك وكما نرى يخالف الطبيعة والأثار المترتبة عن الوكالة غير القابلة للعزل إذ أن هدف هذه الوكالة هو نقل ملكية المال موضوع الوكالة إلى المستفيد منها سواء كان الوكيل أو الغير بينما هدف الرهن هو ضمان أداء الدين واستيفاء الدين من ثمن المال المرهون حال الإخلال بالتزام المدين المرتهن بالسداد، كما أن التمتع بأحكام المادة 761 تؤكد اختلاف الطبيعة القانونية بين الرهن الحيازي والوكالة غير القابلة للعزل إذ أنها وبمفهوم المخالفة للنص الوارد بها تمنع الدائن المرتهن من تملك المال المرهون، أو بيعه وكل ما يستطيع عمله الطلب من الوكيل بالبيع أو القاضي حال عدم تعيين وكيل بالبيع أو تمنعه عن ذلك بالتنفيذ على المال المرهون واستيفاء ثمنه من هذا المال، إذ يمنع عليه تملك هذا المال كبديل للدين.

كما أن الوكيل ببيع الرهن ليس هو ذات الوكالة الغير قابلة للعزل وإن كان أحد صورها، إذ يجوز الوكالة بالخصومة، وتختلف أحكامها عن الوكالة ببيع المال المرهون مما يؤكد على ما سبق، أما فيما يخص أحكام المادة 1521 فبالإضافة لما سبق فإن المادة المذكورة أو ردت الوكالة بالبيع للمال المرهون على سبيل المثال لا الحكم. وبالتالي وأمام اختلاف معظم أحكام الوكالة غير القابلة للعزل عن الرهن الحيازي فإن هذه الوكالة لا يمكن اعتبارها بحال من الأحوال رهنا حيازياً على الرغم من جواز ورود الوكالة غير القابلة للعزل على التوكيل بالبيع للمال غير المرهون في الرهن الحيازي.

ثالثاً. اعتبار الوكالة عقداً غير مسمى

ذهب اتجاه آخر من الفقه⁽³⁾ إلى اعتبار الوكالة غير القابلة للعزل عقداً غير مسمى، يمنع بمقتضاه المدين من عزل وكيله ومن التصرف بالمال محل العقد، وقد ووجه هذا الاتجاه أيضاً بالنقد لعدم استطاعته اعطاء

(1) نصت المادة 761 من مجلة الأحكام العدلية بأن: (الوكيل ببيع الرهن إذا حل أجل الدين يسلم ثمنه إلى المرتهن فإن أبي الوكيل يجبر الراهن على بيعه وإذا أبي وعاند الراهن أيضاً باعه الحاكم وإذا كان الراهن أو ورثته غائبين يجبر الوكيل على بيع الرهن فإن عاند باعه الحاكم).

(2) نصت المادة 1521 من مجلة الأحكام العدلية بأن: (للموكل أن يعزل وكيله من الوكالة ولكن أن تعلق به حق الغير فليس له عزله كما إذا رهن مديون ماله وحين عقد الرهن أو بعده وكل آخر يبيع الرهن عند حلول أجل الدين فليس للراهن الموكل عزل ذلك الوكيل بدون رضا المرتهن كذلك لو وكل أحد آخر بالخصومة بطلب المدعي ليس له عزله في غياب المدعي).

(3) أبو سعد، ص. 580، الشريبي، ص. 207، نقلا عن عماد عبدالله محمد العدوان، مرجع سابق، ص. 44.

صورة واضحة عن العقد غير المسعى الذي يقارب به الوكالة غير القابلة للعزل وعدم تحديده ماهية العقد غير المسعى الذي ذهب إليه هذا الاتجاه⁽¹⁾.

ونرى بأن اعتبار الوكالة غير القابلة للعزل عقداً غير مسعى يخرج عن الطبيعة القانونية التي قررتها التشريعات ذاتها لهذا النوع الخاص من الوكالات ورتبت لها أحكاماً خاصة، وأدرجتها ضمن العقود المسماة، الأمر الذي يجعل من هذا القول يفتقر للموضوعية ويخالف أحكام القانون.

الفرع الثاني: الوكالة غير القابلة للعزل عقد وكالة ذو طبيعة خاصة

سنتناول أهم الأراء الفقهية التي تمسكت بكون أن الوكالة غير القابلة للعزل وعلى الرغم من الأحكام والأثار الخاصة التي تترتب عنها ما تزال تحتفظ بطبيعتها القانونية كوكالة، إلا أنها وكالة ذو طبيعة خاصة، حيث يرى البعض بأنها وكالة تتضمن التزام الموكل بالامتناع عن التصرف (أو لا)، بينما يرى آخرون أنها وكالة ولكنها تتضمن التزاما من الموكل بإخراج المال محل الوكالة من ذمة الموكل (ثانياً)، بينما يذهب الاتجاه الأخير إلى أن الوكالة غير القابلة للعزل وكالة تتضمن بيعاً عقارياً (ثالثاً).

أولاً. الوكالة غير القابلة للعزل تتضمن التزام بالامتناع عن التصرف

يذهب هذا الاتجاه إلى أن الوكالة غير القابلة للعزل وتظل محتفظة بطبيعتها القانونية كعقد وكالة، ولكنها وكالة ذو طبيعة خاصة، وأن هذه الطبيعة لا تقتضي خروج ملكية المال محل الوكالة من ذمة الموكل إلى ذمة الوكيل، كما ذهب الاتجاه السابق ولكن هذه الطبيعة تقتضي أن تضمن الوكالة غير القابلة للعزل التزام بالامتناع عن عمل، ويتمثل هذا الالتزام بالامتناع الموكل عن عزل وكيله عن الوكالة وكذلك الالتزام بالامتناع عن التصرف في المال محل الوكالة، فالقول بعدم قابلية الوكالة للعزل لا يضمن فقط التعويض للوكيل أو الغير عن الأضرار التي تلحق بهما نتيجة ذلك بل يقتضي أيضاً استمرارية وجود الوكالة بخلاف ارادة الموكل، وبالتالي يعتبر التصرف الذي يقوم به الوكيل صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية بحق الموكل رغم عزل الوكيل لأن هذا العزل يعتبر باطلاً ولا ينتج أي أثر قانوني.

وقد انتقد البعض هذا الإتجاه بدليل أن ما استقر عليه القضاء الفرنسي الذي ابتدع فكرة الوكالة غير القابلة للعزل قرر على الدوام حق الموكل في عزل وكيله والتصرف في ملكه شخصياً أو عن طريق وكيل آخر⁽²⁾.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن الموكل في الوكالة غير القابلة للعزل يظل متمتعاً بحقه في التصرف في الحق محل الوكالة، كونه المالك القانوني لهذا الحق، وله سلطة التصرف على الرغم من منع التصرف الوارد بالوكالة غير القابلة للعزل، ولكنه يلتزم في هذه الحالة بالتعويض⁽³⁾.

(1) العدوان، عماد عبدالله محمد، مرجع سابق، ص. 44.

(2) الدرعي، سامي عبدالله، "الوكالة غير القابلة للعزل في القانون الكويتي والقانون الفرنسي"، مرجع سابق، ص. 205-208.

(3) حجازي، 2005، نقلاً عن احمد علي عويدي، مرجع سابق، ص 102.

ونرى بأن الرأي الأول، بعدم جواز عزل الموكل للوكيل ونفاذ تصرفات الوكيل بمواجهة الموكل برغم عزله هو الأقرب للطبيعة القانونية للوكالة غير القابلة للعزل في الضفة الغربية، دون الرأي الثاني الذي حاول التخفيف من الآثار الملزمة للوكالة غير القابلة للعزل وحصرتها في التعويض كجزاء على مخالفة الموكل بالتزامه بعدم التصرف بما يضر المستفيد وبعدم جواز عزله للوكيل.

حيث تبني المشرع الأردني في القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة ضرورة العمل بهذه الوكالات سواء أعزل الموكل الوكيل أم لم يعزله، وبذلك فقد بالغ المشرع في حماية المشتري المستفيد من الوكالة غير القابلة للعزل، فنصت على أن الوكالة غير القابلة للعزل (واجبة التنفيذ خلال مدة خمس عشرة سنة من تاريخ نفاذ هذا القانون سواء أعزل الموكل الوكيل أم توفي الموكل أو الوكيل وفي حالة وفاة الوكيل تقوم دائرة تسجيل الأراضي بإتمام معاملة البيع أو الفراغ وتكون دائرة التسجيل مسؤولة عنه)، ونرى ضرورة تعديل أحكام المادة 11 من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة، بالنص على عدم نفاذ هذه الوكالة بمواجهة الغير حسن النية إلا بشهرها إما بواسطة التسجيل أو بوضع إشارة لإعلام الغير ممن يرغب بالتعامل بال عقار موضوع الوكالة غير القابلة للعزل من معرفة الوضع القانوني للعقار من خلال مشتملات السجل العقاري. وذلك لضمان عدم التحايل من قبل الموكل الذي ما زال اسمه مسجلاً كمالك للعقار ويستطيع بالتالي إعادة بيع العقار إلى شخص آخر قد يكون حسن النية بما يضر بالثقة بالسجل العقاري.

ثانياً . اعتبار الوكالة غير القابلة للعزل عقد يخرج المال محل الوكالة من ذمة الموكل

ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الوكالة غير القابلة للعزل لا تخرج عن كونها وكالة ذات طبيعة خاصة، فذهب البعض إلى أن طبيعتها الخاصة تقتضي خروج المال محل الوكالة من ذمة الموكل إلى ذمة الوكيل⁽¹⁾، وقد بالغ البعض⁽²⁾ في الأخذ بهذا الرأي ولم يتردد بالقول ببطالان التصرف الصادر عن الموكل بطلاناً نسبياً، أي أنه ينعقد موقوفاً على اجازة الوكيل، مبرراً ذلك بأن الموكل لم يعد مالكا للحق محل التوكيل لدخوله بذمة الوكيل أو الغير، الأمر الذي يجعل من تصرف الموكل في الحق محل الوكالة صادراً من غير مالك وبحكم الموقوف ولا ينفذ هذا التصرف بحق الوكيل أو الغير إلا بإجازة من نظمت لمصلحته منهم.

وقد واجه هذا الرأي الكثير من الانتقادات وبخاصة لفكرة خروج المال من ذمة الموكل إلى الوكيل، إذ أن خروج المال من ذمة الموكل إلى ذمة الوكيل يقتضي عدم رجوع المال محل الوكالة إلى ذمة الموكل إلا بعقد جديد يقضي بنقل هذه الملكية مرة أخرى إلى الموكل كونه أضحى غير مالك، وذلك لا يستقيم مع الحالة التي تنتهي بها

(1) فرج، 1969، ص 236، مرجع سابق، ص. 45.

(2) عبد الرحمن، أحمد شوقي، "مدى سلطة الموكل في انهاء عقد الوكالة بإرادته المنفردة"، مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية، 1981، ص. 39.

الوكالة غير القابلة للعزل باتفاق الأطراف، قبل اتمام التصرف القانوني محل الوكالة، إذ يعود الحق للموكل بالتصرف مباشرة في المال محل الوكالة أو توكيل وكيل آخر للتصرف به⁽¹⁾.

ونرى بأن الرأي سالف الذكر لم يستطع التوفيق بين الطبيعة الخاصة للوكالة غير القابلة للعزل وبين عدم انتقال الملكية في الحقوق التي يشترط المشرع التسجيل لانتقالها كالملكية العقارية وملكية المركبات إذ أن الالتزام الذي تنشئه الوكالة غير القابلة للعزل ليس سوى التزام شخصي بعدم التصرف إلا أنه لا يرقى للالتزام العيني الذي يشترط أن يتم وفق الشكل الذي يتطلبه القانون، وتكمن أهمية التفرقة بذلك أن مخالفة الموكل لالتزامه بعدم التصرف لا يؤدي إلى بطلان التصرف الذي أنشأه خلافا لهذا الالتزام وإنما يلزم بتعويض الموكل المتضرر عن إخلاله بالتزامه بنقل ملكية العقار خلافا لتعهد عدم التصرف.

وقد تبنت مجلة الأحكام العدلية هذا الموقف حيث ينعقد تصرف الموكل بالعقار موضوع الوكالة موقوفاً على إجازة الوكيل أو المستفيد من الوكالة غير القابلة للعزل، وفقاً لما قرره أحكام المادة 368 من المجلة والتي قضت بانعقاد البيع الذي يتعلق به حق للغير موقوفاً على إجازة ذلك الغير، فنصت على أن: (البيع الذي يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي وبيع المرهون ينعقد موقوفاً على إجازة ذلك الغير). وقد سبق أن بينا مدى خطورة هذا التوجه الذي تبناه المشرع بمقتضى المادة 11 من القانون المعدل للأحكام غير المنقولة على استقرار المعاملات العقارية، وما يترتب على إجازة ونفاذ العقود المتضمنة حقوقاً عقارية غير مسجلة على الأمن العقاري والثقة المفترضة في مشتملاته.

ثالثاً. الوكالة غير القابلة للعزل وكالة ذو طبيعة خاصة تتضمن البيع العقاري

ونرى بأن الوكالة غير القابلة للعزل تبقى في حقيقتها وكالة ذو طبيعة خاصة، ترتب حقوقاً للغير على العقار موضوع هذه الوكالة، وفقاً لما قرره المشرع ضمن أحكام المادة 11 من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة من صحة هذه الوكالات المتضمنة بيعاً عقارياً بهدف تخفيف حدة المنع الوارد ضمن أحكام المادة 16 من قانون تسوية الأراضي والمياه. فأورد أحكام البيوع العقارية بموجب الوكالة غير القابلة للعزل كاستثناء عن الأصل العام، وبما يحقق التوازن بين صحة العقد المتضمن توكيلاً لازماً بالبيع لمصلحة الغير إلا أنه وبحكم الطبيعة الشكلية لانعقاد البيوع العقارية يبقى غير الناقل للملكية إلا أنه يرتب التزاماً على الموكل بعدم التصرف أو ترتيب أي حقوق عينية عقارية على العقار موضوع هذه الوكالة بما يضر بالمستفيد منها، وإذا دققنا بأحكام المادة 11 من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة فليس هناك أي تعارض بينها وبين أحكام المادة 16 من قانون تسوية الأراضي والمياه وذلك باعتبار البيوع العقارية بموجب الوكالة الدورية جاءت كاستثناء تشريعي عن الأصل العام بمنع التصرفات العقارية خارج دائرة التسجيل، بالإضافة إلى عدم ترتيب انتقال الملكية إلا بتنفيذ هذه الوكالة لدى دوائر التسجيل، وهذا ما يتفق مع ما ذهب إليه الكثير من

(1) الدرعي، سامي عبدالله، مرجع سابق، ص. 210.

التشريعات بفصل العقد الابتدائي الموثق عن نقل الملكية التي لا تتم إلا بالتسجيل، بما يحقق مصلحة الأطراف بسرعة انجاز معاملاتهم وحفظ حقوقهم ابتداءً من خلال الحكم بانعقاد العقد من جهة، والحفاظ على أهداف السجل العقاري العيني وتحقيق الاستقرار والائتمان العقاري بالحكم بعدم نفاذ هذا البيع الابتدائي بمواجهة الغير حسن النية من جهة أخرى .

وبالتالي فإن التعارض الحقيقي ليس من حيث إجازة البيع والتصرفات العقارية بموجب هذا النوع من الوكالات، وإنما بإجازة نفاذها بمواجهة الغير حسن النية الذي قرره أحكام المادة 111 و368 من مجلة الأحكام العدلية، التي لم تراعي مقتضيات السجل العقاري وحماية حقوق الغير ذي النية الحسنة، وهو الأمر الذي يتوجب على المشرع الفلسطيني معالجته من خلال إيجاد التوازن بين مقتضيات الوكالة غير القابلة للعزل وسهولة تنظيمها والحفاظ على حقوق المشتري المستفيد بموجبها، وبين المحافظة على حقوق الغير حسن النية الذي لم يطلع وليس على علم بهذا العقد غير المسجل وغير المشهر، من خلال النص على تقييد نفاذ الوكالة بمواجهة الغير حسن النية بإشهارها بالسجل العقاري.

وعلى الرغم من ذلك إلا أن البعض قد أسبغ على الوكالة غير القابلة للعزل التي وصف عقد بيع ابتدائي بل أن بعضها ذهب إلى أنها عقد بيع منجز ففي حكم محكمة النقض السورية: (الوكالة غير القابلة للعزل تعتبر بمنزلة البيع المنجز وهي من الإسناد الرسمية التي لا يجوز إثبات عكس ما ورد فيها إلا بالتزوير)⁽¹⁾.

كما ذهبت محكمة التمييز اللبنانية إلى أن: (أن الرأي الجامع في الاجتهاد يعتبر الوكالة غير القابلة للعزل لتعلق حق الغير بها عند تضمينها نصاً يفيد براءة ذمة الوكيل من أي حق أو مطلب أو محاسبة تبعا لوصول كامل الثمن بمثابة عقد بيع)⁽²⁾.

وقد أكدت محكمة النقض الفلسطينية فيما استقر عليه قضاؤها بعدم اعتبار الوكالة الدورية عقد بيع، أو سنداً ناقلاً للملكية وإنما وسيلة لنقل ملكية العقار من البائع إلى المشتري⁽³⁾، وفي الواقع فإن التزام البائع بموجب الوكالة الدورية ليس سوى الإلتزام بعدم عزل الوكيل بالبيع الذي سيتم مستقبلاً لدى دائرة تسجيل الأراضي من قبل الوكيل الدوري بوكالته عن الموكل، وغل يد الموكل عن التصرف في المال غير المنقول محل

(1) نقض سوري رقم 593 سنة 1999، مجلة الحامون، 2001، ص. 470، نقلاً عن احمد علي عويدي، مرجع سابق، ص. 49، 53.

(2) تمييز لبناني رقم 77 لسنة 2000، نقلاً عن احمد علي عويدي، مرجع سابق، ص. 53.

(3) ينظر نقض حقوق رقم 2010/34، الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية بتاريخ 2011/09/08 حيث قررت محكمة النقض بأن: (الوكالة الدورية لا تقوم مقام التسجيل، ولا تعتبر سنداً ناقلاً للملكية)، وينظر بذات المعنى نقض حقوق صادر عن ذات المحكمة رقم 2004/87 بتاريخ 2004/07/14، ورقم 2005/147 بتاريخ 2006/06/21، ورقم 2010/467 بتاريخ 2012/02/13، ونقض رقم 2010/45 بتاريخ 2010/04/27. ورقم 2010/121 بتاريخ 2010/09/23، ورقم 2012/517 بتاريخ 2014/02/19، المتفتي، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين.

الوكالة⁽¹⁾، وبالتالي فإن البيع الوارد في الوكالة غير منعقد، ولا يعتبر بيعاً نافذاً⁽²⁾ حتى تمام البيع وتوقيع الموكل على عقود البيع العقاري لدى الدائرة المختصة، وقد حدد المشرع مدة سريان هذه الوكالة والتي كانت تسري لمدة سنة واحدة في النص الأصلي، ثم تم تمديد هذه المدة إلى خمس سنوات فعشر إلى أن وصلت إلى خمس عشرة سنة وفق آخر تعديل لأحكام المادة 11 المذكورة.

وتعتبر هذه المدة مدة سقوط وليست مدة تقادم، حيث تعتبر الوكالة الدورية لاجية بمرور هذه المدة، ولا يجوز تنفيذها لدى دوائر تسجيل الأراضي، والحكمة من وراء تحديد مدة تنفيذ الوكالة تتجلى في المحافظة على حقوق كافة الأطراف والغير، ورغبة المشرع في عدم التوسع في الأخذ بهذا الإستثناء على منع التصرفات العقارية خارج دوائر التسجيل، خارج الحدود التي رماها المشرع، وضماناً لاستقرار المعاملات العقارية ولعدم إبقاء حقوق غير مشهورة خارج نطاق السجل العقاري⁽³⁾، ونرى بأن تمديد هذه المدة قد أخرج الوكالات الدورية عن غايتها التي أرادها لها المشرع، بما أضر بالغير حسن النية الذي تعامل مع محتويات السجل العقاري، وتسبب في زعزعة الاستقرار العقاري من خلال السماح بالتصرفات العقارية المستترة وغير المسجلة التي قد تهدد تقييدات الغير حسن النية الذي ترتبت له حقوق على العقار دون أن يعلم بوجود هذه الوكالات الدورية.

فمنص المادة 11 من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 والتي نصت على أن هدفها: (... لتتمكن الوكيل من بيع وفراغ أموال غير منقولة إلى شخص آخر لدى دوائر تسجيل الأراضي تعمل بها دوائر التسجيل خلال سنة واحدة من تاريخ تنظيمها أو تصديقها وتعتبر ملغاة إذا لم تنفذ أحكامها لدى الدوائر خلال المدة المذكورة)، تبين بأن هدف المشرع من تقرير هذا النوع من الوكالات غير قابلة للعزل، كان بهدف إيجاد استثناء على منع التصرفات العقارية خارج دوائر التسجيل، وبالتالي فطبيعتها القانونية لا تخرج عن أنها وكالة خاصة تتضمن حق للغير بالنظر إلى الضرورات العملية التي أملت هذا النوع من الوكالات ولضمان حق الغير المتعلق بالوكالة، وبالتالي فإنها تكون لازمة بحق الموكل وغير قابلة للعزل⁽⁴⁾، إلا أنه كان يتوجب على المشرع النص على عدم نفاذ هذه الوكالات بمواجهة الغير حسن النية إلا بشهرها في السجل العقاري.

(1) البديرات، محمد أحمد، "النظام القانوني للوكالة ببيع المال غير المنقول التي تعلق بها حق الغير، دراسة في قانون الأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958، وتعديلاته"، مجلة البلقاء للبحوث والدراسات، المجلد 12، العدد 2، 2008، ص. 51.

(2) وقد أكدت محكمة التمييز الأردنية على ذلك بتقريرها أن: (بيع العقار الذي تمت فيه التسوية لا يكون صحيحاً ولا نافذاً إلا إذا جرى بدائرة التسجيل، لا اعتباراً للوكالة بقطعة الأرض وإن كانت غير قابلة للعزل لتعلق حق الوكيل بها إذا لم يتم الوكيل بتنفيذ الوكالة ولم يتصرف هو تلقائياً ببيع قطعة الأرض بالاستناد إلى الوكالة وإنما جرى استملاكها، وذلك لأن الخصم في الاستملاك هو المالك)، تمييز حقوق رقم 1985/544، الصادر عن محكمة التمييز الأردنية بتاريخ 14/10/1985، منشورات مركز عدالة.

(3) البديرات، محمد أحمد، مرجع سابق، ص. 38.

(4) وذلك وفق أحكام المادة 1521 من المجلة والتي نصت على أنه: (للموكل أن يعزل وكيله من الوكالة ولكن أن تعلق به حق الغير فليس له عزله كما إذا رهن مديون ماله وحين عقد الرهن أو بعده وكل آخر يبيع الرهن عند حلول أجل الدين فليس للراهن الموكل عزل ذلك الوكيل بدون رضا المرهن كذلك لو وكل أحد آخر بالخصومة بطلب المدعي ليس له عزله في غياب المدعي).

المبحث الثاني

الأثار القانونية للوكالة غير القابلة للعزل المتضمنة ببيوع عقارية ومدى نفاذها بمواجهة الغير

سنخصص هذا المبحث لدراسة الأثار القانونية للوكالة غير القابلة للعزل المتضمنة ببيوع عقارية في المطلب الأول فيما نخصص المطلب الثاني للبحث في مدى نفاذ البيوع العقارية بموجب الوكالة غير القابلة للعزل بمواجهة المشتري المسجل.

المطلب الأول

الأثار القانونية للوكالة غير القابلة للعزل المتضمنة ببيوع عقارية

تتضمن الأثار القانونية للوكالة الدورية غير القابلة للعزل، باعتبارها استثناء على شكلية التسجيل للبيوع العقارية في الأراضي المسجلة في فلسطين، أثاراً قانونية هامة سواء فيما يخص تقرير صحة البيوع العقارية التي تتضمنها الوكالة الدورية خارج دوائر التسجيل برغم عدم اعتبار هذه الوكالة عقداً للبيع العقاري وفقاً للعديد من الآراء القانونية محل الاعتبار، الأمر الذي أكدته القضاء الفلسطيني في العديد من أحكامه التي أكدت أن هذه الوكالة هي وسيلة لإتمام البيع وليست سنداً ناقلاً للملكية ما لم يتم تنفيذها وتسجيل اسم المشتري لدى دوائر تسجيل الأراضي (الفرع الأول)، إلا أن الأثر الأهم والذي أثار العديد من النقاشات الفقهية والإشكالات القانونية على صعيد الفقه والقضاء كما سنرى (في الفرع الثاني)، يبقى هو التزام الموكل بعدم التصرف بالعقار موضوع الوكالة.

الفرع الأول: تقرير صحة البيوع العقارية خارج دوائر الأراضي

جاءت أحكام المادة 11 من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 باستثناء هام على قاعدة شكلية التسجيل لانعقاد البيوع العقارية ومنع التصرفات العقارية خارج دوائر التسجيل⁽¹⁾، فأرست مبدأ صحة بيع وفراغ العقار خارج دوائر التسجيل إذ أوقعت بموجب وكالة غير قابلة للعزل منظمة من كاتب العدل أو أحد الموظفين العاميين المحددين حصراً بموجب الفقرة (أ) من المادة 11 المذكورة، حيث نصت المادة (11/ب) من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 بأن: (الوكالات التي ينظمها أو يصدقها الموظفون المذكورون في الفقرة السابقة والمتضمنة بيع وفراغ الأموال غير المنقولة والمتعلق بها حق الغير كقبض الثمن واجبة التنفيذ في جميع الأحوال لدى دوائر

(1) حيث نصت الفقرة 3 من أحكام المادة 16 من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952 على منع أي تصرفات عقارية خارج دوائر التسجيل فقررت بأنه: (في الأماكن التي تمت التسوية فيها، لا يعتبر البيع والمبادلة والإفراز والمقاسمة في الأرض أو الماء صحيحاً إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل. كل من كان فريقاً في معاملة أجريت خلافاً لما ذكر يكون عرضة بعد الإدانة من قبل المحكمة التي تنظر في القضية لدفع غرامة لا تتجاوز خمسة دنانير).

التسجيل والمحاكم في خلال خمس عشرة سنة من تاريخ تنظيمها أو تصديقها وكذلك الوكالات المنظمة أو المصدقة قبلاً واجبة التنفيذ خلال مدة خمس عشرة سنة من تاريخ نفاذ هذا القانون سواء أعزل الموكل الوكيل أم توفي الموكل أو الوكيل وفي حالة وفاة الوكيل تقوم دائرة تسجيل الأراضي بإتمام معاملة البيع أو الفراغ وتكون دائرة التسجيل مسؤولة عنه⁽¹⁾.

وبالتالي ووفقاً لذلك فإن اشتراط شكلية التسجيل لصحة البيوع العقارية لم تعد ذي اعتبار فيما يخص البيوع الواردة بموجب الوكالات غير القابلة للعزل، الأمر الذي أدى إلى انتشار التعامل بهذه الوكالات من قبل المتعاملين في العقار بسبب سهولة تنظيم هذا النوع من العقود وسرعة إنجازها والتخلص من الروتين والإجراءات المتطلبة للتسجيل، كما أدى هذا الانتشار إلى استغلال نظام الوكالات غير القابلة للعزل في أحيان كثيرة لإخفاء المالك الحقيقي للعقارات موضوع الوكالة وكذلك للتهرب من دفع الرسوم الواجبة على انتقال الملكية العقارية⁽²⁾، وقد أكد القضاء الفلسطيني صحة البيوع العقارية خارج دوائر التسجيل بموجب الوكالة الدورية غير القابلة للعزل حيث قررت محكمة النقض الفلسطينية: (تعتبر الوكالة الدورية عقداً ملزماً لطرفيه لا يجوز الرجوع عنه أو الغاءه ولا يسقط بالوفاة لتعلق حق الغير به، كما يعتبر صدور الوكالة الدورية عن البائع بمثابة قيد يمنعه من التصرف بالعقار المسجل باسمه في دائرة التسجيل، وقد أسبغ المشرع على الوكالة الدورية حماية لمصلحة المشتري تحول دون قيام البائع بالتصرف بالعقار سواء بالتنازل عنه لآخرين أو رهنه أو حجزه)⁽³⁾.

ويشمل البيع، وفقاً لأحكام المادة 11 سالفه البيان كما نرى البيع بمفهومه الواسع والذي يضم البيع المطلق وبيع الصرف والمقايضة وبيع السلم كونها جميعاً من العقود التي تدخل ضمن باب البيع وفق أحكام المادة 120 من مجلة الأحكام العدلية⁽⁴⁾، وبالتالي فإن أحكام المادة 11 تشمل كافة التصرفات التي ترد ضمن عقود

(1) عدلت المدة الواردة ضمن أحكام المادة 11 أكثر من مرة، حيث كان القانون الأصلي قد حدد مدة سريان الوكالة بسنة واحدة، ثم تم تعديلها إلى خمس سنوات ثم عشر سنوات ثم خمس عشرة سنة بموجب الأمر العسكري بشأن قانون تعديل الأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 847 الصادر عن إدارة الاحتلال الإسرائيلي بتاريخ 1 حزيران 1980 والتي تنص على انه: (في كل مكان ذكر به في المادة 11 من القانون لتعديل الأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958، كما عدل بالأمر بشأن قانون تعديل الأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة (يهودا والسامرة) (رقم 811) 5740-1980 بدلا من "عشر سنوات" يأتي "خمس عشرة سنة").

(2) الدرعي، سامي عبد الله، مرجع سابق، ص. 220.

(3) نقض مدني رقم 100 لسنة 2004، الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة بام الله، بتاريخ 2004/09/14، موقع قانون الإلكتروني.

(4) نصت المادة 120 من المجلة بأن: (البيع باعتبار المبيع ينقسم إلى أربعة أقسام: القسم الأول بيع المال بالثمن، وبما أن هذا القسم أشهر البيوع يسمى بالبيع المطلق. القسم الثاني هو الصرف. والقسم الثالث بيع المقايضة والقسم الرابع السلم). وعرفت المادة 121 من المجلة بيع الصرف بأنه: (الصرف: بيع النقد بالنقد)، وعرفت المادة 122 من المجلة بيع المقايضة بأنه: (بيع المقايضة: بيع العين بالعين، أي مبادلة مال بمال غير النقدين)، وعرفت المادة 123 من المجلة فعرغت بيع السلم بأنه: (السلم: بيع مؤجل بمعجل). كما عرفت المادة 126 من المجلة المال بأنه: (المال: هو ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة منقولاً كان أو غير منقول). بينما عرفت المادة 149 من المجلة البيع بأنه: (ركن البيع: يعني ماهيته عبارة عن مبادلة مال بمال

المعاوضة وهي تلك العقود التي يأخذ كلا طرفي العقد مقابل لما يعطيه، فالبايع يحصل على الثمن مقابل العقد، والمشتري يحصل على العقار مقابل الثمن الذي يدفعه له، وقد يكون الثمن نقداً للعقار، وهذا هو البيع المطلق، وقد يكون الثمن بيع العقار بالعقار، وهنا يسمى البيع بالمقايضة أو بالمبادلة ويعني مبادلة عقار بعقار ضمن مديرية التسجيل التي يكون من اختصاصها العقارين موضوع المبادلة، وقد يقع كل عقار ضمن اختصاص مديرية تسجيل في محافظة معينة، أو ضمن محافظة أخرى⁽¹⁾.

