مجلة جيل
الأبحاث القانونية المعمقة

ISSN 2414-7931

مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة

JiL Journal of Legal Depth Research

مجلة علمية دولية محكمة تصدر دوريا عن مركز جيل البحث العلمي

Lebanon - Tripoli / Abou Samra Branche P.O.BOX 8 + 961- 71053262 - www.jilrc.com

العام الرابع ـ العدد 36 ـ ديسمبر 2019

مركز جيل البحث العلمي
www.jilrc.com
JiL Scientific Research Center

بسم الله الرحمن الرحيم

مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة
ISSN 2414-7931
JiL Journal
of Legal Depth Research

التعريف:

مجلــة علميــة دوليــة محكمــة تصـدر دوريًا عـن مركـز جيل البحـث العلــمي تســتهدف نشــر المقــالات المعمقـــة في مختلـــف مجـــالات العلـوم القانونيـة: **"القــانون العــام والخــاص"**، بـإشراف هيئـة تحريـر مشـكلة مـن أسـاتذة وبـاحثين وهيئـة علميـــة تتـــألف مـــن نخبـــة مـــن البــاحثين وهيئــة تحكــيم تتشــكل دوريا 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 تكريسا لحرص المركز على تشجيع الأبحاث والمجهود العلمي، وعلى الإسهام في إثراء رصيده العلمي بنشر الدراسات الجادّة والقيمة، استناداً إلى معايير علمية موضوعية ودقيقة.

المشرفة العامة ومديرة التحرير:
أ.د. سرور طالبي

رئيس اللجنة العلمية:
أ.د. الميلود بوطريكي، جامعة محمد الاول وجدة (المغرب)

أسرة التحرير:
د. الداودي نورالدين، جامعة عبد المالك السعدي (المغرب)
د. العبساوي عماد، جامعة كومبلوتنسي بمدريد (إسبانيا)
د. سفيان سوالم جامعة محمد الشريف مساعدية -سوق أهراس (الجزائر)
د. شريف أحمد بعلوشة، وكيل النائب العام، غزة (فلسطين)
د. عبد الناصر أبوسمهدانة، رئيس نيابة العدل العليا والدستورية (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 (الجمهوريَّة العربية السوريَّة)

أعضاء اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

د. جمال الدين ايت الطاهر، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء، المملكة المغربية.
د. رائد محمد فليح النمر، الجامعه الملكية للبنات، مملكة البحرين.
د. زكريا عبد الوهاب محمد زين، جامعة ظفار، سلطنة عمان.
د. عبداللاوي خديجة ، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، الجزائر.
د. محفوظ عبد القادر، جامعة وهران 02، الجزائر.
د. محمد شتيه، جامعة الاستقلال ، فلسطين.

قواعد النشر

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

<u>بالنسبة للمقالات والأبحاث المعمقة:</u>

- تنشر المجلة المقالات والأبحاث التي تستوفي الشروط الآتية:
- الالتزام بالمعايير العلمية والموضوعية المعمول بها دوليا 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، ملتقى.
- 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 المعمقة، 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).

<u>بالنسبة للأعمال المترجمة:</u>

- 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 القرارفي غضون شهر من تمكينها من المادة المقترحة للنشر، مع مراعاة السرية التامة في التحكيم
- يحق لهيئة التحكيم أن ارتأت ضرورة إقرارتعديلات 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 الباعث مادته بسيرة ذاتية علمية مفصلة.
- تدرج الهوامش آليا في نهاية كل صفحة وقائمة المصادروالمراجع 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 أوالدورية، 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 الالكترونية:

يوثق المرجع المنقول عن شبكة" الإنترنت" بذكر معلومات الرابط الإلكتروني كاملا مع ذكر صاحب المادة المنشورة، وتاريخ زيارة الموقع .

7. ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

law@jilrc-magazines.com

الفهرس

الصفحة

- **الافتتاحية** 9
- **نظام الاستثمار السعودي في ظل رؤية المملكة 2030 ـإشكالية التعارض بين جذب الاستثمار الأجنبي المباشر FDI وانضباطه ـ (دراسة تحليلية نقدية مقارنة مع قواعد البنك الدولي)**، يحيى الجدران، مجموعة ابن جدران للمحاماة – المملكة العربيَّة السعوديَّة. 11
- **حظر استغلال المعلومات أو البيانات غير المعلنة وموقف القانون الإماراتي منه (اقتراح نظرية واجب الحذر و المُدَّة المعقولة)** همام القوصي، جامعة حلب – الجمهوريَّة العربيَّة السوريَّة. 45
- **ركن الطرق الاحتيالية في جريمة التملص من الضريبة**، مداح حاج علي، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر. 81
- **جريمة الصرف في التشريع الجزائري بين تنوع العقوبات و إجراءات الصلح**، وهراني إيمان، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان - إشراف ومراجعة أ.د. الأخضر عزي، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر. 105
- **قراءة قانونية وسياسية في مستقبل للإقليم جبل طارق له في أفق انسحاب المملكة المتحدة من الاتحاد الأوربي**، العبساوي عماد، جامعة كومبلوتنسي مدريد. 123

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 © 2019

الافتتاحية

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

تميز العدد السادس والثلاثون من مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة بمواكبته للقوانين الاقتصادية العربية الجديدة في مجال الاستثمار، سوق الأعمال، الصرف و الضرائب ، وكذلك للمستجدات السياسية والقانونية في القارة الأوربية.

فلقد تناول البحث المعمق الأول لهذا العدد بالتحليل: نظام الاستثمار السعودي الجديد الصادر مؤخرا، بغرض الوصول إلى رؤية نقديَّة بنَّاءة قادرة على تحقيق رؤية المملكة 2030، من حيث جذب السيولة الأجنبيَّة، وتوفير مناخٍ جاذبٍ للاستثمار الأجنبي من جهة، والحفاظ على المصلحة العامَّة، من جهة أخرى.

فحين تناول البحث الثاني بالدراسة التحليلية والنقدية للنصوص القانونيَّة المُنظِّمة لسوق الإمارات للأوراق الماليَّة والسلع، بغرض تقييم حظر استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة من المشرع الإماراتي، مقترحا نظريتين جديدتين تسد الثغرات التنظيمية في النص التشريعي الحالي.

أما المقال الثالث، فلقد عالج الاحتيال كركن من أركان جريمة التملص من الضريبة، من خلال تحديد العناصر التي يقوم عليها، وعرض بعض الأمثلة لما يعد من قبيل الطرق الاحتيالية.

لينتقل المقال الرابع لدراسة جريمة الصرف على ضوء التشريع الجزائري من حيث تمييزه بين العقوبات المطبقة على المخالف فيما إذا كان شخصا طبيعيا أو معنويا ، و بالمقابل، منح له فرصة للتصالح مع الإدارة، لما لها من آثار إيجابية تعود على الخزينة العمومية جراء الأضرار التي مست المصالح الاقتصادية العامة للبلاد.

لنختم العدد بقراءة قانونية وسياسية في مستقبل إقليم جبل طارق في حال انسحاب المملكة المتحدة من الاتحاد الأوربي باعتباره آخر نزاع حول تصفية الاستعمار في القارة الأوربية.

نشكر كل من ساهم في إصدار العدد، ونخص بالذكر أعضاء اللجنة العلمية التحكيمية الذين لم يبخلوا على الباحثين بملاحظاتهم وتوجيهاتهم المستمرة، و لا على المجلة بمقالاتهم النوعية التي نعتز بكونها إضافات جادة تساهم في ترقية البحث العلمي بما يخدم سياسة المركز ككل.

والله الموفق في الأول والآخر

سرور طالبي / المشرفة العامة ومديرة التحرير

نظام الاستثمار السعودي في ظل رؤية المملكة 2030
-إشكالية التعارض بين جذب الاستثمار الأجنبي المباشر FDI وانضباطه-
(دراسة تحليلية نقدية مقارنة مع قواعد البنك الدولي)

Saudi Arabia's Investment System under Saudi Vision 2030
-The Problem between Attracting FDI and its Control-
(Critical Analytical Study Compared with the World Bank Guidelines)

الدكتوريحيى الجدران، دكتوراه بالقانون الخاص، تخصص قانون سوق الأوراق الماليَّة
مجموعة ابن جدران للمحاماة – المملكة العربيَّة السعوديَّة
Dr. Yahia Al Jadran, PhD in Private Law, Stock Market Law , Al Jadran Law Firm – Saudi Arabia

Abstract

The focus of this paper is on the analytical reading of the clauses of the new Saudi investment system project in 1440 AH - 2019, compared to the old foreign investment system issued in 1421 AH - 2000, in order to reach a constructive critical vision emerged with an evaluation of the Saudi investment system capable of achieving Saudi Vision 2030.

The major problem facing the new Saudi investment system is to assess its ability to achieve the highest standards of attracting foreign liquidity, and to provide an attractive environment for FDI in a way that repels foreign investors' fears in the face of the necessities of controlling foreign investment for the public interest.

Accordingly, some investment principles adopted by the investment system project should be analyzed such as: Equality and Non-Discrimination between Investors, Freedom of Private Business Management, Financial Incentives, Responsibility of Investors, Taking of Funds, and Settlement of Investment Dispute by Arbitration.

We also compare the regulatory vision for investment in Saudi Arabia with the analysis of the World Bank's FDI Guidelines of 1992 to clarify the legislative objectives and fundamental differences, in order to arrive at an evaluation view of the project of the investment system in Saudi Arabia.

Then provide regulatory solutions to the problem of the conflict between Attracting FDI and its Control to keep up with Saudi Vision 2030.

Keywords: Foreign Direct Investment (FDI), Saudi Investment System, Saudi Arabian General Investment Authority, World Bank Guidelines, Investment Attractiveness, Financial Incentives, International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID), Saudi Vision 2030.

المُلخَّص

يتركَّز موضوع هذا البحث في القراءة التحليلية لنصوص مشروع نظام الاستثمار السعودي الجديد عام 1440 هـ - 2019م، بالمقارنة نظام الاستثمار الأجنبي القديم الصادر عام 1421هـ - 2000م؛ بغرض الوصول إلى رؤية نقديَّة بنَّاءة تخرج بتقييمٍ لنظام الاستثمار السعودي القادر على تحقيق رؤية المملكة 2030.

فالإشكاليَّة الكبرى التي تواجه مشروع نظام الاستثمار السعودي الجديد تتمثَّل في تقييم قدرته على تحقيق أعلى معايير جذب السيولة الأجنبيَّة، وتوفير مناخٍ جاذبٍ للاستثمار الأجنبي المباشر FDI بشكلٍ طاردٍ لمَخاوِفِ المستثمرين الأجانب، في مواجهة ضرورات ضبط الاستثمار الأجنبي حرصاً على المصلحة العامَّة.

وبناءً عليه، يجب تحليل بعض المبادئ الاستثماريَّة التي أقرَّها مشروع نظام الاستثمار مثل: المساواة وعدم التمييز بين المستثمرين، وحريَّة إدارة الأعمال الخاصَّة، والحوافز الماليَّة، ومسؤوليَّة المستثمرين، ومصادرة الأموال، وحل النزاع الاستثماري بالتحكيم.

كما نرى مقارنة الرؤية التنظيميَّة للاستثمار في المملكة مع تحليل الدليل الإرشادي الذي وضعه البنك الدولي منذ عام 1992 للاستثمار الأجنبي المباشر بهدف توضيح الغايات التشريعيَّة والفروقات الجوهريَّة، وذلك للوصول بالنتيجة إلى رؤية تقييميَّة لمشروع نظام الاستثمار في المملكة، ثم تقديم حلولٍ تنظيميَّةٍ لإشكاليَّة التعارض بين جذب الاستثمار الأجنبي وانضباطه في سبيل مواكبة رؤية المملكة 2030.

الكلمات المفتاحيَّة: الاستثمار الأجنبي المباشر (FDI)، نظام الاستثمار السعودي، الهيئة العامَّة للاستثمار، دليل البنك الدولي، جذب الاستثمار، الحوافز الماليَّة، الدولة الأولى بالرعاية، المركز الدولي للتسوية نزاعات الاستثمار (ICSID).

المقدمة

يُمثِّل "الاستثمار الأجنبي المباشر" "Foreign Direct Investment" أحدَ أهمِّ قطاعات التمويل في الاقتصاد الوطني للدول النامية؛ حيث أنَّ حركة رأس المال الوطنيَّة قد تتباطأ أو تضيق على طموحات الدولة، ولذلك تسعى نحو جذب رأس المال الأجنبي حتى تتحقَّق غايات النمو والازدهار دون الاعتماد على عائدات المشتقات النفطية[1].

[1] بونقاب، مختار – زواويد، لزهاري، الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر سبيل للتخلص من التبعية للمحروقات: المعوقات القانونية والإدارية المطروحة والحلول المقترحة، مجلة شعاع، معهد العلوم الاقتصادية والتجاريَّة وعلوم التسيير، تيسمسيلت، الجزائر، العدد 3، مارس 2018، الصفحة 104.

ولذلك، فلا يمكن للدولة أن تغلق حدودها أمام رأس المال الخارجي؛ فهي إن قامت بذلك، سينهار اقتصادها الوطني، وسينعزل بفعل المعاملة بالمثل، وسيحتاج مئات السلع والخدمات التي يعجز سوقها الوطني عن إنتاجها أو حتى استيرادها.

ومن هنا يَعتبِر جانب من الفقه الماليزي أنَّ الاستثمار الأجنبي المباشر هو في حقيقته فرصةٌ اقتصاديَّة[1]، وأمامنا تجربة الصين خير مثالٍ؛ حيث قامت الدولة الصينيَّة بإلغاء معظم قيود الاستثمار الأجنبي المباشر لديها عام 2002 لتتحوَّل بعدها إلى عملاقٍ اقتصاديٍّ نتيجة التكتُّل الصناعي لديها من جميع أنحاء العالم[2].

ولكن هذه الرؤية الورديَّة يكتنفها العديد من التناقضات؛ حيث إنَّ المستثمر الأجنبي يأتي إلى سوق الاستثمار الوطني كمُنافِسٍ للمستثمرين الوطنيّين، كما أنَّه يحمل معه ثقافته وأهدافه المختلفة عنهم؛ فهو يهدف إلى تحقيق أكبر قدرٍ ممكنٍ من الأرباح، ثم سحب السيولة من أوسع شريحةٍ ممكنةٍ من الناس، وبعدها تحويل أمواله إلى وطنه، وهذا ما يُشكِّل سلبيَّاتٍ كثيرةٍ لهذا النوع من الاستثمار[3].

وببساطة، فإنَّ المستثمر الأجنبي يسعى إلى تحقيق مصلحته الشخصيَّة بالدرجة الأولى وأهداف اقتصاد دولته التي جاء منها بالدرجة التالية؛ ولذلك، فعلى الدولة المُضِيفَة للاستثمار أن تفرض الإطار التشريعي الكافي لضبط الاستثمار الأجنبي ضمن نطاق تحقيق المصلحة العامَّة والسياسة الوطنيَّة للاقتصاد.

وبناءً عليه، فإنَّه يوجد تعارضٌ دائمٌ بين مكاسب سياسة تحفيز الاستثمار الأجنبي المباشر، وبين ضرورات ضبط هذا الاستثمار في نطاق الأهداف الاقتصاديَّة الوطنيَّة؛ ولذلك فقد نشأ ما يُسمَّى نظام الاستثمار الأجنبي المباشر؛ حتى يقوم بالتوفيق بين الفرص المُمْكِنَةِ من جذب رأس المال الأجنبي، وبين المخاطر التي قد تنشأ عنه[4].

وفي المملكة العربيَّة السعوديَّة، فقد صدر نظام الاستثمار الأجنبي القديم بنوعيه المباشر وغير المباشر[5] عام 1421هـ - 2000م، ونظراً لتغيُّر الظروف الاقتصاديَّة في المملكة في ظلِّ الرغبة نحو تنويع الاقتصاد وزيادة

---

[1] HANAPI, Mohamad, Foreign Direct Investment Law in ASEAN Countries: Prospect for ASEAN Economic Community, Yustisia, Vol. 8, No. 1, January-April 2019, page 47.

[2] HSU, Wen-Tai, et. al., Does Foreign Direct Investment Lead to Industrial Agglomeration, Research Collection School of Economics, 2018, page 8.

[3] *"... in fact that FDI may cause some disadvantages as well"*. See: FARID, Samar and ADLY, Nourhan, Evaluating the effect of Country risk on Foreign Direct Investment in Egypt, thesis of Finance, Future University in Egypt, June-2016, page 42.

[4] *"... the opportunities and risks in outward direct investment for emerging economies"*. See: YAO, Yao and ZHOU, Yizhen, Research on Outward Direct Investment in Emerging Economies, Advances in Social Science, Education and Humanities Research, Vol. 268, 2019, page 300.

[5] يكون الاستثمار مباشراً في حال قدوم المستثمر إلى الدولة المضيفة وإنشائه مشروعاً فيها، ويكون غيرَ مباشرٍ إن لم يقم المستثمر الأجنبي بإنشاء أو إدارة المشروع بل قدم له قرض عبر شراء السندات أو اكتتب بالأوراق المالية الصادرة عن مشروع وطني. أنظر: د. مهند إبراهيم فندي، د. بشرى خالد تركي، التنظيم القانوني للاستثمار العقاري الأجنبي –دراسة مقارنة-، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 16، العدد 58، 2013، الصفحة 16.

فاعليَّته وفق رؤية المملكة 2030[1]، فقد أصدرت الهيئة العامَّة للاستثمار في المملكة مشروع نظام الاستثمار الجديد بغاية رفع معايير جذب الاستثمار الأجنبي بالترافق مع ترسيخ مبادئ ضبطه، ذلك إلى جانب وجود نظام شركات حديث صادر عام 1437 هـ- 2015م مُعدَّل عام 1439 هـ - 2018م بخصوص الاستثمار المباشر من الشركات الأجنبيَّة التي تنوي افتتاح فرع أو مركز تمثيل لها في المملكة أو السيطرة على أغلبية رأس مال شركات قائمة في السعودية بغرض تملكها وإدارتها.

في حين أنَّ البنك الدولي قد أصدر دليلاً إرشاديَّاً يهدف إلى توضيح كيفيَّة تنظيم مسائل الاستثمار الأجنبي من وجهة نظره، وهي تتوازى وتتلاقى وتتعارض مع مشروع نظام الاستثمار في المملكة فيما يخصُّ جذب الاستثمار وضبطه؛ ممَّا أوجب تقديم هذه الدراسة التحليليَّة النقديَّة المقارنة.

أهداف البحث

نهدف من هذا البحث بشكلٍ أساسيّ إلى:

1. توضيح المبادئ الأساسيَّة في أنظمة الاستثمار الأجنبي عبر الربط بين المبادئ من الناحية النظريَّة وبين غاياتها التشريعية إمَّا في جذب الاستثمار الأجنبي أو ضبطه.
2. توضيح نقاط التعارض بين جذب الاستثمار وضبطه في أنظمة الاستثمار الأجنبي في المملكة.
3. الوصول إلى رؤيةٍ تشريعيَّة متكاملةٍ ناتجةٍ عن المقارنة بين أنظمة الاستثمار الأجنبي في المملكة ودليل البنك الدولي.
4. تقييم مشروع نظام الاستثمار الجديد الصادر عام 1440هـ/2019م بغرض التأكُّد من اتِّساقه مع المملكة في ظل رؤية المملكة 2030.

فروض البحث

نَفتَرِضُ من خلال كمُنطلق لهذا البحث، ما يلي:

1. يوجد تعارض بين اعتبارات جذب الاستثمار الأجنبي وبين ضرورات ضبط هذا الاستثمار ضمن المصلحة الوطنيَّة والنظام العام.
2. مشروع نظام الاستثمار السعودي الجديد يُحاوِلُ منح المزيد من حوافز الاستثمار الأجنبي بما يتجاوز نظام الاستثمار القديم.

ولا تُفرِّق أنظمة الاستثمار عادةً بين هذين النوعين. أنظر: سي فضيل، الحاج، آليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، أطروحة مُقدَّمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، الجزائر، نوقشت عام 2019، الصفحة 526.

[1] رؤية المملكة 2030، الصفحة 42.

3. قواعد البنك الدولي للاستثمار الأجنبي تميلُ إلى مصلحة المستثمرين الأجانب على حساب الدول المُضيفة للاستثمار المباشر.

أهمية البحث

يحظى البحث بأهمية نظريَّة وعمليَّة عميقة؛ حيث إنَّ تأثير المسيرة التشريعيَّة المرتبطة بالاستثمار الأجنبي ستُحدِّد إلى حدٍّ كبيرٍ مدى نجاح مساعي تحقيق النمو والازدهار وفق رؤية المملكة 2030.

منهج البحث

سننتهج **المنهج الوصفي التحليلي النقدي المقارن**؛ حيث نصف مبادئ نظام الاستثمار بشكلٍ بسيطٍ ومختصرٍ؛ بغاية تحليل النصوص التنظيميَّة المتعلِّقة بها، ثم نقدها بطريقةٍ بنّاءةٍ بالمقارنة مع نصوص البنك الدولي، وهذا كله بهدف ترسيخ المبادئ الأساسيَّة والقواعد التفصيليَّة التي تكفل الموازنة بين جذب الاستثمار الأجنبي وضبطه بما يضمن تحقيق رؤية المملكة 2030.

إشكالية البحث

تتمثّل إشكاليَّة البحث بالتساؤل التالي:

"كيف يمكن التوفيق بين اعتبارات جذب الاستثمار الأجنبي وضرورة ضبطه في نظام الاستثمار السعودي بالمقارنة مع دليل البنك الدولي بهدف تحقيق رؤية المملكة 2030؟"

مجال البحث

ينحصر مجال البحث في نطاق الاستثمار الأجنبي المباشر FDI، الذي يعني تأسيس أو امتلاك مشروع استثماري برأس مال أجنبي، سواءً أكان من أشخاص أجانب طبيعيّين أم اعتباريّين كالشركات متعدِّدة الجنسيَّة التي تؤسِّس فروعاً تابعة لها أو كالشركات القابضة التي تستحوذ على نسبة تخوُّل السيطرة والتأثير في قرارات شركات أخرى، وهذه النسبة تتمثَّل في 10-100% من رأس مال الشركة المُستهدَفة كما تعارف عليه دولياً[1]، وقد اعتمد مشروع نظام الاستثمار الجديد في المملكة هذه النسبة أيضاً[2].

وبالتالي يخرج عن نطاق البحث الاستثمار الأجنبي غير المباشر الذي يتمثَّل بالاستثمار في الأدوات المالية في السوق المالية على المدى القصير دون تحقيق نسبة 10% في رأس مال الشركات المدرجة في السوق فهذا الاستثمار لا يوحي بوجود نيَّة للسيطرة على قراراتها أو إدارتها.

[1] جعفر، محمد راضي، الاستثمار الأجنبي المباشر في دول مجلس التعاون الخليجي العربي، مجلة الخليج العربي، المجلد 39، العدد 3-4، عام 2011، الصفحة 93.

[2] المادة 1، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019، موقع الهيئة العامة للاستثمار sagia.gov.sa.

مُخطَّط البحث

على اعتبار أنَّ جذب الاستثمار الأجنبي المباشر يكون مبدئياً عبر تكريس مبدأ المساواة بين المستثمرين من جهة، وأنَّ ضبط هذا الاستثمار يكون عبر تكريس مبدأ الحريَّة المسؤولة الاستثمار من جهة أخرى؛ فإنَّ مخطَّط البحث سيكون على الشكل التالي:

المبحث الأول: جذب الاستثمار الأجنبي المباشر عبر المساواة

المطلب الأول: المعاملة الوطنيَّة للمستثمر الأجنبي

المطلب الثاني: المعاملة الموضوعيَّة بين المستثمرين الأجانب

المبحث الثاني: ضبط الاستثمار الأجنبي المباشر عبر حريَّة الاستثمار المسؤولة

المطلب الأول: حريَّة الاستثمار الأجنبي

المطلب الثاني: مسؤوليَّة المستثمر الأجنبي والنزاع معه

المبحث الأول

جذب الاستثمار الأجنبي المباشر عبر المساواة بين المستثمرين

حيث إنَّ المستثمرين الأجانب يتنافسون مع الوطنيِّين ومع بعضهم البعض أيضاً، فينشأ عن فكرة المساواة بين المستثمرين مبدأين أساسيَّين، هما: المعاملة الوطنيَّة للمستثمر الأجنبي أولاً، والمعاملة الموضوعيَّة بين المستثمرين الأجانب ثانياً.

المطلب الأول

المعاملة الوطنيَّة للمستثمر الأجنبي

يعني مبدأ المعاملة الوطنيَّة للمستثمر الأجنبي فرض حالةٍ من المساواة بين المستثمر المحلِّي والمستثمر الأجنبي، وسنتعمَّق في هذا المبدأ وفقاً لنظام الاستثمار الأجنبي السعودي القديم، ثم مشروع نظام الاستثمار الجديد، ثم دليل البنك الدولي.

أولاً: المعاملة الوطنيَّة للمستثمر الأجنبي في نظام الاستثمار الأجنبي السعودي القديم

يجب التأكيد على أنَّ نظام الاستثمار الأجنبي قد وُجِدَ حتى يوازن بين المصالح المُتضارِبَة والمتنافِسَةِ للمستثمرين الوطنيِّين مع الأجانب؛ فالمستثمر الوطني لا يحتاجُ من نظام استثمار سوى بعض التسهيلات الإداريَّة والحوافز التي تحميه من الروتين والتأخير.

إلاَّ أنَّ قدومَ مستثمرين أجانب حتى ينافسوا هذا المستثمر الوطني هي مصدَر المشكلة؛ حيث أنَّ المستثمر الأجنبي سيأتي –على الأغلب- برأس مالٍ خبيرٍ، وقدراتٍ ومعايير إنتاجٍ وخدماتٍ تفوق المُتاح في السوق الوطني، وتعلو فوق مستوى المنافسة قياساً بمستوى الإنتاج الوطني.

وبناءً عليه، يخشى المستثمرون الوطنيُّون هذه المنافسة غير المتكافئة، ويطلبون من الدولة أن تَحمِيَهُم منها، إلاَّ أنَّ الدولة في المقابل تسعى إلى تشغيل طاقات العمل لديها، وتغذية الطلب الواسع على السيولة فيها، واستثمار منشآتها الراكدة أو إنشاء عمليَّات صناعيَّة وتجاريَّة تنْقُصُها الكوادر والتقنيَّات والبنية المُتخصِّصة التي لا تتوافر في سوق الاستثمار الوطني، وهذا ما يوجب التوظيف المباشر لعمليَّات الاستثمار الأجنبي[1].

وقد صدر آخر نظام الاستثمار الأجنبي في المملكة عام 1421 هـ - 2000م حتى ينشرَ مناخاً استثمارياً مُشجِّعاً للمستثمرين الأجانب؛ أي عدم تمييز المستثمر الوطني عن الأجنبي، حتى تكون المنافسة بينهما عادلةً وخلاَّقةً في خدمة المستهلك والاقتصاد السعودي في النهاية، وهو ما يعني أنَّ نسبة ملكيَّة المستثمر الأجنبي في المشروع يمكن أن تصل إلى 100% من رأس المال[2].

فقد نصَّ هذا النظام على أنَّه: "يتمتَّع المشروع المرخص له بموجب هذا النظام بجميع المزايا والحوافز والضمانات التي يتمتَّع بها المشروع الوطني حسب الأنظمة والتعليمات"[3].

ومن خلال تحليل هذا النص يتبيَّن لنا أنَّ:

1. نصَّ نظام الاستثمار الأجنبي على صفة "المشروع المُرخَّص له" وليس "المستثمر الأجنبي" في إشارةٍ واضحةٍ إلى أنَّ التعامل بالمساواة ستتَّجه نحو المشروع المُرخَّص له في المملكة، وليس نحو المستثمر بشخصه[4].
2. المساواة بين المشروع الأجنبي المرخَّص له وبين المشروع الوطني تنحصر في "المزايا والحوافز والضمانات" دون الإشارة إلى الظروف التي قد تتغيَّر معها مثل هذه العناصر؛ فقد تقلُّ وفقاً للظروف الماليَّة للدولة بحسب حالة الركود أو الازدهار.
3. أكَّد النص السابق على أنَّ المقارنة بين المشروع الأجنبي المرخص له ستكون في مُقابل "المشروع الوطني" النظير له، وليس "المستثمر الوطني".

---

[1] *"Direct foreign investment (DFI) is any method of increasing international business that requires a direct investment in foreign operations"*. See: FARID, Samar and ADLY, Nourhan, op.cit., page 3.

[2] آل جمعان، سعد، التطورات القانونية في نظام الاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل درجة دكتوراه الفلسفة في القانون، كلية القانون، جامعة الخرطوم، نوقشت عام 2008، الصفحة 5.

[3] المادة 6، نظام الاستثمار الأجنبي السعودي، الصادر عام 1421 هـ - 2000م

[4] يوجد في جانب من الفقه مثل هذا التوجُّه؛ حيث يتمُّ اصطلاح الصناعة المعينة إلى جانب الاستثمار الأجنبي المباشر، وليس المستثمرين في قطاع مُعيَّن، أنظر دراسة بالاستثمار في *"صناعة الضيافة" "Hospitality Industry"*؛ مثل الفنادق لدى:

FALK, Martin, A Gravity Model of Foreign Direct Investment in the Hospitality Industry, Tourism Management, Vol. 55, 2016, page 1.

ومن خلال التحليل السابق يبدو أنَّ نظام الاستثمار القديم قد سلكَ منهجاً مُعتدلاً من حيث مبدأ المساواة بين المستثمر الأجنبي والوطني، حيث التفت عن هذا المستثمر بشخصه وركَّز نظره على المشروع المَملُوكِ لمستثمرٍ أجنبيّ؛ فهذا المشروع مؤسَّسٌ في المملكة، ويستحق –تبعاً لذلك فقط- تطبيق مبدأ المساواة عليه مع المشروع الوطني ضمن ضوابط الأنظمة والتعليمات.

فيما يبدو أنَّ مشروع نظام الاستثمار الجديد قد تجاوز هذه الرؤية إلى مزيدٍ من المعاملة الوطنيَّة للمستثمر الأجنبي.

ثانياً: المعاملة الوطنيَّة للمستثمر الأجنبي في مشروع نظام الاستثمار السعودي الجديد

حاول مشروع نظام الاستثمار الجديد في المملكة تحقيق نقلةٍ نوعيَّةٍ في معاملة المستثمرين الأجانب، فاعتمد مبدأ "المعاملة الوطنيَّة للمستثمر الأجنبي"[1]، وهي درجةٌ من المساواة أعلى بمراحلٍ ممَّا كان عليه الأمر في نظام الاستثمار الأجنبي القديم؛ بهدف تقديم اقتصادٍ سعوديٍّ يحظى بـ "تنافسيَّة جاذِبَة"، وهي من المبادئ الأساسيَّة لرؤية المملكة 2030[2].

وبالتالي، فإنَّ مشروع النظام الجديد قد ساوَى –من حيث المبدأ- بين المستثمر الأجنبي والمستثمر الوطني، حتى أنَّه وسَّع من مفهوم "المستثمر الوطني"[3] "National Investor" إلى مصطلح "المستثمر المحلِّي" "Local Investor" حتى يشمل هذا المصطلح أيَّ مستثمرٍ "يُعامَل معاملةً مُماثلةً للمواطن السعودي"[4]، كما أنَّ هذا المشروع قد نظَّم الاستثمار الوطني والأجنبي معاً؛ وكلُّ ذلك يصبُّ في خانة جذب الاستثمار الأجنبي المباشر وتحقيق فوائده في إطار التنمية[5].

ثم نصَّ المشروع الجديد على مبدأٍ ارتقى فيه بالمساواة بين المستثمر المحلِّي والأجنبي، بما مفاده:

"يتمتَّع المستثمر الأجنبي المُسجَّل في المملكة بمعاملة لا تقلُّ تفضيلاً عن المعاملة الممنوحة للمستثمر المحلِّي في ظروف مماثلة، ويتمتَّع المستثمر الأجنبي بموجب هذا النظام بجميع المزايا والحوافز والضمانات التي يتمتَّع

[1] المادة 6، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

[2] رؤية المملكة 2030، الصفحة 48.

[3] د. مهند إبراهيم فندي، د. بشرى خالد تركي، مرجع سابق، الصفحة 8.

[4] المادة 1، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

[5] أظهرت دراسة صينيَّة حديثة أنَّ الاستثمار الأجنبي المباشر في القطاع الزراعي مثلاً يُساهِم في تحقيق الأمن الغذائي، كما هو عليه الأمر بين الصين وألمانيا في صناعة الألبان. أنظر:

ROBINSON, Douglas M., Chinese Agricultural Foreign Direct Investment in Dairy: Could Germany Become a Chinese Cash Cow?, GEWISOLA, 2019, page 1.

بها المستثمر المحلّي في ظروف مماثلة، ويشمل ذلك ما يتعلق بالتوسُّع في الاستثمارات، وإدارتها، وبيعها، والتصرُّف فيها، وفق الأنظمة واللَّوائح ذات العلاقة"[1].

فإذا كان هذا المستثمر شركةً أجنبيَّةً، فتُعتبر قائمةً باستثمار أجنبي مباشر إن سيطرت على ما نسبته 10% من رأس مال شركة موجودة في المملكة[2]، وإذا افتتحت فرعٍ لها في المملكة أو مركزاً لتمثيل أعمالها، فهذه الشركة تخضع حينئذٍ أيضاً لأحكام الشركات الأجنبيَّة في نظام الشركات[3]، وهذه القواعد تفرِض الترخيص والتسجيل في السجل التجاري كما هو عليه الأمر بصدد الشركات الوطنيَّة[4]، ووفق نموذج عقد تأسيس الشركات[5].

وبناءً عليه، فإنَّ مشروع النظام الجديد للاستثمار قد اختلف جذرياً عن مشروع الاستثمار الأجنبي القديم في النقاط التالية:

1. المشروع الجديد يتعامل مع المستثمر بشخصهِ وليس مع المشروع المؤسَّس في المملكة كما كان عليه الأمر في النظام القديم.
2. أتاح المشروع الجديد المساواة بين المستثمر الوطني ومَن تتمُّ معاملته وكأنَّه مواطنٍ سعوديٍّ تحت مُسمَّى المستثمر المحلّي.
3. ثم ساوى المشروع بين المستثمر المحلّي بمفهومه الواسع وبين المستثمر الأجنبي في المعاملة.
4. راعى المشروع الجديد الظروف المختلفة التي قد يمرُّ بها كلا المستثمر المحلّي والأجنبي، فأكَّد على ترسيخ المساواة بينهما وفقاً للظروف المُماثِلَة التي يمكن تمرُّ بهما في بيئة الاستثمار.

ولكن تبقى هذه الرؤية مبدئيَّة؛ ففي الواقع يخضع المستثمر الأجنبي وفقاً لمشروع النظام الجديد لقاعدة "التسجيل"؛ فـ: "يجب على المستثمر الأجنبي التسجيل لدى الهيئة قبل ممارسة أيّ نشاطٍ استثماريٍّ في المملكة وتقديم تفاصيلٍ عن استثماراته..."[6]، وهو ما يُشيرُ بصفةٍ نهائيَّةٍ إلى أنَّ المساواة بين المستثمر المحلّي والأجنبي ليست مطلقةً في المشروع الجديد[7].

---

[1] المادة 6-1-أ، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

[2] المادة 1، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

[3] المادة 194، نظام الشركات السعودي لعام 1437 هـ - 2015م، المعدل بالمرسوم الملكي رقم م/79 لعام 1439 هـ - 2018م.

[4] المادة 195، 197، نظام الشركات السعودي.

[5] ضمرة، مهند، محاضرات في القانون التجاري، كلية الدراسات التطبيقية وخدمة المجتمع، قسم العلوم الإدارية والإنسانية، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، عام 1435هـ-2013م، الصفحة 76.

[6] المادة 5-2، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

[7] قد ترى بعض الشركات الوطنيَّة أنَّ الشركات الأجنبية تقوم بالاستحواذ على السوق، ولذلك قد تُعارِض هذه الشركات بشِدَّة دخول الاستثمار الأجنبي المباشر. أنظر:

"... opposition to foreign acquisitions of domestic companies". See: CHILTON, Adam S., et. al., Reciprocity and Public Opposition to Foreign Direct Investment, Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics, 2017, page 1.

حتى أنَّ المشروع لدى تكريسه المساواة بين المستثمر المحلّي والأجنبي قد نصَّ على أنَّه: "يخضع المستثمر الأجنبي -بعد استكمال إجراءات تسجيله- لأحكام التأسيس والترخيص التي يخضع لها المستثمر المحلّي"[1]؛ الأمر الذي يعني أنَّ نقطة الفرق الأساسي في المعاملة الوطنيَّة تكمن في إجراءات التسجيل بغرض قبول المستثمر الأجنبي[2].

وهو ما يؤكِّد برأينا على أنَّ إجراءات تسجيل المستثمر الأجنبي يجب أن تتَّسم بالمرونة والسرعة حتى تُسَاهِم في جذب الاستثمار الأجنبي من ناحية، والارتقاء أكثر في مفهوم المعاملة الوطنيَّة من ناحية أخرى، تلك التي ينشدها البنك الدولي.

ثالثاً: المعاملة الوطنيَّة للمستثمر الأجنبي في دليل البنك الدولي

لقد أرسى البنك الدولي المبدأ الأساسي في المعاملة على أساس "العدالة والمساواة" "Fair and Equitable"[3]؛ وقد أكَّد أيضاً على إطار مبدأ العدالة والمساواة بما يمسُّ المستثمر الوطني أو الأجنبي في نفس الظروف[4].

ويبدو من موقف البنك الدولي ما يلي:

1. النص على صفة المستثمر الوطني وليس المحلّي كما أشار مشروع نظام الاستثمار السعودي الجديد.
2. حرصه على مبدأ المعاملة العادلة على أساس المساواة بين المستثمر الوطني أو الأجنبي كمبدأ عام.
3. النص على احترام مسألة التساوي في الظروف فيما يتعلَّق بتطبيق مبدأ المساواة.

ولكن نقطة الاختلاف بين مشروع نظام الاستثمار السعودي الجديد ودليل البنك الدولي تتركَّز في مسألة الترخيص والإجراءات اللاَّزمة لاستخدامه، حيث فرض البنك الدولي أن تخضع هذه الأمور للمعاملة بالمساواة بين المستثمر الوطني والأجنبي[5]، في حين أخضع مشروع نظام الاستثمار المستثمر الأجنبي وحده لنظام التسجيل تحت اسم: "دخول المستثمرين الأجانب إلى السوق"[6].

---

[1] المادة 5-4، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

[2] آل جمعان، سعد، مرجع سابق، الصفحة 43.

[3] *"Each State will extend to investments established in its territory by nationals of any other State fair and equitable treatment..."*. See: Section III-2, World Bank, Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, report no. 11415, 1992, page 33.

[4] *"... such treatment will, subject to the requirement of fair and equitable treatment mentioned above, be as favorable as that accorded by the State to national investors in similar circumstances"*. See: Section III-3-a, World Bank, Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 1992.

[5] *"... granting of permits, import and export licenses and the authorization to employ, ..., and other legal matters relevant to the treatment of foreign investors as described in Section 1 above..."*. See: Section III-3-a, World Bank, Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 1992.

[6] المادة 5، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

وفي الحقيقة، تبدو إجراءات التسجيل الواجب على المستثمر الأجنبي اتّبعها قبل السماح له بالولوج إلى سوق الاستثمار في المملكة أمراً طبيعياً؛ كون الهيئة العامَّة للاستثمار تجهلُ شخصيَّة هذا المستثمر الأجنبي ونشاطاته، فمن حقِّها أن تطلب منه بعض الوثائق حتى تتعرَّف عليه وتقبل تسجيله والترخيص له بممارسة النشاط الاستثماري.

ولكن الواقع قد ينشئُ بعض الممارسات الروتينيَّة خلال مرحلة تسجيل المستثمر، وهو الأمر الذي يجب تلافيه؛ لأنَّ الانطباع الأول الذي يجب أن يجده المستثمر الأجنبي هو مرونة وسهولة إجراءات التسجيل وسرعة الاستجابة من الهيئة، وسرعة اتِّخاذ القرار سواءً بقبول تسجيل المستثمر الأجنبي أم برفض التسجيل، ففي عالم الأعمال يكون للوقت ثمنٌ باهظٌ.

ويمكن أن يتمَّ الاستعانة بالجهات الدوليَّة التي تسجِّل بيانات المستثمرين ومدى ملاءتهم الماليَّة، وكذلك بالشركات التي تقوم على تسجيل وتقييم ملاءة العملاء، أو شركات التقييم الائتماني ذات النشاط الدولي.

فإن كانت المعاملة الوطنية من مبادئ المساواة التي ينشدها المستثمر الأجنبي مع الوطني، فما هو المبدأ الذي يكفل المساواة بين المستثمرين الأجانب أنفسهم؟.

المطلب الثاني

المعاملة الموضوعيَّة بين المستثمرين الأجانب

لا يكفي أن تلتزم الدولة بمبدأ المعاملة الوطنيَّة للمستثمر الأجنبي حتى يتكامل مبدأ المساواة بين المستثمرين، بل يجب أن يتمَّ تكريس الشقِّ الآخر من هذا المبدأ، ألا وهو المعاملة الموضوعيَّة بين المستثمرين الأجانب دون تمييز بعضهم عن بعض.

وسنقوم تحليل النصوص التي تُشيرُ إلى هذه المعاملة الموضوعيَّة في كلٍّ من نظام الاستثمار الأجنبي في المملكة أولاً، ومشروع نظام الاستثمار الجديد ثانياً، ودليل البنك الدولي ثالثاً.

أولاً: المعاملة الموضوعيَّة بين المستثمرين الأجانب في نظام الاستثمار الأجنبي السعودي القديم

لم ينص نظام الاستثمار الأجنبي القديم في المملكة على المساواة بين المستثمرين الأجانب في المعاملة، حيث خلت نصوصه من أيَّة إشارة إلى هذه المساواة رغم أهميَّتها على صعيد جذب المستثمرين الأجانب[1]، ومنع ممارسات التمييز بينهم[2].

[1] آل داوود، عبد الله، نظام الاستثمار الأجنبي بالمملكة العربية السعودية ومدى جلبه للاستثمار؟، مجلة المنارة للعلوم القانونية والإدارية، مركز المنارة للدراسات، الرباط، المغرب، العدد 4، عام 2014، الصفحة 81.

[2] وهي تُعتبَر من السلوكيَّات غير المُلائِمَة خلال مرحلة تنفيذ المشروع، والتي تُؤدِّي إلى إيجاد مناخ طارد للاستثمار الأجنبي. أنظر: بونقاب، مختار – زواويد، لزهاري، مرجع سابق، الصفحة 118.

ويمكن اعتبار النصِّ التالي استثناءً عن غياب المعاملة الموضوعيَّة بين المستثمرين الأجانب، حيث جاء في نظام الاستثمار الأجنبي القديم أنَّه:

"تُعامَل جميع الاستثمارات الأجنبيَّة المرخَّص لها بموجب هذا النظام طبقاً لأحكام الضرائب المعمول بها في المملكة العربيَّة السعوديَّة وما يطرأ عليها من تعديلات"[1].

وبالتالي فإنَّ إطار المعاملة الموضوعيَّة بين المستثمرين الأجانب يقتصر على الجانب الضريبي[2]، فيما تبدو مسائل مثل الترخيص وسير الأعمال وحريَّة نقل الأموال وغيرها من القضايا الأساسيَّة في الاستثمار الأجنبي غيرَ مشمولةٍ صراحةً بالمساواة بين المستثمرين الأجانب.

وهذا الأمر لا يُعتبَر ثغرةً في نظام الاستثمار القديم فقط، بل عامِلاً غير إيجابيٍّ على صعيد جذب الاستثمار الأجنبي؛ فالمستثمر يخشى كساد تجارته نتيجة تفضيل مستثمرين أجانب من جنسيَّة أخرى عليه، حيث أنَّ الاستثمار يعتمد على مفهوم المنافسة الحرَّة والعادلة، وهو ما يناله ترك مبدأ المعاملة الموضوعيَّة للمستثمرين الأجانب، ولذلك كان على مشروع النظام الجديد سد هذه الثغرة.

ثانياً: المعاملة الموضوعيَّة بين المستثمرين الأجانب في مشروع نظام الاستثمار السعودي الجديد

لقد كان مشروع نظام الاستثمار الجديد في المملكة واعياً لوجود نقصٍ تنظيميٍّ في مسألة المساواة بين المستثمرين الأجانب، ونتيجةً لذلك فقد منح اهتماماً خاصَّاً بهذه المسألة الإشكاليَّة؛ خاصَّة أنَّ الاقتصاد السعودي مُقدِمٌ على مرحلة إعادة بناء مدنٍ اقتصاديَّةٍ كاملةٍ؛ وهو بحاجة تبعاً لذلك إلى جذب الاستثمارات النوعيَّة، والكفاءات العالمية وفق رؤية المملكة 2030[3].

وبناءً عليه، فقد فرض مشروع النظام الجديد مبدأً عامَّاً مفاده:

"لا يجوز التمييز بشكلٍ مقصودٍ، وفي الحالات المتشابهة، بين المستثمرين الأجانب بأيِّ شكلٍ من الأشكال، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر: جنسيَّتهم، ومكان إقامتهم، وبلد المنشأ لرأس المال، والموطن الأصلي للمستثمر، وأيِّ اعتباراتٍ أخرى"[4]، وبخصوص الشركات الأجنبيَّة، فلا يجوز التمييز بينها وبين الشركات

---

[1] المادة 14، نظام الاستثمار الأجنبي السعودي، لعام 2000.

[2] تحتاج بيئة العمل الضريبي في الدول المُضِيفَة للاستثمار إلى إصلاحاتٍ كبيرةٍ قبل البدء بسياسة جذب الاستثمار الأجنبي المباشر، ويُمكن أن تكون هذه الإصلاحات إقليميَّةً عبر إبرام اتِّفاقيَّات ثنائيَّة. أنظر:

Azémar, Céline and Dharmapala, Dhammika, Tax Sparing Agreements, Territorial Tax Reforms, and Foreign Direct Investment, 2019, page 1. See:

http://pubdocs.worldbank.org/en/281751559591312068/celine-Azmar.pdf (23-9-2019)

[3] رؤية المملكة 2030، الصفحة 48.

[4] المادة 6-1-ب، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

الوطنيَّة بصدد استثمار أموالها عبر تأسيس شركة مساهمة جديدة في المملكة مثلاً فيما يتعلَّق بقواعد وإجراءات التأسيس[1]، وكذلك فيما يخصُّ قواعد مشروعيَّتها وفق نظام الشركات السعودي[2].

ويبدو لنا من تحليل هذه القواعد أنَّ:

1. مشروع نظام الاستثمار لم يحظرْ كلَّ أشكال التمييز بين المستثمرين الأجانب، بل حظر فقط التمييز "المقصود"؛ فإن نشأ التمييز عن إهمال من أحد موظفي الهيئة العامَّة للاستثمار مثلاً، فلن يُعتبَر ذلك تمييزاً بين المستثمرين حتى وإن كان الإهمال الذي ارتكبَه هذا الموظَّف جسيماً.
2. نصَّ المشروع على حظر الحالات المُشَابِهَة للتمييز المقصود التي تتمُّ بأيِّ شكلٍ من الأشكال؛ وهو ما يُشيرُ برأينا إلى أيَّة ممارسةٍ مقصودةٍ تُفضي إلى عدم المساواة بين المستثمرين الأجانب مهما كانت بسيطةً؛ كأن يتمَّ طلب وثائق أكثر بالنسبة للمستثمرين من دولٍ معيَّنةٍ أو أصولٍ معيَّنةٍ لدى تسجيلهم في الهيئة.

إلاَّ أنَّ هذه الرؤية التنظيميَّة الواضحة في طرح المساواة بين المستثمرين الأجانب قد شابها استثناءَيْن، هما: مبدأ الدولة الأولى بالرعاية أولاً، والحوافز الاستثماريَّة ثانياً.

1- مبدأ الدولة الأولى بالرعاية: تُبرِم الدولة اتِّفاقيَّاتٍ استثماريَّةٍ مع دولٍ أخرى بغرض تسهيل حركة التجارة والاستثمار فيما بينهم؛ وفي سبيل ذلك تُقدِّم الدولة المُضِيفَة للاستثمار للدولة مَوطِن المستثمرين مجموعةٍ من الحوافز والضمانات خاصَّة.

وبالنتيجة سيحظى المستثمرون من مواطِني الدولة المتعاقدة مع دولة أخرى بمعاملةٍ تفضيليَّةٍ متميِّزةٍ عن معاملة باقي المستثمرين الأجانب، فهل يُعتبَر ذلك خرقاً لمبدأ المساواة بينهم؟

يبدو أن العرف الدولي مستقرٌّ على استثناء مستثمِري الدول المتعاقدة من مبدأ المساواة بين المستثمرين الأجانب؛ وذلك حرصاً على منح الدول المُضِيفَة للاستثمار الفرصة للإيفاء بالتزاماتها التعاقديَّة مع الدولة موطن المستثمرين من جهة، وتكريس حق الدول المُضِيفَة للاستثمار في استغلال البيئة الاستثماريَّة فيها عبر حقِّها بإبرام "اتِّفاقيَّات الاستثمار الثنائيَّة" "Bilateral Investment Agreements (Bits)"[3] أو الجماعيَّة من جهة أخرى.

---

[1] الجبر، محمد حسن، القانون التجاري السعودي، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، عام 1417هـ-1996م، الصفحة 293.

[2] البقمي، صالح، شركة المساهمة في النظام السعودي –دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-، مركز البحث العلمي، جامعة أم القرى، الكتاب 39، المملكة العربية السعودية، عام 1406هـ-1985م، الصفحة 257.

[3] FOTAK, Veljko, et. al., A BIT of Investor Protection: How Bilateral Investment Treaties Impact the Terms of Syndicated Loans, 2019, page 1. See:
https://efmaefm.org/0EFMAMEETINGS/EFMA%20ANNUAL%20MEETINGS/2017-Athens/papers/EFMA2017_0344_fullpaper.pdf (23-9-2019)

2- الحوافز الاستثماريَّة: قد تجد الدولة ضعفاً في قطاع إنتاجٍ مُعيَّنٍ كقطاع التكنولوجيا مثلاً، فتُقدِّم تسهيلات ضريبية في هذا القطاع بشكل عام، أو تجدُ فرصاً تمويليَّةً كبيرةً في هذا القطاع لدى إحدى الدول أو التكتُّلات الاقتصاديَّة –كالاتحاد الأوروبي مثلاً- بشكل خاص، فتقوم بمنح حافزٍ للمستثمرين من تلك الدول أو التكتُّلات عبر خفض الضرائب مثلاً[1] دون ضرورة وجود اتِّفاقيَّات دوليَّة بذلك، وهو ما سيؤدِّي إلى توفير الاستثمار المطلوب وسدِّ النقص الحاص في إنتاج التكنولوجيا.

وتختلف الحوافر الماليَّة عن النقديَّة من حيث شكلها وأدواتها إلاَّ أنَّها تخدم ذات الهدف[2]؛ فالحوافز الماليَّة قد تأخذ الشكل النقدي وتَسْتَخْدِم أدوات مثل خفض معدلات الفائدة على قروض مشاريع إنتاج التكنولوجيا، الأمر الذي يُشجِّع على الاقتراض ثم ضخِّ الأموال المُقتَرَضَة في قطاع الإنتاج الضعيف الذي ترغب الدولة تحفيز الاستثمار فيه.

وقد نصَّ مشروع نظام الاستثمار بصراحةٍ على أنَّه لا يخل بالمساواة وأحكام عدم التمييز بين المستثمرين الأجانب: "... تقديم أو عدم تقديم أو تعديل أو تجديد أو عدم تجديد أيٍّ من الحوافز الماليَّة أو غير الماليَّة الممنوحة من قبل المملكة أو إلغاؤها أو تخفيضها"[3]، ولكن قيَّد المشروع تقديم تلك الحوافز[4] بأن تُمْنَحَ: "بموجب شروط مُحدَّدة وواضحة ووفقاً لمعايير استحقاقها من دون أيِّ تمييزٍ"[5]؛ والتمييز هنا محصور بين المستثمرين المستفيدين من الحوافز[6].