إلا أن ذلك لا يشمل كما نرى التصرفات بدون عوض كعقد الهبة الذي يتوجب اتمامه أمام دائرة الأراضي لعدم شموله ضمن أحكام المادة 11 من القانون المذكور أعلاه.

الفرع الثاني : عدم انتقال الملكية إلا بالتسجيل

اتفق الفقه والقضاء على اعتبار البيوع والتصرفات العقارية عقود شكلية لا تنعقد إلا بتسجيلها في دائرة التسجيل المختصة وفقاً لأحكام المادة 3/16 من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952، والمادة 2 من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953، وبالتالي يقع باطلاً أي تصرف أو بيع خارجي، ولا يترتب عليه أي أثر ويتوجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي سبقت التعاقد لبطان هذا التصرف وعدم صحته وفقاً لأحكام المادة 1/16 من قانون تسوية الأراضي والمياه المشار إليه⁽²⁾ وقد جاءت أحكام المادة 11 من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958، باستثناء على المنع الوارد ضمن قانون تسوية الأراضي والمياه وقانون التصرف في الأموال غير المنقولة المذكوران، حيث سمحت بالبيوع بموجب الوكالة غير القابلة للعزل، وحددت صلاحية هذه الوكالات بمدة خمس عشرة سنة، إلا أن أحكام المادة 11 من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة لم تغير من طبيعة عقد البيع العقاري ولم تمس بشكلية التسجيل المطلوبة لانعقاد هذا البيع، بحيث تنعقد الوكالة الدورية غير القابلة للعزل لصحة وتتضمن توكيل الوكيل بإتمام إجراءات البيع لدى دائرة التسجيل المختصة، وبالتالي لا تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري إلا من تاريخ تنفيذ مضمون الوكالة الدورية غير القابلة للعزل، وتسجيل ما تضمنته من بيوعات لدى دائرة التسجيل، وقد استقر قضاء محكمة النقض الفلسطينية والتميز الأردنية بذلك، حيث قررت: (أن الوكالة الدورية طالما لم تنفذ في دائرة التسجيل لا تصلح أساساً للملكية حسب نص المادة 2 من قانون

ويطلق على الإيجاب والقبول أيضاً لدلالاتها على المبادلة). فيما جاءت المادة 152 من المجلة بتعريف الثمن بأنه: (الثمن: ما يكون بدلاً للمبيع ويتعلق بالذمة).

(¹) النوايسة، هاشم عبدالله، أثر الوكالة غير القابلة للعزل على البيع العقاري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الأردن، 2016، ص. 15.

(²) الجماعين، خليل، "حكم البيع العقاري غير المسجل في القانون والقضاء الأردني"، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة حلوان، عدد 22، ص. 327-328.

التصرف بالأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953 والمادتان 4/1 و11 من قانون انتقال الأراضي لسنة (1920)⁽¹⁾.

وبالتالي فإن الوكالة الدورية تعتبر أداءه لنقل الملكية ولا يترتب عليها أي حق عيني قبل التسجيل⁽²⁾. إذ أنه وباستقراء النصوص السابقة، يتبين بأن أحكام المادة 11 من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958، محصورة التطبيق بنص القانون في شكلية انعقاد العقد، وليس بانتقال الملكية العقارية إذ لم تتناول المادة المذكورة بالتعديل أي نص من النصوص القانونية التي حددت آليات وتاريخ انتقال الملكية العقارية وحصرتها بوجوب التسجيل في السجل العقاري.

ونرى بأن المشرع عند إقرار أحكام المادة 11 من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة قد سعى عن تحديد مدى نفاذ البيع العقاري الذي أقر بجواز أن تتضمنه الوكالة غير القابلة للعزل بمواجهه الغير ممن لم تربطهم علاقة مباشرة بالعقد ولا تنصرف إليهم آثاره، كالخلف الخاص الذي يكتسب حقوقاً عينية عقارية على العقار موضوع الوكالة الدورية غير القابلة للعزل في حال تم بيع العقار مرة أخرى من الموكل في الوكالة الدورية، حيث سنصبح أمام حالة من حالات تزامم المشتريين، وهو المشتري الأول بموجب الوكالة غير القابلة للعزل والمشتري الثاني الذي آل إليه العقار من البائع بموجب عقد بيع منظم لدى دائرة الأراضي مباشرة، أو بموجب وكالة دورية غير قابلة للعزل بتاريخ لاحق عن الوكالة الأولى إلا أنه سارع في تسجيل شراؤه وسجل اسمه كمالك على صحيفة العقار، الأمر الذي يطرح العديد من الإشكالات القانونية والواقعية في الحق الأولى بالحماية والذي يتوجب ترجيحه، فهل هو صاحب الحق بموجب الوكالة الأسبق في التاريخ؟ أم أنه هو صاحب الحق الأسبق بالتسجيل؟

المطلب الثاني

مدى نفاذ البيوع العقارية بموجب الوكالة غير القابلة للعزل بمواجهة المشتري المسجل

انقسمت آراء الفقه والقضاء حول الآثار القانونية للتصرفات التي يعقدها الموكل على العقار موضوع الوكالة الدورية، إلى مذهبين يذهب الأول إلى ما استقرت عليه محكمة النقض الفلسطينية بعدم جواز أي تصرف يعقده الموكل على العقار محل الوكالة الدورية لكون يده مغلولة عن التصرف بالعقار لحين انتهاء مدة الوكالة غير القابلة للعزل، وبالتالي فالبيوع والتصرفات اللاحقة للوكالة الدورية تقع باطلّة أو موقوفة على إجازة المستفيد من الوكالة الدورية السابقة بالتاريخ على التصرف العقاري اللاحق (الفرع الأول).

بينما يذهب جانب آخر إلى تبني ما استقرت عليه محكمة التمييز الأردنية وسارت عليه أحكام بعض محاكم الاستئناف الفلسطينية في بعض قراراتها، بأن تصرف الموكل مرة أخرى بالعقار موضوع الوكالة يعتبر صحيحاً

(1) نقض مدني رقم 2004/87، الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة بمرام الله، بتاريخ 2004/07/14.

(2) نقض مدني رقم 2019/1333، الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة بمرام الله، بتاريخ 2019/03/17.

لصدوره من مالك قانوني في ملكه كون أن الوكالة غير المسجلة لا تنقل الملكية كما تقدم بيانه، وأن اخلال الموكل بالتزامه بعدم التصرف يرتب بذمته التزاما شخصيا بالتعويض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عدم نفاذ الوكالة غير القابلة للعزل بمواجهة الغير

يذهب الاتجاه الفقهي⁽¹⁾ والقضائي⁽²⁾ الذي يرى ضرورة مراعاة استقرار المعاملات العقارية وثبات مشتملات السجل العقاري إلى ترجيح حقوق المالك المسجل على حقوق المستفيد بالوكالة الدورية، ولو كان المالك المسجل لاحقا بالمرتبة على المستفيد من الوكالة غير القابلة للعزل، بحيث يظل المالك وفقا لهذا الرأي حرا بالتصرف بالعقار موضوع الوكالة غير القابلة للعزل ما لم يتم تنفيذها لدى دوائر الأراضي، ونقل ملكية العقار لاسم المستفيد في هذه الوكالة، بوصفه أي البائع ما زال مالكا للعقار من الناحية القانونية ببقاء اسمه على صحيفة العقار موضوع الوكالة غير المنفذة.

ويبرر هذا الاتجاه موقفه باستقرار القضاء الفلسطيني والقرارات المتعاقبة لمحكمة النقض الفلسطينية بعدم انتقال الملكية العقارية إلا بالتسجيل وأن البيوع بموجب الوكالة غير القابلة للعزل لا يترتب عليها انتقال الملكية إلى المشتري قبل تنفيذ الوكالة لدى دائرة التسجيل، وقد ذهبت بعض الأحكام القضائية في هذا الاتجاه فقررت محكمة استئناف القدس في أحد قراراتها: (وعليه يصبح القول بأن الوكالة الدورية الأسبق بالتاريخ هي الأولى بالتنفيذ على الوكالة التي نفذت فعليا بالموقع الرسمي اللاحقة التاريخ إلغاء لنظام التسجيل ومخالفة لحكم القانون وإهدار للحقوق وضياح للنظام العام الذي يقوم عليه هذا النظام وتشجيع لذوي النفوس الضعيفة للقيام بعمليات بيع المرة تلو الأخرى، أما فيما لو كان الأمر يتعلق بعدم تنفيذ الوكالتين أي عدم اللجوء إلى دائرة التسجيل بأي الوكالتين حينها يطبق الاستثناء في تنفيذ الوكالة الأسبق بالتاريخ وخير للقانون وللعدالة وللنظام العام وأن يبقى السجل العقاري ثابتاً صحيحاً يحوز على الحجية المطلقة ويترتب عليه صرامة القيد من أن يتم الغاء القيد الذي تم بإجراءات صحيحة وسليمة ومتفقة والقانون ضمن مبدأ حسن النية للمشتري الثاني الذي نفذ البيع بالموقع الرسمي لأن حسن النية هنا مفترض وعلى من يدعي خلاف ذلك عليه اقامة الدليل وحينها لكل مقام مقال.

كما أن الوكالة الدورية هي اجراء تحضيرى لتنفيذ البيع بالموقع الرسمي ولا تعتبر سنداً ناقلاً للملكية للقول بأن يد البائع غلت عن المبيع فطالما أن المشتري (المدعي) حصل على وكالة دورية من المالك فكان

(1) التكروري، عثمان، المفاضلة بين الوكالة الدورية الأولى والوكالة الدورية الثانية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.othman.ps، تاريخ زيارة الموقع 2020/11/15.

(2) نقض مدني رقم 1333 لسنة 2019، الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة بمرام الله، بتاريخ 2019/03/17، منشور على موقع المفتي.

عليه المبادرة لتسجيل وتنفيذ وكالته بالموقع الرسمي وأن مجرد تقديم الطلب إلى دائرة الأراضي لا يقوم مقام عقد البيع وتنفيذ الوكالة⁽¹⁾.

ونرى بأن محكمة الاستئناف بقرارها المشار إليه أعلاه قد حاولت تبرير موقفها بهدم القوة القانونية التي رتبها أحكام المادة 111 من مجلة الأحكام العدلية التي قررت حكم العقد الموقوف إذا تعلق بالمبيع حق للغير، دون أي سند أو نص قانوني خاص أو ناسخ أو لاحق لحكم المادة 111 و368 من مجلة الأحكام العدلية⁽²⁾، كما أن افتراض محكمة الاستئناف الموقرة بأن صرامة القيود العقارية تتنافى مع الاعتراف بنفاذ الوكالة الدورية غير القابلة للعزل إلا سبق بالتاريخ من جهة، أو بعدم نفاذ التصرف اللاحق بمواجهة المستفيد الأسبق بموجب الوكالة غير القابلة للعزل يفتقد لأي نص قانوني صريح أو ضمني في القوانين النافذة في الضفة الغربية، حيث أن قانون تسوية الأراضي والمياه وقانون تسجيل الأموال غير المنقولة التي لم يسبق تسجيلها وقانون التصرف بالأموال غير المنقولة قد خلت جميعها من منح القيود العقارية اللاحقة أي قوة ثبوت مطلقة، وحصرت الحجية المطلقة بالقيود العقارية الناتجة عن أعمال التسوية والتسجيل الجديد، أي القيد العقاري الأول دون القيود اللاحقة. كما يبدو وكما نرى أن محكمة الاستئناف قد غفلت عن أحكام المادة الثامنة من قانون انتقال الأراضي لسنة 1920 النافذ في الضفة الغربية والتي قررت بأن مجرد التسجيل لا يفيد ضمناً صحة الملكية أو معاملة التصرف، بما يؤكد عدم تبني القوانين النافذة في الضفة الغربية للأثر المنشئ للتسجيل، فالتسجيل المجرد وحده لا ينشئ الحق المقيد في السجل العقاري، بل أن ما ينشئ الحق وينقل الملكية هو العقد المقترن بالتسجيل، فالتسجيل لا يطهر الحق المسجل ولا يمنع الطعن بالعقد والمس بالتسجيل والغاؤه أو التشطيب عليه في الحالات التي يتم فيها نقض هذا العقد من قبل القضاء. حيث أجازت الكثير من الأنظمة العقارية التي تتبنى نظام السجل العيني الطعن بالتصرفات العقارية المسجلة والغاؤها كالنظام العقاري الأردني والسوري والجزائري والمصري⁽³⁾.

حيث نصت المادة 8 المذكورة على: (أن الموافقة المعطاة بمقتضى المادة 4 وتسجيل العقد لا يفيدان ضمناً صحة الملكية أو معاملة التصرف).

(1) نقض مدي رقم 1333 لسنة 2019، الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة بمرام الله، بتاريخ 2019/03/17، منشور على موقع المفتي. واستئناف حقوق رقم 2016/130، الصادر عن محكمة استئناف القدس المنعقدة بمرام الله، بتاريخ 2016/12/21، غير منشور، واستئناف حقوق رقم 2010/642، الصادر عن محكمة استئناف رام الله، بتاريخ 2011/03/29، منشور على موقع المفتي، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين.

(2) نصت المادة 111 من مجلة الأحكام العدلية بأن: (البيع الموقوف: بيع يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي)، فيما نصت المادة 368 من مجلة الأحكام العدلية بأن: (البيع الذي يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي وبيع المرهون ينعقد موقوفاً على إجازة ذلك الغير).

(3) هلدري أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب العلمية، بيروت، 2011، ص. 35.

وبناءً على ما تقدم فإن الحكم ببطلان العقد الذي بني على أساسه التسجيل، يؤدي بالنتيجة إلى إلغاء هذا التسجيل والتشطيب على اسم المالك من السجل العقاري، تطبيقاً للقاعدة القانونية بأن ما بني على باطل فهو باطل.

كما نرى بأن هدم أي حق مقرر بموجب نص قانوني لا يجوز إلا بمقتضى نص قانوني آخر أعلى منه أو مساو له في المرتبة التشريعية، ويبدو أن محكمة الاستئناف الموقرة قد تأثرت بالأحكام القضائية والفقهاء القانونيين في الأنظمة التي تقر الحجية المطلقة للتقييدات العقارية اللاحقة، والتي لا يجوز استعارتها دون سند قانوني يسمح بذلك.

حيث أنه وعلى الرغم من وجهة الاتجاه السابق في تعزيز الحماية القانونية للغير حسن النية المقيد في السجل العقاري، وترجيح مقتضيات استقرار المعاملات العقارية، وثبات السجل العقاري الذي تتنافى جميعها مع وجود ملكيات أو حقوق عقارية مستترة، ومن بينها الحقوق المترتبة للمستفيد من الوكالة الدورية غير القابلة للعزل، إلا أن تلك المبررات تعتبر غير كافية لمخالفة أحكام القانون، وإن كانت ذو أهمية في تسليط الضوء على الإشكالات التي نتجت عن البيوع العقارية بموجب الوكالات غير القابلة للعزل، والحاجة الماسة إلى تعديل أحكام المادة 11 من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958، بالنص صراحة على عدم نفاذ الوكالات الدورية غير القابلة للعزل بمواجهة الغير حسن النية إلا بتنفيذها لدى دائرة التسجيل المختصة، أو بوضع إشارة على سجل الأموال غير المنقولة تفيد بوجود حق متعلق بالعقار بموجب الوكالة غير القابلة للعزل، بما يحقق العلنية ويتواءم مع مقتضيات الشهر العقاري بنفاذ التصرفات المعلنة دون المستترة بمواجهة المتعاملين ومن وضع ثقته بمشتملات السجل العقاري، بما يحقق العلم القانوني للغير ممن يرغب التعامل بالعقار موضوع الشهر بوجود حقوق قانونية سابقة.

الفرع الثاني . الالتزام بعدم التصرف بالعقار موضوع الوكالة ونفاذ آثار الوكالة بمواجهة الكافة

يذهب هذا الاتجاه والذي تبنته محكمة النقض الفلسطينية بما استقر عليه قضاؤها⁽¹⁾، بأن مقتضيات القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 والذي أجاز البيع بموجب الوكالات غير القابلة للعزل كاستثناء محدد ومحصور بمنع البيوع العقارية خارج دوائر التسجيل، وأن إعطاء وكالة دورية يتعلق بها حق الغير يحول بين معطيها وبين إعطاء وكالات أخرى بالعقار موضوعها كما تحوّل بينه وبين اجراء اية بيوعات على العقار موضوع الوكالة ذلك أن الوكالة المعطاة تغل يد البائع عن أية بيوعات تتعلق بذات العقار المباع بموجب الوكالة ويبقى حق المستفيد من الوكالة قائماً طيلة المدة المقررة قانوناً وهي خمس عشرة سنة وبالتالي فإن أية بيوعات يقوم بها البائع تلي إعطاء الوكالة الدورية الأولى سواء كان ذلك في الموقع الرسمي أو

(1) نقض مدني رقم 2009/15، الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة بمرام الله، بتاريخ 2009/12/22، منشور بموقع منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، المقتضي.

وكالات لاحقة للوكالة الأولى تقع موقوفة على إجازة المستفيد فإن أجازه نفذ وإلا بطلت وتوجب إلغاء كافة البيوع أو التصرفات أو القيود العقارية التي استندت عليها.

وفقاً لأحكام المادة 368 من المجلة والتي نصت على أن: (البيع الذي يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي وبيع المرهون ينعقد موقوفاً على إجازة ذلك الغير)، وقد أكدت محكمة النقض الفلسطينية ما سبق بالعيد من أحكامها والتي جاء في أحدها: (ما استقر عليه اجتهاد محكمة النقض في العديد من أحكامها بأن اعطاء وكالة دورية يتعلق بها حق الغير يحول بين معطها وبين اعطاء وكالات أخرى بالعقار موضوعها كما تحول بينه وبين اجراء اية بيوعات على العقار موضوع الوكالة ذلك أن الوكالة المعطاة تغل يد البائع عن أية بيوعات تتعلق بذات العقار المباع بموجب الوكالة ويبقى حق المستفيد من الوكالة (المشتري) قائماً طيلة المدة المقررة قانوناً وهي خمس عشرة سنة وبالتالي فإن أية بيوعات يقوم بها البائع تلي اعطاء الوكالة الدورية الأولى سواء كان ذلك في الموقع الرسمي أو وكالات لاحقة للوكالة الأولى تقع باطله وعليه وتأسيساً على ما ذكر يقتضي أن تكون الوكالة الدورية الأولى بالحماية منظمة ومصدقة وفقاً لأحكام القوانين الناظمة لهذه المسألة فالمادة (11) من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 وما أدخل عليها من تعديلات مطبقة لدينا)⁽¹⁾.

ونرى بأن ما قرره محكمة النقض الفلسطينية في قرارها المشار إليه، وما استقر عليه قضاؤها وأن كان قد أصاب صحيح القانون، فإنه كان يتوجب على محكمة النقض وكما نرى أن تسلط الضوء على خطورة ما نصت عليه أحكام المادة 11 من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة وتعارضها مع التوجهات الحديثة للتشريعات العقارية وما تقتضيه من منح الحجية القانونية المطلقة لتقييدات الغير ذي النية الحسنة، والبحث عن معيار قانوني يمكن من خلاله الموازنة بين مبادئ العدالة وحماية المشتري وصاحب الحق القانوني الأسبق بتاريخ الشراء، ومقتضيات الاستقرار العقاري ووجوب حماية المالك المسجل ذي النية الحسنة.

كما نرى بأن التناقض والخلاف المشار إليه كان بسبب عدم وضوح النصوص القانونية في مدى حماية المالك المسجل حسن النية تجاه حالات الحكم ببطلان أو فسخ العقود والتصرفات سواء فيما بين الأطراف أو الغير.

إذ وبمراجعة الأحكام القضائية لمحكمة النقض الفلسطينية فإنها لم تتضمن تحديد هذه الطبيعة القانونية للوكالة غير القابلة للعزل، مكتفية بتحديد الآثار القانونية المترتبة عنها مما أوقع القضاء الفلسطيني

(¹) نقض مدني رقم 2017/1400، الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة بمرام الله، بتاريخ 2020/08/23، منشور على موقع قسطاس للمعلومات القانونية. ينظر أيضاً نقض مدني رقم 2015/769، الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة بمرام الله، بتاريخ 2019/12/11، منشور على موقع قسطاس للمعلومات القانونية.

في العديد من التناقضات بين هذه الآثار في العديد من الأحكام القضائية تبعا للخلفية التي استندت عليها الأحكام القضائية المختلفة في تحليل هذه الآثار مما يستتبع ضرورة تصدي محكمة النقض ببيئتها العامة إلى تحديد الطبيعة القانونية للوكالة غير القابلة للعزل لتوحيد الاجتهاد القضائي في هذه الناحية لما له من آثار قانونية هامة في الاستقرار والأمن القضائي من جهة، والوصول إلى ما إذا كانت النصوص القانونية المتعلقة بالتسجيل العقاري في ظل إقرار التعامل بالوكالات الدورية غير القابلة للعزل توازن بين مقتضيات العدالة واستقرار السجل العقاري من عدمه، وبخاصة أمام صراحة النصوص القانونية التي لا تسمح بإغفال الحقوق المتعلقة بالوكالات الدورية غير القابلة للعزل طيلة فترة صلاحيتها ولو لم يتم تنفيذها لدى دائرة الأراضي، ولو أدى ذلك إلى الإضرار بالمشترى الثاني المسجل والذي قد يكون حسن النية، الأمر الذي يؤدي إلى إهدار حقوق الغير حسن النية عند الحكم بنفاذ الوكالة الدورية الأولى بمواجهته والغاء تسجيله، وبخاصة في الحالات التي تتحقق فيها حسن النية للغير بعدم علمه وجهله بترتيب حقوق سابقة على العقار الذي قام بشرائه، ومواجهته ببيع مستتر وغير مشهورة في السجل العقاري، الأمر الذي يهدر كل قيمة لمشتريات السجل العقاري ويؤدي لزعزعة الثقة بهذا السجل الذي يفترض أن يكون عنوانا للحقيقة ومرآة تعكس وضعية العقار الحقيقية.

الخاتمة:

لا شك أن مقتضيات المادة 11 من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958، قد أثارت الكثير من الإشكالات القانونية لتعارضها مع أحكام المادة 16 من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952 وبخاصة أحكام الفقرة الثالثة من المادة المذكورة والتي قررت شكلية التسجيل العقاري لانعقاد التصرفات والبيوع العقارية.

وبالتالي فإن محاولات الفقه والقضاء في التوفيق بين مقتضيات أحكام المادة 11 من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة وبين حكم البيوع العقارية المسجلة بما يخالف حقوقا قانونية سابقة لها في المرتبة، مع مقتضيات استقرار المعاملات العقارية يصطدم مع أحكام المادة 368 من مجلة الأحكام العدلية التي تقرر حكم العقد الموقوف على العقار الذي ترتب فيه حق للغير ولو كان هذا الحق غير مشهر أو مسجل في السجل العقاري من جهة كما تتعارض مع أحكام المادة الثامنة من قانون انتقال الأراضي باب 81 لسنة 1920 النافذ في الضفة الغربية التي تتعارض مع إهدار الحقوق غير المسجلة لفائدة تلك التي تم شهرها وتسجيلها في السجل العقاري الفلسطيني.

مما خلق واقعا قانونيا معقدا أدى إلى تضارب الأحكام القضائية من جهة، ومس بالأمن القانوني نتيجة عدم استقرار الأحكام القضائية التي تمس أحد أهم مفاصل الثروة العقارية وهي الملكية العقارية المسجلة.

الأمر الذي يتوجب معه البحث عن حلول تشريعية ترفع التعارض الذي خلق حالة فريدة ضمن التشريع العقاري الفلسطيني من شأنها العصف بمبادئ السجل العيني العقاري الفلسطيني، الذي يتبين بأنه لم يقرر

أي حجية لتسجيل البيوع والتصرفات العقارية اللاحقة بمواجهة الغير من أصحاب الحقوق العينية العقارية غير المسجلة لانعدام أي نص قانوني يمنح المالك المسجل حجية قانونية بمواجهة المشتريين غير المسجلين أو يمنعمهم من التمسك بإستحقاقهم للعقار المبيع لتعلق حقهم بهذا العقار بموجب عقد الوكالة غير القابلة للعزل بمواجهة البائع ذاته أو الغير ممن أنتقلت إليه الملكية العقارية من ذلك البائع ببيع لاحق على تاريخ البيع الأول، الأمر الذي ندعو من خلاله المشرع الفلسطيني بضرورة تعديل أحكام المادة 11 من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة والنص على إلزام المشتري بموجب الوكالات الدورية غير القابلة للعزل بإشهار حقه بموجب تلك الوكالات من خلال وضع إشارة على صحيفة العقار تحت طائلة عدم نفاذ ذلك الحق بمواجهة الغير ذي النية الحسنة بما يحقق الحماية القانونية للكافة ويؤدي إلى الثقة بالسجل العقاري وثبات الحقوق المقيدة فيه.

قائمة المصادر والمراجع

النصوص التشريعية:

- مجلة الأحكام العدلية لسنة 1293هـ، المنشورة في مجموعة عارف رمضان (الحكم العثماني)، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، المقتفي.
- قانون انتقال الأراضي الباب 81 لسنة 1920، المنشور في العدد 81 من قوانين فلسطين، مجموعة درايتون، الانتداب البريطاني، بتاريخ 1937/01/22، ص. 1001، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، المقتفي.
- قانون الكاتب العدل رقم 11 لسنة 1952، المنشور في العدد 1101 من الجريدة الرسمية الأردنية، بتاريخ 1952/03/01، ص. 110، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، المقتفي.
- قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952، المنشور في العدد 1113، الجريدة الرسمية الأردنية، بتاريخ 1952/06/16، ص. 279، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، المقتفي.
- نظام تسجيل الأراضي رقم (1) لسنة 1953 المنشور في العدد 1136 من الجريدة الرسمية الأردنية (الحكم الأردني) بتاريخ 1953/03/16 ص 609، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، المقتفي.
- قانون التصرف بالأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953، الصادر بتاريخ 1953/03/02 والمنشور في العدد 1135 من الجريدة الرسمية الأردنية، بتاريخ 1953/03/01، ص. 577، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، المقتفي.

- القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958، المنشور في العدد 1410، الجريدة الرسمية الأردنية، بتاريخ 1959/01/01، صفحة 50، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، المقتفي.
- قانون تسجيل الأموال غير المنقولة التي لم يسبق تسجيلها رقم 06 لسنة 1964، منشور على الصفحة 199 من عدد الجريدة الرسمية رقم 1743 بتاريخ 1964/03/01، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، المقتفي.
- القانون المعدل لقانون كاتب العدل رقم 28 لسنة 1964، والمنشور في العدد 1811، الجريدة الرسمية الأردنية، بتاريخ 1964/12/16، ص. 1831، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، المقتفي.
- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، المنشور على الصفحة 2 من عدد الجريدة الرسمية رقم 2645 بتاريخ 1976/8/1، وأصبح قانوناً دائماً بموجب إعلان اعتبار القانون المؤقت رقم 43 / 1976 قانوناً دائماً المنشور على الصفحة 829 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4106 بتاريخ 1996/3/16، قسطاس.

المراجع:

- الإهواني، حسام الدين كامل، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبعة جامعة الكويت، 1989.
- عواد، نصري إبراهيم، مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة الاستئناف برام الله في الدعاوي الحقوقية لعام 1987، الجزء الأول.
- هلدبر أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب العلمية، بيروت، 2011.

المجلات والدوريات:

- مجلة البلقاء للبحوث والدراسات، البديرات، أحمد، "النظام القانوني للوكالة ببيع المال غير المنقول التي تعلق بها حق الغير، دراسة في قانون الأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958، وتعديلاته"، المجلد 12، العدد 02، الأردن، 2008.
- مجلة الحقوق، الدريعي، سامي عبدالله، "الوكالة غير القابلة للعزل في القانون الكويتي والقانون الفرنسي"، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، مجلد 25، عدد 04، الكويت، 2001.
- مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية الكيلائي، جمال زيد، و داود، محمد داود حسين، "الوكالة الدورية الغير قابلة للعزل وإشكاليات تنفيذها، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني"، السنة الثامنة، العدد العاشر، 2017.
- مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، الجماعين، خليل، "حكم البيع العقاري غير المسجل في القانون والقضاء الأردني"، جامعة حلوان، عدد 22.

- مجلة دراسات، المساعدة، نائل علي حماد، "الوكالة غير القابلة للعزل في القانون الأردني"، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، مجلد 38، عدد 1، الأردن، 2011.
- مجلة دراسات، عويدي، احمد علي، "المشكلات القانونية للوكالة غير القابلة للعزل الواردة عن الأموال غير المنقولة في التشريع الأردني"، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية عمادة البحث العلمي مجلد 44، عدد 3.
- مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية، عبد الرحمن، أحمد شوقي، "مدى سلطة الموكل في إنهاء عقد الوكالة بإرادته المنفردة"، 1981.

الرسائل الجامعية:

- حمدان، إسحاق أحمد علي، الوكالة غير القابلة للعزل في التشريع الأردني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، 2000.
- شنتاوي، فراس غازي سعيد، الوكالة غير القابلة للعزل، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن، 2011.
- العدوان، عماد عبدالله محمد، آثار الوكالة غير القابلة للعزل في التصرفات الجارية على الأموال غير المنقولة، دراسة في التشريع الأردني والمقارن، أطروحة دكتوراه، جامعة عمان العربية، كلية الدراسات القانونية العليا عمان، 2013.
- النوايسة، هاشم عبدالله، أثر الوكالة غير القابلة للعزل على البيع العقاري : دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، قسم القانون المقارن، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، 2016.

المواقع الإلكترونية:

- التكروري، عثمان، المفاضلة بين الوكالة الدورية الأولى والوكالة الدورية الثانية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.othman.ps، تاريخ زيارة الموقع 2020/11/15.

المعاملة الضريبية للأسرة وللطبقة الوسطى بالمغرب: دراسة مع تجارب مقارنة

Tax treatment of the family and the middle class in Morocco: A Comparative Study of Experiences

د. عبد الغني بامو، أستاذ وباحث بجامعة ابن زهر- أكادير، المغرب.

Abdelghany BAMOU, Professor and researcher at Ibn Zohr University, Agadir-Morocco

Abstract

Politics of taxation plays a pivotal role within socio-economic policy of states; it enables the public authorities to provide its necessary needs in order to confront the public dispenses as well as serving economic and social purposes among which the attempts to consolidate the stature of households and the middle class in society.