ولكن ألا يُعتبَر تقديم الحوافز بشكل خاص تمييزاً لبعض المستثمرين الأجانب من غير المستحقِّين للحوافز الاستثماريَّة عن البعض الآخر المُستحقِّ لها؟

ثم ألا يُعتبَر ذلك معاملةً تفضيليَّةً تنتهك مبدأ الدولة الأولى بالرعاية، وتنتهك معايير الحد الأدنى للمعاملة من عدم جواز "التمييز المستهدف لأسباب غير مشروعة..."[7]؟

تبدو حالة المساواة بين المستثمرين الأجانب غير قائمةٍ في حال انعدام وجود اتِّفاقيَّة دوليَّة على تقديم الحوافز الماليَّة وتقديمها لبعضهم وحرمان بعضهم منها؛ حيث إنَّ المساواة وحظر المعاملة التفضيليَّة جاءت

---

[1] تبدو الضرائب أكثر الحوافز الاستثماريَّة تأثيراً في جذب المستثمرين الأجانب، ولكن بالمقابل إن كانت هذه الحوافز غيرَ ضريبيَّةٍ فإنَّ فرضَ ضريبةٍ غير مدروسةٍ عليها سيُفقِدُ الحافز قيمته، وهذا من أكثر العوامل التي تُلغِي تأثير الحوافز الجاذب للاستثمار. أنظر:

Azémar, Céline and Dharmapala, Dhammika, op. cit., page 1.

[2] هارفارد بزنس ريفيو، المفاهيم الإدارية، الحوافز المالية. أنظر: www.hbrarabic.com (13-9-2019).

[3] المادة 6-2، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

[4] أنظر لدى: بوراوي، ساعد، الحوافز الممنوحة للاستثمار الأجنبي المباشر في دول المغرب العربي (الجزائر – تونس – المغرب) "دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الاقتصاد، جامعة باتنة، الجزائر، نوقشت عام 2008.

[5] المادة 12-2-ب، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

[6] للاطلاع بالتفصيل على أنواع هذه الحوافز، راجع: آل جمعان، سعد، مرجع سابق، الصفحة 77.

[7] المادة 7-2-د، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

كمفهومٍ مطلقٍ يمكن استثناء الاتّفاقيّات الدوليَّة منه حرصاً على احترام التزامات الأطراف فيها، إلاَّ أنَّ تقديم الحوافز دون قيدٍ اتّفاقيّ يَظهرُ بشكلٍ غير متوافقٍ مع مفهوم المساواة بين المستثمرين الأجانب.

ولكن في الواقع، تبدو الحوافز أمراً مُتعارفاً عليه على الصعيد الدولي؛ فالدول التي تستقطب الاستثمار تختلف احتياجاتها بشكلٍ جذري، وتُحتِّم عليها مصالحها الاقتصاديَّة المتنوّعة عدم انتظار شريحةٍ معيَّنةٍ من المستثمرين حتى يَقدُمُوا إليها بل تقديم الحوافز لهم حرصاً على انتعاش وحركة اقتصادها الوطني.

فهل هذا هو موقف دليل البنك الدولي أيضاً؟

ثالثاً: المعاملة الموضوعيَّة بين المستثمرين الأجانب في دليل البنك الدولي

لقد ارتكز دليل البنك الدولي للاستثمار الأجنبي المباشر على فرضيَّة: "المعاملة المتساوية" "Equal Treatment" للمستثمرين في الحالات المتشابهة من جهة، وعلى "المنافسة الحرَّة" "Free Competition" بينهم جميعاً من جهة أخرى؛ بغرض إنشاء بيئةٍ استثماريَّةٍ إيجابيَّةٍ[1].

مثل هذه البيئة التنافسيَّة الإيجابيَّة مع انتشار التقنيَّات الحديثة كانت أهم عوامل نجاح الصين في جذب الاستثمار المباشر، حيث أنَّ الإصلاحات التنظيميَّة التي انتهَجَتْهَا الصين قد أدَّت إلى زيادة تدفُّق رؤوس الأموال الأجنبيَّة لديها واستضافة تكتُّلٍ صناعيّ كبيرٍ، كلُّ ذلك كان لانتشار حالةٍ من المنافسة العادلة بين جميع المستثمرين[2].

ولكن دليل البنك الدولي لم يرفضْ فكرة حوافز الاستثمار، بل إنَّ هذا الدليل قد أشار إلى أنَّ الحوافز الاستثماريَّة الماليَّة بصفةٍ خاصَّةٍ من الدول النامية بالتحديد[3] تُعتبَر عنصراً فعَّالاً بغرض الترويج للاستثمار[4].

إلاَّ أنَّ دليل البنك الدولي قد فصَّل في مواصفات حوافز الاستثمار، ولكن بالمقابل يجب:

1. أن تكون الحوافز الاستثماريَّة مُبرَّرة من الدولة المانِحَة لها[5].

---

[1] *"These Guidelines are based on the general premise that equal treatment of investors in similar circumstances and free competition among them are prerequisites of a positive investment environment"*. See: Section I-10, World Bank, Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 1992.

[2] HSU, Wen-Tai, et. al., page 33.

[3] وحول تجربة نيجيريا، أنظر:

UDEH, Sergios and ODO, Jhon, Impact of Foreign Direct Investment on the Economic Growth of Nigeria, Journal of Global Accounting, Vol. 5, No. 2, August 2017, page 10.

[4] *"Fiscal incentives provided by some investors' governments for the purpose of encouraging investment in developing States are recognized in particular as a possibly effective element in promoting such investment"*. See: Section III-10, World Bank, Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 1992.

[5] *"... such incentives are deemed to be justified by the State..."*. See: Section III-9, World Bank, Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 1992.

2. قد تكون تلك الحوافز آليَّة أي مرتبطةً بنوعٍ من أنواع النشاط[1].
3. أن يكون المساواة في الحوافز ليس فقط بين المستثمرين الأجانب بل أيضاً مع المستثمرين الوطنيّين في نفس الظروف[2].

وبالتالي، لا يبدو لنا من تحليل هذه الشروط أنَّه يمكن تقديم حوافز الاستثمار لمستثمرين أجانب بعينهم بشكل خاص، بل يجب أن تُمْنَح هذه الحوافز بشكل "آلي" "Automatically" من ناحية، و "مُرتَبِط بنوع النشاط" "linked to the type of activity" من ناحية ثانية[3]؛ أي بمعنى آخر أن تكون حوافزاً موضوعيَّةً بالكامل لا تتناول التمييز بين الأشخاص، بل التمييز بين النشاطات الاستثماريَّة.

وبناءً عليه، فإن منح الدولة لحوافز استثماريَّة في قطاع التكنولوجيا هو أمرٌ طبيعيٌّ لا ينتهك مبدأ المساواة ولا يُعتبَر معاملةً تفضيليَّةً، ولكن إن حصرت الدولة تقديم هذه الحوافز في المستثمرين الأوروبيّين مثلاً، فعندها يكون هؤلاء المستثمرين دوناً عن غيرهم قد استفادوا من معاملةٍ تفضيليَّةٍ تُميّزهم عن غيرهم من المستثمرين الأجانب والوطنيّين دون وجود اتِّفاقيَّة دوليَّة تُلزم الدولة بذلك.

وبالتالي، يجب –وفقاً لدليل البنك الدولي- أن يتمَّ تقييد منح حوافز الاستثمار الماليَّة أو غير الماليَّة بناءً على المنهج الموضوعي الآلي المُرتَبِط بالنشاط وليس بصفة المستثمرين.

كما أقرَّ مبدأ دليل البنك الدولي عدم جواز فرض الحوافز على الدولة[4]؛ فلا يجوز فرض النفوذ على الدول النامية حتى تضطرَّ إلى منح الحوافز رغماً عن إرادتها وفي غير اتِّجاه مصلحتها.

وكنتيجة مبدئيَّة، تظهر قواعد جذب الاستثمار الخارجي بشكلٍ ضاغطٍ على الدولة حتى تستطيع تقديم المعاملة العادلة والمساواة غير التفضيليَّة للمستثمرين الأجانب مقارنةً بالوطنيّين أو فيما بينهم، إلاَّ أنَّ تطبيق هذه القواعد دون قيودٍ سيؤدِّي إلى جعل الاستثمار في الدولة مَرتَعَاً لانتهاك حقوق الدولة في اتِّفاقها مع المستثمر الأجنبي ويخلق بيئةً خصبةً للجرائم الماليَّة والاقتصاديَّة.

وهذا ما يوجب منح الدولة الحقَّ بضبط الاستثمار الأجنبي ضمن إيقاعها النظامي الخاص عبر منح المستثمر الأجنبي الحريَّة لكن بصيغتها المسؤولة كما سنرى في المبحث الثاني.

---

[1] *"... they may to the extent possible be automatically granted, directly linked to the type of activity to be encouraged and equally extended to national investors in similar circumstances"*. See: Ibid.

[2] *"... equally extended to national investors in similar circumstances"*. See: Ibid.

[3] *"... automatically granted, directly linked to the type of activity to be encouraged ..."*. See: Ibid.

[4] *"Nothing in this Guideline suggests that a State should provide foreign investors with tax exemptions or other fiscal incentives"*. See: Ibid.

المبحث الثاني

ضبط الاستثمار الأجنبي المباشر عبر حريَّة الاستثمار المسؤولة

يمكن للدولة أن تُمارس سيادتها، فتفرض على المستثمر الأجنبي شتَّى أنواع الإجراءات التي تصبُّ في مصلحة المستهلِكِين والمستثمِرين الوطنيّين حتى تُعِيدَ الانضباط إلى سوق الاستثمار وفق الأنظمة واللَّوائح الوطنيَّة، ولكنَّ هذه الوضعيَّة هي بالذات التي يخشاها المستثمرين الأجانب، ولذلك فإنَّ ما يُسمَّى بـ: "ضوابط الاستثمار"[1] يُمثِّل مناخاً طارداً للاستثمار الأجنبي.

فالمستثمر الآتي من ثقافةٍ مختلفةٍ يسعى لاستثمار أمواله في دولةٍ غريبةٍ عنه بهدف الاستفادة من فرصةٍ غيرِ مُتاحةٍ في بلده، إلاَّ أنَّه يسعى لتجنُّب تطبيق الأنظمة الوطنيَّة لدولةٍ أجنبيَّةٍ عليه أو الخضوع لسلطة مُحَاكِمِها.

ولذلك فإنَّ الأسلوب الأنجح لضبط الاستثمار الأجنبي هو منح المستثمر الحريَّة الكاملة في تحريك وإدارة أمواله تحت مِظلَّة الأنظمة وقواعد الضبط التي يخضع لها جميع المستثمرين في هذه الدولة أولاً، ولكن مع إقامة مسؤوليَّة المستثمر الأجنبي عن الخضوع لمجموعة من المعايير المتعلِّقة بالاستثمار في الدولة ثانياً.

ولذلك، سنقوم بتحليل النصوص الاستثماريَّة الخاصَّة بضبط مبدأ حريَّة الاستثمار الأجنبي في المطلب الأول، ثم مسؤوليَّات المستثمر الأجنبي والنزاع معه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: ضبط حريَّة الاستثمار الأجنبي

سنبحث في قواعد ضبط حريَّة الاستثمار الأجنبي كما جاءت في نظام الاستثمار الأجنبي القديم في المملكة أولاً، ثم في مشروع نظام الاستثمار الجديد ثانياً، وأخيراً وفق دليل البنك الدولي ثالثاً.

أولاً: ضبط حريَّة الاستثمار الأجنبي في نظام الاستثمار الأجنبي السعودي القديم

لقد أتاح نظام الاستثمار الأجنبي القديم في المملكة أن تكون المنشأة الاستثماريَّة مملوكةً بشكلٍ كاملٍ لمستثمرٍ أجنبيٍّ[2]، وأن يتملَّك العقارات في حدود الغرض من المشروع[3]، أمَّا إن كان المشروع في الاستثمار العقاري فإنَّ المعايير التنظيميَّة تختلف[4].

---

[1] آل جمعان، سعد، مرجع سابق، الصفحة 46.

[2] المادة 5-2، نظام الاستثمار الأجنبي السعودي، لعام 2000.

[3] المادة 8، نظام الاستثمار الأجنبي السعودي، لعام 2000.

[4] د. مهند إبراهيم فندي، د. بشرى خالد تركي، مرجع سابق، الصفحة 1.

كما منح هذا النظام المستثمر الأجنبي كامل الحق في: "إعادة تحويل نصيبه من بيع حصَّته أو من فائض التصفية أو الأرباح التي حقَّقتها المنشأة للخارج أو التصرُّف فيها بأيَّة وسيلةٍ مشروعةٍ أخرى، كما يحقُّ له تحويل المبالغ الضروريَّة للوفاء بأيِّ التزامات تعاقديَّة خاصَّة بالمشروع"[1].

ويبدو أنَّ نظام الاستثمار القديم قد منح للمستثمر الأجنبي جميع الصلاحيَّات الماليَّة الكفيلة بإدارة التدفُّقات النقديَّة الخاصَّة بمشروعه، سواءً أكان بتحويلها إلى الخارج أم بالتصرُّف فيها بوسيلةٍ أخرى مثل افتتاح مشروعٍ جديدٍ؛ حيث سمح نظام الاستثمار القديم بالترخيص للمستثمر الأجنبي بأكثرَ من مشروعٍ واحدٍ[2]، مع كامل الحق في تحويل المبالغ الماليَّة إلى الخارج ضمن إطار الوفاء بالالتزامات التعاقديَّة للمشروع.

إلاَّ أنَّه من الواضح أنَّ نظام الاستثمار الأجنبي القديم لم يأتِ على ذكر حريَّة المستثمر في إدارة المنشأة من حيث النشاط؛ حيث يبدو أنَّها تخضع لرقابة الهيئة العامَّة للاستثمار ولسلطة الأنظمة النافذة.

فالفكر التنظيمي القائم في النظام القديم يُشيرُ إلى عدم تكريس حريَّة المستثمر في "إدارة المشروع" بشكلٍ صريحٍ، وإنَّما حريَّته في التصرُّف بـ: "ثمار إدارة المشروع"، وهو الفكر الذي عمل مشروع نظام الاستثمار الجديد على تطويره والارتقاء به.

ثانياً: ضبط حريَّة الاستثمار الأجنبي في مشروع نظام الاستثمار السعودي الجديد

أكَّدت رؤية المملكة 2030 على فكرة جذب الاستثمار، إلاَّ أنَّ الرؤية قد قيَّدت هذا الأمر بأن يكون في إطار: "... أولوياتنا الوطنيَّة"[3]؛ وهو ما يُشيرُ إلى وجوب انضباط الأهداف الاستثماريَّة في إطار النظام العام والأهداف الاقتصاديَّة الاستراتيجية في المملكة.

وقد جاء مشروع نظام الاستثمار السعودي الجديد بمبدأٍ واضحٍ على صعيد حريَّة المستثمر الأجنبي في إدارة مشروعِه، حيث نصَّ على أنَّه:

"... لكلِّ مستثمر الحريَّة في إدارة منشأته، بما في ذلك القدرة على توظيف الموارد البشرية وعزلها وفق نظام العمل والأنظمة والقواعد واللَّوائح الأخرى ذات العلاقة، وحريَّة إدارة الاستثمار وتحديد إجراءات العمل، والمُدخَلات والمُخرَجات والأسعار، وله حريَّة بيع المنشأة أو إغلاقها..."[4].

إلى جانب حُريَّته في التصرُّف بثمار مشروعه عبر تحويل العملات إلى أيَّة عملاتٍ قابلةٍ للتحويل في المملكة وفق الأنظمة[5]، ثم تحويل الأموال التي تُمثِّل الأرباح أو تلك الضروريَّة لأجل إدارة المشروع وتَطوِيرِه في إطار

[1] المادة 7، نظام الاستثمار الأجنبي السعودي، لعام 2000.

[2] المادة 4، نظام الاستثمار الأجنبي السعودي، لعام 2000.

[3] رؤية المملكة 2030، الصفحة 48.

[4] المادة 8، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

[5] المادة 10-1، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

الأنظمة[1]، باستثناء حدوث حالات تمنع التحويل مثل الإفلاس أو الجرائم أو إصدار الأوراق الماليَّة والعقود[2] التي ترتبط بمخاطرٍ ماليَّةٍ كبيرةٍ تحتاجُ إلى منحِ الجهات المختصَّة بعض الوقت للتأكُّد من عدم وجود احتيالٍ قبل أن تقبل بتحويل ثمار الاستثمار بالأوراق الماليَّة إلى الخارج.

وبالتالي، فإنَّ المستثمر الأجنبي سيَحْظَى وفق مشروع نظام الاستثمار الجديد بمطلق الحريَّة الإداريَّة في منشأته من الناحية الإداريَّة، وهي نقطة مؤثِّرة على حقوق العمَّال والموظَّفين من المواطنين.

كما أنَّ العمليَّات الإداريَّة في المشروع تخضع بكاملها من حيث بدايتها ونهايتها وتسعير بضائِعِها وخدماتها لرؤية المستثمر الأجنبي، إلاَّ أنَّ ضبط هذه الحريَّة الواسعة في مشروع نظام الاستثمار الجديد قد فَرَضَ الاستثناءات التالية:

1. **مراعاة الأنظمة واللَّوائح السعوديَّة النافذة[3]**؛ فلا يجوز للمستثمر الأجنبي –كما لا يجوز لأيِّ مستثمرٍ- انتهاك حقوق العمال الواردة في أنظمة العمل، أو ممارسة عمليَّات تهدف إلى الإخلال بتوازن الاقتصاد، أو غيرها من الممارسات غير المشروعة.
2. **الحفاظ على معايير عامَّة مثل السلامة الصحيَّة، أو حقوق الإنسان، أو حقوق العاملين، أو إدارة الموارد، أو المعايير البيئيَّة[4]**؛ فإن كانت المنشأة الصناعيَّة التي تعود للمستثمر الأجنبي على جانب كبير من الخطورة على العمَّال نتيجة عدم صيانة آلات المصنع أو كانت تُنتِجُ سلعاً غذائيَّةً مخالفةً للمواصفات السعوديَّة أو تلوِّث البيئة[5]، أو غيرها من الممارسات الماسَّة بالنظام العام.
3. **صلاحيَّة الهيئة العامَّة للاستثمار أو الجهات الحكومية بالتدخل الضروري لتحقيق أهداف السياسات العامَّة في المملكة**، وذلك بغرض "الحفاظ على الأمن الوطني وحماية المواطنين والمقيمين...

---

[1] المادة 10-2، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

[2] المادة 10-3، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

[3] المادة 8، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

[4] المادة 17-1-أ، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

[5] راجع حول تأثير أنظمة البيئة على الاستثمار الأجنبي المباشر لدى:

LU, Yi, et. al., Does Environmental Regulation Drive Away Inbound Foreign Direct Investment? Evidence from a Quasi-Natural Experiment in China, April 2015, page 2. See:

http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.710.8287&rep=rep1&type=pdf (23-9-2019).

ولكن هذه الرؤية التقليديَّة ليست دائماً صحيحة، فقد وجدت دراسة بريطانيَّة أنَّ الشركات المحلِّية قد تكون أكثر تلويثاً للبيئة من الشركات الأجنبيَّة. أنظر:

COLE, Matthew A., et. al., Foreign Direct Investment and the Environment, Annual Review of Environment and Resources, Vol. 42, 2017, page 465.

ضمان استقرار النظام الاقتصادي الوطني وسلامته... التأكُّد من الالتزام بالأنظمة واللَّوائح السارية في المملكة"[1].

ويبدو لنا أنَّ جميع الاستثناءات الواردة على مبدأ حريَّة المستثمر الأجنبي في الإدارة والتصرُّف بمنشأته تصبُّ في خانةٍ واحدةٍ هي الأنظمة النافذة في المملكة؛ أي أنَّ حريَّة المستثمر الأجنبي تُطابِق فكرة الحريَّة المُنْضَبِطَة ضمن إطار النظام العام.

ولكن أحقيَّة الهيئة العامَّة للاستثمار بالتدخُّل الضروري المذكور في الاستثناء رقم 3 لم يُحدِّدها مشروع الاستثمار الجديد بشكلٍ حصريّ، وإنَّما أعطى عليها مجموعة من الأمثلة، وبالتالي فقد يقع موظَّفو الهيئة بسوءِ تقديرِ صلاحيَّة التدخُّل الضروري هذه أو أن يتمَّ إساءة التصرف بهذه الصلاحيَّة خاصَّةً مع المستثمرين الأجانب؛ الأمر الذي سيُشكِّل عنصراً سلبيَّاً في نظام الاستثمار.

فيما تبدو رؤية البنك الدولي في هذا الخصوص في اتِّجاه تضييق الخناق أكثر على ضبط حريَّة الاستثمار الأجنبي.

ثالثاً: ضبط حريَّة الاستثمار الأجنبي في دليل البنك الدولي

لقد أكَّد دليل البنك الدولي حول الاستثمار الأجنبي المباشر على أحقيَّة المستثمر الأجنبي في تعيين المدراء الكبار في منشأته من غير المُواطِنِين في الدولة موطن الاستثمار[2]، وهو الأمر الذي يجب على الدولة عدم تقييده في إطار تشغيل عمالتها بل يبقى خاضعاً لإرادة المستثمر الأجنبي.

كما أنَّ على هذه الدولة أن تسمح بتحويل المدخرات والأجور بحدودٍ معقولةٍ[3]، والسماح بحريَّة تحويل صافي الإيرادات المُحقَّقة من الاستثمار الأجنبي هذا إلى الخارج[4]، وغير ذلك من حالات تحويل الأموال المُرتَبِطَة بإدارة المشروع[5]، وهذا يتطلَّب حريَّة المستثمر الأجنبي في اختيار العملة التي يرد التعامل بها وتصريفها بسعر السوق[6].

---

[1] المادة 17-1-ب، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

[2] *"... the investor's freedom to employ top managers regardless of their nationality"*. See: Section III-5-b, World Bank, Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 1992.

[3] *"freely allow regular periodic transfer of a reasonable part of the salaries and wages of foreign personnel... allow immediate transfer of all savings from such salaries and wages"*. See: Section III-6-(1)-a, World Bank, Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 1992.

[4] *"freely allow transfer of the net revenues realized from the investment"*. See: Section III-6-(1)-b, World Bank, Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 1992.

[5] *"allow the transfer of such sums as may be necessary for the payment of debts contracted, or the discharge of other contractual obligations incurred in connection with the investment as they fall due"*. See: Section III-6-(1)-c, d, e, World Bank, Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 1992.

[6] Section III-6-(2), World Bank, Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 1992.

إلاَّ أنَّ دليل البنك الدولي قد أتاح للمستثمر الأجنبي حق "العزل المُبكِّر للعمالة " Earlier Termination of the Employment"[1]، وهو الأمر الذي يبقى محلَّ نقاشٍ؛ على اعتبار إمكانيَّة مُخَالَفَتِهِ لحقوق العمَّال المذكورة في أنظمة العمل، حيث تجدُ الدراسات الحديثة أنَّ قانون العمل الذي يحفظ حقوق العمَّال هو من أهمِّ العوامل السلبيَّة لجذب الاستثمار[2].

كما أنَّ الدليل المذكور قد فرض على الدولة قبول وتسهيل "إعادة استثمار" "Reinvestment" المستثمر الأجنبي لأمواله التي حصَّلها من استثماراته[3]، دون الإشارة إلى ضرورةِ وجودِ رغبةٍ لدى الدولة المُضِيفَة للاستثمار؛ ممَّا يُشيرُ إلى نشوء حقٍّ للمستثمر بإعادة الاستثمار بمجرَّد قبول الاستثمار لأول مرة في الدولة، وهو أمر لا يتَّسق مع الطبيعة الرضائيَّة لقبول الدولة بالاستثمار الجديد من نفس المستثمر.

فيما أقرَّ البنك الدولي للدولة موطن الاستثمار منع ومراقبة "الممارسات التجاريَّة الفاسدة" "Corrupt Business Practices" وتعزيز مبادئ الشفافيَّة بالتعاون مع الدول الأخرى لتطوير الإجراءات والآليَّات الكفيلة بذلك[4]؛ ممَّا يعني أنَّ حريَّة المستثمر الأجنبي تقفُ ليس عند انتهاك قوانين الدولة المُضِيفَة للاستثمار بل عند القيام بالممارسات الفاسدة التي تُشير إلى مفهوم تلك الممارسات وفق العرف الدولي[5].

وعلى الرغم من أنَّ البنك الدولي قد أكَّد على أنَّ دليله هذا يُطبَّق على الاستثمارات الأجنبيَّة "حسنة النيَّة" "Bona Fide" وبخضوع تامٍّ لقوانين الدولة المُضِيفَة للاستثمار[6]، إلاَّ أنَّ وجود خلافٍ بين تلك القوانين وقواعد البنك الدولي يُشيرُ إلى ضرورة تعديل القوانين الوطنيَّة بغرض مُسَايَرَة الاتِّجاه الدولي، وتوحيد الأنظمة، وتحقيقِ أعلى جذبٍ مُمكنٍ للاستثمار الأجنبي.

---

[1] *"... earlier termination of the employment"*. See: Section III-6-(1)-a, World Bank, Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 1992.

[2] FALK, Martin, op. cit., page 21.

[3] "*Each State will permit and facilitate the reinvestment in its territory of the profits realized from existing investments and the proceeds of sale or liquidation of such investments*". See: Section III-7, World Bank, Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 1992.

[4] "*Each State will take appropriate measures for the prevention and control of corrupt business practices and the promotion of accountability and transparency in its dealings with foreign investors, and will cooperate with other States in developing international procedures and mechanisms to ensure the same*". See: Section III-8, World Bank, Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 1992.

[5] وقد تساءل جانب من الفقه هل إنَّ الاستثمار الأجنبي المباشر يجلب "الثروة" أم "الشر". أنظر:

PINTO, Pablo M. and ZHU, Boliang, Fortune or Evil? The Effect of Inward Foreign Direct Investment on Corruption, International Studies Quarterly, Vol. 60, 2016, page 693.

[6] "*The application of these Guidelines extends to existing and new investments established and operating at all times as bona fide private foreign investments, in full conformity with the laws and regulations of the host State*". See: Section I-2, World Bank, Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 1992.

وبناءً عليه، تبدو رؤية البنك الدولي بعيدةً بعض الشيء عن رؤية مشروع نظام الاستثمار في المملكة على صعيد حريَّة المستثمر الأجنبي بالخصوص؛ حيث إنَّ الحريَّة التي اشترطها البنك الدولي تمسُّ بعض الصلاحيَّات النقديَّة للدولة فيما يخصُّ اختيار عملة التحويل، دون تقييد حالات إتاحة التحويل إلاَّ بحالة الفساد، كما أنَّه أتاح إنهاء العمالة مُبَكِّراً ممَّا قد يشكِّل خرقاً لأنظمة العمل في الدولة.

ولذلك يبدو لنا أنَّ حريَّة إدارة الأعمال الخاصَّة للاستثمار الأجنبي يُعتبَر مبدأً إشكاليَّاً تتعارض فيه المصالح الدوليَّة مع الوطنيَّة بشكلٍ واضحٍ؛ الأمر الذي يُوجِب على الدولة توخِّي الحذر في مُسايَرَة الاتِّجاه الدولي، وتحديد تفاصيل حريَّة المستثمر بما لا يُخالِف نظامها العام ولا أهدافها الاستراتيجيَّة.

فالاستثمار الأجنبي إنْ انجذبَ إلى دولةٍ بطريقةٍ تَنتَهِكُ رؤيتها الذاتيَّة، فإنَّه لن يخدم أهدافها ولن يصبَّ في مصلحة اقتصادها بل سيُحقِّق خدمةً فرديةً للمستثمر، وهو الأمر الذي يُخالف غاية نظام الاستثمار.

ولذلك تجب دراسة مسؤوليَّات المستثمر أمام الدولة في المطلب الثاني؛ حتى تكتمل رؤية أحكام ضبط الاستثمار الأجنبي.

المطلب الثاني

مسؤوليَّات المستثمر الأجنبي والنزاع معه

كما أنَّ للمستثمر الأجنبي حقوقاً ضمنُ إطاراً مُعيَّناً من الحريَّة تجاه الدولة المُضِيفَة للاستثمار، فإنَّ عليه مجموعة من المسؤوليَّات القانونيَّة تِجَاه هذه الدولة، فإذا أخلَّ المستثمر بإحدى هذه المسؤوليَّات صار من حقِّ الدولة أن تُقِيمَ مسؤوليَّته.

وبالمقابل فإنَّ النزاع المُمكن بين الطرفين قد ينشأ نتيجة إخلال الدولة بمسؤوليَّاتها تجاه المستثمر، أو بسبب إخلال المستثمر بمسؤوليَّاته تجاه الدولة، فهنا ينشأ نزاعٌ استثماريٌّ دوليٌّ يجب أن يحظى بأحكامٍ خاصَّةٍ نتيجة خصوصيَّة الاستثمار الأجنبي.

وسنرى كيف تمَّ تنظيم هذه المسائل الهامَّة وأثرها على ضبط الاستثمار في نظام الاستثمار الأجنبي السعودي القديم أولاً، ثم مشروع نظام الاستثمار الجديد ثانياً، ثم دليل البنك الدولي ثالثاً.

أولاً: مسؤوليَّات المستثمر الأجنبي والنزاع معه في نظام الاستثمار الأجنبي السعودي القديم

لقد كان نظام الاستثمار الأجنبي القديم في المملكة صارماً مع المستثمر الأجنبي بخصوص حماية نظام الاستثمار[1]؛ حيث أنَّه في حال إخلاله بأيٍّ من مسؤوليَّاته باحترام الأنظمة واللَّوائح، فهنا يحدث الآتي:

[1] الشعلان، عبد اللطيف بن إبراهيم، الحماية النظامية للاستثمار الاجنبي في المملكة العربية السعودية دراسة مقارنة، أطروحة مُقدَّمة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، السياسة الجنائية، نوقشت عام 2012.

"تُبلِّغ الهيئة المستثمر الأجنبي كتابيًّاً عند مخالفة أحكام هذا النظام ولائحته لإزالة المخالفة خلال مدَّة زمنيَّة تُحدِّدها الهيئة تتناسب وإزالة المخالفة"[1].

وبعد هذا التبليغ فإنَّ النظام القديم قد مَنَحَ مجلس إدارة الهيئة العامَّة للاستثمار صلاحيَّة فرض **عقوباتٍ تأديبيَّةٍ** على المستثمر[2]، بحيث تشمل: حظر الحوافر، ثم الغرامة بما لا يتجاوز 500 ألف ريال، ثم إلغاء الترخيص[3]، فيما يكون التظلُّم إلى ديوان المظالم[4].

ولكن يظهر من إقرار العقوبات التأديبيَّة أنَّها تميل إلى جانب الدول في حال وجود أي نزاع مصالح مع المستثمر الأجنبي، كون الدولة قادرة على ردع المستثمر بشكل فوري عبر العقوبات التأديبية القادرة على إنهاء مشروعه بشكلٍ نهائيٍّ وفوريٍّ، الأمر الذي سيتبعه خسائر كبيرة يخشى المستثمر الوقوع فيها.

وبخصوص منازعات **مصادرة أموال المستثمر الأجنبي** فقد نصَّ النظام القديم على أنَّه: "لا تجوز مصادرة الاستثمارات التابعة للمستثمر الأجنبي كلاً أو جزءاً إلاَّ بحكم قضائي، كما لا يجوز نزع ملكيَّتها كلاً أو جزءاً إلاَّ للمصلحة العامَّة مقابل تعويضٍ عادلٍ، وفقا للأنظمة والتعليمات"[5]؛ وبالتالي فقد فرَّق هذا النص بين المصادرة نتيجة ارتكاب فعلٍ غير مشروعٍ؛ كالجرائم الاقتصاديَّة، فهي لا تجوز إلا بحكمٍ قضائيٍّ من ناحية، وبين نزع الملكيَّة الذي يكون بقرارٍ للمنفعة العامَّة وهو يجب أن يقترن بالتعويض العادل[6] من ناحيةٍ أخرى.

وتُعتَبَر قواعد مصادرة ونزع الملكيَّة هي ذاتها القواعد العامَّة لهذه العمليَّات المؤثِّرة جداً على جذب الاستثمار الأجنبي، والتي قد يتَّخذ المستثمر قراره في القدوم إلى دولةٍ معيَّنةٍ من عدمه بناءً عليها.

أمَّا بخصوص **تسوية الخلافات بين الدولة والمستثمر الأجنبي**[7]، فقد نصَّ نظام الاستثمار الأجنبي القديم على أنَّه: "تتمُّ تسوية الخلافات التي تنشأ بين الحكومة والمستثمر الأجنبي فيما له علاقة باستثماراته المرخَّص لها بموجب هذا النظام وديًّاً قدر الإمكان، فإذا تعذَّر ذلك يُحلُّ الخلاف حسب الأنظمة"[8].

---

[1] المادة 12-1، نظام الاستثمار الأجنبي السعودي لعام 2000.

[2] الشمري، سعود بن عياد بن سيار، مخالفات المستثمر الأجنبي وعقوباتها في النظام السعودي والقانون المصري، أطروحة مُقدَّمة لنيل درجة الماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، نوقشت عام 2009.

[3] المادة 12-2، نظام الاستثمار الأجنبي السعودي لعام 2000.

[4] المادة 12-4، نظام الاستثمار الأجنبي السعودي لعام 2000.

[5] المادة 11، نظام الاستثمار الأجنبي السعودي لعام 2000.

[6] نوارة، تيزا حسين، مفهوم التعويض في نظام الاستثمار الأجنبي، مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد 2، 2014، الصفحة 41.

[7] تُصنَّف منازعات الاستثمار في إطار المنازعات الدولية الاقتصادية، أنظر: سي فضيل، الحاج، مرجع سابق، الصفحة 5.

[8] المادة 13-1، نظام الاستثمار الأجنبي السعودي لعام 2000.

وبالتالي فإنَّ الحل الودِّي هو الأولى، لكن إن استشرى النزاع فلا بدَّ من اللُّجوء للأنظمة في حسمه لدى القضاء أو عبر التحكيم الذي لم يأتِ النظام القديم على ذِكْرِهِ رغم أهميَّته العمليَّة الكبيرة ورغم حدوث الحل الودِّي بعد الانتقال إلى مرحلة التحكيم.

ففي حال اتَّفقت الدولة مع المستثمر على فضِّ النزاع بعد عرضه للتحكيم فهنا يمكنُ وقف إجراءات التحكيم كما حدث في نزاع مصر مع شركة ASA International S.p.A. الإيطاليَّة أمام مركز التحكيم الدولي ICSID عام 2016[1]؛ ففي هذا إعلاءٌ للاعتبار الودِّي في حسم النزاع قبل الاعتبار القانوني.

ولكن يبقى لنقص الكبير في نظام الاستثمار القديم كامناً في التحديد الدقيق لمسؤوليَّات المستثمر وتنظيم مسألة التحكيم التي أفرد لها مشروع النظام الجديد اهتماماً خاصَّاً.

ثانياً: مسؤوليَّات المستثمر الأجنبي والنزاع معه في مشروع نظام الاستثمار السعودي الجديد

نصَّت رؤية المملكة 2030 على أنَّ: "الفاعلية والمسؤوليَّة مفهومان جوهريَّان نسعى لتطبيقهما على جميع المستويات لنكون وطناً طموحاً بإنتاجه ومنجزاته"[2].

فعلى الرغم الحرص الكبير الواضح من مشروع نظام الاستثمار الجديد في المملكة على جذب الاستثمار الأجنبي، إلاَّ أنَّ ذلك كان منضبطاً في إطار الأنظمة واللَّوائح[3]، وبشكلٍ خاصٍّ: "حقوق الإنسان وحماية البيئة والعمل"، وأكَّد المشروع على أنَّ من حقِّ الجهات المختصَّة إيقاع الجزاءات والعقوبات على المُخالِفين لهذه الأنظمة[4].

وتنقسم مسألة انضباط المستثمر الأجنبي عبر فرض مجموعة من المسؤوليَّات عليه ومحاسبته إلى الأفكار التالية:

---

[1] *"The Tribunal issues a procedural order taking note of the discontinuance of the proceeding pursuant to ICSID Arbitration Rule 43(1)".* See: ASA International S.p.A. v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/13/23), August 3, 2016. See the link: https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/23 (23-9-2019).

[2] رؤية المملكة 2030، الصفحة 13.

[3] أكَّد جانب من الفقه على أنَّه كما قد يكون للاستثمار الأجنبي المباشر تأثيرٌ إيجابيٌّ في مجال الحوكمة، فإنَّه قد يحمل معه آثاراً سلبيةً للدولة المُضِيفَة خاصَّةً من *"الشركات مُتعدِّدة الجنسيَّات" "Multinationals"*. أنظر:

"... for every analysis describing FDI as a vehicle for the diffusion of good governance, another account vilifies multinationals and their alleged deleterious effects on host countries". See: PINTO, Pablo M. and ZHU, Boliang, op. cit., page 307.

[4] المادة 11-1، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

(أ) تحديد مسؤوليَّات المستثمر

لم يكتفِ مشروع نظام الاستثمار الجديد بالمسؤوليَّة العامَّة، بل أفرد مجموعةً من الواجبات والالتزامات على عاتق المستثمرين عامَّة ومنهم الأجانب[1]، وهي[2]:

- "مراعاة قيم المجتمع السعودي.
- الاحتفاظ بحسابات وسِجلاَّت مُستقلَّة للمنشأة وفق المعايير المحاسبيَّة المعتمدة في المملكة.
- تزويد السلطات المختصَّة والجهات الحكوميَّة ذات العلاقة بأيِّ معلومات تطلبها وبما يُمكِّنها من إنجاز مهمَّاتها المنوطة بها بفاعليَّة وكفاءة.
- إتاحة وصول الجهات المختصَّة بدعم الاستثمار إلى المعلومات اللاَّزمة لها وفق ما تُحدِّده الأنظمة واللَّوائح ذات العلاقة.
- استيفاء المعايير المحليَّة والعالميَّة المُحدَّدة لحوكمة القطاع المُستَثْمَر، بما يتعلَّق بحجم الاستثمار وطبيعته، أو اتِّباعه معايير أفضل.
- تنمية الاستثمار على النحو الأكفأ الذي يُحقِّق الاستغلال الأمثل للموارد واستدامتها والمشاركة في تطوير البنية المحليَّة والإسهام في المسؤوليَّة المجتمعيَّة في المملكة".

ومن الواضح أنَّ المعايير السابقة لقبول المستثمرين تمسُّ بشكلٍ خاصٍّ الأجانب منهم؛ فهي معاييرٌ مُرتَبِطَةٌ بتشغيل المشروع الاستثمار، وبمُحَاسَبَةِ بياناته، وكفاءته، ونزاهَةِ إدارته وحوكمتها، وهي معايير ضبطٍ للمستثمر الأجنبي إلى أقصى حدٍّ؛ حتى أنَّه إذا اختلفت المعايير السابقة كان على المستثمر الالتزام بالمعايير الأعلى[3].

لكن الأهم كان بخصوص التزام المستثمر بالمساهمة في استدامة الموارد والمسؤوليَّة المجتمعيَّة؛ حيث إنَّ هذا الالتزام يفرض على المستثمر الأجنبي عدم الدخول إلى السوق السعوديَّة بشكل استغلاليٍّ أو لامبالٍ بالقضايا الاجتماعيَّة في مجتمع المملكة.

وهي نقطةٌ فكريَّةٌ بغاية الأهميَّة؛ حيث إنَّ المستثمر بطبعِهِ يُفكِّر بمصلحته الشخصيَّة الضيقة التي تكفل له تحقيق أعلى مستوىً من الأرباح دون الالتفات إلى مصالح الدولة المُضِيفَة للاستثمار أو حتى مع الإضرار بمصالحها.

[1] لتفاصيل إضافية عن هذه المسؤوليات، أنظر: د. مهند إبراهيم فندي، د. بشرى خالد تركي، مرجع سابق، الصفحة 26.

[2] المادة 11-2، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

[3] المادة 11-3، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

ولذلك، يبدو التزام المستثمر الأجنبي بالمساهمة في استدامة الموارد والمسؤوليَّة المجتمعيَّة التزاماً هامَّاً على صعيد الحفاظ على موارد المملكة والارتقاء بمجتمعها من جهة، إلاَّ أنَّ هذا الالتزام يحتمل الكثير من التفاصيل والمعاني التي قد يُسَاء استخدامها ممَّا يُشكِّل مناخاً طارداً للاستثمار الأجنبي من جهة أخرى.

وبناءً عليه، يجب تحديد المقصود بالتزام المستثمر الأجنبي فيما يتعلَّق باستدامة الموارد والمسؤوليَّة المجتمعيَّة، حتى تتقيَّد الجهات الرقابية في إطار المفهوم المُحدَّد؛ كأن يتم حظر الاستهلاك الجائر في الموارد إلى الدرجة التي تؤثِّر على احتياطيَّات الدولة، أو أن يتمَّ إلزام المستثمر بالمشاركة بالمبادرات الاجتماعيَّة والإنسانيَّة الخاصَّة بالعمَّال بشكلٍ دوريّ مثلاً.

(ب) مصادرة أموال المستثمر

وبخصوص مصادرة أموال المستثمر فقد نصَّ مشروع نظام الاستثمار على أنَّه: "يتمتَّع المستثمرين بالحماية من مصادرة الأملاك، إلا للمصلحة العامَّة، ولقاء تعويض عادل وذلك وفقاً لأحكام الأنظمة واللَّوائح ذات العلاقة"[1].

وبهذه الطريقة فقد ساوى المشروع بين المصادرة دون مقابل لارتكاب جرم جزائي وبين "نزع الملكيَّة للمصلحة العامَّة" "Government Expropriations" التي تكون لقاء تعويضٍ عادلٍ[2]، وهي ثغرةٌ تجب تلافيها.

(ج) النزاع مع المستثمر

تُعتبَر القواعد التي تحكم النزاع مع المستثمر الأجنبي من أكثر القواعد تأثيراً على جذب المستثمرين الأجانب؛ لأنَّها تُوضِّح لهم إلى أين سينتهي النزاع مع الدولة المُضِيفَة للاستثمار هل إلى القانون الوطني والمحاكم الوطنيَّة أم إلى مراكز التحكيم الدوليَّة وقواعدها الخاصَّة مثل مركز ICSID.

في حين أقرَّ مشروع نظام الاستثمار الجديد قاعدةً فرض بموجبها على المستثمر عدم اللُّجوء للقضاء حتى تبتَّ الهيئة العامَّة للاستثمار بموضوع النزاع بعد شكوى المستثمر[3]، وذلك بعد التأكيد على التزام الهيئة بـ: "مبدأ العدالة والموضوعية والمبادئ النظامية"، وعلى التزام: "الجهات الحكوميَّة ذات العلاقة بالتعاون مع الهيئة لإيجاد حلٍّ مقبولٍ لجميع الأطراف"[4].

---

[1] المادة 9، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

[2] FOTAK, Veljko, et. al., op. cit, page 39.

[3] المادة 13-1، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

[4] المادة 13-2، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

فإن لم تستجبْ الهيئة لهذه الشكوى خلال 60 يوم، عندها فقط سيحقُّ للمستثمر اللُّجوء للمحكمة المختصَّة في المملكة[1]، ذلك إن أراد حل النزاع محليَّاً[2] أو اللُّجوء للتحكيم في حال موافقة المملكة على التحكيم من الأساس[3].

وتُعتبَر هذه القواعد قاسيةً في تعامُلِهَا مع المستثمرين الأجانب خاصَّةً؛ فالنزاعات الاستثماريَّة كثيراً ما ترتبط بمطالباتٍ مُستعجَلَةٍ وملحَّةٍ قد تُسبِّب للمستثمر خسائراً وغراماتٍ كبيرةٍ.

وبناءً عليه، تبدو قاعدة حظر اللُّجوء للقضاء بعيدةً عن أهداف نظام الاستثمار، وقد تُشكِّل هاجساً سلبيَّاً لدى المستثمرين، ولذلك نرى ضرورة إتاحة المطالبات القضائيَّة من المستثمرين مباشرةً إلى القضاء المستعجل بالخصوص.

وبالنسبة للتحكيم، فإنَّ قبول المملكة بالتحكيم الخارجي سيعني قبولها بتنفيذ الأحكام الصادرة في بلدٍ أجنبيٍ على غير أنظمتها، وهو أمر استثنائيٌّ قد ينال من التزامات المستثمر بالمحافظة على موارد الدولة؛ فقد يأتي الحكم التحكيمي جائراً على المصالح الوطنيَّة.

ولذلك فمن الأفضل التوصُّل إلى تسوية مرضية مع المستثمر معاً حتى وإن وصل الأمر إلى مركز التحكيم، كما حدث مع أندونيسيا في نزاعها مع شركة Cemex Asia Holdings Ltd. من سنغافورا حيث تمَّ تسجيل التسوية في حكم مركز ICSID بينهما عام 2007[4].

وحيث إنَّ قرار المملكة بقبول التحكيم هو قرارٌ ذاتيٌّ يُراعي المصالح الاستراتيجيَّة ويأخذ بعين الاعتبار خروج السلطة القضائيَّة إلى جهةٍ أجنبيَّةٍ، فنرى ضرورة النص في نظام الاستثمار على أنَّ قبول التحكيم يجب أن يقترن بموافقةٍ صريحةٍ من المملكة في عقد الاستثمار المُبرَم مع المستثمر الأجنبي، دون أن يحقَّ لهذا المستثمر اللُّجوء للتحكيم في حالة عدم وجود هذا النص الصريح.

ففي حال وجود اتِّفاقيَّة استثمار ثنائية BIT موقعة بين المملكة وهذه الدولة الأجنبيَّة على حل النزاعات الاستثماريَّة في مركز تحكيم دولي معيَّن مثل ICSID، فإنَّ المستثمر الأجنبي من مواطِنِي هذه الدولة سيُحاول تفسير نصوص الاتفاقية في مصلحته بغرض حسم النزاع في مركز تحكيم أجنبي.

---

[1] المادة 13-3، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

[2] المادة 14، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

[3] المادة 15، مشروع نظام الاستثمار السعودي، لعام 2019.

[4] *"Settlement agreed by the parties and settlement recorded at their request in the form of an award (Award embodying the parties' settlement agreement rendered on February 23, 2007, pursuant to Arbitration Rule 43(2)".* See: Cemex Asia Holdings Ltd v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/04/3), February 23, 2007. See the link: https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/04/3 (23-9-2019).

رغم أنَّ المملكة إذْ هي كانت قد وافقت على هذه الاتفاقية فهي كانت تقصد مثلاً حسم النزاعات الاستثماريَّة التي تأخذ الطابع الحكومي من الشركات الأجنبيَّة الحكومية التابعة لهذه الدولة الأجنبيَّة المتعاقدة معها، وليس المستثمرين الأجانب الذين يحملون جنسيَّتها.

أو أن يستند المستثمر إلى اتِّفاقيَّة BIT رغم النص في عقد الاستثمار على عدم جواز اللُّجوء للتحكيم الدولي؛ فيكون الغرض من هذه الاتِّفاقيَّة إتاحة التحكيم مع رعايا هذه الدولة وليس فرض التحكيم في جميع النزاعات معهم.

وبالتالي، فإنَّ نص نظام الاستثمار على ضرورة موافقة المملكة بصراحة على التحكيم في عقد الاستثمار حتى يُصَارُ إلى تحويل النزاع لمركز تحكيمٍ أجنبيٍّ، سيؤدِّي إلى عدم استفادة المستثمر الأجنبي من اتِّفاقيَّات الاستثمار الثنائيَّة ذات الطابع العام أو الحكومي إن لم يتمَّ النص على مثل هذا البند.

وفي ظل هذه الوضعيَّات القانونيَّة المعقَّدة، كيف كان موقف البنك الدولي؟

ثالثاً: مسؤوليَّة المستثمر الأجنبي والنزاع معه في دليل البنك الدولي

رغم أنَّ **المستثمر قد لا يرتكب أيَّ خطأٍ أو جرمٍ**، فقد يظهر من خلال أداء المشروع الاستثماري الأجنبي أنَّه يُمثِّل عنصراً سلبياً في القطاع الذي ينشط فيه؛ الأمر الذي بدأ يؤثِّر على السوق الوطنيَّة؛ ممَّا يستوجب تدخُّل الدولة العاجل لإنهاء أو تغيير هذه الحالة رغم كون المستثمر لم يَنتَهِكْ قوانين الدولة بشكلٍ صريحٍ.

ففي هذه الحالة، وعلى الرغم أنَّ البنك الدولي قد ذهب إلى آخر مدى في حماية المستثمر الأجنبي من السلطة غير التعاقديَّة للدولة المُضِيفَة للاستثمار، إلاَّ أنَّه قد أتاح لهذه الدولة إنهاء التعاقد أو تعديله أو التنصُّل من المسؤوليَّة مع هذا المستثمر ليس لسببٍ تعاقديٍّ تجاريٍّ بل لسببٍ "سياديٍّ" "Sovereign"[1].

ولكن البنك الدولي اشترط لتطبيق صلاحيَّة الدولة في فسخ عقد الاستثمار الأجنبي من طرفٍ واحدٍ أن تُقدِّم الدولة للمستثمر تعويضاً "مناسباً" "Appropriate"؛ ومعنى أن يكون التعويض مناسِباً أي أن يكونَ[2]:

1. "كافياً" "Adequate" دون نقصان،
2. "فعَّالاً" "Effective" دون وضع عوائقاً إداريَّةً مثل تحويل العملة مثلاً،
3. "فورياً" "Prompt" دون أيَّة مماطلةٍ أو تأخيرٍ.

---

[1] *"State may unilaterally terminate, amend or otherwise disclaim liability under a contract with a foreign private investor for other than commercial reasons, i.e., where the State acts as a sovereign and not as a contracting party".* See: Section IV-11, World Bank, Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 1992.

[2] *"Compensation for a specific investment taken by the State will, according to the details provided below, be deemed "appropriate" if it is adequate, effective and prompt".* See: Section IV-2, World Bank, Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 1992.

وبالتالي، فإنَّ الدولة المُضِيفَة للاستثمار تملك زمام ضبط الأمور بخصوص الاستثمار الأجنبي في حال انحرف عن الغاية التي جاء من أجلها أو أساء إدارة المشروع وفقاً لرؤية الدولة.

إلاَّ أنَّ الدولة المُضِيفَة للاستثمار إذ هي تملك صلاحيَّة التعديل أو الفسخ من طرفٍ واحدٍ، فلا يكون ذلك دون مُقابلٍ طالما أنَّ خطأ المستثمر لا يخرق القوانين الوطنيَّة؛ فإذاً لم يتقبَّل البنك الدولي فكرة مصادرة أموال المستثمر بلا مقابل هنا.

ونرى أنَّ موقف دليل البنك الدولي منطقيٌّ في وجوب التعويض في هذه الحالة؛ لأنَّ التصرُّف بالاتِّفاق قد جاء من طرفٍ واحدٍ، إلاَّ أنَّ البنك الدولي لم يراعِ درجة خطأ المستثمر في تقدير التعويض الأمر الذي سيشكِّل انتهاكاً لمبادئ العدالة.

أمَّا إن كان **المستثمر الأجنبي قد انتهك القوانين الوطنيَّة**؛ كأن يرتكب جرماً اقتصادياً أو تهرباً ضريبياً، فهنا يمكن للدولة المُضِيفَة أن تقوم بمعاقبته بـ: "المصادرة" "Taking" دون تعويضٍ أو بعد اختصار مبلغ التعويض[1].

وفي حال تطوُّر موضوع النزاع بين للدولة المُضِيفَة للاستثمار والمستثمر الأجنبي إلى حدود المحاكم، فقد شجَّع دليل البنك الدولي على اللُّجوء إلى التحكيم المستقل الذي لا يتمُّ فيه تحديد أعضاء لجنة التحكيم من أطراف النزاع[2]، وبشكل خاص التحكيم في مركز ICSID[3].

وبناءً عليه، يبدو أنَّ الصلاحيَّات التي منحها دليل البنك الدولي للدولة المُضِيفَة سيتمُّ حسم مدى صِحَّتها خارج أروقة المحاكم الوطنيَّة بالأعمِّ الأغلب؛ وهو ما سينخفض بمستوى أهميَّة وفعاليَّة تلك الصلاحيَّات.

فالتحكيم الذي شجَّع عليه البنك الدولي -بما يُشبه الإلزام- يُخرِجُ مسألة تكييف خطأ المستثمر، وتقدير التعويض المُستحقِّ له، وتكييف أفعاله على الأنظمة الوطنيَّة من سلطة القضاء الوطني، أو حتى هيئات التحكيم المستقلَّة الاختياريَّة، ويمنح كل تلك الصلاحيَّات لمركز ICSID الذي قد ينحاز لطرف المستثمرين الأجانب.