Moroccan taxation system works from within different contexts that contribute in widening the gap of social disparity and class division among individuals and groups. This poses the inquiry of how could income taxation contribute in the amendment of both household and middle-class situations in society so as to fulfill tax justice.

Thus, taxation is a strategic toolkit to strengthen the status of households and middle class within society. This can be possible only if the political conditions are fulfilled such as power democratization, abolishment of corruption, detachment of powers and economic governance...as the family is the main core for every society, and the middle class is central in order for hierarchal construction of a society.

Key words: family taxation, tax household, tax justice

الملخص:

تحتل السياسة الضريبية مكانة محورية ضمن السياسة الاقتصادية والاجتماعية لأغلب الدول، حيث تمكن السلطات العمومية من توفير احتياجاتها من الموارد لمواجهة التكاليف العمومية وكذا لخدمة أغراض اقتصادية واجتماعية من بينها محاولة تقوية مكانة الأسر والطبقة الوسطى داخل المجتمع.

والمنظومة الضريبية في المغرب تشتغل من داخل سياقات متعددة تساهم في تعميق التفاوتات الاجتماعية والفوارق الطبقيّة بين الأفراد والجماعات. وهذا يطرح سؤال إمكانات توظيف الضريبة وخصوصا الضريبة على الدخل من أجل تحسين وضعية الأسرة والطبقة الوسطى في المجتمع تحقيقا لمزيد من العدالة الجبائية.

إن الضريبة إذن هي آلية استراتيجية لتقوية مكانة الأسرة والطبقة الوسطى في المجتمع، وذلك رهين بتوفر الشروط السياسية من قبيل ديمقراطية السلطة، محاربة الربع والفساد، فصل السلط، الحكامة الاقتصادية... فالأسرة هي النواة الأساسية للمجتمع والطبقة الوسطى هي الحلقة المركزية في البناء التراتبي للمجتمع.

الكلمات المفتاحية: التضريب الأسري، الأسرة الضريبية، العدالة الجبائية.

مقدمة عامة:

تشكل السياسة الضريبية للدولة إحدى الأدوات الرئيسية بيد السلطات العمومية للتدخل في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، حيث تتعدد وظائف الضريبة بين الوظيفة المالية التي تغذي خزينة الدولة لتغطية نفقاتها، ثم الوظيفة الاقتصادية التي تسمح للدولة بالتدخل في النشاط الاقتصادي وتحريك عجلة النمو، ثم الوظيفة الاجتماعية المتمثلة في إعادة توزيع الدخل والثروات ومحاولة تقليص التفاوتات الطبقيّة وتكريس العدالة الاجتماعية، ثم أخيرا الوظيفة السياسية والبعد الديمقراطي¹ الذي يحيل إلى كون السياسة الضريبية هي عبارة عن قرارات سياسية في نهاية المطاف، فهي صادرة عن سلطة سياسية وخاضعة لميكانيزمات صناعة واتخاذ القرار السياسي الذي يعبر عن القوى الفاعلة في المجتمع (الإدارة، المؤسسات السياسية، اللوبيات، الأحزاب،...) وعن مصالحها (اقتصادية، مالية، سياسية...) وعن الأدوات التي تستعملها (الإعلام، الابتزاز، شبكات المصالح، الاغراءات، المساومات، التهديدات...) للضغط على السياسة الضريبية من أجل الحصول على أكبر قدر من المكاسب.

¹ - في الوقت الحالي، أصبحت الضريبة تخدم أهدافا أخرى بشكل مباشر أو غير مباشر، كالضريبة البيئية التي تفرض على الأنشطة والصناعات والمواد التي تلحق ضررا بالبيئة، والهدف هو تقليص مستويات تلوث البيئة وتوفير الأموال اللازمة لمعالجة الاضرار والاثار الناجمة عن التلوث البيئي.

كما أن الضريبة قد تخدم أهدافا مجتمعية كالمساهمة في التحكم في النمو الديمغرافي أو في زيادة المواليد...

وبذلك تكون الأنظمة السياسية الديمقراطية أكثر تعبيراً عن الإرادة الشعبية وخدمة مصالح المواطنين في مجابهة/توازن مع مطالب الجماعات الضاغطة، فتتجه بذلك نحو تكريس مزيد من العدالة الاجتماعية.

والعدالة الاجتماعية في هذا السياق تتسع لتشمل العدالة المجالية، التوزيع العادل للثروات، المساواة في الاستفادة من الخدمات التي يقدمها أشخاص القانون العام، العدالة الجبائية...، حيث تتكون هذه الأخيرة من عناصر معيارية تهدف إلى تجاوز الاختلالات التي تعرفها المنظومة الجبائية من قبيل اللامساواة في الأعباء الضريبية، الضغط الضريبي، التهرب والغش الضريبي...، لذلك تشكل العدالة الجبائية مؤشراً دالاً لقياس درجة ديمقراطية وعصرنة النظام الجبائي في دولة ما.

وإشكالية العدالة الجبائية تحيل إلى طبيعة السياسة الاجتماعية التي تتبناها الدولة لصالح المواطنين والفئات المجتمعية والأسر، وبالأخص الطبقة الوسطى والأسر التي تتحمل العبء الأكبر من الضريبة على الدخل في ظل ضعف مؤشرات العدالة الجبائية في المنظومة الجبائية الوطنية.

إن هذه الدراسة تندرج في سياق سوسيو اقتصادي وسوسيو سياسي متسم بتنامي الضغوط الاجتماعية على ميزانية الدولة المطالبة بالاستجابة الفعالة والعاجلة للمطالب المتنامية للسكان، في مقابل محدودية الموارد العمومية¹ التي تحصل عليها الدولة من الدورة الاقتصادية (الإنتاج والتوزيع والاستهلاك والادخار)²؛ الشيء الذي يجعل السلطات العمومية ملزمة في اختياراتها بإيجاد حلول مقنعة وعادلة لهذه المعادلة.

فهذا الموضوع يكتسي راهنية كبيرة لعدة اعتبارات :

1- مخرجات المناظرة الوطنية الثالثة حول الجبايات³ التي تمخضت عنها توصيات أساسية منها:

○ مراجعة جدول أسعار وأشطر الضريبة على الدخل من أجل دعم القدرة الشرائية لذوي الدخل الدنيا والطبقات المتوسطة.

○ دراسة شروط إرساء مفهوم "العائلة كوحدة للتضريب" (fiscal foyer)

¹¹ - كان يتوقع أن تبلغ الموارد الضريبية للدولة سنة 2020 حوالي 233,3 مليار درهم فيما سيصل عجز الميزانية لحوالي 41 مليار درهم. (قانون رقم 70.19 يتعلق بقانون المالية لسنة 2020، الجريدة الرسمية عدد 6838 مكرر بتاريخ 14 دجنبر 2019). في حين أن القانون المالي التعديلي خفض حجم الموارد الضريبية لحوالي 189 مليار درهم، وتوقع عجز موازنتي في 45 مليار درهم. (قانون رقم 35.20 يتعلق بقانون المالية المعدل لسنة المالية 2020، الجريدة الرسمية عدد 6903 بتاريخ 27 يوليوز 2020).

² - عبد الغني بامو "تراتبية وأولوية وواقع نفقات الدولة في المغرب: 1960-2010: محاولة للرصد والتحليل" أطروحة دكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - مراكش، جامعة القاضي عياض - مراكش، 2015، ص 8.

³ - انعقدت هذه المناظرة بتاريخ 3 و4 ماي سنة 2019 بمدينة الصخيرات، وقد اتخذت المناظرة شعار "العدالة الجبائية"

<https://www.finances.gov.ma/Publication/dgi/2019/recommandations-assises-nationales-fiscalite-ar.pdf> (7/05/2020)

- 2- تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي الذي قدم فيه تصوره حول مسألة الإصلاحات الجبائية¹ وأكد ضمن توصياته على " دعم القدرة الشرائية للطبقة الوسطى، من خلال سن ضريبة للأسر تكون أكثر ملاءمة وتأخذ بعين الاعتبار وجود أشخاص معالين..."
- 3- الخطابات الملكية حول الإصلاحات الجبائية وتعزيز مكانة الطبقة الوسطى، ومنها خطاب 20 غشت 2019 الذي أشار فيه الملك إلى ضرورة تعزيز مكانة الطبقة الوسطى في المجتمع " إن المجتمع مثل البيت، متكامل البنين، أساسه المتين هو الطبقة الوسطى، بينما تشكل الطبقات الأخرى باقي مكوناته (...). ونظرا لأهميتها في البناء المجتمعي، فإنه يتعين العمل على صيانة مقوماتها، وتوفير الظروف الملائمة، لتقويتها وتوسيع قاعدتها، وفتح آفاق الترقى منها وإليها"².
- 4- النقاش الدائر حاليا حول ما يسمى ب" النموذج التنموي الجديد" الذي يتم الترويج له على نطاق واسع وأحدثت من أجله لجنة خاصة، وتعتبر مسألة العدالة الجبائية ضمن الإشكالات المطروحة أمام هذه اللجنة...
- 5- ارتفاع الضغط الضريبي العام وعلى الأسر والأفراد مقارنة بمستوى الخدمات الاجتماعية المقدمة للمواطنين، حيث يناهز في المغرب نسبة 23% من الناتج الداخلي الخام³ مقارنة بالمعدلات العالمية التي وصلت سنة 2015 إلى حوالي 45%⁴؛
- 6- تواضع مؤشرات العدالة الاجتماعية بما فيها العدالة الجبائية، سواء العدالة الأفقية أو العمودية، أو العدالة أمام الضريبة وغيرها⁵ وذلك من خلال تقارير المؤسسات والهيئات الدولية⁶؛
- 7- السياق الحالي لجائحة كوفيد 19 وما سيترتب عنها من تداعيات وتأثيرات متعددة اقتصاديا واجتماعيا وماليا وسياسيا؛

1 - تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي بعنوان " من أجل نظام جبائي يشكل دعامة أساسية لبناء النموذج التنموي الجديد " 2019، صفحة 16.

2 - مقتطف من خطاب 20 غشت 2019، ([http://www.maroc.ma/ar/%D8\(7/05/2020\)](http://www.maroc.ma/ar/%D8(7/05/2020))

3 - مؤشر الضغط الضريبي هو نسبي ويجب قراءته ضمن السياق الاقتصادي والاجتماعي والسياسي لكل دولة، حيث تصل نسبته مثلا في الدنمارك إلى 45% ولا يشكل مشكلا كبيرا للمواطنين الذين يقبلون بشكل كبير على دفع الضريبة لأن مقابل ارتفاع الضغط الجبائي يحصل المواطنون على خدمات ذات جودة وحماية اجتماعية كبيرة.

كما يصل معدل الضغط الضريبي في دول منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OCDE إلى 34,3% سنة 2018

- OCDE, statistique des recettes publiques 1965-2018, édition 2019, page 22.

4 - <https://donnees.banquemondiale.org/indicateur/GC.TAX.TOTL.GD.ZS> (10/05/2020)

5 - سيتم تفصيل هذه المسألة في العناصر المنهجية القادمة في هذه الدراسة.

6 - من بين هذه التقارير هناك:

- صندوق النقد الدولي، مذكرة مناقشات خبراء صندوق النقد الدولي "العدالة الضريبية في الشرق الأوسط وشمال إفريقيا" شتنبر 2015

- OXFAM « Un Maroc égalitaire, une taxation juste » Avril 2019

- <https://www.oxfam.org/fr/search?keys=un+maroc+%C3%A9galitaire> (7/9/2020)

8- تأكل الطبقة الوسطى وتدهور قدرتها الشرائية وضعف مؤشرات الترقى منها وإليها، حيث عديدة هي التقارير التي تشير إلى تقلص حجم الطبقة الوسطى والمخاطر الاجتماعية والسياسية والاقتصادية التي ستنتج عنها¹.

- التأطير المفاهيمي:

سيتم التركيز في هذه الدراسة على محاولة تحديد بعض الدلالات المفاهيمية لكل من الطبقة الوسطى، العدالة الجبائية، الأسرة/العائلة الضريبية.

1- مفهوم الطبقة الوسطى²:

لا بد من تسجيل ملاحظة منهجية فيما يخص تحديد مفهوم الطبقة الوسطى، وتتعلق بصعوبة توحيد معايير محددة لتعريف ماهية الطبقة الوسطى، وذلك لعدة اعتبارات لعل أبرزها أنها طبقة ديناميكية تسمح بالرقى منها وإليها، كما أنها متنوعة الخصوصيات والميولات... وكذا لتنوع المقاربات التي تؤطر هذا المفهوم.

فهنالك من يقارنها من خلال معيار الدخل (الدخل الأسري، اليومي أو الشهري أو السنوي) حيث يتم تحديد إما متوسط الدخل أو حد أدنى وحد أعلى للدخل ليتم إدراج الأسر التي تحصل على ذلك الدخل ضمن الطبقة الوسطى، وهناك من يوظف معيار الاستهلاك (تغطية متوسط الدخل لمتوسط الاستهلاك الأسري) إلى جانب الميولات السلوكية والنماذج الثقافية والقيم الحياتية...

لذلك، هناك صعوبة مفاهيمية ومنهجية لتحديد ماهية الطبقة الوسطى³ بسبب الاختلاف بين المؤسسات والباحثين حول منهجيات ومعايير التحديد وأحيانا حتى جدوى البحث عن هذه المعايير. بل إن الصعوبة توجد أيضا على المستوى الرسمي فقليل من الدول هي التي حاولت تقديم تحديد رسمي للطبقة الوسطى كما هو الحال بتونس والصين.

¹ - من بين هذه التقارير: تقرير للبنك الدولي حول المغرب نشر سنة 2017 بعنوان "المغرب في أفق 2040، الاستثمار في الرأسمال اللامادي لتسريع الإقلاع الاقتصادي".

² - لا بد من الإشارة إلى أن العلاقة بين الأسرة والطبقة الوسطى هي علاقة تلازم وعلاقة الجزء بالكل، فالحديث عن الأسرة يشمل جميع الأسر لمختلف الفئات الاجتماعية، كما أن توظيف مفهوم الطبقة الوسطى يتضمن بالضرورة وأساسا الأسر التي تنتمي لهذه الطبقة.

لذلك سيتواتر في هذه الدراسة استخدام الأسرة والطبقة الوسطى للدلالة على بعضهما وأحيانا على كليهما.

- كما يوجد من يستعمل لفظ الطبقات الوسطى (les classes moyennes) كما هو الشأن بالنسبة للمندوبية السامية للتخطيط.

³ - Ahmed LAHLIMI, Interview avec Challenge Hebdo, 19 - 07 – 2008 :

https://www.hcp.ma/Grande-interview-d-Ahmed-Lahlimi-L-indicateur-est-juste-le-commentaire-est-libre_a1101.html

(10/06/2020)

وبالرغم من هذه الإشكالات المنهجية، فإنها لا تمنع من الاعتماد على عدة معايير إجرائية لمحاولة حصر دلالة الطبقة الوسطى كي يتيسر تحليل الموضوع والاشتغال على اشكالاته الرئيسية¹.

وسيتم التركيز على معيار الدخل الذي تبناه صندوق النقد الدولي في تقريره عن المغرب²، حيث اعتبرت هذه المؤسسة المالية الدولية أن الدخل الشهري لأسرة تنتمي للطبقة الوسطى يبدأ من 1200 دولار (حوالي 11650 درهم في الشهر)، وبذلك تكون الفئات الاجتماعية التي تنتمي للطبقة الوسطى في المغرب حسب هذا المعيار لا تتعدى عتبة 25% من ساكنة المغرب المقدرة بنحو 36 مليون نسمة أي حوالي 6,9 مليون نسمة. وهذه النسبة لا ترقى إلى مصاف النسب الموجودة في بعض الدول الناشئة التي يُقارَن بها المغرب، كالبرازيل التي تشكل فيها الطبقة الوسطى نسبة 50% وتركيا بنسبة 50% وتونس بنسبة 35%...

ولابد من التنبيه إلى إشكالية تآكل هذه الطبقة حتى في ظل هذه النسب المتدنية، حيث إنه باستحضار عامل تراجع القدرة الشرائية لشريحة كبيرة من المواطنين المصنفين ضمن هذه الطبقة بسبب ارتفاع تكاليف التمدرس والتطبيب في القطاع الخاص وارتفاع تكلفة العقار...، فإن نسبة الـ 25% ستتهقر إلى ما دون 15% أي إلى نحو 5 ملايين نسمة³.

2- دلالات العدالة الجبائية

يُعتبر الاقتصادي الإسكتلندي آدم سميث من بين الباحثين الأوائل الذين وضعوا قواعد ومبادئ للضريبة، حيث أشار في كتابه ثروة الأمم⁴ إلى أن أي نظام ضريبي لكي يكون مثاليا لابد أن يتأسس على عدة قواعد من بينها قاعدة العدالة والمقدرة على الأداء، ويعني بها أن يتحمل الأغنياء العبء الأكبر والفقراء عبء أقل من الضريبة.

وفكرة العدالة الضريبة تظل نسبية ومتغيرة في الزمان والمكان، حيث كانت دلالتها بداية تتمحور حول تضريب الجميع وعدم السماح بوجود فئات لا تدفع الضريبة. كما كانت تفرض بسعر نسبي ثابت على الدخل والأرباح بغض النظر عن ارتفاع الدخل. لكن تطبيق العدالة بهذا الشكل أدى إلى زيادة العبء على ذوي الدخل

¹ - للتوسع في الإشكالات المفاهيمية والمحددات للطبقة الوسطى، يراجع:

- Les cahiers du Plan « Les classes moyennes marocaines : définition, caractéristiques et facteur d'évaluation, N° 5, septembre – octobre 2009.

² - تقرير للبنك الدولي حول المغرب، منشورات سنة 2017 "المغرب في أفق 2040" مرجع سابق،

³ - نفس المرجع أعلاه، صفحة 12-13

⁴ - ADAM SMITH " An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations" 1776, Oxford University Press 1976, P:36.

المنخفضة؛ الشيء الذي دفع الباحثين في المالية العامة في الوقت الحاضر إلى تجاوز فكرة الضريبة النسبية وتعويضها بالضريبة التصاعدية لأنها تحقق قدرا أكبر من العدالة الجبائية¹.

كما أن من مدلولات العدالة الضريبية فكرة الشمولية أو العمومية، أي الشمولية/العمومية الشخصية والشمولية/العمومية المادية. فالشمولية الشخصية تحيل إلى خضوع جميع الأفراد الذين يعيشون داخل الدولة للضريبة سواء كانوا مواطنين أو أجانب، ولا يستثنى منهم إلا من تم اعفائهم بمقتضى اتفاقيات دولية - ثنائية أو متعددة الأطراف- وعلى أساس قاعدة المعاملة بالمثل. أما الشمولية المادية فيقصد بها فرض الضريبة على كافة الأموال سواء كانت دخولا أو ثروات بلا استثناء².

كذلك، تشتمل العدالة الجبائية على مستوى عمودي وآخر أفقي. فأما المستوى الأفقي فهو العدالة الأفقية التي يقصد بها معاملة المكلفين المتماثلين معاملة مماثلة بهدف توزيع الأعباء بشكل عادل³، فمثلا ملزمان بالضريبة يحصل أحدهما على دخل من مصدر زراعي والآخر يحصل على دخل مماثل من مصدر عقاري، فإن العدالة الجبائية تفرض على المشرع أن يعامل الملزمين معاملة مماثلة مادام يحصلان على دخل مماثل وإن اختلفت مصادره.

أما العدالة العمودية فتعني أن الملزمين غير المتماثلين ينبغي معاملتهم بطريقة غير متماثلة، ومثال ذلك أن يكون الملزمون يحصلون على دخول متفاوتة، فهذا يعني أن التشريع الضريبي يجب أن يراعي فيهم مقدرتهم التكلفة وألا تُفرض عليهم الضريبة بنفس السعر، لذلك ينبغي إخضاعهم للضريبة بأسعار تصاعدية تبعا لارتفاع الوعاء الخاضع للضريبة.

لكن يجب استحضار معطى جوهري يتمثل في كون العدالة الجبائية هي مسألة نسبية ومتغيرة في الزمان والمكان وحسب الأشخاص⁴، وأحيانا تبدو العدالة الجبائية متحققة في الظاهر، لكن بالغوص في التفاصيل قد يتضح أنها غير متحققة بالشكل الكافي. وسيلاحظ ذلك من خلال الشكل أدناه.

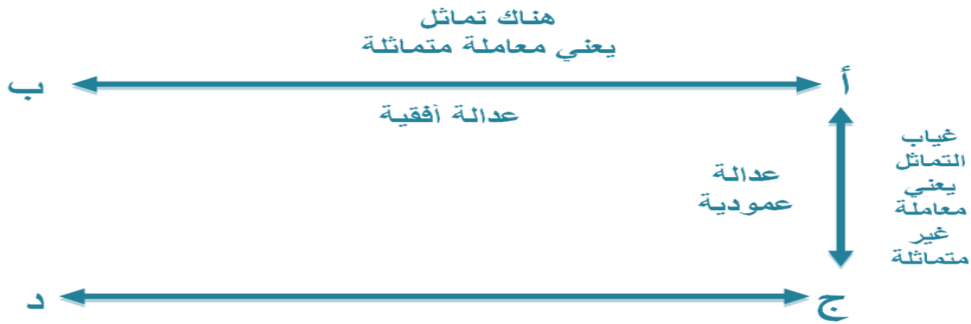
مثال: أربعة ملزمين بالضريبة، شخص أ وشخص ب وشخص ج وشخص د، الشخصان أ و ب يحصلان على دخول متساوية تقريبا (مثلا دخل 150 ألف درهم في السنة) وبذلك فهما ينتميان إلى نفس شريحة التضريب. في حين أن الشخصين ج و د ينتميان إلى شريحة للتضريب مغايرة (دخل يبلغ 290 ألف درهم في السنة).

¹ - بلوفي عبد الحكيم " ترشيد نظام الضريبة العقارية: دراسة حالة الجزائر" أطروحة دكتوراه في علوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد خيضر- بسكرة، 2011-2012، ص 41-42.

² - عادل أحمد حشيش " أصول المالية العامة: دراسة تحليلية لمقومات مالية الاقتصاد العام، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1983، ص 168.

³ - مجلة الحقوق، موفق سمور المحاميد " المعاملة الضريبية للأسرة في قانوني ضريبة الدخل الأردني والمصري"، العدد 2014/3، ص 535.

⁴ - موفق سمور المحاميد، نفس المرجع أعلاه، ص 536.



فالتماثل الظاهري بين الشخص أ والشخص ب يعني خضوعهما لنفس المعاملة الضريبية مثلا بنفس الأسعار الضريبية، لكن بتفحص وضعياتهم الشخصية والعائلية، قد يتضح ضعف العدالة، حيث مثلا يتحمل الشخص أ تحملات عائلية أكبر كأن يعيل أسرة من 6 أفراد (زوجته وأبواه وثلاثة أبناء، اثنين منهم يتابعون تعليمهم العالي وأحد أبويه يعاني من مرض مزمن)، في حين لا يتحمل الشخص ب نفس الأعباء العائلية كأن يعيل أسرة من 3 أفراد (زوجته وطفلاه).

ولتفادي تلك الاختلالات على مستوى العدالة الجبائية، لجأت بعض التشريعات الضريبية المتقدمة إلى توسيع مفهوم العدالة الاجتماعية، حيث مكّنت الملزم من استحضار ظروفه الشخصية والعائلية أثناء تصفية الضريبة، مما سيمكّنه من الاستفادة من خصومات وتخفيضات ضريبية بسبب تحملاته العائلية والشخصية وتقديم دعم وإعانات اجتماعية¹.

كما أن من مشمولات العدالة الاجتماعية ذات الصلة بالضريبة ضرورة إعفاء أصحاب الدخل الدنيا من الضريبة ومراعاة الوضع الاقتصادي والاجتماعي للمجتمع وخاصة المؤشرات الاقتصادية للأسر والأفراد ك:

- ✓ متوسط حجم الأسرة؛
- ✓ متوسط الإنفاق الأسري السنوي على السلع والخدمات (الصحة، التعليم، السكن...)
- ✓ متوسط الدخل السنوي للأفراد وللأسر؛
- ✓ معدل الادخار الأسري والفردى؛
- ✓ معدل الضغط الضريبي للأسر؛
- ✓ مؤشر خط الفقر والحد الأدنى للأجور...

3- الأسرة/العائلة الضريبية

تختلف التشريعات الضريبية للدول حسب الخصوصيات والسياقات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والبيئية لتلك الدول، كما تختلف كذلك من حيث تنظيمها الفني. ومن بين مظاهر هذه التمايزات ما له صلة بكيفية معاملة الأسر جباييا.

¹ - سيتم التفصيل في هذه النقط عند دراسة المعاملة الضريبية للأسرة في بعض التشريعات المقارنة.

فهناك تشريعات تُعامل الأسرة كوحدة جبائية (مثلا فرنسا، ألمانيا) وهناك تشريعات تعامل الأسرة معاملة فردية ولا تعترف بوجود أسرة/عائلة ضريبية وكل فرد له استقلالية في الذمة المالية، ويقدم الملزم اقراراته الضريبية بشكل منفصل عن الزوج/ة كحالة المغرب.

فمعاملة الأسرة كوحدة ضريبية يعني الاعتراف بخصوصية الأسرة وتمايزها مع باقي الملزمين بالضريبة، ويدل ذلك على المكانة المهمة التي تحظى بها الأسرة كنواة للمجتمع ضمن السياسة العامة لذلك البلد، حيث يتم تمتيع الأسرة بنظام جبائي تفضيلي يمكنها من الاستفادة من تخفيضات وخصومات ضريبية تساعد على القيام بوظائفها داخل المجتمع من رعاية الأطفال والاعتناء بهم وتحمل نفقات تدرستهم وتطبيهم وتنشئتهم النفسية...

والدول التي اعتمدت على العائلة كوحدة للتضريب تستند في ذلك على دساتيرها وعلى الاتفاقيات والمواثيق الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان¹.

أما الاختلاف بين هذه التشريعات فيتجلى على مستوى طبيعة وحجم التخفيضات والخصم الضريبي وكذا على مستوى تقنيات تصفية الضريبة على الدخل ثم على مستوى الإعانات والعلاوات الاجتماعية المقدمة للأسر والمقتطعة من الضرائب².

- أهداف وإشكالات وفرضيات البحث:

تسعى هذه الدراسة إلى محاولة الكشف عن طبيعة ونوعية وحجم المعاملة الضريبية للأسر وللطبقات الوسطى في المغرب ومقارنتها ببعض التجارب المقارنة سواء تلك التي في مستوى المغرب (الأردن وتونس) أو تلك التجارب المصنفة كنماذج متقدمة (ألمانيا وفرنسا) وذلك كهدف عام. ومحاولة تفكيك التشريعات الضريبية ذات الصلة بالأسر والطبقة الوسطى والبحث عن مظاهر تأثير السياسة الضريبية المطبقة بالمغرب في تحسين أو تآزيم وضعية الأسر وزيادة هشاشتها وتآكل الطبقة الوسطى كهدف خاص.

ومن خلال ما سبق، ستنتقل هذه الدراسة من التساؤل التالي: هل يمكن للضريبة أن تحسن وضعية الأسرة وتقوي مركز الطبقة الوسطى في المجتمع؟

إن ما يركي موضوعية هذا التساؤل تكمن في المكانة المركزية التي تشغلها الأسرة والطبقة الوسطى في المجتمع، فالأولى هي النواة الأساسية للمجتمع والثانية هي الحلقة الرئيسية في البناء التراتبي للمجتمع.

إن السؤال المنطلق أعلاه يقود إلى محاولة صياغة الإشكالية الرئيسية لهذه الدراسة والمتمثلة في كون المنظومة الضريبية في المغرب تشتغل من داخل سياق اقتصادي واجتماعي وسياسي متسم بالهشاشة والتباين

¹ - مثلا فالتشريع الضريبي الفرنسي يؤسس للعائلة/الأسرة الضريبية Foyer fiscale بناء على مرجعيات اعلان حقوق المواطن، الدستور الفرنسي، الاتفاقيات الدولية، اجتهادات القضاء الدستوري.

² - سيتم التعمق في هذه النقط في المحاور التالية للدراسة.

بين الفئات الاجتماعية المكونة للمجتمع، مما يقوي التفاوتات الاجتماعية والفوارق الطباقية بين الأفراد والجماعات، وهذا يجعل المنظومة الضريبية ذات طابع تكريسي للوضع الحالية بعدة صور مختلفة، بشكل مباشر أو غير مباشر، مما ساهم في تآكل الطبقة الوسطى وزيادة معدل هشاشة الأسر المغربية. فكيف يمكن توظيف الضريبة وخصوصا الضريبة على الدخل من أجل تحسين وضعية الأسرة والطبقة الوسطى في المجتمع تحقيقا لمزيد من العدالة الجبائية كمدخل من مداخل العدالة الاجتماعية؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية عدة أسئلة فرعية منها:

- هل هناك أسس للتضريب الأسري في التشريع المغربي؟

- كيف عملت التشريعات الضريبية الوطنية على تكريس الوضعية الهشة للأسر والطبقة الوسطى؟

- هل مسألة تحسين ظروف الأسر والطبقة الوسطى هي ذات طبيعة مالية/ تقنية أم لها بعد سياسي؟

- كيف تعاملت بعض التشريعات المقارنة مع تضريب الأسرة والطبقة الوسطى؟

- ما درجة حضور السياسة الأسرية في السياسات العمومية بالمغرب؟

وبخصوص الفرضية، فستنطلق هذه الدراسة من الطرح المتمثل في كون مسألة العدالة الجبائية للأسر والطبقة الوسطى تتعدى كونها إشكالية مالية/تقنية إلى اعتبارها مسألة سياسية مرتبطة بدرجة ديمقراطية النظام السياسي واختيارات الفاعلين في السياسات العامة في المغرب وبالتالي ضرورة اخراج مسألة العدالة الجبائية من سياق النقاش المالي/التقني إلى السياق السياسي والديمقراطي.

كما تتمثل الفرضية الإجرائية في اعتبار الضريبة كألية فعالة إما في تعزيز مكانة الأسرة والطبقة الوسطى أو في زيادة هشاشة الأسر وتقهقر الطبقة الوسطى.

- الخطة المنهجية:

هذه الدراسة ستعتمد عدة مناهج ومقاربات وتقنيات لأجل محاولة فهم وتفكيك الموضوع، وذلك بالاعتماد على المنهج التحليلي القانوني الذي يهدف إلى تفكيك ومساءلة الترسنة القانونية ذات الصلة بتضريب الأسر والطبقة الوسطى في المغرب، ثم على المنهج المقارن وذلك بهدف الانفتاح على التجارب المقارنة سواء في النظم الضريبية المتقدمة أو تلك التي في مستوى المغرب من أجل البحث عن عناصر القوة والضعف في التجربة المغربية مقارنة بتلك التجارب المقارنة، ثم الاستعانة كذلك بمقاربة التحليل السياسي على اعتبار أن القرار الضريبي هو في نهاية المطاف قرار سياسي وأخيرا توظيف التقنية الإحصائية حسب الحاجة إليها في تعزيز الحجج المزكية لفرضيات وطروحات الموضوع.