---

[1] *"Compensation according to the above criteria will not be due, or will be reduced in case the investment is taken by the State as a sanction against an investor who has violated the State's law and regulations which have been in force prior to the taking, as such violation is determined by a court of law"*. See: Section IV-9, World Bank, Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 1992.

[2] *"... where the majority of the arbitrators are not solely appointed by one party to the dispute"*. See: Section V-2, World Bank, Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 1992.

[3] *"... each State is encouraged to accept the settlement of such disputes through arbitration under the Convention establishing the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)..."*. See: Section V-3, World Bank, Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 1992.

وبالتالي، فإنَّ مسألة ضبط الاستثمار وفقاً لدليل البنك الدولي يعتريها الكثير من الثغرات الهيكلية ليس في صلاحيَّات الضبط بل في الصلاحيَّات الواقعيَّة لإقرار مدى صِحَّة هذا الضبط.

الخاتمة

تتواجه في الاستثمار الأجنبي المباشر اعتبارات جذب الاستثمار وضبطه بشكلٍ حادٍّ؛ الأمر الذي يجعل كلَّ قواعد نظام الاستثمار مُجرَّد موازنةٍ أو مُفاضلةٍ بين هذَيْن الاعتبارَيْن.

وبالتالي فإنَّ الفائدة المرجوَّة من نظام الاستثمار الوطني تتمثَّل في الموازنة بين اعتبارات الشفافية ومرونة من طرفها تجاه الاستثمار الأجنبي الملتزم من جهة، وبين اعتبارات الضبط اللازمة للحفاظ على توازن الاقتصاد الوطني من جهة أخرى.

وإن كانت الدولة المُضِيفَة للاستثمار الأجنبي في موقف قوة لدى قبولها للمستثمر من عدمه طالما تنوَّعت أمامها الاختيارات، فإنَّ صلاحيَّاتها ومسؤوليَّاتها في ضبط الاستثمار الأجنبي قد تصبح محلَّ تقييمٍ من جهات تحكيمٍ أجنبيَّةٍ غير لا يمكن ضمان حياديَّتها في ظلِّ نفوذ دولة المستثمر؛ الأمر الذي قد يضع على الدولة أعباءً ماديَّةً من تعويضاتٍ للمستثمر تتجاوز بكثيرٍ الفائدة من جذب الاستثمار.

ولذلك يمكن للمملكة الاستفادة من التكتُّلات الاقتصاديَّة الآسيويَّة أو الإقليميَّة التي تضمُّ مجموعةً كبيرةً من الدول النامية؛ فهذه الدول تتشارك مع المملكة في كونها موطن للاستثمار والطاقة، وهكذا يتمُّ التخفيف من قدرة المستثمرين الأجانب على فرض وجهة نظرهم عبر التحكيم الدولي؛ لأنَّ ردَّة الفعل ستكون حينها تجاه هذا المستثمر إقليميَّةً أو دوليَّةً من مركز ثقلٍ اقتصاديٍّ قادرٍ على التأثير في بشكل عميق في مصالحه.

ففي هذه الحالة ستكون سوق الاستثمار سوقاً موحَّدةً قويَّةً، أو كما اصطلح الفقه الماليزي "تكامل السوق الموحَّدة" "Single Market Integration"[1]، وهذه الرؤية لن تتحقَّق إلاَّ عبر التعاون مُتعدِّد الأطراف بين الدول النامية[2].

وبهذه الطريقة سيتمُّ الجمع بين الأساليب التنظيميَّة والعمليَّة الواقعيَّة لضبط الاستثمار بعد إتاحة المساواة والحريَّة اللاَّزمة لتحريك رأس المال الأجنبي في الاتِّجاه الذي يخدم الاقتصاد الوطني.

[1] HANAPI, Mohamad, op. cit., page 66.

[2] *"... multilateral cooperation amongst emerging economies facilitates outward direct investment"*. See: YAO, Yao and ZHOU, Yizhen, op. cit., page 302.

النتائج

1. تطور العمل التنظيمي بشكل واضح من نظام الاستثمار الأجنبي القديم في المملكة باتِّجاه المزيد من تحرير حركة رؤوس الأموال الأجنبية واستثمارها عبر مشروع نظام الاستثمار الجديد الذي يُواكِب رؤية المملكة 2030.
2. إنَّ المعايير التي طلبها البنك الدولي في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر أعلى من مشروع النظام الجديد بما يميل باتِّجاه مصلحة المستثمرين الأجانب على حساب الدول المُضيفة للاستثمار المباشر.
3. ابتعد كلا نظامَي الاستثمار عن دليل البنك الدولي بخصوص ضبط الاستثمار الأجنبي المباشر عندما اشترط النظام الجديد لجوء المستثمر للهيئة العامَّة للاستثمار عبر تقديم شكوى قبل السماح له باللُّجوء للقضاء، بينما منح النظام القديم لمجلس إدارة الهيئة الحق بفرض عقوبات على المستثمر.
4. تبدو صلاحيَّة فرض المساواة بغرض جذب الاستثمار الأجنبي المباشر خاضعةً لإرادة الدولة المُضِيفَة للاستثمار، بينما يبدو تقدير صِحَّة إجراءات ضبط هذا الاستثمار خاضعاً لمراكز التحكيم الأجنبيَّة في غالب الأحيان، وأبرزها مركز ICSID.

التوصيات

1. التأكُّد من مرونة إجراءات تسجيل المستثمرين الأجانب لدى الهيئة العامَّة للاستثمار قبل تطبيقها عبر امتحانها عملياً واستبيان آراء المستثمرين حتى يتمَّ ضمان توفير البيئة المناسبة لرؤية المملكة 2030.
2. حصر منح الحوافز الاستثماريَّة بشكلٍ موضوعيٍّ تجاه جميع المستثمرين الأجانب دون تمييز.
3. عدم اتِّخاذ إجراءات ضبط للاستثمار الأجنبي المباشر من طرفٍ واحدٍ قبل الاجتماع مع المستثمر الأجنبي وإيجاد تسوية ثنائية إمَّا بالتزام المستثمر أو بفسخ عقد الاستثمار أو باللُّجوء إلى فض النزاع عبر الطرق النظاميَّة.
4. النص في نظام الاستثمار على أنَّ المملكة لا تقبل تحويل النزاع إلى مراكز التحكيم الدوليَّة إلاَّ إذا نصَّ العقد المُبرَم مع المستثمر على تحويل النزاع إلى مركز تحكيم دولي محدَّد ليس بالضرورة أن يكون مركز ICSID.

المراجع

أولاً: المراجع باللُّغة العربيَّة

- **آل جمعان**، سعد، التطورات القانونيَّة في نظام الاستثمار الأجنبي في المملكة العربيَّة السعوديَّة "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل درجة دكتوراه الفلسفة في القانون، كلية القانون، جامعة الخرطوم، نوقشت عام **2008**.

- **آل داوود**، عبد الله، نظام الاستثمار الأجنبي بالمملكة العربيَّة السعوديَّة ومدى جلبه للاستثمار؟، مجلة المنارة للعلوم القانونيَّة والإدارية، مركز المنارة للدراسات، الرباط، المغرب، العدد 4، عام **2014**.

- **البقمي**، صالح، شركة المساهمة في النظام السعودي –دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-، مركز البحث العلمي، جامعة أم القرى، الكتاب 39، المملكة العربية السعودية، عام **1406هـ-1985م**.

- **بوراوي**، ساعد، الحوافز الممنوحة للاستثمار الأجنبي المباشر في دول المغرب العربي (الجزائر – تونس – المغرب) "دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الاقتصاد، جامعة باتنة، الجزائر، نوقشت عام **2008**.

- **بونقاب**، مختار – **زواويد**، لزهاري، الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر سبيل للتخلص من التبعية للمحروقات: المعوقات القانونيَّة والإدارية المطروحة والحلول المقترحة، مجلة شعاع، معهد العلوم الاقتصاديَّة والتجاريَّة وعلوم التسيير، تيسمسيلت، الجزائر، العدد 3، مارس **2018**.

- **الجبر**، محمد حسن، القانون التجاري السعودي، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، عام **1417هـ-1996م**.

- **جعفر**، محمد راضي، الاستثمار الأجنبي المباشر في دول مجلس التعاون الخليجي العربي، مجلة الخليج العربي، المجلد 39، العدد 3-4، عام **2011**.

- **سي فضيل**، الحاج، آليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، أطروحة مُقدَّمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، الجزائر، نوقشت عام **2019**.

- **الشعلان**، عبد اللطيف بن إبراهيم، الحماية النظامية للاستثمار الاجنبي في المملكة العربيَّة السعوديَّة دراسة مقارنة، أطروحة مُقدَّمة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة نايف العربيَّة للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، السياسة الجنائية، نوقشت عام **2012**.

- **الشمري**، سعود بن عياد بن سيار، مخالفات المستثمر الأجنبي وعقوباتها في النظام السعودي والقانون المصري، أطروحة مُقدَّمة لنيل درجة الماجستير، جامعة نايف العربيَّة للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، نوقشت عام **2009**.

- **ضمرة**، مهند، محاضرات في القانون التجاري، كلية الدراسات التطبيقية وخدمة المجتمع، قسم العلوم الإدارية والإنسانية، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، **عام 1435هـ-2013م**.

- **نوارة**، تيزا حسين، مفهوم التعويض في نظام الاستثمار الأجنبي، مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد 2، **2014**.

- **هارفارد بزنس ريفيو**، المفاهيم الإداريَّة، الحوافز الاستثماريَّة. أنظر: www.hbrarabic.com (13-9-2019).

ثانياً: المراجع باللُّغة الإنجليزيَّة

1- Papers

- **Azémar**, Céline and **Dharmapala**, Dhammika, Tax Sparing Agreements, Territorial Tax Reforms, and Foreign Direct Investment, **2019**. See:

http://pubdocs.worldbank.org/en/281751559591312068/celine-Azmar.pdf (23-9-2019)

- **CHILTON**, Adam S., et. al., Reciprocity and Public Opposition to Foreign Direct Investment, Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics, **2017**.

- **COLE**, Matthew A., et. al., Foreign Direct Investment and the Environment, Annual Review of Environment and Resources, Vol. 42, **2017**.

- **FALK**, Martin, A Gravity Model of Foreign Direct Investment in the Hospitality Industry, Tourism Management, Vol. 55, **2016**.

- **FOTAK**, Veljko, et. al., A BIT of Investor Protection: How Bilateral Investment Treaties Impact the Terms of Syndicated Loans, **2019**. See:

https://efmaefm.org/0EFMAMEETINGS/EFMA%20ANNUAL%20MEETINGS/2017-Athens/papers/EFMA2017_0344_fullpaper.pdf (23-9-2019)

- **HANAPI**, Mohamad, Foreign Direct Investment Law in ASEAN Countries: Prospect for ASEAN Economic Community, Yustisia, Vol. 8, No. 1, January-April **2019**.

- **HSU**, Wen-Tai, et. al., Does Foreign Direct Investment Lead to Industrial Agglomeration, Research Collection School of Economics, **2018**.

- **LU**, Yi, et. al., Does Environmental Regulation Drive Away Inbound Foreign Direct Investment? Evidence from a Quasi-Natural Experiment in China, April **2015**. See:

http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.710.8287&rep=rep1&type=pdf (23-9-2019).

- **PINTO**, Pablo M. and ZHU, Boliang, Fortune or Evil? The Effect of Inward Foreign Direct Investment on Corruption, International Studies Quarterly, Vol. 60, **2016**.

- **ROBINSON**, Douglas M., Chinese Agricultural Foreign Direct Investment in Dairy: Could Germany Become a Chinese Cash Cow?, GEWISOLA, **2019**.

- **UDEH**, Sergios and ODO, Jhon, Impact of Foreign Direct Investment on the Economic Growth of Nigeria, Journal of Global Accounting, Vol. 5, No. 2, August **2017**.

- **YAO**, Yao and ZHOU, Yizhen, Research on Outward Direct Investment in Emerging Economies, Advances in Social Science, Education and Humanities Research, Vol. 268, **2019**.

2- ICSID Cases

- Cemex Asia Holdings Ltd v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/04/3), **February 23, 2007**. See the link:

https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/04/3 (23-9-2019).

- ASA International S.p.A. v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/13/23), **August 3, 2016**. See the link:

https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/23 (23-9-2019).

حظر استغلال المعلومات أو البيانات غير المعلنة وموقف القانون الإماراتي منه
(اقتراح نظرية "واجب الحذر" و"المُدَّة المعقولة")

Insider Trading Ban by the UAE Law
(Proposal of "Duty of Caution" & "Reasonable Duration" theory)

الدكتور همام القوصي دكتوراه بالقانون التجاري تخصُّص قانون وأنظمة السوق
جامعة حلب – الجمهوريَّة العربيَّة السوريَّة.

Dr. Humam Al Qussi PhD - S.J.D in Trading Law – Exchange Law & Regulation from the University of Aleppo - Syrian Arab Republic.

Abstract

I attempt in this research to analyze the legal clauses regulating the Emirates Securities and Commodities Market in a critical method.

The prohibition of "Insider Trading" by the Emirati lawmaker & regulator is seeking to achieve equality between investors as an investment guarantee, As the investors protecting from insider trading is the first standard of performance evaluation in accordance with the International Organization of Securities Commissions (IOSCO).

But this guarantee of equality may be transformed by legal gaps into a "Factitious Equality".

So, I came up with two new personal theories to fill the regulatory gaps:

The first is the "Duty of Caution" theory imposed on a Secondary Insider; who is from outside the company, for the purpose of being considered an insider merely by dealing without proof of intent to exploit information or statement if he has not made certain that the information or statement on which he is dealing is not confidential.

The second is theory is "Reasonable Duration" in estimating the period that must be known to the Principal Insider; who is from within the company or authorized to inform, this insider under Reasonable Duration theory is completely refrain from dealing in the market before disclosure without specifying a typical standard period prior to disclosure but reasonable one.

Then, I found that the clauses of the Emirati lawmaker & regulator which facing Insider Trading allows for the formation of the factitious equality.

- Key words: Securities & Commodity Exchange, Market Abuse, Insider Trading, Inside Information & Data, Confidential Information & Data, Insider Dealing, Primary Insider, Secondary Insider.

الملخص

نحاولُ من خلال هذا البحث تقديم دراسةٍ تحليليَّةٍ نقديَّةٍ للنصوص القانونيَّة المُنظِّمة لسوق الإمارات للأوراق الماليَّة والسلع بغرض تقييم حظر استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة من المشرع الإماراتي.

حيث إنَّ هذا الحظر يهدف بالأساس إلى ضمان تحقيق المساواة بين المستثمرين في الحصول على المعلومات أو البيانات السريَّة ذات التأثير على أسعار السوق، استناداً على أنَّ حماية المستثمرين من الاستغلال هو أول معيار من معايير تقييم الأداء التنظيمي وفقاً للمنظَّمة الدوليَّة لهيئات الأوراق الماليَّة (IOSCO).

ومن هنا سنحاول حلَّ إشكاليَّة انقلاب المساواة من ضمانةٍ استثماريَّةٍ للجمهور، إلى مساواةٍ ظاهريَّةٍ غير حقيقيَّةٍ بين المستثمرين بفعل الثغرات القانونيَّة.

وبالتحليل، فقد وجدنا أنَّ نصوص المشرع الإماراتي التي تُواجِه حظر استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة في السوق هي في حالةٍ تسمح بتشكُّل المساواة الظاهريَّة بين المستثمرين.

وقد خرجنا بنظريَّتين شخصيَّتين جديدتَيْن بغرض سد الثغرات التنظيمية:

الأولى نظرية "واجب الحذر" الذي يُفرَض على المُطَّلع الثانوي -الخارجي عن الشركة- بغرض اعتباره مُستغلاً للمعلومات غير المعلنة بمجرَّد التعامل دون إثبات قصد الاستغلال في حالة عدم تأكُّده من عدم سريَّة المعلومات التي يتعامل على أساسها.

والثانية نظرية "المُدَّة المعقولة" في تقدير المُدَّة الواجب على المُطَّلع الرئيسي -من داخل الشركة أو المخوَّل للعلم بمعلوماتها- الامتناع التام عن التعامل في السوق قبل الإفصاح دون تحديد مُدَّة نموذجيَّة موحَّدة سابقة على الإفصاح؛ بغرض عدم استغلال المُطَّلع لعلمه السابق عن بدء المُدَّة الموحَّدة.

وقد تقدَّمنا باقتراح مشروع قانون إماراتي اتحادي جديد يهدف إلى تلافي عيوب النص التشريعي القائم.

-الكلمات المفتاحيَّة: سوق الأوراق الماليَّة، انتهاك السوق، المعلومات غير المُعلَنَة، المعلومات الداخلية، البيانات غير المُعلَنَة، تداول المُطَّلعين، تعامل المُطَّلعين، المُطَّلع الرئيسي، المُطَّلع الثانوي.

المُقدِّمة

يحتاجُ الوسط الاستثماريُّ في أيِّ زمانٍ ومكانٍ إلى وجود مجموعةٍ ممَّا يمكننا تسميته: **"الضمانات التشريعيَّة" "Legislation Guarantees - Garanties Législatives"** التي تُكرِّس انضباط السوق وسَيرِه في الاتِّجاه الصحيح، وهو ما يُشجِّع المستثمرين على وضع مدَّخراتهم في هذا الوسط بهدف استثمارها، وذلك نتيجة تضاؤل "المخاطر الاستثماريَّة" "Investment Risks" إلى الحدود الدنيا في ظلِّ وجود هذه الضمانات.

فمن حيث المكان، تزداد أهمية هذه الضمانات في **سوق الأوراق الماليَّة والسلع**؛ لأنَّ مخاطر الاستثمار الطبيعيَّة في هذه السوق قد تكون عاليةً جداً، خاصَّةً إن ترافقت مع "ممارساتٍ غير قانونيَّة" "Illegal Practices" تقومُ على استغلال السوق؛ حيث سيَخرجُ المستثمرون من السوق بسرعةٍ حينها لعدم وجود تشريعٍ قادرٍ على حمايتهم، وهو ما سيُفقِدُ السوق سيولتها.

ومن حيث الزمان، فقد **نالت الأزمة الماليَّة العالميَّة من سوق دبي بشكلٍ عميقٍ منذ عام 2009**؛ حيث انهارت تلك السوق بعد أن خسرت أسعار الأسهم القياديَّة المدعومة حكومياً فيها لأكثر من 80% من قيمتها[1]، ممَّا أدَّى إلى خسارة العديد من المستثمرين لسيولتهم[2].

ومن هذا المنطلق، فقد ظهرت الضمانات التشريعيَّة للاستثمار كإحدى وسائل مواجهة المخاطر الاستثماريَّة الآتية من الممارسات غير القانونيَّة، حيث إنَّ سلطة المشرع بفرض "الحظر" "Banning"[3] على بعض الأفعال تجعله قادراً على إحاطة السوق بحمايةٍ قانونيَّة هادفةٍ إلى سدِّ باب "انتهاك السوق" "Market Abuse"[4].

[1] دايفيدسون، كريستوفر م.، "انهيار دبي الكبير"، مقال منشور في جريدة الأخبار، ترجمة جورجيت فرنجية، الخميس 24 أيلول 2009.

[2] الكواز، أحمد، مراجعة كتاب: علي صادق وإبراهيم البدوي، الأزمة الاقتصاديَّة العالميَّة والنتائج على استراتيجيَّة التنمية في إمارة دبي، دار بلجرايف، ماكميلان، 2012، مجلَّة التنمية والسياسات الاقتصاديَّة، المجلد 15، العدد 2، يوليو 2013، الصفحة 93.

[3] KHOUFI, Nouha, Walid KHOUFI, Le rôle des mécanismes de gouvernance dans la prévention de la fraude managériale, Management Accounting Research, Elsevier, 2016, page 2.

[4] CHITIMIRA, Howard, Market Abuse Regulation in South Africa, the United States of America and the United Kingdom, Vernon Press (Wilmington, Delaware), The United States, 2018, page 13.

وإحدى أهمّ ممارسات انتهاك السوق هي: "استغلال المعلومات غير المُعلَنَة" أو "المعلومات الداخلية"[1]، أو كما يُطلِق عليها جانب من الفقه الأنجلو-ساكسوني الأمريكي: "تعامل المُطَّلعين" "Insider Dealing"[2]، أو "جنحة الداخليّين" "Délit D'Initiés" وفقاً للفقه اللاَّتيني الفرنسي[3].

وتعني هذه الممارسة استغلال المُطَّلع لعلمه بـ: **"معلومةٍ غير مُعلَنَة" "Inside Information" أو "بيان مالي" "Financial Statement" ذو تأثيرٍ جوهريّ على أسعار السوق بهدف تحقيق أفضليَّةٍ على حساب باقي المستثمرين غير المُطَّلعين عليها**[4]؛ ممَّا يسمح للمُطَّلع بتحقيق **ربحٍ شبه مضمونٍ أو تلافي خسارةٍ شبه مُحقَّقة أو إفشاء هذه المعلومة للغير الهادف لتحقيق الاستثمار المضمون**.

هذا في الوقت الذي يكون فيه جمهور المستثمرين غير عالِمِينَ بهذه المعلومة، فيقعون بالخسارة بعد الإعلان عن المعلومة وظهور تأثيرها على الأسعار، فيسحب المتداوِل المُطَّلع سيولتهم[5]، **وهذا يُخالف مبدأ المساواة بين المستثمرين وحمايتهم في السوق**[6].

ويجب التأكيد على أنَّ حظر استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة يتضمَّن في الشريحة الأولى الحظر التقليدي **للمعلومات الماليَّة** المعالَجة واضحة المعنى؛ كتاريخ تنفيذ مُخطَّط الاستحواذ الذي يحمل دلالةً شبه مؤكَّدةٍ على ارتفاع الأسعار في هذا التاريخ، كما يتضمَّن في شريحةٍ ثانيةٍ **البيانات الأساسيَّة الدوريَّة** الخام قبل تحليلها مثل مُعدَّل توزيع الأرباح على الأسهم.

---

[1] القوصي، همام، المفهوم القانوني للمعلومات الداخلية في سوق الأوراق المالية - دراسة مقارنة بين القانون الكويتي والسوري والتشريع المقارن، مجلَّة الحقوق المحكمة، جامعة الكويت، المجلد:37، العدد 4، ديسمبر 2013.

[2] CUMMING, Douglas and GROH, Alexander and JOHAN, Sofia, Same Rules, Different Enforcement: Market Abuse in Europe, SSRN papers, 2017, page 7.

[3] CONAC, Pierre –Henri, "La loi du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché", Bulletin Joly Bourse, n° 07-08, 01/07/2016, page 5, Par DUMEZ, Hervé, La description du premier marché financier Un retour sur la Confusion des Confusions, de Joseph De La Vega", GÉRER & COMPRENDRE, N° 119, March 2015, page 7.

[4] Yaşar, Kenan Evren, La Luttre Contre Les Operations D'inities: Double Protection En France, Annales XLVI, N. 63, 2014, pp. 221-283, page 224.

[5] فمثلاً قد يعلم أحد مدراء الشركة تاريخ نيَّتها الاستحواذ على أسهم شركةٍ أخرى مدرَجةٍ في السوق **(معلومة إيجابيَّة غير مُعلَنَة)**، فيُسارع إلى شراء أسهم تلك الشركة المُستَهدَفة قبل الإعلان عن خطَّة الاستحواذ؛ ممَّا يجلب له ربحاً مضموناً بعد الإفصاح عن تلك الخطَّة وارتفاع سعر السهم محل الاستحواذ.

كما قد يعلم أحد المضاربين عن طريق التحرّي بوجود أزمةٍ كبيرةٍ في احتياطيَّات السيولة الخاصَّة بأحد المصارف المدرجة أسهمها في السوق **(معلومة سلبيَّة غير مُعلَنَة)**، فيقوم ببيع أسهم ذلك المصرف التي يحوز المضارب مُلكيَّتها قبل الإفصاح عن الموضوع وانحدار سعر السهم؛ ممَّا يضمن لهذا المُضارب تجاوز خسارةٍ محتومةٍ بعد انخفاض سعر السهم.

[6] القوصي، همام، الممارسات غير القانونية في سوق الأوراق المالية، أطروحة مُقدَّمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة حلب، نوقشت عام 2011، الصفحة 13.

وقد أحاط المشرع الإماراتي المعلومات والبيانات بحظر الاستغلال، وهذا لا يتعارض مع واجب المؤسَّسات الماليَّة بـ: **"الإفصاح عن المعلومات أو البيانات"** [1] **"Declaration of Information & Data"**؛ حيث إنَّ تنفيذ المؤسَّسة لواجب الإفصاح في الوقت المفروض عليها ينفي أيَّة إمكانيَّةٍ للتعامل بناءً على المعلومات غير المُعلَنَة، أمَّا قبل الإفصاح أو في حالة تأخيره، فتقوم إمكانيَّة هذا التعامل على مصراعيها.

إلاَّ أنَّ النصوص التشريعية والتنظيمية الإماراتية اعترتها ثغرتين أساسيَّتين، هما: أولاً، اشتراط إثبات قصد استغلال المعلومات بهدف تحقيق النفع على المُطَّلع الثانوي -الخارجي عن الشركة-؛ الأمر الذي يزيد من صعوبة إثبات الاستغلال تجاهه ويُشجِّع المُطَّلع الرئيسي -من داخل الشركة أو المخوَّل بالاطلاع على معلوماتها- بنقل المعلومة لثانوي، وثانياً، تحديد مُدَد قانونيَّة نموذجيَّة موحَّدة مُسبقة لحظر التعامل التام على المُطَّلعين الرئيسيِّين رغم أنَّ المعلومات قد تصل إلى علمهم قبل بدء هذه المُدَّة ممَّا يساعدهم على استغلالها وتجاوز قاعدة حظر التعامل.

أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى:

1. إقامة الدليل على وجود ثغراتٍ تشريعيَّةٍ في القانون الإماراتي رقم 4 لعام 2000 بشأن هيئة وسوق الإمارات للأوراق الماليَّة والسلع والأنظمة الصادرة بمقتضاه، تلك التي قد تؤدِّي فيما يبدو إلى فرض مساواةٍ ظاهريَّةٍ غير حقيقيَّةٍ بين المستثمرين
2. اقتراح نظرية "واجب الحذر" الذي نقترح فرضه على المُطَّلع الثانوي بغرض اعتباره مُستغلاً للمعلومات غير المعلنة بمجرَّد التعامل دون إثبات قصد الاستغلال في حالة عدم تأكُّده من عدم سريَّة المعلومات التي يتعامل على أساسها.
3. اقتراح نظرية "المُدَّة المعقولة" في تقدير المُدَّة الواجب على المُطَّلع الرئيسي الامتناع التام عن التعامل في السوق قبل الإفصاح دون تحديد مُدَّة نموذجيَّة موحَّدة سابقة على الإفصاح؛ بغرض عدم استغلال المُطَّلع لعلمه السابق عن بدء المُدَّة الموحَّدة.
4. تقديم مشروع قانونٍ إماراتيٍّ جديدٍ للضمانات التشريعيَّة في السوق فيما يخصُّ حظر استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة.

[1] بوفامة، سميرة، المعلومة في سوق الأوراق الماليَّة ما بين واجب الإفصاح والالتزام بالسر المهني من كرف الوسيط المالي، المجلة المصريَّة للدراسات القانونيَّة والاقتصاديَّة، مصر، العدد 9، الجزء 2، يونيو 2017، صص550-580، الصفحة 554.

أهمية البحث

تظهر أهمية هذا البحث من أنَّه يهدف إلى المساهمة بوضع نظامٍ قانونيٍ متكاملٍ لأهمّ ركنٍ من أركان **"جذب الاستثمار" "Investment Attraction"** في سوق الأوراق المالية والسلع فيما يخصُّ حظر استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة؛ وهذا الأمر سيؤدِّي إلى منح السوق الإماراتيَّة موجاتٍ جديدةٍ من سيولة المستثمرين بعد أن تُحاطَ بحمايةٍ قانونيَّةٍ تتمثَّل بضماناتٍ تشريعيَّةٍ متوازنةٍ ومدروسةٍ للاستثمار فيما يخصُّ حظر التعامل بناءً على هذه المعلومات.

منهج البحث

سنتَّخذ **المنهج الوصفي التحليلي النقدي الاستنتاجي** لدراسة موضوع البحث، فنقوم بوصف الفكرة موضوع الحظر، ومن ثم نذكر المواد القانونيَّة والتنظيميَّة الإماراتيَّة التي قد واجهتها ونبيّن أهدافها، ونقوم بتحليل النص التشريعي للخروج بنقد دقيقٍ وبنَّاء له، ثم نستنتج الاقتراح الهادف إلى سدِّ الثغرة القانونيَّة في النص.

إشكالية البحث

تتمثَّل إشكاليَّة البحث في التساؤل التالي:

"كيف يمكن مواجهة ثغرات النظام القانوني الخاص بحظر استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة في سوق الأوراق المالية والسلع الإماراتية؟".

مجال البحث

سنحاوِل تقديم **دراسةٍ قانونيَّة عن الحظر القانوني للتعامل بناءً على المعلومات غير المُعلَنَة في السوق**، فهو ليس بدراسةٍ مدنيَّةٍ أو جزائيَّةٍ بحتةٍ **بل دراسةٌ في طبيعة الحظر المذكور في قانون السوق وأنظمته**، ذلك الحظر الذي ينتج عن انتهاكه إمكانيَّة قيام المسؤوليَّة المدنيَّة والجزائيَّة في حال اكتمال أركانهما.

كما أنَّ الحظر ينصبُّ على **"التعامل"** الذي ينشأ بهدف استغلال المعلومات أو البيانات، سواءً أكان أمر تداول أم تنفيذ صفقة تداول داخل السوق أم تسوية التداول التي تتضمَّن إجراءات مقاصَّتها وتسويتها، وبالتالي فإنَّ البطلان الناتج عن انتهاك الحظر سينال كل هذه التعاملات.

وقد نصَّ المشرع الإماراتي على **حظر استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة**، بما يشمل **حظر مُجرَّد التعامل** بناءً على هذه المعلومات الذي يُفترض أنَّه هدف لاستغلالها تجاه المُطَّلعين الرئيسيّين، **وحظر استغلالها بقصد لتحقيق النفع** الواجب الإثبات تجاه المُطَّلعين الثانويّين.

مخطَّط البحث

سيكون **مُخطَّط البحث** كالتالي:

المبحث الأول: طبيعة حظر استغلال المعلومات والبيانات غير المُعلَنَة.

المطلب الأول: الطبيعة الشاملة لحظر استغلال المعلومات والبيانات غير المُعلَنَة.

المطلب الثاني: الطبيعة المشروطة لهذا الحظر.

المبحث الثاني: حظر التعامل التام لضمان عدم استغلال المعلومات والبيانات غير المُعلَنَة.

المطلب الأول: ماهيَّة حظر التعامل التام على الأوراق الماليَّة.

المطلب الثاني: حالات قيام هذا الحظر التام.

المبحث الأول

طبيعة حظر استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة

يقوم المستثمر الواعي في السوق باتِّخاذ "قراره الاستثماري" "Investment Decision" بناءً على دراسةٍ تحليليَّةٍ متأنِّيةٍ للمعلومات الجوهريَّة التي يتمُّ الإفصاح عنها في السوق؛ فيعرف من خلال هذا التحليل مقدار قوَّة "المركز المالي" "Financial Position" للورقة والشركة التي أصدرتْها.

أمَّا إن استغلَّ "المُطَّلع" "Insider"[1] وبالفرنسية "Initié" معلوماتٍ مؤثِّرةٍ غير مُعلَنَةٍ قبل الإفصاح عنها عبر التعامل على أساسها في السوق، وهو يعلم أنَّه يستغلَّ أفضليَّة علمِهِ بها قبل الإفصاح عنها للعموم[2]؛ فإنَّه يكون قد طعن في المساواة بين المستثمرين بدافع سحب السيولة من غير المُطَّلعين[3]، هذا إلى جانب ما تُوجِيه هذه الممارسة من طعنٍ في ثقة الجمهور في السوق.

[1] KHOUFI, Nouha, and KHOUFI, Walid, op. cit., page 11.

[2] وقد فسَّر البعض قيام استغلال المعلومات غير المُعلَنَة الخاصَّة بالشركة من أصحاب الأسهم بضعف نيَّة المشاركة بينهم، واهتمام المساهم بأرباحه فقط. أنظر: فتحي، حسين، تعاملات المُطَّلعين على أسرار أسهم الشركة، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 1996، الصفحة 15.

[3] *"The findings are strongest for insider purchases, consistent with the notion supported by previous empirical work that sales may be motivated by liquidity or diversification motives"*. See: CZIRAKI, Peter and DE GOEIJ, Peter and RENNEBOOG, Luc, Insider Trading, Option Exercises and Private Benefits of Control, March 2010, section VII, page 31. See: https://www.econstor.eu/bitstream/10419/108177/1/MTDP1006.pdf (26-9-2019).

ولذلك، فإنَّ ممارسة استغلال "المعلومات غير المُعلَنَة" "Unpublished Information"[1] -كما أسماها المشرع الإماراتي- تستحقُّ الحظر التشريعي بهدف حماية المستثمرين من انتهاكات مبادئ السوق، وبثِّ الثقة بين المتعاملين فيها[2].

وقد نصَّت المادة 37 من القانون الاتحادي رقم 4 لعام 2000 الخاص بهيئة وسوق الإمارات للأوراق الماليَّة والسلع على أنَّه: "لا يجوز استغلال المعلومات غير المُعلَنَة التي يمكن أن تؤثّر على أسعار الأوراق الماليَّة لتحقيق منافعٍ شخصيَّةٍ ويقع باطلاً كلُّ تصرفٍ يتمُّ بالمخالفة لذلك".

ويبدو أنَّ هذا النص قاصرٌ لأنَّه نصَّ على "المعلومات" فقط دون الإشارة إلى "البيانات المالية"، فعلى الرغم من أنَّ مقصد المشرع واضح من ضرورة استغراق الحظر للمعلومات والبيانات إلاَّ أنَّ النص الصريح على حظر استغلال "المعلومات أو البيانات" أمرٌ واجبٌ خاصةً في النصوص التي ترتبط بعقوبة جزائيَّة؛ فهي لا تحتمل التفسير.

فيما وجدنا **قانون جرائم تقنيَّة المعلومات الإماراتي رقم 5 لعام 2012** قد عرَّف "المحتوى" بـ: "المعلومات والبيانات والخدمات الالكترونيَّة"[3]؛ وهو تعريفٌ شاملٌ نرى ضرورة اعتماده من المشرع الإماراتي بخصوص التعريف بالمحتوى القابل للاستغلال في قانون الهيئة.

وعلى أيِّ حال، سنشرح أولاً حظر استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة الذي يحمل الطبيعة الشاملة أولاً، ثم نشرح الحظر المشروط حيث سنناقش نظرية "واجب الحذر" في الطبيعة المشروطة لحظر الاستغلال التي يمكن أن تنفي المخالفة عن المُطَّلع الثانوي ثانياً.

المطلب الأول

الطبيعة الشاملة لحظر استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة

سنبحث في شمول حظر استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة لجميع المعلومات أو البيانات السريَّة والمؤثِّرة أولاً، ثم شمول هذا الحظر للمُطَّلع الرئيسي والثانوي ثانياً، وثم شمول بطلان التعامل الجاري بخلاف هذا الحظر لجميع أنواع المُطَّلعين ثالثاً.

[1] للحصول على أمثلة عن المعلومات غير المُعلَنَة، أنظر: الملحم، أحمد عبد الرحمن، حظر استغلال المعلومات غير المُعلَنَة الخاصة بالشركات في التعامل بالأوراق المالية، مطبوعات جامعة الكويت، لجنة التأليف والتعريب والنشر، مجلس النشر العلمي، الكويت، عام 1998، الصفحة 8.

[2] أحمد عبد الرحمن الملحم، حظر استغلال المعلومات غير المُعلَنَة الخاصة بالشركات في التعامل بالأوراق المالية، مطبوعات جامعة الكويت، لجنة التأليف والتعريب والنشر، مجلس النشر العلمي، الكويت، عام 1998، الصفحة 10.

[3] المادة 1، قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي، رقم 5، لعام 2012، المعدل بالمرسوم بقانون الإماراتي، رقم 12، لعام 2016.

أولاً: شمول حظر الاستغلال لجميع المعلومات أو البيانات ذات التأثير والسريَّة (الجوهريَّة)

لقد قام المشرع الإماراتي بحظر أيَّة معلومات أو بيانات غير مُعلَنَة "جوهريَّةً" "Material" في حظر الاستغلال؛ أي تلك ذات تأثيرٍ على أسعار الأوراق الماليَّة إلى جانب كونها سريَّة؛ وقد عرَّف قانون جرائم تقنيَّة المعلومات صفة "السريَّة" بأنَّها تتَّصل بـ: "أي معلومات أو بيانات غير مُصرَّح للغير بالاطِّلاع عليها أو بإفشائها إلا بإذنٍ مسبقٍ ممَّن يملك هذا الإذن"[1].

ويعني شرط الجوهرية (التأثير والسرية) أن تكون المعلومات أو البيانات مؤثِّرةً بما فيه الكفاية من ناحية موضوعها[2]، ولهذا شمل نصَّ المشرع على عبارة: "...التي يمكن أن تؤثِّر على أسعار الأوراق الماليَّة"[3].

وقد ربطَ المشرع الإماراتي تأثير المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة بالأوراق الماليَّة ذاتها وليس بمُصدِريها من الشركات، حيث أنَّ الأوراق الماليَّة هي المستهدَفة بممارسة الاستغلال. فبدون ركن التأثير على الأسعار -مع "السريَّة الموثوقة" "Confidential"كما وصفت المحكمة العليا الأمريكيَّة[4]-، تفقد المعلومات قيمتها التي تُعطِي المُطَّلع عليها الأفضليَّة.

وكمثالٍ، فقد تؤثِّرُ معلومةٌ تخصُّ الشركة (مُصدِرَة الأوراق) أو معلومةٌ تخصُّ الأوراق ذاتها (كوقف التداول عليها في السوق)[5]، فيجب ترك مجال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة بدون حدود تقيِّده سوى تأثيرها على أسعار الأوراق الماليَّة بما يشمل جميع التأثيرات السعريَّة، وهو ما أوصت به المنظمة الدولية لهيئات الأوراق الماليَّة (IOSCO)[6].

ولكن النصَّ الإماراتي بقي قاصراً فيما يخصُّ صفة السريَّة لدى ذكره تسمية "المعلومات غير المُعلَنَة"؛ بسبب عدم ضبطه لهذه الصفة من الناحية الزمنيَّة، فالمعلومات أو البيانات قد تكون سريَّةً ثم يتمُّ الإعلان عنها، فتنتشر وتخسر سريَّتها رغم بقاء صفتها المؤثِّرة على الأسعار[7].

---

[1] المادة 1، قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي، لعام 2012.

[2] همام القوصي، الممارسات غير القانونية في سوق الأوراق المالية، مرجع سابق، الصفحة 18.

[3] المادة 37، قانون هيئة الأوراق المالية والسلع الإماراتيَّة، رقم 4، لعام 2000.

[4] Bassam Yacoub SALMAN v. UNITED STATES.; Supreme Court of United States, No. 15-628, 137 S.Ct. 420 (2016), Decided December 6, 2016, no. 422.

[5] همام القوصي، المفهوم القانوني للمعلومات الداخلية في سوق الأوراق الماليَّة - دراسة مقارنة بين القانون الكويتي والسوري والتشريع المقارن، مجلَّة الحقوق المحكمة، جامعة الكويت، المجلد:37، العدد 4، ديسمبر 2013.

[6] The International Organization of Securities Commissions "OICV-IOSCO", insider trading how jurisdictions regulate it, report of the emerging markets committee, March 2003, page 6. See:
http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD145.pdf (26-9-2019)

[7] همام القوصي، الممارسات غير القانونية في سوق الأوراق المالية، مرجع سابق، الصفحة 29.

حيث إنَّ قواعد حظر استغلال المعلومات أو البيانات في السوق هي عبارة عن: "قيود لتداول المُطَّلعين "Insider Trading Restrictions"[1]، وهي قيودٌ زمنيَّةٌ في معظمها.

ولذلك فقد كان يجب النصَّ على أنَّ ممارسة الاستغلال لا تقوم إلاَّ باستخدام بيانٍ أو معلومةٍ ذات صفةٍ سريَّةٍ وقت القيام بها؛ وهذا الوقت يتمثَّل في الفترة السابقة على الإفصاح بالنسبة للمعلومات أو البيانات الواجب الإفصاح عنها، وبشكل دائم بالنسبة للبيانات السرية بشكل مطلق مثل بيانات العملاء، وبشكل خاص كما أكَّدت **محكمة تمييز دبي**: "... بيانات وأوامر العملاء الكتابيَّة أو المُسجَّلة هاتفياً أو الواردة إليها (شركة الوساطة المالية) بأيَّة وسيلة الكترونيَّة..."[2].

وهذا التحليل يوضِّح مدى أهميَّة الثغرة القانونيَّة التي تمسُّ تحديد الإطار الزمني للطبيعة السريَّة في المعلومات.

ثانياً: شمول حظر استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة للمُطَّلع الرئيسي والثانوي

نظراً للنصِّ الشامل على حظر استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة، فقد نال الحظرُ أيَّ شخصٍ تصلُ تلك المعلومات أو البيانات إلى علمه سواءً أكان موظَّفاً أم مديراً مُخوَّلاً بالاطِّلاع عليها أو ما يُمكننا تسميته بـ: **"المُطَّلع الرئيسي" "Principal Insider"**، أم كان شخصاً عاديَّاً قد وصلت المعلومات إلى علمه عبر المصادفة أو الإفشاء، وهو ما قد أطلق عليه جانب من الفقه العربي تسمية: **"المُطَّلع الثانوي"**[3] **"Secondary Insider"**.

وقد حاول القانون الإماراتي تلافي الثغرة القانونيَّة التي قد يتسبَّب بها وجود المُطَّلع الثانوي؛ نظراً لكون النصَّ القانونيَّ المحصور في دائرة المُطَّلعين من العالِمين بفعل المركز الوظيفي (الرئيسيِّين) لا يحتمل حظر استغلال المعلومات من أيِّ شخص قد وصلت إلى علمه (الثانويِّين)[4]؛ وذلك عبر **فرض المشرع الإماراتي حظراً عامَّاً وشاملاً لجميع الأشخاص المُطَّلعين** عند ذكره لعبارة: "لا يجوز استغلال المعلومات غير المُعلَنَة"[5]، وسنرى هذا الحظر في نظام الإفصاح أولاً، وقانون جرائم تقنية المعلومات ثانياً.

---

[1] KUSNADI, Yuanto, Insider trading restrictions and corporate risk-taking, Pacific-Basin Finance Journal, Vol. 35, Issue. A, November 2015, pp. 125-142, page 2.

[2] محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 1822/2016، استئناف تجاري، قرار صادر بتاريخ 22-02-2017. وذلك استناداً على ما فرضته المادة 17-11 من نظام شركات الوساطة المالية رقم 27 لعام 2014.

[3] همام القوصي، مدى شمول المُطَّلع الثانوي بحظر استغلال المعلومات الداخلية في سوق الأوراق المالية (دراسة قانونية مقارنة بين القانون اللبناني والكويتي والفرنسي)، مجلَّة جيل المحكمة للأبحاث القانونيَّة المعمَّقة المحكَّمة، مركز جيل البحث العلمي (JILRC)، طرابلس-لبنان، العدد 20، ديسمبر 2017.

[4] همام القوصي، مدى شمول المُطَّلع الثانوي بحظر استغلال المعلومات الداخلية في سوق الأوراق المالية، مرجع سابق، الصفحة 89.

[5] ثم تجريمه لهذا الفعل بالحبس مدةً لا تقلُّ عن 3 أشهر ولا تزيد عن 3، وبالغرامة بين 100 ألف درهم ومليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين. أنظر: المادة 41، قانون هيئة الأوراق المالية والسلع الإماراتيَّة، رقم 4، لعام 2000.

أ) الحظر الشامل في نظام الإفصاح والشفافيَّة

نصَّ النظام الخاص بالإفصاح والشفافيَّة على شرح مُستحقِّي العقوبة السابقة، فاعتبر عبر نصٍّ جزائيٍّ أنَّ التجريم ينالُ كلَّ مَن:

"ب- **يتعامل** بالأوراق بناءً على معلوماتٍ غير مُعلَنَة أو مُفصَحٌ عنها يكون قد علم بها بحكم منصبه.. د- **يستغلَّ** المعلومات غير المُعلَنَة التي يمكن أن تؤثِّر على أسعار الأوراق لتحقيق منافعٍ شخصيَّةٍ"[1].

وبالتالي فقد فصَّل **نظام الإفصاح** بين:

1. **المُطَّلع الرئيسي**؛ فتقوم عليه حالة الاستغلال بمجرَّد التعامل دون ضرورة إثبات قصد الاستغلال؛ أي أنَّ **قرينة الاستغلال تقوم على المُطَّلع الرئيسي بمجرَّد التعامل في السوق** نظراً لقيام قرينة العلم عليه بفعل مركزه؛ وبالتالي فإن تجريم المُطَّلع الرئيسي تبعاً للتعامل **يقوم دون إثبات قصد الاستغلال**، أي **بمجرَّد التعامل وإن كان بإهمال قواعد حظر الاستغلال**، ذلك حتى يقوم الرئيسي بإثبات أنَّه لم يكن عالماً بالمعلومة أو البيان غير المُعلَنَ قبل التعامل، وهذا تشديدٌ في محلِّه.
2. **المُطَّلع الثانوي**؛ فيجب أن **يَثبُتَ قصده استغلال هذه المعلومات أو البيانات وتحقيق النفع منها** وليس مجرَّد تعامله بناءً عليها، وهذا من شروط تجريم الاستغلال، وهو الأمر الذي نرى تغييره بالانتقال إلى نظرية "واجب الحذر" التي تنفي الحاجة لإثبات قصد الاستغلال تجاه المُطَّلع الثانوي والاكتفاء بالتعامل دون التأكُّد من سرية المعلومات أو البيانات، والتي سنتعمَّق فيها لدى دراسة القواعد المشروطة على المُطَّلع الثاني في المطلب الثاني.

وفي هذه النقطة **تبدو الطبيعة الشاملة لحظر استغلال المعلومات أو البيانات غير مُجديةٍ في الواقع القضائي**؛ حيث إنَّ اشتراط المشرع الإماراتي قيام وصف "الاستغلال" و"النفع" تجاه المُطَّلع الثانوي؛ سيؤدِّي إلى **جعل حظر هذه الممارسة حبراً على ورق**.

فالمُطَّلع الرئيسي سيقوم بإفشاء المعلومة أو البيان تهرُّباً من قرينة الاستغلال إلى شخصٍ ثانويٍّ، وهكذا ستتمُّ ممارسة الاستغلال دون أن يُمكِن إثباتها على الثانوي لصعوبة إثبات قصد الاستغلال خاصَّةً إن لم يُحقِّق مستوى أرباحٍ جاذبٍ لنظر هيئة السوق.

[1] المادة 37، قرار مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع الإماراتية، رقم 3، بشأن النظام الخاص بالإفصاح والشفافيَّة، لعام 2000.

وهذا ما يجعلنا نُطلِق على المساواة بين المساهمين في الحصول على المعلومة في ظلِّ هذه البيئة التشريعيَّة **بالمساواة الظاهريَّة التي قد تُخفِي انعداماً في المساواة**، الأمر الذي يعني انتهاك مبدأ حماية المستثمرين الذي أرسته المنظَّمة الدوليَّة لهيئات الأوراق الماليَّة (IOSCO)[1].

هذا الواقع السوقي يجعل من واجب القانون **حظر التعامل تجاه أيِّ مُطَّلع –بما يتضمَّن الثانوي- خلال حيازة معلوماتٍ أو بياناتٍ غير مُعلَنَة، سواءً أثبت قصد الاستغلال وتحقيق النفع أم لا**، ويبقى الفرق بين المُطَّلعَيْن الرئيسي والثانوي هو قرينة العلم بالمعلومات والبيانات القائمة على المُطَّلع الرئيسي فقط بحكم مركزه والواجبة الإثبات على المُطَّلع الثانوي كونه من الغرباء عن الشركة.

ب) الحظر الشامل في قانون جرائم تقنيَّة المعلومات

يجب التأكيد على أنَّ المُطَّلع (الرئيسي والثانوي) سيكون خاضعاً للتجريم تحت سلطة **قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي** كما يلي:

1) **المُطَّلع الرئيسي**؛ إذا: "... استخدم، بدون تصريح، أي شبكة معلوماتيَّة، أو موقعاً الكترونيَّاً، أو وسيلة تقنيَّة معلومات لكشف معلوماتٍ سريَّةٍ حصل عليها بمناسبة عمله أو بسببه"[2]؛ فهنا يكون هذا الرئيسي قد ارتكب جرم انتهاك المعلومات أو البيانات التقنيَّة للجهة التي وثقت به وائتَمَنَتْهُ عليها.

2) **المُطَّلع الثانوي**؛ وذلك في حال حاول هذا الثانوي تحصيل المعلومات أو البيانات بطرق الكترونية غير مشروعة؛ حيث سيكون قد ارتكب جريمة انتهاك خصوصيَّة البيانات لشخص آخر (الشركة أو مُصدَر المعلومات أو البيانات) عبر مجموعة من الجرائم أهمها:

- **الاختراق**: "دخل بدون تصريح إلى موقع الكتروني، أو نظام معلومات الكتروني، أو شبكة معلوماتية، أو وسيلة تقنية معلومات سواء كان الدخول، بقصد الحصول على بيانات حكومية، أو معلومات سرية خاصة بمنشأة مالية، أو تجارية، أو اقتصادية"[3]؛ وفي هذه الجريمة تكفي واقعة الدخول بقصد الحصول على المعلومات للتجريم، فيما تكون العقوبة مُشدَّدة في حالة الإفشاء.
- **انتهاك الخصوصيَّة** على كل مَن:
  - "**التقط أو اعترض** عمداً وبدون تصريح أي اتصال عن طريق أي شبكة معلوماتية"[4].

[1] The International Organization of Securities Commissions (IOSCO), Objectives and Principles of Securities Regulation, May 2017, page 3. See:
https://www.iosco.org/about/?subsection=key_regulatory_standards (26-9-2019).

[2] المادة 22، قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي، لعام 2012.

[3] المادة 4، قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي، لعام 2012.

[4] المادة 15، قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي، لعام 2012.

- "**استراق** السمع، أو اعتراض، أو تسجيل أو نقل أو بث أو إفشاء محادثات أو اتصالات أو مواد صوتية أو مرئية"[1].

وذلك بغضِّ النظر عمَّا إذا ثبت تجريم المطَّلع الثانوي بجرم استغلال المعلومات أو البيانات من عدمه.

وفي حال تمَّ التعامل بالمخالفة لحظر الاستغلال فإنَّ بطلانه سيكون شاملاً للرئيسي والثانوي كما سنرى.

ثالثاً: بطلان التعامل الجاري خلافاً لحظر الاستغلال بما يشمل جميع أنواع المُطَّلعين

لقد أراد المشرع الإماراتي أن يُبطِلَ أيَّ تعاملٍ في السوق إن تمَّ عبر استغلال المعلومات غير المُعلَنَة، وهذا بغرض **إزالة جميع أثار الاستغلال المُخالِف للنظام العام البورصي** الذي شرحه جانب من الفقه العربي[2]، وحرمان المُخالِف للقانون من الترتُّح غير المشروع؛ ولهذا فقد نصَّ على عبارة: "... ويقعُ باطلاً كلَّ تصرُّفٍ يتمُّ بالمخالفة لذلك"[3]؛ أي بالمخالفة لحظر استغلال المعلومات غير المُعلَنَة.

وقد فصَّل نظام التداول في سوق الإمارات للأوراق الماليَّة في هذه القاعدة مخالفاً الغاية التشريعية من قانون الهيئة حينما نصَّ على أنَّه: "يقع باطلاً أي تعاملٍ في الأوراق الماليَّة يُجريه أيُّ شخصٍ إذا:... جرى التعامل بناءً على معلوماتٍ غير مُعلَنَة أو غير مُفصَحٍ عنها التي لا يجوز الإفصاح عنها[4] يكون قد علم بها المتعامل بحكم منصبه"[5]، أو "إذا جرى التعامل من رئيس مجلس إدارة الشركة أو عضو مجلس إدارتها أو موظفاً فيها وأستغلَّ معلوماته الداخلية عن الشركة في تعامله"[6].