ولأجل تحليل الموضوع، سيتم الاعتماد على التصميم التالي:

المطلب الأول: المعاملة الضريبية للأسرة وللطبقة الوسطى في التشريع المغربي

الفرع الأول: معالم التضريب الأسري في التشريع الجبائي المغربي: البحث عن العدالة الضريبية

الفرع الثاني: سؤال العدالة في السياسة الضريبية المطبقة على الأسرة والطبقة الوسطى بالمغرب

المطلب الثاني: التضريب الأسري في التشريعات المقارنة: تأثير طبيعة النظام السياسي على العدالة الجبائية

الفرع الأول: تضريب الأسر في تجارب بعض الدول المتقدمة

الفرع الثاني: المعاملة الضريبية للأسر في تشريعات بعض الدول النامية

المطلب الأول: المعاملة الضريبية للأسرة وللطبقة الوسطى في التشريع المغربي

يشكل موضوع مكانة الأسرة ضمن السياسات العمومية بالمغرب موضوعا يتسم بنوع من التناقض بين الخطاب والممارسة. فبالرجوع إلى الدستور المغربي مثلا لسنة 2011 يتضح أنه بؤاً الأسرة مكانة الصدارة ضمن المؤسسات الاجتماعية التي يجب أن تحظى بالعناية والاهتمام الكافي من قبل السلطات العمومية، حيث نص في الفصل 32 منه على " الأسرة القائمة على علاقة الزواج الشرعي هي الخلية الأساسية للمجتمع. تعمل الدولة على ضمان الحماية الحقوقية والاجتماعية والاقتصادية للأسرة"¹.

لكن الممارسة السياسية والاقتصادية والضريبية تظهر نتائج تعاكس إلى حد ما طموح النص الدستوري بالرفق بمكانة الأسرة. ويتضح ذلك جليا من خلال السياسة الضريبية التي تفتقر إلى العدالة الجبائية خصوصا ما يتعلق بالأسرة والطبقة الوسطى. وهذا ما سيتضح أكثر في متن هذه الدراسة.

فكيف عامل المشرع الضريبي الأسرة والطبقة الوسطى؟ وماهي مظاهر اختلالات العدالة الجبائية في التضريب الأسري؟

الفرع الأول: معالم التضريب الأسري في التشريع الجبائي المغربي: البحث عن العدالة الضريبية

لقد أصبح فرض الضريبة وتوزيعها في الأنظمة السياسية المعاصرة من صلاحيات التشريع البرلماني كامتداد للديمقراطية التمثيلية التي يفترض أن يعبر من خلالها البرلمان عن طموحات ومطالب الشعب الذي انتخبه

¹ - دستور المملكة المغربية لسنة 2011، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر (30 يوليوز 2011).

ووضع ثقته فيه. لذلك يراهن المواطنون على السلطة التشريعية للدفاع عن حقوقهم في مواجهة السلطة التنفيذية ومجامع اللوبيات الضاغطة على القرارات السياسية والاقتصادي ة.

ويعتبر حقل الضريبة مجالاً خصباً للصراع حول المصالح بين مختلف الفاعلين الذين يعملون جاهدين للتأثير على القرار الضريبي خدمة لمصالحهم. لذلك تشكل مسألة المعاملة الضريبية للأسرة قضية راهنية تعبر عن موازين القوى في المجتمع. فهل هناك معاملة ضريبية خاصة للأسرة في التشريع الجبائي المغربي؟

إن محاولة الإجابة على هذا التساؤل تفترض بسط جل المقترضات الضريبية ذات الصلة بالأسرة خصوصاً بالنسبة للضريبة على الدخل، وهي مقترضات محدودة كما سيتضح لاحقاً.

فبالرجوع إلى المدونة العامة للضرائب وفق آخر نسخة (2020) سيلاحظ أنها خصصت مقترضات ذات طبيعة اجتماعية وعائلية تخص الضريبة على الدخل، حيث مكنت الملتزم بالضريبة من الاستفادة من خصم من مجموع الدخل قبل تطبيق الضريبة ومن تخفيضات من مبلغ الضريبة.

الفقرة الأولى: الحق في الخصم من مجموع الدخل

سمح التشريع الضريبي المغربي للملتزم بالضريبة على الدخل القيام بخصم مجموعة من المبالغ من مجموع الدخل المفروضة عليه الضريبة وذلك لأغراض اجتماعية، وهذه الخصوم هي:

- في حدود 10% من مجموع الدخل المفروضة عليه الضريبة وذلك بغرض تملك أو بناء مسكن رئيسي:

■ من مبلغ فوائد القروض التي تمنحها للخاضعين للضريبة المؤسسات المتخصصة أو مؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها المرخص لها قانوناً بالقيام بهذه العمليات ومؤسسات الأعمال الاجتماعية التابعة للقطاعين العمومي والشبه العمومي أو القطاع الخاص؛

■ أو مبلغ الربح المعلوم المتفق عليه مسبقاً في إطار عقد المراجعة، بين الخاضعين للضريبة ومؤسسات الائتمان أو الهيئات المعتمدة في حكمها.

- في حدود 10% من مجموع الدخل المفروضة عليه الضريبة المذكورة: يسمح بخصم مبلغ الأقساط أو الاشتراكات المتعلقة بعقود تأمين التقاعد الفردية أو الجماعية التي تساوي مدتها ما لا يقل عن ثماني سنوات والتي تدفع إلى المستحقين ابتداءً من بلوغهم خمسين سنة كاملة من العمر¹.

¹ - يجوز للأشخاص الذين يحصلون على دخول في شكل أجور فقط الاستفادة من نسبة 50% من مبلغ الأقساط أو الاشتراكات. المادة 28 من المدونة العامة للضرائب، نسخة 2020. منشورة بالموقع الرسمي لوزارة الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة على الرابط التالي:

- <https://www.finances.gov.ma/Publication/dgi/2020/cgi2020-ar.pdf> (17/06/2020)

إن هذه الخصومات إذن يستفيد منها الخاضع للضريبة على الدخل من خلال خصم جزء من تحملاته ذات الطابع الاجتماعي أي تملك السكن وتأسيس التقاعد.

الفقرة الثانية: حق الاستفادة من التخفيضات من مبلغ الضريبة

إضافة إلى الخصومات التي تطبق على مجموع الدخل لأغراض اجتماعية، سمح المشرع للملزم بالضريبة بتخفيض مبالغ من الضريبة نظرا للتحملات العائلية للملزم أو لتفادي الازدواج الضريبي، وهي ثلاث تخفيضات:

أ - الخصم عن الأعباء العائلية:

يجوز للخاضع للضريبة على الدخل خصم ما قدره 360 درهم من المبلغ السنوي للضريبة بسبب الأعباء العائلية التي يتحملها الخاضع للضريبة عن كل شخص يعوله، بشرط ألا يتجاوز مجموع المبالغ المخصومة عن الأعباء العائلية مبلغ 2160 درهم¹. فمن هم الأشخاص الذين يعولهم الخاضع للضريبة؟

الأشخاص هم:

✓ زوجته؛

✓ أولاده من صلبه وأولاد غيره الذين يأويهم بصورة شرعية في بيته بشرط :

✓ ألا يكون لكل واحد منهم دخل يفوق مجموعه السنوي جزء الدخل المعفى الوارد في جدول حساب الضريبة على الدخل المنصوص عليه في المادة 73 (أي 30 ألف درهم).

✓ ألا يتجاوز سنهم سبعا وعشرين سنة، باستثناء المصابين بعاهة تحول بينهم وبين كسب معيشتهم بأنفسهم فحينها فإن شرط السن (27 سنة) لا يسري عليهم.

كما تستفيد المرأة الخاضعة للضريبة من الخصم برسم الأعباء العائلية، فيما يتعلق بزوجها وبأولادها إذا كانت نفقتهم تجب عليها شرعا، وفقا للشروط الواردة أعلاه.

ويلاحظ في هذا الصدد أن المشرع الضريبي لم يعامل المرأة بنفس معاملة الرجل من حيث الاستفادة من حق تخفيض الضريبة عن الأعباء العائلية، حيث أنه حصر حق المرأة في الاستفادة من هذا الحق في الحالة التي تجب عليها النفقة شرعا، وهنا يحيل المشرع الضريبي على مدونة الأسرة²، وبالتالي فالمرأة العاملة مثلا، بالرغم من أنها عمليا تساهم إلى جانب زوجها في تدبير أعباء البيت والأبناء، إلا أنها لا تستفيد من نفس الامتياز الذي يتمتع به الرجل. وهذا نوع من التمييز ضد المرأة لا بد من رفعه لكي تستفيد المرأة بشكل متساوي مع الرجل في

¹ - المادة 74 من المدونة العامة للضرائب، نسخة 2020.

² - من بين الحالات التي تجب النفقة على المرأة ما ورد في المادة 199 من مدونة الأسرة " إذا عجز الأب كلياً أو جزئياً عن الإنفاق على أولاده، وكانت الأم موسرة، وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب".

- قانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، ج ر عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004، ص 418

التخفيض عن الأعباء العائلية، ولكي لا يتحول هذا المقتضى التشريعي إلى نوع من التشجيع بشكل غير مباشر على الارتباط بزوجة غير عاملة¹، مادام عملها لا يُرتب الاستفادة من نفس الامتيازات الضريبية التي يتمتع بها الرجل على قَلَّتْها، لأن مجموع التخفيضات الضريبية على الإعانة العائلية لا تتجاوز في حدها الأقصى مبلغ 2160 درهم (360 درهم عن الشخص)، وهذا المبلغ يقل مثلا عن المتوسط الوطني السنوي للإنفاق الفردي على التعليم الذي يصل لنحو 600 درهم وعن المتوسط الوطني السنوي للإنفاق الفردي على الخدمات الصحية الذي يناهز 1.386 درهم².

ويلاحظ كذلك فيما يخص الأشخاص المعالين من قبل الزوج والذين بسببهم يجوز له القيام بتخفيض من الضريبة وفق الحدود السالفة أعلاه، أن المشرع استثنى إعالة الأبوين والإخوة كأشخاص يجوز للملزم تخفيض الضريبة عن تحملات إعالتهم، وهنا يطرح تساؤل عن المرجعية التي ارتكز عليها المشرع ليستثني هؤلاء الأشخاص على الرغم من أن المجتمع المغربي يعرف تعايش نمطين أسريين هما الأسرة النووية والأسرة الممتدة. وبالتالي تطرح تساؤلات أخرى لمفهوم الأسرة لدى المشرع ومرجعياتها؟ وهل التشريع الضريبي يتكيف مع طبيعة الأسرة في المجتمع أم أنه يسعى لتغيير نمط الأسرة والدفع بشكل غير مباشر من أجل التمكين لنمط أسري معين هو النمط الأسري النووي على حساب النمط الأسري الممتد؟

فإذا كان المشرع الضريبي المغربي يشير في بعض الحالات بشكل غير مباشر إلى مدونة الأسرة كما هو الحال فيما يخص شروط استفادة المرأة من تخفيض الضريبة عن إعالتها أفراد أسرته، حيث تطرق لتلك الوضعية في المادة 199 من مدونة الأسرة ".... في الحالة التي تجب عليها النفقة شرعا"، فإن ذات المدونة توسعت في باب الأشخاص الذين يجب الإنفاق عليهم من طرف رب الأسرة بما فهمم الوالدين والإخوة...، لذلك يتضح أن المشرع الضريبي لازال متذبذبا في مسألة تحديد المرجعية التي تؤطر الأسرة، ولا بد بالتالي من رفع هذا التذبذب والاشارة إلى كون الدستور ومدونة الأسرة والمواثيق الدولية هي مرجعيات ينبغي أن تؤطر مفهوم الأسرة حينما سيتم اعتماد الأسرة كوحدة للتضريب.

وفي هذا السياق المتعلق بتحديد مفهوم الأسرة، هناك تشريعات مقارنة خلقت نوعا من الانسجام بين الضريبة وبين طبيعة المجتمع وتكوينه الأسري كما هو الشأن مثلا بالتشريع الأردني الذي يحدد الأسرة في قانون

¹ - هناك عدة دراسات ميدانية انجلوساكسونية حول تأثير الضريبة في الاقبال على الزواج أو في تفضيل العزوبية، حيث تبين من خلال بحث أنجز في الولايات المتحدة الأمريكية أن بعض الأزواج يدفعون ضرائب أكثر مقارنة بما كانوا يدفعونه عندما كانوا عزابا.

- Jason Michael Fletcher « The Forgotten 'Singles Tax': The Treatment of Single Individuals in the Income Tax" Fall 11-2000, University of Tennessee, Knoxville,

² - Haut-Commissariat au Plan « Présentation des résultats de l'Enquête Nationale sur la Consommation et les Dépenses des Ménages 2013/2014» Octobre 2016, page 15/

الحماية من العنف الأسري¹ في المادة 3 على أنها تشمل: الزوج والزوجة بعقد زواج شرعي وأبناؤهم وأحفادهم...والد ووالدة أي من الزوجين، الإخوة والأخوات لأي من الزوجين...واعتمد التشريع الضريبي الأردني هذا المفهوم عند تحديد الأشخاص الذين يعيّلهم الملزم وقابلية نفقات تحملهم للخصم من مجموع الدخل الخاضع للضريبة، حيث منح إعفاء عن الأشخاص المعالين قدره 9000 دينار².

ب - تخفيض الضريبة عن معاشات التقاعد ذات المنشأ الأجنبي

هذا النوع من التخفيضات يخص المعاشات الأجنبية للأشخاص الذين يتوفرون على موطن ضريبي بالمغرب، حيث خضعت هذه المعاشات للضريبة في البلد الأجنبي، ولتفادي إخضاعها للضريبة مرتين سمح المشرع الجبائي بخصمها من مبلغ الضريبة بشروط:

- السماح بالخصم في حدود 80 % من مبلغ الضريبة المستحقة عن معاشهم؛
- أن يتم تحويل المبالغ بصفة نهائية إلى دراهم غير قابلة للتحويل؛
- تقديم إقرار بمجموع الدخل خلال السنة السابقة وفق مطبوع نموذجي تعده الإدارة مع بيان صنف أو أصناف الدخل المتكون منها مداخل الخاضع للضريبة؛
- تقديم شهادة بدفع المعاشات يحررها المدين بالإيراد أو أية وثيقة أخرى تقوم مقامها؛
- تقديم شهادة يبين فيها المبلغ بعملات أجنبية المقبوض لحساب مستحق المعاش ومقابل القيمة بالدرهم في يوم التحويل تسلمها مؤسسة الائتمان أو أية هيئة أخرى تتدخل في أداء المعاشات.

ج - استئزال الضريبة الأجنبية

ويتعلق الأمر بالضريبة على الدخل التي ستفرض على الدخل ذات المنشأ الأجنبي، حيث أنه في الظروف العادية، فجميع المداخل ذات المصدر الأجنبي التي يحصل عليها شخص له موطن ضريبي بالمغرب تخضع للضريبة وفقاً للتشريع الجبائي المغربي.

وهذا يعني أنها قد تخضع للضريبة مرتين، مرة في بلد المنشأ، ومرة أخرى في المغرب، وهذا مظهر للازدواج الضريبي التي تعمل الدول على تجنبه عبر إبرام اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف.

فإذا أبرم المغرب مع الدولة مصدر الدخل الأجنبي اتفاقية لتجنب الازدواج الضريبي، فإنه يسمح للخاضع للضريبة على الدخل أن يقوم باستئزال مقابل مبلغ الضريبة المدفوعة في البلد الأجنبي من مبلغ الضريبة التي

¹ - قانون الحماية من العنف الأسري رقم 6 لعام 2008، الجريدة الرسمية الأردنية، عدد 4892، 2008 ص 821

² - سيتم التفصيل في هذه الإعفاءات عند التطرق للمعاملة الضريبية للأسرة في التشريع الأردني

سيدفعها في المغرب برسم ذات الدخل الأجنبي. حيث يحتسب مبلغ الضريبة بالمغرب على أساس نفس المبلغ الذي فرضت عليه الضريبة على الدخل بالبلد الأجنبي.

الفرع الثاني: سؤال العدالة في السياسة الضريبية المطبقة على الأسرة والطبقة الوسطى بالمغرب

إن مسألة العدالة في المنظومة الضريبية تبقى نسبية ومتغيرة في السياق الزماني والمكاني لأنها ذات طابع معياري. لكن هذه الخاصية الأخيرة لا تمنع من إيجاد ترسانة من المؤشرات القياسية لكشف درجة تمكن العدالة في النظام الجبائي لدولة ما. وبالنسبة للمغرب، فالنظام الجبائي تعتريه مجموعة من النقائص والعيوب جعلته محط انتقادات كثيرة من طرف الباحث والفاعل المؤسسي والمواطن، ما يعني أن السياسة الجبائية لا تعاني من نقص حكامي فقط بل تعداها الأمر إلى خلل وضعف التمكين لعدة مبادئ أساسية في تدبير السياسة الجبائية لعل من أبرزها مبدأ العدالة والمساواة، ومبدأ المقدرة التكليفية ثم مبدأ الشفافية. وهذه المبادئ تعتبر اليوم من بين المؤشرات القياسية على تقدم النظام الضريبي في بلد معين.

الفقرة الأولى: مظاهر ضعف العدالة الضريبية في السياسة الجبائية بالمغرب

إن الضريبة على الدخل بالمغرب المطبقة على الأسر والطبقة الوسطى تتسم بضعف العدالة والشفافية وذلك من خلال عدة مؤشرات وحجج سبق وأن تم التطرق لبعضها، وسيتم تعزيز ذلك ببعض المؤشرات الأخرى الدالة على ما سبق التطرق له وذلك بشكل مختصر:

- عدم مراعاة خصوصيات المجتمع المغربي من حيث النمط العائلي السائد فيه، حيث يوجد نمط الأسر الممتدة ونمط الأسر النووية، والتشريع الجبائي الحالي يحابي نمط الأسر النووية على حساب الأسر الممتدة¹ وذلك من خلال عدم السماح بتخفيض ضريبي عن تحملات الملمزم عن والديه أو إخوته مثلاً.

- ضعف الإعفاءات الضريبية الممنوحة للأسر وللطبقة الوسطى: حيث استناداً إلى الدراسة التي قامت بها المندوبية السامية للتخطيط حول استهلاك ونفقات الأسر السنوية لسنة 2016، فإن متوسط إنفاق الأسر على الخدمات الصحية يصل لنحو 9,2% من متوسط دخلها السنوي²، وإذا ما قورن بنصيب الفرد من الناتج الداخلي الخام الذي يصل في المغرب حسب البنك العالمي لنحو 3.190 دولار³ (أي نحو 29.459 درهم مغربي)، فإن متوسط مبلغ الانفاق على الخدمات الصحية يقارب 3202 درهم. في حين يصل السقف الأعلى للمبالغ المسموح تخفيضها من الضريبة على الدخل برسم الأعباء

¹ - وذلك على افتراض تحمل رب الأسرة النووية لنفقات أطفاله وزوجته فقط. مع استحضار إمكانية تحمل بعض أرباب الأسر النووية لنفقات الأبوين أو الإخوة والتي لا يجوز تخفيضها ضريبياً.

² - https://www.hcp.ma/Introduction-de-Monsieur-Ahmed-LAHLIMI-ALAMI-Haut-Commissaire-au-Plan-a-la-presentation-des-resultats-de-L-enquete_a1819.htm (06/09/2020)

³ - <https://data.albankaldawli.org/country/Morocco> ((06/09/2020)

العائلية زهاء 2.160 درهم. لذلك كان على المشرع أن يقارب مثلا متوسط الانفاق السنوي للأسر على الصحة (3202 درهم) مع السقف الأعلى للمبالغ المسموح تخفيضها من الضريبة على الدخل برسم الأعباء العائلية (2.160 درهم).

- تواضع الدعم والاعانات المقدمة للأسر لمساعدتها على تحمل تكاليف الحياة وغياب التغطية الصحية عن ملايين من المغاربة.

- عدم الاعتماد على نظام إيجابي لفائدة الأسر في تصفية الضريبة على الدخل على غرار بعض تجارب بعض الدول (فرنسا وألمانيا) التي تعتمدان على أنظمة خاصة لتصفية الضريبة على الدخل سواء نظام الحصص الأسرية (فرنسا) أو نظام فئات التضريب (ألمانيا)

- الأسعار الضريبية تحابي كثيرا أصحاب الدخل المرتفعة (الأغنياء) على حساب الطبقة الوسطى والدخول الدنيا: ذلك أن المشرع الضريبي عندما اعتمد على الأسعار التصاعدية في تضريب الدخل فإنه ابتعد عن تحقيق أكبر قدر من العدالة من خلال التفاوت الصارخ في معدل التصاعد الضريبي بين الدخل المنخفضة والمتوسطة (10%) وهو تصاعد قوي وبين معدل التصاعد بين الدخل المرتفعة (4%)، وهو تصاعد بطيء¹ لأن هذا التصاعد يتسارع بالنسبة للدخول الدنيا والمتوسطة، ويتباطؤ بالنسبة للدخول المرتفعة كما يتضح من الجدول المهتمش². وهو عكس ما هو معمول به في الأردن مثلا حيث يصل معدل التصاعد بين الشرائح إلى نحو 5%³.

وأیضا، إن كثرة الأسعار النوعية يحدث خلا في العدالة الجبائية من جهة الإخلال بالعدالة الأفقية التي تفترض تعاملًا مماثلاً للملزمين الذين يوجدون في وضعيات مماثلة⁴. حيث يتضح من خلال مدونة الضرائب أنها خصصت أسعاراً ضريبية تفضيلية لبعض الدخل وهو ما يتعارض بشكل صارخ مع مبدأ العدالة الجبائية، فمثلاً أجير يحصل على دخل يساوي 120.000 درهم سنوي سيخضع للضريبة على الدخل بسعر 34%، في

¹ - نجيب أقصيبي: نظامنا الضريبي يخدم الرأسمال ويزيد الضغط على الأجراء والطبقة المتوسطة. حوار منشور في جريدة:

<https://cnimaroc.ma/?p=5130> (08/10/2020)

² - جدول لأسعار الضريبة على الدخل لغاية سنة 2020:

شريحة الدخل	الأسعار
إلى غاية 30.000 درهم	معفاة من الضريبة 0%
من 30.001 إلى 50.000 درهم	10 %
من 50.001 إلى 60.000 درهم	20 %
من 60.001 إلى 80.000 درهم	30 %
من 80.001 إلى 180.000 درهم	34 %
ما فوق 180.000 درهم	38 %

³ - سيتم تفصيل هذه النقطة في الفرع الثاني من المطلب الثاني من هذه الدراسة.

⁴ - سبق وأن تم التفصيل في هذه النقطة في المحور الأول من هذه الدراسة.

حين أن الشخص الذي يحصل على دخل يساوي 120.000 درهم من خلال تفويت الأسهم المسعرة في البورصة (دخول المضاربات) سيخضع لسعر 15%، وشخص آخر حصل على نفس الدخل أي 120.000 ألف درهم من مصدر فلاحي فإنه يعفى من الضريبة مادام أنه يحقق رقم أعمال سنوي لا تتجاوز 5.000.000 ملايين درهم¹. لذلك يمكن القول إن الضريبة على الدخل هي في الغالب ضريبة على الأجور والمرتبات وبعض الدخل المهنية².

الفقرة الثانية: مداخل التمكين للعدالة الجبائية في السياسة الضريبية للأسر وللطبقة الوسطى بالمغرب

إن الاختلالات البنيوية التي تعاني منها المنظومة الجبائية تستدعي حلولاً بنيوية تنطلق من عدة مداخل أهمها المدخل السياسي ثم المدخل الاجتماعي أي من خلال السياسية الأسرية باعتبارها سياسية اجتماعية دولية لفائدة الأسرة المغربية، ومن خلال المدخل التدبيري/التقني باعتماد أنظمة مرنة ومنصفة في تصفية الضريبة على الدخل كإعتماد الأسرة/العائلة كوحدة للضريب من خلال تبني نظام الحصص الأسرية المعتمد في فرنسا نظراً لتشابه التنظيم الفني للضرائب في المغرب وفرنسا على الرغم من أن النظام الجبائي الفرنسي يعتبر أقل تطوراً مقارنة بنظيره الألماني خصوصاً بالنسبة للضريبة على الدخل.

ولابد من التحيين المستمر للدخول الدنيا المعفية من الضريبة على الدخل بناء على عدة مؤشرات منها الفقر والفقر المدقع بناء على معدل الإنفاق الأسري السنوي (تقارير التنمية البشرية) إن اعتماد نظام الإقرار الضريبي المشترك للزوجين له عدة مزايا مثل:

- إمكانية تناقل الإعفاءات الضريبية بين الزوجين شريطة اعتماد نظام الحصص الأسرية.
- تخفيف العبء الضريبي على الأسر.
- المساهمة في تحقيق مزيد من العدالة الجبائية.
- تحسين وضعية الطبقة الوسطى من خلال تقوية مكاسب عمل المرأة إلى جانب الرجل وأثره على الرقي الاجتماعي للأسرة وأفرادها.

¹ - هذا المقضى وارد في المادة 47 من المدونة العامة للضرائب (نسخة 2020) التي منحت تخفيضاً ضريبياً دائماً لأصحاب المستغلات الفلاحية التي يتجاوز رقم أعمالها 5.000.000 درهم يتمثل في سعر منخفض وهو 20%.

² - نجيب أقصي، مرجع سابق.

❖ نموذج توقعي لتطبيق نظام الحصاص الأسرية بالمغرب: أسرة من الطبقة الوسطى

ملزم بالضريبة على الدخل، مجموع دخله السنوي 150.000 درهم، متزوج وأب لثلاثة أطفال يتابعون دراستهم بين المستوى الثانوي والجامعي. وملزم آخر بالضريبة على الدخل وهو عازب ويحصل على نفس الدخل أي 150.000 درهم.

تصفية الضريبة حسب نظام الحصاص الأسرية المفترض	تصفية الضريبة حسب النظام المعمول به في المغرب		الملزم
رب أسرة	أعزب	رب أسرة	مجموع الدخل السنوي
150.000 درهم	150.000 درهم	150.000 درهم	مجموع الدخل السنوي
4	---	---	نظام الحصاص الأسرية: عدد الحصاص
$150.000 / 4 = 37.500$	---	---	الخارج من تطبيق الحصاص على مجموع الدخل
الشريحة الثانية من 30.001 إلى 50.000 درهم السعر 10%	الشريحة الخامسة من 80.001 إلى 180.000 درهم. السعر 34%	الشريحة الخامسة من 80.001 إلى 180.000 درهم. السعر 34%	تطبيق سعر الضريبة على الدخل شريحة التضريب الخاضع لها الملزم
$=(37.500 \times 10\%) - 3.000 = 750$	$=(150.000 \times 34\%) - 17.000 = 34.000$	$=(150.000 \times 34\%) - 17.000 = 34.000$	مبلغ الضريبة الخام
---	لا يتوفر على تخفيضات	إعالة أفراد الأسرة (الزوجة والأبناء) مبلغ 360 درهم عن كل فرد $360 \times 4 = 1440 \text{ Dh}$	التخفيضات من مبلغ الضريبة
$= 750 \times 4 = 3000 \text{ dh}^{42}$	---	---	مبلغ الضريبة بالنسبة لمجموع الحصاص العائلية
3.000 Dh	34.000 Dh	$= 34.000 - 1440 = 32.560 \text{ Dh}$	مبلغ الضريبة الصافي

يلاحظ من خلال الجدول أعلاه أن نظام تصفية الضريبة على الدخل المعمول به في المغرب أدى إلى دفع الملزم المتزوج والملزم العازب لمبلغ ضريبي متقارب (32.560 درهم للمتزوج و 34.000 درهم للعازب) على الرغم من التفاوت الكبير في تحملاتهم العائلية مما سيؤثر على المقدرة التكاليفية للملزم المتزوج. في حين أنه عندما تم تطبيق نظام الحصاص الأسرية (التقديري) فقد أعاد التوازن نوعاً ما للملزم ذو التحملات العائلية، لأنه سيدفع الضريبة عند سقف 3.000 درهم بدل مبلغ 32,560 درهم في النظام الحالي.

إن استمرار المنظومة الجبائية في تصفية الضريبة على الدخل في شكلها الحالي لها مخاطر عالية على استقرار الأسر والطبقة الوسطى التي تتحمل تكاليف الأطفال ورعايتهم وتطبيهم وتمدرسهم. لأن هناك احتمال قائم أن يتحول الانفاق على الأطفال إلى عبء يتحمله الآباء بمفردهم مما سيدفعهم مستقبلاً إلى الإحجام عن الإنجاب مما سيهدد المجتمع في ديمومته المستقبلية خاصة وأن الوضع الديموغرافي الحالي يشير إلى دخول المغرب عتبة عدم تجدد الأجيال¹.

1 - المندوبية السامية للتخطيط " السكان والتنمية في المغرب: 25 سنة بعد مؤتمر القاهرة 1994" التقرير الوطني 2019، ص 34 - 35.

المطلب الثاني: التضريب الأسري في التشريعات المقارنة: تأثير طبيعة النظام السياسي على العدالة الجبائية

تختلف التشريعات الضريبية من دولة لأخرى تبعا لخصائص أنظمتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية، مما يفرز عدة تمايزات في المعاملة الضريبية للأسر وللطبقة الوسطى. كما تتفاوت هذه التشريعات من حيث الحماية والمكانة التي تخص بها الأسر والطبقة الوسطى عبر الامتيازات والتخفيضات الضريبية والدعوم الاجتماعية.

ولأجل الإحاطة أكثر ببعض تلك التشريعات الضريبية في معاملتها للأسر وللطبقة الوسطى مقارنة بالتجربة المغربية، سيتم الإقتصار على أربع تجارب مقارنة موزعة بين نموذجين يعتبران متقدمين على النموذج المغربي (ألمانيا وفرنسا) من أجل جعلهما أفقا للتفكير وبين نموذجين قريبين من المغرب (تونس والأردن) كحالتين يمكن التقييم على أساسهما.

الفرع الأول: تضريب الأسر في تجارب بعض الدول المتقدمة

تشكل الأنظمة الضريبية في وقتنا الحاضر مقياسا متقدما لقياس مستوى تقدم الأنظمة السياسية والاقتصادية والاجتماعية لكل بلد معين، حيث أنها تعبر عن الإرث الحضاري والفلسفي والسياسي لمجتمع ما كما هو الشأن في التجربة الألمانية والتجربة الفرنسية. وهذه التجارب تندمج بالغمى والتنوع في إرثهما الحضاري نتيجة تراكمات تاريخية مما انعكس إيجابا على منظومتهما السياسية والاقتصادية والاجتماعية والمؤسسية وبالأخص على المنظومة الجبائية. فكيف عاملت هذه الدول الأسرة والطبقة الوسطى جبائيا؟

الفقرة الأولى: طبيعة معاملة السياسة الضريبية للأسر في التجربة الألمانية

إن التجربة الديمقراطية الألمانية تُزاح بين الليبرالية السياسية والرأسمالية الاقتصادية والاشتراكية الاجتماعية، مما أدى إلى خلق توليفة سياسية واقتصادية واجتماعية لمنظومة الحكم القائم على حكم القانون وسلطة الشعب وتكريس قيم التضامن والتماسك بين مختلف الفئات المجتمعية ومحاولة توزيع الأعباء العامة بشكل عادل¹، ومحاربة التفاوتات القائمة بين الطبقات الاجتماعية عن طريق السياسة الضريبية² التي تحاول خلق توازن بين مصالح كافة الفئات المجتمعية ومنح تفضيلات ضريبية للفئات الأكثر هشاشة وتحملا لتكاليف الحياة خصوصا الأطفال والأسر والمسنين والعاطلين واللاجئين وذوي الدخل المحدود...

¹ - يصنف النظام الضريبي الألماني من بين الأنظمة الضريبية الفعالة والأكثر عدالة وذلك ما سيتضح من خلال تحليل عناصر هذه الفقرة.

² - يتميز النظام الضريبي الألماني بعدة خصوصيات مرتبطة بطبيعة المجتمع ونمط الإنتاج الرأسمالي السائد فيه، حيث تتنوع الضرائب بين المباشرة وغير المباشرة وأنواع أخرى. فهناك ضريبة أرباح رأس المال، الضريبة التجارية، والضريبة الكنسية... وبخصوص الضريبة على الدخل فهي تتعلق أساسا بالضريبة على الأجور والمرتبات نظرا لكون المجتمع الألماني مجتمع صناعي بالأساس. كما يوجد نظام ضريبي فدرالي وآخر يخص الولايات والبلديات ومقتضيات ضريبية ومشاركة بين الدولة الفدرالية والولايات الألمانية الستة عشر.

ويتأسس النظام الضريبي الألماني على مبادئ أساسية تتمثل في المقدرة على الدفع والشفافية في مجال الضريبة والعدالة في توزيع أعبائها.

وقد كرس دستور ألمانيا الاتحادية لسنة 1949 مكانة الأسرة في المجتمع، وأفرد لها وللأم والطفولة حماية خاصة بتنصيبه في الفصل السادس منه على "يحظى الزواج وشؤون الأسرة بحماية خاصة من قبيل الدولة"¹. وقد حاولت السياسة الضريبية الألمانية التماهي مع هذا المقتضى الدستوري من خلال سن ترسانة من الإجراءات والتدابير لفائدة الأسرة، وهي متعددة يصعب الإحاطة بها كلية في هذه الدراسة. لذلك سيتم التركيز على بعض الإجراءات والمعالم الكبرى التي تقدم مؤشرات دالة على التوجه الاجتماعي للسياسة الجبائية الألمانية.

أ- منح عدة تخفيضات وخصوم من الدخل لفائدة الأسر

من بين الحقائق المتواترة في مجال الضرائب هي أن الضريبة تخدم أهدافا وسياسات متعددة بشكل مباشر أو غير مباشر، وهذه الأهداف تتسع لتشمل المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والبيئية والديمقراطية إلى غير ذلك من الأهداف المعلنة وغير المعلنة. وفي سياق مناقشة التعامل الضريبي مع الأسر في ألمانيا، فإن التشريع الضريبي الألماني اتخذ من الضريبة وسيلة لتجديد أجيال المجتمع الألماني عبر سن سياسة ضريبة تشجيعية لفائدة الأسر التي تعيل أطفال أكثر، وهو هدف ديمغرافي باليات ضريبية كما سيتضح لاحقا. فما هي المزايا الضريبية لفائدة الأسر في ألمانيا؟

يمكن يشكل موجز تقديم هذه التخفيضات وهي إما ذات طابع شخصي أو عن التحملات الاجتماعية للملزمين بالضريبة²:

- ⊖ يجوز للأسر خصم ثلثي نفقات حضانة الأطفال أقل من 14 سنة من مجموع دخلهم الخاضع للضريبة
- ⊖ خصم نفقات التمدرس في حدود 6.000 أورو
- ⊖ خصم مبلغ الهبات والتبرعات في حدود 20% من مجموع الدخل الخاضع للضريبة
- ⊖ الحق في خصم أقساط التأمين في حدود 74% من مبلغ 14.800 أورو كحد أقصى
- ⊖ إمكانية الاستفادة من خصم جزافي عن الدخل الخاضع للضريبة قد يصل إلى 9.408 أورو سنويا للعزاب و 18.816 للمتزوجين، وهو كنوع من إعفاء الحد الأدنى من الدخل (إعفاء شخصي)...

¹ - الدستور الألماني لسنة 1949 وتعديلاته اللاحقة حتى سنة 2019:

<https://www.bundestag.de/resource/blob/192120/f02220f0aae3abdb5cdd5a16fec1e41f3/grundgesetz-data.pdf> (13/07/2020)

² - تم الاعتماد في هذه المادة على قانون الضرائب الألماني وشروحاته على موقع steuerklassen.com وهو موقع حكومي ألماني تابع لوزارة المالية الاتحادية ويقدم الخدمات والمعلومات والاستشارات للمواطنين الألمان ولغيرهم من المقيمين في ألمانيا. كما أن هذه الأرقام ليست قارة بل يتغير من سنة لأخرى.

- <https://www.steuerklassen.com/> (19/07/2020)

ب- تقديم الدعم والاعانات الاجتماعية للأسر التي تعيل أطفالا

إلى جانب التخفيضات الضريبية التي تتمتع بها الأسرة في ألمانيا، تقوم الدولة بتقديم دعم وإعانات للأسر خصوصا تلك التي تعيل أطفالا، وذلك بهدف مساعدتها على تحمل نفقات رعايتهم وتمدرسهم وتطبيبهم، لأنهم في عهدة أسرهم والمجتمع والدولة. ويتم تقديم هذه الامتيازات في شكل دعم وإعانات اجتماعية. وسيتم تقديمها على سبيل المثال لا الحصر.

1- الإعانات العائلية:

- إعانات عن رعاية الأطفال (Kindergeld):

هي تشمل الأسر التي تعيل أطفالا، حيث تختلف المبالغ المقدمة حسب عدد الأطفال وترتيبهم، فالطفل الأول والثاني يستفيدان من إعانة اجتماعية تقدر بـ 204 أورو شهريا عن كل واحد منهما، أما الطفل الثالث فيحصل على مبلغ 210 أورو شهريا، فيما يحصل الطفل الرابع وما يليه عن مبلغ 235 أورو شهريا بالتساوي.

وهذه الإعانات تدفع عن الأطفال حتى بلوغهم سن 18 سنة أو 25 سنة إذا كانوا يتابعون دراستهم.

ويلاحظ هنا أن السياسة الضريبية تخدم أهدافا أخرى وهي سياسة تشجيعية للأسر بهدف زيادة المواليد لتجديد أجيال المجتمع وتشبيبه على أساس أن الهرم السكاني تتسع فيه فئة الكهول، مما يعني أن المجتمع الألماني يتجه نحو الشيخوخة مع معدل خصوبة لا يتجاوز 1,57 طفل لكل امرأة¹. لذلك تقوم الحكومة بتشجيع الأسر على زيادة المواليد عبر عدة إجراءات منها رفع مبالغ الإعانات ابتداء من الطفل الثالث ثم الرابع. وهو عكس ما هو موجود في المغرب، حيث تقدم التعويضات العائلية عن الأطفال بصرف مبلغ 300 درهم عن كل طفل في حدود ثلاثة أطفال الأوائل و36 درهما عن الأطفال الموالين.

وهذا يعني أن السلطة في المغرب توظف الضريبة للحد من المواليد بشكل غير مباشر خصوصا لدى الفئات التي تحصل على إعانة على الأطفال. وهذا التوجه إذا كان مفهوما في زمن الثمانينيات والتسعينيات بسبب الطفرة في الولادات وما نتج عنها من بطالة بسبب عدم التشغيل الشامل للاقتصاد الوطني، فإنه حاليا أصبح ذو مخاطر متعددة خصوصا على مستوى تغير الهرم السكاني للمجتمع المغربي، حيث تشير الإحصائيات الديمغرافية بتراجع نسبة الخصوبة خصوصا في الوسط الحضري وتوسع قاعدة الكهولة في المجتمع²، مما

¹ - حسب المكتب الفدرالي للإحصاء في ألمانيا فإن كل شخص ثاني في ألمانيا الآن يبلغ من العمر 45 سنة

- https://www.destatis.de/DE/Themen/Querschnitt/Demografischer-Wandel/_inhalt.html (20/07/2020)

² - حسب إحصائيات المندوبية السامية للتخطيط، فإن نسبة الأشخاص أكثر من 60 سنة تشكل نسبة 10,5% سنة 2018، فيما يصل معدل الخصوبة لحوالي 2,38 طفل لكل امرأة وطنيا، ويصل هذا المعدل في الوسط الحضري إلى أقل من 2 طفل لكل امرأة وهو رقم دون عتبة تجدد الأجيال: - المندوبية السامية للتخطيط " السكان والتنمية في المغرب: 25 سنة بعد مؤتمر القاهرة 1994 " التقرير الوطني 2019، ص 34-35.

يتطلب تبني نظرة استشرافية عن المخاطر الآنية والمستقبلية لتراجع نسب الولادات واتجاه المجتمع نحو الشيخوخة في السنوات القليلة المقبلة.

- إمكانية الاستفادة من علاوة الأطفال (Kinderzuschlag):

وهي إمكانية موجهة للأسر ذات الدخل المحدود والتي تعيل أطفالا من الاستفادة من هذه العلاوة التي خصصتها الحكومة من أجل ضمان توفير شروط الحياة الجيدة للطفل. وقد يصل مبلغ هذه العلاوة لنحو 185 أورو شهريا، وتسحب لدى صندوق الأسرة، وهي تستحق وفق شروط معينة¹.

- الحق في التعويض عن التفرغ لرعاية الأطفال (Elterngeld) أو الإعانة الأبوية:

وهي علاوة للوالدين مقدمة من الدولة والغرض منها هو التعويض عن فقدان جزء من الراتب بعد الولادة بسبب رعاية أحد الأبوين لأطفاله. ويمكن لأحدهما الحصول على إعانة الأبوية لمدة لا تقل عن شهرين ولا تزيد عن 12 شهرا كحد أقصى، لأن تفرغ الوالدين أو أحدهما لتربية طفلها سيفقدان جزءا من مدخولهما. وتستحق هذه الإعانة بتوفر عدة شروط منها: ألا يتجاوز دخل الأسرة 500.000 ألف أورو ومبلغ 250.000 أورو للملزم الفرد، وألا يمارس نشاطا مهنيا لمدة تزيد عن 30 ساعة في الأسبوع كحد أقصى (...). ويصل مبلغ هذه الإعانة الأبوية نحو 67% من متوسط الدخل السنوي للأسرة أو 300 أورو للشهر إذا كان الزوجان عاطلان عن العمل، بشرط ألا يتجاوز المبلغ سقف 1800 أورو.

2- تقديم دعم الطفل

إضافة إلى الإعانات العائلية المقدمة للأسر عن تحملاتهم عن أطفالهم، أحدثت الدولة الألمانية دعما ماديا للأطفال يصل مبلغه السنوي لحوالي 7812 أورو، ويهدف هذا الدعم لضمان النمو الجيد للطفل وضمان تلبية حاجياته من التمدرس والتطبيب. ولا بد للآباء أن يختاروا بين نظام الإعانات الاجتماعية ونظام الدعم الاجتماعي، لذلك يقوم مكتب الضرائب بتحديد الخيار الجيد لدعم الطفل بين الإعانة الشهرية (204 أورو شهريا للطفل الأول مثلا) وبين نظام الدعم السنوي 7812 أورو للطفل بناء على القيام بعدة عمليات حسابية تراعي عدة اعتبارات منها حجم الدخل ومبلغ الضريبة الذي سيدفع².

ج- اعتماد نظام الفئات الضريبية كأساس لتصفية الضريبة على الدخل

كما هو الشأن في التجربة الفرنسية التي اعتمدت على نظام الحصص/الأشطر الأسرية كأساس لتصفية الضريبة على الدخل، يعتمد التشريع الضريبي الألماني على نظام الفئات الضريبية كأساس لتصفية الضريبة على الدخل. وهو نظام متميز ويتأسس على تخصيص معاملة ضريبية محددة لكل فئة/طبقة من الملزمين

¹ <https://www.steuerklassen.com/kindergeld/kinderzuschlag/> (20/07/2020)

² - <https://www.steuerklassen.com/kinderfreibetrag/>

بالضريبة حسب وضعها العائلي والاجتماعي ومصدر الدخل، وتنقسم هذه الفئات إلى ست فئات كما سيتضح من الجدول أدناه. ونظام الفئات الضريبية يتسم بالمرونة حيث يجوز مثلاً للمتزوجين اختيار الفئة الضريبية واستبدالها حسب الامتيازات التي تمنح لهم من خلال تواجدهم في هذه الفئة دون الأخرى.

جدول رقم 3 يبين فئات ضريبة الدخل في التشريع الجبائي الألماني¹

فئات ضريبة الدخل	الفئة الضريبية المناسبة لـ
فئة الضريبة رقم 1	الأعزب، المطلق، الأرملة
فئة الضريبة رقم 2	الآباء العزاب
فئة الضريبة رقم 3	- الزوج ذو الدخل المرتفع - الزوج أو شريك الحياة المعتبر كمعيل وحيد - الشريك في الطبقة الخامسة
فئة الضريبة رقم 4	- الزوج أو شريك الحياة المعتبران ذوا دخل مماثل
فئة الضريبة رقم 5	الزوج أو شريك الحياة المعتبران ذوا دخل منخفض
فئة الضريبة رقم 6	ذو وظيفة ثانية أو أكثر بدوام جزئي

فكل فئة ضريبية توفر عدة مزايا ضريبية في شكل إعفاءات وتخفيضات وخصومات وإعانات عائلية.

فبالنسبة مثلاً للفئة الضريبية الرابعة التي تضم الأزواج الأجراء، فهي تستفيد من عدة امتيازات ضريبية من قبيل دعم الطفل أو الإعانات العائلية، كما تطبق عليها عدة اقتطاعات من دخلها تهم أساساً مساهمة التضامن والرسم الكنسي وأقساط التأمين على الصحة...

د: اعتماد الأسعار التصاعديّة في تصفية الضريبة على الدخل:

تعتمد السياسة الضريبية الألمانية على أسعار تصاعديّة في تصفية الضريبة على الدخل رغبة في تحقيق أكبر قدر من العدالة والمردودية الضريبية، وتبتدأ هذه الأسعار من سعر 0% لتصل لحد أقصى هو 45% وهو من بين أعلى المعدلات العالمية². أما الشرائح الضريبية فهي تسمى مناطق التضريب (Tarifzonen) وهي 5 مناطق

¹ - <https://www.steuerklassen.com/lohnsteuerklassen/>

² - بلغ المعدل العالمي للضريبة على الدخل سنة 2018 حسب معطيات البنك الدولي نحو 40,3%، في حين يصل السعر الأعلى للضريبة على الدخل في ألمانيا لنحو 45%.

يخضع حساب الضريبة فيها لعدة عمليات تتسم بالتعقيد. فهناك منطقة التضريب الأولى وتسمى منطقة الصفر حيث لا يدفع الخاضع لها أية ضرائب، تليها منطقة التضريب الثانية التي تسمى بمنطقة التصاعد بمعدل 14% بالنسبة للدخول التي تبدأ من 9 408 أورو، ويمكن أن يرتفع هذا السعر بالنسبة لهذه المنطقة الضريبية إلى نحو 23,97% وذلك من صلاحية مكتب الضرائب على أساس عدة اعتبارات، ثم هناك المنطقة الضريبية الثالثة التي تستهدف الدخل ابتداء من 53.665 أورو ويمكن أن يصل فيها معدل الضريبة الهامشية حتى سعر 42% لأن هذه الضريبة الهامشية ترتفع مع ارتفاع الدخل دون تجاوز سقف محدد. أما المنطقة الضريبية الرابعة فتسمى منطقة التصاعد المتقدم وتطبق على الدخل التي تتراوح بين 54 058 و256 303 أورو بسعر 42%. وبخصوص المنطقة الضريبية الخامسة فتسمى بالمنطقة النسبية وتهم الأغنياء وتخضع لسعر أقصى هو 45%.

وتطبيق هذه الأسعار الضريبية يخضع لعدة عمليات تراعي الفئة الضريبية التي ستطبق عليها. فمثلا بالنسبة للأزواج فيمكنهم القيام بتقييم فردي أو جماعي لمجموع الضريبة التي سيدفعونها لكي يختاروا الطريقة الأنسب لهم. فيمكنهم مثلا تقديم إقرار ضريبي مشترك عن مداخيلهم مجتمعة لكي يستفيد كل واحد منهم من امتياز دفع الضريبة على نصف دخولهم فقط بغض النظر عن كون دخولهم متفاوتة بينهم، وهذا يمكنهم من تجنب الخضوع للأسعار الضريبية المرتفعة، وهذا امتياز جدير بالاهتمام بالنسبة للأسر في ألمانيا.

الفقرة الثانية: السياسة الضريبية المطبقة على الأسر في فرنسا

يتأسس التشريع الضريبي الفرنسي على مرجعيات متأصلة في التاريخ الفرنسي الحديث، ويتقدم هذه المرجعيات إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789¹، وما تلاه من الدساتير وخصوصا دستور الجمهورية الرابعة لسنة 1946 ودستور الجمهورية الخامسة لعام 1958، بالإضافة إلى اجتهادات القضاء وخصوصا القضاء الدستوري والإداري. وهذا يعني أن الإرث الفرنسي في مجال التشريع والممارسة الضريبية يتسم بالغنى، وهذا ما انعكس على التشريعات الضريبية الخاصة بالمواطن وبالأخص ما له صلة بالأسرة والطفولة والمسنين سعيا لتحقيق أكبر قدر من العدالة الاجتماعية.

فإعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 نص في مادته الرابعة عشر على "لجميع المواطنين الحق في التأكد بأنفسهم أو من خلال ممثلهم من الحاجة إلى الضريبة العامة وفي الموافقة عليها بحرية وفي متابعة

https://donnees.banquemondiale.org/indicator/IC.TAX.TOTL.CP.ZS?most_recent_value_desc=true

¹ - <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789> (17/07/2020)

استخدامها وفي تحديد مقدارها وأساسها وتحصيلها ومدتها"، كما أن دستور الجمهورية الرابعة لعام 1946¹ ينص في ديباجته على "تعمل الأمة على توفير الظروف اللازمة للتنمية الفرد والأسرة".

كما أن من مصادر التشريع الفرنسي المواثيق الدولية لحقوق الإنسان ومنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان² الذي يؤكد في الفقرة الثالثة من المادة 16 منه على "الأسرة هي الخلية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة".

ويضاف إلى ذلك عدة معاهدات ومواثيق كميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي³ الذي يشير في المادة 33 إلى "تمتع الأسرة بالحماية القانونية والاقتصادية والاجتماعية".

فهذه المرجعيات وغيرها تشكل إذن القوة الموجهة للتشريعات الضريبية ذات الصلة بالأسرة، فكيف عملت هذه التشريعات على ترجمة المكانة الحيوية للأسرة في المجتمع الفرنسي؟

ستحاول هذه الفقرة استجلاء أوجه المعاملة الضريبية للأسرة في السياسة الجبائية الفرنسية وذلك من خلال عدة مؤشرات دالة.

أ- الأسرة/ العائلة الضريبية كوحدة للتضريب في التجربة الفرنسية

اعتمد المشرع الفرنسي الأسرة/ العائلة Foyer fiscal كوحدة لتضريب الأفراد على دخولهم، حيث كان معنى Foyer في الأصل يعني المحل أو المنزل الذي يعيش فيه الفرد مع أسرته⁴ بشكل اعتيادي بغض النظر عن كونه مالكا للمنزل أو مكتريا له. وبعد ذلك تم التوسع في المعنى ليحيل على المواطن سواء الذي يسكنه الشخص أو محل مزاوله النشاط المهني أو مقر لمصالحه الاقتصادية.

وبذلك أصبح الملزم بالضريبة على الدخل في التشريع الفرنسي يحمل صفة الأسرة/ العائلة الضريبية بغض النظر عن كونه/ متزوجا/ة أو أعزب/عزباء أو مطلق/ة أو أرملة، وسواء له أطفال يعيّلهم أو لا.

وقد سبقت الإشارة إلى أن التشريع الضريبي الفرنسي يستمد مرجعيته من عدة مصادر من بينها المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، ويتجلى تأثير هذه المرجعيات من خلال شرعنة المشرع الضريبي الفرنسي لعدة أشكال للأسرة، سواء التي ترتبط بعقد زواج عادي (personnes mariées) أو الأسرة التي ترتبط بعقد مدني (partenariat pacsé -pacte civil de solidarité) والتي تحيل على رابطة بين شخصين يكونان متساكنان

1 - Constitution de 1946, IVe République: La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement.

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1946-ive-republique> (08/07/2020)

2 - <https://www.un.org/ar/universal-declaration-human-rights> (15/05/2020)

3 - <http://hrlibrary.umn.edu/arab/eu-rights-charter.html> (01/06/2020)

4 - <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/foyer/34920?q=le+foyer#34883>

برابطة عقد مدني تضامني ويهدفان للعيش المشترك بينهما، وقد يكونان من جنسين مختلفين، كما قد يكونان من نفس الجنس¹.

ومن بين النتائج المترتبة عن اعتماد الأسرة/العائلة كوحدة للتضريب هي ضرورة تقديم تصريح مشترك لمجموع مداخل الأسرة إذا كانت مكونة من شخصين أو أكثر². مما يعني السماح للأسرة من الاستفادة من الامتيازات الضريبية بما فيها تناقل الإعفاءات الضريبية والاستفادة أكثر من الخصم من الدخل الخاضع للضريبة.

ب- الامتيازات الضريبية للأسرة في التشريع الضريبي الفرنسي

كغيرها من التشريعات الضريبية المتقدمة، نهجت الدولة الفرنسية سياسة أسرية تسعى لتعزيز مكانة الأسرة اقتصاديا واجتماعيا وقانونيا، حيث منحت عدة مزايا ضريبية لفائدة الملتزمين بالضريبة على الدخل ذات طابع شخصي وعن التحملات العائلية. وهي موزعة بين تخفيضات ضريبية ودين الضريبة.

فالتخفيضات الضريبية يتم تنزيلها من الدخل الخاضع للضريبة ولا تخضع للتضريب كلية أو بشكل جزئي كحالة التخفيضات برسم نفقات الأطفال وأقساط التأمين... أما الامتيازات الضريبية على شكل دين الضريبة (crédit d'impôt) فهو إجراء ضريبي يمكن الملتزم من الاستفادة من تخفيض على ضريبة الدخل عن طريق تعويض يحصل عليه من الخزينة بواسطة شيك، وإذا كان مبلغ دين الضريبة أكبر من مبلغ الضريبة فالفارق يعوض من الخزينة. ويطبق هذا الإجراء على الأشخاص الخاضعين وغير الخاضعين للضريبة. ويهدف إلى تشجيع بعض الأنشطة الخاصة أو المساهمة في تحمل بعض التكاليف.

1- التخفيضات الضريبية لفائدة الأسرة الفرنسية

تمتاز التخفيضات الضريبية لفائدة الأسرة الفرنسية بالتنوع، ويمكن إيرادها على سبيل المثال لا الحصر³:

● تخفيض الضريبة على بعض أقساط التأمين بنسبة 25% من الضريبة في حدود سقف الأقساط السنوية التي لا تزيد عن 1525 يورو.

¹ - La loi n°99-944 du 15 novembre 1999 a institué le pacte civil de solidarité, Article 515-1

- <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000761717>

² - Code General des Impôts Française, version 2020, Article 170

³ - هذه التخفيضات مفصلة في المدونة العامة للضرائب الفرنسية وفق آخر نسخة (2020)، لذا سيتم الإشارة إلى عناصرها الأساسية وإلى المادة المتعلقة بها فقط.

☉ تخفيض الضريبة على الدخل بخصوص الهبات المقدمة للأشخاص المعنوية المعترف لهم بصفة المنفعة العامة في حدود 66% من مبلغ الهبات على ألا تتجاوز سقف 20% من الدخل الخاضع للضريبة (Art. 200).

☉ تخفيض الضريبة عن تحملات إيواء الملزم لبعض الأشخاص في دور للرعاية الاج أو الطبية في حدود 2500 يورو للفرد الواحد. (Art. 199 quindecies).

☉ تخفيض مبلغ المساهمات والاشتراكات التي يحولها الأجراء والملزمين إلى المنظمات النقابية.

☉ استفادة الملزم الذي يعيل أطفالاً أقل من 18 سنة أو 25 سنة إذا كانوا يتابعون دراستهم من تخفيض ضريبي عن كل واحد منهم حسب مستواهم الدراسي: 61 يورو في المستوى الإعدادي، 153 يورو في المستوى الثانوي و 183 يورو في التعليم العالي.

فهذه التخفيضات الضريبية إذا كانت مبالغها المخصصة من الدخل الخاضع للضريبة أكبر من مبلغ الضريبة الخام، فإن الملزم لا يدفع الضريبة على الدخل ولا يستفيد من أي تعويض.

2: الامتيازات الضريبية على شكل دين الضريبة

يمكن إيراد بعض الأمثلة عن الامتيازات الضريبية على شكل دين الضريبة وهي متنوعة:

☉ يمكن للملزم بالضريبة الاستفادة من استرجاع 50% من مصاريف حضانة الأطفال أقل من 6 سنوات في دور الحضانة، وفي حدود 2300 يورو عن كل طفل (Art. 200 quater B).

☉ الاستفادة من دين الضريبة عن مجموع المبالغ المحولة لتشغيل عامل منزلي في حدود 12.000 يورو وفق شروط معينة. (Art. 199 sexdecies).

☉ للملزم الحق في الاستفادة من دين الضريبة عن الفوائد والعمولات التي يدفعها عن قرض لتملك سكن رئيسي وفق عدة شروط منها ألا يتجاوز سقف الفوائد حدود 3.750 يورو للعازب/ة والمطلق/ة والأرملة و 3.500 يورو للمتزوجين. (Art. 200 quaterdecies).

☉ الحق في استرجاع الفوائد على القروض الطلابية في حدود 25% من مبلغ الفوائد المدفوعة وفي مبلغ أقصاه 1.000 يورو. (Art. 200 terdecies).

وتجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من كل هذه التخفيضات والامتيازات فإنها تكون خاضعة للتسقيف حسب طبيعة ومجال الإعفاء - سواء التخفيض الضريبي أو دين الضريبة- الذي يتراوح بين 10.000 و 18.000 يورو. (Art. 200-0 A).

ج- اعتماد نظام الحصة الأسرية/العائلية كأساس لتصفية الضريبة على الدخل Le quotient familial

أحدث نظام الحصة الأسرية عادة انتهاء الحرب العالمية الثانية بهدف مواجهة الآثار والأضرار الاجتماعية والاقتصادية والسياسية الناجمة عنها. حيث يجسد هذا النظام أحد مظاهر شخصنة الضريبة على الدخل التي تبتغي ملاءمة مبلغ الضريبة مع المقدرة التكلفة للملزم (الأسرة الضريبية)¹.

إن نظام الحصة الأسرية يتأسس على فكرة تقسيم دخل الأسرة الضريبية إلى حصص أو أشطر² (part) كما هو وارد في الفصل 194 من المدونة العامة للضرائب الفرنسية (الجدول أدناه)، وتسمح هذه العملية بإحداث تناسب مبلغ الضريبة مع دخل الأسرة الضريبية على أساس عدة اعتبارات من بينها عدد الأشخاص المعالين من هذا الدخل.

جدول رقم 1 يبين نظام الحصص/الأشطر العائلية بالنسبة للتشريع الجبائي الفرنسي

الترتيب	الوضعية الأسرية	عدد الحصص/الأشطر
1	عازب/ة، مطلق/ة، أرملة بدون طفل مُعال	1
2	متزوجين بدون طفل مُعال	2
3	عازب/ة، مطلق/ة مع طفل مُعال	1,5
4	متزوجين أو أرملة مع طفل مُعال	2,5
5	عازب/ة، مطلق/ة مع طفلين مُعالين	2
6	متزوجين أو أرملة مع طفلين مُعالين	3
7	عازب/ة، مطلق/ة مع 3 أطفال مُعالين	3
8	متزوجين أو أرملة مع 3 أطفال مُعالين	4
9	عازب/ة، مطلق/ة مع 4 أطفال مُعالين	4
10	متزوجين أو أرملة مع 4 أطفال مُعالين	5
	

المصدر: المدونة العامة للضرائب الفرنسية

وما تلا ذلك يتم إضافة حصة عن كل طفل إضافي يعيله الشخص الملزم بالضريبة.

¹ <https://www.economie.gouv.fr/particuliers/quotient-familial> (20/09/2020)

² - Article 193, code générale des impôts française, version 2020

كما وضع المشرع الجبائي الفرنسي سقوفا للحد من الامتيازات الضريبية المتعلقة بالحصص الأسرية، من خلال اشتراط عدم تجاوز نصف الحصة/الشطر (demi-part) لسقف 1567 يورو ونصف هذا المبلغ أي 783,5 يورو بالنسبة لكل ربع حصة (quart de part) وذلك عن كل حصة (بالنسبة للعازب/ة، المطلق/ة والأرملة) وعن كل حصتين بالنسبة للمتزوجين. (Article 197)

ولحساب مبلغ الضريبة على الدخل، تقوم الإدارة الجبائية بتقسيم مبلغ الدخل الخاضع للضريبة إلى عدة حصص/أشطر حسب عدد ووضعية أفراد الأسرة، ثم تقوم بتطبيق سعر الضريبة على الشطر الواحد ثم بعد ذلك تقوم بضرب مبلغ الضريبة في عدد الأشطر التي تتكون منها الأسرة من أجل الحصول على المبلغ النهائي للضريبة. فميزة الحصة الأسرية أنها تعطي امتيازات للملزمين الذين يعيلون أشخاص معهم بالمقارنة مع ملزم عازب.

وسيتضح من خلال المثال أدناه كيف أن نظام الحصص العائلية خفف العبء الضريبي على الأسرة.

فمثلا أسرتين ضريبيتين الأولى مكونة من عازب والثانية مكونة من زوجين وثلاثة أطفال، ولهما دخل سنوي مختلف، لنفرض أنه 100.000 يورو للأسرة و 50.000 يورو للملزم العازب.