إلاَّ أنَّ **هذه القاعدة ستُقيمُ مساواةً ظاهريَّةً فقط بين المستثمرين** بدليلِ أنَّ النص السابق قد ربط بين استغلال المعلومات غير المُعلَنَة وعلم المُطَّلع بها من خلال مزايا منصبه، أي أنَّ النص السابق خاصٌّ بالمُطَّلعين الرئيسيّين المُخوَّلين بالاطِّلاع على المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة والذين يُفتَرَض بهم هذا العِلم.

---

[1] المادة 21-1، قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي، لعام 2012.

[2] للمزيد من المعلومات، راجع: همام القوصي، تأثير (النظام العام البورصي) على تغيير القواعد العامة والمبادئ البورصية (من تغيير التراث القانوني بفعل الخصوصية الواقعية إلى اصطناع السوق) -دراسة في القانون اللبناني والنظام الداخلي لسوق بيروت –"، مجلَّة جيل المحكمة للأبحاث القانونيَّة المعمَّقة المحكَّمة، مركز جيل البحث العلمي (JILRC)، طرابلس-لبنان، العدد 23، مارس 2018، الصفحة 87.

[3] المادة 37، قانون هيئة الأوراق المالية والسلع الإماراتيَّة، رقم 4، لعام 2000.

[4] والتي تعتبر محميةً بنصِّ القانون؛ فعلى سبيل المثال معلومات البنك المركزي السريَّة التي تؤثِّر على أسعار الأوراق الماليَّة، حيث أنَّ الأسهم تنخفض أسعارها عادةً مع ارتفاع سعر الفائدة بسبب اتِّجاه المستثمرين إلى استثمار أموالهم في السندات ذات المخاطر المنخفضة، وترتفع أسعار الأسهم عندما ينخفض سعر الفائدة لأنَّ المستثمر في هذه الحالة يتَّجه نحو استثمار أمواله في الأسهم على الرغم من مخاطرها لأنَّ الاستثمار في السندات يصبحُ قليل الفائدة. وللاطِّلاع على القواعد القانونية الخاصَّة بالبنك المركزي الإماراتي، أنظر: المرسوم الاتحادي رقم 14، بشأن المصرف المركزي والنظام النقدي وتنظيم المهنة المصرفية، لعام 2018.

[5] الفقرة أ من المادة 15، نظام بالتداول والمقاصة والتسويات ونقل الملكية وحفظ الأوراق المالية في سوق الإمارات للأوراق المالية والسلع، لعام 2001.

[6] الفقرة ب من نفس المادة.

ذلك مع أنَّ **الحظر الشامل لممارسة استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة لا يستقيم مع هذا التخصيص**؛ لأنَّ الحظر الشامل يَستغرقُ المُطَّلع الثانوي الذي وصلت المعلومة أو البيان إلى علمه بحُكم المصادفة أو الإفشاء أو بأيَّة طريقةٍ دون اشتراط أيّ مركزٍ وظيفيٍّ يُخوِّله ذلك.

وبالتالي، فإنَّ حظر استغلال المعلومات **يجب أن يشمل أيَّ شخصٍ قد اطَّلع عليها بغضِّ النظر عن طريقة وصول المعلومات أو البيانات إلى علمه**، وإلاَّ لكانت الضمانة الاستثماريَّة بحظر الاستغلال في السوق مُجرَّد ضمانةٍ نظريَّةٍ لا تضمن سوى مساواةٍ ظاهريَّةٍ غير حقيقيَّةٍ بين المستثمرين.

ومن جهةٍ أخرى، فبعد أن قام المشرع الإماراتي بفرض الحظر العام على استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة في السوق، فإنَّه قد نصَّ على بعض القواعد التفصيليَّة التي تفرض شروطاً خاصَّةً بهذا الحظر كما سنرى.

المطلب الثاني

الطبيعة المشروطة لحظر استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة (اقتراح نظريَّة "واجب الحذر")

يجب علينا أولاً البحث في اشتراط إمَّا قصد الاستغلال أو مُجرَّد التعامل تجاه المُطَّلع الثانوي، ثم مدى اشتراط النفع الشخصي تجاه المُطَّلع الثانوي ثانياً، واكتمال الشروط خلال تطبيق الحظر على قواعد المسؤولية المدنيَّة والجزائيَّة ثالثاً، وذلك كلُّه من منظور اقتراحنا لنظريَّة "واجب الحذر" على المُطَّلع الثانوي.

أولاً: اشتراط إمَّا قصد الاستغلال أو مُجرَّد التعامل تجاه المُطَّلع الثانوي عبر اقتراح نظريَّة "واجب الحذر"

لقد حظر نظام الشفافية مُجرَّد التعامل على الأوراق الماليَّة للشركة التي يرتبط معها المُطَّلع الرئيسي، فيما أوجب إثبات قصد الاستغلال في مواجهة المُطَّلع الثانوي كما مرَّ معنا[1]، وحتى أنَّ قانون جرائم تقنية المعلومات قد عاقب على الاختراق[2]، أو المبادرة باستراق السمع أو إفشاء المعلومات من الشخص الخارجي عن مَصدَر المعلومة[3].

وهذه الجرائم هي في مجموعها جرائمٌ قصديَّةٌ يَصعُبُ إثباتها تجاه المُطَّلع الثانوي إن لم تتوفَّر أدلَّةٌ كافيةٌ ومقنعةٌ على قيام قصد الاستغلال في السوق أو اختراق الخصوصيَّة بغرض تنفيذ هذا الاستغلال.

وهذا ما يعني **إمكانيَّة إفلات شريحةٍ كبيرةٍ من المُطَّلعين من حظر الاستغلال بسبب عدم ثبوت قصدهم استغلال معلوماتٍ غير مُعلَنَة**، خاصةً إن تمَّ نفيُ علمهم بسريَّة هذه المعلومات.

---

[1] المادة 37، نظام الخاص بالإفصاح والشفافيَّة في سوق الإمارات للأوراق المالية والسلع، لعام 2000.

[2] المادة 4، قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي، لعام 2012.

[3] المادة 21-1، قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي لعام 2012.

فعلى الرغم من شمول التجريم في الإمارات للمُطَّلع الثانوي[1]، إلا أنَّ التطبيق العملي لجرائم استغلال وإفشاء الأسرار للمنفعة الشخصيَّة أو لمنفعة شخص آخر يقتصر من حيث القاعدة العامَة على: "إفشاء الجاني سِرَّاً عن المكان الذي يعمل به استودع لديه" وفقاً **للمحكمة الاتحادية العليا في الإمارات**[2]؛ ممَّا ينفي إمكانية تطبيق هذه الجريمة على المُطَّلع الثانوي وفق اجتهاد القضاء الإماراتي، إلاَّ أنَّ هذا النص يستند على قانون العقوبات العام، أمَّا إن تمَّت جريمة الاستغلال هذه في السوق فعلى المحكمة أن تَمُدَّ نطاق التجريم إلى أيِّ شخصٍ بما يشمل الثانويّين بسبب شمول نص قانون هيئة السوق للجميع[3].

بينما كان **لتطبيق القانون الأمريكي تجربةً قضائيَّةً طويلةً مع المُطَّلعين الثانويّين**، فقد نصَّ قانون سوق الأوراق الماليَّة على حظر ممارسات التلاعب وانتهاك قواعد السوق بشكل عام[4]، وكذلك حظر **"الاستخدام غير العادل للمعلومات"**[5]، لكن بخصوص المُطَّلعين فإنَّ حظر استغلال المعلومات يرتكز عمَّا إذا كان المُطَّلع قد انتهك "الواجب الائتماني" "Fiduciary Duty"[6] حتى تجاه الثانوي الذي لا تربطه أيَّة واجبات ثقة وائتمان تجاه مَصدَر المعلومات.

حيث يجب أن يكون "الشخص الذي استقبل المعلومة" "Tippee" كالمُطَّلع الثانوي على علمٍ بانتهاك المُطَّلع الرئيسي لهذا الواجب الائتماني الذي انتقل إليه من الرئيسي حتى يقوم وصف استغلال المعلومات عليه، فإن كما استقرَّ القضاء الأمريكي من الثمانينيَّات[7] وحتى وقت معاصر[8].

---

[1] المادة 37، قانون هيئة وسوق الإمارات للأوراق الماليَّة والسلع، رقم 4، لعام 2000.

[2] أنظر شرح أركان التجريم في المادة 379-1 من قانون العقوبات الإماراتي لدى: المحكمة الاتحادية العليا الإماراتيَّة، الطعن 253، جزائي، لعام 2016، جلسة 23 نوفمبر 2016. منتدى قانون الإمارات، الفهرس والأحكام والمبادئ الجزائية، الصفحة 340.

[3] المادة 37، قانون هيئة وسوق الإمارات للأوراق الماليَّة والسلع، رقم 4، لعام 2000.

[4] *"... manipulative or deceptive device or contrivance..."*. See: section 10 (b), the U.S. SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934, As Amended Through P.L. 115-141, Enacted March 23, 2018.

[5] *"...the unfair use of information..."*. See: section 16 (b), the U.S. SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934.

[6] *"... whether the allegations in the complaint were sufficient to state a claim for breach of fiduciary duty"*. See: Fifth Third Bancorp v. Dudenhoeffer, 134 S. Ct. 2459, Supreme Court of United States, June 25, 2014, no. 2465.

[7] *"Not "all breaches of fiduciary duty in connection with a securities transaction"*. See: Dirks v. SEC, 463 US 646, Supreme Court of United States, July 1, 1983, no. 654.

[8] *"In sum, we hold that to sustain an insider trading conviction against a tippee, the Government must prove each of the following elements beyond a reasonable doubt: that ... the tippee knew of the tipper's breach, that is, he knew the information was confidential and divulged for personal benefit ..."*. See: US v. Newman, 773 F. 3d 438, United States Court of Appeals, Second Circuit, December 10, 2014, no. 450.

وبغرض المزيد من الشرح والتفاصيل عن هذه الدعوى، راجع:

SPACONE, Andrew C., The Second Circuit's Curious Journey Through the Law of Tippee Liability for Insider Trading: Newman to Martoma, Roger Williams University Law Review, Vol. 24, Issue 1, Winter 2019, page 1.

ممَّا **يؤكِّد المآخذ على نظرية "الواجب الائتماني" الأمريكيَّة** في تطبيقها لحظر الاستغلال "الواعي" "Awareness"[1] أي عن قصد؛ الأمر الذي يساعد المُطَّلعين الثانويّين على التهرُّب من مسؤوليات حظر استغلال المعلومات أو البيانات لصعوبة إثبات علمهم بطبيعتها وقصدهم استغلالها نظراً لانعدام أيَّة صلةٍ لهم بمَصدَر المعلومة أو البيان وعدم وجود أيَّة قرينةِ سوء نيةٍ عليهم بالتالي، وهو ما يعني عدم نجاح نظرية "الواجب الائتماني" هذه.

وهذا ما يدفعنا **لاقتراح فرض نظرية "واجب الحذر" على المُطَّلع الثانوي بالتأكُّد من عدم سريَّة المعلومات أو البيانات** التي ينوي التعامل على أساسها، واعتباره مستغلاً لها بمجرَّد قيامه بالتعامل في ظلِّ علمه بها، حتى يُثبِتَ هو العكس بأنَّه قد حاول التأكُّد من عدم سريَّتها ولكنَّه فشل بعد اتّخاذه لمجهودٍ معقولٍ في سعيه نحو التأكُّد هذا، وبخصوص إثبات العلم لدى المُطَّلع الثانوي فيمكن الاستفادة من ثُبُوتِ بعض الجرائم التقنيَّة عليه؛ مثل اختراق موقع الشركة أو التنصُّت على اتصالات رؤسائها التنفيذيّين مثلاً.

فهنا تُصبح قرينة الاستغلال قائمةً على المُطَّلع الثانوي حتى يُثبتَ هو قيامه بالتأكُّد من كون المعلومات أو البيانات التي تعامل على أساسها غيرُ سريَّةٍ.

وبالتالي يجب أن يترافق مع حظر التعامل بناءً على معلومات أو بيانات غير مُعلَنَةٍ بمجرَّد إثبات العلم بها قبل التعامل ما يلي:

1. إهمال **واجب الامتناع عن التعامل "الواجب الائتماني"** فيمن يُفتَرَضُ فيهم العلم بالمعلومة (المُطَّلع الرئيسي) دون اشتراط إثبات قصد استغلالها لتحقيق النفع، وهو الوضع القائم حالياً في القانون الإماراتي، أو:
2. إهمال **واجب التأكُّد من عدم سريَّتها "واجب الحذر"** كما نقترح، وذلك فيمن لا يُفتَرَضُ فيهم العلم بالمعلومات أو البيانات (المُطَّلع الثانوي) دون اشتراط إثبات قصد استغلالها لتحقيق النفع.

ويمكننا طرح المثال عن **طريقة تأكُّد المُطَّلع الثانوي من عدم سريَّة المعلومات أو البيانات**، فيجب على المُطَّلع الثانوي أولاً التأكُّد من وجود إفصاح عن هذه المعلومات عبر البورصة، أمَّا إن كانت المعلومات عبارةً عن شائعاتٍ منتشرةٍ بين مجتمع المتداوِلين؛ فهنا يجب على الثانوي التواصل مع إدارة الشركة قبل التعامل على أساس هذه المعلومات للتأكُّد من وجود إفصاحٍ مرتبطٍ بها، فإن ظهر أنَّها مُجرَّدُ شائعةٍ؛ فلا يجوز له التعامل خلال حيازتها خوفاً من أن تكون معلومةً غيرَ مُعلَنَةٍ.

[1] ANDERSON, John P., Anticipating a Sea Change for Insider Trading Law: From Trading Plan Crisis to Rational Reform, Utah Law Review, Vol. 2015, No. 2, 2015, pp. 339-389, page 339.

ويمكن للشركة أن تُخصِّصَ وسيلةً الكترونيَّةً خاصَّةً للتفاعل مع المستثمرين والجمهور بخصوص المعلومات والبيانات الخاصَّة بها؛ كالمجيب الآلي عبر الاتصالات أو عبر الرسائل المباشرة على حساب الشركة في مواقع التواصل الاجتماعي؛ بحيث تعمل على الإجابة عن أسئلتهم حول كلِّ ما يخصُّ إفصاحات الشركة.

ثالثاً: مدى اشتراط تحقيق النفع الشخصي تجاه المُطَّلع الثانوي

يُشتَرَط وفقاً لقانون هيئة وسوق الأوراق الماليَّة والسلع أن يترافق مع التعامل قصد: "إرادة تحقيق النفع الشخصي المادي أو المعنوي"[1] "Real or Moral" "Personal Gain"، ذلك وإن لم يتحقَّق هذا النفع بالفعل.

إلاَّ أنَّ **نظام الإفصاح والشفافية قد حَصَرَ اشتراط قصد تحقيق النفع على المُطَّلع الثانوي دون الرئيسي** الذي يُعتبر منتهكاً لحظر الاستغلال بمجرَّد التعامل بناءً على المعلومات أو البيانات[2].

كما نصَّ نظام التداول في سوق الإمارات على أنَّه: "يُحظَر على أيِّ شخصٍ – سواءً بمفرده أو بالتواطؤ مع الغير- استغلال المعلومات الخاصَّة بأوامر المستثمرين لتحقيق منافعٍ شخصيَّةٍ له أو لغيره"[3]؛ وبالنسبة لتحقيق المنفعة للغير، فقد يتمُّ تقديم المعلومات أو البيانات كهديَّةٍ لصديقٍ كما رأى القضاء الأمريكي[4].

وهذا ما يعني أنَّ إثبات قيام ممارسة استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة تجاه المُطَّلع الثانوي يجب أن يقترن بإثبات قصد الفاعل بتحقيق مكسبٍ شخصيٍّ له أو لغيره، وهو **عنصر معنوي** يمكن لقاضي الموضوع تقديره من المصلحة لإجراء أي تعامل في السوق؛ كالربح من فرق السعر بين تاريخ الشراء (قبل الإعلان عن المعلومات) وتاريخ البيع (بعد الإعلان عنها وارتفاع الأسعار) بشكلٍ شخصيٍّ أو عبر الإفشاء.

ففي إحدى الوقائع لم تقبل المحكمة العليا في الولايات المتحدة إدانة المُطَّلع الثانوي المتلقِّي للمعلومات لأنَّه قد تلقَّى هذه المعلومات ثم أفشاها لأطرافٍ ثالثةٍ ليس من باب انتهاك الواجب الائتماني بهدف تحقيق منافع بل من أجل فضح الفساد الذي يجري في الشركة[5].

ولكنَّنا **وفق نظرية "واجب الحذر"** التي نقترحها، نرى أنَّه ينشأ على المُطَّلع الثانوي واجب التأكُّد من الطبيعة السريَّة للمعلومات أو البيانات التي ينوي المُطَّلع الثانوي التعامل بناءً عليها في السوق، فهنا يمكن **اعتبار المُطَّلع**

---

[1] المادة 37، قانون هيئة الأوراق المالية والسلع الإماراتيَّة، رقم 4، لعام 2000.

[2] المادة 37، نظام الإفصاح والشفافيَّة في سوق الإمارات للأوراق المالية والسلع، لعام 2000.

[3] المادة 17، نظام التداول والمقاصة والتسويات ونقل الملكية وحفظ الأوراق المالية، لعام 2001. تم تعديل نص المادة (17) بموجب القرار رقم (69 /ر) لسنة 2007.

[4] Bassam Yacoub SALMAN v. UNITED STATES.; Supreme Court of United States, No. 15-628, 137 S.Ct. 420 (2016), Decided December 6, 2016, section 426.

[5] *"As the facts of this case clearly indicate, the tippers were motivated by a desire to expose the fraud"*. See: Dirks v. SEC, 463 US 646, Supreme Court of United States, July 1, 1983, no. 667.

الثانوي مُنتهكاً لحظر استغلال المعلومات أو البيانات دون الحاجة لإثبات قصد تحقيق النفع الذي سيكون مُفترضاً بفعل سوء النيَّة المُرَافِق لانتهاك واجب الحذر الذي اقترحناه.

رابعاً: اكتمال شروط حظر الاستغلال خلال تطبيق الحظر على قواعد المسؤوليَّة

يبدو أنَّ "طريقة تطبيق القانون" "Law Implementation Aspect"[1] من القضاء تلعب دور البطولة في مواجهة استغلال المعلومات أو البيانات في السوق؛ حيث إنَّ مدى نفي القاضي لتوافر أركان حظر ممارسة الاستغلال يُمكن أن يودي بجدوى حظر القانون لهذه الممارسة من الأساس.

ولذلك فقد وجد جانب من الفقه الأمريكي أنَّه على الرغم من تشابه قواعد حظر ممارسات الغش في السوق – ومنها استغلال المعلومات أو البيانات- لدى العديد من المُشرِّعين والأسواق، إلاَّ أنَّ **مستوى تطبيق هذه القواعد هو العامِل الضامن لحظر هذه الممارسة على أرض الواقع**[2].

فالمساواة الحقيقيَّة بين المستثمرين هي رهنٌ بمدى قدرة القضاء على استيعاب حظر ممارسة استغلال المعلومات أو البيانات في السوق سواءً لدى إقامة المسؤوليَّة المدنيَّة أم الجزائيَّة:

1. **فبخصوص المسؤوليَّة المدنيَّة**؛ يتمُّ إثبات الخطأ في إطار القيام بأيِّ تعاملٍ خلال فترة العلم بمعلومات أو بيانات غير معلنة بشرط إثبات استغلالها لدى المُطَّلع الثانوي، ويكون الضرر مُتمثِّلاً بالسيولة التي سحبها المُطَّلع بالإضافة إلى الأضرار المعنويَّة للجهات المُستهدَفَة من مُتداولِين ومُصدِرين للأوراق الماليَّة[3]، وتكون العلاقة السببيَّة بين الخطأ والضرر واضحةً من معيار لولا قيام الاستغلال لما قام الضرر.
2. **وبخصوص المسؤوليَّة الجزائيَّة**؛ فيكون التعامل بناءً على معلومات أو بيانات غير مُعلَنَة هو الركن المادي للمُطَّلع الرئيسي، والقيام بالتعامل عن قصد هو الركن المعنوي، بالإضافة إلى العلاقة السببيَّة بين الفعل والنتيجة[4]، وعمليًّا تبدو أركان الجريمة قائمةً على تعاملات الرئيسي بمجرَّد نشوء المعلومات أو البيانات غير المعلنة حتى الإفصاح عنها لوجود قرينة العلم عليه.

---

[1] CHITIMIRA, Howard op. cit., page 154.

[2] CUMMING, Douglas and GROH, Alexander and JOHAN, Sofia, op. cit., page 1.

[3] وفي واقعة استغلال حقيقيَّة، قضت محكمة نيويورك بالتعويض على المُطَّلع لأنَّه قد أساء إلى سمعة الشركة إلى جانب الأضرار الماديَّة التي سبَّبها لها. أنظر:

"... Skowron's behavior damaged the firm's reputation...". See: Stanley v. Skowron, 989 F. Supp. 2d 356, United States District Court, S.D. New York, December 19, 2013, no. 362.

[4] *"تقدير الخطأ الموجب لمسؤولية مُرتَكِب الفعل وتقدير توافر رابطة السببية بين الخطأ والنتيجة أو عدم توافرها من المسائل الموضوعية التي تفصل فيها محكمة الموضوع بغير مُعقِّب مادام تقديرها سائغاً مستنداً إلى أدلة مقبولة في العقل والمنطق ولها أصل في الأوراق"*. أنظر: المحكمة الاتحادية العليا الإماراتيَّة، الطعن 78، جزائي، لعام 2016، جلسة 9 مايو 2016. منتدى قانون الإمارات، الفهرس والأحكام والمبادئ الجزائية، الصفحة 262.

أمَّا بخصوص المُطَّلع الثانوي فيجب إثبات قصد استغلاله المعلومات خلال التعامل بهدف تحقيق النفع حتى يتمَّ تجريمه ولا يكفي التعامل وفق القانون الإماراتي، بينما **في ظلِّ تطبيق نظرية "واجب الحذر"** سيُكتَفَى بالتعامل مع خرق واجب التأكُّد من الطبيعة السريَّة للمعلومات أو البيانات.

وتجدر الإشارة مع نهاية هذا المبحث إلى أنَّ قواعد حظر التعامل على أساس المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة خاصَّة بالأوقات التي يجوز فيها للمُطَّلع التعامل في السوق.

بينما كان للصعوبات القضائيَّة العمليَّة في تطبيق حظر الاستغلال[1]، أنْ قام المشرع الإماراتي بفرض حظرٍ تامٍّ عن التعامل بالسوق خلال بعض الأوقات كما سنرى في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

حظر التعامل التام لضمان عدم استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة

إنَّ حظر التعامل التام لضمان عدم استغلال المعلومات أو البيانات يتضمَّن تلك البيانات الماليَّة الدوريَّة أو المعلومات الجوهريَّة غير الدوريَّة أو الطارئة الصادرة عن الشركة المُدرِجة في البورصة.

فعندما يكون علمُ أحد الأشخاص بهذه البيانات غير المُعلَنَة مُفترضاً، كونه مُخوَّلاً بموجب وظيفته أو مركزه بالاطِّلاع عليها كالمُطَّلع الرئيسيّ؛ ينشأ هنا الدليل المُفترَض على استغلال هذا الشخص للبيانات غير المُعلَنَة إن قام بأيّ تعاملٍ خلال فتراتٍ قانونيَّة محدَّدةٍ تحظر عليه مجرَّد التعامل في السوق.

وذلك لأنَّ مُجرَّد التعامل في هذه الحالة يقيمُ "قرينةً قانونيَّة" "Legal Presumption" على استغلال المُطَّلع الرئيسي؛ بغرض تحصيل ربحٍ غير مشروعٍ يتمثَّل بالفرق بين قيمة الأوراق الماليَّة قبل الاستغلال وقيمتها بعده.

وسنبحث في ماهيَّة حظر التعامل التام في السوق أولاً، ثم حيث سنقترح نظرية "المدة المعقولة" خلال بحثنا في فترات قيام حظر التعامل هذا ثانياً.

[1] KLEPITSKIJ, Ivan, Market Manipulation in Russia and in Europe: The Criminal Law Dimension, Russian Law Journal, Vol. IV, Issue 3, (2016), pp. 120-135, page 128.

المطلب الأول

ماهيَّة حظر التعامل التام لضمان عدم استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة

حظر التعامل التام -أو ما اصطُلِحَ على تسميته "الفترات المغلقة" "Lock-Up Periods" [1]-، هو عبارةٌ عن إجراءٍ احترازيٍ يفرض حظراً مُطلقاً على المُطَّلعين الرئيسيّين بالتعامل في السوق خلال فترات حسَّاسةٍ مُعيَّنةٍ تحت طائلة بطلان تعاملاتهم.

وحتى نتعمَّق في ماهيَّة حظر التعامل التام على الأوراق الماليَّة علينا البحث في مفهومه أولاً، ثم في الصفة الآمرة لقواعده ثانياً، وأركان المسؤوليات المترتبة عليه ثالثاً.

أولاً: مفهوم حظر التعامل التام على الأوراق الماليَّة

لقد نصَّ نظام التداول في سوق الإمارات للأوراق الماليَّة والسلع على أنَّه: "لا يجوز لرئيس وأعضاء مجلس إدارة الشركة المدرجة أوراقها الماليَّة في السوق ومديرها العام أو أيّ شخصٍ من الموظفين المُطَّلعين على **البيانات** الأساسيَّة للشركة التصرُّف بنفسه أو بواسطة غيره بالتعامل في الأوراق الماليَّة للشركة ذاتها أو في الأوراق الماليَّة للشركة الأم أو التابعة أو الحليفة أو الشقيقة لتلك الشركة إذا كانت أياً من هذه الشركات مدرجة أوراقها في السوق، وذلك خلال الفترات التالية قبل 10 أيام من الإعلان عن أي **معلومات** جوهرية... قبل 15 خمسة عشر يوماً من نهاية الفترة المالية الربعية أو النصف السنوية أو السنوية ولحين الإفصاح عن **البيانات** المالية"[2].

وبالتالي فإنَّ حظر التعامل التام على الأوراق الماليَّة ينالُ من المُطَّلع الرئيسي على المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة في الشركة التي يعمل بها أو حتى في الشركات المُدرِجَة التي ترتبط مع الشركة التي ينتمي إليها بروابطٍ من الملكيَّة والسيطرة بغاية حماية السوق بشكلٍ أساسيٍ من ممارسات التلاعب بالسوق[3].

وهذا الحظر يندرج ضمن **الملاحقة الأقسى من القانون والقضاء للمُطَّلع الرئيسي** على بيانات الشركة؛ كونه يعني خيانة واجب الولاء للشركة التي ينتمي إليها أو الجهة الرقابيَّة التي خوَّلته الاطلاع على معلومات الشركة،

[1] ALTWAYAN, Nasser Saleh, Corporate Insider Trading in Saudi Arabia - A Comparative Analysis with the United States, Theses in partial fulfilment of the requirement for the degree of Doctor of Juridical Science, University of Minnesota, July- 2019, page 264.

[2] المادة 14، نظام التداول والمقاصة والتسويات ونقل الملكية وحفظ الأوراق المالية، لعام 2001. تم تعديل نص المادة (14) بموجب القرار رقم (20) لسنة 2014.

[3] DUMEZ, Par Hervé op. cit., page 7.

وهو ما اصطلح على تسميته بـ: "الواجب الائتماني أو الثِّقَوِي"[1]، وقد شرحه القضاء الإنكليزي[2]؛ أي واجب الموظَّف أن يكون مؤتمناً على بيانات الجهة التي ائتمنته على معلوماتها وبياناتها.

وهو ما يُمكن مقارنته باهتمام جانب من الفقه الفرنسي مؤخَّراً بـ: "ملاحقة عمليَّات المُطَّلعين" "La Poursuite des Opérations D'Initiés"[3]؛ أي ملاحقة العمليَّات خلال فترة الحظر التام، وليس حظر الاستغلال بمفهومه التقليدي العام غير المجدي.

إلاَّ أنَّ هذا **الحظر التام على المُطَّلع الرئيسي لا يُقيمُ مبدأ المساواة الحقيقيَّة بين المستثمرين في ظلِّ تجاهل المفصولين عن الخدمة**؛ لأنَّ حظر التعامل الخاصِّ بالمُطَّلع الرئيسي لا يناله بعد أن يترك وظيفته أو منصبه الذي خوَّله أساساً الاطِّلاع على معلومات وبيانات الشركة، بينما قد يكون مُكتنِزاً لبعض المعلومات أو البيانات التي لم يتمَّ انتشارها بعدُ في السوق، رغم أنَّها ما تزال تحمل صفة السريَّة والتأثير.

ممَّا يوجب **مدَّ الحظر التامَّ الدائم على تعامل المفصولين عن الخدمة إلى أن يتمَّ الإفصاح عن المعلومات أو البيانات** كما اقترح جانب من الفقه العربي[4].

كما نذكر أنَّ هناك مُطَّلعين يمكننا تسميتهم بـ: **"المُطَّلعين التابعين"** للمُطَّلعين الرئيسيِّين يقومون باستغلال البيانات غير المُعلَنَة باسمهم ولحساب المُطَّلع الرئيسي الذي يستخدمهم كأداةٍ للقيام بهذه الممارسة غير القانونيَّة، وتظهر هذه الممارسات حتى في ظل البيئة التشريعيَّة التي تحظر استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة بشكلٍ واسعٍ تجاه أيِّ أحدٍ[5]؛ لأنَّ إثبات واقعة الاستغلال تجاه التابعين هو أمر عسيرٌ في ظل عدم وجود أيِّ قرائن علمٍ أو سوء نيَّةٍ تجاههم.

خاصَّةً بعد أن تغيَّرت السوق في عصر الاعتماد على التكنولوجيا، وأضحى يتدخَّل بعملها ويطَّلع على بياناتها أشخاصٌ محترفون بالبرمجة والحوسبة[6]، ومنهم أولئك الذين يعملون في الجهات القائمة على تشغيل منصَّة

---

[1] *"... a breach of the duty of loyalty imposed on all fiduciaries to avoid personally profiting from information entrusted to them"*. See: BAINBRIDGE, Stephen M. The Law and Economics of Insider Trading, UCLA School of Law, Research Paper No. 19-01, 2019, page 6.

[2] Bristol & West Building Society v Mothew [1998]. See: https://webstroke.co.uk/law/cases/bristol-west-building-society-v-mothew-1998 (28-9-2019).

[3] Yaşar, Kenan Evren, La Luttre Contre Les Operations D'inities: Double Protection En France, Annales XLVI, N. 63, pp. 221-283, page 226.

[4] حسين فتحي، تعاملات المُطَّلعين على أسرار أسهم الشركة، مرجع سابق، الصفحة 217.

[5] مثل مصر. أنظر:

ELDAYDAMONY, Elsayed, Insider Trading Framework in United States and Egyptian Stock Markets, Theses and Dissertations, Maurer School of Law: Indiana University, 2019, page 45. See: https://www.repository.law.indiana.edu/etd/59 (28-9-2019).

[6] للاطِّلاع على أحدث التغييرات البنيويَّة التي قد طرأت على بيئة عمل السوق، راجع في جانب من الفقه الأمريكي:

التداول في السوق كما جاء في جانب من الفقه الفرنسي[1] الذين قد يُسخِّرون أشخاصاً آخرين بغرض التعامل لحسابهم.

فمثل هؤلاء **الأشخاص المُسخَّرين يجب أن يأخذوا حكم المُطَّلع الرئيسي** بالخضوع لفترات حظر التعامل الدائم؛ لأنَّهم عبارةٌ عن واجهةٍ للمُطَّلع الرئيسي الخاضع لهذه الفترات، وإلاَّ لكانت المساواة بين المستثمرين ظاهريَّةً فقط.

ثانياً: الصفة الآمرة لقواعد حظر التعامل على الأوراق الماليَّة

يجب على جميع المُطَّلعين الرئيسيّين على المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة عدم التعامل على أساسها خلال فترة حظر التعامل التام، حيث أنَّ أمام المُطَّلع خيارَيْن: إمَّا الإفصاح عن المعلومات أو البيانات للجمهور –إن خوَّله مركزه الوظيفي ذلك-، أو الامتناع عن التعامل على أساسها حتى يتمَّ الإفصاح العام عنها[2]، وهو ما عبَّر عنه القضاء الأمريكي بـ: "واجب الإفصاح أو الامتناع" [3] "... the duty to disclose or abstain".

وبناءً عليه، فيبدو أنَّ **التعامل الذي يُخالِف فترات الحظر المذكورة سيقع باطلاً**[4]؛ وهو ما يعني مثلاً أنَّ تداول الأوراق الماليَّة خلال فترتَي الحظر من المُطَّلع الرئيسي على المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة ستكون نتيجته بطلان عمليَّة التداول وإزالة جميع آثارها وكأنَّها لم تكنْ من وجهة نظر القانون؛ نظراً لقيام هذا المُطَّلع بـ: "استخدامٍ غير قانونيٍّ" "Unlawful Use" للمعلومات أو البيانات[5]، وهو ما يُمثِّل: "مخالفة للمُطَّلع" "L'Infraction D'Initié" كما وصفت محكمة النقض الفرنسيَّة[6].

FOX, Merritt B. and GLOSTEN, Lawrence R. and RAUTERBERG, Gabriel V., The New Stock Market: Sense and Nonsense, Duke Law Journal, VOL. 65, No. 2, November 2015, pp. 191-277, page 198.

[1] CONAC, Pierre-Henri, op. cit., page 3.

[2] BAINBRIDGE, Stephen M., op.cit, page 773.

[3] Dirks v. SEC, 463 US 646, Supreme Court of United States, July 1, 1983, no. 664.

[4] المادة 14، نظام التداول والمقاصة والتسويات ونقل الملكية وحفظ الأوراق المالية، لعام 2001. تمَّ تعديل نص المادة (14) بموجب القرار رقم (20) لسنة 2014.

[5] KLEPITSKIJ, Ivan, op. cit., page 122.

[6] Core de Cassation de France, Criminal Chamber, n° 94-83.780, 26 October 1995.

والإبطال هنا هو ردُّ فعلٍ طبيعيٍّ عن تعاملاتٍ تضرُّ بالكفاءة التسعيريَّة للسوق بشكلٍ كبيرٍ[1]؛ **فالبطلان يتأتَّى هنا عن مخالفةٍ للنظام العام البورصي** كما شرحه جانب من الفقه العربي[2].

ولكن يجب التأكيد عن أنَّ **البطلان الناتج عن انتهاك قواعد حظر التعامل لا يقوم إلاَّ إن كان التعامل قد جرى قبل الإفصاح عن المعلومات أو البيانات**، أمَّا إن تمَّ هذا الإفصاح، فتكون المعلومات أو البيانات حينئذٍ "فاقدةً لصفة السريَّة" "No Longer Nonpublic"[3]، وبالتالي فلا يُمكن هنا تطبيق حظر التعامل بعد تجاوز الإطار الزمني للسريَّة.

ثالثاً: التعريف بأركان المسؤوليَّات المترتّبة على حظر التداول التام

يترتَّب على خرق الحظر التام للتعامل في السوق إمكانيَّة قيام كلٍّ من المسؤوليَّة المدنيَّة أو الجزائيَّة على المُطَّلع الرئيسي، وذلك بالأركان التالية:

1. **بخصوص المسؤوليَّة المدنيَّة**؛ فإنَّ قيام الرئيس التنفيذي كمُطَّلع رئيسي مثلاً بتنفيذ عملية تداول هو ركن الخطأ؛ لأنَّه بموجب نظام التداول يَخرقُ حظر التداول التام عليه، ويكون الضرر بما يثبت من أضرار ماديَّة أو معنويَّة بالإضافة إلى العلاقة السببيَّة بين الخطأ والضرر.
2. أمَّا **بخصوص المسؤوليَّة الجزائيَّة**؛ فلا يمكن تجريم فعل المُطَّلع الرئيسي فقط لكونه قام بالتداول خلال فترة حظر التداول دون إثبات توصيف فعله على جريمة التعامل بناءً على معلومات أو بيانات غير مُعلَنَة أو إحدى جرائم سوق المال. ولكن يمكن الاستناد إلى وجود أيّ تعاملٍ من المُطَّلعين الرئيسيّين خلال فترات الحظر التام على أنَّه قرينةٌ قد يُبنى عليها لإثبات استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة، أو ما يمكن الإطلاق عليه اصطلاح "الدليل الظرفي" "Circumstantial Evidence"[4]؛ أي وجود ظرف قد يتمُّ الاستناد عليه في الدعوى لإثبات الاستغلال، إلاَّ أنَّ كلَّ ذلك عائدٌ لمدى قناعة قاضي الموضوع الجزائي بالأدلَّة المطروحة أمامه[5].

---

[1] يُقصد بـ: "كفاءة التسعير" "Price Efficiency"، أو "الكفاءة الخارجية" "External Efficiency" وصول المعلومات الجديدة للمتعاملين في سوق الأوراق المالية بشكل سريع وبدون فاصل زمني كبير ممَّا يجعل أسعار الأوراق المالية كالمرآة تعكس كل المعلومات التي تمَّ الإفصاح عنها للعموم. أنظر: منير إبراهيم هندي، الأوراق المالية وأسواق رأس المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام 1999، الصفحة 501. وكذلك:

KUSNADI, Yuanto, op. cit., page 18.

[2] للمزيد من المعلومات، راجع: همام القوصي، تأثير (النظام العام البورصي) على تغيير القواعد العامة والمبادئ البورصية، مرجع سابق، الصفحة 87.

[3] FOX, Merritt B. and GLOSTEN, Lawrence R. and RAUTERBERG, Gabriel V., op. cit., page 271.

[4] ALTWAYAN, Nasser Saleh, op. cit., page 265.

[5] *"العبرة في المحاكمات الجنائية اقتناع قاضي الموضوع بناء على الأدلة المطروحة عليه"*. أنظر: القاعدة 90، المحكمة الاتحادية العليا الإماراتيَّة، الطعن رقم 512، لعام 2016، جلسة 21 نوفمبر 2016. منتدى قانون الإمارات، الفهرس والأحكام والمبادئ الجزائية، الصفحة 337.

ومن جهة أخرى، يبدو أنَّ **مصير إبطال التعاملات بناءً على خرق حظر التعامل التام سيبقى رهناً بمدى انضباط صياغة النصِّ القانوني**؛ تلك الصياغة التي يجب أن تنشأ عن "إعادة نظرٍ منطقيَّةٍ" "Rational Reform"[1] في حالات قيام حظر التعامل التام كما سنرى.

المطلب الثاني

فترات قيام حظر التعامل التام لضمان عدم استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة

(اقتراح نظرية "المدة المعقولة")

ينشأ حظر التعامل التام على الأوراق الماليَّة في الفترات التالية: قبل الإفصاح الدوري عن البيانات الماليَّة أولاً أو المعلومات الجوهريَّة غير الدوريَّة ثانياً أو المفاجئة ثالثاً، وسنقوم باقتراح تطبيق نظرية "المدة المعقولة" على كل من الفترات المذكورة.

أولاً: حالة حظر التعامل التام على الأوراق الماليَّة قبل الإفصاح الدوري

تقوم الشركات مُصدرة الأوراق الماليَّة في السوق عادةً بنشر بياناتٍ دوريَّةٍ تكشفُ فيها عن مجموعةٍ من البيانات الماليَّة التي تُعبِّر عن مركزها المالي، وهو ما يُدعَى بـ: **"الإفصاح الدوري" "Periodical Disclosure"**[2].

ويُعتبَر المُطَّلع الرئيسي الشخص الأكثر عِلماً بهذه البيانات قبل الإفصاح عنها، فهو مَن يقوم بالإشراف على إعدادها، وهو أكثر مَن يعرف ثغراتها ودلالاتها، وبالتالي فهو الأقدر على استغلالها واستباق المستثمرين بخطواتٍ؛ ولذلك فقد كان من الضروري **وضعَ مُدَّةٍ قانونيَّةٍ سابقةٍ للإفصاح الدوري بحيث يُحظر على المُطَّلع الرئيسي التعامل خلالها بالأوراق العائدة للمُصدر الذي ينتمي إليه**.

وعليه، فقد نصَّ نظام التداول الإماراتي على حظر التعامل على الأوراق الماليَّة بالنسبة للمُطَّلعين الخاضعين لأحكام فترات حظر التعامل (الرئيسيّين)[3]: "قبل (15) خمسة عشر يوماً من نهاية الفترة الماليَّة الربعيَّة أو النصف السنويَّة أو السنويَّة ولحين الإفصاح عن **البيانات الماليَّة**"[4].

---

[1] ANDERSON, John P., op. cit., page 279.

[2] وقد ظهر للأساتذة Luc RENNEBOOG -Peter DE GOEIJ - Peter CZIRAKI في دراستهم عام 2010 أنَّ عدم التزام الشركات بواجباتها تجاه الحوكمة والإفصاح سوف ينتج عنه بالتأكيد زيادة في أرباح المُطَّلعين الذين يقومون باستغلال المعلومات غير المُعلَنَة. أنظر:

"firms did away with shareholder-unfriendly governance structures, profits to insider purchases did indeed increase". See: CZIRAKI, Peter and DE GOEIJ, Peter and RENNEBOOG, Luc, op. cit, page 33.

[3] *"... رئيس وأعضاء مجلس إدارة الشركة المدرجة أوراقها المالية في السوق ومديرها العام أو أي شخص من الموظفين المُطَّلعين على البيانات الأساسية للشركة التصرف بنفسه أو بواسطة غيره..."*. أنظر: المادة 14، نظام التداول والمقاصة والتسويات ونقل الملكية وحفظ الأوراق المالية، لعام 2001. تم تعديل نص المادة (14) بموجب القرار رقم (20) لسنة 2014.

[4] نفس المادة السابقة.

إلاَّ أنَّ **ضمانة حظر التعامل التام قبل الإفصاح الدوري هذه هي ضمانةٌ قاصرةٌ تماماً عن فرض المساواة الحقيقيَّة بين المستثمرين**؛ لأنَّ مُدَّة الـ(15) يوماً غيرُ كافيةٍ لضمان عدم استغلال البيانات الناتجة عن إعداد الشركة للبيانات الماليَّة السنوية.

ذلك بدليلِ أنَّ قانون الشركات الإماراتي قد ألزم مديري الشركة بتحضير الميزانيَّة السنويَّة وتدقيقها خلال 4 أشهر من تاريخ انتهاء السنة الماليَّة[1]، وعلى هذا فإنَّ المُدَّة القانونيَّة الخاصَّة بحظر تعامل المُطَّلع الرئيسي على الأوراق الماليَّة يجب ألاَّ تقلَّ عن 4 أشهر سابقة عن الإفصاح عن البيانات الماليَّة السنويَّة كحد أدنى، وأن تكون مُدَّة الـ 15 يوماً خاصَّةً بالبيانات الربعيَّة.

أو أن يتمَّ إخضاع هذه المدَّة لتقدير هيئة السوق بحيث تكون مدةً معقولةً تفصل بين تاريخ بداية تجهيز البيانات المالية وبين تاريخ الإفصاح عنها، وهو ما نقترحه على أساس نظرية **"المدة المعقولة"**.

فعلى الهيئة أن تُقدِّر هذه المدَّة آخذةً بعين الاعتبار نشاط الشركة وصعوبة وتعقيد إعداد بياناتها الماليَّة: فمثلاً الشركة الأم التي يجب أن تُصْدِرَ بيانات جميع الشركات الفرعيَّة التي تُسيطر على رأسمالها مع بيانات الشركة الأم، فهذه البيانات كلُّها تأخذ من الوقت في الإعداد أكثر من شركة المقاولات العقاريَّة الوحيدة.

ثانياً: حالة حظر التعامل التام على الأوراق الماليَّة قبل الإفصاح الجوهري غير الدوري

أمَّا بخصوص **الإفصاح عن المعلومات الجوهريَّة غير الدوريَّة**، فعلى اعتبار أنَّ المُطَّلع الرئيسي في الشركة لديه اطِّلاع على جميع الأحداث الجوهريَّة السريَّة ذات التأثير-أي القادرة على تحريك سعر أوراقها-، فإنَّ عليه التزاماً قانونيَّاً بعدم التعامل بهذه الأوراق خلال مُدَّة سابقة للإفصاح عنها[2].

حيث نصَّ التداول الإماراتي على عدم جواز التعامل بهذه الأوراق الماليَّة من المُطَّلعين: "قبل (10) عشرة أيام عملٍ من الإعلان عن أي **معلوماتٍ جوهريَّةٍ** من شأنها أن تؤثِّر على سعر السهم صعوداً أو هبوطاً **إلاَّ إذا كانت** البيانات ناتجةً عن أحداثٍ طارئةٍ ومفاجئة"[3].

وتختصُّ هذه الحالة بالمعلومات الجوهريَّة غير الدوريَّة أي غير المتعلِّقة بالفترات الماليَّة السابق من جهة، وغير الطارئة من جهة أخرى؛ وهو ما يعني أنَّ المعلومات الجوهريَّة غير الدوريَّة هي كتلك الناتجة عن مفاوضات واتِّفاقيَّات مع إدارة الشركة بها وليس طوارئ مفاجئة لها.

---

[1] المادة 236-1، قانون الشركات الإماراتي، رقم 2، لعام 2015.

[2] وقد تبيَّن في دراسة للأستاذ Xuewu WANG عام 2010 أنَّ المُطَّلعين يتعاملون على الأوراق الماليَّة العائدة للجهة التي يطَّلعون على معلوماتها بشكلٍ كثيفٍ قبل قيام هذه الجهة بتصريحاتٍ مفاجئةٍ غير دوريَّةٍ وغير مجدولةٍ في برنامج عملها. أنظر:

WANG, Xuewu, Time-Varying Liquidity Trading, Private Information and Insider Trading, European Financial Management, Vol. 20, No. 2, 2014, page 345.

[3] المادة 14، نظام التداول والمقاصة والتسويات ونقل الملكية وحفظ الأوراق المالية، لعام 2001. تم تعديل نص المادة (14) بموجب القرار رقم (20) لسنة 2014.

والمثال الأبرز على هذه المعلومات هو تلك المتعلِّقة بعروض الاندماج التي تتعرض لها الشركة المدرِجة في البورصة، وبشكل خاص "تصريح الاندماج" "Merger Announcements" الرسمي[1].

فمثل هذه المعلومة تتمتَّع بتأثير جوهري على سعر الأوراق الماليَّة للشركة المستهدَفة خاصَّةً؛ حيث إنَّ الشركة التي تحاول الاندماج مع الشركة المُدرِجة قد تكون سيئة السمعة فتكون معلومةً سلبيَّةً أو قد تكون شركةً عالميَّةً ذات وزنٍ ماليٍّ دوليٍّ فتكون معلومةً إيجابيَّةً؛ وهكذا يستطيع المُطَّلع استباق السوق وبيع أوراقه قبل انخفاض السعر في حال كانت المعلومة سلبيَّةً أو شراء أوراقٍ جديدةٍ قبل ارتفاع سعرها في حال كانت المعلومة إيجابيَّةً.

وكذلك يندرج ضمن ذات الطبيعة المعلومات الخاصة بـ: "عرض الاستحواذ" "Takeover Bid"[2]؛ حيث إنَّ الجهة التي تُحاوِل الاستحواذ على الشركة المُدرِجَة أسهمها في السوق تسعى إلى تجميع أكبر قدرٍ ممكنٍ الأسهم؛ ولذلك فهي تقدِّم عروض في الشراء في السوق على أيِّ سعرٍ ممَّا قد يدفع سعر سهم الشركة المستهدَفَة إلى القمَّة، ولذلك فإنَّ المُطَّلع على معلومات عروض الاستحواذ قبل الإفصاح عنها يستطيع شراء كميَّةٍ من الأسهم قبل ارتفاع السعر ثم بيعها عندما يبلغ هذا السعر القمَّة.

وبناءً عليه، فإنَّ المُطَّلع محظورٌ عليه التعامل بالأوراق المالية لشركته خلال 10 أيام تسبق الإعلان عن مثل هذه المعلومات غير الدوريَّة وفق نظام التداول الإماراتي.

والثغرة القانونية هنا واضحةٌ في أنَّ التمهيد والتحضير لمثل هذه الصفقات الاستراتيجية قد يمتد لأشهر فلا تُشكِّل مُدَّة الـ 10 أيام أيَّ عائق أمام المدير التنفيذي مثلاً لاستغلال معلومات الاندماج والاستحواذ.

ولذلك نقترح هنا عدم تحديد مُدَّة زمنية نموذجية موحَّدة، وربط حظر التداول التام بـ: **"مُدَّة معقولة" تبدأ من تاريخ نشوء المعلومة إلى تاريخ الإفصاح عنها**، ويعود تقدير هذه المُدَّة لهيئة السوق بحيث يتمُّ إبطال أيَّة تعاملات للمُطَّلعين جرت خلال هذه الفترة.

ففي حالة الاندماج، لا يمكن بالمنطق إتمام المفاوضات والاتِّفاق على اندماج شركتَيْن عملاقتَيْن خلال يوم أو يومَيْن، فالمدَّة المعقولة لمثل هذا الاتِّفاق يجب ألاَّ تقل عن 20 يوماً، أمَّا إن ثبت لهيئة السوق وقوع خلافٍ خلال فترة المفاوضات فيمكن للهيئة أن تَمُدَّ هذه المدَّة حتى تشمل شهر أو شهرين وفقاً للتحريَّات، بحيث يتمُّ إبطال أيَّة تعاملات للمُطَّلعين الرئيسيِّين خلال مدَّة حظر التعامل التام هذه.

[1] ALEKSANYAN, Mark, et. al., Fear and media coverage: The case of insider trading in takeover targets, 2019, page 24. See: https://www.qmul.ac.uk/busman/media/sbm/research/researchcentres/behavioural-finance-working-group/Aleksanyan-et-al.pdf (27-9-2019)

[2] ALEKSANYAN, Mark, et. al., op. cit., page 24.

ويمكن أيضاً التحقيق في مدى تشكيلها لجريمة استغلال المعلومات غير المُعلَنَة حتى وإن نتجَ عن ذلك ازدياد كبير في عدد الملاحقات القانونيَّة[1]؛ حيث نرى أنَّ ذلك يمثِّل بحدِّ ذاته ردعاً عن ممارسة الاستغلال.

ولكن ماذا عن بيانات الإفصاح الفوري المفاجئ؟.

ثالثاً: حالة حظر التعامل التام على الأوراق الماليَّة قبل الإفصاح المفاجئ

بخصوص **"الإفصاح المفاجئ أو الفوري" "Prompt Disclosure"[2] أو الطارئ عن معلوماتٍ مفاجئةٍ**؛ كخبر الإفلاس أو استقالة الرئيس التنفيذي.. إلخ، فقد يستطيع المُطَّلع تجاوز جمهور المستثمرين قبل هذه المُدَّة القصيرة إن وصلت المعلومة المفاجئة إلى علمه قبل هذه المُدَّة.

وقد ترك نظام التداول الإماراتي حظر التعامل السابق للإفصاح المفاجئ دون تحديد مُدَّةٍ سابقةٍ له استناداً على أنَّه لا يمكن تحديد وقت نشوء المعلومة المفاجئة في هذا الإفصاح بشكلٍ دقيقٍ، كما يجب أن يتمَّ الإعلان عنها فوراً، وهو ما يُصعِّب مهمة استغلالها في السوق.

إلاَّ أنَّ نظام التداول الإماراتي قد أساء التقدير، فقد أغفل **إمكانيَّة قيام مدير الشركة كمُطَّلع رئيسيٍّ بـ: "تأخير" "Delay" الإفصاح عن المعلومة الإيجابيَّة المفاجئة** حتى يشتري أسهم الشركة قبل أن يرتفع سعرها في السوق، وهذا ما يَنتهِكُ واجب الإفصاح عن المعلومات إلى جانب استغلالها[3].

فالمُطَّلع الرئيسي خاصةً لديه اطِّلاع على "المشهد العام لمركز الشركة" "Les Perspectives ou la Situation de la Société" كما ذكرت محكمة النقض الفرنسيَّة[4]، ممَّا يسمح له ليس فقط استباق نشر المعلومات، بل أيضاً تأخيرها دون أن يظهر ذلك كوضعيَّةٍ من نقص شفافيَّة الشركة.

ولذلك فما يضمن برأينا تحقيق المساواة الحقيقيَّة بين المساهمين برأينا هو **حظر التعامل التام قبل "مُدَّة معقولةٍ" من التاريخ الواجب للإفصاح عن مثل المعلومة المفاجئة وليس من التاريخ الفعلي للإفصاح؛ على أن يعود تقدير هذه المدة المعقولة لهيئة السوق**؛ وذلك حتى يتمَّ شمول الفترة التي تفصل بين علم المُطَّلع بالمعلومات المفاجئة والإفصاح عنها.