فعدد الحصص عند الملزم العازب هو 1 وعند الأسرة المتزوجة هو 4 (حصة لكل من الزوجين وحصتين للأطفال الثلاثة)

جدول رقم 2 يقارن بين تضريب أسرتين على أساس نظام الحصص الأسرية

أسرة ضريبية مكونة من زوجين و ثلاثة أطفال	أسرة ضريبية مكونة من عازب	
4	1	عدد الحصص الأسرية
$100.000 / 4 = 25\ 000\ €$	$50.000 / 1 = 50\ 000\ €$	مبلغ الدخل مقسوم على عدد الحصص الذي ستطبق عليه الضريبة
أي أقل من 10.064 يورو سعرها يساوي 0%	أي أقل من 10.064 يورو سعرها يساوي 0%	الشريحة الأولى من الضريبة معفية
$= 25.000 - 10.064 = 14.936$	$= 50.000 - 10.064 = 39.936$	الباقي بعد الشريحة الأولى
بين 10 064 و 25.659 يورو 11%	بين 10 064 و 25.659 يورو 11%	سعر الضريبة في الشريحة الثانية
$14\ 936 \times 11\ \% = 1.642,96$	$15.595 \times 11\ \% = 1.715$	مبلغ الضريبة بالنسبة للشريحة الثانية
بين 25.659 و 73.369 يورو 30%	بين 25.659 و 73.369 يورو 30%	سعر الضريبة في الشريحة الثالثة
مبلغ الحصص الأسرية أقل من مبلغ الشريحة الثالثة	$14.277 \times 30\ \% = 4.283,1$	مبلغ الضريبة بالنسبة للشريحة الثالثة
$= 1642,96 \times 4 = 6.571,84\ €$	$= (1.715 + 4.283,1) \times 1 = 5.998\ €$	الضريبة المستحقة: مبلغ الضريبة مضروب في عدد الحصص الأسرية

المصدر: تركيب شخصي بناء مقتضيات المدونة العامة للضرائب الفرنسية

يتضح إذن من الجدول التقريبي أعلاه¹، أن تطبيق نظام الحصص/الأشطر الأسرية أدى إلى جعل الملتزمين (العازب والأسرة) يدفعون ضرائب متقاربة على الرغم من التفاوت بين دخولهم (دخل العازب 50.000 يورو

¹ - هذا المثال لا يأخذ بعين الاعتبار كل العمليات والتخفيضات الضريبية وسقوفها الناتجة عن تطبيق نظام الحصص العائلية، فقط هو تقريبي لتبيان دور هذا النظام في تحقيق مستوى معين من العدالة الضريبية.

ودخل الأسرة ضعفه أي 100.000 يورو)، مما يعني أن هذا النظام يحقق قدرا معيناً من العدالة الجبائية لأنه يراعي القدرة التكليفية للملزمين بالضريبة ويراعي تحملاتهم الاجتماعية.

وبعد تطبيق نظام الحصص الأسرية وتطبيق السعر التصاعدي، فإذا حصل وأن كان مبلغ الضريبة يقل عن سقف يحدده المشرع، فإنه يجوز للملزم بالضريبة الاستفادة من خصم (décote) على مبلغ الضريبة الخام إذا كان لا يتجاوز 1717 يورو للعازب و 2842 يورو للمتزوجين، حيث يستفيد الخاضع للضريبة من خصم من مبلغ الضريبة الخام بنسبة 45,25% مع إجراء عمليات حسابية تأخذ بعين الاعتبار بعض العناصر الأخرى كالمبلغ الجزافي المحدد سلفاً من طرف المدونة العامة للضرائب. (Art. 197)

ويبقى الهدف من هذا الخصم هو تخفيف العبء الضريبي على الملزمين ذوي الدخل المنخفض وتمكين الملزم من تخفيض آخر من مبلغ الضريبة.

الفرع الثاني: المعاملة الضريبية للأسر في تشريعات بعض الدول النامية

يعتبر التشريع الضريبي في الدول النامية مرآة تعكس طبيعة وخصائص أنظمتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية نظراً للتأثيرات المتبادلة بين المجال السياسي والاقتصادي وبين المجال المالي/الضريبي وكذا لضبابية الحدود بين مجالي المال والسلطة. مما يساهم في تعميق مشكلة تضارب المصالح ويجعل الضريبة تخدم غالباً مصالح القوى المهيمنة في تلك المجتمعات بسبب كون المؤسسات السياسية في هذه البلدان تنزع إلى الطابع الصوري بدل كونها مؤسسات حقيقية تركز دولة الحقوق والمؤسسات في سياق ديمقراطي يجسد الإرادة الحقيقية للمواطنين وتطلعاتهم وبالأخص ما له علاقة بمكانة الأسرة والطبقة الوسطى في تلك المجتمعات. فكيف تعاملت بعض هاته الدول (الأردن وتونس) مع الأسر والطبقة الوسطى جبائياً؟

الفقرة الأولى: المعاملة الضريبية للأسرة في التشريع الأردني

يمتاز التشريع الضريبي الأردني بتخصيص معاملة ضريبية خاصة للأسرة اعتباراً لمكانتها الحيوية في المجتمع الأردني وذلك تماشياً مع المكانة السامية التي منحها الدستور الأردني للأسرة، حيث ينص في الفقرة 4 من المادة 6 منه على " الأسرة أساس المجتمع وقوامها الدين والأخلاق وحب الوطن، يحفظ القانون كيانها الشرعي ويقوي أوأصرها وقيمها"¹.

وقد حاول التشريع الضريبي الأردني مسايرة المكانة المحورية التي منحها الدستور الأردني للأسرة من خلال سن مقتضيات ضريبية لفائدة الأسرة الأردنية عبر إقرار تخفيضات وخصومات على الدخل لفائدة الملزم على تحملاته الشخصية والأسرية سواء ما يتعلق بالتحميلات عن السكن، إعالة الأطفال وباقي أفراد الأسرة، نفقات التمدرس والتطبيب، أو من خلال التمييز بين تحميلات العازب وتحملات المتزوج المعيل للأسرة، أو من خلال

1 - الدستور الأردني لسنة 1952 وفق آخر التعديلات لغاية سنة 2011 (12/07/2020) www.constituteproject.org

مراعاة طبيعة المجتمع الأردني الذي يتعايش فيه نمطان أسريان هما نمط الأسرة النووية (زوج وزوجة وأبناء) ونمط العائلة الممتدة (زوج وزوجة وأبناء وأقارب الزوج).

إن الامتيازات الضريبية الممنوحة للأسرة في التشريع الأردني يمكن تقسيمها إلى إعفاءات شخصية وإلى إعفاءات عن التحويلات الأسرية، واعتماد نظام خاص لحساب الضريبة.

أ- الإعفاءات الشخصية

هي إعفاءات ضريبية متعلقة بشخص الملزم بالضريبة على الدخل وتشمل حسب المادة 9 من قانون ضريبة الدخل¹ إعفاء شخصيا للمكلف بالضريبة يصل لـ 10.000 دينار أردني في سنة 2019 (إعفاء شخصي للحد الأدنى) على أن ينخفض سنة 2020 لـ 9.000 دينار (حوالي 122.400 درهم)².

ب- الإعفاء عن التحويلات الأسرية

يستفيد الخاضع للضريبة على الدخل من اعفاء برسم إعالته لأفراد أسرته، ويصل مبلغ الإعفاء لنحو 9.000 دينار عن الأشخاص المعالين مهما كان عددهم. كما يستفيد الخاضع للضريبة والأشخاص المعالين كذلك من إعفاءات مقابل نفقات العلاج والتدريس والإيجار وفوائد قروض السكن والمرابحة على الشكل التالي:

9- 1.000 دينار للمكلف بالضريبة

10- 1.000 دينار لزوج المكلف بالضريبة

11- 1.000 دينار لكل ولد وبعد أقصى 3.000 دينار

وفي حالة تكفل الملزم بأشخاص من ذوي الإعاقة المستمرة، فإنه يستفيد من الحق في خصم 2000 دينار لكل شخص.

كما اشترط المشرع الأردني ألا يتجاوز سقف الإعفاء المسموح به للمكلف ولمن يعيلهم 23.000 دينار، ومكّن المكلف كذلك من الاستفادة من فرق الإعفاء الممنوح أعلاه، على ألا يتجاوز سقف 23.000 دينار. وهذا يعني أن دخل الأسرة يستفيد من إعفاء يصل حده الأقصى إلى 23.000 دينار، في حين أن الملزم العازب يستفيد من اعفاء شخصي (9.000 دينار) وإعفاء بحد أعلى 1.000 دينار، أي أن مجموع الإعفاء قد يصل إلى 10.000 دينار، وهو مبلغ أقل من مبلغ الإعفاء للأسرة بنحو 13.000 دينار، وهذا يبرز بشكل جلي الامتيازات الضريبية التي تحظى بها الأسرة في التشريع الضريبي الأردني³.

¹ - قانون رقم 38 لسنة 2018 معدل لقانون ضريبة الدخل، الجريدة الرسمية الأردنية رقم 5547 بتاريخ 2018/12/2 صفحة 7285.

² - تقدير على أساس أن سعر صرف الدرهم المغربي مقابل الدينار الأردني يساوي 12,96 درهم لكل دينار (شهر أكتوبر 2020).

³ - هذا على الرغم من أن هذه الامتيازات تعرضت للتقليص ابتداء من تعديل قانون ضريبة الدخل لسنة 2009 وصولاً لقانون رقم 38 لسنة 2018، حيث تم إلغاء بعض الامتيازات الضريبية كحق خصم نفقات الاستشفاء، وعدم تحديد سقف لعدد الأطفال المعالين، واعفاء نفقات الدراسة في التعليم العالي....

ج- اعتماد نظام خاص لحساب الضريبة

كباقي التشريعات الضريبية الحديثة، قام المشرع الضريبي الأردني بسن نظام تصاعدي خاص لحساب الضريبة على الدخل¹ من خلال تقسيم الملزمين بالضريبة على الدخل إلى 6 شرائح، تخصص لكل شريحة نسبة مئوية معينة تتراوح بين 5% و 30%، لكن تحسب بطريقة خاصة، حيث يتم التصاعد بالشرائح على أساس دخل 5.000 دينار في كل شريحة حتى شريحة 20.000 دينار بسعر 20%، ثم على أساس كل دينار اضافي بين شريحة 20.001 دينار و أكثر من مليون دينار بأسعار بين 25% و 30%. فمثلا شريحة الدخل 5.000 دينار الأولى خاضعة لسعر 5%، و 5.000 دينار الموالية تخضع لسعر 10%، و 5.000 دينار الموالية تخضع لسعر 15%، وهكذا حتى سعر 20%. أما شريحة الدخل بين 20.001 إلى غاية مليون دينار فتخضع لسعر 25% عن كل دينار، وسعر 30% عن كل دينار للدخل الذي يزيد عن مليون دينار.

ويلاحظ على نظام أسعار التصاعد بالشرائح أنه نظام متقارب من حيث نسب التصاعد بين الشرائح، أي بين الدخول التي تعتبر في الشريحة الدنيا (بين 5% و 10%) وبين أسعار الشرائح المتوسطة (بين 10% و 20%) ثم بين الدخول العليا بين 25% و 30%، وهذا يعني أن معدل التصاعد بين الشرائح هو 5% تقريبا. وهو عكس ما هو موجود مثلا في سعر الضريبة على الدخل بالمغرب الذي ترتفع فيه الأسعار بين السعر الأدنى والمتوسط بنحو 10% (بين 20% و 30%)².

الفقرة الثانية: الامتيازات الضريبية للأسرة في التشريع الضريبي التونسي

يمتاز التشريع الضريبي التونسي فيما يخص الضريبة على الدخل بالتشابه مع النظام التشريعي الضريبي المغربي، نظرا لكون الإثنين معا يمتحان في نفس المرجعية الفرنسية، لكن هذا لا يعني التشابه حد التطابق، بل هناك اختلافات فنية تخص كل بلد حسب ظروفه السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

فالدستور التونسي لسنة 2014 كرس المكانة السامية للأسرة في المجتمع التونسي بتنصيبه في الفصل السابع منه على "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع، وعلى الدولة حمايتها"³.

والتشريع الضريبي التونسي لا يعتمد على الأسرة كوحدة للتضريب، بل يعامل كل ملزم على حدة كما هو الشأن في المغرب، لكنه منح عدة امتيازات ضريبية للملزم بالضريبة على الدخل مراعاة لتحملاته الشخصية والعائلية، حيث سمح المشرع التونسي للملزم بالضريبة القيام بعد تخفيضات من الدخل الإجمالي من أجل

- موفق سمور المحاميد، المعاملة الضريبية للأسرة، مرجع سابق، ص 565.

¹ - المادة 11 من قانون رقم 38 لسنة 2018 المعدل لقانون ضريبة الدخل.

² - سيتم تفصيل هذا الإشكال في العنصر الرابع من هذه الدراسة.

³ - الدستور التونسي لسنة 2014، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية،

الحصول على صافي الدخل الخاضع للضريبة. وهذه التخفيضات تطبق كلها قبل تطبيق السعر الضريبي¹ وهي إما على أساس شخصي أو على أساس التحملات العائلية.

أ- التخفيضات على أساس شخصي

وهي تخفيضات ذات طابع شخصي يستفيد منها الملزم بالضريبة عن تحملاته وهي على الشكل التالي:

- 1- تخفيض أقساط الإيرادات المدفوعة بصفة وجوبية ومجانية؛
- 2- تخفيض أقساط عقود التأمين على الحياة في حدود 10.000 دينار سنويا لمدة لا تقل عن 8 سنوات؛
- 3- تخفيض الأقساط المدفوعة لتسديد أصل القروض الجامعية وفوائدها؛
- 4- تخفيض الفوائد والعمولات المدفوعة عن قروض متعلقة باقتناء أو بناء مسكن رئيسي لا تتعدى كلفته 200.000 دينار².

كما منح المشرع التونسي للملزم (رئيس أسرة) الحق في خصم مبلغ 300 دينار من مداخيله الصافية.

ب- التخفيضات عن التحملات العائلية

مراعاة للتحملات العائلية التي يتحملها الملزم التونسي بالضريبة، فقد سمح المشرع التونسي لكل رئيس أسرة (رب أسرة) أن يطرح (يخصم) من دخله الصافي مجموعة من المبالغ برسم تحملاته العائلية³ وهي:

- 1- خصم مبلغ 100 دينار عن كل طفل في حدود الأربعة أطفال الأوائل حتى عمر 20 سنة؛
- 2- إمكانية ارتفاع هذا الخصم إلى:
 - a. 1000 دينار لكل ولد يزاول تعليمه العالي بدون الانتفاع بمنحة شريطة ألا يتجاوز عمره 25 سنة
 - b. 2000 دينار لكل طفل يحمل إعاقة مهما كان سنه أو رتبته.
- 3- إمكانية خصم 5% من الدخل الصافي الخاضع للضريبة عن كل واحد من والدي الملزم في حدود مبلغ أقصاه 150 دينار تونسي.

أما بالنسبة لأسعار الضريبة على الدخل فهي تصاعدية بالشرائح مع إقرار إعفاء الدخل الدنيا من الضريبة في حدود 5000 دينار، ثم إخضاع الدخل بين 5001 إلى 20.000 دينار لسعر 26% وهكذا حتى شريحة الدخل أكثر من 50.000 دينار بسعر 35%⁴. ويلاحظ هنا أن التصاعد بين الشريحة الأولى والثانية تصاعد "صاروخي" أي أقل من 5.000 دينار معفي و 5.001 دينار يخضع للضريبة بسعر 26%، في حين يبدو

¹ - على عكس التشريع المغربي الذي ميّز بين الخصم من مجموع الدخل وبين التخفيضات من مبلغ الضريبة.

² - المادة 39 من مجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات ونصوصها التطبيقية، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، اصدار سنة 2017.

³ - المادة 40 من مجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات ونصوصها التطبيقية، نفس المرجع أعلاه.

⁴ - الفصل 44 من مجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات، مرجع سابق.

التصاعد بطيئا بالنسبة للدخول العليا (من 30.001 إلى 50.000 دينار بسعر 32% وأكثر من 50.000 دينار بسعر 35%).

إن الامتيازات الضريبية التي منحها التشريع الضريبي التونسي للأسرة التونسية لا ترقى إلى مستوى المكانة الدستورية للأسرة وللطموح الدستوري نحو تحقيق العدالة الاجتماعية¹ لكافة الأفراد والفئات المجتمعية خصوصا ما يتعلق بالتخفيضات وبأسعار الضريبة على الدخل وعدد الشرائح الجبائية².

وأهم ما يميز نظام الإعفاءات الجبائية لفائدة الأسرة التونسية مقارنة بنظيرتها المغربية يتمثل أساسا في:

1- عدم تحديد سقف معين لتخفيض فوائد وعمولات القروض عن تملك أو بناء سكن رئيسي عكس المشرع المغربي الذي حدد نسبة الخصم في حدود 10% من مجموع الدخل الخاضع للضريبة بالنسبة للعمولات والفوائد؛

2- تخفيض الأقساط المدفوعة لتسديد أصل القروض الجامعية وفوائدها؛

3- منح المشرع التونسي للملزم (رئيس أسرة) الحق في خصم مبلغ 300 دينار من مداخله الصافية، وهذا الخصم غير ممكن في التشريع الجبائي المغربي؛

4- بالنسبة للملزم الذي يعيل شخصا مصاب بإعاقة، فإن مبلغ التخفيضات من دخله عن اعالته لهذا الطفل الذي يعاني من إعاقة يرتفع إلى نحو 2.000 دينار دون اشتراط سن معين عوض مبلغ 100 دينار للطفل السليم، عكس المشرع المغربي الذي سمح للملزم القيام بتخفيض من مبلغ الضريبة مبلغ 360 درهم عن كل طفل بما فهم الطفل الذي يعاني من إعاقة بنفس المبلغ مع عدم اشتراط سن معين؛

5- سمح المشرع الضريبي التونسي كذلك لرئيس الأسرة أن يخصم مبلغ 1.000 دينار من الدخل الصافي عن كل ابن يتابع تعليمه العالي ولا يستفيد من منحة بشرط ألا يتجاوز سنه 25 سنة. وهذا الامتياز غير مسموح به للملزم في التشريع المغربي، حيث يتوجب عليه تحمل نفقات تعليم أبنائه في الجامعات حتى بدون حصولهم على منحة، مما يثقل كاهل الأسر؛

6- إمكانية خصم 5% من الدخل الصافي الخاضع للضريبة عن كل واحد من والدي الملزم في حدود مبلغ أقصاه 150 دينار تونسي، وهذا الحق غير متوفر للملزم في التشريع الضريبي المغربي الذي يتعد أحيانا عن عمقه الاجتماعي كما الحال في هذه النقطة، كون فئات مجتمعية كثيرة تتحمل نفقات إعالة آبائها من حيث نفقات التغذية أو الرعاية الصحية... دون حصولها على حق خصم جزء منها من مجموع الدخل الخاضع للضريبة.

¹ - ينص الفصل 12 من الدستور التونسي لسنة 2014 على " تسعى الدولة إلى تحقيق العدالة الاجتماعية والتنمية المستدامة والتوازن بين الجهات "

² - عبد الجليل بدوي " النظام الجبائي التونسي ودوره في قيام العدالة الاجتماعية " إصدارات المنتدى التونسي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية ،

إن المعاملة الضريبية للأسر وللطبقة الوسطى في التجارب التي سبق تناولها تفيد بوجود تمايزات بين تلك التجارب مرتبطة بطبيعة النظم السياسية وإيديولوجيتها والظروف الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لكل بلد على حدة.

جدول تكميلي للمشارك والمختلف في الضريبة على الدخل بين التجارب المقارنة

التميزات بين التشريعات الجبائية المقارنة	المشارك بين التشريعات الجبائية المقارنة
- السماح بخصم جزافي من مجموع الدخل الخاضع للضريبة - اعتماد نظام الحصة الأسرية (فرنسا) - ونظام فئات التضريب (ألمانيا) - اعتماد التضريب المشارك على دخول الأسرة - توسيع نظام النفقات القابلة للخصم - تقديم اعانات ودعم للعائلات عن تحملاتها الاجتماعية والعائلية	- اعتماد الخصم من الدخل الخاضع للضريبة - اعتماد نظام التخفيضات الضريبية من مبلغ الضريبة الخام - تصفية الضريبة عن طريق الأسعار التصاعدية - إعفاء الدخل الدنيا من الخضوع للضريبة على الدخل - الموازنة بين التضريب الفردي والتضريب المشارك

تركيب شخصي

خاتمة:

قاد تحليل موضوع المعاملة الضريبية للأسرة وللطبقة الوسطى إلى الخروج بعدة استنتاجات وخلاصات رئيسة وهي:

- إن الضريبة تعد آلية متعددة الوظائف توظفها السلطات العمومية لخدمة عدة أهداف وبالتالي يمكن توظيفها لتقوية مكانة الأسرة والطبقة الوسطى في المجتمع طبعاً إذا توافرت لها عدة شروط موضوعية؛
- السياسة الضريبية الحالية لا تخدم كثيراً مصالح الأسر والطبقة الوسطى بل تزيد من تأزيم وضعيتهم المادية والاجتماعية مما يؤدي إلى تقهقر الطبقة الوسطى وتراجع القدرة الشرائية للأسر؛
- مبلغ التخفيضات الضريبية الممنوحة للأسر في الضريبة على الدخل تبقى هزيلة جداً لأنها لا تغطي حتى متوسط انفاق الأسر السنوي على الخدمات الصحية (3202 درهم).
- الأسعار الضريبية الحالية تحابي كثيراً أصحاب الدخل المرتفعة (الأغنياء) على حساب الطبقة الوسطى والدخول الدنيا، لأن معدل التصاعد سريع عند شرائح الدخل الدنيا والمتوسطة وبطيء عند شرائح الدخل المرتفعة.
- المعاملة الضريبية الحالية للأسر تضيي تمييزاً ضد المرأة، لأنها لا تساوي بين حق الملزم الرجل في الاستفادة من التخفيض من مبلغ الضريبة برسم التحملات العائلية وبين حق المرأة في الاستفادة من هذا التخفيض إلا في حدود ضيقة أي حالة وجوب النفقة عليها شرعاً.
- تذبذب المرجعية المؤطرة للتضريب الأسري بالمغرب، فتارة يعتمد المشرع على الدستور وعلى مدونة الأسرة (كحالة تحديد الوضعية التي تستفيد منها المرأة من حق تخفيض من مبلغ الضريبة) وتارة أخرى يناقض هذه المرجعية (مدونة الأسرة) مثلاً عندما منع الملزم من خصم التحملات عن والديه أو إخوته.
- هناك تباين واضح في تعامل التشريعات الضريبية المقارنة مع الأسر مقارنة بالمغرب، حيث تبنت دول متقدمة سياسات تشجيعية للأسر (فرنسا وألمانيا) بينما دول أخرى لازالت دون مستوى الحماية اللازمة للأسر (تونس والأردن نوعاً ما).

إن هذه الخلاصات تستدعي تبني سياسة جبائية متوازنة وعادلة ومنصفة وفعالة تنطلق من مداخل إصلاحية عديدة من بينها:

- جعل الدستور و مدونة الأسرة والمواثيق الدولية لحقوق الانسان مرجعا لاعتماد الأسرة كوحدة للتضريب
- ربط الإصلاحات في المجال الضريبي بالإصلاحات السياسية والمؤسسية، لأن القرار الضريبي هو قرار سياسي خاضع لميكانيزمات صناعة واتخاذ وتنفيذ القرار السياسي، وتتضارب المصالح حوله

وبالتالي يكسب أكثر من يضغط أكثر، لذلك لابد من التأكيد على اندماج الإصلاح المالي والإصلاح الاقتصادي بالإصلاحات السياسية وبالتماسك والتضامن الاجتماعي؛ فالمؤسسات السياسية الديمقراطية التي تسمح بتداول سلمي على السلطة عبر انتخابات حرة تؤدي إلى تشكيل حكومات تمثل المواطنين وتكون مسؤولة أمامهم وتعتبر عن تفضيلاتهم وطموحاتهم في المجالات السياسية والاجتماعية والاقتصادية. لأنه يتعذر بناء نظام مالي جيد وديمقراطي وذو مردودية دون توفر الشرط السياسي المتمثل في ديمقراطية مؤسسات الدولة؛

- لابد من خلق الانسجام بين مقتضيات مدونة الأسرة مع القانون الضريبي خصوصا في شق النفقات الملزمة شرعا لرب الأسرة وبين التخفيضات الضريبية التي لا تراعي هذا المقتضى من خلال إقصاء الوالدين والإخوة وحق الزوجة في الاستفادة من حق الخصم إلى جانب زوجها؛

- رفع التمييز ضد المرأة العاملة كي تستفيد بشكل متساوي مع الرجل في التخفيض عن الأعباء العائلية، لكي لا يتحول هذا المقتضى التشريعي إلى نوع من التشجيع بشكل غير مباشر على الارتباط بزوجة غير عاملة؛

- جعل التجربة الألمانية والفرنسية كأفق للتفكير في اعتماد الأسرة كوحدة للتضريب؛

- اعتماد الجندرة الجبائية لتقليص اللامساواة بين الرجال والنساء في مجال الضرائب على الدخل¹؛

- التفكير في تبني الضريبة كوسيلة لتجديد أجيال المجتمع كما هو معمول به في عدة تجارب مقارنة.

¹ - هذا الطرح يتماشى مع توصيات منظمة OXFAM حول المغرب،

قائمة المصادر والمراجع:

- المؤلفات:

- بلوفي عبد الحكيم " ترشيد نظام الضريبة العقارية: دراسة حالة الجزائر " أطروحة دكتوراه في علوم التسيير ، ، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد خيضر- بسكرة ، 2011-2012.
- عادل أحمد حشيش " أصول المالية العامة: دراسة تحليلية لمقومات مالية الاقتصاد العام، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية ، 1983،
- عبد الجليل بدوي " النظام الجبائي التونسي ودوره في قيام العدالة الاجتماعية" إصدارات المنتدى التونسي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية ، 2014، ص 49.

الأطروحات والرسائل الجامعية:

- عبد الغني بامو "تراتبية وألوية وواقف نفقات الدولة في المغرب: 1960-2010: محاولة للرصد والتحليل" أطروحة دكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - مراكش، جامعة القاضي عياض- مراكش، 2015،

المقالات والمجلات والحوارات:

- موفق سمور المحاميد " المعاملة الضريبية للأسرة في قانوني ضريبة الدخل الأردني والمصري " مجلة الحقوق، العدد 3/2014.
- نجيب أقصي: نظامنا الضريبي يخدم الرأسمال ويزيد الضغط على الأجراء والطبقة المتوسطة. حوار منشور في جريدة: cnimaroc

التقارير والاصدارات:

- المندوبية السامية للتخطيط " السكان والتنمية في المغرب: 25 سنة بعد مؤتمر القاهرة 1994 " التقرير الوطني 2019.
- تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي بعنوان " من أجل نظام جبائي يشكل دعامة أساسية لبناء النموذج التنموي الجديد " 2019.
- تقرير للبنك الدولي حول المغرب نشر سنة 2017 بعنوان "المغرب في أفق 2040، الاستثمار في الرأسمال اللامادي لتسريع الإقلاع الاقتصادي "
- صندوق النقد الدولي، مذكرة مناقشات خبراء صندوق النقد الدولي " العدالة الضريبية في الشرق الأوسط وشمال إفريقيا " شتنبر 2015

النصوص القانونية:

- المغرب:

- دستور فاتح يوليوز 2011، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر (30 يوليوز 2011).
- قانون رقم 70.19 يتعلق بقانون المالية لسنة 2020، الجريدة الرسمية عدد 6838 مكرر بتاريخ 14 دجنبر 2019
- المدونة العامة للضرائب، نسخة 2020.

- قانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، ج ر عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004.

- الأردن:

- الدستور الأردني لسنة 1952 وفق آخر التعديلات لغاية سنة 2011
- قانون رقم 38 لسنة 2018 معدل لقانون ضريبة الدخل (الأردنية)، الجريدة الرسمية الأردنية رقم 5547 بتاريخ 2018/12/2 صحيفة 7285.
- قانون الحماية من العنف الأسري رقم 6 لعام 2008، الجريدة الرسمية الأردنية، عدد 4892، 2008 ص 821

- تونس:

- الدستور التونسي لسنة 2014، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية،
- مجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات ونصوصها التطبيقية، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، اصدار سنة 2017.

- ألمانيا:

- الدستور الألماني لسنة 1949 وتعديلاته اللاحقة حتى سنة 2019

المراجع باللغة الأجنبية:

Ouvrages :

- ADAM SMITH " An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations" 1776, Oxford University Press 1976,

Rapports et Etudes :

- OCDE, statistique des recettes publiques 1965-2018, édition 2019, page 22.
- OXFAM « Un Maroc égalitaire, une taxation juste » Avril 2019
- Les cahiers du Plan « **Les classes moyennes marocaines** : définition, caractéristiques et facteur d'évaluation, N° 5, septembre – octobre 2009.
- Haut-commissariat au Plan « **Présentation des résultats de l'Enquête Nationale sur la Consommation et les Dépenses des Ménages 2013/2014**» Octobre 2016
- Jason Michael Fletcher « The Forgotten 'Singles Tax': The Treatment of Single Individuals in the Income Tax" Fall 11-2000, University of Tennessee, Knoxville,

Interview:

- Ahmed LAHLIMI, Interview avec Challenge Hebdo, 19 - 07 – 2008 :

Lois:

- La loi n°99-944 du 15 novembre 1999 a institué le pacte civil de solidarité, Article 515-
- Code General des Impôts Française, version 2020, Article 170

Sites webs:

- OFFICIAL :

- <http://www.maroc.ma/ar/%D8>
- <https://donnees.banquemondiale.org/indicateur/GC.TAX.TOTL.GD.ZS>
- <https://www.oxfam.org/fr/search?keys=un+maroc+%C3%A9galitaire>
- https://www.hcp.ma/Grande-interview-d-Ahmed-Lahlimi-L-indicateur-est-juste-le-commentaire-est-libre_a1101.html
- <https://www.finances.gov.ma/Publication/dgi/2020/cgi2020-ar.pdf>

- http://www.iort.gov.tn/WD120AWP/WD120Awp.exe/CTX_37776-1-UCIXrLwRwt/Principal/SYNC_729322084
 - + <https://www.bundestag.de/resource/blob/192120/f0220f0aae3abdb5cdd5a16fec1e41f3/grundgesetz-data.pdf>
 - <https://www.steuerklassen.com/>
 - https://www.destatis.de/DE/Themen/Querschnitt/Demografischer-Wandel/_inhalt.html
 - <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>
 - <https://www.un.org/ar/universal-declaration-human-rights>
 - <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000761717>
 - <https://www.economie.gouv.fr/particuliers/quotient-familial>
 - + https://donnees.banquemondiale.org/indicateur/IC.TAX.TOTL.CP.ZS?most_recent_value_de_sc=true
 - <https://data.albankaldawli.org/country/Morocco>
 - <https://www.finances.gov.ma/Publication/dgi/2020/cgi2020-ar.pdf>
- NON Official**
- www.constituteproject.org
 - <http://hrlibrary.umn.edu/arab/eu-rights-charter.html>
 - <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/foyer/34920?q=le+foyer#34883>
 - <https://cnimaroc.ma/?p=5130>

دور التدقيق المالي والإداري في المرفق العمومي

The role of financial and administrative audit in a public facility

من إعداد الدكتور سعيد العزوزي Elaazzouzi Said

باحث في العلوم السياسية والعلوم الإدارية والمالية وجدة، المغرب

الملخص:

إن الهدف من هذا البحث حول التدقيق هو إظهار أهمية هذه التقنية الرقابية في تفعيل التدبير المالي والإداري، مما يؤدي إلى تغيير سلوك أجهزة الدولة بالشكل الذي ينعكس على الأجهزة العمومية وبعض المفاهيم المتداولة، ويعتبر التدقيق ومنذ أكثر من ثلاثة عقود مرادفا للموضوعية، أما في الوقت الحاضر فهو بمثابة آلية من الآليات التي تساعد الهيئات والمنظمات على اتخاذ القرارات الاستراتيجية، وارتبط ظهور التدقيق في الإدارة العمومية بشكل مباشر بالتعقيدات التي عرفتها وامتازت تلك الأجهزة والهيئات العمومية، مما أدى إلى ظهور نوع من المخاطر المتمثلة في غالب الأحيان في الاحتيال والغش داخل الهيئات الإدارية، إضافة إلى سوء التسيير الذي تفشى بشكل في القطاع العام والهيئات وشبه العمومية بما فيها الهيئات الخاضعة لوصاية الدولة وعلى رأسها الجماعات الترابية، ومن هنا تظهر أهمية التدقيق باعتباره آلية من آليات المراقبة والتسيير إلى توفير مجموعة من المعلومات والمعطيات الموضوعية ذات الصلة بعمل الهيئات والأجهزة الإدارية، ومن ثم تحقيق الفعالية والنجاعة.