---

[1] وجد جانب من الفقه الكندي أنَّ عدد الملاحقات الأمريكيَّة لاستغلال المعلومات غير المُعلَنَة تتجاوز بكثير تلك القائمة في كندا. أنظر:
"... U.S. investigations involve a significantly greater number of defendants and these defendants...". See: ANAND, Anita, et. al., An Empirical Comparison of Insider Trading Enforcement in Canada and the United States, Articles & Book Chapters, 2019, page 33. See:
https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/scholarly_works/2746 (28-9-2019).

[2] The International Organization of Securities Commissions "OICV-IOSCO", ", insider trading how jurisdictions regulate it, report of the emerging markets committee, op. cit., section 1.1.1.1. page 2.

[3] بوفامة، سميرة، مرجع سابق، الصفحة 575.

[4] Core de Cassation de France, Criminal Chamber, n° 05-82.453, 14 juin 2006.

فمثلاً إن استقال الرئيس التنفيذي لشركةٍ معيَّنةٍ بعد فشله التامّ في إدارتها بتاريخ 29-9-2019، فهنا يجب على الشركة أن تُفصِحَ عن هذه المعلومة في اليوم التالي على أبعدِ تقديرٍ؛ أي بتاريخ 30-9-2019، فإن قامت الشركة بالإفصاح عن هذه الاستقالة بتاريخ 3-10-2019، فهنا يجب اعتبار حظر التعامل التام على المُطَّلعين الرئيسيّين نافذاً من تاريخ 30-9-2019 لأنَّه التاريخ الواجب للإفصاح عن مثل المعلومة المفاجئة، ثم إبطال أيَّة تعاملات جرت منذ ذلك التاريخ، وليس اعتباراً من تاريخ الإفصاح الفعلي في تاريخ 3-10-2019، فلا يُجدي نفعاً إعمال حظر التعامل قبل يوم من تاريخ الإفصاح الفعلي أي 2-10-2019 مثلاً؛ لأنَّ المُطَّلعين الرئيسيّين كانوا قادرين على استغلال هذه المعلومة الطارئة فعليَّاً منذ 30-9-2019.

كما نرى أنَّه يجب هنا إنشاء قرينة استغلالٍ قانونيَّةٍ لمعلومات الإفصاح المفاجئ حصراً، على أن تنشأ هذه القرينة بين **نشوء واقعة الإفصاح المفاجئ** (مثل احترق معمل الشركة أو استقالة رئيس مجلس إدارتها)، وبين **التاريخ الواجب للإفصاح عن مثل المعلومة المفاجئة**، ويكون أثر هذه القرينة إبطال جميع تعاملات المُطَّلعين الرئيسيّين في الشركة خلال هذين التاريخين تطبيقاً للحظر التام من التعامل في السوق.

ويظهر هنا مدى أهميَّة الحرص الرقابي الذي تُمارِسُه لجنة السوق على عمليَّات التداول الجارية فيها، وشرح خصوصيَّة الظروف التي تُحيط بكلِّ عمليَّة قبل تحرير تقاريرها وختام تحقيقاتها، ثم ضرورة استيعاب القضاء لهذه الظروف وتوسيع معايير إقامة المسؤوليَّة عن استغلال المعلومات المفاجئة بالاستدلال عليه من خرق حظر التعامل التام[1].

[1] لقد استنتج جانب من الفقه الأمريكي أنَّ الحكومة الأمريكيَّة تدفع دائماً نحو توسيع معايير إقامة المسؤوليَّة عن استغلال المعلومات غير المُعلَنَة، إلاَّ أنَّ القضاء الأمريكي على ما يبدو يُسيرُ في عكس هذا الاتِّجاه. أنظر:

"The government is consistently pushing to expand the standard for insider trading liability while the courts push back". See: PAULSON, Timothy J., How Meaningful Is a Close Relationship? When it Comes to Insider Trading Prosecution, the Second Circuit Says "Not Very", Seton Hall University, Law School Student Scholarship, 2019, page 27. See: https://scholarship.shu.edu/student_scholarship/953 (28-9-2019).

حتى أنَّه ما زال جانب من الفقهاء الأمريكيّين التقليديّين مثل BAINBRIDGE يبحثون في المجادلة العقيمة بين القانونيّين والاقتصاديّين عن ضرورة الحظر القانوني لاستغلال المعلومات غير المُعلَنَة. أنظر:

BAINBRIDGE, Stephen M., The Law and Economics of Insider Trading, op. cit., page 44.

الخاتمة

لقد حاول المشرع الإماراتي أن يُحيطَ سوق الأوراق الماليَّة والسلع بالحماية القانونيَّة الكافية لضمان مكافحة استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة، وذلك بغرض فرض المساواة بين المستثمرين، الأمر الكفيل بتحقيق أعلى مستوىً من المعايير التنظيميَّة وفقاً للمنظَّمة الدوليَّة لهيئات الاوراق الماليَّة (IOSCO).

إلاَّ أنَّ فرض المساواة إعمالاً للنصِّ الإماراتي قد اعتراه العديد من الثغرات كاشتراط القصد في الاستغلال تجاه المُطَّلع الثانوي وليس مُجرَّد التعامل بناءً على المعلومات غير المُعلَنَة، وكذلك عدم انضباط مُدَّة حظر التعامل التام على المُطَّلعين الرئيسيّين.

تلك الثغرات التي أدَّت في النهاية إلى عدم تقديم أيَّة ضمانةٍ حقيقيةٍ واقعيَّةٍ للمستثمرين من وقوعهم ضحيَّةً لأحد المُطَّلعين على المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة في حال حدثت الواقعة التي أغفل المشرع الإماراتي حظرها.

وهو ما قد أدَّى إلى نشوء حالةٍ من "المساواة الظاهريَّة" غير الحقيقيَّة في البورصات الإماراتيَّة كسوق دبي، الأمر الذي يمكن أن يكون قد ساهم في انهيارها عام 2009[1]؛ وذلك لعدم تحصينها تشريعيَّاً بمنظومةٍ متكاملةٍ فيما يخصُّ حظر استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة.

ولهذا فقد اقترحنا **نظرية "واجب الحذر"** على المُطَّلع الثانوي بغرض تثبيت واقعة الاستغلال عليه بمجرَّد تعامله في حالة عدم بذله لمجهودٍ معقولٍ حتى يتأكَّد من عدم سريَّة المعلومات التي يتعامل على أساسها دون ضرورة إثبات قصد الاستغلال.

كما اقتراحنا **نظرية "المُدَّة المعقولة"** بغاية تقدير المُدَّة الواجب لحظر التعامل التام على المُطَّلع الرئيسي في السوق قبل الإفصاح دون تحديد مُدَّة زمنية نموذجيَّة موحَّدة سابقة على الإفصاح؛ وذلك بهدف عدم استغلال المُطَّلع لعلمه الذي قد ينشأ في كثير من الحالات قبل بدء المُدَّة الزمنية الموحَّدة تلك.

النتائج:

1. اشتراط التعامل المُجرَّد بناءً على المعلومات غير المُعلَنَة دون حاجة لإثبات قصد الاستغلال أو تحقيق النفع تجاه المُطَّلع الرئيسي والثانوي هو الضامن الأساسي للمساواة بين المساهمين في المعلومات.
2. الحلُّ الأنجح لمكافحة استغلال المعلومات من خارج الشركة هو فرض "واجب الحذر" على المُطَّلع الثانوي عبر التأكُّد من عدم سريَّة المعلومات أو البيانات التي يَتَعامَل على أساسها، ثم إبطال التعامل الذي جرى بعد إهمال القيام بهذا الواجب.
3. تحديد مُدَّة سابقة على الإفصاح حتى تكون هي فترة حظر التعامل يجب أن تخضع لحدود المُدَّة المعقولة وفقاً لتقدير الهيئة لاختلاف ظروف نشوء هذه البيانات دون تحديد أية مدد نموذجيَّة موحَّدة.

[1] الكواز، أحمد، مرجع سابق، الصفحة 93.

المقترحات:

نُلخِّص مقترحاتنا في هذا البحث من خلال مشروع لقانون حظر استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة، ونتمنَّى الاستفادة منه إن شاء الله:

القانون رقم لسنة

بشأن حظر استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة

في سوق الإمارات للأوراق الماليَّة والسلع

المادة 1 (التعريفات)

أ- **المعلومات غير المُعلَنَة:** هي معلوماتٌ ذات تأثيرٍ مُحتَمَلٍ على أسعار الأوراق الماليَّة، والتي لم يتمَّ الإفصاح عنها للعموم، والقادرة على إعطاء المُطَّلع عليها الأفضليَّة في وقت التعامل.

ب- **البيانات غير المُعلَنَة:** هي بيانات الشركة الأساسيَّة الدوريَّة أو المفاجئة ذات السريَّة والتأثير على أسعار الأوراق الماليَّة.

ت- **مَصدَر المعلومات أو البيانات:** هو الشركة أو الجهة التي تنشأ المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة منها.

ث- **المُطَّلع:** هو كلُّ مَنْ لديه ميّزة الاطِّلاع على معلوماتٍ أو بياناتٍ غير مُعلَنَةٍ.

ج- **المُطَّلع الرئيسي:** هو كل مُطَّلع تخوّله وظيفته أو مركزه الاطِّلاع على معلوماتٍ أو بياناتٍ غير مُعلَنَةٍ سواءً أكان من داخل مَصدَر المعلومات أو البيانات، أو من أيَّة جهةٍ مخوَّلةٍ بالاطِّلاع على هذه المعلومات أو البيانات.

ح- **فترات حظر التعامل:** هي الفترات التي يُحظَرُ خلالها على المُطَّلع الرئيسي القيام بأيّ تعاملٍ على الأوراق الماليَّة الصادرة عن مَصدَر المعلومات.

خ- **قرينة الاستغلال:** هي قرينةٌ قانونيَّة بسيطةٌ -قابلةٌ لإثبات العكس- تتمثَّل بافتراض استغلال المُطَّلع الرئيسي للمعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة إن قام بالتعامل على الأوراق الماليَّة المُتعلِّقة بهذه المعلومات أو البيانات خلال فترات حظر التعامل.

د- **المُطَّلع الثانوي:** هو أيُّ شخصٍ من خارج مَصدر المعلومات أو البيانات قد وصلت المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة لعلمه دون أن يكون مُخوَّلاً بالعلم بها.

ذ- **حظر التعامل التام:** هو حرمان المُطَّلعين الرئيسيّين في الشركة من تنفيذ أيَّة تعاملاتٍ على الأوراق الماليَّة الصادرة عن الجهة التي ينتمون إليها قبل الإفصاح عن البيانات الماليَّة الدوريَّة أو المعلومات الجوهريَّة غير الدوريَّة أو المفاجئة.

ر- **عقوبة استغلال المعلومات أو البيانات:** العقوبة المنصوص عليها في المادة 41 من القانون الاتحادي رقم 4 لعام 2000.

المادة 2

يُحظَرُ على أيِّ شخص أن يقوم بالتعامل خلال حيازته لمعلوماتٍ أو بياناتٍ غير مُعلَنَة سواءً بشكلٍ مقصودٍ أو بالإهمال، ويقع باطلاً أيُّ تعاملٍ يجري بالمخالفة للقواعد السابقة، تحت طائلة فرض عقوبة استغلال المعلومات أو البيانات غير المُعلَنَة.

المادة 3

يُقصَدُ بالإهمال في مجال حظر التعامل بناءً على المعلومات غير المُعلَنَة؛ إهمال "واجب الأمانة" من المُطَّلع الرئيسي على أسرار مَصدر المعلومات أو البيانات، وإهمال "واجب الحذر" من المُطَّلع الثانوي عبر التأكُّد بمجهودٍ معقولٍ من مدى الطبيعة السريَّة للمعلومات.

المادة 4

يُعامَلُ المُطَّلع الذي يَتعامَل باسمه ولحساب المُطَّلع الرئيسي معاملة المُطَّلع الرئيسي من حيث حظر التعامل وقيام قرينة افتراض الاستغلال وظروف تشديد العقوبة.

المادة 5

يُحظَرُ على أيِّ شخص القيام بإفشاء معلوماتٍ أو بياناتٍ غير مُعلَنَةٍ مهما كانت الجهة التي يقوم بالإفشاء إليها، ومهما كان الغرض من الإفشاء، ويقع باطلاً كلُّ تعاملٍ تمَّ خلال حيازة المعلومات التي قد تمَّ إفشاؤها أو بعد إفشائِها.

المادة 6

أ- يُحظَرُ على المُطَّلعين الرئيسيّين التعامل بالأوراق الماليَّة الصادرة عن مَصدَر المعلومات أو البيانات قبل تاريخ الإفصاح عن البيانات الماليَّة المرحليَّة والسنويَّة، وعن المعلومات الجوهريَّة غير الدوريَّة بمُدَّةٍ معقولةٍ تسبق الإفصاح عنها، وعن المعلومات المفاجئة بمُدَّةٍ معقولةٍ من التاريخ الواجب للإفصاح عن مثل هذه المعلومة المفاجئة.

ب- تقوم السوق بإبطال أيَّة تعاملاتٍ لهؤلاء المُطَّلعين تجري بخلاف هذه القواع

المادة 7

يمكن الأخذ بانتهاك قواعد حظر التعامل التام كقرينةٍ على وجود استغلال لهذه المعلومات أو البيانات، ويجب الأخذ بهذه القرينة في حال ثبوت تأخيرٍ بالإفصاح عن المعلومات أو البيانات.

قائمة المراجع:

أولاً: المراجع باللُّغة العربيَّة:

- **بوفامة**، سميرة، المعلومة في سوق الأوراق الماليَّة ما بين واجب الإفصاح والالتزام بالسر المهني من كرف الوسيط المالي، المجلة المصريَّة للدراسات القانونيَّة والاقتصاديَّة، مصر، العدد 9، الجزء 2، **يونيو 2017**، صص550-580.

- **دايفيدسون**، كريستوفر م.، "انهيار دبي الكبير"، مقال منشور في جريدة الأخبار، ترجمة جورجيت فرنجية، **الخميس 24 أيلول 2009**.

- **فتحي**، حسين، تعاملات المُطَّلعين على أسرار أسهم الشركة، دار النهضة العربية، القاهرة، **عام 1996**.

- **القوصي**، همام:

- الممارسات غير القانونية في سوق الأوراق المالية، أطروحة مُقدَّمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة حلب، **نوقشت عام 2011**.
- المفهوم القانوني للمعلومات الداخلية في سوق الأوراق المالية - دراسة مقارنة بين القانون الكويتي والسوري والتشريع المقارن، مجلَّة الحقوق المحكمة، جامعة الكويت، المجلد:37، العدد 4، **ديسمبر 2013**.
- مدى شمول المطلع الثانوي بحظر استغلال المعلومات الداخلية في سوق الأوراق المالية (دراسة قانونية مقارنة بين القانون اللبناني والكويتي والفرنسي)، نُشر في مجلَّة جيل المحكمة للأبحاث القانونيَّة المعمَّقة المحكَّمة، مركز جيل البحث العلمي (JILRC)، طرابلس-لبنان، العدد 20، **ديسمبر 2017**.
- تأثير (النظام العام البورصي) على تغيير القواعد العامة والمبادئ البورصية (من تغيير التراث القانوني بفعل الخصوصية الواقعية إلى اصطناع السوق) -دراسة في القانون اللبناني والنظام الداخلي لسوق بيروت –، مجلَّة جيل المحكمة للأبحاث القانونيَّة المعمَّقة المحكَّمة، مركز جيل البحث العلمي (JILRC)، طرابلس-لبنان، العدد 23، **مارس 2018**.

- **الكواز**، أحمد، مراجعة كتاب: علي صادق وإبراهيم البدوي، الأزمة الاقتصاديَّة العالميَّة والنتائج على استراتيجيَّة التنمية في إمارة دبي، دار بلجرايف، ماكميلان، 2012، مجلَّة التنمية والسياسات الاقتصاديَّة، المجلد 15، العدد 2، يوليو 2013.

- **الملحم**، أحمد عبد الرحمن، حظر استغلال المعلومات غير المُعلَنَة الخاصة بالشركات في التعامل بالأوراق الماليَّة، مطبوعات جامعة الكويت، لجنة التأليف والتعريب والنشر، مجلس النشر العلمي، الكويت، **عام 1998**.

- **هندي**، منير إبراهيم، الأوراق الماليَّة وأسواق رأس المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، **عام 1999**.

أولاً: المراجع باللُّغة الإنكليزيَّة:

- **ALEKSANYAN**, Mark, et. al., Fear and media coverage: The case of insider trading in takeover targets, **2019**. See:

https://www.qmul.ac.uk/busman/media/sbm/research/researchcentres/behavioural-finance-working-group/Aleksanyan-et-al.pdf (27-9-2019).

- **ALTWAYAN**, Nasser Saleh, Corporate Insider Trading in Saudi Arabia - A Comparative Analysis with the United States, Theses in partial fulfilment of the requirement for the degree of Doctor of Juridical Science, University of Minnesota, July **2019**.

- **ANAND**, Anita, et. al., An Empirical Comparison of Insider Trading Enforcement in Canada and the United States, Articles & Book Chapters, **2019**. See:

https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/scholarly_works/2746 (28-9-2019).

- **ANDERSON,** John P., Anticipating a Sea Change for Insider Trading Law: From Trading Plan Crisis to Rational Reform, Utah Law Review, Vol. 2015, No. 2, **2015**, pp. 339-389.

- **BAINBRIDGE,** Stephen M., The Law and Economics of Insider Trading, UCLA School of Law, Research Paper No. 19-01, **2019**.

- **CHITIMIRA,** Howard, Market Abuse Regulation in South Africa, the United States of America and the United Kingdom, Vernon Press (Wilmington, Delaware), The United States, **2018**.

- **CZIRAKI,** Peter, **DE GOEIJ,** Peter, **RENNEBOOG,** Luc, Insider Trading, Option Exercises and Private Benefits of Control, **March 2010**. See:

https://www.econstor.eu/bitstream/10419/108177/1/MTDP1006.pdf (26-9-2019)

- **CUMMING,** Douglas, **GROH,** Alexander, **JOHAN,** Sofia, Same Rules, Different Enforcement: Market Abuse in Europe, SSRN papers, **2017**.

- **ELDAYDAMONY**, Elsayed, Insider Trading Framework in United States and Egyptian Stock Markets, Theses and Dissertations, Maurer School of Law: Indiana University, **2019**. See:

https://www.repository.law.indiana.edu/etd/59 (28-9-2019).

- **FOX,** Merritt B., **GLOSTEN,** Lawrence R., **RAUTERBERG,** Gabriel V., The New Stock Market: Sense and Nonsense, Duke Law Journal, VOL. 65, No. 2, November **2015**, pp. 191-277.

- **KLEPITSKIJ,** Ivan, Market Manipulation in Russia and in Europe: The Criminal Law Dimension, Russian Law Journal, Vol. IV, Issue 3, **(2016)**, pp. 120-135.

- **KUSNADI,** Yuanto, Insider trading restrictions and corporate risk-taking, Pacific-Basin Finance Journal, Vol. 35, Issue. A, **November 2015**, pp. 125-142.

- **PAULSON**, Timothy J., How Meaningful Is a Close Relationship? When it Comes to Insider Trading Prosecution, the Second Circuit Says "Not Very", Seton Hall University, Law School Student Scholarship, **2019**. See: https://scholarship.shu.edu/student_scholarship/953 (28-9-2019).

- **SPACONE**, Andrew C., The Second Circuit's Curious Journey Through the Law of Tippee Liability for Insider Trading: Newman to Martoma, Roger Williams University Law Review, Vol. 24, Issue 1, Winter **2019**.

- **WANG,** Xuewu, Time-Varying Liquidity Trading, Private Information and Insider Trading, European Financial Management, Vol. 20, No. 2, **2014.**

2- Reports:

- **The International Organization of Securities Commissions "IOSCO"**:

- insider trading how jurisdictions regulate it, report of the emerging markets committee, March **2003**.

  See:http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD145.pdf (26-9-2019).

- Objectives and Principles of Securities Regulation, May 2017.

See:https://www.iosco.org/about/?subsection=key_regulatory_standards (26-9-2019).

ثانياً: المراجع باللُّغة الفرنسيَّة:

- **CONAC,** Pierre-Henri, La loi du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché, Bulletin Joly Bourse, n° 07-08, **01/07/2016**.

- **DUMEZ,** Par Hervé, La description du premier marché financier Un retour sur la Confusion des Confusions, de Joseph De La Vega, GÉRER & COMPRENDRE, N° 119, **March 2015**.

- **KHOUFI,** Nouha, **KHOUFI,** Walid, Le rôle des mécanismes de gouvernance dans la prévention de la fraude managériale, Management Accounting Research, Elsevier, **2016**.

- **Yaşar,** Kenan Evren, La Luttre Contre Les Opérations D'Initiés: Double Protection En France, Annales XLVI, N. 63, **2014**, pp. 221-283.

ثالثاً: السوابق القضائيَّة

1- في الإمارات العربيَّة المتحدة

أ- المحكمة الاتحادية العليا

- الطعن 78، جزائي، لعام 2016، **جلسة 9 مايو 2016**.
- الطعن رقم 512، لعام 2016، **جلسة 21 نوفمبر 2016**.
- الطعن 253، جزائي، لعام 2016، **جلسة 23 نوفمبر 2016**.

ب- محكمة تمييز دبي

الطعن رقم 1822/2016، استئناف تجاري، قرار صادر **بتاريخ 22-02-2017**.

1- في بريطانيا

- Bristol & West Building Society v Mothew **[1998]**.

2- في فرنسا

- Core de Cassation de France, Criminal Chamber, n° 94-83.780, **26 October 1995**.

- Core de Cassation de France, Criminal Chamber, n° 05-82.453, **14 juin 2006.**

3- في الولايات المتحدة الأمريكيَّة

- Dirks v. SEC, 463 US 646, Supreme Court of United States, **July 1, 1983**.

- Stanley v. Skowron, 989 F. Supp. 2d 356, United States District Court, S.D. New York, **December 19, 2013**.

- Fifth Third Bancorp v. Dudenhoeffer, 134 S. Ct. 2459, Supreme Court of United States, **June 25, 2014**.

- US v. Newman, 773 F. 3d 438, United States Court of Appeals, Second Circuit, **December 10, 2014**.

- Bassam Yacoub SALMAN v. UNITED STATES.; Supreme Court of United States, No. 15-628, 137 S.Ct. 420 (2016), Decided **December 6, 2016**.

ركن الطرق الاحتيالية في جريمة التملص من الضريبة

The element of fraudulent maneuvers in the offense of tax evasion

الدكتور مداح حاج علي Meddah Hadj Ali

أستاذ محاضر قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة ابن خلدون تيارت- الجزائر

Conference master class A, faculty of law and political science, Ibn khaldoun university, Algeria

عضو مخبر البحث في تشريعات حماية النظام البيئي بجامعة ابن خلدون تيارت

Member of the research laboratory in legislation to protect the ecosystem, Ibn khaldoun university.

الملخص:

يعتبر التملص من الضريبة من أخطر الجرائم الضريبية، وهو يقوم على عدة أركان من بينها ركن استعمال طرق احتيالية، والطرق الاحتيالية قد ترمي أحيانا إلى التملص من وعاء الضريبة، وقد ترمي أحيانا أخرى إلى التملص من تحصيل الضريبة. وتهدف هذه الدراسة إلى الوقوف على ماهية هذه الطرق، من خلال تحديد العناصر التي يقوم عليها كل واحد منها، وكذا عرض أمثلة لما يعد من قبيل الطرق الاحتيالية.

كلمات مفتاحية:

طرق احتيالية – تملص من الضريبة – امتناع عن التصريح – إخفاء مبالغ خاضعة للضريبة.

Abstract:

Tax evasion is one of the most serious tax offenses and is based on several factors, including the use of fraudulent tactics. These may sometimes be designed to subtract from the tax base and sometimes to avoid tax collection. The purpose of this study is to identify what these fraudulent maneuvers are, by identifying the elements on which each is based, as well as to present examples of methods considered as fraudulent maneuvers.

Keywords: Fraudulent practices - evasion of tax - failure to report - concealment of amounts subject to tax.

مقدمة:

تعتبر جريمة التملص من الضريبة من أخطر الجرائم المقررة في المادة الضريبية، لما تتضمنه من مساس مباشر بحق الدولة في تحصيل الضريبة، وقد تولى المشرع الجزائري النص على هذه الجريمة في المادتين 303 و407 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة[1]، والمادتين 532 و533 من قانون الضرائب غير المباشرة[2]، والمادة 119 من قانون التسجيل[3]، والمادتين 117 و118 من قانون الرسم على رقم الأعمال[4] والمادة 34 من قانون الطابع[5]. والحقيقة أن هذا التعدد في النصوص قد كان ناتجا عن كون التشريع الضريبي الجزائري لا يزال موزعا على القوانين الخمس سالفة الذكر، على عكس المشرع الفرنسي الذي جمع أحكام التشريع الضريبي في مدونة أو تقنين واحد أسماه ب "القانون العام للضرائب".

وتقوم جريمة التملص من الضريبة على مجموعة من الأركان، وهي: استعمال طرق احتيالية، باعتباره ركن السلوك، والتملص من وعاء أو تحصيل الضريبة، باعتباره ركن النتيجة، وعلاقة السببية بينهما، بالإضافة إلى القصد الجنائي. وسيتم الاقتصار في هذه الدراسة على ركن "استعمال طرق احتيالية".

وتطرح دراسة الطرق الاحتيالية في جريمة التملص من الضريبة إشكالية تتعلق بمدى تقيد المشرع الجزائري، في عرضه للصور المختلفة لهذه الطرق، بالمفهوم العام للتدليس الجنائي، والذي يقوم على فكرتين أساسيتين هما: قيام التدليس على الفعل الإيجابي دون الفعل السلبي (الامتناع) من جهة، وكذا قيامه على "الكذب المدعوم بمظاهر خارجية تدعمه" من جهة أخرى. فهل كانت الطرق الاحتيالية التي أوردها المشرع الجزائري متضمنة لهذين العنصرين كأصل عام، أم أن هذا الأخير قد خصها بأحكام استثنائية تتضمن خروجا عن هذا الأصل؟.

وتقتضي الإجابة عن هذه الإشكالية التعرض لدراسة مختلف صور الطرق الاحتيالية التي أوردتها النصوص سالف الذكر، وفقا لمنهج وصفي تحليلي، يقوم على عرض مختلف هذه الصور من جهة، وتحليلها واستخراج

---

[1] الصادر بالأمر رقم 101/76 المؤرخ في 1976/12/09 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، المؤرخة في 1976/12/22، العدد رقم 102، السنة الثالثة عشر، ص 1432 وما يليها)، المعدل والمتمم، والذي أعيدت صياغته بموجب القانون رقم 36/90 المؤرخ في 1990/12/31 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، المؤرخة في 1990/12/31، العدد رقم 57، السنة السابعة والعشرون، ص 1834 وما يليها)، المتضمن قانون المالية لسنة 1991.

[2] الصادر بالأمر رقم 104/76 المؤرخ في 1976/12/09 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في 1977/10/02، العدد رقم 70، السنة الرابعة عشر، ص 980 وما يليها)، المعدل والمتمم.

[3] الصادر بالأمر رقم 105/76 المؤرخ في 1976/12/09 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في 1977/12/18، العدد رقم 81، السنة الرابعة عشر، ص 1212 وما يليها)، المعدل والمتمم.

[4] الصادر بالأمر رقم 102/76 المؤرخ في 1976/12/09 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، المؤرخة في 1976/12/26، العدد رقم 103، السنة الثالثة عشر، ص 1520 وما يليها)، المعدل والمتمم.

[5] الصادر بالأمر رقم 103/76 المؤرخ في 1976/12/09 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، المؤرخة في 1977/05/15، العدد رقم 39، السنة الرابعة عشر، ص 680 وما يليها)، المعدل والمتمم.

العناصر التي تقوم عليها من جهة أخرى، وكذا وفقا لمنهج مقارن، يقوم على الرجوع أيضا إلى النصوص التشريعية والاجتهادات القضائية الفرنسية، لما هنالك من تقارب كبير بين التشريع الجزائري والتشريع الفرنسي في هذا المجال.

وقد وردت الطرق الاحتيالية موضوع الدراسة في خمس صور يمكن ردها إلى صنفين: صنف أول يضم طرقا احتيالية ترمي إلى التملص من وعاء الضريبة (المبحث الأول)، وصنف ثان يضم طرقا احتيالية ترمي إلى التملص من تحصيل الضريبة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الطرق الاحتيالية التي ترمي إلى التملص من وعاء الضريبة

ما يميز هذه الطرق الاحتيالية هو أنها تؤدي إلى تفادي عملية تأسيس الضريبة أصلا، وهي تشمل السلوكات الآتية:

- الامتناع أو الإنقاص في التصريح، وقد نص على هذه الصورة البند 04 من المادة 118 من قانون الرسم على رقم الأعمال (المطلب الأول).
- إخفاء أو محاولة إخفاء مبالغ أو منتجات تطبق عليها الضرائب والرسوم، وقد نص على هذه الصورة البند 01 من المادة 533 من قانون الضرائب غير المباشرة، والبند 01 من المادة 118 من قانون الرسم على رقم الأعمال (المطلب الثاني).
- الامتناع عمدا عن تسجيل (نقل) أو عن العمل على تسجيل حسابات، أو تسجيل أو العمل على تسجيل حسابات غير صحيحة أو وهمية في دفتر اليومية أو الجرد المنصوص عليهما في المادتين09 و10 من القانون التجاري[1] أو في الوثائق التي تحل محلهما، وذلك بالنسبة للسنوات المالية التي أقفلت حساباتها. وقد تم النص على هذه الصورة في البند 04 من المادة 533 من قانون الضرائب غير المباشرة وكذا البند 03 من المادة 118 من قانون الرسم على رقم الأعمال. ويمكن اختصار هذه الصورة تحت تسمية "التلاعب في تسجيل الحسابات في الدفاتر المخصصة لها" (المطلب الثالث).

ويتم التعرض فيما لدراسة هذه الطرق الاحتيالية الثلاث تباعا.

المطلب الأول: الامتناع أو الإنقاص في التصريح

غالبا ما يتوقف تحديد مقدار الضريبة على قيام المكلف بالضريبة بتقديم تصريح مسبق -وفقا للشكل المحدد قانونا- عن وعاء الضريبة (المادة الخاضعة للضريبة)، وفي هذا الصدد قد يعمد المكلف بالضريبة إلى

[1] صدر القانون التجاري الجزائري بموجب الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 1975/09/26 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في 1975/12/19، العدد رقم 101)، المعدل والمتمم.

الامتناع عن هذا التصريح، أو إلى تقديم تصريح ناقص، لكي يتسنى له التملص من كامل مقدار الضريبة، أو من جزء من هذا المقدار، ولذلك كان لزاما تجريم هذا السلوك.

إن ارتكاب جريمة التملص من الضريبة عن طريق الامتناع عن التصريح أو الإنقاص فيه لا يكون متصورا إلا حين يتعلق الأمر بضريبة تؤسس عن طريق التصريح، كما هو الشأن غالبا بالنسبة للضريبة على أرباح الشركات التجارية، والضريبة على الدخل الإجمالي، والرسم على رقم الأعمال ...الخ.

ويتم التمييز فيما يلي بين الامتناع عن التصريح (الفرع الأول) من جهة، والإنقاص في التصريح (الفرع الثاني) من جهة أخرى.

الفرع الأول: الامتناع عن التصريح

يمثل الامتناع عن التصريح الصورة البسيطة لجريمة التملص من الضريبة، إذ أنه أوفر عناء وأسهل ارتكابا، بالمقارنة مع باقي صور الطرق الاحتيالية التي تتخذ في الغالب صورة فعل إيجابي. واعتبار الامتناع عن التصريح، وهو عمل سلبي، من قبيل الطرق الاحتيالية المكونة لجريمة التملص من الضريبة، يبرز بوضوح الفرق الشاسع بين هذه الجريمة وجريمة النصب، إذ أن الطرق الاحتيالية التي تقوم بها هذه الأخيرة تقوم على أفعال إيجابية لا على أفعال سلبية[1]-[2].

إن الامتناع عن التصريح الذي تقوم به جريمة التملص من الضريبة هو ذلك الامتناع النهائي، أي الامتناع الذي يليه انقضاء المدة القانونية المحددة للتصريح، وقد كان المشرع الفرنسي أكثر دقة في الصياغة، فأشار في الفقرة 01 من المادة 1741 من القانون العام للضرائب إلى"الامتناع عن التصريح في المواعيد القانونية"[3]. فقبل انقضاء هذه المدة لا تقوم الجريمة، كما أن إيداع التصريح بعد انقضاء المدة ليس من شأنه أن ينفي قيام الجريمة، وبذلك فإن الإيداع المتأخر للتصريح يشكل صورة من صور الامتناع عن التصريح. ويجد هذا الوضع تبريره في أن المكلف بالضريبة الذي تأخر في إيداع التصريح يكون قد احتفظ بالمبالغ التي كان من الواجب عليه أداؤها للدولة لمدة أطول[4].

---

[1] V. en ce sens : Wilfrid Jeandidier, *«Droit pénal des affaires»*, Dalloz, 6e édition, 2005, p 216 – 217.

[2] كذلك تختلف جريمة النصب عن جريمة التملص من الضريبة من حيث أن الطرق الاحتيالية التي تقوم بها الجريمة الأولى محددة على سبيل الحصر (بغض النظر عن الجدل الفقهي في هذا الشأن)، في حين أن الطرق الاحتيالية التي تقوم بها الجريمة الثانية محددة على سبيل المثال. كذلك فإن جريمة النصب على تقوم على استلام الجاني مالا أو شيئا من الضحية، في حين أن جريمة التملص من الضريبة تقوم **غالبا** على تفادي تسليم الجاني مالا (الضريبة) إلى الضحية (إدارة الضرائب)، إلا حين يقوم مرتكب الجريمة بارتكاب الجريمة عن طريق "تقديم وثائق مزورة أو غير صحيحة للحصول على استرداد الضريبة"، كما سيتم بيانه في موضعه، فعندها ستشتبه جريمة التملص مع جريمة النصب. ولعل مثل هذا الوضع هو الذي يبرر تسمية البعض جريمة التملص من الضريبة بجريمة النصب الجبائي.

[3] « ..., soit qu'il ait volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits, ... ».

[4] V. Jean Pradel et Michel Danti- Juan, *«Droit pénal spécial»*, CUJAS, 3e édition, 2004, P 672.

والامتناع عن التصريح وإن كان يأخذ في الغالب صورة إحجام عن تقديم التصريح إلى إدارة الضرائب، إلا أنه قد يأخذ في أحيان أخرى صورا مختلفة، وهذا هو شأن واقعة "الامتناع عن تسجيل شركة في السجل التجاري"، إذ أن عدم تسجيل الشركة سيبقي من هذه الأخيرة تجمعا خفيا (Groupement occulte)، والذي لن يتم اكتتاب أي تصريح عنه فيما يخص الضريبة على الأرباح التي ستحققها أو فيما يخص الرسم على رقم أعمالها[1].

ومجرد الامتناع عن التصريح كاف لوحده لتحقق السلوك المكون للجريمة، ولا عبرة بعد ذلك باعتقاد المكلف بالضريبة أنه غير ملزم بتقديم تصريح بسبب وضعيته المالية العاجزة، إذ لا عبرة بالبواعث في قيام الجريمة. كذلك تقوم الجريمة حتى وإن كان الامتناع عن التصريح ناتجا عن كون المصرح لم يحصل على أي دخل[2]، لأن الالتزام بتقديم التصريح ليس متوقفا على تحقيق دخول أو أرباح، ويكفي أن يذكر الشخص في تصريحه واقعة عدم تحقق الأرباح. وتقوم الجريمة كذلك عند امتناع الشخص عن التصريح بمداخيله، حتى ولو كانت هذه المداخيل قابلة للاستفادة من الإعفاء الضريبي، طبقا لاتفاقية تتعلق بالضرائب المزدوجة[3].

الفرع الثاني: الإنقاص في التصريح

خلافا للمشرع الجزائري الذي جرم الإنقاص في التصريح إلى جانب الامتناع عن التصريح، فإن المشرع الفرنسي لم يورد في الفقرة 01 من المادة 1741 من القانون العام للضرائب أية إشارة إلى واقعة "الإنقاص في التصريح"، والعلة في ذلك هي أن هذه الواقعة الأخيرة تندرج -وفقا له- تحت صورة أخرى للطرق الاحتيالية، وهي "إخفاء مبالغ خاضعة للضريبة"، وهو ما سيتم التعرض له في موضعه.

والإنقاص في التصريح يفترض أن المكلف بالضريبة قد قدم تصريحا لإدارة الضرائب، لكنه قد اقتصر في هذا التصريح على بيان بعض عناصر المادة الخاضعة للضريبة، وأغفل بيان البعض الآخر. ومن الأمثلة على ذلك عدم تعيين المستفيدين من مبالغ يفترض أنه قد تم توزيعها[4]. وقد يحدث وأن يقدم المكلف بالضريبة تصريحا يغفل فيه الإشارة إلى كامل العناصر الخاضعة للضريبة، كما هو الشأن بالنسبة للتاجر الذي يصرح بعدم تحقق أي أرباح. ففي مثل هذه الحالة، لا يكون ممكنا اعتبار هذه الواقعة امتناعا عن التصريح، لأن المكلف بالضريبة قد قدم وثيقة تصريحية إلى إدارة الضرائب، لكن فعله هذا سيكون قابلا –من باب أولى- لوصف الإنقاص في التصريح، كما أنه سيكون قابلا في ذات الوقت لوصف "إخفاء مبالغ خاضعة للضريبة"[5].

---

[1] Jean Larguier et Philippe Conte, *«Droit pénal des affaires»*, ARMAND COLIN, 11ème édition, 2004, P 412.

[2] Crim. 26/03/1979. B.c., n° 119, p 335. Citée par: Pierre Di Malta, *«Droit fiscal pénal»*, PUF, 1992, p 183.

[3] Crim. 29/03/1989. B.c., n° 153, p 397. Citée par: Ibid.

[4] أنظر: د .أحسن بوسقيعة ، " الوجيز في القانون الجزائي الخاص "، الجزء الثاني، دار هومه، الجزائر، الطبعة الثانية ، سنة 2006، ص 386.

[5] وهذا حسب المشرع الجزائري، أما حسب المشرع الفرنسي، فإن الواقعة المشار إليها في المتن قابلة فقط لوصف "إخفاء مبالغ خاضعة للضريبة".

ومن جهة أخرى، فإنه إذا ما تم تقديم تصريح في المواعيد القانونية، وكان هذا التصريح متضمنا لكافة العناصر الضرورية لتقدير الضريبة، فإن عدم احتوائه على عناصر أخرى غير ضرورية لتقدير الضريبة، كالتاريخ والتوقيع مثلا، لا يمكن أن يشكل بأي حال من الأحوال امتناعا عن التصريح[1].

المطلب الثاني: إخفاء أو محاولة إخفاء مبالغ أو منتجات تطبق عليها الضرائب أو الرسوم

تقوم هذه الصورة على عنصرين هما: فعل الإخفاء[2]، وهذا يقتضي التعرض لأشكاله (الفرع الأول)، ومحل الإخفاء، وهو مبالغ خاضعة للضرائب أو الرسوم، وهذا يقتضي تمييزها عن المبالغ التي تشكل وعاء للضريبة (الفرع الثاني)[3].

الفرع الأول: أشكال الإخفاء

تتحقق واقعة الإخفاء بعدة طرق، وفي جميع الأحوال فإن الإخفاء الذي تقوم به الجريمة مرتبط **غالبا** بمقدار المبالغ التي تم إخفاؤها: فقد اشترط المشرع الفرنسي في الفقرة 02 من المادة 1741 من القانون العام للضرائب أن تتجاوز نسبة الإخفاء عشر (1/10) المبالغ الخاضعة للضريبة أو مبلغ 153 أورو (Euros)، وذلك بغض النظر عن نوع الضريبة التي ستفرض على هذه المبالغ. وتحديد مقدار المبالغ محل الإخفاء على هذا النحو، يعني عدم قيام جريمة التملص عندما تقل قيمتها عن هذا المقدار، وهو ما يشكل تسامحا من جانب المشرع (الفرنسي)[4]. أما المشرع الجزائري فقد كانت خطته مختلفة في هذا الشأن، حيث سكت في المادتين 303 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة و117 من قانون الرسم على رقم الأعمال عن تحديد نسبة معينة للإخفاء، مما يعني قيام الجريمة أيا كان مقدار المبالغ التي تم إخفاؤها. في حين اشترط في الفقرة 02 من المادة 532 من قانون الضرائب غير المباشرة أن يتجاوز مقدار الإخفاء عشر (1/10) المبالغ الخاضعة للضريبة أو مبلغ 10.000 دينار جزائري. واشترط في المقطع 02 من الفقرة 01 من المادة 34 من قانون الطابع والمقطع 02 من الفقرة 01 من المادة 119 من قانون التسجيل أن تتجاوز نسبة الإخفاء عشر المبلغ الخاضع للضريبة (1/10) أو مبلغ 1000 دينار جزائري.

وواقعة الإخفاء، **أيا كان شكل السلوك الذي تتخذه**، تقوم عادة على استخدام إحدى التقنيتين: فإما أن يرتكب المكلف بالضريبة سلوكا يتضمن تخفيضا لإيراداته، وهذا سيؤدي إلى تقليص قيمة المبالغ التي تحسب

---

[1] V. Pierre Di Malta, op.cit, p 183.

[2] وقد جرم المشرع الجزائري محاولة الإخفاء أيضا، وقد كان في غنى عن النص على ذلك، لأنه قد عاقب بشكل عام على التملص أو **الشروع** في التملص من الضريبة في كامل صوره.

[3] وقد ذكر المشرع الجزائري عبارة "منتجات"، وفي ذلك شيء من التزيد، إذ أن المقصود هو مبالغ خاضعة للضريبة، وإخفاء هذه المبالغ يتحقق بإخفاء أي عنصر ضروري لتقدير قيمة هذه المبالغ، سواء كان منتجات أو بضائع أو مالا بشكل عام أو تصرفا قانونيا .. الخ. وعلى هذا الأساس، كان المشرع الفرنسي دقيقا في الفقرة 01 من المادة 1741 من القانون العام للضرائب، حيث اقتصر على ذكر "إخفاء مبالغ خاضعة للضريبة" فقط (... soit qu'il ait volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt, ...).

[4] V. Wilfrid Jeandidier, op.cit, p 215 – 216.

عليها الضريبة، وبالتالي التملص من جزء من هذه الضريبة. وإما أن يقوم، على العكس من ذلك، بتضخيم الأعباء والنفقات التي استلزمتها ممارسة النشاط (كما في حالة الإشارة إلى مستخدمين وهميين، أو حالة تسجيل اهتلاكات لأصول غير موجودة بالمؤسسة أو سبق اهتلاكها)، ولما كان مقررا قانونا خصم مقدار هذه الأعباء والنفقات من مقدار المبالغ الخاضعة للضريبة، فإن ذلك سيؤدي إلى تقليص قيمة هذه المبالغ، وبالتالي التملص أيضا من جزء من هذه الضريبة.

والإخفاء يتحقق غالبا إما بمناسبة عملية التصريح (أولا)، وإما في إطار عمليات المحاسبة (ثانيا)، مما يستوجب عرض بعض أشكاله أو صوره من خلال التمييز بين هاتين الحالتين.

أولا: بعض صور الإخفاء الذي يتم خلال عملية التصريح

إن ارتكاب واقعة الإخفاء خلال عملية التصريح لا يكون متصورا إلا حين يتعلق الأمر بضريبة تؤسس عن طريق التصريح، والإخفاء في هذه الحالة يتم بعدة طرق:

ففقد يتحقق الإخفاء عن طريق الامتناع عن التصريح مثلا، أو عن طريق التصريح بعدم تحقق أي أرباح، وفي كلتا الحالتين سيكون هنالك إخفاء كلي للمبالغ الخاضعة للضريبة. وقد يتحقق الإخفاء عن طريق تقديم تصريح ناقص، وفي هذه الحالة سيكون هنالك إخفاء جزئي لهذه المبالغ. ويلاحظ في الفرضيات السابقة أن واقعة الإخفاء تكون قابلة في ذات الوقت لوصف الإخفاء من جهة، ولوصف الامتناع عن التصريح أو الإنقاص في التصريح، حسب الحالة، من جهة أخرى[1]. لكن تأسيس المتابعة على وصف الامتناع أو الإنقاص في التصريح سيكون هو الأكثر ملاءمة لإدارة الضرائب، لأن الجريمة تقوم وفقا لهذا التكييف بغض النظر عن قيمة المبالغ غير المصرح بها.

ومن جهة أخرى، فإن الإخفاء قد يرتكب بمناسبة التصريح دون أن يصاحبه امتناع أو إنقاص في التصريح، وهذا هو شأن الشخص الذي يقوم باكتتاب تصريحين في محافظتين (départements) مختلفين (عن كامل

[1] وهذا حسب المشرع الجزائري، أما حسب المشرع الفرنسي، فإن الامتناع عن التصريح، وهو الذي يتضمن إخفاء كليا للمبالغ الخاضعة للضريبة، لا يكون قابلا لوصف الإخفاء. والعلة في ذلك أن المشرع الفرنسي، عند تجريمه للإخفاء، كان مقصوده تجريم الإخفاء الجزئي لوحده بشكل مستقل دون الإخفاء الكلي، لأن الفقرة 01 من المادة 1741 من القانون العام للضرائب قد أشارت إلى "إخفاء **جزء** من المبالغ الخاضعة للضريبة" (soit qu'il ait volontairement dissimulé une **part** des sommes sujettes à l'impôt). أما الإخفاء الكلي، فقد قدر أن يحصل دائما عن طريق الامتناع عن التصريح، وعندها يتابع بناء على هذا الوصف. بعبارة أخرى، فإن الإخفاء الكلي يكون قابلا فقط لوصف الامتناع عن التصريح، وبالمقابل فإن الإخفاء الجزئي يكون قابلا لوصفه هذا لوحده. لكن من الإخفاء الكلي ما يتحقق عن طريق "التصريح بعدم تحقق أي أرباح"، وفي هذه الحالة فإن هذا الفعل سيأخذ وصف "الإخفاء" وليس وصف "الامتناع عن التصريح"، لأن مرتكب الفعل لم يمتنع عن التصريح أو عن تقديم وثيقة تصريحية إلى إدارة الضرائب، ولأن هذا الإخفاء الكلي يعاقب عليه من باب أولى ما دام معاقبا على مجرد الإخفاء الجزئي.

ويرتب القضاء الفرنسي على التمييز بين الامتناع عن التصريح والإخفاء الجزئي لمبالغ خاضعة للضريبة، على النحو السالف بيانه، نتيجة عملية هامة: ففي حالة الامتناع عن التصريح تقوم الجريمة أيا كان مقدار المبالغ غير المصرح بها، أما في حالة الإخفاء فلا تقوم الجريمة إلا حين يتجاوز مبلغ الإخفاء عشر (10/1) مقدار المبالغ الخاضعة للضريبة، على النحو السابق بيانه في المتن (crim. 25/05/1978. B.c., n° 166. Citée par: Jean Lraguier et Philippe Conte, op.cit, p 412). وأنظر في تفصيل ذلك: Pierre Di Malta, op.cit, p 188.

مداخيله)، وذلك بغرض تفادي تصاعدية (progressivité) الضريبة[1]. وكذلك الأمر بالنسبة للشخص الذي يقوم بالتصريح تماما بالمبلغ الإجمالي لمداخيله، لكنه يقوم خلال هذا التصريح بتوزيع هذه المداخيل أو بتصنيفها بطريقة خاطئة بين الأصناف أو الفئات المختلفة المقررة قانونا، وذلك بهدف تقليل مبلغ الضريبة، أو بهدف الاستفادة من نظام ضريبي ليس له الحق في الاستفادة منه[2-3].

ثانيا: بعض صور الإخفاء الذي يتم في إطار عمليات المحاسبة

يتحقق الإخفاء في هذه الحالة عن طريق قيام المكلف بالضريبة بمسك محاسبتين، فالأولى صحيحة وهي مخصصة لاستعماله الشخصي، حيث تسمح له بمتابعة تطورات مؤسسته، وهي سرية بشكل مؤكد. والثانية مزورة وهي مخصصة لإدارة الضرائب، وهذه المحاسبة المزورة قد تتخذ هي الأخرى صورتين : فالصورة الأولى سلبية، لا تبين فيها الأعمال الخفية وهي عمليات حقيقية لا تظهر إلا في المحاسبة الحقيقية السرية. أما الصورة الثانية إيجابية حيث تقيد فيها مجموعة من العمليات الوهمية أو الصورية[4-5]. ومن الأمثلة على الحالات التي نكون فيها بصدد محاسبة (مزورة) سلبية حالة البيع بدون فاتورة[6]، إذ أن هذه الواقعة تتضمن إخفاء لعملية حقيقية (البيع). ومن الأمثلة على الحالات التي نكون فيها بصدد محاسبة (مزورة) إيجابية حالة **تقييد** فواتير وهمية أو فواتير مزيفة[7] في المحاسبة.

---

[1] Crim. 09/03/1963. B.c., n° 151. Citée par: Jean Larguier et Philippe Conte, op.cit, p 413, marge 05.

[2] V. Pierre Di Malta, op.cit, P 184.

[3] عادة ما يلجأ التجار إلى عملية الإخفاء للحصول على تقييم أقل لرقم أعمالهم، وبالتالي الخضوع لنظام الربح الجزافي بدلا من نظام الربح الحقيقي.

[4] V. Jean Pradel et Michel Danti-Juan, op.cit, P 672.

[5] يلاحظ أن الإخفاء في الصورة الأولى قد تحقق بمجرد التكتم أو الامتناع عن إبراز العمليات الحقيقية في المحاسبة المقدمة لإدارة الضرائب، أما في الصورة الثانية فقد تحقق بمجرد كذب مكتوب (Mensonge écrit). أنظر: Wilfrid Jeandidier, op.ci, p 217.

[6] يشكل البيع بدون فاتورة (جريمة عدم الفوترة) جريمة من الجرائم التي تتضمن مخالفة للقواعد المتعلقة بشفافية الممارسات التجارية، والتي تم النص عليها في القانون رقم 02/04 (المؤرخ في 2004/06/23، والمنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في 2004/06/27، العدد رقم 41، السنة الواحدة والأربعون، ص 03 وما يليها، المعدل والمتمم) الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. وإذا ما تم البيع بدون فاتورة بقصد التملص من الضريبة (قد يستخلص هذا القصد من قيمة البيع مثلا)، فإنه سيشكل في ذات الوقت شروعا في جريمة التملص من الضريبة (على فرض عدم تحقق النتيجة). وفي هذه الحالة، فإن مرتكب الفعل سيتعرض في إلى الجزاءات المقررة في نصوص التجريم الضريبية والجزاءات المقررة في القانون رقم 02/04 –سالف الذكر- معا، وذلك طبقا 33 للمادة من هذا الأخير، التي نصت على أنه "**دون المساس بالعقوبات المنصوص عليها في التشريع الجبائي**، يعتبر عدم الفوترة ...، ويعاقب عليه بغرامة بنسبة 80 ٪ من المبلغ الذي كان يجب فوترته مهما بلغت قيمته".

[7] يشكل **تحرير** فواتير وهمية أو فواتير مزيفة جريمة من الجرائم المندرجة ضمن الممارسات التجارية التدليسية، وقد عاقبت عليها المادة 37 من القانون رقم 02/04 سالف الذكر بغرامة من 300.000 دج إلى 10.000.000 دج. فإذا ما ارتكبت هذه الجريمة بقصد التملص من الضريبة (وقد يستخلص هذا القصد من قيمة الفواتير مثلا)، فإنها ستشكل في ذات الوقت شروعا في جريمة التملص من الضريبة (على فرض عدم تحقق النتيجة)، وعندئذ تطبق أحكام التعدد المعنوي للجرائم. وإذا ما تلا عملية تحرير الفواتير قيد لهذه الفواتير في المحاسبة، فإننا سنكون أمام جريمتين مستقلتين: فالأولى هي جريمة تحرير فواتير وهمية أو مزيفة، والثانية هي جريمة التملص أو الشروع في التملص من الضريبة. وعندئذ تطبق أحكام التعدد المادي أو الحقيقي للجرائم.

الفرع الثاني: تمييز المبالغ الخاضعة للضريبة (محل الإخفاء) عن المبالغ التي تشكل الوعاء الضريبي

إن الإخفاء الذي تقوم به جريمة التملص من الضريبة هو الإخفاء الذي يكون موضوعه مبالغ خاضعة للضريبة، وقد وضع القضاء الفرنسي في هذا الصدد قاعدة عامة مفادها قيام هذه الجريمة، وذلك بغض النظر عن الطابع غير المشروع لهذه المبالغ (أرباح محصل عليها جراء عملية نصب مثلا)، إذ لا يسمح ذلك للذين يتولون تحصيلها بإخفائها أو بعدم التصريح بها. بعبارة أخرى، فإن جريمة التملص من الضريبة تتحقق سواء كانت المداخيل التي تم إخفاؤها أو عدم التصريح بها قد اكتسبت بطرق مشروعة أو بطرق غير مشروعة[1].

ويثور عادة الالتباس أو الخلط بين مفهوم "المبالغ الخاضعة للضريبة" ومفهوم "المبالغ المشكلة للوعاء الضريبي"، وتقتضي إزالة هذا الالتباس التعرض لمفهوم وعاء للضريبة (أولا)، ليتسنى بعد ذلك عرض الفرق بينه وبين المبالغ الخاضعة للضريبة (ثانيا).

أولا: المقصود بوعاء الضريبة (Assiette de l'impôt)

يقصد بوعاء الضريبة "المادة الخاضعة للضريبة" (Base imposable)، أو "الثروة التي تفرض عليها الضريبة"[2]. فمثلا في الضريبة على الدخل يكون "مبلغ الدخل" وعاء لهذه الضريبة، وفي الضريبة على "أرباح الشركات" تكون "الأرباح" هي الوعاء ... الخ. ومن خلال حصر الصور المختلفة للوعاء الضريبي، يتم عادة إعطاء تقسيمات مختلفة للضرائب[3]-[4].

واقتضاء الضريبة من المكلفين بها يقتضي المرور بثلاث مراحل: فالمرحلة الأولى تتمثل في تحديد وتقييم وعاء الضريبة. أما المرحلة الثانية فتتمثل في احتساب الضريبة (Calcul de l'impôt) أو تصفيتها (Liquidation de l'impôt)، أي تحديد مبلغ أو مقدار الضريبة (Taux de l'impôt) التي تقتطع من وعاء الضريبة[5]، ويتم ذلك عن طريق فرض تعريفة (Tarif) على هذا الوعاء. ثم تلي ذلك مرحلة دفع الضريبة (تحصيل الضريبة) (Recouvrement de l'impôt)[6].

---

[1] Crim. 18/07/1967. JCP 1967, II, 15.299, note P.L.; crim. 07/12/1981. B.c., n° 324. Citées par: Jean Larguier et Philippe Conte, op.cit, p 415.

[2] Laure-Anne Nyssen, «Droit fiscal», Cours pour l'année académique 2011/2012, Université Catholique de Louvain, Belgique, p 17.

[3] Jacques Grosclaude et Philippe Merchessou, «Droit fiscal général», Dalloz, 9e édition, 2013, p 08.

[4] راجع في عرض هذه التقسيمات: محمد عباس محرزي، "اقتصاديات الجباية والضرائب، دار هومه، الجزائر، الطبعة الثالثة، (دون ذكر سنة النشر)، ص 61 وما يليها.

[5] أنظر في تفصيل ذلك: Jacques Grosclaude et Philippe Merchessou, op.cit, p 13 et s.

[6] V. Louis Trotabas et Jean-Marie Cotteret, « Droit fiscal », Dalloz, 8e édition, 1997, P 15.

وما يعنينا في هذا المقام هو "وعاء الضريبة"، فهذا الأخير يتم تحديده وتقييمه من طرف إدارة الضرائب، ويكون جائزا للمكلف بالضريبة الاعتراض على هذا التقييم، وهذا الاعتراض قد يتخذ صورة اعتراض على إدراج بعض العناصر في وعاء الضريبة، أو اعتراضا على قيمة الضريبة التي تم احتسابها على هذا الوعاء، أو اعتراضا على فرض الضريبة ككل، كما لو كانت غير واجبة الأداء نتيجة لإعفاء مقرر قانونا أو مقرر باتفاقية دولية مصادق عليها، وما إلى ذلك من صور أخرى للاعتراض. ويتم الاعتراض على التقييم أمام إدارة الضرائب أولا، وذلك عن طريق التظلم الإداري، وعند غياب تسوية إدارية لهذا الاعتراض أو النزاع، يكون جائزا للمكلف بالضريبة المنازعة في عملية التقييم من خلال رفع دعوى إدارية أمام القضاء الإداري، للمطالبة بإعادة تقدير الضريبة، أو للمطالبة بإلغائها إذا كانت غير واجبة الأداء، أو ...، وذلك تبعا لنوع الاعتراض الذي ترفع من أجله الدعوى. وفي هذه الحالة نكون بصدد "منازعة ضريبية (قضائية) إدارية" (Contentieux fiscal administratif)، حيث يتولى القاضي الإداري في هذه الحالة ممارسة رقابته الإدارية على عملية التقييم التي أجرتها إدارة الضرائب، ويكون بإمكانه خلال هذه العملية إعادة النظر في تحديد وتقييم الوعاء الضريبي أو الضريبة المفروضة، في سبيل الوصول إلى ما يجب الحكم به في الدعوى المرفوعة[1].

ثانيا: تحديد الفرق بين المبالغ الخاضعة لضريبة ووعاء الضريبة

تقوم جريمة التملص من الضريبة عند قيام المكلف بالضريبة بإخفاء مبالغ خاضعة للضريبة، وذلك عن طريق إحدى طرق الإخفاء التي سبق بيانها. والمقصود بالمبالغ الخاضعة لضريبة في هذا الصدد هو "المبالغ التي يكون واجبا عموما على المكلف بالضريبة التصريح بها "، يستوي بعد ذلك أن تندرج هذه المبالغ ضمن وعاء الضريبة، أو أن لا تندرج ضمنه، كما لو كانت مثلا معفية من الخضوع للضريبة بموجب اتفاقية تتعلق بالازدواج الضريبي. وعليه فإن "المبالغ الخاضعة للضريبة"، باعتبارها ركنا في جريمة التملص، تختلف في مفهومها عن "الوعاء الضريبي"، فقد تندرج ضمنه وقد تخرج عنه. وقد كرست محكمة النقض الفرنسية هذا المفهوم المستقل للمبالغ الخاضعة للضريبة في قرارات عديدة لها، حيث استقرت على أنه "لا يجب الخلط بين المبالغ الخاضعة للضريبة، المذكورة في المادة 1741 من القانون العام للضرائب، والمبالغ المؤسسة للوعاء الضريبي"[2]، و"أن المبالغ الخاضعة للضريبة تتألف في الحقيقة من المحصلات (Encaissements) أو المداخيل

[1] راجع في موضوع المنازعات الضريبية (الإدارية) عموما: د. فريجة حسين، "إجراءات المنازعات الضريبية في الجزائر"، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة سنة 2008. – د. كوسة فضيل، "الدعوى الضريبية وإثباتها في ضوء اجتهادات مجلس الدولة"، دار هومه، الجزائر، الطبعة الأولى، طبعة سنة 2010. - أمزيان عزيز، "المنازعات الجبائية في التشريع الجزائري"، دار الهدى، الجزائر، طبعة سنة 2005. – أغليس بوزيد، "التحقيق في دعاوى القضاء الإداري"، -الدعوى الضريبية نموذجا-، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2012.

[2] V. par ex: Crim. 27/11/1963. B.c., n° 334, p 705. Citée par: Pierre Di Malta, op.cit, p 189; crim. 19/01/1981. B.c., n° 23. Citée par: Jean Larguier et Philippe Conte, op.cit, p 413.

(Recettes) الإجمالية التي يلزم التصريح بها من طرف المكلف بالضريبة، وذلك لتمكين الإدارة على وجه التحديد من ممارسة رقابتها، ومن تأسيس الضريبة عند الاقتضاء"[1].

ولا شك في أن إعطاء "المبالغ الخاضعة للضريبة" مفهوما مستقلا عن مفهوم "الوعاء الضريبي" يرتب مجموعة من النتائج، من بينها:

- أن القاضي الجزائي سيقتصر في حكمه على بيان الواقعة المجرمة فقط، وهي واقعة إخفاء مبالغ خاضعة للضريبة (فعل الإخفاء، ومحل الإخفاء وهو المبالغ)، ولا يتعدى ذلك إلى تحديد أو تقييم الوعاء الضريبي، ولا إلى تحديد نوع أو نسبة الضريبة المفروضة، ولا إلى وجوب أو عدم وجوب دفع هذه الضريبة. بعبارة أخرى، فإن مهمة القاضي الجزائي لا تتمثل في إعادة النظر في تأسيس القيم التي تسمح بتحديد الوعاء الضريبي، لكن في البحث فقط عما إذا كان المتهم قد أخفى المبالغ التي كان واجبا عليه التصريح بها[2]. ويجد هذا القول تبريره في أن وعاء الضريبة ليس عنصرا في جريمة الإخفاء من جهة، وفي أن المنازعة في وعاء الضريبة تتم بموجب دعوى إدارية ترفع أمام القضاء الإداري من جهة أخرى. وقد عبرت محكمة النقض الفرنسية عن ذلك خير تعبير بقولها أن "القاضي الجزائي ليس قاضيا لوعاء الضريبة، والذي يعود تحديده إلى تقدير الإدارة تحت رقابة قاضي الضريبة (القاضي الإداري)"[3].
- أنه إذا صاحب النزاع الجزائي (الدعوى العمومية المرفوعة عن جريمة الإخفاء) نزاع إداري أو جبائي (الدعوى الإدارية التي تتضمن منازعة في وعاء الضريبة)، فإن القاضي الجزائي لا يكون ملزما بوقف الفصل في الدعوى العمومية إلى حين صدور قرار القاضي الإداري (قاضي الضريبة). كذلك فإن الحكم الصادر عن هذا الأخير لا تكون له أية حجية في مواجهة الحكم الذي سيصدر في الدعوى العمومية[4]. ويعرف هذا المبدأ بمبدأ "استقلالية النزاع الجزائي عن النزاع الجبائي"، وهو يجد تبريره في اختلاف النزاعين السابقين من حيث طبيعتهما ومن حيث موضوعهما[5]: فالأول له طابع جزائي، وموضوعه هو التحقيق من قيام الجريمة من عدمه. أما الثاني فله طابع إداري، وغرضه ممارسة الرقابة على تحديد وتقييم الوعاء الضريبي أو الضريبة المفروضة من قبل إدارة الضرائب.

المطلب الثالث: التلاعب في تسجيل الحسابات في الدفاتر التجارية أو الوثائق التي تقوم مقامها

يتعلق الأمر في هذه الصورة بواقعة "الامتناع عمدا عن نقل (تسجيل) أو عن العمل على نقل حسابات، أو نقل أو العمل على نقل حسابات غير صحيحة أو وهمية، في دفتر الجرد أو اليومية المنصوص عليهما في المادتين

[1] Pierre Di Malta, op.cit, p 189.

[2] Ibid.

[3] Crim. 27/11/1963. B.c., n° 334 (Précitée).

[4] V. Pierre Di Malta, op.cit, p 189.

[5] Ibid.

09 و 10 من القانون التجاري، أو في الوثائق المالية التي تحل محلهما، وذلك بالنسبة لمخالفات الأصول المتعلقة بالسنوات المالية التي أقفلت حساباتها".

بداية نشير إلى أن المشرع الفرنسي لم يدرج هذه الصورة ضمن قائمة الطرق الاحتيالية الواردة في المادة 1741 من القانون العام للضرائب، وإنما نص عليها كجريمة ضريبية مستقلة في البند 01 من المادة 1743 من ذات القانون[1]، وإن كان قد عاقب عليها في ذات الوقت بالعقوبات الواردة في المادة 1741 سالفة الذكر. ويترتب عن هذا الوضع أمران: أولهما هو متابعة مرتكب هذه الواقعة تحت الوصف الوارد في المادة 1743 سالفة الذكر، أي باعتبارها جريمة مستقلة[2]، وفي هذه الحالة لا يكون مشترطا لقيام هذه الجريمة توفر قصد التهرب من الضريبة (ولا تحقق النتيجة المتمثلة في "التملص من الضريبة"). وثانيهما هو متابعة مرتكبها تحت الوصف الوارد في المادة 1741 سالفة الذكر، أي باعتبارها من قبيل الطرق الاحتيالية التي تشكل عنصرا في الركن المادي لجريمة التملص من الضريبة، وعندئذ يكون مشترطا توفر قصد التهرب من الضريبة[3]-[4]. ويختلف الأمر بالنسبة للمشرع الجزائري، فهو لم يجرم واقعة التلاعب في تسجيل الحسابات في الدفاتر المخصصة لها بشكل مستقل، وإنما جعل منها صورة من صور الطرق الاحتيالية التي تقوم بها جريمة التملص من الضريبة، وهذا يعني وجوب أن يتوفر لدى مرتكبها قصد التملص من الضريبة دائما، ليتابع بناء على وصف جريمة التملص أو الشروع في التملص (عند عدم تحقيق النتيجة)، وفي غياب هذا القصد، فإن واقعة التلاعب لن تتابع بناء على هذا الوصف. على أن ذلك لا ينفي إمكانية متابعة هذه الواقعة بناء على وصف جرمي آخر (غير ضريبي)، كما سنأتي على بيانه في موضعه.

والحقيقة أن واقعة التلاعب في تسجيل الحسابات في الدفاتر المخصصة لها لا تعدو أن تكون من الناحية الفنية أو الواقعية مجرد عمل تحضيري لجريمة التملص من الضريبة[5]، وهو ما كان سيؤدي إلى إفلاتها من دائرة التجريم الضريبي لولا أن جرمها المشرع الفرنسي كجريمة ضريبية مستقلة، ولولا أن اعتبرها المشرع الجزائري حكما من قبيل الطرق الاحتيالية. وبذلك يمكن القول بأن الغاية من تجريم هذه الواقعة على النحو السابق هي الوقاية من ارتكاب جريمة التملص[6] -بمعناها الحقيقي- مستقبلا.

---

[1] Art. 1743 : « Est également puni des peines prévues à *l'article 1741:* 1° Quiconque a sciemment omis de passer ou de faire passer des écritures ou a passé ou fait passer des écritures inexactes ou fictives au livre-journal prévu par *les articles L. 123-12 à L. 123-14* du code de commerce, ou dans les documents qui en tiennent lieu. -La présente disposition ne met pas obstacle à l'application des peines de droit commun».

[2] يطلق غالبية الفقه الفرنسي على أعمال التلاعب في تسجيل الحسابات في الدفاتر المخصصة لها تسمية "الجرائم المحاسبية" (Les infractions comptables).

[3] Crim. 03/12/1979. B.c., n° 343, p 935. Citée par: Pierre Di Malta, op.cit, p 204.

[4] أما النتيجة، وهي التملص من الضريبة، فوجودها لازم في هذه الحالة لنكون أمام جريمة تامة، وتخلفها يجعلنا أمام جريمة ناقصة أو شروع.

[5] V. Jean Pradel et Michel Danti-Juan, op.cit, p 673.

[6] V. crim. 15/12/1987. B.c., n° 465 ; crim. 16/10/1989. B.c., n° 360. Citées par: Wilfrid jeandidier, op.cit, p 420.

وتقتضي دراسة واقعة التلاعب في تسجيل الحسابات في الحسابات المخصصة لها التعرض لعناصرها (الفرع الأول) من جهة، وللأوصاف الجرمية الأخرى (غير الضريبية) التي تكون قابلة لها (الفرع الثاني) من جهة أخرى.

الفرع الأول: عناصر واقعة التلاعب في تسجيل الحسابات في الدفاتر المخصصة لها

تقوم هذه الواقعة على ثلاثة عناصر: عنصر مفترض (أولا)، وعنصر السلوك (ثانيا)، وعنصر المحل الذي يجب أن ينصب عليه السلوك (ثالثا).

أولا: العنصر المفترض

يتمثل هذا العنصر في "قيام الالتزام –في جانب الجاني- بمسك دفتر لتسجيل حسابات (Écritures)"، أيا كانت صفة المحمل بهذا الالتزام. وتتولى النصوص القانونية المتفرقة (الواردة في قوانين خاصة) تحديد هذه الدفاتر والمكلفين بمسكها ومضمونها (الحسابات الواجب تسجيلها فيها). وقد اكتفى المشرع الجزائري، على غراره نظيره الفرنسي، بالإشارة على **سبيل المثال** إلى نوعين من هذه الدفاتر، وهي دفتر اليومية ودفتر الجرد المنصوص عليهما على التوالي في المادتين 09[1] و10[2] من القانون التجاري الجزائري. وقد تولت هاتان المادتان تحديد الملزمين بسمك هذين الدفترين (التجار)[3]، وتحديد العناصر أو الحسابات الواجب تسجيلها فيهما. ويضاف إلى الدفترين السابقين "كل دفتر أو وثيقة أخرى ذات طابع مالي، تم تقرير الالتزام بمسكها بموجب نص قانوني أو تنظيمي"[4]، وغالبا ما يتم النص على الالتزام بمسك هذه الدفاتر أو الوثائق في جانب أصحاب المهن الحرة، ومن أمثلة ذلك: الدفاتر الحسابية التي يمسكها المحضر القضائي طبقا للمادة 34 من القانون رقم 03/06 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي[5-6]، أو سجلات المحاسبة التي يمسكها الموثق طبقا للمادة 39

---

[1] حيث نصت على أنه " كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة التاجر ملزم بمسك دفتر لليومية يقيد فيه يوما بيوم عمليات المقاولة، أو أن يراجع على الأقل نتائج هذه العمليات شهريا، بشرط أن يحتفظ في هذه الحالة بكافة الوثائق التي يمكن معها مراجعة تلك العمليات يوميا".

[2] حيث نصت على أنه "يجب عليه أن يجري سنويا جردا لعناصر أصوله وخصوم مقاولته، وأن يقفل كافة حساباته، بقصد إعداد الميزانية وحساب النتائج، وتنسخ بعد ذلك هذه الميزانية وحساب النتائج في دفتر الجرد".

[3] وهذا دون الخوض في الجدل القائم حول ما إذا كان مسك الدفاتر التجارية يعد التزاما يقع على الشخص بعد اكتسابه لصفة التاجر (أثر لاكتساب صفة التاجر)، وما إذا كان مسك هذه الدفاتر شرطا مسبقا لاكتساب هذه الصفة.

[4] وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي بعبارة "أو الوثائق المالية التي تقوم مقامها (مقام دفتر الجرد أو دفتر اليومية)".

[5] المؤرخ في 2006/02/20، والمنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في 2006/03/08، العدد رقم 14، السنة الثالثة والأربعون، ص 21 وما يليها.

[6] حيث نصت المادة 34 المذكورة في المتن على أنه "يمسك المحضر القضائي محاسبة لتسجيل الإيرادات والنفقات، ومحاسبة خاصة بزبائنه. – تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم". وقد تولى المرسوم التنفيذي رقم 270/91 (الصادر في ظل القانون السابق للمحضرين القضائيين، وهو القانون رقم 03/91) المؤرخ في 1991/08/10 (المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في 1991/08/14، العدد رقم 38، السنة الثامنة والعشرون، ص 1479 وما يليها) المتعلق بتنظيم محاسبة المحضرين وتحديد شروط مكافأة خدماتهم (المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 77/2000، المؤرخ في 2000/04/05، والمنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في 2000/04/09، العدد رقم 20، السنة السابعة والثلاثون، ص 06 وما يليها) تحديد الدفاتر المشار إليها سابقا، وذلك في المادة 03 منه، وهي: فهرس العقود، دفتر الصندوق، دفتر

من القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق[1-2]، ... الخ[3]. وبذلك يلاحظ أن واقعة التلاعب في تسجيل الحسابات قد ترتكب من طرف أشخاص لهم صفة التاجر، وقد ترتكب من طرف أشخاص يمارسون مهنا حرة[4-5]، أو حتى من قبل موظفين قضائيين (officiers ministériels)، كما هو الشأن بالنسبة لكتاب الضبط[6].

ثانيا: عنصر السلوك

يتخذ هذا العنصر صورتين:

فالصورة الأولى إيجابية، وهي تتمثل في تسجيل (نقل) حسابات غير صحيحة (خاطئة) أو وهمية في دفاتر الحسابات، أو الأمر بتسجيل هذه الحسابات. وفي هذه الحالة الأخيرة ستقوم الجريمة في جانب كل من الآمر، كما هو الشأن مثلا بالنسبة للمسير القانوني أو الفعلي لشركة، وكذا من قام بتسجيل الحسابات تنفيذا للأمر، كما هو الشأن مثلا بالنسبة للعون المكلف بالمحاسبة لدى الشركة[7]. ويعد من قبيل الأعمال التي تشكل تسجيلا لحسابات خاطئة أو وهمية واقعة قيد شيكات مزورة في دفاتر الحسابات[8]، أو الإشارة (القيد) في حساب المسير (Compte du gérant) إلى عمليات اقتطاع للديون في الوقت الذي لم يرد فيه في هذا الحساب أية إشارة إلى توزيع المداخيل المحققة[9]. وتسجيل حسابات خاطئة أو وهمية ليس قاصرا على عمليات القيد فقط، فهو يشمل كل فعل يمكن من إجراء عمليات القيد هذه، ومن أمثلة ذلك إمضاء مسير الشركة الوثائق التي قام عون

النقود، دفتر التسجيل والطابع، دفتر الأتعاب في المجال الجزائي، دفتر حجز ما للمدين لدى الغير ودفتر بيع المنقولات. راجع في تفصيل أحكام هذه الدفاتر المواد من 04 إلى 13 من ذات المرسوم.

[1] المؤرخ في 2006/02/20، والمنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في 2006/03/08، العدد رقم 14، السنة الثالثة والأربعون، ص 15 وما يليها.

[2] حيث نصت المادة 39 المذكورة في المتن على أنه ""يمسك الموثق محاسبة لتسجيل الإيرادات والمصاريف، وكذلك محاسبة خاصة بزبائنه. – تحدد كيفيات مسك ومراجعة المحاسبة عن طريق التنظيم". وتطبيقا للنص السابق، فقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 244/08 المؤرخ في 2008/08/03 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في 2008/08/06، العدد رقم 45، السنة الخامسة والأربعون، ص 20 وما يليها) المتضمن تحديد كيفيات مسك محاسبة الموثق ومراجعتها، حيث تولى تحديد السجلات السابقة في المادة 03 منه، وهي: فهرس العقود، السجل اليومي للزبون، السجل اليومي للمكتب وسجل الإيرادات والمصاريف. راجع في تفصيل أحكام هذه السجلات المواد من 04 إلى 08 من ذات المرسوم التنفيذي.

[3] أنظر في عرض تطبيقات أخرى لما يعد من قبيل هذه الدفاتر: crim. 27/02/1978. B.c., n° 74, p 183. Citée par: Jean Larguier et Philippe Conte, op.cit, p 419.

[4] أنظر في ارتكاب هذه الواقعة من قبل جراح: crim. 21/05/1979. B.c., n° 178, p 495. Citée par: Pierre Di Malta, op.cit, p 204.

[5] أنظر في ارتكاب هذه الواقعة من قبل محضر قضائي: crim. 03/07/1974. B.c., n° 245. Citée par: Wilfrid Jeandidier , op.cit, p 227, marge 06.

[6] crim. 27/02/1978. B.c., n° 74 (Précitée).

[7] V. crim. 13/10/1986. B.c., n° 281. Citée par: Jean Larguier et Philippe Conte, op.cit, p 419.

[8] Crim. 13/06/1996. B.c., n° 253. Citée par: Ibid.

[9] Crim. 25/04/1988. Citée par: Pierre Di Malta, op.cit, p 204.

المحاسبة بتسجيلها[1]. ويمكن القول بشكل عام بأن واقعة تسجيل حسابات خاطئة أو وهمية تتحقق (غالبا) عند مسك دفاتر الحسابات دون احترام القواعد التي تنظم عملية المسك هذه[2].

أما **الصورة الثانية فهي سلبية**، وهي تتمثل في الامتناع عن تسجيل حسابات في دفاتر الحسابات، أو عن الأمر بتسجيل هذه الحسابات، ومن أمثلة ذلك الامتناع عن قيد شيكات في دفاتر الحسابات مثلا[3]، أو الامتناع أصلا عن مسك هذه الدفاتر[4]. على أن عدم الاستمرار في مسك الدفاتر السابقة (امتناع سبقه مسك للدفاتر)، والذي يجردها من حجيتها في الإثبات، يشكل تسجيلا لحسابات خاطئة أكثر مما يشكل امتناعا عن تسجيل حسابات[5].

ثالثا: عنصر المحل

يتمثل هذا العنصر في الحسابات (Écritures)، ويقصد بهذه الأخيرة "كل واقعة أو تصرف أو وثيقة، أو بشكل عام كل عنصر أو كل معلومة نص المشرع على وجوب قيدها في الدفاتر الحسابية المخصصة لها". وتتحدد هذه الحسابات في النص القانوني أو التنظيمي الذي نص على الالتزام بمسك الدفتر، وقد أتينا أعلاه على ذكر أمثلة عنها. وقد اشترط المشرع الجزائري، دون المشرع الفرنسي، في هذه الحسابات أن تكون منتمية إلى سنة مالية أقفلت حساباتها (حسابات مالية مقفلة). والحقيقة أن هذا الشرط ليس متصورا تطلبه إلا بالنسبة للدفاتر التي ينص المشرع على إقفال حساباتها في كل سنة مالية، وهذا هو شأن دفتر الجرد الذي يمسكه التجار. وقد فهم القضاء الفرنسي هذه الحقيقة، فقضى في أحد قراراته بعدم قيام هذه الجريمة إلا "ابتداء من التاريخ الذي يكون لازما فيه تسجيل الحسابات السنوية في دفتر الجرد بعد قفل السنة المالية"[6]. وهذا الشرط الأخير يعد شرطا منطقيا بالدرجة الأولى، إذ أن الحسابات (الميزانية وحساب النتائج) الواجب تسجيلها في دفتر الجرد لا يكون لازما تسجيلها فيه إلا بعد قفل السنة المالية، مما يعني استحالة قيام الجريمة قبل هذا التاريخ.

الفرع الثاني: الأوصاف الجرمية الأخرى القابلة للانطباق على واقعة التلاعب في تسجيل الحسابات

غالبا ما تكون واقعة التلاعب في تسجيل الحسابات في الدفاتر المخصصة لها قابلة لأوصاف جرمية أخرى غير واردة في نصوص التجريم الضريبية:

---

[1] V. Jean Larguier et Philippe Conte, op.cit, p 419.

[2] Crim. 30/06/1999. B.c., n° 171. Citée par: Ibid.

[3] V. crim. 29/02/1996. B.c., n° 101. Citée par: Ibid.

[4] Crim. 25/04/1988 (Précitée).

[5] V. crim. 29/02/1996. B.c., n° 101 (Précitée).

[6] Crim. 28/11/1994. B.c., n° 378. Citée par: Wilfrid Jeandidier, op.cit, p 227.

فتسجيل حسابات وهمية أو خاطئة في دفتر الجرد مثلا، يشكل في ذات الوقت "جريمة التزوير في المحررات التجارية"، المعاقب عليها بالمادة 219 من قانون العقوبات الجزائري[1] (والمادة 150 من قانون العقوبات الفرنسي القديم). وإذا ما اتخذت الحسابات الخاطئة المسجلة صورة "فواتير مزورة مثلا"، فإن واقعة تسجيلها ستكون قابلة في ذات الوقت لوصف "جريمة استعمال محررات تجارية مزورة"، المعاقب عليها بالمادة 221 من نفس القانون (والمادة 151 من قانون العقوبات الفرنسي القديم[2])، فضلا عن أن واقعة إعدادها (سابقا لعملية التسجيل) تشكل تزويرا وليس استعمالا لمحرر مزور.

كذلك فإن واقعة الامتناع عن تسجيل بعض الحسابات في الدفاتر تكون قابلة لوصف جريمة الإفلاس بالتدليس، المذكورة في البند 05 من الفقرة 01 من المادة 371 من القانون التجاري الجزائري (الحسابات الناقصة أو غير الممسوكة بانتظام)، أو تلك المذكورة في البند 05 من المادة 378 من نفس القانون (مسك أو الأمر بمسك حسابات الشركة بغير انتظام)، وما إلى ذلك من بعض الصور الأخرى لجرائم الإفلاس.

وفي الأحوال السابقة، يلاحظ أن ذات الواقعة قد كانت قابلة لأكثر من وصف جرمي، وهذا يقتضي تطبيق أحكام التعدد الصوري أو المعنوي للجرائم. غير أن المشرع الفرنسي قد نحى منحى مغايرا، حيث قضى في الشطر الثاني من البند 01 من المادة 1743 من القانون العام للضرائب بوجوب تطبيق الجزاءات المقررة في القانون العام أيضا.

المبحث الثاني: الطرق الاحتيالية التي ترمي إلى التملص من تحصيل الضريبة

ما يميز هذه الطرق الاحتيالية هو أنها تؤدي إلى تفادي اقتضاء (تحصيل) الضريبة بعد تأسيسها، وهي تشمل السلوكين الآتيين:

- سعي المكلف بالضريبة إلى تدبير إعساره، أو العمل بطرق أخرى على عرقلة تحصيل أي ضريبة أو رسم هو مدين به. وقد ورد النص على هذه الصورة في الفقرة 02 من المادة 407 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، وكذا البند 05 من المادة 118 من قانون الرسم على رقم الأعمال، والمقطع 03 من الفقرة 01 من المادة 119 من قانون التسجيل، والمقطع 03 من الفقرة 01 من المادة 34 من قانون الطابع والبند 06 من المادة 533 من قانون الضرائب غير المباشرة. ويمكن اختصار هذه الصورة تحت تسمية "تدبير الإعسار أو **العمل** على عرقلة تحصيل الضرائب والرسوم" (المطلب الأول).
- تقديم وثائق أو أوراق مزورة أو غير صحيحة، تدعيما لطلبات ترمي إلى الحصول إما على تخفيض الضرائب أو الرسوم أو الإعفاء منها أو استرجاعها، وإما إلى الاستفادة من المنافع الجبائية المقررة لصالح

[1] الصادر بالأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في 1966/06/11، العدد رقم 49، السنة الثالثة، ص 702 وما يليها)، المعدل والمتمم.

[2] Crim. 19/10/1987. B.c., n° 313. Citée par: Jean Larguier et Philippe Conte, op.cit, p 419.

بعض الفئات من المكلفين بالضريبة. وقد نص على هذه الصورة البند 02 من المادة 533 من قانون الضرائب غير المباشرة، وكذا البند 02 من المادة 118 من قانون الرسم على رقم الأعمال. ويمكن اختصار هذه الصورة تحت تسمية "تقديم وثائق مزورة أو غير صحيحة بغرض الاستفادة من امتياز جبائي" (المطلب الثاني).

ويتم التعرض فيما يلي إلى هذين الطريقين الاحتياليين تباعا

المطلب الأول: تدبير الإعسار أو عرقلة تحصيل الضرائب والرسوم

ما يميز جريمة التلمص من الضريبة في صورتها هذه أمران: أولهما "أن التجريم الوارد فيها لا يتعلق بوعاء الضريبة، كما هو الشأن في الصور السابقة، وإنما بتحصيلها. ويأتي هذا التجريم ليكمل منطقيا التجريمات السابقة، لأنه ينبغي أن يعاقب أيضا وبنفس الشدة المكلف (بالضريبة) الذي لم يتملص من رقابة مصالح الوعاء، ولكنه عمل على التملص من تحصيل الحقوق التي هو مدين بها"[1]. وثانيهما أن المشرع لم يشترط في الطرق المستعملة لعرقلة تحصيل الضريبة أن تكون طرقا احتيالية بمعناها الدقيق (التدليس الجنائي أو الكذب المدعوم بمظاهر خارجية تدعمه)، وبالتالي فإنه يكفي أن تتخذ هذه الطرق صورة **عمل إيجابي** فقط، ما دام المشرع قد استعمل عبارة Manœuvres في الصيغة الفرنسية لنصوص التجريم.

ويمكن تعريف الطرق التي تعرقل تحصيل الضريبة بأنها " كل عمل (إيجابي) يتضمن إخراجا أموال من المتابعات الرامية إلى تحصيل الضرائب". وقد أشار كل من المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي على سبيل المثال إلى "تدبير الإعسار"، فهذا الأخير ليس إلا واحدا من عدة طرق أخرى والتي من شأنها عرقلة تحصيل الضريبة[2].

وقد أورد القضاء الفرنسي صورا عديدة لما يعد من قبيل الطرق المعرقلة لتحصيل الضريبة (أو لما يعد من قبيل تدبير الإعسار): فقد قضى في هذا الصدد بإدانة المكلف بالضريبة الذي عرقل إجراءات الحجز على المنقول، وذلك عن طريق تصريحات كاذبة (ليس أمام إدارة الضرائب) تتعلق بحريق كان ضحية له[3]. كذلك قضى بإدانة المكلف بالضريبة الذي قام بإجراء هبة وقسمة، وذلك قبل البدء في عملية التحقيق الجبائي[4]. كذلك قضي بإدانته على هذا الأساس المكلف الذي تم الحجز على مركبته من طرف مصلحة التحصيل، وذلك حين قام بمحاولة استردادها زاعما أنه قد اشتراها لشخص من الغير، وأن هذا الغير هو المالك لها وأنها مسجلة باسمه، وأنه هو نفسه (المكلف) لم يستفد إلا من مجرد استعارة لهذه السيارة[5].

[1] Pierre Di Malta, op.cit, p 190.

[2] Wilfrid Jeandidier, op.cit, p 218.

[3] Crim. 05/07/1956. B.c., n° 515. Citée par: Ibid.

[4] Paris. 16/05/1990. D. 1991, 221, note Fortin. Citée par: Ibid.

[5] V. Cusset. 14/11/1952 ; Riom. 20/03/1953. Citées par: Pierre Di Malta, op.cit, p 190.

وقد أكد القضاء الفرنسي على أن الجريمة في صورتها هذه تقوم، حتى وإن كان المكلف بالضريبة قد تمكن في نفس الوقت من تأخير دفع الضريبة بسبب الشكوى النزاعية (Réclamation contentieuse) التي قام بتقديمها. وتتلخص وقائع القضية التي كرس فيها هذا المبدأ في أن أجنبيا تحصل على إقامة دائمة في فرنسا (أصبح لديه موطن جبائي في فرنسا)، فتم إخضاعه بشكل تلقائي للضريبة على الدخل، وقد تمت مباشرة متابعات ضد هذا الأخير من طرف مصلحة التحصيل، فقام بالموازاة لذلك برفع دعوى لإعفائه من الضريبة موضوع النزاع من أجل بطلان الإجراءات، وقام في نفس الوقت بتدبير إعساره عن طريق إنشاء حصص لشركات واجهة (وهمية) في عقاراته، وكذا عن طريق بيع بواخره الترفيهية المخصصة للنزهة وسياراته لشركائه في هذه الجريمة. وفي الدعوى المنظورة في أول درجة، فإن القاضي الجزائي قد حكم بإعفائه من التهمة مؤسسا حكمه على واقعة أن الضريبة محل الشكوى مقيدة بطلب تأجيل الدفع، وأن هذه الضريبة لم تعد بالتالي واجبة الأداء، مما يعني استحالة مؤاخذة المكلف بالضريبة عن التملص من الدفع. غير أن محكمة استئناف باريس قد رفضت مثل هذا الحل، وأكدت على أن جنحة التملص من دفع الضريبة يمكن أن تتحقق على الرغم من أن المكلف قد تمكن من تأخير الدفع بسبب الشكوى[1].

المطلب الثاني: "تقديم وثائق مزورة أو غير صحيحة بغرض الاستفادة من امتياز جبائي"

تقوم هذه الصورة على عنصرين: فالعنصر الأول يتمثل في تقديم طلب يرمي إلى الحصول على امتياز جبائي (الفرع الأول)، أما العنصر الثاني فهو يتمثل في تقديم وثائق مزورة أو غير صحيحة تدعيما لهذا الطلب (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تقديم طلب يرمي إلى الحصول على امتياز جبائي

لقد أورد المشرع الجزائري **أمثلة** عن الطلبات التي ترمي إلى الحصول على امتيازات (منافع) جبائية، وهي تتمثل في كل من الطلبات التي ترمي إلى الحصول على الإعفاء من الضرائب أو الرسوم، والطلبات التي ترمي إلى الحصول على تخفيض فيها، وكذا الطلبات الرامية إلى استرداد (استرجاع) هذه الضرائب أو الرسوم. ويضاف إلى هذه الطلبات كل طلب آخر يكون موضوعه هو الحصول على أية مزية أخرى ذات طابع جبائي، أيا كان وجه هذه المزية، وإن كان **الغالب** في المزايا الجبائية عموما أن تتخذ شكل إعفاء أو تخفيض أو استرداد.

ومن أمثلة الطلبات التي تقدم للحصول على تخفيض في الضريبة الطلب المنصوص عليه في المادة 21 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، الذي بموجبه يستفيد الأشخاص الذين لهم صفة عضو سابق في جيش التحرير الوطني أو المنظمة المدنية لجبهة التحرير الوطني وكذا أرامل الشهداء من تخفيض بنسبة 25 % من الضريبة على الأرباح الصناعية التجارية خلال السنتين الأوليين للنشاط، شرط أن يكونوا خاضعين لنظام التقدير الجزافي.

[1] Paris. 23/05/1955. Citée par: Ibid.

ومن أمثلة الطلبات التي تقدم للحصول على إعفاء من الضريبة الطلب الذي يقدم طبقا لأحكام المادة 252 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، التي بموجبها تعفى من الرسم العقاري على الملكيات المبنية العقارات أو أجزاء العقارات التي صرح بأنها بأنها غير صحية، أو التي هي على وشك الانهيار وأبطل تخصيصها.

ومن أمثلة الطلبات التي تقدم للحصول على استرداد الضريبة الطلب الخاص باسترجاع الرسم على القيمة المضافة، طبقا لأحكام المادة 171 من قانون الإجراءات الجبائية[1] والمادة 50 من قانون الرسم على رقم الأعمال.

الفرع الثاني: تقديم وثائق مزورة أو غير صحيحة تدعيما للطلب

إذا ما سبق تقديم طلب للحصول على امتياز جبائي، فإنه يجب بعد ذلك أن يقترن هذا الطلب بفعل تقديم (استعمال) وثيقة مزورة أو غير صحيحة، حيث تكون الغاية من هذا الفعل هي تدعيم الطلب المرفق به. ومن أمثلة ذلك أن يقوم طالب تخفيض الضريبة، طبقا لأحكام المادة 21 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، بتقديم "وثيقة هوية" أو "بطاقة انخراط" مزورة لإثبات الصفة التي تستوجب التخفيض، أو أن يقوم طالب الإعفاء من الرسم العقاري على الملكيات المبنية، طبقا لأحكام المادة 252 من نفس القانون، بتقديم "محضر معاينة" أو "شهادة إدارية" مزورة لإثبات حالة القابلية للانهيار، أو لإثبات وضعية إبطال التخصيص ... إلخ.

والحقيقة أن فعل تقديم وثيقة مزورة، عندما يكون مرفقا بطلب إعفاء أو طلب تخفيض، على النحو السابق بيانه، سيكون قابلا في ذات الوقت لوصف جريمة "استعمال محرر مزور"، التي قد تشكل جناية، عندما يكون محلها محررا رسميا، طبقا للمادة 218 من قانون العقوبات الجزائري، أو جنحة، عندما يكون محلها محررا عرفيا أو تجاريا أو مصرفيا، طبقا للمادة 221 من نفس القانون. كذلك قد يكون فعل تقديم وثيقة مزورة، عندما يكون مرفقا بطلب استرداد، على النحو السابق بيانه، قابلا في ذات الوقت لوصف ثالث هو جريمة النصب، طبقا لأحكام المادة 372 من نفس القانون.

وفي مثل هذه الحالات تطبق أحكام التعدد المعنوي للجرائم، والتي تقضي باعتماد الوصف الجرمي الأشد. غير أنه قد يطرح تطبيق أحكام التعدد المعنوي للجرائم إشكالية تتعلق بمدى جواز تأسس إدارة الضرائب كطرف مدني، خلال سير الدعوى العمومية، عندما يكون الوصف الجرمي الذي أسست عليه المتابعة ليس هو وصف "جريمة التملص من الضريبة"، وإنما وصفا جرميا آخر، كما لو أسست مثلا على وصف "استعمال

[1] الذي أنشئ بموجب القانون رقم 02/01 المؤرخ في 2001/12/22 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، المؤرخة في 2001/12/23، العدد رقم 79، السنة الثامنة والثلاثون، ص 01 وما يليها)، المتضمن قانون المالية لسنة 2002.

محرر مزور"، أو على وصف "النصب". وفي هذا الصدد، فإن القضاء الفرنسي قد استقر على القول بجواز تأسس إدارة الضرائب طرفا مدنيا أمام القضاء، وذلك طبقا للقانون العام (القواعد العامة)[1].

خاتمة:

من خلال الدراسة يظهر بوضوح أن المشرع الجزائري، على غرار نظره الفرنسي، لم يتقيد في عرضه لمختلف صور الطرق الاحتيالية بالمفهوم العام للتدليس الجنائي، على اعتبار أن بعضها يقوم فقط على مجرد "الامتناع"، كما هو الشأن بالنسبة للامتناع عن التصريح، أو الإخفاء الذي يتم في إطار عمليات المحاسبة بمسك محاسبة لا تبين فيها الأعمال الخفية (أعمال حقيقية)، خلافا للتدليس الجنائي الذي يقوم كأصل عام على فعل إيجابي وليس مجرد امتناع فقط. كذلك يظهر عدم تقيد المشرع الجزائري، على غرار نظيره الفرنسي، بالمفهوم العام للتدليس الجنائي من حيث عدم اشتراطه في بعض صور الطرق الاحتيالية لعنصر المظاهر الخارجية المدعمة للكذب، كما هو الشأن مثلا بالنسبة لفعل عرقلة تحصيل الضريبة، خلافا للتدليس الجنائي الذي يقوم كأصل عام على عنصر الكذب وعنصر المظاهر الخارجية المدعمة للكذب. ومثل هذا الوضع يبرز بوضوح الطابع الخاص للطرق الاحتيالية في جريمة التملص عن الضريبة.

وعليه فإن هذه الدراسة قد كشفت عن مجموعة من النتائج هي كالآتي:

- إن الطرق الاحتيالية في جريمة التملص من الضريبة تشكل بحق صورة خاصة للتدليس الجنائي، مستقلة وقائمة بذاتها، سواء في القوانين الضريبية الجزائرية، أو في القانون العام للضرائب الفرنسي، مما يمكن معه تسمية هذه الطرق ب "التدليس الجنائي الضريبي".
- إن نطاق التجريم في الطرق الاحتيالية المكونة لجريمة التملص من الضريبة قد تميز بالتوسع، سواء في القوانين الضريبية الجزائرية، أو في القانون العام للضرائب الفرنسي، حيث شمل بعض الأفعال القابلة في ذات الوقت لأوصاف جرمية أخرى، كما هو الشأن مثلا بالنسبة لجرائم التزوير واستعمال المحررات المزورة.
- إن التوسع في تجريم الطرق الاحتيالية المكونة لجريمة التملص من الضريبة يعبر عن تشدد المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي في الحفاظ على حق الدولة في تحصيل الضريبة، وعن رغبة كل منهما في تغطية كل أو غالبية التصرفات التي قد تضيع على الدولة استيفاء هذا الحق.
- إن الطرق الاحتيالية في جريمة التملص من الضريبة تقوم في غالبية صورها على سلوك وحيد، قد يكون في بعض الأحيان فعلا، وقد يكون في بعض الأحيان الأخرى امتناعا، مما يجعل من جريمة التملص من الضريبة جريمة بسيطة، سواء في القوانين الضريبية الجزائرية أو في القانون العام للضرائب

[1] أنظر في تفصيل ذلك: Jean Larguier et Philippe Conte, op.cit, P 406

الفرنسي، على عكس التدليس الجنائي الذي لا يقوم إلا على سلوك إيجابي أو فعل يتضمن معنى الكذب، بالإضافة إلى فعل أو أفعال أخرى تتضمن المظاهر الخارجية المدعمة للكذب، مما يجعل من الجرائم الذي تقوم على هذا التدليس جريمة مركبة، كما هو الشأن مثلا بالنسبة لجريمة النصب.

****

قائمة المصادروالمراجع

أولا: المصادر

1-القوانين:

- القانون رقم 36/90 المؤرخ في 1990/12/31 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، المؤرخة في 1990/12/31، العدد رقم 57، السنة السابعة والعشرون، ص 1834 وما يليها)، المتضمن قانون المالية لسنة 1991.
- القانون رقم 02/01 المؤرخ في 2001/12/22 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، المؤرخة في 2001/12/23، العدد رقم 79، السنة الثامنة والثلاثون، ص 01 وما يليها)، المتضمن قانون المالية لسنة 2002.
- القانون رقم 02/04 المؤرخ في 2004/06/23 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في 2004/06/27، العدد رقم 41، السنة الواحدة والأربعون، ص 03 وما يليها)، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم.
- القانون رقم 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في 2006/03/08، العدد رقم 14، السنة الثالثة والأربعون، ص 15 وما يليها)، المتضمن تنظيم مهنة الموثق.
- القانون رقم 03/06 المؤرخ في 2006/02/20 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في 2006/03/08، العدد رقم 14، السنة الثالثة والأربعون، ص 21 وما يليها)، المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي.

2-الأوامر:

- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في 1966/06/11، العدد رقم 49، السنة الثالثة، ص 702 وما يليها)، يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

- الأمر رقم 101/76 المؤرخ في 1976/12/09 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، المؤرخة في 1976/12/22، العدد رقم 102، السنة الثالثة عشر، ص 1432 وما يليها)، المتضمن قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 102/76 المؤرخ في 1976/12/09 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، المؤرخة في 1976/12/26، العدد رقم 103، السنة الثالثة عشر، ص 1520 وما يليها)، المتضمن قانون الرسم على رقم الأعمال، المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 103/76 المؤرخ في 1976/12/09 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، المؤرخة في 1977/05/15، العدد رقم 39، السنة الرابعة عشر، ص 680 وما يليها)، المتضمن قانون الطابع، المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 104/76 المؤرخ في 1976/12/09 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في 1977/10/02، العدد رقم 70، السنة الرابعة عشر، ص 980 وما يليها)، المتضمن قانون الضرائب غير المباشرة، المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 1976/12/09 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في 1977/12/18، العدد رقم 81، السنة الرابعة عشر، ص 1212 وما يليها)، المتضمن قانون التسجيل، المعدل والمتمم.

3-المراسيم التنفيذية:

- المرسوم التنفيذي رقم 270/91 المؤرخ في 1991/08/10 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في 1991/08/14، العدد رقم 38، السنة الثامنة والعشرون، ص 1479 وما يليها) المتعلق بتنظيم محاسبة المحضرين وتحديد شروط مكافأة خدماتهم، المعدل والمتمم.
- المرسوم التنفيذي رقم 77/2000 المؤرخ في 2000/04/05 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في 2000/04/09، العدد رقم 20، السنة السابعة والثلاثون، ص 06 وما يليها)، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 270/91 المؤرخ في 1991/08/10 المتعلق بتنظيم محاسبة المحضرين وتحديد شروط مكافأة خدماتهم.
- المرسوم التنفيذي رقم 244/08 المؤرخ في 2008/08/03 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في 2008/08/06، العدد رقم 45، السنة الخامسة والأربعون، ص 20 وما يليها)، يحدد كيفيات مسك محاسبة الموثق ومراجعتها.

ثانيا: المراجع

1-باللغة العربية.

- أحسن بوسقيعة ، " الوجيز في القانون الجزائي الخاص "، الجزء الثاني، دار هومه، الجزائر، الطبعة الثانية ، سنة 2006.
- محمد عباس محرزي، "اقتصاديات الجباية والضرائب، دار هومه، الجزائر، الطبعة الثالثة، (دون ذكر سنة النشر).

2-باللغة الفرنسية.

- Jacques Grosclaude et Philippe Merchessou, «Droit fiscal général», Dalloz, 9e édition, 2013.
- Jean Larguier et Philippe Conte, «Droit pénal des affaires», Armand colin, 11ème édition, 2004.
- Jean Pradel et Michel Danti- Juan, «Droit pénal spécial», CUJAS, 3e édition, 2004.
- Laure-Anne Nyssen, «Droit fiscal», Cours pour l'année académique 2011/2012, Université Catholique de Louvain, Belgique.
- Louis Trotabas et Jean-Marie Cotteret, « Droit fiscal », Dalloz, 8e édition, 1997.
- Pierre Di Malta, «Droit fiscal pénal», PUF, 1992.
- Wilfrid Jeandidier, «Droit pénal des affaires», Dalloz, 6e édition, 2005.

جريمة الصرف في التشريع الجزائري بين تنوع العقوبات و إجراءات الصلح

The crime of Exchange in Algerian legislation:

between the diversity of sanctions and the conciliation procedures

وهراني إيمان، أستاذة متعاقدة بكلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان.

Imene Ouahrani (University of Tlemcen, Algeria)

إشراف ومراجعة: أ.د. الأخضر عزي، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر.

Azi lakhdar (University of M'sila, Algeria)

ملخص:

تعتبر مخالفات تشريع الصرف من أهم الجرائم الاقتصادية نظرا لما لها من تأثير سلبي على الاقتصاد الوطني وبالأخص انخفاض قيمة العملة الوطنية ، لذلك نجد أن المشرع الجزائري تصدى لهذا النوع من الإجرام بسنه عقوبات تتراوح بين عقوبات أصلية و تكميلية ، مع تمييزه بين العقوبات المطبقة على المخالف فيما إذا كان شخصا طبيعيا أو معنويا ، و بالمقابل، منح له فرصة للتصالح مع الإدارة ،لما لها من آثار إيجابية تعود على الخزينة العمومية Trésor public جراء الأضرار التي مست المصالح الاقتصادية العامة للبلاد.

الكلمات المفتاحية : جريمة الصرف ، الجزاءات الجنائية ، المصالحة .

Summary:

The violations of the legislation of exchange is considered one of the most important economic crimes because of the negative impact on the national economy, especially the devaluation of the national currency, so we find that the Algerian legislator addressed this type of crime by enacting penalties ranging between original and complementary penalties, Which applies to the violator whether he is a natural or moral person, and in return granted him an opportunity to reconcile with the administration because of the positive effects on the public treasury as a result of the damage to the general economic interests.

key words : Crime of dismissal, criminal sanctions, reconciliation.

تمهيد :

تعتبر جرائم الصرف من الجرائم الاقتصادية التي هدف المشرع من تجريمها إلى حماية المصلحة الاقتصادية العامة وبالتالي ضمان إنجاح سياسة اقتصاد السوق، ولو انها تؤدي ثمارها بعد وقت محدد ،سواء كان هذا الوقت طويلا او قصيرا Court terme ،مثل تحقيق الاكتفاء الذاتي أو تجنب الخضوع لسيطرة دولة أجنبية([1]) ،فإذا بحثنا عن معنى جريمة الصرف؛ فإننا لن نخرج عن التعريف التالي: "أنها كل مخالفة للتشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج" ،على اعتبار أن قواعد الصرف والنقد وحركة رؤوس الأموال من وإلى داخل الوطن هي مصالح اقتصادية يحميها القانون،[2] وإذا بحثنا أيضا عن هذه المخالفات؛ سوف لن نخرج أيضا عن تلك الواردة في المرسوم رقم 96- 22 (المرسوم رقم 96-22 المؤرخ في 09 يوليو 1996 المتعلق بقمع مخالفة تشريع و قانون الصرف و حركة الأموال من و إلى خارج الوطن)).

من الاعتبارات السابقة ، نجد أن المشرع الجزائري رصد لها مجموعة من الجزاءات المتنوعة و أقر صراحة بمسؤولية الشخص المعنوي Personne morale، و أمام ذلك الوضع، ميز بين العقوبات المطبقة على المخالف فيما إذا كان شخصا طبيعيا أو معنويا و بالمقابل منح للمخالف إمكانية التصالح مع الإدارة؛ الأمر الذي يؤدي إلى إنهاء المتابعة ، و في هذا الصدد حددت شروط إجراء المصالحة عن طريق التنظيم و حددت اللجان المختصة.