الكلمات المفتاحية: التدبير المالي-التدقيق المالي-الفعالية-النجاعة-المصدقية-التدبير الإداري

Abstract:

Businesses outside of contracts are considered synonymous with situations, but at the present time it is a port and fax of two structures in the public administration directly with the complications which are known, and these agencies and public bodies are still, which shows the emergence of a kind of risks represented by the majority of all the offices inside the administration offices, In addition to the internal mismanagement, clearly within the public sector and the bodies subject to state jurisdiction, including the territorial A job belonging to the university, drawing in its mission, and drawing in its mission and stopping it.

المقدمة:

يتطلب مبدأ دولة الحق والقانون، وكذلك الشفافية والحكامة وتخليق الحياة العامة في التدبير المالي والإداري خلق أجهزة عمومية فعالة و ناجعة وذات مصداقية في علاقتها بالمواطن، من خلال خضوع جميع الأعمال والمشاريع العامة الصادرة عن تلك الوحدات الإدارية للرقابة التي تعتبر أمراً طبيعياً في كل مجتمع بشري¹، من خلال الإشراف والفحص والتتبع من جانب سلطة أعلى لها حق التعرف على كيفية سير عمل الهيئات والوحدات الإدارية، والتأكد من الاستخدام الأمثل والسليم للأموال العمومية، إلا أن الإصلاحات الهيكلية التي عرفتها أجهزة الدولة جعلت الرقابة التقليدية غير قادرة على مواكبة تلك الإصلاحات، مما تطلب البحث عن تقنيات حديثة أكثر تطوراً وفعالية، أهمها التدقيق المالي والإداري.

ويمكن تعريف التدقيق بأنه تقييم مستقل لكل عمليات التسيير، والتدبير، والمراقبة الداخلية لمنظمة معينة في القطاع العام أو الخاص، للتأكد من مدى احترام السياسات والمساطر المتبعة، باعتماد المعايير الموضوعية، واستخدام الموارد بشكل فعال لتحقيق الأهداف المحددة المتمثلة في الفعالية والحكامة المالية والإدارية، وغالباً ما يستند التدقيق إلى مقارنة شمولية نقدية استقرائية، من أجل تحقيق الشفافية في التعامل مع الظواهر موضوع الدراسة والتحليل، بهدف تحقيق الفعالية والديمقراطية بشتى أنواعها².

ويختلف مفهوم التدقيق عن الرقابة الكلاسيكية في مواطن مختلفة وعديدة، سواء من حيث الزمان وطريقة العمل، وحتى القواعد العلمية والاقتصادية المعتمدة في مراقبة مالية وإدارية معينة³.

ورغم أن التدقيق عملية رقابية حديثة التطبيق إلا أن أصوله قديمة تعود إلى الحضارات القديمة المصرية والفرعونية، وعرف تطورات مهمة في كل من بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية خاصة في جوانبه النظرية والتطبيقية، كما برز التدقيق في شكله الحالي في فرنسا سنة 1256، خلال إنشاء غرفة محاسبة باريس التي انتهى دورها بعد الثورة الفرنسية بعد إحداث المجلس التأسيسي للثورة، الذي تولى مراجعة الحسابات العامة بعد إنشاء مكتب الحسابات سنة 1791. لتتوالى التطورات والإصلاحات التي عرفها هذا الجهاز إلى غاية صدور دستور 1958 الذي وسع من مهام هذه المحكمة التي أصبحت تتمتع باختصاصات واسعة قضائياً وإدارياً وتقوم بافتحاص وتدقيق التصرفات المالية للأمين بالصرف.

كما عرفت هذه الرقابة في المغرب سيرورة تأسيسية منذ الاستقلال بإحداث اللجنة الوطنية للحسابات بظهير 14 ابريل 1960 قبل إحداث المجلس الأعلى للحسابات بمقتضى القانون 12.79 الصادر بتاريخ 14 شتنبر 1979 كهيئة قضائية مستقلة دون أن يكون لعملها الفعالية والنجاعة في الواقع العملي، من جانبه شكل دستور

1- محمد حركات، التخطيط الاستراتيجي والمنافسة ورهانات الجودة الكلية بالمقاولات المغربية، مطبعة فضالة، المحمدية، طبعة 1997، ص. 170.

2- محمد سلكي، التدبير المالي العمومي ومتطلبات الحكامة المالية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط أكادال، السنة 2012-2013، ص. 369.

3- احميدوش مدني، المحاكم المالية في المغرب دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، مطبعة فضالة، المحمدية، طبعة 2003، ص. 63.

2011 نقلة نوعية بتخصيصه بابا كاملا للحكامه الجيدة، مما دفع القائمين على الشأن العام إلى تبني التقنيات الحديثة في التدبير العمومي من خلال ترسيخ الشفافية والمحاسبة وربط هذه الأخيرة بالمسؤولية.

أهمية الدراسة:

لموضوع التدقيق أهمية وراهنية على اعتبار أن الرقابة والتقييم من المواضيع الهامة في ظل تزايد الاهتمام والمطالبة بتجويد العمل الإداري والمالي وتفعيل أدواته، بهدف الحفاظ على المال العام من الهذر والتبذير وترشيد النفقات العمومية، عن طريق معالجة الاختلالات والصعوبات، واقتراح الحلول الكفيلة بتفعيل البنية الإدارية في جميع جوانبها .

مشكلة الدراسة:

من خلال التطرق لأهمية الموضوع وملاسته تبدو ملامح الإشكالية الرئيسة التي سيتم تحليلها ومعالجتها في هذه الدراسة، على اعتبار أن التدقيق أصبح له أهمية متزايدة في تسيير وتدبير الأجهزة الإدارية والمؤسسات العمومية، كما أصبحت للأجهزة الرقابية دورا هاما في تدقيق العمليات المالية والتسيير الإداري، ولذا كان لابد من تحليل ودراسة هذا الموضوع انطلاقا من الإشكالية التالية :

ما دور التدقيق في ترسيخ الفعالية في التدبير العمومي؟ وتنبثق عن هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية نكتفي بذكر بعضها:

- ماهي أسباب اعتماد التدقيق في القطاع العام؟

- ماهي التقنيات التي يعتمد عليها التدقيق؟

- ماهي الأجهزة المكلفة بممارسة التدقيق؟

منهجية الدراسة:

يعتبر المنهج بمثابة السيرة والكيفية المتبعة من قبل الباحث للوصول إلى الحقيقة العلمية، وهو عبارة عن مجموعة من الخطوات المعتمدة على الاستدلال والحقيقة والنتيجة، ونظرا للأهمية المتعددة الجوانب لموضوع التدقيق، تتطلب معالجة الإشكالية المطروحة الاستعانة ببعض المناهج العلمية أهمها:

- المنهج الوظيفي الذي يمكننا من تحديد أهمية ووظيفة التدقيق كتقنية رقابية حديثة، كما نتمكن من خلال هذا المنهج من معرفة الأجهزة والهيئات المكلفة بممارسة هذه التقنية الرقابية الحديثة ودورها في تحقيق الفعالية الرقابية من خلال تقنية التدقيق.

-المنهج التحليلي الذي من خلاله نستطيع تحليل وتفكيك عناصر الإشكالية المطروحة. فاعتماد هذه المناهج العلمية أملت مجموعة من الاعتبارات أهمها طبيعة الإشكالية المطروحة، فضلا عن موضوع البحث الذي يعتبر ذو أهمية وراهنية.

خطة البحث أو الدراسة:

سنحاول من خلال هذه الدراسة التطرق إلى ماهية وأنواع أنواع التدقيق والمناهج أو التقنيات التي يعتمد عليها، ثم نتناول بع ذلك مجالات تطبيق التدقيق والأجهزة الممارسة له وذلك وفق التقسيم التالي:

المطلب الأول: المقاربة المفاهيمية والنوعية للتدقيق.

المطلب الثاني: مجالات تطبيق التدقيق والأجهزة الممارسة له:

المطلب الأول: المقاربة المفاهيمية والنوعية للتدقيق

أدى تراجع النظام المالي والمحاسبي القائم على منطق الوسائل والمتسم بغياب الفعالية، إلى ضرورة اعتماد تقنيات وإيجاد طرق جديدة في تدبير الأموال العمومية، بحيث يعتبر التدقيق ومراقبة التسيير أهم التقنيات الرقابية الحديثة التي أدت إلى نجاعة وفعالية أكثر في القطاعين العمومي والخاص، ومن هنا لابد من التطرق إلى مفهوم التدقيق ومزاياه (الفرع الأول)، لنتحدث بعد ذلك عن أنواع التدقيق ومناهجه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم ومزايا التدقيق

ظهر التدقيق في الدول الأنجلوساكسونية وخاصة في الولايات المتحدة الأمريكية، ومعناه التفتيش أو الرقابة والتحقق. وتهدف هذه الآلية إلى كشف الاختلالات المالية والوظيفية من أجل ترشيد وعقلنه التسيير والتدبير الإداري بشكل عام، إضافة إلى تنبئها بالمخاطر التي قد تحدث ومن ثم منعها، أما المفهوم اللاتيني للتدقيق فهو الاستماع، والإصغاء والانتباه، وبالتالي فإن تعريف المدرستين مختلفين تماما، فمصدر مصطلح التدقيق لاتيني، وهي مشتقة من كلمة Audit وتعني الإنصات والاستماع.

وإذا كان الفقهاء قد اختلفوا في تعريفاتهم للتدقيق، إلا أن ذلك لا يؤثر جوهريا على مضمونه أو الوظائف التي يقوم بها، وقد تعددت التعاريف منها ما يهتم الجانب الوظيفي ومنها ما يهتم بالجانب النظري، مما أدى إلى غياب الإجماع بين الفقهاء والباحثين والمتخصصين، فهناك من يستعمل كلمة افتتاح أو تدقيق، في حين يستخدم البعض الآخر عبارة المراجعة أو الرقابة، وهذا ما ينطبق على الدول العربية إذ على الرغم من انتمائها

للمجموعة العربية للرقابة المالية إلا أنه لا يوجد تعريف وقاموس موحد حول استخدام تقنيات ومفاهيم محددة حول التدقيق¹.

ومن جانبه حسم المشرع المغربي في هذه القضية من خلال الفصل 76 من القانون رقم 95.17 المتعلق بشركات المساهمة الذي ترجم كلمة Audit بالتدقيق²، على الرغم من أن جانبا مهما من الباحثين لازالوا يستخدمون مصطلح الرقابة المالية أو الافتحاص في كتاباتهم وإسهاماتهم العلمية، كما يوجد هناك تداخلا نسبيا بين التدقيق وبعض المفاهيم الأخرى مثل مراقبة التسيير، وهذا لا يمنع من رصد الفوارق المميزة لكل منهما سواء من حيث التقنيات المستعملة أو التوقيت المعتمد بالإضافة إلى الأهداف المراد تحقيقها، وإذا كانت مراقبة التسيير تتداخل مع التدقيق إلا أن هناك تمايزا بينهما على مستوى التطور التاريخي، حيث أن رقابة التسيير ليست قديمة، بحيث كانت الأزمة الاقتصادية لسنة 1929 السبب الرئيسي الذي دفع الولايات المتحدة الأمريكية إلى اعتماد تقنية مراقبة التسيير داخل المقاولات من أجل تقليص كلفة الإنتاج مع تجنب أسباب التبذير.

وما يميز مراقبة التسيير عامة هو إعطاؤها الأهمية والأولوية لتحقيق عقلنة التقنية الاقتصادية، بهدف الرفع من الفعالية والمردودية والنوعية في الإنتاج ولا تهتم فقط بالتحقق من حسن تنفيذ المخططات والتصاميم، بل تسعى إلى اتخاذ اجراءات تصحيحية لمكامن الخلل في المسطرة المتبعة لتحقيق الأهداف المسطرة³، ورغم الاختلاف بين التقنيتين إلا أن هناك تكاملا بينهما، على اعتبار أن المراقب أو المدقق عادة ما يساهم في رقابة التسيير أثناء قيامه بمهامه التدقيقية، فالتدقيق من جهة، هو عملية تدخلية إيجابية قريبة من الرقابة، ومن ناحية أخرى، هو عملية سلبية تعتمد على الاستماع والإصغاء القريبة من التقييم.

ومن جانب آخر ولتحقيق الفعالية والنجاعة سواء لدى المصالح الإدارية أو الأجهزة العليا للرقابة، وإعطائها مزيدا من الاستقلالية، كان لابد من تعزيز هذه الآليات والأجهزة الرقابية من خلال إعطائها مزيدا من السلطات وتفعيل الآليات الرقابية الفعالة، لتحقيق وتعزيز الحكامة الجيدة، تفعيل مقتضيات دستور 2011 لتعزيز دور الأجهزة الرقابية على المستوى المحلي والمركزي، وتكريس مبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة وترسيخ الشفافية المالية وعدم الإفلات من العقاب.

¹ - كريمة الكونوني، التدقيق والاستشارة بالوحدات الترابية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة عبد الملك السعدي، كلية الحقوق، طنجة، السنة 2013/2014، ص.4

² - المادة 76 من القانون 95.17 المتعلق بشركات المساهمة، الصادر الأمر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.124 صادر في 14 ربيع الآخر 1417 الموافق 30 أغسطس 1996، الجريدة الرسمية 4422 بتاريخ 17.10.1996، ص.2320.

³ - المختار نظيم، وظيفة التدقيق في حماية العام، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام م، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سطات، السنة 2012/2013، ص.16.

وعلاوة على ما سبق، ورغم غياب الإجماع يمكن تعريف التدقيق بأنه تقييم مستقل لكل عمليات التسيير والمراقبة الداخلية لمنظمة معينة في القطاع العام أو الخاص، للتأكد من مدى احترام السياسات والمساطر المتبعة. وعموماً يمكن القول أن التدقيق هو مجموعة من الأنشطة المستقاة، التي تتم داخل المرفق العمومية لمساعدة هذه الأخيرة على تحمل مسؤوليتها من أجل تحقيق مزيداً من الفعالية والشفافية، بحيث يضع رهن إشارة المنظمات والهيئات العمومية كل التحاليل والمعطيات التقديرية المهمة والتوصيات، ومن ثم يمكن اعتبار التدقيق بأنه نشاط تقويم مستقل يعمل بصفة أساسية في موضوعات المحاسبة المالية، فضلاً عن أنشطة تقويمية استراتيجية وتنظيمية ووظيفية.¹

وظهرت الحاجة إلى التدقيق في ظل مجموعة من التطورات والإصلاحات التي عرفتها هياكل الدولة، مما يتطلب خلق ثقافة تديرية عصرية مقاولاتية داخل القطاع العام، خاصة وأن الظروف أصبحت مواتية لذلك أمام التحولات والإصلاحات التي عرفتها ولا تزال الإدارة المغربية، من أجل تعزيز الرقابة الداخلية والخارجية وترشيد النفقات العمومية، فالاختلالات المالية وعملية النهب للمالية العمومية، غالباً ما تؤدي إلى تعثر التنمية الشاملة، كون أن تلك الأموال المنهوبة لو تم توظيفها في المشاريع المنتجة على الوجه الصحيح لساهمت في الإقلاع الاقتصادي ودعم جهود التنمية، وهو ما لا يمكن تحقيقه إلا بتوافر الإرادة السياسية الحقيقية لدى القائمين على تدبير الشأن العام في القضاء على الفساد ونهب الأموال العامة، فضلاً على تحلي المدققون بروح المسؤولية أثناء قيامهم بمهامهم²، مما يؤدي إلى خلق أجهزة إدارية فعالة وذات مصداقية، كما أن المراقبة بواسطة التدقيق لأبد من تعزيزها ودعمها بوجود موظفين عموميين يتحلون بالضمير المهني وأدائهم لمهامهم بشكل فعال، على اعتبار أن عنصر الموظف النزاهة قد يكون مكملاً للعمليات الرقابية والتقييم في القطاع العمومي وشبه العمومي.

الفرع الثاني: أنواع ومناهج التدقيق

ينقسم التدقيق إلى أنواع عدة، أهمها التدقيق المالي، والتدقيق العملياتي (الفقرة الأولى)، ويعتمد كل نوع من هذه الأنواع على منهجية وتقنيات من أجل تقويم وتقييم الهيئات والمنظمات العمومية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: أنواع التدقيق

سنناول في هذه الفقرة التدقيق المالي (أولاً) والتدقيق الاستراتيجي والعملياتي إلى جانب أنواع أخرى يتم تقسيمها حسب الجهة التي تمارسه، ودرجة الإلزام، فضلاً عن الغرض من عملية التدقيق (ثانياً).

1- أمانة حطان، أسس الإصلاح الإداري في المغرب، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط اكدال، السنة 2009/2008، ص.390.

2- أمينة الهادف، التدبير العمومي المحلي وإشكالية التحديث، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق الرباط، السنة 2012/2011، ص.524.

أولاً: التدقيق المالي

يعتبر التدقيق المالي من أقدم أنواع وأشكال التدقيق، ويهتم بمعرفة مدى تطابق الوثائق والمستندات المالية للهيئات والإدارات العمومية مع وضعيتها المالية، واحترامها لمبادئ المحاسبة المعمول بها¹، والكشف عن الاختلالات المالية داخل المنظمة العمومية والمؤسسات الخاضعة لوصاية الدولة، والعمل على معالجتها من أجل تحسين تدبير وتسيير تلك الهيئات والمنظمات والأجهزة الإدارية عموماً وتوجيهها لتفادي المخاطر المستقبلية.

ويعمل المدقق المالي بشكل مستقل ومحيد عن الجهات الخاضعة للتدقيق والمراقبة، بحيث يدي بمجموعة من البيانات المالية للهيئة والمنظمة الخاضعة للتدقيق والتفتيش، التي تعكس الوضعية لتلك الأجهزة والهيئات²، ويعطي رأيه الصريح حول مصداقية عملها من عدمه بكل شفافية واستقلالية، على اعتبار إن المجال المالي هو مجال دقيق يصعب تحقيق مردوديته و نجاعة أداءه، سواء تعلق الأمر بالتحصيل أو إنفاق الأموال العمومية، دون وجود سلطة مستقلة تسهر على إجراء التدقيق المالي كشرط أساسي في التدبير العمومي المستند على مستلزمات الحكامة الجيدة، خاصة أن الآليات الرقابية الحديثة أبانت على فاعليتها في كل من القطاع العام أو الخاص بدل آليات الرقابة الكلاسيكية.

ثانياً: التدقيق الاستراتيجي والعلمياتي

يعتمد التدقيق الاستراتيجي على مقارنة شمولية تتجاوز تلك المعتمدة في المراقبة الكلاسيكية، والقائمة على زجر المخالفين، من خلال التركيز والاعتماد على تقويم الاختلالات ومعالجتها وإصلاحها لمساعدة الأجهزة الإدارية على تجاوز الصعوبات التي تعاني منها وتجنب المخاطر المستقبلية، في حين تعتبر مرجعية المراقبة القانونية، بينما مرجعية التدقيق هي وجودية وقياسية تتجاوز حدود مطابقة التسيير الفعلي مع القواعد القانونية والتنظيمية الجاري بها العمل³، والتي يمكن اعتبارها متجاوزة أمام التطورات والإصلاحات الهيكلية التي رفقتها أجهزة الدولة. ومما سبق، يمكن القول أن مهمة التدقيق هي إخبار وتوعية الأجهزة الإدارية بالمخاطر العامة، والاختلالات التي قد تعرفها تلك الأجهزة في التدبير المالي والمحاسبي، من أجل تجاوز المشاكل البنوية والعمل على إيجاد الحلول اللازمة للصعوبات والمشاكل من خلال مخطط عقلائي مدروس بدقة، عن طريق اعتماد تحليل منطقي وعميق للاختلالات المالية والإدارية التي تعيق التدبير المالي، والمحاسبي، والتنظيمي للأجهزة الإدارية.

¹- محمد سكلي، التدبير المالي العمومي ومتطلبات الحكامة المالية، مرجع سابق، ص.372.

²--Driss khoudri, le guide d'audit communal, l'outil de management local, editions maghrébines, Casablanca, 1^{ère} édition, 1998, p.180.

وغالباً ما يتم تطبيق التدقيق الاستراتيجي على المؤسسات والمقاولات العمومية، لما لهذا النوع من التدقيق من أهمية ومكانة، مقارنة مع الأنواع الأخرى، فهو ينصب على اختيار مجموعة من الهيئات العمومية، من خلال دمجها مع محيطها بافتراض بعض الأساليب المتميزة وتفعيلها مع مناهج العمل¹، في حين يتجلى دور التدقيق العلمي في الفحص المنهجي للمنظمة أو الوحدة الإدارية، من خلال النظر إلى الأهداف والغايات، من أجل تقييم إنجازات هذا الجهاز الإداري، والقيام بتدقيق الممارسات التي تعيق الإنتاج والفعالية، والتوصية بمعالجتها وتحسين ظروف عملها²، من خلال التقصي والبحث في الأعمال التي تقوم بها المنظمة أو الهيئة الإدارية، دون تفصيل على مسلك وعرض الحسابات، والهدف من ذلك هو تقييم طريقة عملها وكيفية تحديد الأهداف وإنجازها، وتحديد المخاطر والمعوقات التي تحد من تحقيق أهداف الهيئة أو المنظمة³، من أجل مساعدة تلك الأجهزة الإدارية والمؤسسات العمومية، في التحكم في عملياتها والرفع من أدائها، مما يجعل هذا النوع من التدقيق يتسم بالشمولية في تقديم البنيات والهيكل الإدارية وسير الإجراءات والمساطر الداخلية. كما يعتبر هذا النوع من التدقيق ذو الهدف الموسع⁴.

وعموماً يمكن القول أن التدقيق ينقسم إلى عدة فروع، حسب الجهة التي تمارسه إلى تدقيق داخلي وخارجي، الذي تتولاه مجموعة من الهيئات والمنظمات والخبراء المتخصصون المستقلون التابعون لتلك الهيئات والمنظمات⁵، من أجل الوقوف على حسن سير العمليات وحماية الأموال من الهدر والضياع وترشيد النفقات العمومية، في حين فإن التدقيق الخارجي الذي تمارسه الهيئات الخارجة عن الأجهزة الإدارية العمومية، بحيث تختلف الجهات التي تمارسه بحسب ما إذا تعلق الأمر بالتدقيق التعاقدية أو القانوني⁶، بحيث يعتمد هذا الأخير على مراقبة الحسابات عن طريق التوثيق والمصادقة، أما التدقيق التعاقدية فهو غالباً ما يتم بين المدقق والهيئة الخاضعة للمراقبة والفحص.

يتضح مما سبق، أن للتدقيق أهمية بالغة في التدبير المالي والإداري، إذ بدونه لا يمكن تسجيل أية معلومة نقدية أو بيانات عن سير كافة المنظمات العمومية، خاصة وأن التدقيق يتجاوز بشكل كبير المحاسبة المالية الصرفة ليمتد ويشمل المجالات الإنسانية من تنظيم، وقانون، وتدبير، واستراتيجية، وموارد بشرية وثقافية، وتواصل وتقييم وقيادة⁷، معتمداً في ذلك على مجموعة من المناهج والتقنيات.

¹ - COLLIN (C) et Vallin (G), Audit et contrôle interne, Aspects financiers, 3^{ème} édition, Dalloz, p. 213.

² - سعيد سالم دور التدقيق في التدبير المالي، مرجع سابق، ص. 18.

³ - محمد مجدي، دور المجالس الجهوية للحسابات في تطور إدارة الجماعات، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس أكادال الرباط، السنة 2007/2008، ص. 27.

⁴ - محمد عثمان عبد الرزاق، أصول التدقيق والرقابة الداخلية، مطبعة الوصل، بيروت، طبعة 2011، ص. 18.

⁵ - توفيق منصور، التدقيق والاستشارة في الجماعات الترابية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس كلية الحقوق أكادال، الرباط السنة الدراسية 2003/2004، ص. 69.

⁷ Colin (C) et valin (G), audit et controle interne. Op.cit.,P. 120.

الفقرة الثانية: مناهج وتقنيات التدقيق

يعتمد التدقيق على مجموعة من المناهج والتقنيات من أجل الاستغلال الأمثل والحسن للموارد المالية وغيرها من موارد الأجهزة العمومية، وذلك من خلال تقييم الأنشطة المالية بهدف تحقيق مجموعة من النتائج المتمثلة على الخصوص، في احترام السياسات والمخططات والقوانين والأنظمة المعمول بها، فضلا عن صيانة الممتلكات العمومية والاستعمال الأمثل والفعال للموارد المالية، من أجل تحقيق الأهداف المتوخاة من كل نشاط وبرنامج عمومي، كما يسعى التدقيق إلى محاربة الغش والأخطاء وتجويد المستندات المالية والحسابية، التي يمكن الرجوع إليها كمعلومات مالية موثوق بها¹، ومن ثم فالهدف الأساسي من التقنيات المعتمدة في عملية التدقيق هي تنبيه الجهات القائمة على تدبير الشأن العام المالي والإداري، بالمخاطر العامة والخاصة، التي يمكن أن تعيق العمل الجيد لأية منظمة أو هيئة عمومية، فضلا عن المشاكل الهيكلية والبنوية التي تعترضها.

من خلال التطبيق الصارم لتقنيات ومناهج التقييم والسياسة المالية العمومية من أجل تحقيق الفعالية والنجاعة والحفاظ على المال العام، ومن ثم تكون المردودية لدى الأجهزة الإدارية والهيئات العمومية في أحسن حال، على اعتبارها استراتيجية ومطلب يمكن تحقيقه من خلال التقيد واحترام القوانين والأنظمة السارية المفعول، وتشمل تقنيات التدقيق أيضا عملية مراقبة وفحص العمليات المنجزة والوثائق المرفقة، والدفاتر المالية الخاصة بالمصالح العمومية، كما تعتبر عملية إعداد وتدقيق مطابقة القوانين المعمول من أهم العمليات التي تتم في عين المكان، إلى جانب تقييم النتائج المعتمدة في تدقيق العمليات المالية والمحاسبة.

ومن أجل ذلك عملت بعض الدول، مثل المغرب وفرنسا على إدخال مجموعة من الإصلاحات الهيكلية لتكون أكثر ملائمة مع التطورات المحلية والدولية، بحيث جاءت تلك الإصلاحات من أجل تفعيل عمل المصالح والهيئات العمومية، مما يستوجب البحث عن آليات للتسيير والتدبير المالي والإداري أكثر فعالية وعصرية تواكب تلك التطورات، ولتحقيق ذلك كان لابد من تفعيل الأجهزة الرقابية وإعادة النظر في عملها ومنهجيتها، ففي المغرب مثلا تم تحديث جل الأجهزة الرقابية وإدخال آليات التدقيق المالي ضمن برنامجها الرقابي، وعلى رأسها المجلس الأعلى للحسابات والمفتشية العامة المالية، من خلال تطوير وتفعيل مناهج وتقنيات عمل تلك الأجهزة، ومن ثم تفعيل التدبير المالي والإداري لدى الأجهزة الإدارية والمؤسسات الخاضعة لوصاية الدولة²، مسيرة للتوجه العام السائد بعد صدور دستور 2011.

ومن خلال ماسبق، يمكن القول أن الهدف الأسمى والأساسي من عملية التدقيق هو التدبير الجيد والفعال للأموال العمومية على المدى البعيد بالارتكاز على النتائج المحققة بدل الوسائل، مع الأخذ بعين الاعتبار تحقيق الفعالية على جميع الأصعدة، وهو الدور يجب أن تلعبه أجهزة المراقبة والتدقيق من خلال مراقبة الوظائف

¹ - محمد سكلي، التدبير المالي العمومي، مرجع سابق، ص. 386.

² - سعيد العزوزي، المفتشيات العامة في النظامين الإداريين المغربي والفرنسي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول، وجدة السنة 2018/2019، ص. 189.

داخل الهيئات العمومية، لمساعدتها على أدائها مهامها على أحسن ما يرام، معتمدة في ذلك على مجموعة من التقنيات والمناهج المتعددة والمتنوعة كما اشرنا سابقا، ذات خصوصية كبيرة بالنظر إلى الأهداف التي تسعى إصلاحات الدولة إلى تحقيقها¹.

وعموما فالتدقيق له دور هام في تحقيق الفعالية والنجاعة في المرافق العمومية، من خلال الكشف عن حالات اختلاسات الأموال العمومية، والإهمال وإسراف المال العام، واتخاذ الإجراءات اللازمة لمعالجتها ومساعدة المنظمة والهيئة العمومية على تخطي تلك الصعوبات من خلال مجموعة من الاقتراحات والحلول العلاجية، التي يقدمها المدقق لتلك الهيئات وهي العملية التي تعتمد بالخصوص على التشخيص المبدئي لظروف عمل الهيئة والقيام بعد ذلك بالتدقيق الميداني يليه عملية تقييم النتائج.

المطلب الثاني: مجالات التدقيق والأجهزة الممارسة له

تتطلب الفعالية الرقابية ورقابة الفعالية، تجاوز التقنيات الرقابية الكلاسيكية واعتماد تقنيات جديدة أهمها التدقيق المالي (الفر الأول)، لتجاوز تلك الاختلالات التي تحد من الفعالية الرقابية للأجهزة التي تمارس عملية الرقابة بواسطة التدقيق (الفر الثاني).