بناء على ما سبق ذكره؛ يمكن طرح الإشكال التالي : ماهي الجزاءات المقررة لجرائم الصرف، و هل إجراء المصالحة من شأنه إعادة التوازن الاقتصادي للسياسة الاقتصادية للدولة ؟.

للإجابة عن الاشكال المطروح؛ ارتأينا تقسيم بحثنا إلى مبحثين: الأول: خصصناه للجزاءات المقررة لجريمة الصرف، أما المبحث الثاني، فخصصناه إلى إجراء المصالحة في جرائم الصرف ، متبعين المنهج التحليلي .

المبحث الأول : الجزاءات المقررة لجرائم الصرف .

ما يمكن ملاحظته ، أن المشرع الجزائري قد أقرّ صراحة بمسؤولية الشخص المعنوي في جرائم الصرف و أمام ذلك الوضع ، ميز بين العقوبات المطبقة على المخالف فيما إذا كان شخصا طبيعيا أو معنويا من جهة -كما أسلفنا الذكر - و وضع مبدأ عدم جمع العقوبات من جهة أخرى ، بحيث لا يطبق على جرائم الصرف إلا

[1]- حسني، عبد السميع: الجرائم الاقتصادية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية،ط.1،دارالفكر الجامعي ، مصر ، 2015 ، ص.23.

- سميرة، ابن خيفة : مخالفات تشريع الصرف و حركة رؤوس الأموال ، مجلة دفاتر السياسة و القانون ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، العدد. 15، جوان 2016 ، ص.463.[2]

العقوبات المنصوص عليها في الأمر رقم 96-22 المشار إليه سابقا.[1] و عليه سنتطرق إلى العقوبات المقررة للشخص الطبيعي (المطلب الأول) و إلى العقوبات المقررة للشخص المعنوي (المطلب الثاني).

المطلب الأول : العقوبات المقررة للشخص الطبيعي :

يتضح من النصوص القانونية - لاسيما المادتين الأولى مكرر [2] و المادة الثالثة من الأمر رقم 10-03 المتعلق بقمع جرائم الصرف و التنظيم الخاصين بالصرف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج ، بأنه تطبق على جريمة الصرف ثلاثة أنواع من الجزاءات الجنائية، و هي على الترتيب :عقوبة الحبس (الفرع الأول) ، العقوبات الماسة بالذمة المالية للجاني (الفرع الثاني)، العقوبات التكميلية (الفرع الثالث).

الفرع الأول - عقوبة الحبس :

تعاقب المادة الأولى مكرر من الأمر رقم 10-03 كل من ارتكب جريمة الصرف أو حاول [3] ارتكابها بالحبس من سنتين إلى سبع سنوات . و بالمقابل هناك من نادى إلى ضرورة إلغاء عقوبة الحبس في هذه الجرائم أو ما يعرف باللاتجريم la dépénalisations ، و استبدالها بالعقوبات المالية، كالغرامة و المصادرة ، كون العقاب المالي يوفر لميزانية الدولة إيرادات إضافية تساهم في دفع عجلة التنمية .

الفرع الثاني –العقوبات الماسة بالذمة المالية للجاني:

إن الدافع لارتكاب الجرائم الاقتصادية و منها جرائم الصرف ، في الغالب دوافع مالية تغذيها غريزة تتميز بالطمع و الجشع و تكوين الثروة ، و لهذا فإن التشريعات الاقتصادية تتجه إلى الأخذ بالعقوبات المالية تطبيقا لقاعدة: " الجزاء من جنس العمل ".[4]

<u>أولا. الغرامة</u> :

الملاحظ على الغرامة المقررة كجزاء لجريمة الصرف هو أن المشرع لم يحدد قيمتها بمقدار معين و اكتفى بذكر حدها الأدنى و هو ضعف قيمة البضاعة محل المخالفة أو محاولة المخالفة حسب نص المادة الأولى مكرر من الأمر رقم 10-03 المتعلق بقمع جرائم الصرف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج ، و عليه يفهم من هذا النص أنه بإمكان القاضي الحكم بما يفوق هذه القيمة بكثير ، و هو أمر غير سائغ لمخالفته مبدأ الشرعية الذي يفرض أن يكون الحد الأقصى للعقوبة محددا بنص القانون. وكانت المادة الأولى من الأمر رقم 96- 22 قبل تعديلها بموجب الأمر رقم 03-01 تحدد الحد الأقصى للعقوبة بضعف قيمة محل المخالفة أو المحاولة

---

[1]- عبد العزيز، خنفوسي : إجراءات المتابعة القضائية و الجزاء المقرر لجريمة الصرف في التشريع الجزائري ، مقالة منشورة بمجلة منازعات الأعمال.

[2]- " كل من ارتكب جريمة الصرف أو حاول ارتكابها بالحبس من سنتين (2) إلى سبع (7) سنوات و بمصادرة محل الجنحة و مصادرة وسائل النقل المستعملة في الغش و بغرامة لا يمكن أن تقل عن ضعف قيمة محل المخالفة أو محاولة المخالفة ".

[3]- سوى المشرع الجزائري في العقوبة بين من ارتكبها كاملة و بين من شرع فيها .

[4]- محمد سليمان، حسن: المحاسنة الصلح و أثره في الجريمة الاقتصادية ، ط.1 ، دار وائل للنشر و التوزيع ، عمان ،2013، ص.90.

[1] دون تحديد حدها الأدنى ، و هذا المسلك أسلم من المسلك الجديد الذي اتبعه المشرع الجزائري عندما حدد الحد الأدنى دون تحديد الحد الأقصى.[2]

يبدو من صياغة النص أن نية المشرع هي استبعاد تطبيق الظروف المخففة على الغرامة و هو الأمر الذي جعله يشدد على أن لا تقل الغرامة عن ضعف قيمة محل المخالفة.[3]

و لهذا الاستنتاج ما يدعمه في عرض أسباب تعديل الأمر رقم 03-01 و الأمر رقم 10-03 ، اللذان تبنيا نظام عقابي رادع يحول دون تطبيق الظروف المخففة على الجزاءات المالية.

ثانيا. المصادرة :

لا يقضي بعقوبة المصادرة إلا في الحالات التي ينص عليها القانون ، و هذا تطبيقا لمبدأ شرعية العقوبة ، فهي عقوبة شخصية لا تلحق إلا بالجاني و لا تصيب إلا الأشياء المملوكة له شخصيا [4] ، فلا تنصرف إلى ورثته أو المسؤولين المدنيين أو الغير حسن النية ،و من ثمّ يقصد بها نقل ملكية المال قهرا و بدون مقابل من ملكية صاحبه إلى ملكية الدولة ،فالمصادرة عقوبة مالية لورودها على مال محدد مملوك للجاني لتضيفه لملكية الدولة بلا مقابل .[5] و قد بينت المادة 15 من قانون العقوبات الجزائري مفهوم المصادرة بنصها: " المصادرة هي الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموع أموال..."، و بالرجوع إلى المادة الأولى مكرر، الفقرة الأخيرة من الأمر رقم 10-03 ، المتعلق بقمع جرائم الصرف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج بمصادرة محل الجنحة و مصادرة وسائل النقل المستعملة في الغش أمر إلزامي ، أما حينما يتعذر حجز الأشياء المراد مصادرتها أو لم يقدمها المخالف لأي سبب كان ، بعقوبة مالية تقوم مقام المصادرة و تساوي قيمة هذه الأشياء . إذ أن اختيار العقوبة المالية كبديل عن المصادرة العينية يدل على أن المشرع لجأ إلى استعارة تقنيات قانون الجمارك .[6]

الفرع الثالث العقوبات التكميلية :

زيادة عن العقوبات التكميلية الوجوبية ، أضاف المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم 03-01 المتعلق بقمع جرائم الصرف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج بنص المادة الثالثة على العقوبات التكميلية الجوازية التي تفيد المنع من ممارسة العديد من الحقوق ، و تتمثل في منع الشخص المحكوم عليه مخالفة التشريع و

---

[1] - إذ جاء في نص المادة ..." و بغرامة تساوي على الأكثر ضعف قيمة محل المخالفة أو المحاولة ".

[2] -أحسن، بوسقيعة: جريمة الصرف على ضوء القانون و الممارسة القضائية ، المرجع السابق ، ص.86

[3] - طارق، كور: آليات مكافحة جريمة الصرف ، دار هومة ، الجزائر ، 2013. ، ص.65.12

[4] - يرى الأستاذ عبد الله سليمان : أن المصادرة لا تهدف إلى عقاب الشخص نفسه حتى يمكن الاحتجاج بشخصية العقوبة ، بل هي موجهة ضد شيء ممنوع حيازته .

[5] -محمد، مزوالي ، اتجاهات السياسة الجزائية نحو حماية النظام العام الاقتصادي ، مقالة منشورة بمجلة مخبر القانون الخاص الأساسي ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، العدد 10 ، 2013.

[6] - طارق، كور ،المرجع السابق ،ص.66.

التنظيم الخاصين بالصرف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج لمدة لا تتجاوز خمس سنوات من تاريخ صيرورة الحكم القضائي نهائيا من :

-مزاولة عمليات التجارة الخارجية.

- ممارسة وظائف الوساطة في عمليات البورصة أو عون صرف.

-أن يكون منتخبا أو ناخبا في الغرف التجارية أو مساعدا لدى الجهات القضائية .

كما يمكن الجهة القضائية المختصة أن تأمر بنشر الحكم القاضي بالإدانة كاملا أو بنشر مستخرج منه، على نفقة الشخص المحكوم عليه في جريدة أو أكثر- تعينها.

يستخلص من نص المادة 04 أن العقوبات المذكورة ، أصلية كانت أو تكميلية تطبق أيضا على مرتكب جريمة الصرف إذا كان محلها نقودا أو قيما مزيفة ، ما لم يشكل الفعل المنسوب إليه جناية تزوير نقود معدنية أو أوراق نقدية ذات سعر قانوني في أراضي الجمهورية أو في الخارج المنصوص و المعاقب عليها في المادتين 197 و 198 من ق.ع.ج بالسجن المؤبد.

إذا تمت متابعة الجاني من أجل جريمة الصرف ؛ تتخذ إجراءات المتابعة ضد كل من شارك في العملية ، حتى و إن كان يجهل أن النقود أو القيم مزيفة [1].بالإضافة إلى الجزاءات السابقة الذكر، أضاف المشرع الجزائري نوعا آخر من الجزاءات[2] و هو الجزاء الإداري ،يطبق بالذات من طرف محافظ بنك الجزائر من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الوزير المكلف بالمالية أو أحد ممثليه المؤهلين لهذا الغرض ، الذي خوله القانون كامل السلطة التقديرية في هذا المجال ، و يتمثل في منع من ارتكب جريمة الصرف من القيام بكل عملية صرف أو حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج ترتبط بنشاطاته المهنية .و بالمقابل و ما يمكن استنباطه من ذات المادة المشار إليها أعلاه في فقرتها الثانية " يمكن رفع هذا المنع بنفس الطريقة ، في كل وقت و في جميع الحالات ، بمجرد إجراء مصالحة أو حكم قضائي " بأنه إجراء مؤقت ، أي بمجرد إجراء الصلح أو صدور حكم قضائي يقضي بالبراءة ، يستعيد الشخص حق ممارسة العمليات التي منع القيام بها ." . إلا أنه في اعتقادنا أن هذا الإجراء ينطوي على مساوئ عدة أمام عدم تصور إمكانية النجاح في ممارسة أي طريق طعن ضد القرار المتضمن هذا الإجراء.

المطلب الثاني : العقوبات المقررة للشخص المعنوي .

أصبحت زيادة الأشخاص المعنوية في السنوات الأخيرة تشكل ظاهرة محققة لا يتنازع فيها أحد و خاصة في الميدان الاقتصادي ، فالشخص المعنوي أصبح يمثل عصب الحياة الاقتصادية على الصعيدين الوطني و

[1]- أحسن، بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص.94.

[2]- تراجع: المادة 08 من الأمر رقم 03-01 المتعلق بجرائم الصرف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج.

الدولي ، و ذلك لما تؤديه هذه الذوات المعنوية من خدمات ضرورية تساهم في تحقيق النمو الاقتصادي ، لكن بالمقابل يمكن أن ترتكب مجموعة من الجرائم الاقتصادية التي تؤثر سلبا على الاقتصاد الوطني ، أقرت غالبية التشريعات المقارنة[1] المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي ، و هو ماذهب إليه المشرع الجزائري من خلال تبنيه للمسؤولية الجزائية من الإقرار الضمني و الجزئي إلى التكريس الفعلي و تأكيده بأنه فكرة حقيقية قانونية له إرادة مستقلة عن إرادة الأعضاء المكونين .

عموما، يمكن القول ، أن مساءلة الشخص المعنوي ضرورية في مجال الجرائم الاقتصادية و منها جرائم الصرف ضمانا لإنجاح السياسة الاقتصادية ، لاسيما أن أغلب هذه الجرائم ترتكب بغرض الكسب غير المشروع و يستعيد كل شخص له حقوق في مال الشخص المعنوي ، مما يجعل العقوبة غير مجدية إذا اقتصر أثرها على الشخص الطبيعي الذي ارتكب الجريمة ، فثروته لا تسمح في كثير من الأحيان بتغطية الضرر ولن يمنع عقابه من تكرار المخالفة .

ولكن قبل التطرق إلى الجزاءات المقررة ، فان ذلك سيقودنا إلى التساؤل عن شروط قيام المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في جرائم الصرف ؟ .

الفرع الأول شروط قيام المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في جرائم الصرف :

طبقا لنص المادة 05 من الأمر رقم 03-01 المتعلق بجرائم الصرف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج ،فإن شروط قيام المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في جرائم الصرف تتمثل في :

أولا -أن يكون الشخص المعنوي خاضعا للقانون الخاص :

مثل الشركات التجارية الخاصة و التجمعات ذات المصلحة الاقتصادية و الشركات المدنية و الجمعيات ذات الطابع الاجتماعي أو الثقافي أو الرياضي و المؤسسات العمومية الاقتصادية التي يحكمها القانون التجاري . و يبقى التساؤل قائما بالنسبة للهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ؛إذ تخضع في تسييرها للقانون العام و في معاملاتها مع الغير للقانون الخاص ، فهل تستبعد من الأشخاص المعنوية التي يمكن مساءلتها جزائيا لارتكابها جريمة من جرائم الصرف ؟.أما بالنسبة للدولة و الجماعات المحلية و كذا المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فقد استبعدت من هذه المساءلة الجزائية بمقتضى الأمر رقم 03-01 تداركا لما كان عليه الأمر رقم 96-22 الذي وسع من نطاق تطبيق هذه المسؤولية إذ لم يحصرها في المؤسسات الادارية و الهيئات العمومية ، كما ذهبت إليه باقي التشريعات المقارنة لاسيما التشريع الفرنسي . و منذ تعديل قانون العقوبات الجزائري بموجب القانون رقم 04-15 استثنى الدولة و الجماعات المحلية و الأشخاص المعنوية الخاضعة

[1]-كالتشريع الإنجليزي ، الأمريكي ، الكندي ، و القانون الهولندي و الإيطالي ، و الفرنسي . و من التشريعات العربية نجد القانون اللبناني ، و الإماراتي.

للقانون العام من المسؤولية الجزائية ، جاعلا بذلك تطابق بين أحكام التشريع الخاص بجرائم الصرف و أحكام قانون العقوبات.

ثانيا –ارتكاب جريمة الصرف من طرف الممثل الشرعي للشخص المعنوي أو من طرف أحد أجهزته :

لا يمكن مساءلة الشخص المعنوي إلا إذا ارتكبت جريمة من طرف أحد أجهزة للشخص المعنوي"organes" أو من طرف ممثليه "représentants" و هذا وفقا للنظام الأساسي لهذا الشخص ، و عليه فإن ارتكاب الجريمة من طرف شخص طبيعي يعد شرطا مسبقا لقيام مسؤولية الشخص المعنوي جنائيا ، و الشخص الطبيعي الذي ارتكب الجريمة عبرت عنه المادة 51 مكرر من ق.ع.ج بأنه أحد الأجهزة أو من طرف الممثلين الشرعيين، وعليه فأجهزة الشخص المعنوي هي الهيئات المحددة و فقا للقانون و ذلك من أجل التصرف باسم الشخص المعنوي كمجلس الإدارة أو مجلس المديرين أو المسير، أما بخصوص الممثل الشرعي أو القانوني، فقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 65 مكرر من ق. إ ج.ج بأنه :" ذلك الشخص الطبيعي الذي يخوله القانون أو القانون الأساسي للشخص المعنوي تفويضا لتمثيله " ،إذن فمسؤولية الشخص المعنوي جنائيا تكون عن جرائم الصرف التي ترتكب بواسطة أحد أجهزته أو ممثلين الذين يعبرون عن إرادته[1] ، حيث لا يسأل الشخص المعنوي عن الجرائم التي يرتكبها الموظف البسيط إلا إذا كان مفوضا من قبل الشخص المعنوي للتصرف باسمه.

ثالثا – أن ترتكب الجريمة لحساب الشخص المعنوي :

إن وضع مثل هذا الشرط يعتبر أمرا منطقيا في حصر مسؤولية هذه الأشخاص في النطاق المعقول ، إذ بمقتضى هذا الشرط لا تسأل الأشخاص المعنوية عن الجرائم التي ترتكب من طرف ممثليها إذا ارتكبت لحسابهم الشخصي .و بمفهوم آخر أن تكون الجريمة قد تمت تحقيقا لمصلحة و فائدة تعود للشخص المعنوي دون غيره .

في هذا التمييز ،لاشك فيه حماية من طرف المشرع لممثلي الشخص المعنوي الذي لا ينبغي أن يسألوا بصفة آلية، بالفعل هذا ما يستشف من العبارة التي تضمنتها المادة 05 من الأمر رقم 10-03 "دون المساس بالمسؤولية الجزائية لممثليه الشرعيين ". تأكيدا للفصل بين المسؤوليتين الجزائيتين لكل من الشخص الطبيعي (ممثل الشخص المعنوي) و الشخص المعنوي.

- و يقصد به " الممثلين الشرعيين" الأشخاص الطبيعيين الذين يتمتعون بسلطة التصرف باسم الشخص المعنوي ، سواء كانت هذه السلطة قانونية أو بحكم قانون المؤسسة ، فقد يكون الرئيس المدير العام أو القائم بالإدارة أو رئيس مجلس الإدارة أو المدير العام و قد يكون أيضا المصفى في حالة حل الشركة.[1]

بمجرد توافر هذه الشروط تترتب المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي و تعين عقابه طبقا للقانون ، كما هو الحال بالنسبة للشخص الطبيعي إذا ثبتت التهمة في حقه . و تكون العقوبات المقررة للشخص المعنوي المدان بمخالفة التشريع و النظام الخاصين بالصرف كما يلي بيانه :

الفرع الثاني – الجزاءات المترتبة عن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في جرائم الصرف :

صدر الأمر رقم 96-22 المؤرخ في 09 جويلية 1996، في وقت لم يقر فيه بعد قانون العقوبات بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي ، و مع ذلك فقد أخذ بها الأمر رقم 96-22 في المادة 05 منه المشار إليها أعلاه. و تبعا لذلك يتعرض الشخص المعنوي للعقوبات الآتية :

-غرامة لا يمكن أن تقل عن أربع مرات قيمة محل المخالفة أو محاولة المخالفة ،

- مصادرة محل الجنحة،

- مصادرة الوسائل المستعملة في الغش.

يمكن أن تصدر الجهة القضائية ، فضلا عن ذلك لمدة لا تتجاوز خمس سنوات ، إحدى العقوبات الآتية أو جميعها :

- الإقصاء من الصفقات العمومية.
- المنع من الدعوة العلنية إلى الادخار .
- المنع من ممارسة نشاط الوساطة في البورصة.

إذا لم تحجز الأشياء المراد مصادرتها ، أو لم يقدمها الشخص المعنوي المذكور أعلاه ، لأي سبب كان ، يتعين على الجهة القضائية المختصة أن تحكم بعقوبة مالية تقوم مقام المصادرة و تساوي قيمة هذه الأشياء.

يلاحظ من نص المادة 05 السابقة الذكر ، أن الشخص المعنوي يخضع لنفس الجزاءات المطبقة على الشخص الطبيعي ، و يتعلق الأمر بالمصادرة و الغرامة ، غير أن قيمة هذه الأخيرة تختلف عن ما هو مقرر للشخص الطبيعي ، فالغرامة المقررة للشخص المعنوي تقدر بأربع مرات قيمة محل المخالفة أو محاولة المخالفة ، أما فيما يخص العقوبات التكميلية ، فهي متعددة و تختلف بطبيعة الحال عن تلك المقررة للشخص الطبيعي [1] .

تجدر الإشارة إلى أنه و في إطار وضع سياسة الوقاية و المكافحة في مجال الصرف عمدت وزارة المالية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 12-279 المؤرخ في 09 جويلية 2012[2] يحدد كيفيات تنظيم و سير

---

[1]- طارق، كور : المرجع السابق ،ص.77.

[2]- ينظر: المرسوم التنفيذي رقم 12-279 المؤرخ في 09 جويلية 2012 ، يحدد كيفيات تنظيم و سير البطاقية الوطنية للمخالفين في مجال الصرف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج ، ج.ر ع.41 ، الصادرة في 15 جويلية2012 .

البطاقة الوطنية للمخالفين في مجال الصرف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج بإنشاء و تنظيم ما يسمى بالبطاقية Fichier الوطنية للمخالفين في مجال مخالفة التشريع و التنظيم الخاصين بالصرف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج و يهدف هذا المرسوم حسب نص المادة 03 إلى مايلي :

-وضع سياسة الوقاية و المكافحة في مجال الصرف .

-الوقاية و المكافحة في مجال تبيض الأموال و تمويل الإرهاب.

- مراقبة سوابق المخالفين في مجال المصالحة .

- اتخاذ الإجراءات التحفظية تجاه المخالفين .

-إعداد تقرير سنوي الموجه لرئيس الجمهورية.

المبحث الثاني : المصالحة في جرائم الصرف .

يبدو الحديث عن الصلح[1] في المادة الجزائية غريبا باعتبار أن قواعد القانون الجنائي وضعت حتى تطبق في مفهومها الردعي وباعتبارها من النظام العام فلا مكان للإرادة الفردية مبدئيا ولا تأثير لها على تطبيقها.

إلا هذا النموذج بدأ بالتراجع وهذا عملا بقاعدة ملاءمة التتبع[2] .ونظرا إلى كون المصالحة في المسائل الجزائية إجراء استثنائيا فقد حرصت مختلف القوانين التي أجازتها على الطابع الرضائي للمصالحة فهي ليس حقا مطلقا للمتهم يفرضه على جهة الإدارة ولا هو إجراء إلزامي بالنسبة للإدارة بل هي امتياز تمنحه له الإدارة.[3] و عليه إن إقرار الصلح في القوانين الجزائية الاقتصادية هدفه إعادة التوازن الاقتصادي وحماية أهداف السياسة الاقتصادية للدولة وتعويض الخزينة العمومية جرّاء الأضرار التي مست بالمصالح الاقتصادية العامة.[4]

ومن أمثلة المصالحة التي تتم بين الإدارة والمخالف ما نصت عليه المادة 09 مكرر من الأمر رقم 96-22 المتعلق بقمع مخالفة التشريع و التنظيم الخاصين بالصرف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج المعدل و المتمم ،

---

[1]- يعرف الفقه الصلح أو المصالحة " بأنها إجراء يتم بمقتضاه انقضاء الدعوى العمومية من غير أن ترفع على المتهم إذا ما دفع مبلغا معينا للطرف عارض المصالحة في مدة محدّدة " وتعرف محكمة النقض المصرية بأنها " نزول من الهيئة الاجتماعية عن حقها في الدعوى الجنائية مقابل الجعل الذي قام عليه الصلح ويحدث أثره بقوة القانون " أكثر تفصيلا يراجع:، عبد الرحمان خلفي، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية ، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص.144.

[2]- محمد، خميخم: الطبيعة الخاصة للجريمة الاقتصادية ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2011 ،ص.99.

[3]- أحسن، بوسقيعة: المصالحة في المادة الجزائية بوجه عام والمادة الجمركية بوجه خاص، دار هومة، الجزائر ،2005،ص.09.

[4]- أحمد محمد ،براك: العقوبة الرضائية في الشريعة الإسلامية والأنظمة الجنائية المعاصرة (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ، 2009 .ص 66.

ومن ثم سيكون لنا الحديث عن شروط إجراء الصلح في مادة جرائم الصرف (المطلب الأول) و عن آثارها في (المطلب الثاني).

المطلب الأول : شروط إجراء الصلح في مادة جرائم الصرف .

لصحة المصالحة لابد من توافر شروط موضوعية وأخرى إجرائية ، الأولى تخص تحديد الجريمة التي يجوز فيها إجراء المصالحة و الثانية تخص كل المراحل الإجرائية التي ينبغي أن تمر منها المصالحة ، لاسيما تقديم طلب و دراسته من طرف الأشخاص المؤهلة لذلك.

الفرع الأول - الشروط الموضوعية :

تخص صور جرائم التي يجوز إجراء المصالحة فيها ، مع العلم أن المشرع لم يجعل خلافا بين صورة أو أخرى من جرائم الصرف في مجال المصالحة ، و بالتالي فهو جائز إجراؤها سواء كان محل الجريمة نقودا أم أحجارا أو معادن ثمينة. وعليه و على ضوء التعديل الذي أجري على الأمر رقم 96-22 بموجب الأمر رقم 10-03 المؤرخ في 26 أوت 2010 المتعلق بقمع مخالفة التشريع و التنظيم الخاصين بالصرف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج على أن المصالحة تضع حدا للمتابعة بالتنفيذ الكامل للالتزامات المترتبة على المخالف ، و ذلك كون قيمة محل الجنحة يساوي أو يقل عن 20 مليون دج.

فيما لم تعد المصالحة جائزة [1] بموجب المادة 09 مكرر1، في حالة ما إذا كانت قيمة محل الجنحة تفوق 20 مليون دج أو كان عائدا أو كانت جريمة الصرف مقترنة بجريمة تبيض الأموال أو المخدرات أو الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية .

الفرع الثاني - الشروط الإجرائية :

يشترط القانون في مجال جنح الصرف أن يقدم مرتكب المخالفة طلبا للإدارة و أن توافق هذه الأخيرة من خلال لجانها على طلبه ، و ذلك في الحالات التي يجيزها القانون و عليه تتمثل تلك الشروط وفقا للإجراءات التي تمر بها المصالحة فيما يلي :

أولا –تقديم الطلب من المخالف :

نصت المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم11-35 [2] يحدد شروط و كيفيات إجراء المصالحة في مجال مخالفة التشريع و التنظيم الخاصين بالصرف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج بأنه " يقدم طلب المصالحة مرفقا بوصل إيداع الكفالة المذكور بالمادة 03 أدناه ، و بنسخة من صحيفة السوابق القضائية للمخالف ، حسب

---

[1] -أحسن، بوسقيعة : جريمة الصرف على ضوء القانون و الممارسة القضائية ، المرجع السابق ، ص.119.

[2] -يراجع: المرسوم التنفيذي رقم 11-35 المؤرخ في 29 جانفي 2011 يحدد شروط و كيفيات إجراء المصالحة في مجال مخالفة التشريع و التنظيم الخاصين بالصرف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج و كذا تنظيم اللجنة الوطنية و اللجنة المحلية للمصالحة و سيرها ، ج.رع 08 الصادرة في 06 فبراير 2011.

الحالة إلى رئيس اللجنة الوطنية أو المحلية للمصالحة ،و عندما يكون الفاعل قاصرا أو شخصا معنويا ، يقدم المسؤول المدني أو الممثل الشرعي طلب إجراء المصالحة."

يفهم من نص هذه المادة أن المصالحة تتم بناء على طلب من المخالف نفسه ، و من المسؤول المدني إذا كان المخالف قاصرا و من ممثله الشرعي إذا كان المخالف شخصا معنويا .

و عليه سيتم توضيح شكل الطلب ، ميعاد تقديم الطلب و الجهة الموجه إليها الطلب تباعا :

1- شكل الطلب : يجب أن يكون الطلب كتابيا ، غير أنه لا يشترط فيه صيغة أو عبارة معينة بل يكفي أن يتضمن تعبيرا عن إرادة صريحة لمقدم الطلب في المصالحة .[1]

2- ميعاد تقديم الطلب : حددت المادة 09 مكرر2 المستحدثة في فقرتها الأولى و المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 11-35 أجلا لمرتكب المخالفة لتقديم طلب المصالحة أقصاه ثلاثون يوما من تاريخ معاينة المخالفة. و يكون أمام لجان المصالحة ستون يوما من تاريخ إخطارها للفصل في طلب المصالحة حسب نص المادة 09 مكرر 2 .

الأصل أن إجراءات المصالحة تحول دون تحريك الدعوى العمومية و من ثم لا تباشر النيابة العامة المتابعة الجزائية خلال الفترة المحددة لتقديم طلب المصالحة و الفصل فيه ما بين 60 يوما و 90 يوما من تاريخ معاينة الجريمة . غير أن المادة 9 مكرر 3 من الأمر رقم 10-03 نصت على حالات لا تحول فيها إجراءات المصالحة دون تحريك الدعوى العمومية عندما تكون قيمة محل الجريمة :

-1.000.000دج أو تفوقها ، في الحالات التي تكون فيها الجريمة ذات علاقة بعمليات التجارة الخارجية

-500.000 دينار أو تفوقها في الحالات الأخرى.

3- الجهة الموجه إليها الطلب : يوجه الطلب حسب الحالة ، إما إلى اللجان المحلية للمصالحة أو إلى اللجنة الوطنية للمصالحة بحسب قيمة محل الجنحة على النحو الآتي :

- إذا كانت قيمة محل الجنحة لا تتجاوز 500.000 دج يوجه الطلب إلى اللجنة المحلية للمصالحة المتواجدة على مستوى كل ولاية .[2]
- أما إذا كانت قيمة محل الجنحة تتجاوز 500.000دج و تقل عن 2.000.000دج أو تساويها ويوجه الطلب إلى اللجنة الوطنية للمصالحة .[3]

---

[1] -أحسن، بوسقيعة : جريمة الصرف على ضوء القانون و الممارسة القضائية ، المرجع السابق ، ص.120.

[2] - تتكون اللجنة طبقا للمادة 09 مكرر من مسؤول الخزينة في الولاية رئيسا ، ممثل إدارة الضرائب لمقر الولاية عضوا ، ممثل الجمارك بالولاية ، ممثل المديرية الولائية للتجارة عضوا ، ممثل بنك الجزائر لمقر الولاية عضوا.

[3] - تتكون اللجنة من الوزير المكلف بالمالية أو ممثليه رئيسا ممثل المديرية العامة للمحاسبة و ممثل المفتشية العانة للمالية و ممثل المديرية للرقابة الاقتصادية و قمع الغش و ممثل بنك الجزائر ، الكل برتبة مدير على الأقل . و يتولى أمانتها مديرية الوكالة القضائية للخزينة.

ثانيا-إرفاق الطلب بكفالة :

توجب المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 11-35 السالف الذكر إيداع كفالة من مقدم الطلب تمثل 200%[1] من قيمة محل الجنحة ، لدى المحاسب العمومي المكلف بالتحصيل. و في حالة رفض طلب المصالحة ، تبقى الكفالة في حالة إيداع إلى حين صدور الحكم النهائي.

3- الفصل في طلب المصالحة : حدد المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 11-35 يحدد شروط و كيفيات إجراء المصالحة في مجال مخالفة التشريع و التنظيم الخاصين بالصرف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج ، إجراءات عمل اللجنتين الوطنية و المحلية للمصالحة حيث تجتمع اللجنتان بناء على طلب رئيسيهما، و لابد أن يتم إعلام أعضائهما بالملفات المجدولة قبل 10 أيام على الأقل من تاريخ الاجتماع و لا تصح اجتماعاتهما إلا بحضور جميع الأعضاء.[2]

و تتخذ قرارات اللجنتين بأغلبية الأصوات و في حالة تساوي الأصوات ،يكون صوت رئيس كل منها مرجحا.[3] و تكون مداولات كل لجنة في محاضر يوقعها الرئيس و جميع الأعضاء بدون استثناء ،و يكون قبول المصالحة أو رفضها بموجب مقررات فردية بالنسبة لكل مخالف ، و يوقعها الرئيس و يشمل مقرر قبول المصالحة على :

المبلغ الواجب دفعه ، محل الجنحة ، الوسائل المستعملة في الغش ، آجال الدفع ، تعيين المحاسب العمومي المكلف بالتحصيل .[4] و ترسل نسخة من محضر المداولات و مقرر قبول أو رفض المصالحة في غضون 15 يوما ابتداء من تاريخ توقيعه إلى المخالف و ذلك بموجب محضر تبليغ أو رسالة موصى عليها مع وصل استلام أو أي وسيلة قانونية أخرى ، و للمخالف أجل 20 يوما ابتداء من تاريخ استلام مقرر المصالحة لتنفيذ جميع الالتزامات المترتبة عليها .[5]

و في كل الحالات أوجب المرسوم المذكور ، إرسال محضر المداولات و مقرر قبول أو رفض المصالحة إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا ووزير المالية و محافظ بنك الجزائر في غضون 10 أيام.

تختلف قيمة مبلغ المصالحة باختلاف المبلغ محل المخالفة من جهة ، و كذلك باختلاف طبيعة المخالفة إن كان شخصا طبيعيا أو معنويا من جهة أخرى.

---

[1]- مع الإشارة إلى أن الكفالة في ظل النظام السابق كانت لا تساوي إلا 30 بالمائة من قيمة محل الجنحة .

[2]- المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 11-35.

[3]- المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 11-35.

[4]- المادتان 10 و 12 من المرسوم التنفيذي رقم 11-35.

[5]- المادتان 14 و 15 من المرسوم التنفيذي رقم 11-35.

المطلب الثاني : آثار المصالحة.

إن الهدف من إجراء المصالحة في جرائم الصرف هو هدف واحد و يتمثل في تفادي عرض النزاع على القضاء ، فبمجرد ما تتم المصالحة بين الطرفين تنقضي الدعوى العمومية طبقا لنص المادة 06 من قانون الإجراءات الجزائية و المادة 09 مكرر من الأمر رقم 10-03 المتعلق بقمع جرائم الصرف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج إذا نفذّ المخالف جميع الالتزامات المترتبة عن المصالحة .[1]

و نتيجة لذلك ، للمصالحة آثار بالنسبة للمتهم (الفرع الأول) و بالنسبة للغير (الفرع الثاني) و سيتم تناوله تباعا.

الفرع الأول : بالنسبة للمتهم تتجسد في انقضاء الدعوى العمومية و تثبيت مقرر المصالحة.

أولا-انقضاء الدعوى العمومية :

يترتب على الصلح انقضاء الدعوى العمومية متى كان الصلح قبل صدور حكم بات في الدعوى وهذا ما نصت عليه المادة السادسة فقرة الرابعة من ق.إ.ج.ج :" يجوز أن تنقضي الدعوى العمومية بالمصالحة إذا كان القانون يجيزها صراحة" . كما تنص صراحة المادة 09 مكرر من الأمر رقم 10-03 المتعلق بقمع جرائم الصرف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج أن المصالحة تضع حدا للمتابعة .[2]

فالصلح يحدث أثره في انقضاء الدعوى العمومية التي لم يصرفها حكم بات سواء قبل رفع الدعوى أو بعد رفعها ويترتب على ذلك أنه إذا وقع الصلح قبل تحريك الدعوى العمومية فإنه لا يجوز تحريكها أي حفظ الملف على مستوى الإدارة المعنية فإذا أبلغت النيابة العامة بها فيتعين عليها أن تصدر قرارا بحفظ الدعوى ، أما إذا كانت النيابة قد تصرفت في الملف وحركت الدعوى العمومية إما برفع القضية إلى التحقيق وإما بإحالتها إلى المحكمة ومن ثم : إذا كانت القضية أمام قاضي التحقيق أو غرفة الاتهام تصدر الجهة المختصة أمرا أو قرارا بأن لا وجه للمتابعة بسبب انعقاد المصالحة .

أما إذا كانت القضية على مستوى جهات الحكم يتعين عليها انقضاء الدعوى العمومية ونشير إلى هنا أن القضاة غير متفقين في القضاء الجزائي الجزائري، على الصيغة التي يجب أن يكون عليها منطوق الحكم أو

[1]- الطاهر، محادي : إجراءات المتابعة و المصالحة في جرائم الصرف في التشريع الجزائري ، مجلة المفكر ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، العدد 12 ، ص.518.

[2]- ما ينبغي الإشارة إليه ، أن تعديل قانون الجمارك بموجب القانون رقم 17 -04 المؤرخ في 16 فبراير 2017 ، لم يجز إجراء المصالحة بعد صدور جكم نهائي بنص المادة 265 فقرة 06 " لا تجوز المصالحة بعد صدور حكم قضائي نهائي "

القرار، فمنهم من يفضل الحكم بانقضاء الدعوى العمومية بسبب المصالحة.[1]ولقد تدخلت المحكمة العليا لحسم الموقف فقضت بأن المصالحة تؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية وليس إلى البراءة.[2]

ثانيا -تثبيت مقرر المصالحة :

لم يحدد المشرع كيفية تحديد مبلغ المصالحة في نص القانون، و إنما أحال بهذا الخصوص إلى التنظيم الذي ترك للإدارة قسطا من الحرية في تحديده لأنه اكتفى بوضع الحدين الأدنى و الأقصى حسب ما أشارت إليه المادتين 04 و 06 من المرسوم التنفيذي رقم 11-35[3]

ويقع على عاتق المخالف لتثبيت مقرر المصالحة التزام تسديد مبلغ المصالحة في الآجال القانونية، و كذا التزام بالتخلي عن محل الجنحة و وسيلة النقل المستعملة في الغش لصالح الخزينة العمومية ، و بمجرد تنفيذ المخالف لكل هذه الالتزامات يوضع حد للمتابعة الجزائية .[4]

الفرع الثاني : بالنسبة للغير:

يقصد بالغير هنا الفاعلون الآخرون والشركاء فهل تطبق هنا قاعدة لا ينتفع الغير بالمصالحة على الغير؟

أولا – لا ينتفع الغير بالمصالحة :

تتفق التشريعات الجمركية والجزائية الأخرى التي تجيز الصلح على حصر آثاره في من يتصالح مع الإدارة وحده ولا تمتد للفاعلين الآخرين الذين ارتكبوا معه نفس المخالفة ولا إلى شركائه.

---

[1]- أحسن، بوسقيعة : الوجيز في القانون الجنائي الخاص ، المرجع السابق ، ص 333.

[2]-قرار الغرفة الجنائية الصادرة في09 جوان 1991 ، ملف رقم 71509 غير منشور.

[3]- عندما يكون المخالف شخصا طبيعيا :

إذا كانت قيمة محل الجنحة من 500.001 دج إلى1.000.000دج فنسبة مبلغ المصالحة من 200 % إلى 250..%

إذا كانت قيمة محل الجنحة من 1.000.001.إلى 5.000.000 فنسبة مبلغ المصالحة من 251 % إلى 300.%.

إذا كانت قيمة محل الجنحة من5.000.001. دج إلى10.000.000. فنسبة مبلغ المصالحة من 301 % إلى 350.%.

إذا كانت قيمة محل الجنحة من10.000.001. دج إلى15.000.000. فنسبة مبلغ المصالحة من 351 % إلى 400.%.

إذا كانت قيمة محل الجنحة من 15.000.001دج إلى20.000.000دج فنسبة مبلغ المصالحة من 401 % إلى 450.%.

عندما يكون المخالف شخصا معنويا :

إذا كانت قيمة محل المخالفة من 500.001دج إلى 1.000.000دج فنسبة مبلغ المصالحة من 450 %إلى 500.%

إذا كانت قيمة محل المخالفة من 1.000.001دج إلى5.000.000 ج فنسبة مبلغ المصالحة من 501 إ%إلى 550.%

إذا كانت قيمة محل المخالفة من5.000.001. دج إلى 10.000.000دج فنسبة مبلغ المصالحة من 551 %إلى600 .%

إذا كانت قيمة محل المخالفة من10.000.001. إلى 15.000.000دج فنسبة مبلغ المصالحة من 601 %إلى 650.%

إذا كانت قيمة محل المخالفة من 15.000.001دج إلى 20.000.000دج. فنسبة مبلغ المصالحة من 651 % إلى 700.%.

[4]- طارق، كور : المرجع السابق ، ص.92

ولا يشكل الصلح الذي تم مع أحد المتهمين حاجزا أمام متابعة الأشخاص الآخرين الذين ساهموا معه في ارتكاب المخالفة، أو شاركوا في ارتكابها وهذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها الصادرة بتاريخ 22-12-1997 بشأن مخالفة جمركية.[1]

يمكن القول أن المصالحة في جريمة الصرف هي الأخرى لا يستفيد منها إلا من كان طرفا فيها ، و لا يمكن أن تشكل عائقا أمام متابعة الأشخاص الأخرين فاعلين كانوا أم شركاء .

ولكن يبقى التساؤل قائما بالنسبة لجريمة الصرف حول ما إذا كان القضاء ملزما بالحكم على المتهمين غير المتصالحين بكامل الجزاءات المالية المقررة قانونا للمخالفة المرتكبة ، أم أنه عليه خصم المبلغ الذي دفعه المتهم ؟.

يميل البعض إلى القول بأنه لا يسوغ لجهات الحكم إلا الحكم على الغير بالحبس و الغرامة الجزائية دون مصادرة محل الجنحة و وسيلة النقل المستعملة في الغش و ذلك على أساس أنه لا يجوز مصادرة الشيء مرتين ، و هو المبدأ المستقر عليه قضاء في مواد جرائم الصرف قبل صدور الأمر رقم 96-22 .[2]

ثانيا - لا يضار الغير من المصالحة :

و يقصد بهذه القاعدة أنه لا يمكن أن ترتب المصالحة ضررا لغير أطرافها ، و أساس هذه القاعدة المادة 113 من القانون المدني الجزائري التي تقضي أنه لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير و لكن يجوز أن يكسبه حقا .[3] و كذا من مبدأ شخصية العقوبة المطبقة في المواد الجزائية و على ذلك :

-فإن الشركاء في الجريمة الغير أطراف في المصالحة غير ملزمون بما يترتب من آثار على المصالحة التي قام بها المتهم المتصالح .

- و بالنسبة إلى المسؤولين المدنيين لا يلزمون أيضا بما يترتب على تلك المصالحة من آثار في ذمة المتهم الذي عقدها .

- بالنسبة إلى المضرور فإن المصالحة لا تلزمه بأي شيئ، و لا يمكنها أن تسقط حقه في طلب التعويض عن الضرر اللاحق به جراء المخالفة و اللجوء إلى القضاء من أجل ذلك. أما الإدارة فلا يجوز لها الرجوع على الشركاء أو المسؤولين المدنيين عند إخلال المتهم بالتزاماته ، ما لم يكن من يرجع إليه ضامنا له أو متضامنا معه أو أن المتهم كان قد باشر المصالحة بصفته وكيلا عنه.

---

[1]- ملف :154107 قرار 22 ديسمبر 1997 غير منشور.

[2]-أحسن ، بوسقيعة : المنازعات الجمركية ، تصنيف الجرائم و معاينتها ، المتابعة و الجزاء ، ط. 02 دار النخلة للنشر ، الجزائر 2001.

[3]- الطاهر، محادي : المرجع السابق ، ص. 521.

الخاتمة :

من خلال ما تقدم نخلص للقول ، أن جرائم الصرف من الجرائم الاقتصادية التي لها تأثير على الساحة الوطنية و ذلك لمساسها بالاقتصاد الوطني وعرقلة حسن سير المعاملات الاقتصادية سواء بين الأفراد و المؤسسات المالية أو عن طريق التجارة الخارجية، كما تؤثر على العملة الوطنية و تضعف قيمتها الاقتصادية و بالتالي تأثير على المصالح الاقتصادية للدولة .فأفرط المشرع في تنوع الجزاءات من عقوبات جزائية و تكميلية و التركيز على العقوبات المالية (الغرامة ، المصادرة) و هذا يعود أساسا من قبل الدولة التي تعمل على رفع الطابع الزجري في المادة الاقتصادية la dépénalisation بهدف تشجيع و تكريس حرية المبادرة لدى المتعاملين الاقتصاديين و تشجيع المنافسة . كما أن إقرار نظام المصالحة في جرائم الصرف و جعلها إحدى طرق انقضاء الدعوى العمومية أو إحدى البدائل لمواجهة أزمة العدالة الجنائية بغية اختصار الزمن لحل الكثير لهذه المنازعات العالقة و الشائكة في دهاليز القضاء من جهة، و تعويض الخزينة العمومية جراء الأضرار التي مست بالمصالح الاقتصادية العامة من جهة أخرى.

قائمة المراجع :

الكتب

1. أحسن بوسقيعة، المنازعات الجمركية ، تصنيف الجرائم و معاينتها ، المتابعة و الجزاء، ط. 02 دار النخلة للنشر، الجزائر 2001.
2. أحسن بوسقيعة، المصالحة في المادة الجزائية بوجه عام والمادة الجمركية بوجه خاص، دار هومة، الجزائر ،2005 .
3. أحسن بوسقيعة ، جريمة الصرف على ضوء القانون و الممارسة القضائية ، ط.02 ، الجزائر، 2014.
4. حسني عبد السميع، الجرائم الاقتصادية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية،ط.1،دارالفكر الجامعي ، مصر ، 2015.
5. عبد الرحمان خلفي، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية ، دار الهدى، الجزائر، 2012.
6. طارق كور ،آليات مكافحة جريمة الصرف ، دار هومة ، الجزائر ، 2013.
7. محمد سليمان حسن المحاسنة ،الصلح و أثره في الجريمة الاقتصادية ، ط.1 ، دار وائل للنشر و التوزيع ، عمان ،2013.

المقالات

1. الطاهر محادي، إجراءات المتابعة و المصالحة في جرائم الصرف في التشريع الجزائري ، مجلة المفكر ، جامعة محمد خيضر، بسكرة العدد 12. 2018.
2. سميرة ابن خيفة، مخالفات تشريع الصرف و حركة رؤوس الأموال ، مجلة دفاتر السياسة والقانون ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، الجزائر ، . العدد15 ، جوان 2016.
3. عبد العزيز خنفوسي، اجراء المتابعة القضائية و الجزاء المقرر لجريمة الصرف في التشريع الجزائري ، مجلة منازعات الأعمال.
4. محمد مزوالي، اتجاهات السياسة الجزائية نحو حماية النظام العام الاقتصادي ، مجلة مخبر القانون الخاص الأساسي ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، العدد 2013.10.

الرسائل الجامعية

1. أحمد محمد براك، العقوبة الرضائية في الشريعة الإسلامية والأنظمة الجنائية المعاصرة (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ، 2009.
2. محمد خميخم، الطبيعة الخاصة للجريمة الاقتصادية ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2011.

النصوص القانونية

1. الأمر رقم 96-22 المؤرخ في 09 جويلية 1996، المتعلق بقمع مخالفة التشريع و التنظيم الخاصين بالصرف و حركة رؤوس الأموال منو إلى الخارج ، ج.ر الصادرة في 10 جويلية 1996 ، العدد 43 ، المعدل و المتمم بالأمر رقم 03-01 ، المؤرخ في 19 فبراير 2003 ، ج. ر العدد12 الصادرة في 23 فبراير 2003. و بالأمر رقم 10-03 ، المؤرخ في 26 أوت 2010 ، ، ج.رالعدد50 الصادرة في 01 سبتمبر 2010.
2. المرسوم التنفيذي رقم 11-35 المؤرخ في 29 جانفي 2011 يحدد شروط و كيفيات إجراء المصالحة في مجال مخالفة التشريع و التنظيم الخاصين بالصرف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج و كذا تنظيم اللجنة الوطنية و اللجنة المحلية للمصالحة و سيرها ، ج.ر العدد 08 الصادرة في 06 فبراير 2011.
3. المرسوم التنفيذي رقم 12-279 المؤرخ في 09 جويلية 2012 ، يحدد كيفيات تنظيم و سير البطاقية الوطنية للمخالفين في مجال الصرف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج ، ج.ر العدد.41 ، الصادرة في 15 جويلية2012.

قراءة قانونية وسياسية في مستقبل "إقليم جبل طارق" في أفق انسحاب المملكة المتحدة من الاتحاد الأوربي.

Legal and political reading on Gibraltar's future on the horizon of the UK's withdrawal from the EU

دكتور العبساوي عماد، جامعة كومبلوتنسي مدريد.

Dr. ABSAOUI Imad, Complutense University of Madrid

ملخص:

يعتبر إقليم جبل طارق الخاضع سياسيا للمملكة المتحدة والمرتبط جغرافيا بالمملكة الإسبانية آخر نزاع حول تصفية الاستعمار في القارة الأوربية. تطالب إسبانيا بالسيادة على هذا الإقليم فيما ترفض بريطانيا ذلك مُحتكِمة في طرحها على أمر واقع كرّسته معاهدة "أوتريخت"، بالإضافة إلى رغبة سكان جبل طارق الاستمرار تحت السيادة البريطانية.

ويعتبر قرار بريطانيا الخروج من الاتحاد الأوربي نقطة مفصلية وحاسمة في هذا النزاع لِما له من ارتباطات سياسية وقانونية واقتصادية واجتماعية على مستقبل هذا الإقليم.

الكلمات المفتاح:

جبل طارق، معاهدة "أوتريخت"، الأمم المتحدة، تصفية الاستعمار، "البريكسيت"، السيادة القضائية، الاستفتاء.

Abstract:

Gibraltar, politically controlled by United Kingdom and geographically linked to Kingdom of Spain, is the last dispute over decolonization on the European continent. Spain claims sovereignty over this territory, while Britain refuses to do so. Britain reinforces that fact by Treaty of Utrecht. In addition to that, Gibraltar's citizens desire to continue under the British sovereignty. Britain's decision to leave the European Union is a crucial point in this conflict because of its political, legal, economic, and social ties to the future of this region.

Keywords:

Gibraltar, Utrecht Treaty, United Nations, Decolonization, Brexit, Judicial sovereignty, Referendum.

تقديم

إن قرار المملكة المتحدة الخروج من الاتحاد الأوربي فيما يسمى ب"البريكسيت[1]" يعتبر قرارا سياسيا وشعبيا تاريخيا ومفصليا اتخذه الشعب الإنجليزي في علاقته بالاتحاد الأوربي[2].

ويُعبر هذا القرار عن توجه إيديولوجي وسوسيولوجي لبنية المجتمع الإنجليزي والذي بدأ يميل نحو **"الانكماش الوطني"** رافضا الانفتاح بشكله "الجيوأوربي" بعد أن جربه قرابة ما يزيد عن 46 سنة[3].

والجدير بالذكر، أن **"النزعة الانكماشية الوطنية"** بدأت تظهر بشكل كبير في العديد من شعوب العالم، نذكر منها خطاب الرئيس الأمريكي "دونالد ترامب" الذي ما فتئ يردد شعاره **"أمريكا أولا وأمريكا أخيرا"**. كما أن هذه النزعة بدأت تظهر في خطابات العديد من السياسيين في دول الاتحاد الأوربي كفرنسا وهولاندا وألمانيا وإسبانيا... إلخ[4].

وقد تسبب قرار إنجلترا الخروج من الاتحاد الأوربي إشكالات سياسية وقانونية معقدة، ليس في عملية الخروج نفسها فقط، بل في الارتباطات السياسية والقانونية لهذا القرار، ومن أهمها وضعية إقليم "جبل طارق" التابع للمملكة المتحدة سياسيا وثقافيا، فيما يرتبط جغرافيا بإسبانيا[5].

وتجدر الإشارة في هذا الصدد، أن تتبع وفهم المسار القانوني والسياسي للنزاع السيادي على جبل طارق بين المملكة المتحدة وإسبانيا، يعتبر ضرورة ملحة لعدد كبير من البلدان التي لديها نزاعات سيادية حول أراضي مدرجة في قائمة الأقاليم غير المتمتعة بالحكم الذاتي في إطار اللجنة الرابعة لمنظمة الأمم المتحدة[6]، على اعتبار أن **الميكانيزمات وأوجه التشابهات المتحكمة للمسار في شقيه السياسي والقانوني حول إقليم جبل طارق، هي نفسها التي قد تحتاجها هذه الدول في المطالبة بالسيادة على تلك الأقاليم.**

---

[1] مصطلح "البريكسيت" يطلق على العملية السياسية التي قامت بها المملكة المتحدة للخروج من الاتحاد الأوربي، حيث قامت بريطانيا باستفتاء حول البقاء أو الخروج من هذا لاتحاد، إذ اختار 52 بالمائة من الإنجليز الخروج من الاتحاد الأوربي في استفتاء تاريخي في يونيو 2016. وتجدر الإشارة أن عملية إسقاط العضوية تستند بشكل أساسي واختياري على الفصل 50 من القانون المؤسس والمنظم للاتحاد الأوربي.

[2] عبر الإنجليز من خلال استفتاء شعبي في 23 يونيو 2016، عن رغبتهم في الخروج من الاتحاد الأوربي بنسبة 51.9 بالمائة مقابل 48.1 بالمائة يرغبون بالاستمرار داخل الاتحاد الأوربي.

[3] انضمت المملكة المتحدة إلى السوق الأوربية المشتركة في 1 يناير 1973.

[4] في اسبانيا يعبر حزب VOX اليميني المتطرف عن هذه النزعة، والتي من خلال خطابه المتشدد خصوصا تجاه المهاجرين استطاع الحصول على 24 مقعدا في انتخابات أبريل 2019، فيما ضاعف هذا العدد في انتخابات الإعادة ل 10 نونبر 2019، إذ حصل على 52 مقعدا برلمانيا.

[5] أدرجت جبل طارق في قائمة الأمم المتحدة للأقاليم غير المتمتعة بالحكم الذاتي سنة 1946، بعد أن أحالت المملكة المتحدة لبريطانيا وإيرلندا الشمالية معلومات بشأنها بموجب المادة 73 (هـ) من ميثاق الأمم المتحدة.

[6] هناك 17 إقليما مسجلا في قائمة الأقاليم الغير متمتعة بالحكم الذاتي وهي، حسب منظمة الأمم المتحدة، كالآتي: الصحراء الغربية، جبل طارق، أنغويلا، برمودا، جزر فيرجن البريطانية، جزر فولكلاند (مالفيناس)، مونتسيرات، بولينزيا الفرنسية، غوام، كاليدونيا الجديدة، بيتكيرن، توكيلاو، جزر كايمان، سانت هيلانة، جزر تركس وكايكوس، جزر فيرجن التابعة للولايات المتحدة، ساموا الأمريكية.

وتعتبر المملكة المغربية طرفا غير مباشر في النزاع حول جبل طارق، أولا لأنه منصوص عليه في معاهدة "أوتريخت" لسنة 1713، ثم لأن للمغرب تشابها فيما يخص قضية الصحراء التي تندرج ضمن قائمة الأقاليم الغير متمتعة بالحكم الذاتي في إطار اللجنة الرابعة للأمم المتحدة.

وتطرح عملية الخروج إشكاليات قانونية وسياسية عديدة حول مستقبل "إقليم جبل طارق"، سنتطرق إليها من خلال طرح إشكاليات فرعية من قبيل:

ما هي الوضعية القانونية لإقليم جبل طارق؟

وما هي آثار "البريكسيت" على سكان جبل طارق؟

وكيف ستدبر اسبانيا إشكالية الوضع الجديد لهذا الإقليم الذي تطالب بالسيادة عليه؟

ثم ماهي آثار المآل السياسي لجبل طارق على النزاعات الأخرى المشابهة؟

وللإجابة على هذه الإشكاليات، ارتأينا تقسيم هذه الدراسة منهجيا إلى ثلاثة أقسام على الشكل التالي:

المبحث الأول: الإطار التاريخي والقانوني لتطور النزاع حول "إقليم جبل طارق".

المبحث الثاني: ملاحظات حول دفوعات إسبانيا وحضور المغرب كطرف في معاهدة "أوتريخت".

المبحث الثالث: قراءة في مواقف الأطراف وآثار الخروج من الاتحاد الأوربي.

المبحث الأول: الإطار التاريخي والقانوني لتطور النزاع حول "إقليم جبل طارق".

يشكل الإطار التاريخي والقانوني لتطور النزاع بين المملكة المتحدة والمملكة الإسبانية ضرورة منهجية لفهم الميكانيزمات الجيوسياسية في ظل التطورات الجديدة والمتسارعة سواء على المستوى الجهوي أو الدولي، وكذا مدى تأثيرها على مسار النزاع موضوع البحث.

أولا: الإطار التاريخي ل "إقليم جبل طارق"

مكن الموقع الجيوستراتيجي لإقليم جبل طارق، المطل على البحر الأبيض المتوسط، من لعب دور حيوي أساسي في حوض البحر الأبيض المتوسط وكذا في الربط بين القارة الأوربية والإفريقية، خصوصا في الجانب العسكري. وقد سعت المملكة المتحدة إبان الحرب العالمية الثانية جاهدة الحفاظ على جبل طارق وتحويله إلى

قاعدة عسكرية، وهذا ما ساعد الحلفاء على التحكم في مضيق جبل طارق بشكل خاص وفي البحر الأبيض المتوسط بشكل عام[1].

ويخضع جبل طارق لسيطرة البريطانيين منذ تاريخ 4 غشت من سنة 1704، حيث تمت السيطرة عليه من طرف وحدة عسكرية مشتركة بريطانية هولندية[2].

وقد تعرض جبل طارق خلال الحرب العالمية الثانية إلى هجمات متكررة للقوات الألمانية والإيطالية، وعيا منهما بأن السيطرة على الصخرة، يعني تقليص خطر الحلفاء خصوصا أنه يشكل موقعا استراتيجيا لعبور البواخر الحربية والإمدادات العسكرية[3].

وتجدر الإشارة أن الفترة ما بين 1969 و1985 عرفت تشنجا وتوترا في العلاقات البريطانية الاسبانية بسبب مطالبة مدريد باسترجاع جبل طارق، مما اضطرها إلى إغلاق الحدود وقطع جميع وسائل الاتصال بين اسبانيا وجبل طارق في هذه الفترة[4].

ثانيا: الإطار القانوني لتطور النزاع السيادي على إقليم "جبل طارق".

إن فهم الإطار القانوني للنزاع على إقليم جبل طارق يجب ملامسته من خلال مسار كرونولوجي للتطور القانوني لهذه النازلة بين اسبانيا والمملكة المتحدة[5].

- **بداية النزاع سنة 1713: اتفاقية "أوترخت"Utrecht**

شكلت اتفاقية "أوتريخت" بين اسبانيا والمملكة المتحدة **نقطة انطلاق قانونية للنزاع السيادي على إقليم جبل طارق**، إذ منحت هذه الاتفاقية الموقعة في 13يوليوز 1713، سيادة الإقليم للمملكة البريطانية، **وتسمى ب "اتفاقية السلام والصداقة بين اسبانيا وبريطانيا"[6].**

---

[1] تبلغ مساحة جبل طارق 5.8 كيلومتر مربع، فيما عدد السكان حوالي 32.526 حسب الإحصائيات الرسمية لحكومة جبل طارق لسنة 2019، 16.378 (50.4 بالمائة) منها من الذكور و16.148 (49.6 بالمائة) من الإناث (إحصائيات رسمية لحكومة جبل طارق: الموقع الرسمي: https://www.gibraltar.gov.gi/تاريخ الاطلاع:11 نونبر 2019.

[2]George HILLS "peñón de la discordia, Historia de Gibraltar", Editorial: SAN MARTIN, Tapa blanda, 1974, Madrid.

[3] رفض الجنرال "فرانسيسكو فرانكو" رغبة النازيين في الاستيلاء على الصخرة التي كانت تحت السيادة البريطانية، لكنه ما فتئ يردد مطالبه بسيادة المملكة الاسبانية على "جبل طارق".

[4] George HILLS, op.cit.

[5] تجدر الإشارة أن النزاع السيادي على جبل طارق بين إسبانيا وبريطانيا هو آخر نزاع من نوعه في أوروبا، إذ يعتبر إقليم جبل طارق آخر مستعمرة في القارة الأوربية.

[6] يمكن الاطلاع على الاتفاقية المذكورة باللغة الإسبانية على الرابط التالي: تاريخ الاطلاع 19 نونبر 2019.

https://es.wikisource.org/wiki/Tratado_de_Paz_y_Amistad_de_Utrecht_entre_Espa%C3%B1a_y_Gran_Breta%C3%B1a

ويُعد الفصل 10من بين أهم بنود هذه الاتفاقية، وينص صراحة على أن الملك الاسباني يسلم جبل طارق إلى عرش المملكة البريطانية[1].

وعلى إثر **هذا التنصيص القانوني الواضح** استطاعت بريطانيا أن تُلحق جبل طارق بعرشها باعتبارها أراضي إنجليزية[2].

- **التكييف القانوني لإقليم جبل طارق في الأمم المتحدة**

اعتبرت الأمم المتحدة إقليم جبل طارق إقليما غير مستقل، **وأدرجته في لائحة الأقاليم الغير متمتعة بالحكم الذاتي سنة 1946 بمبادرة من المملكة المتحدة وذلك طبقا للفصل 11 لميثاق الأمم المتحدة**. وفي سنة 1963 تم إدراج الإقليم ضمن لائحة الأقاليم الخاضعة للاستعمار واعتُبِرت اسبانيا طرفا مطالبا بالسيادة على شبه الجزيرة، فيما المملكة المتحدة صاحبة الإدارة الفعلية بمقتضى معاهدة "أوتريخت"[3].

- **قرار الأمم المتحدة رقم 2070 للدورة 20 للجمعية العامة للأمم المتحدة:**

تمت المصادقة عليه في 16 دجنبر 1965 ويدعو بموجبه كلا من إسبانيا والمملكة المتحدة لبدء الحوار حول سيادة إقليم جبل طارق[4].

- **قرار الأمم المتحدة رقم 2353 للدورة 22 للجمعية العامة للأمم المتحدة:**

تمت المصادقة على هذا القرار في 19 دجنبر 1967، وينص على "أن كل احتلال من شأنه أن يمس جزئيا أو كليا من الوحدة الترابية لدولة، يعتبر فعلا غير ملائم ومنافي لمقتضيات ومبادئ ميثاق الأمم المتحدة خصوصا الفقرة 6 من القرار 1514 للجمعية العامة بشأن إنهاء الاستعمار[5]".

- **قرار الأمم المتحدة رقم 2429 للدورة 23 للجمعية العامة للأمم المتحدة:**

تمت المصادقة عليه في 18 دجنبر 1968، ويطلب من المملكة المتحدة بصفتها سلطة إدارة، بأن تضع حدا لاحتلال إقليم جبل طارق قبل فاتح أكتوبر من سنة 1969، مشيرا إلى أن الاستمرار على هذه الوضعية هو ضد مبادئ ميثاق الأمم المتحدة[6].

---

[1] أنظر الفصل 10 من الاتفاقية المذكورة.

[2] Martín Ortega Carcelén, "Gibraltar y el Tratado de Utrecht", Real Instituto Elcano, 19/2013, 31 de mayo de 2013.

[3] انظر قرار الجمعية العامة (66 د- 1) ل 14 دجنبر 1946.

[4] أنظر القرار بالإسبانية في الرابط التالي: تاريخ الاطلاع 11 نونبر 2019.

https://noticiasgibraltar.es/documentacion/1965-resoluci%C3%B3n-2070-de-la-asamblea-de-las-naciones-unidas

[5] أنظر القرار بالإسبانية في الرابط التالي: تاريخ الاطلاع 11 نونبر 2019

https://noticiasgibraltar.es/documentacion/1967-resoluci%C3%B3n-2353-de-la-asamblea-de-las-naciones-unidas

[6] أنظر القرار بالإسبانية في الرابط التالي: تاريخ الاطلاع 11 نونبر 2019.

- **محطات أساسية في تطور النزاع.**
  - **إعلان لشبونة لسنة 1980:**

تمت المصادقة عليه في 10 أبريل 1980 بين وزير خارجية اسبانيا السابق السيد "مارسيلينوأوريخا"، وكاتب الدولة في وزارة الخارجية الإنجليزية السابق السيد "لورد كارينكتون". **وتضمن هذا الإعلان التزام الطرفين لحل نزاع جبل طارق في إطارروح الصداقة وفي احترام لقرارات الأمم المتحدة في هذا الشأن**[1].

  - **إعلان بروكسيل لسنة 1984:**

تمت المصادقة عليه في 27 نونبر 1984 بين وزير خارجية إسبانيا السابق السيد"فيرناندو موران"، ووزير خارجية إنجلترا السابق السيد "جيوفراي هووي". **وقد تم الاتفاق بين الطرفين على وضع أساس لمسار مفاوضاتي لحل جميع الخلافات بين البلدين، بما فيها موضوع السيادة على إقليم جبل طارق**[2].

  - **استفتاء 2002.**

تم تنظيم استفتاء تقرير المصير من قبل الحكومة الجهوية لإقليم جبل طارق في 7 نونبر 2002.كان الهدف الأساسي من هذا الاستفتاء هو معرفة رأي سكان الإقليم المتنازع عليه حول مسألة السيادة المشتركة بين إسبانيا وإنجلترا[3].

صوت 98.48 بالمائة ب "لا" لمسألة السيادة المشتركة، فيما صوت 1.03 % ب"نعم"، بنسبة مشاركة بلغت 87.9 بالمائة[4].

https://noticiasgibraltar.es/documentacion/1968-resoluci%C3%B3n-2429-de-la-asamblea-de-las-naciones-unidas

[1] إعلان منشور في جريدة "البايس" الإسبانية بتاريخ 9 يناير 1982. تاريخ الاطلاع على الرابط 11 نونبر 2019

https://elpais.com/diario/1982/01/09/espana/379378805_850215.html

[2] يمكن الاطلاع على إعلان بروكسيل في الرابط التالي: تاريخ الاطلاع 11 نونبر 2019.

https://noticiasgibraltar.es/documentacion/1984-declaraci%C3%B3n-de-bruselas

[3] صوت ما مجموعه 18.177 من سكان الإقليم من مجموع 20.500 ممن لهم حق التصويت. وتجدر الإشارة أن ن هذا الاستفتاء دعت إليه حكومة جبل طارق من تلقاء نفسها برئاسة السيد Peter Caruana الوزير الرئيس السابق. وقد أعلنت على إثره حكومة مدريد أنها لا تعترف بنتائج هذا الاستفتاء مضيفة أنه لا قيمة قانونية لنتائجه. أنظر مقال جريدة "البايس" حول هذا الاستفتاء، منشور بتاريخ 7 نونبر 2002: تاريخ الاطلاع على الرابط 11 نونبر 2019.

https://elpais.com/elpais/2002/11/07/actualidad/1036660618_850215.html

[4] أنظر نتائج هذا الاستفتاء في جريدة "الموندو"، منشور بتاريخ 7 نونبر 2002. تاريخ الاطلاع على الرابط 11 نونبر 2019.

https://www.elmundo.es/elmundo/2002/11/07/espana/1036658799.html

ثالثا: قراءة رصدية في مقررات الجمعية العامة بخصوص جبل طارق.

إن تتبع تطور مقررات الجمعية العامة للأمم المتحدة بخصوص النزاع حول إقليم جبل طارق بين المملكة المتحدة والمملكة الإسبانية منذ سنة 2008، يوضح أمرين هامين:

- اللحظة السياسية للعلاقات بين الدولتين؛
- المواقف والاستراتيجية المتبعة لكل بلد؛

قرار الجمعية العامة الدورة 63 لسنة 2008: المقرر 525/63

ينص هذا القرار على ما يلي:

"(...) حثت الحكومتين إلى حل نهائي لمسألة جبل طارق يراعي مصالح وتطلعات سكانه، في ضوء قرارات الجمعية العامة ذات الصلة والمبادئ المنطبقة ووفقا لروح ميثاق الأمم المتحدة؛

-رحبت بما حققته المجموعة الأولى من التدابير التي وضعها المنتدى الثلاثي للحوار بشأن جبل طارق من نجاح متواصل وبالإرادة التي أعربت عنها الأطراف للتوصل إلى اتفاقات جديدة بحلول تموز/يوليه ٢٠٠٩[1]".

ملاحظة:

- أهم ما يمكن ملاحظته في هذا القرار هو التنصيص على **أن أي حل يجب أن يراعى فيه مصالح وتطلعات سكان جبل طارق**. وهذا تنصيص استراتيجي ومهم مصدره المملكة المتحدة، لما ينتج عنه من آثار قانونية.
- **بداية ما يسمى بالمنتدى الثلاثي للحوار**، ويضم كل من حكومتي اسبانيا وبريطانيا وحكومة جبل طارق.

قرار الجمعية العامة الدورة 64 لسنة 2009: المقرر 64/521

ينص هذا القرار على ما يلي:

"(...) حثت الحكومتين، انطلاقا من روح البيان المؤرخ ٢٧ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٨٤، إلى حل نهائي لمسألة جبل طارق، **مع مراعاة مصالح وتطلعات سكانه**، في ضوء قرارات الجمعية العامة ذات الصلة والمبادئ المنطبقة ووفقا لروح ميثاق الأمم المتحدة؛

[1] أنظر المقرر المذكور في الموقع الرسمي للجنة 4 المتعلقة بالمسائل السياسية الخاصة وإنهاء الاستعمار. تاريخ الاطلاع على الرابط 19 نونبر 2019:
https://www.un.org/dppa/decolonization/ar/documents?key=%D9%85%D9%82%D8%B1%D8%B1%20%D8%AC%D8%A8%D9%84%20%D8%B7%D8%A7%D8%B1%D9%82

- رحبت بالنجاح الذي أحرزه مؤخرا الاجتماع الوزاري الثلاثي لمنتدى الحوار في جبل طارق الذي عقد في ٢١ تموز /يوليه ٢٠٠٩ وبالتزام المشاركين فيه بإحراز تقدم في ستة مجالات جديدة للتعاون[1]".

ملاحظة:

نلاحظ أن الصيغة لم تتغير كثيرا عن القرار السابق، فيما ينوه بالتطور الحاصل في المفاوضات الثلاثية.

قرار الجمعية العامة الدورة 65 لسنة 2010: المقرر 65/521

ينص هذا القرار على ما يلي:

"(...) حثت الحكومتين انطلاقا من روح البيان المؤرخ ٢٧ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٨٤، إلى حل نهائي لمسألة جبل طارق، مع مراعاة مصالح وتطلعات سكانه، في ضوء قرارات الجمعية العامة المتخذة في هذا الصدد والمبادئ المنطبقة ووفقا لروح ميثاق الأمم المتحدة؛

رحبت باستمرار نجاح المنتدى الثلاثي للحوار وبالتزام المشاركين فيه بإحراز تقدم في ستة مجالات جديدة للتعاون[2]".

ملاحظة:

نلاحظ أنه تم اعتماد نفس الصيغة، مما يعني أنه ليس هناك أي تقدم سياسي في مسألة المفاوضات.

قرار الجمعية العامة الدورة 66 لسنة 2011: المقرر 66/522

نفس الصيغة مما يوحي أن هناك تعثرا وجمودا في مسألة المفاوضات الثلاثية.

قرار الجمعية العامة الدورة 67 لسنة 2012: المقرر 67/530

ينص هذا القرار على ما يلي:

"(...) ب. أحاطت علما برغبة المملكة المتحدة في مواصلة العمل في إطار المنتدى الثلاثي للحوار بشأن جبل طارق؛

ج. أحاطت علما برغبة إسبانيا في الاستعاضة عن المنتدى بآلية جديدة للتعاون المحلي تعزز الرعاية الاجتماعية والتنمية الاقتصادية الإقليمية ويمثل فيها سكان كامبو جبل طارق وسكان جبل طارق[3]"(...).

[1] أنظر المقرر المذكور في الموقع الرسمي للجنة 4 المتعلقة بالمسائل السياسية الخاصة وإنهاء الاستعمار على نفس الرابط السابق.

[2] أنظر المقرر المذكور في الموقع الرسمي للجنة 4 المتعلقة بالمسائل السياسية الخاصة وإنهاء الاستعمار على نفس الرابط السابق.

[3] أنظر المقرر المذكور في الموقع الرسمي ل اللجنة 4 المتعلقة بالمسائل السياسية الخاصة وإنهاء الاستعمار على نفس الرابط السابق.

ملاحظة:

- يلاحظ **تطور سلبي في المفاوضات الثلاثية**، إذ عبرت المملكة الإسبانية لأول مرة عن عدم رغبتها في الاستمرار في التفاوض من خلال آلية المنتدى الثلاثي،
- لأول مرة **تتحدث اسبانيا عن مسألة "كامبو جبل طارق"** وليس فقط سكان جبل طارق، وهذا تطور نوعي في الموقف الإسباني[1]،
- تريد اسبانيا إشراك سكان مناطق أخرى تحت السيادة الإسبانية في المفاوضات فيما بريطانيا متشبثة بإشراك فقط سكان إقليم جبل طارق.

قرار الجمعية العامة الدورة 68 لسنة 2013: المقرر 68/523

ينص هذا القرار على ما يلي:

"(...) ب. أحاطت علما برغبة المملكة المتحدة في مواصلة العمل في إطار المنتدى الثلاثي للحوار بشأن جبل طارق؛

ج. أحاطت علما بموقف إسبانيا الذي مفاده أن المنتدى لم يعد قائما وأنه ينبغي أن يستعاض عنه بآلية جديدة للتعاون المحلي لمصلحة الرفاه الاجتماعي والتنمية الاقتصادية الإقليمية، يمثل فيها سكان كامبو جبل طارق وشعب جبل طارق؛

د. أحاطت علما بالجهود التي يبذلها الطرفان لحل المشاكل الراهنة والدخول في شكل مرن يتسم بالتجاوب من أشكال الحوار بين جميع الأطراف المعنية والملائمة، على أساس غير رسمي ومخصص، بغية التوصل إلى حلول مشتركة وإحراز تقدم بشأن المسائل ذات المنفعة المتبادلة[2]".

ملاحظة:

- تعبر اسبانيا لأول مرة بشكل قطعي عن موقفها من المنتدى الثلاثي، **وتعلن انسحابها منه بشكل رسمي**. وهذا تطور نوعي واستراتيجي في مسار المفاوضات حول موضوع السيادة على جبل طارق، وتطالب بإيجاد صيغة جديدة للمفاوضات تأخذ بعين الاعتبار سكان "كامبو جبل طارق" وليس فقط سكان جبل طارق؛
- بريطانيا تصر على المحادثات في إطار ثلاثي يقتصر فقط على سكان جبل طارق دون غيرهم؛
- يلاحظ تأزم في العلاقات بين بريطانيا وإسبانيا في هذه الفترة بسبب اختلاف وجهات النظر.

[1] "سكان كامبو جبل طارق"، يقصد به جميع السكان الذين يسكنون على خط مضيق جبل طارق وليس فقط سكان جبل طارق، ابتداء من الجزيرة الخضراء مرورا ب "تاريفا" حتى مدينة كاديس.

[2] أنظر المقرر المذكور في الموقع الرسمي للجنة 4 المتعلقة بالمسائل السياسية الخاصة وإنهاء الاستعمار على نفس الرابط السابق..

قرار الجمعية العامة الدورة 69 لسنة 2014: المقرر 69/523[1]

- تم اعتماد نفس الصيغة السابقة، مما يوضح استمرار الأزمة بين البلدين.

قرار الجمعية العامة الدورة 70 لسنة 2015: المقرر 70/520[2]

- نفس الصيغة المعتمدة، مما يبرز وصول المفاوضات إلى الباب المسدود بسبب اختلاف المواقف.

قرار الجمعية العامة الدورة 71 لسنة 2016: المقرر 71/521

ينص هذا القرار على ما يلي:

"(...) ب- أحاطت علما بموقف اسبانيا بشأن هذه المسألة، بما في ذلك اقتراحها ببدء مناقشات جديدة على أساس إعلان بروكسل، وأحاطت علما أيضا بتقديم إسبانيا عرضا للسيادة المشتركة أمام اللجنة الخاصة المعنية بالمسائل السياسية وإنهاء الاستعمار في 4 أكتوبر 2016،

ج- أحاطت علما بموقف المملكة المتحدة بشأن هذه المسألة، أي التزامها بعدم الدخول أبدا في ترتيبات من شأنها أن تضع شعب جبل طارق تحت سيادة دولة أخرى ضد رغباته التي يعرب عنها بطريقة حرة وديمقراطية، وعدم دخولها في عملية مفاوضات على السيادة لا يرضى عنها جبل طارق،

د- أحاطت علما برغبة المملكة المتحدة في مواصلة المنتدى الثلاثي للحوار،

هـ- أحاطت علما بموقف اسبانيا الذي مفاده أن المنتدى الثلاثي للحوار لم يعد قائما وأنه ينبغي الاستعاضة عنه بآلية جديدة للتعاون المحلي يمثل فيها سكان كامبو جبل طارق وسكان جبل طارق[3]".

ملاحظة:

- لأول مرة تقترح اسبانيا رسميا عرضا يتمثل في السيادة المشتركة على إقليم جبل طارق، **وهذا يشكل تطورا نوعيا في الموقف الإسباني؛**
- **ترفض بريطانيا السيادة المشتركة بشكل قاطع**، وتؤكد أن سكان جبل طارق هم من لهم الكلمة الأخيرة يعبرون عنها بشكل ديمقراطي وحر. وهذا جواب ذكي واستراتيجي للبريطانيين، لأنهم يعلمون مسبقا أن أي استفتاء حول موضوع السيادة ستكون نتيجته لصالح الاستمرار تحت العرش البريطاني.

[1] أنظر المقرر المذكور في الموقع الرسمي للجنة 4 المتعلقة بالمسائل السياسية الخاصة وإنهاء الاستعمار على نفس الرابط السابق.

[2] أنظر المقرر المذكور في الموقع الرسمي للجنة 4 المتعلقة بالمسائل السياسية الخاصة وإنهاء الاستعمار على نفس الرابط السابق.

[3] أنظر المقرر المذكور في الموقع الرسمي للجنة 4 المتعلقة بالمسائل السياسية الخاصة وإنهاء الاستعمار.

قرار الجمعية العامة الدورة 72 لسنة 2017: المقرر 72/520[1]

- نفس الموقف السابق، وهذا يعني أن العرض الإسباني لم يستطع تحريك المواقف.

قرار الجمعية العامة الدورة 73 لدجنبر 2018: المقرر 73/519[2]

- لم يتحدث هذا القرار على العرض الإسباني حول السيادة المشتركة، مما يعني سحبه بعدما لم يلق استجابة إيجابية من طرف البريطانيين.

المبحث الثاني: ملاحظات حول دفوعات إسبانيا وحضور المغرب كطرف في معاهدة "أوتريخت".

إن المقاربة القانونية التي تبنتها المملكة الإسبانية في الدفاع عن إسبانية إقليم جبل طارق تسند إلى دفوعات غير مؤسسة من الناحية القانونية، لذلك فهي تُركز على الجانب السياسي بشكل كبير.

أولا: دفوعات إسبانيا.

يشكل الفصل 10 من معاهدة "أوتريخت" قيمة قانونية محورية في النزاع حول إقليم جبل طارق.

تنص الفقرة الأولى من الفصل 10 على ما يلي[3]:

"الملك الكاثوليكي، بصفته ولورثته وخلفهم، يمنح بهذه الاتفاقية للعرش البريطاني كامل وجميع ملكية المدينة وقصر جبل طارق، مع مينائه، بالدفاعات والحصونات التابعة له، وإعطاء الملكية المطلقة حتى يتمكن منها ويتمتع بالحق الكامل وإلى الأبد، دون أي استثناء أو مانع. لكن وحتى يتم تجنب أي تعسفات أو تدليسات لولوج البضائع، يريد الملك الكاثوليكي، ويفترض بأنه كذلك سيفهم، بأن الملكية المذكورة تمنح لبريطانيا الكبرى دون أي اختصاص قضائي ترابي ودون أي اتصال مفتوح مع الدولة المجاورة من جهة البر(...)[4]".

استنادا إلى الفصل10 لمعاهدة "أوتريخت"، **فإن إسبانيا تدفع بما يلي:**

---

[1] أنظر المقرر المذكور في الموقع الرسمي للجنة 4 المتعلقة بالمسائل السياسية الخاصة وإنهاء الاستعمار.

[2] أنظر المقرر المذكور في الموقع الرسمي للجنة 4 المتعلقة بالمسائل السياسية الخاصة وإنهاء الاستعمار.

[3] ترجمتنا للفقرة الأولى من الفصل 10.

[4] النص الأصلي للفقرة الأولى من الفصل 10 بالإسبانية:

"El Rey Católico, por sí y por sus herederos y sucesores, cede por este Tratado a la Corona de la Gran Bretaña la plena y entera propiedad de la ciudad y castillo de Gibraltar, juntamente con su puerto, defensas y fortalezas que le pertenecen, dando la dicha propiedad absolutamente para que la tenga y goce con entero derecho y para siempre, sin excepción ni impedimento alguno. Pero, para evitar cualquiera abusos y fraudes en la introducción de las mercaderías, quiere el Rey Católico, y supone que así se ha de entender, que la dicha propiedad se ceda a la Gran Bretaña sin jurisdicción alguna territorial y sin comunicación alguna abierta con el país circunvecino por parte de tierra".

- لم تمنح إسبانيا البرزخ، ولا المياه الإقليمية، ولا المجال الجوي، ولا الأعماق التحت أرضية[1]؛
- التفويت تم دون اختصاص قضائي ترابي لبريطانيا؛
- التفويت تم دون اتصال من جهة البر مع باقي إسبانيا؛
- إسبانيا تملك حق الأسبقية لاسترجاع الإقليم في حالة ما إذا ارتأت بريطانيا إعطائه أو بيعه أو التخلص منه بأي شكل من الأشكال.

ثانيا: ملاحظات حول دفوعات إسبانيا.

- بداية يجب الإشارة أن إسبانيا تعترف بمعاهدة "أوتريخت" لسنة 1713، وبالتالي **فهي تعترف بالالتزامات التي تتضمنها هذه الاتفاقية**؛
- إن القراءة القانونية التي قامت بها إسبانيا للفصل 10 من اتفاقية "أوتريخت" **هي قراءة ذاتية وغير موضوعية من ناحية التضمين الالتزامي لحمولة الفصل 10**؛
- إن التدقيق القانوني في مضمون الفقرة 10 يجعلنا نقف على العناصر التالية:

○ **عنصر الزمن:**

إن الاتفاقية المذكورة تطرقت بشكل واضح دونما شك أو ريب إلى الحياة الزمانية للاتفاقية، **فهي مستمرة وإلى الأبد دونما توقف**، حتى وإن تغيرت الملكية في إسبانيا، **فالالتزام الزمني في تفويت الإقليم جعله مُشرِّعو هذا الاتفاق مطلقا ودونما قيد**،

○ **مضمون التفويت:**

عكس ما ذهبت إليه إسبانيا في تفسيرها للفصل 10، فإن تفويت المدينة كان كاملا ومكتملا، بجميع ما يفهم من مصلح "المدينة". **فالتصريح القانوني الواضح في الاتفاقية بتفويت المدينة باستعمال مفهوم الإطلاق وإلى الأبد، له آثاره القانونية**. وبخصوص التنصيص على القصر والميناء بتبعاته، **فإن ذلك لا يعني "الاقتصار"، بل هو تنصيص "للأهمية"**. فأهمية هذه المرافق هي التي جعلت الاتفاقية تذكرها دون غيرها، **في حين أن الاتفاقية عندما تحدثت عن كل المدينة فذلك يفهم بكل ما تحمله ويدخل في إطار مجال المدينة من فضاء أفقي-عمودي تحتي وفوقي.**

[1] البرزخ في الجغرافيا، حاجز بين محيطين مائيين وهو عبارة عن شريط ضيق من اليابسة محاط من الجهتين بالماء وغالبا ما يصل كتلتين يابستين ذواتي حجم كبير نسبيا ببعضهما. وفي حالة جبل طارق، هو ذلك التل الجغرافي الممتد والذي يربط بين الصخرة والجزيرة الخضراء.

- **الاختصاص القضائي:**

التنصيص صراحة في الاتفاقية على كون التفويت تم دون اختصاص قضائي ترابي للمملكة المتحدة، **يعتبر مدخلا مهما لطرح إشكالية مسألة السيادة في مفهوم القانون الدولي العام، على اعتبار أنه لا سيادة لدولة على إقليم دون سيادة قضائية**[1].

ثالثا: المغرب كطرف في معاهدة "أوتريخت" لسنة 1713.

إن الحمولة التاريخية والإيديولوجية والسياسية لحقبة عقد اتفاقية "أوتريخت" لسنة 1713، تبدو ظاهرة بشكل واضح من خلال الحضور المغربي ضمن بنود هذه الاتفاقية إلى جانب اليهود، حيث تتفق المملكة الإنجليزية مع الملك الكاثوليكي الإسباني **بعدم السماح للمغاربة السكن أو التملك في جبل طارق، كما يتفقان على عدم السماح لاستقبال البواخر الحربية المغربية في ميناء جبل طارق**[2].

ويعتبر المغرب بلدا معنيا تاريخيا وبشكل كبير بكل التطورات التي عرفها ويعرفها ملف جبل طارق، ويربطها بشكل مباشر بمدينتي سبتة ومليلية من خلال متلازمة علاقاتية، وهذا الطرح هو ماذهب إليه الخبير في العلاقات الدولية السيد حسن مازوري حيث عبر على ما يلي:

"(...)وقد تجسدت هذه الرابطة عبر التاريخ من خلال العديد من المحاولات التي قامت بها إسبانيا وبريطانيا من أجل مبادلة جبل طارق كمستعمرة بريطانية بمدينة سبتة كمستعمرة إسبانية، أهمها التصريح الصادر عن القائد البحري الأميرال Grey سنة 1868 والذي لم يجد استجابة لدى الرأي العام الإنجليزي، وقد سبقت ذلك بعض المحاولات سواء أثناء الحروب النابليونية بعد حرب النيل، أو بعد سماح اسبانيا لبريطانيا ببناء قاعدة عسكرية بسبتة بين سنتي 1810 و1813. إلا أن الصدامات المسلحة التي تحولت إلى حرب مفتوحة بين المغرب وإسبانيا في النصف الثاني من القرن 19 جعلت بريطانيا تنأى بنفسها عن مناطق النفوذ الفرنسي (...)[3]".

---

[1] لم تتطرق اسبانيا في دفوعاتها إلى مسألة الاختصاص القضائي المنصوص عليها في اتفاقية "أوتريخت" للدفع بإسبانية الإقليم وبعدم سيادة المملكة المتحدة على إقليم جبل طارق.

[2] تنص الفقرة الثانية من الفصل 10 على ما يلي:

Artículo 10: "(...) Y su Majestad Británica, a instancia del Rey Católico consiente y conviene en que no se permita por motivo alguno que judíos ni moros habiten ni tengan domicilio en la dicha ciudad de Gibraltar, ni se dé entrada ni acogida a las naves de guerra moras en el puerto de aquella Ciudad, con lo que se puede cortar la comunicación de España a Ceuta, o ser infestadas las costas españolas por el corso de los moros. Y como hay tratados de amistad, libertad y frecuencia de comercio entre los ingleses y algunas regiones de la costa de África, ha de entenderse siempre que no se puede negar la entrada en el puerto de Gibraltar a los moros y sus naves que sólo vienen a comerciar".

[3] مقال منشور ب موقع "عربي 21" للسيد حسن مازوري، محام وخبير في القانون الدولي، بعنوان "المتلازمة القانونية بين جبل طارق وسبتة ومليلية"، بتاريخ 31 غشت 2019. تاريخ الاطلاع 11 نونبر 2019.رابط المقال:

https://arabi21.com/story/1204494/المتلازمة-القانونية-بين-جبل-طارق-وسبتة-ومليلية

المبحث الثالث: قراءة في مواقف الأطراف وآثار الخروج من الاتحاد الأوربي.

تعتبر مسألة خروج المملكة المتحدة من الاتحاد الأوربي نقطة تحولكبيرة في علاقة إقليم جبل طارق مع فضاء الاتحاد الأوربي، ولتجاوز هذا المنعطف الجديد أقدمت المملكة الإسبانية على تقديم مقترح في محاولة منها لإيجاد حل توافقي يرضي جميع الأطراف.

ومن جهة أخرى فإن التطور الذي ستعرفه هذه النازلة خصوصا في شقها القانوني والسياسي سيكون له آثار على النزاعات الأخرى المشابهة.

أولا: جبل طارق في أفق خروج المملكة المتحدة من الاتحاد الأوربي.

- **الإطار الأوربي لجبل طارق:**

يتمتع إقليم جبل طارق بنظام خاص داخل الاتحاد الأوربي. فحسب معاهدة انضمام المملكة المتحدة للمجموعة الاقتصادية الأوربية سنة 1973، فإن إقليم جبل طارق يعتبر إقليما أوروبيا ذا نظام خاص، فيما علاقته الخارجية والدفاع من اختصاص بريطانيا.

ورغم أن إقليم جبل طارق يعتبر أراضي أوروبية، **إلا أنه يتمتع بالعديد من الامتيازات الخاصة في علاقاته بالاتحاد الأوربي:**

- يعتبر إقليما خارجا عن الاتحاد الجمركي للاتحاد الأوربي؛
- خارج السياسة الفلاحية المشتركة للاتحاد الأوربي(PAC) ؛
- نظام ضريبي خاص؛
- لا يساهم بأي شيء في مداخيله الجمركية؛
- لا ينتمي لفضاء "شينغن".

- **آثار "البريكسيت" على وضعية جبل طارق:**

صوت 83.6% من سكان جبل طارق في الاستفتاء التي أجرته المملكة المتحدة حول مسألة الخروج من الاتحاد الأوربي في 23 يونيو 2016، بالبقاء ضمن الفضاء الاقتصادي للاتحاد الأوربي بمعدل مشاركة بلغ 95.9 %. **وتعكس هذه النتائج رغبة سكان هذا الإقليم في الاستمرار في مواصلة الاستفادة من الامتيازات الاقتصادية التي يتمتع بها.**

يمكن اعتبار "البريكسيت" **نقطة انطلاق جديدة للنزاع بين اسبانيا والمملكة المتحدة حول سيادة الإقليم**. وقد شكل المناخ السياسي السائد دائما محددا لمسار المفاوضات بين الدولتين في تقريب المواقف أو

تأزيمها. ولا شك أن المناخ السياسي السائد والناتج عن طلاق المملكة المتحدة عن الاتحاد الأوربي (البريكسيت) من شأنه أن يعقد آفاق حل هذه النازلة.

وتعكس تصريحات العديد من المسؤولين في كل من جبل طارق وجهة الأندلس، تخوفهم من الآثار السلبية الاقتصادية "للبريكسيت" على جهة الأندلس وسكان جبل طارق، إذ أن العلاقات التجارية بين جبل طارق وجنوب اسبانيا جد مهمة وتشغل الآلاف من اليد العاملة الإسبانية[1].

ثانيا: مواقف اسبانيا والمملكة المتحدة.

أقدمت المملكة الإسبانية على تقديم مقترح جديد للجانب الإنجليزي كرد فعل على مسألة "البريكسيت" فيما يخص إقليم جبل طارق.

- **موقف إسبانيا الرسمي من "البريكسيت": مقترح السيادة المشتركة على جبل طارق.**

قدّمت إسبانيا في أكتوبر2016 مقترحاً حول السيادة المشتركة مع المملكة المتحدة على إقليم جبل طارق، مستغلة الظرف السياسي وما قد يترتب على خروج بريطانيا من الاتحاد الأوربي في محاولة منها لحل الأزمة[2].

أهم نقاط المقترح:

1. نظام خاص لسكان جبل طارق يسمح لهم بالجنسية المشتركة؛
2. الحفاظ على نظام حكومة مستقلة بجميع مؤسساتها في إطار الفصل 144 من الدستور الاسباني[3]؛
3. الحفاظ على نظام جبائي خاص يتلاءم مع المنظومة الأوربية؛
4. إزالة الحدود بين جبل طارق وإسبانيا؛

[1] من الملاحظ أن العلاقات التجارية بين جهة "كاتالونيا" المطالبة بالانفصال عن إسبانيا، و"جبل طارق" في ارتفاع متزايد، إذ بلغ رقم الصادرات أكثر من 350 مليون أورو سنة 2018 بارتفاع 18.82 مقارنة بسنة 2011، كما بلغت الواردات أكثر من 5 مليون أورو. أنظر الرابط: الاطلاع بتاريخ 8 نونبر 2019. https://www.idescat.cat/indicadors/?id=anuals&n=10455&lang=es

[2] صرح السفير الإسباني السابق لدى الأمم المتحدة "رومان اويارزون"، عن اعتقاد بلاده بأن قرار السيادة المشتركة على جبل طارق يصب في مصلحة جميع الأطراف، مضيفاً أن المقترح الإسباني سيحل مشاكل جمة، بعضها مستمر، والآخر سينشئ نتيجة قرار المملكة المتحدة الانفصال عن الاتحاد الأوربي.

[3] النص الأصلي الكامل للفصل 144 من الدستور الإسباني:

Artículo 144:

"Las Cortes Generales, mediante ley orgánica, podrán, por motivos de interés nacional:

a) Autorizar la constitución de una comunidad autónoma cuando su ámbito territorial no supere el de una provincia y no reúna las condiciones del apartado 1 del artículo 143.

b) Autorizar o acordar, en su caso, un Estatuto de autonomía para territorios que no estén integrados en la organización provincial.

c) Sustituir la iniciativa de las Corporaciones locales a que se refiere el apartado 2 del artículo 143".

5. السياسة الخارجية والدفاع والحدود والهجرة واللجوء من اختصاص الحكومة الإسبانية.

هذا المقترح في نظر وزير الخارجية السابق "مارغايو" من شأنه أن ينهي النزاع بين المملكة المتحدة واسبانيا والذي عمر أكثر من 300 سنة، مضيفا أنه من شأن هذا المقترح أن يعطي توازناسوسيو-اقتصاديا لإقليم جبل طارق[1].

- **<u>موقف المملكة المتحدة من المقترح الإسباني:</u>**

قوبل المقترح الاسباني برفض الحكومة البريطانية على لسان سفيرها السابق بالأمم المتحدة السيد "بيتر ويلسون"، **مؤكدا أن بريطانيا لن تدخل في أي حوارحول سيادة جبل طارق ضدا على رغبة سكان هذا الإقليم.** وهو الموقف الذي عبر عنه وزير الخارجية البريطاني السابق ورئيس الوزراء الحالي السيد Boris Johnson، مضيفا أن بلاده تتبنى موقفا ثابتا، يتمثل في**"حوار ثلاثي يجمع كل الأطراف إسبانيا للارتباط الجغرافي، المملكة المتحدة بالارتباط التاريخي والواقعي، ثم سكان جبل طارق أصحاب الشأن[2]".**

<u>ثالثا: آثار المآل السياسي لجبل طارق على النزاعات الأخرى المشابهة.</u>

نعتقد أنه من المفيد للدول التي لها نزاعات مشابهة التتبع السياسي والقانوني لمسار النزاع السيادي حول جبل طارق، خصوصا وأن هذا النزاع السيادي يجمع بين دولتين ديمقراطيتين من القارة الأوربية وفاعلين أساسيين سواء على المستوى الأوربي أو على المستوى الدولي.

لذلك فإن **أي مقاربة قانونية وسياسية قد يتخذها هذا النزاع السيادي على إقليم جبل طارق قد يشكل ورقة في يد هذه الدول لحذو نفس حذو إسبانيا للمطالبة بالسيادة على أقاليم النزاع.** فالتشابه في المقاربات والتغير في الأدوار في المستقبل مرجح بشكل كبير، على غرار النزاع السيادي المغربي-الإسباني على مدينتي سبتة ومليلية المحتلتين، **وهكذا فإن اسبانيا ستتقمص دوربريطانيا في الحجج بينما المغرب سيقوم مقام إسبانيا في المطالبة.**

لذلك فإن على هذه الدول أن تتتبع بعمق المسار بكل حيثياته وتفاصيله الصغيرة والكبيرة، ليس بالاعتماد على النتائج فقط، لأن التفاصيل الصغيرة خصوصا في المقاربات القانونية هي التي تؤدي إلى النتائج وليس العكس.

---

[1] تصريح لوزير الخارجية السابق "مارغايو" في التلفزة الرسمية الإسبانية. تم الاطلاع عليه على الرابط في 13 نونبر 2019:
http://www.rtve.es/noticias/20160624/margallo-concreta-oferta-cosoberania/1362683.shtml

[2] تصريح وزير الخارجية السابق Boris Johnson في "أوربا بريس"، من بروكسيل في 3 أبريل 2017. الرابط تم الاطلاع عليه في 14 نونبر 2019.
https://www.europapress.es/internacional/noticia-boris-johnson-avisa-soberania-gibraltar-no-cambiado-no-va-cambiar-20170403104746.html

خاتمة:

إن النزاع على إقليم جبل طارق بين المملكة الإسبانية والمملكة المتحدة يعتبر من الأهمية بمكان، خصوصا في شقيه القانوني والسياسي، لأن نتائجه ستشكل اجتهادا وسابقة على مستوى القانون الدولي وعلى مستوى التعاطي السياسي في إطار اللجنة الرابعة للأمم المتحدة حول الشؤون السياسية الخاصة وإنهاء الاستعمار.

ورغم أن لكل نزاع سيادي خصائص تميزه، إلا أن المقاربات السياسية والقانونية لهذه النازلة بين دولتين أوروبيتين تعتبران من بين أهم دول العالم سواء من ناحية القوة الاقتصادية أو من حيث القوة الناعمة لكلا الدولتين على المستوى الدولي، تجعل من طريقة تعاطيهما مع إشكاليات نزاع السيادة حول إقليم جبل طارق، حرية بالمتابعة الدقيقة بالرصد والدراسة والتحليل.

ولكل ما سبق، يُمكن أن نُلخِّص أزمة السيادة على إقليم جبل طارق بين المملكة المتحدة والمملكة الإسبانية فيما يلي:

- إن النتائج السياسية ل "البريكسيت" على جبل طارق ستكون له تبعات اقتصادية على سكان إقليم جبل طارق، وبالتالي آثار سلبية على المنظومة السوسيو-اقتصادية للإقليم بأكمله؛
- وبما أن إسبانيا واعية بأن المحدد الرئيسي لعملية إعادة الارتباط السياسي والسيادي على جبل طارق تحدده الميكانيزمات الاقتصادية وليس الإيديولوجيات والانتماءات الوطنية، فإنها ستحاول تضييق الخناق الاقتصادي على جبل طارق **لتحقيق الاستمالة الاقتصادية للسكان**؛
- ومن جهة أخرى، فإن انفصال المملكة المتحدة عن فضاء الاتحاد الأوربي سيشكل انطلاقة جديدة لهذا النزاع، قد تنتج عنه أزمات سياسية حادة بين المملكتين من جهة، وبين بريطانيا والاتحاد الأوربي من جهة أخرى، خصوصا وأن اسبانيا ستدفع في اتجاه **أن يتحول النزاع من اسباني- إنجليزي إلى أوروبي- إنجليزي** بعد خروج المملكة المتحدة من الاتحاد الأوربي؛
- بخصوص النزاع القانوني ودفوعات الأطراف، يمكن أن يشكل موضوع **السيادة القضائية** في معاهدة "أوتريخت" مدخلا مهما في المطالبة الإسبانية باسترجاع جبل طارق؛
- تبقى رغبة السكان القاطنين في جبل طارق عاملا رئيسيا في عودتها إلى العرش الإسباني، لأن أي استفتاء تقرير المصير في هذه الظرفية السياسية والاقتصادية الحالية ستكون نتيجته لصالح المملكة المتحدة، لذلك فإن إسبانيا تدفع في اتجاه الحل السياسي للنزاع، وأن الاستفتاء حول تقرير المصير ليس دائما حلا مناسبا في مثل هذه النوازل ويمكن تجاوزه إلى حلول أخرى أكثر واقعية.

قائمة المراجع:

كتب:

- Inmaculada GonzalezGarcia, Alejandro Del Valle Galvez, "Gibraltar y el foro tripartito de dialogo", Editorial:S.L. – DYKINSON, 2010, España
- Francisco María Montero, "historia de Gibraltar y de su campo, etc", Editor: British Library, HistoricalPrintEditions, 2011, España.
- José Octavio Sánchez Acevedo, "historia de Gibraltar y su relación con España", Editorial almuzara, Año de edición:2019, Córdoba.
- George HILLS "peñón de la discordia, Historia de Gibraltar", Editorial:SAN MARTIN, Tapa blanda, 1974, Madrid.

اتفاقيات ومواثيق

- اتفاقية "أوتريخت" Utrecht لسنة 1713
- ميثاق الأمم المتحدة
- إعلان لشبونة لسنة 1980
- إعلان بروكسيل لسنة 1984
- الدستور الإسباني.

قرارات الأمم المتحدة

- قرار الأمم المتحدة رقم 2070 للدورة 20 للجمعية العامة للأمم المتحدة
- قرار الأمم المتحدة رقم 2353 للدورة 22 للجمعية العامة للأمم المتحدة:
- قرار الأمم المتحدة رقم 2429 للدورة 23 للجمعية العامة للأمم المتحدة
- قرار الجمعية العامة الدورة 63 لسنة 2008: المقرر 525/63
- قرار الجمعية العامة الدورة 64 لسنة 2009: المقرر 64/521
- قرار الجمعية العامة الدورة 65 لسنة 2010: المقرر 65/521
- قرار الجمعية العامة الدورة 66 لسنة 2011: المقرر 66/522

- قرار الجمعية العامة الدورة 67 لسنة 2012: المقرر 67/530
- قرار الجمعية العامة الدورة 68 لسنة 2013: المقرر 68/523
- قرار الجمعية العامة الدورة 69 لسنة 2014: المقرر 69/523
- قرار الجمعية العامة الدورة 70 لسنة 2015: المقرر 70/520
- قرار الجمعية العامة الدورة 71 لسنة 2016: المقرر 71/521
- قرار الجمعية العامة الدورة 72 لسنة 2017: المقرر 72/520
- قرار الجمعية العامة الدورة 73 لدجنبر2018 : المقرر 73/519
- قرار الجمعية العامة (66 د- 1) ل 14 دجنبر 1946.

مقالات صحفية:

- مقال صحيفة elconfidencial الإسبانية منشور بتاريخ 12 شتنبر 2019، تاريخ الاطلاع 28 أكتوبر 2019.

https://www.elconfidencial.com/mundo/europa/2019-09-12/gibraltar-con-ante-potencial-caos-en-la-frontera-con-espana-y-ha-hecho-poco-para-remediarlo_2224519/

- مقال صحيفة lavozdegalicia الإسبانية، تحت عموان "Gibraltar se la juega con el «brexit»"، تاريخ النشر 23 أكتوبر 2019، تاريخ الاطلاع: 28 أكتوبر 2019

https://www.lavozdegalicia.es/noticia/espana/2019/10/23/oscuro-paraiso-tras-brexit/0003_201910G23P18991.htm

- مقال جريدة "البايس" حول الاستفتاء بجبل طارق، منشور بتاريخ 7 نونبر 2002: تاريخ الاطلاع على الرابط 11 نونبر 2019.

https://elpais.com/elpais/2002/11/07/actualidad/1036660618_850215.html

- نتائج الاستفتاء في جريدة "الموندو"، منشور بتاريخ 7 نونبر 2002. تاريخ الاطلاع على الرابط 11 نونبر 2019.

https://www.elmundo.es/elmundo/2002/11/07/espana/1036658799.html

- مقال حسن مازوري ب موقع "عربي 21"، بعنوان "المتلازمة القانونية بين جبل طارق وسبتة ومليلية"، بتاريخ 31 غشت 2019. رابط المقال: تاريخ الاطلاع 11 نونبر 2019.

https://arabi21.com/story/1204494/المتلازمة-القانونية-بين-جبل-طارق-وسبتة-ومليلية

- تصريح الوزير الخارجية السابق "مارغايو" في التلفزة الرسمية الإسبانية. تم الاطلاع على الرابط في 13 نونبر 2019:

http://www.rtve.es/noticias/20160624/margallo-concreta-oferta-cosoberania/1362683.shtml

- تصريح وزير الخارجية السابق Boris Johnson في "أوربا بريس"، من بروكسيل في 3 أبريل 2017. الرابط تم الاطلاع عليه في 14 نونبر 2019.

https://www.europapress.es/internacional/noticia-boris-johnson-avisa-soberania-gibraltar-no-cambiado-no-va-cambiar-20170403104746.html

مواقع رسمية:

- الموقع الرسمي لحكومة جبل طارق: https://www.gibraltar.gov.gi/
- موقع وزارة الخارجية الإسبانية:

http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/Gibraltar/Paginas/Historia.aspx

- معهد الإحصاء الكتالاني

https://www.idescat.cat/indicadors/?id=anuals&n=10455&lang=es

مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة ISSN 2414-7931
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2019