الفر الأول: مجالات التدقيق

لا يمكن الحديث عن الفعالية داخل الأجهزة الإدارية والهيئات العمومية، التي يجب أن تلعب دورا هاما في تقويم وتقييم الاختلالات الوظيفية والمالية، التي تعاني منها عملية التدبير والتسيير المالي والإداري، إلا أن واقع الحال اظهر عدم قدرة تلك الأجهزة على القيام بأدوارها في ظل الرقابة الكلاسيكية، مما تطلب تجنيد جل الطاقات والتقنيات الرقابية الحديثة وعلى رأسها التدقيق لتحقيق التدبير الجيد داخل الأجهزة الإدارية والمنظمات العمومية، وتفعيل عملها أكثر فأكثر خاصة وأن التدقيق قد أظهر نجاعته ونجاحه في القطاع الخاص.

مما أدى إلى تكييفها في جل الأنظمة المالية في العالم لتجاوز الصعوبات التي عرفت الرقابة التقليدية، وما رافقها من مشاكل على مستوى التدبير المالي والإداري، وتنامي ظاهرة الديون الخارجية في الدول النامية التي أعاقت مجموعة من المشاريع التنموية، التي أدت غياب الشفافية وتعاضم تبعية تلك الدول إلى المؤسسات المالية على رأسها البنك الدولي وصندوق النقد الدولي، ومن تم فقدانها الاستقلالية في القرار السياسي على المستوى المحلي والوطني، على الرغم من تدخل تلك المؤسسات المالية العالمية لتحث تلك البلدان على اعتماد العوامة والفعالية، من خلال تكييف التقنيات الجديدة وعلى رأسها التدقيق المالي الذي يركز على التنمية الاقتصادية والشمولية، والحكامة الجيدة وهي شروط تفرضها تلك المؤسسات لضمان الاستخدام الأمثل

¹ - شكوكي خاطر، "خصوصيات نظام المراقبة المالية العليا في جمهور مصر العربية"، منشورات المجلة المغربية للتدقيق والتنمية، سلسلة التدبير الاستراتيجي العدد 10 / 1999، ص.23.

للقروض التي تقدمها لهذه الدول، خاصة وان التقنيات الرقابية الجديدة تعتمد على التقييم لتحقيق الفعالية الرقابية وتقييم النتائج بدل الوسائل.

وهكذا نجد أن التدقيق تم تكييفه في مجموعة من المجالات أهمها المجال المالي والإداري، وتتمكن الرقابة الحديثة من خلال التدقيق في تحديد نقاط القوة والضعف داخل المنظمات والهيئات الإدارية، كما تمت الإشارة إلى ذلك سابقا، فهو يعكس حالة التكيف مع البيئة الخارجية والداخلية للجهاز العمومي، ويعتبر اختيار درجة الموافقة للخطط والسياسات والبرامج المالية المعمول بها، من خلال عملية التدقيق المالي التي تؤدي إلى كشف المخالفات المالية والتلاعبات، التي قد تعرفها الهيئات العمومية، والمؤسسات الخاضعة لوصاية الدولة، بما فيها الجماعات الترابية التي تعمل في ظل اللامركزية الإدارية وتتمتع بنوع من الاستقلال المالي، ويتمكن المراقب أو المدقق من جمع الأدلة اللازمة والكافية التي تثبت المخالفات والقرائن عن الاختلالات المالية والوظيفية، ويضمن ذلك في تقرير نهائي يبدي فيه المراقب رأيه بكل استقلالية وحيادية، ويقوم من خلاله بتثبيت صحة البيانات أو يتحفظ على البعض منها أو يرفضها جملة وتفصيلا.

من جانب آخر يعتمد التدقيق الإداري على مجموعة من الوسائل والتقنيات مثل عملية التكوين والمساعدة، أي مساعدة الإدارة في الكشف عن الخروقات والصعوبات، باعتماد منهجيات دقيقة وفعالة مثل دراسة الحالات والملفات والعمل داخل المجموعات المتخصصة، لبيان ما إذا كانت الموارد المتاحة تمكن من تحقيق النتائج ومطابقة الأهداف مع النتائج المحققة، كما يلعب التدقيق دورا هاما في تقييم الموارد البشرية بحيث اجمع علماء الإدارة على أن هذه الأخيرة تجمع بشري، يتكون من مجموعة من الأشخاص الذاتيين المنتمين إلى الجهاز الإداري أو المنظمة العمومية، التي يعملون بها دون أن يفقدوا استقلالهم الذاتي أو الشخصي، إذ يحتفظون بأنانيتهم وحبهم للسلطة والتحكم التي تعتبر من طبائع البشر¹.

كما تتجلى أهمية الموارد البشرية في جميع الأنشطة الإدارية، بحيث تظهر على جميع الأصعدة والمستويات والمراحل التي يعرفها العمل والنشاط الإداري، بحيث ظهر علم يعرف بإدارة الموارد البشرية الذي يعد حقلها ما من حقول العلوم الإدارية نتيجة التطور الذي عرفه²، من خلال النظر إلى العنصر البشري بعين الأداة المحركة أو الموجهة لعناصر الإنتاج³، ويتضح مما سبق ذكره، أهمية التدقيق في مجالات عدة، خاصة في المجال المالي، والبشري، والإداري، وكلها مجالات هامة وخصبة لممارسة عملية التدقيق والمراقبة القائمة على النتائج بدل الوسائل، من أجل الكشف عن الاختلالات المالية والوظيفية، التي تعيق التسيير المثالي والتدبير الفعال داخل المنظمات والأجهزة الإدارية، ومن تم تقديم مجموعة من الحلول الناجعة لتجاوز تلك الصعوبات الاختلالات

¹- عبد الحق عقلة، القانون الإداري، الجزء الأول، دار القلم الرباط، مطبعة 2002، ص.81.

²- كريمة الكونوني، التدقيق والاستشارة، مرجع سابق، ص.67.

مستقبلا، ومن ثم تصبح الأجهزة الإدارية ذات فعالية ومصداقية ونجاعة أكثر لتكون عنصرا فعالا، وجعل المرفق العمومي يؤدي خدمات متعددة ومتنوعة، و يساهم في التنمية الشاملة داخل المجتمع.

الفقرة الثانية: الأجهزة الممارسة لعملية التدقيق

عملت مديرية المؤسسات العمومية بوزارة المالية المغربية على إحداث لجان دائمة للتدقيق التي تشكلت من ممثلين عن وزير المالية، التي تمارس الرقابة الإدارية على المؤسسة المعنية. كما كانت وزارة الفلاحة من جانبها السباقة إلى ذلك، بحيث خضعت المكاتب الجهوية للتنمية الفلاحية والصندوق الوطني المهني للحبوب والقطاني ومؤسسات أخرى لعملية التدقيق، بحيث امتدت هذه التجربة بعد ذلك إلى قطاعات أخرى مثل قطاع السكن، والماء والكهرباء، والنقل الحضري.

كما عرفت المشاريع الممولة من قبل الأمم المتحدة بالمغرب برسم سنة 2006، وبناء على رسالة من وزير الخارجية والتعاون إلى المجلس الأعلى للحسابات الذي قام بتدقيق ما يناهز 25 مشروعا، ممولا من قبل برنامج الأمم المتحدة للتنمية، ومشروعا واحدا ممولا من قبل برنامج الأمم المتحدة للبيئة، وبناء على ذلك قام المجلس بالإشهاد على حسابات 25 مشروعا بمبلغ يناهز 25 مليون دولار موزعة على مجموعة من القطاعات الوزارية والأجهزة العمومية، كما تم تدقيق المشاريع الممولة من قبل صندوق الأمم المتحدة للسكان، تبعا لرسالة رئيس الصندوق الموجهة إلى الرئيس الأول للمجلس بتاريخ 2008/01/26 الذي قام بتعيين قضاة للمجلس الأعلى للحسابات بمهام رقابية في هذا الإطار همت 26 مشروعا، وانجاز 22 تقريرا، حيث تم الإشهاد على 24 مشروعا من بين 26 دون تحفظ، في حين تم الإشهاد على مشروع واحد بتحفظ، وتوصلت هذه العملية التدقيقية إلى ملاحظات هامة حول أوجه صرف المال العام الخاصة بمشاريع ممولة من قبل المؤسسات الدولية، إذ أن تدقيق وتقييم هذه المشاريع يصب في تكريس الحكامة الجيدة في تدبير المال العام وكذا تحديث الرقابة للرفع من جودة التدبير العمومي.

كما عملت مجموعة من الدول الأخرى على وضع آليات للتدقيق داخل الهيئات الإدارية، ففي فرنسا على سبيل المثال صدرت مذكرة الوزير الأول ومرسوم وزاري رقم 2011-775، من أجل تجديد الآليات الرقابية لتصبح مطابقة مع المعايير المهنية للتدقيق الداخلي.

كما أدت الإصلاحات التي شهدتها هيكل الدولة الفرنسية إلى تعزيز دور الهيئات الرقابية العليا حتى تتمكن من مواكبة الإصلاحات الهيكلية الكبرى التي عرفتها الدولة.

وشكلت التقارير التي أنجزتها تلك الهيئات اللبنة والأرضية التي تم اعتمادها لتحقيق الإصلاحات العميقة في مجال الرقابة الإدارية والمالية، وأهم ما جاء في تلك التقارير أن التدقيق الداخلي هو بمثابة الآلية التي يجب

اعتمادها لتحقيق الإصلاحات الخاصة بالرقابة الإدارية والمالية وتجديدها ومن ثم تحقيق الفعالية، والنجاعة، والمصدقية¹.

ومن الأمثلة على ذلك عملية التدقيق التي شهدتها مجموعة من المؤسسات والمقاولات العمومية الفرنسية والتي باشرتها المفتشية العامة للمالية في جزيرة كورسيكا، بحيث كان الهدف منها هو تشخيص دقيق ومفصل لكيفية صرف الأموال العمومية، وتضمنت التقارير التي تم إنجازها تبعا لذلك مجموعة من الاقتراحات والتوصيات للجهات المعنية باتخاذ القرار، كما يمكن الحديث عن عملية التدقيق المالي الذي عرفته إحدى مستشفيات مدينة بونيفاسيو الفرنسية، بحيث أفضت تلك العملية التي باشرتها مفتشية وزارة الصحة إلى إنجاز تقرير تمت إحالته إلى الوزير الوصي، حيث تضمنت التشخيص الصارم للوضعية المالية للمؤسسة المذكورة، كما حددت المسؤوليات على ضوء تلك القرارات التي اتخذتها إدارة المستشفى للقيام بمجموعة من الإصلاحات والأشغال داخل المؤسسة بشكل عشوائي، دون احترام الأهداف المحددة في هذا البرنامج، وأن النفقات كانت مرتفعة جدا مقارنة بما هو مسطر².

ويتضح مما سبق أن هدف التدقيق، هو التدبير الجيد للأموال العمومية على المدى البعيد مرتكزا على النتائج المحققة، مع الأخذ بعين الاعتبار تحقيق الفعالية على جميع الأصعدة، وهذا هو الدور الرائد الذي يلعبه التدقيق بشكل خاص والتقنيات الرقابية الحديثة الأخرى بشكل عام، بحيث ترتكز مراقبتها بالخصوص على الوظائف داخل الهيئات العمومية لتمكينها من القيام بمهامها على أحسن ما يرام، معتمدة على طرق متنوعة ومتعددة وهي مهام ذات خصوصية كبرى بالنظر إلى الأهداف التي تسعى إصلاحات الدولة تحقيقها³. ومما تجذر الإشارة إليه هو أن العملية الرقابية بواسطة التدقيق لا تقدم الحلول لجميع المشاكل التي تتخبط فيها الهيئات والأجهزة الإدارية، وأقصى ما يمكن أن يقوم به الكشف فقط عن الضعف ومكان الخلل الذي تعاني منه لتعزيز التسيير الإداري عن طريق تجاوز تلك الهفوات والاختلالات المالية والوظيفية، من خلال التوجيه والتركيز على الجانب المالي الذي يعتبر أكثر أهمية من الجوانب الأخرى، خاصة المشاريع التي تم إنجازها أو هي في طور الإنجاز من قبل الحكومة، والتي تخصص لها مجموعة من الاعتماد المالية لتنفيذها وإنجازها، كما هو مسطر ومحدد، لتفادي الاختلالات المالية التي قد تعرقل تلك المشاريع التنموية.

والسبب الرئيسي في غياب الرقابة الفعالة راجع إلى عدة عوامل أساسية، فالوضع السياسي مهم جدا في توجيه المنظومة المالية ومراقبتها وتقديمها، على اعتبار أن النظام السياسي والإداري غالبا ما يعمل على دعم النمط التديري الذي يخدم توجهاته وأهدافه، كما أن الأجهزة العليا للرقابة المالية التي يفترض أن تلعب دورا في تفعيل التدبير الإداري والمالي، أصبحت أدوارها تقتصر على الجانب الاستشاري فقط، ويتجلى ذلك في غياب

2- سعيد العروزي، المفتشيات العامة في النظامين الإداريين المغربي والفرنسي، مرجع سابق، ص.176.

تفعيل التوصيات والاقتراحات التي تقدمها هذه الأجهزة للسلطات السياسية والإدارية فغالبية التقارير المقدمة من قبل المفتشية العامة للمالية، والمجلس الأعلى والمجالس الجهوية للحسابات لم يتم تفعيلها لأسباب عدة والتي غالبا ما تكون سياسية، كما أثبتت الممارسة العملية ضعف الأجهزة الرقابية نظرا للطبيعة التقنية التي تكتسبها رقابة الأموال العمومية، التي تستوجب الكفاءة والخبرة، فالمجلس الأعلى للحسابات يقع في موقع ضعف نظرا للاحتكار السياسي للآليات والتوجهات الرقابية، على اعتبار أن العامل السياسي هو عامل بنبوي تتداخل فيه مجموعة من المصالح.

وبالتالي تبقى الرقابة الإدارية التي يقوم بها القاضي المالي مجرد رقابة إخبارية، تنتهي بإعلان النتائج التي أسفر عنها التحقيق و تبليغها عند الاقتضاء إلى السلطات الإدارية التي تمتلك صلاحية اتخاذ الإجراءات اللازمة، ولا يحق للقاضي المالي أن يتخذ بنفسه الجزاءات في حق المخالفين، فأقصى ما يمكنه فعله هو نشر نتائج أشغاله بموجب تقارير عامة وخاصة يسمح له القانون بإعدادها، مما تسبب في ظهور مجموعة من الاختلالات المالية والوظيفية الهامة داخل مجموعة من المؤسسات العمومية، تمثلت في الفضائح المالية التي عرفتها تلك المؤسسات مثل صندوق الإيداع والتدبير، وصندوق الضمان الاجتماعي، والقرض العقاري والسياحي، ومؤسسة العمران، بالاضافة إلى الاختلالات والاختلاسات المالية التي عرفتها بعض المؤسسات العمومية الأخرى مثل شركة كوماناف للملاحة البحرية، كما عرفت بعض الجماعات الترابية مجموعة من الفضائح المالية وتفويت مجموعة من الصفقات العمومية بشكل مخل للقانون، ولم يتابع المسؤولين عن تلك الاختلاسات المالية، ولم يخضعوا للمساءلة القانونية أو المتابعة القضائية، وهذا يتطلب تفعيل النتائج المترتبة عن التدقيق والرقابة المالية من خلال الضرب بيد من حديد كل من سولت له نفسه التلاعب بالمال العام حتى يكون عبرة للآخرين.

من جانب آخر خضعت مجموعة من المشاريع التنموية لعملية التدقيق من طرف الأجهزة الرقابية التابعة لوزارة المالية المغربية والمحاكم المالية، خاصة تلك الممولة من قبل المنظمات المالية الأجنبية، إذ عرف هذا المجال أكبر تدخل من جانب الهيئات الرقابية، كما تبين الإحصائيات والأرقام المنجزة إضافة إلى الإحصائيات الرسمية الخاصة بوزارة المالية والاقتصاد التي أظهرت أن عملية التدقيق قد عرفت خلال الفترة الممتدة بين سنة 1998 و2009 ارتفاعا في تدقيق المشاريع الممولة من البنك الإفريقي للتنمية والمؤسسات المالية الأخرى، و التي كانت المجالات الأكثر تدقيقا من قبل المفتشية العامة للمالية والمجلس الأعلى للحسابات، مما أدى إلى تطوير خبرات تلك الأجهزة باعتبارها أهم مؤسسات الرقابة والتدقيق، والإشهاد على الحسابات المالية للمشاريع الممولة من قبل مجموعة من الجهات الأجنبية على رأسها الاتحاد الأوروبي، والبنك العالمي، والبنك الإفريقي للتنمية، وهو ما أعطى نوعا من المصداقية والثقة للمغرب ومؤسساتها المالية، خاصة وأن المؤسسات المالية تشترط أن تتوفر البلدان التي يتم تمويلها على آليات فعالة لتدقيق المشاريع التي تقوم بتمويلها¹ للتأكد من

احترام قواعد عقد الصفقات العمومية، ويقدر نظام الرقابة الداخلية لتقرير وتقديم المشاريع التنموية، بهدف تحديد الوضعية المالية للمشروع فيما اذا كانت سليمة من الاختلالات وان طلبات الدعم المقدمة قد تمت طبقا لاتفاق القرض ولتقرير تقييم المشروع، بحيث أن تدقيق المشاريع الممولة يعد اختبارا حقيقيا لمؤهلات الأجهزة الرقابية، بالنظر إلى حجم انتظارات وشروط المنظمات الممولة لهذه المشاريع، وهو ما يفرض إتباع منهجية محكمة لتدقيقها. وغالبا ما يتم تقديم الحالات المالية التي تم الإشهاد عليها داخل الستة أشهر التي تلي السنة الميزانية وتكون مرفقة بتقرير حول المراقبة الداخلية. كما يتم بشكل دوري تقييم المشاريع العمومية، وانجاز تقرير عن تقدم الأشغال وتحديد الأهداف المتعلقة بالمشروع، وتقييم التكلفة، والانعكاسات الاجتماعية والاقتصادية على المشاريع على المستوى القطاعي.

كما أدى الانفتاح الاقتصادي الذي عرفته مجموعة من الدول إلى فرض نوع من الفعالية على مؤسسات من خلال التدقيق المعقلن والفعال، لأن التدقيق الفعال أصبح مطلباً أساسياً لتدقيق المشاريع الممولة وإنجاح عملية الخصخصة، لأن هذه الأخيرة تتطلب تنمية سوق رؤوس الأموال، وتأهيل القطاعات الخصخصة، إضافة إلى التدقيق المعقلن للمشاريع¹.

وشمل التدقيق أيضا مشاريع المبادرة الوطنية للتنمية البشرية، خاصة وأن الدولة قد اعتمدت على مقاربات مبنية على مجموعة من التقنيات الحديثة، القائمة على مرونة المساطر مثل تعبئة الاعتماد وتقنية النفقات. ومن جهة ثانية، على التتبع والتقييم المستمر للمنجزات². وهكذا نجد المادة 13 من المرسوم رقم 2-05-1017 بتاريخ 19 يوليوز 2005 المتعلقة بمساطر تنفيذ نفقات المبادرة الوطنية للتنمية البشرية، تؤكد أن المفتشية العامة للمالية والمفتشية العامة للإدارة، تقومان بإجراء التدقيق المشترك لحسابات المبادرة الوطنية للتنمية البشرية، وفي هذا الإطار أنجزت المفتشية العامة للإدارة الترابية، ما يناهز 83 مهمة متعلقة بتدقيق الحساب الخصوصي للمبادرة الوطنية للتنمية البشرية من طرف لجن مشتركة بين المفتشية نفسها، والمفتشية العامة للمالية، شملت ما مجموعه 83 عمالة وإقليما.

وأفادت الوثيقة نفسها، أنه إثر الانتهاء من عمليات تدقيق حسابات المبادرة الوطنية للتنمية البشرية، تم إعداد تقرير مفصل يتعلق بكل عملية افتتاح، وتطرق لمختلف الآراء المعللة التي تم إبدائها حول مصداقية الحسابات، مع إصدار توصيات من أجل تفادي الاختلالات المرصودة، انطلاقا من فحص القوائم والبيانات المالية، عن طريق مراقبة وضبط المبالغ التي تم التوصل بها، والمرصودة للمشاريع وكيفية صرفها. كما توقف التقرير عند الملائمة والمشروعية عن طريق انتقاء بعض الصفقات، والتأكد من احترامها للمساطر المعمول بها، والقيام بالمعينة الميدانية لبعض المشاريع المنتقاة للتأكد من مطابقة ما جاء في الوثائق، مع ما هو موجود في الواقع، والتأكد من نجاعة الرقابة الداخلية، من خلال تتبع مجموع التدابير التي يتخذها الأمر بالصرف من

أجل تحقيق جملة من الأهداف، نظير احترام المساطر والإجراءات القانونية، والنجاعة في تنفيذ العمليات، ومصداقية القوائم والبيانات المحاسبية والمالية، والحفاظ على الممتلكات العمومية. ويمكن للجان تدقيق الحسابات، أن تتخذ، حسب الحالات، قرارات المصادقة على القوائم والبيانات المالية دون تحفظ، والمصادقة بتحفظ على القوائم والبيانات المالية في حالة ما إذا تعلق الأمر باختلالات بسيطة وغير مؤثرة، وإبداء رأي سلبي ورفض المصادقة.

وتشمل عملية التدقيق بالإضافة إلى ما ذكرناه سابقا، عدة مجالات وقطاعات أخرى خاصة تلك التي تحتاج إلى عملية التدقيق المالي، مادامت تتعلق بالبنية التحتية والمشاريع الفلاحية. كما عملت مجموعة من المقاولات العمومية على إحداث مصالح للتدقيق للقيام بهذه المهمة، أو تعاقدت مع بعض المكاتب الأجنبية المتخصصة لإنجاز عملية التدقيق المالي، بحيث تأتي المشروعات العامة على رأس أولويات التدقيق لما لها من أهمية ومكانة في التنمية الشاملة داخل المجتمع، والمقصود بصورة عامة بهذه المشاريع تلك المختصة بالقطاع المصرفي، والتأمين، والأموال، والتجارة، والصناعة والنفط، والموارد الطبيعية بشكل عام، واستثمار الخدمات الأساسية، مثل البريد، والمياه والطاقة.

كما أدى ظهور أزمة التسيير العمومي، إلى تعزيز تقويم الأداء الاقتصادي المالي للمؤسسات والمقاولات العمومية في إطار الخضوع لمقتضيات التنافسية الدولية، مما تطلب عقلنة تسيير القطاع العام، وحماية المالية العمومية من الاختلالات، وتوفير المعلومات والدراسات الضرورية لاتخاذ القرارات الصائبة من قبل السلطات العمومية. واستفادت الأجهزة الرقابية المغربية من التجربة الفرنسية التي تعتبر سباقة إلى اقتحام هذا المجال، مع أنها لم تتوسع في إجراءات التدقيق إلا بالقدر الذي لا يمس اختصاصات المجلس الأعلى للحسابات، ومن الأمثلة على ذلك العمليات الرقابية التي باشرتها المفتشة العامة للمالية الفرنسية بجزيرة كورسيكا سنة 1998، والتي شملت مجموعة من المؤسسات والمقاولات العمومية، وكان الهدف منها هو تشخيص دقيق ومفصل لكيفية صرف الأموال العمومية معتمدة في ذلك بشكل كبير على تقنيات التدقيق بهدف تقديم الاقتراحات والتوصيات للجهات المعنية باتخاذ القرارات الهامة لتجاوز الصعوبات¹.

كما كانت للإصلاحات التي عرفتها هياكل الدولة في فرنسا دورا هاما في تعزيز التقنيات الرقابية الحديثة، والتي جاءت استجابة لتقرير المفتشية العامة للمالية سنة 2009، من خلال مجموعة من التوصيات التي أخذها بعين اعتبارها المرسوم الصادر في يونيو 2011، ومن أهم تلك الإصلاحات دعوة جميع الوزارات إلى

¹-Renaudin(F), les inspections generals dans le system administrative français, thèse soutenue à Paris pantheon,annéé2002/2003 , p.370.

إحداث لجان وزارية للتدقيق الداخلي على مستوى جميع الوزارات، والتي يتأسيها الوزير المعني وشخصيات أخرى قد تكون من خارج الوزارة.

خاتمة

وكخلاصة يمكن القول أن التدقيق تقنية رقابية وقائية وزجرية، تم اعتمادها من اجل خلق أجهزة إدارية فعالة وذات مصداقية في علاقتها بالمواطن، فضلا عن ترسيخ المبادئ الدستورية المتمثلة في الحكامة، والشفافية، وربط المسؤولية بالمحاسبة، و ترشيد النفقات العمومية والحفاظ على المال العام من الهذر، إلا أن الممارسة العملية للتدقيق على المالية العمومية ماتزال تعاني من مجموعة الصعوبات والاكراهات، مما يتطلب تجاوزها من خلال تفعيل وتعزيز الدور الرقابي للأجهزة الرقابية الممارسة له، من خلال مجموعة من الاجراءات الهامة المتمثلة على الخصوص فيما يلي :

-تعزيز الموارد البشرية للأجهزة العليا للرقابة المالية من خلال توظيف الكفاءات وذوي الخبرات في مجال الرقابة المالية.

-تمتع المجلس الأعلى والمفتشية العامة بالاستقلال العضوي والوظيفي ، مما يؤدي إلى تفعيل عملية التدقيق التي تمارسها.

-الاستفادة من التجارب الدولية التي عرفت نجاحا كبيرا في التدقيق المالي، وذلك من خلال تبادل الخبرات والزيارات.

-تعزيز التنسيق الرقابي بين جميع الأجهزة الرقابية، نظرا لتعدد الأجهزة الرقابية وتشتت الجهود الرقابية تبعا لذلك.

ويتبين من خلال ما سبق ذكره، أن عملية التدقيق، تشمل جميع موظفي المصالح العمومية المتصرفين في الأحوال العامة، كما يمتد كل إدارات الدولة والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية والهيئات المستفيدة من المساعدات المالية.

ومن جانب آخر يمكن التأكيد على أن التقنيات الرقابية الجديدة وخاصة التدقيق، لم يتم تكييفها داخل الأجهزة الإدارية بمعزل عن التأثيرات والعوامل الاقتصادية والاجتماعية، ولا عن تأثيرات مناهج وطرق التدبير المعتمدة في القطاع الخاص. والجدير بالملاحظة أيضا، مما يتطلب ملائمة التدقيق والتقنيات الرقابية الحديثة مع متطلبات التدبير العمومي في هذه المرحلة، والمرتکز على تأهيل الاقتصاد الوطني وإصلاح الإدارة العمومية وضبط العلاقة مع المقاولات العمومية، وصولا إلى إحداث آليات شفافة وعقلانية وديمقراطية في تدبير الشأن العام، فضلا عن تجاوز مظاهر المحدودية التي يواجهها العمل الرقابي الكلاسيكي.

كما تم التوصل من خلال هذه الدراسة الى مجموعة من الاستنتاجات المتمثلة في كون أن التدقيق لازال يعاني مجموعة من الصعوبات والمعوقات، أهمها مرتبط بالأجهزة الرقابية التي تمارس هذه التقنية الرقابية، مما يؤدي الى غياب الفعالية والنجاعة في تدقيق ومراقبة الهيئات الإدارية والمؤسسات العامة، ومن ثم كان لابد من البحث على الآليات التي تمكن تلك الأجهزة من تجاوز تلك الصعوبات لتحسين أدائها وتسهيل سير عملها ويمكن إجمال تلك الآليات فيما يلي :

- ضرورة الاهتمام بالعنصر البشري خاصة وان الأجهزة المكلفة بممارسة التدقيق لاتزال تعاني من نقص حاد في الموارد البشرية أمام ضخامة المهام الموكولة لها.

- تمتيع الأجهزة الرقابية وأعضائها بالاستقلالية وعدم تبعيتها للجهات والسلطات الإدارية العليا التي قد تؤثر في عملها أثناء قيامها بعملية التدقيق داخل الوحدات الإدارية، على اعتبار أن استقلالية تلك الأجهزة تؤدي الى تحقيق الفعالية الرقابية وفعالية الأداء لدى الأجهزة الإدارية .

- التنسيق بين مختلف الأجهزة العليا للرقابة لتجنب تشتت العمل الرقابي.

هذه بعض التوصيات والاقتراحات التي تمكن الأجهزة الرقابية الممارسة للتدقيق من تحقيق الفعالية في التدبير المالي والإداري لدى الأجهزة الإدارية والمؤسسات العمومية .

قائمة المراجع

المراجع بالعربية

- امينة الهادف، التدبير العمومي المحلي وإشكالية التحديث، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق الرباط، السنة 2011/2012.
- احמידوش مدني، المحاكم المالية في المغرب دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، مطبعة فضالة، المحمدية، طبعة 2003.
- المختار نظيم، وظيفة التدقيق في حماية العام ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام م، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سطات، السنة 2012/2013.
- القانون رقم 95.17 المتعلق بشركات المساهمة، الصادر الأمر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.124 صادر في 14 ربيع الآخر 1417 الموافق 30 اغسطس 1996، الجريدة الرسمية 4422 بتاريخ 10.17.1996.
- أمينة حطان، أسس الإصلاح الإداري في المغرب، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط اكدال، السنة 2008/2009.

- توفيق منصوري، التدقيق والاستشارة في الجماعات الترابية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس كلية الحقوق أكادال، الرباط السنة الدراسية 2004/2003.
- سعيد العزوزي، المفتشيات العامة في النظامين الإداريين المغربي والفرنسي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول، وجدة السنة 2019/2018.
- شكوكي خاطر، "خصوصيات نظام المراقبة المالية العليا في جمهور مصر العربية"، منشورات المجلة المغربية للتدقيق والتنمية، سلسلة التدبير الاستراتيجي العدد 10 / 1999.
- عبد الحق عقلة، القانون الإداري، الجزء الأول، دار القلم الرباط، مطبعة 2002.
- كريمة الكنوني، التدقيق والاستشارة بالوحدات الترابية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة عبد الملك السعدي، كلية الحقوق، طنجة، السنة 2014/2013.
- محمد حركات، التخطيط الاستراتيجي والمنافسة ورهانات الجودة الكلية بالمقاولات المغربية، مطبعة فضالة، المحمدية، طبعة 1997.
- محمد سكلي، التدبير المالي العمومي ومتطلبات الحكامة المالية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط أكادال، السنة 2013-2012.
- محمد مجدي، دور المجالس الجهوية للحسابات في تطور إدارة الجماعات، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس أكادال الرباط، السنة 2007/2008.
- محمد عثمان عبد الرزاق، أصول التدقيق والرقابة الداخلية، مطبعة الوصل، بيروت، طبعة 2011.

المراجع باللغة الفرنسية:

- COLLIN (C) et Vallin (G), Audit et contrôle interne, Aspects financiers, 3ème édition, Dalloz.
- Driss khoudri, le guide d'audit communal, l'outil de management local, editions maghrebines , Casablanca, 1er édition, 1998
- Renaudin(F), les inspections générales dans le system administrative français, thèse soutenue à Paris pantheon, année 2002/2003.



مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة ISSN 2414-7931
© جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي