

مركز جيل البحث العلمي



مجلة علمية دولية محكمة

تصدر دوريا عن

مركز جيل البحث العلمي

العام الثامن : العدد 19 – يونيو 2024

ISSN 2415-4946

DOI Prefix: 10.33685/1565

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المشرفة العامة:
أ.د. سرور طالبي

مدير التحرير:

أ.د. ماهر خضير (رئيس المحكمة العليا الشرعية في فلسطين)



هيئة التحرير:

- أ.د.نوارة حسين (جامعة مولود معمري / الجزائر)
أ.د. سرالختم إسماعيل محجوب عبد العزيز (جامعة ام درمان، السودان)
د. أحمد بشارة موسى (جامعة حسيبة بن بوعلي / الجزائر)
د.اسماعيل صديق عثمان اسماعيل (جامعة بحري/ السودان)
د. برف دليلة (جامعة الشارقة/ الإمارات العربية المتحدة)
د. نوفل علي عبدالله الصفو (جامعة الموصل/ العراق)

ضبط وتدقيق:

- أ. فاطمة الزهرة رابط (جامعة عمارثيحي، الجزائر)
أ. رؤوف أحمد المل (الجامعة اللبنانية)

اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

- د. الداودي نورالدين (جامعة عبد المالك السعدي، المغرب)
د. خليفي عبد الكريم (جامعة بومرداس، الجزائر)
د. همام القوصي (جامعة حلب، الجمهورية العربية السورية)

مجلة علمية دولية محكمة ومفهرسة عالمياً تصدر دورياً عن مركز جيل البحث العلمي تعني بالبحوث والدراسات المتخصصة والمقارنة في الفقه الإسلامي والقانون بإشراف هيئة تحرير مشكلة من أساتذة وباحثين وهيئة علمية تتألف من نخبة من الباحثين وهيئة تحكيم تتشكل دورياً في كل عدد.

أهداف المجلة:

تهدف مجلة جيل الدراسات المقارنة إلى نشر المعرفة الإسلامية الأصيلة في جميع اختصاصاتها، وتسعى إلى تشجيع البحوث العلمية الأكاديمية ذات القيمة العالية في مجال المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مع مراعاة دقة الأسلوب وسلامة اللغة والالتزام بالموضوعية والمنهجية العلمية.

مجالات النشر بالمجلة:

تنشر المجلة البحوث والمقالات العلمية المتعلقة بالفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي في المجالات المختلفة: المعاملات (الإقتصاد والنظام المالي)، الأحوال الشخصية، الفقه الجنائي، القضاء، الفقه الدولي والعلاقات الدولية، مقاصد الشريعة، إسهامات فقهاء الشريعة والقانون في المنظومة القانونية المعاصرة، التأصيل الشرعي للقضايا القانونية المعاصرة.

قواعد النشر

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

- أن يكون البحث المقدم ضمن الموضوعات التي تعنى المجلة بنشرها.
- ألا يكون البحث قد نشر أو قدم للنشر لأي مجلة، أو مؤتمر في الوقت نفسه، ويتحمل الباحث كامل المسؤولية في حال اكتشاف بأن مساهمته منشورة أو معروضة للنشر.
- أن تحتوي الصفحة الأولى من البحث على:
 - أ- عنوان البحث باللغة العربية والانجليزية.
 - ب - اسم الباحث ودرجته العلمية، والجامعة التي ينتمي إليها.
 - ت - البريد الإلكتروني للباحث.
 - ث - ملخص للدراسة باللغة العربية والانجليزية في حدود 150 كلمة وبحجم خط 16.
 - ج - الكلمات المفتاحية بعد الملخص باللغة العربية والانجليزية.
- أن تكون البحوث المقدمة بإحدى اللغات التالية: العربية ، الفرنسية والإنجليزية
- أن لا يزيد عدد صفحات البحث على (20) صفحة بما في ذلك الأشكال والرسومات والمراجع والجداول والملاحق.
- أن يكونَ البحثُ خاليًا من الأخطاء اللغوية والنحوية والإملائية.
- أن يلتزم الباحث بالخطوط وأحجامها على النحو الآتي:
 - اللغة العربية: نوع الخط (Traditional Arabic) وحجم الخط (16) في المتن ، وفي الهامش نفس الخط مع حجم (12).
 - اللغة الأجنبية: نوع الخط (Times New Roman) وحجم الخط (14) في المتن، وفي الهامش نفس الخط مع حجم (10).
- تكتب العناوين الرئيسية والفرعية للفقرات بحجم 16 نقطة مثلها مثل النص الرئيسي لكن مع تضخيم الخط.
- أن تكتب الحواشي بشكل نظامي حسب شروط برنامج Microsoft Word في نهاية كل صفحة.
- أن يرفق صاحب البحث تعريفا مختصرا بنفسه ونشاطه العلمي.
- عند إرسال الباحث لمشاركته عبر البريد الإلكتروني، سيستقبل مباشرة رسالة إشعار بذلك
- ترفض الأبحاث المطبوعة على برنامج Microsoft Word للوحات الذكية
- تخضع كل الأبحاث المقدمة للمجلة للقراءة والتحكيم من قبل لجنة مختصة ويلقى البحث القبول النهائي بعد أن يجري الباحث التعديلات التي يطلبها المحكمون .
- لا تلتزم المجلة بنشر كل ما يرسل إليها .

ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

comparative@journals.jilrc.com

الفهرس

الصفحة	
9	• الافتتاحية
11	• فعالية القضاء المغربي في حماية مصلحة الطفل المحضون، كريم احليحل (جامعة عبد المالك السعدي، المغرب)
37	• ابرام عقد المراجعة في القانون التونسي: دراسة تحليلية مقارنة، راسم قصارة - مرتضى عبد الله (جامعة الشرقية - سلطنة عمان)
75	• التعامل بالعملات الافتراضية في القانون الليبي بين الإباحة والتجريم، فاطمة بشير محمد بشير مولاي (جامعة الجفرة، ليبيا)
89	• ضمانات المتهم في المحاكمات الرقمية بين القانون وواقع القضاء العماني، صورية مزوز (جامعة الجيلالي ليابس، الجزائر)
115	• شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في سلطنة عمان الواقع والمأمول دراسة تحليلية مقارنة، سالم بن سلام بن حميد الفليتي (كلية الزهراء للبنات، سلطنة عمان)

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية
لا تعبر الآراء الواردة في هذا العدد بالضرورة عن رأي إدارة المركز
© جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي

الافتتاحية

تضمن العدد التاسع عشر من مجلة جيل الدراسات المقارنة مجموعة من المساهمات البحثية الجادة التي ألفت الضوء على مواضيع بالغة الأهمية:

فقد تناول المقال الأول مدى فعالية القضاء المغربي في حماية مصالح الأطفال المحضونين في ظل رواج دعاوى إسقاط الحضانة في أقسام قضاء الأسرة في المغرب، واستغلال الطليقين لأطفالهما كورقة ضغط من أجل إخضاع الطرف الآخر.

بينما تناول المقال الثاني عقود المرابحة في القانون التونسي والقوانين المقارنة، باعتبارها من أهم العقود المالية الإسلامية التي تخضع لشروط محددة في تكوينها لتكون صحيحة وتنتج آثارها.

لينتقل المقال الثالث لدراسة مدى مشروعية التعامل بالعملات الافتراضية المشفرة على الأراضي الليبية في ظل غياب نص قانوني ينظمها وحظر التعامل بها من قبل المصرف الليبي المركزي.

فحين سلط المقال الرابع الضوء على ضمانات المتهم في المحاكمات الرقمية بين القانون وواقع النظام القضائي العماني، من خلال تقييم مدى كفاية النصوص القانونية العمانية لضمان حقوق المتهمين في محاكمة عادلة، ومدى موازنتها بين المصلحة العامة والخاصة.

أما المقال الخامس فقد عالج موضوعا في غاية الأهمية والمتمثل في شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمارات الأجنبية المباشرة دراسة تحليلية بين القانون العماني والقوانين المقارنة.

نشكر كل من ساهم في إصدار هذا العدد المميز الذي من شأنه إثراء المكتبات العربية بالدراسات المقارنة النوعية.

والله ولي التوفيق
المشرفة العامة: أ.د. سرور طالبی

فعالية القضاء المغربي في حماية مصلحة الطفل المحضون

The efficiency of the Moroccan justice in the protection of the interest of the foster child

ذ. كريم احليحل (جامعة عبد المالك السعدي، تطوان، المغرب)

Dr Karim EHLIHIL (University of Abdelmalek Essaâdi- Tetouan, Morocco)

Abstract:

The subject of the fall of custody is so related to its conditions and their proof, and it means by the fall of custody in our area, to proof this one to the incubator, then comes up an emergency which drops it from him, and from those ones which fall the custody, the imbalance of one of its legal or jurisprudential conditions, and because the incubator in the case of imbalance of the conditions of the custody, it's unimaginable from him to give up from this custody by an automatic way.

And the situation needs a lawsuit, which its subject is a recommendation of the fall of custody from the incubator because of what it must be used as proof.

In the practical reality, the fall of custody is considered one of the principal lawsuits, which occupy a big place between the cases in the departments of the family justice, and it's considered as a ring between the divorced parties, and which is performs most of the time to the use of the children as a piece of pression by one of the parties, to subjugate the other part.

By the way, some of parents insist on buying the custody from the mothers by any way what either if it is illegal, where some resort to submit malicious complaints related to corruption and others, to attempt the condition of integrity, and there are some mothers who don't deserve custody because of their bad comportment, and whatever, they steal attached to their right of custody.

And by removing to the practical reality and the analyse of the cases which are considered to proof the request of falling custody, we can say that the majority of these causes are about the change of the incubator to her residence and her travel out of her country, and then her imbalance about the agreement about the visit related to the organizing of custody.

Custody is assigned to the mother according to the principle, if all the conditions required of custody are present, but in their missing, the fall of custody become a necessary request.

Key words: Dropp off- custody- judicial system- protection- the interest- the pure

ملخص:

يرتبط موضوع سقوط الحضانة أشد الارتباط بشروطها وبإثبات تلك الشروط، ويقصد بسقوط الحضانة في مجالنا هذا أن تثبت هذه للحاضن ثم يطرأ بعد ذلك طارئ ما يسقطها عنه، ومن أبرز الطوارئ التي تسقط الحضانة اختلال أحد شروطها التشريعية أو الفقهية، ولأن الحاضن في حالة اختلال شروط الحضانة لا يتصور منه أن يتخلى عنها بكيفية تلقائية فإن الأمر يحتاج إلى رفع دعوى قضائية، موضوعها طلب الحكم بإسقاط الحضانة عنه لسبب ما يجب الاستناد إليه وإثباته.

وفي الواقع العملي يعتبر إسقاط الحضانة من الدعاوى التي تأخذ حيزاً مهماً من القضايا الراجعة في أقسام قضاء الأسرة، وهي حلبة للصراع بين الطليقين والتي تؤدي في غالب الأحيان إلى استعمال الأطفال كورقة ضغط من أحد الطرفين من أجل إخضاع الآخر، فبعض الآباء يصرّون على انتزاع الحضانة من الأمهات بأي طريقة ولو كانت غير شرعية، حيث يلجأ البعض إلى تقديم شكايات كيدية تتعلق بالتعاطي للفساد وغيره من أجل المس بشروط الاستقامة كما أن بعض الأمهات لا يصلحن للحضانة بسبب سلوكهن غير القويم ومع ذلك يتشبهن بحقهن في الحضانة.

وبالرجوع إلى الواقع العملي واستقراء الأسباب التي يتم اعتمادها لتبرير طلب إسقاط الحضانة، يمكن القول إن غالبية هذه الأسباب تتمحور حول تغيير الحضانة لمقر إقامتها والسفر خارج أرض الوطن، ثم الإخلال أو التحايل في تنفيذ الاتفاق أو المقرر المنظم للزيارة.

وتسند الحضانة من حيث المبدأ إلى الأم إذا توفرت الشروط الموجبة لذلك، إلا أنه في غيابها يصبح أمر إسقاطها أمراً لا محيد عنه.

كلمات مفتاحية: سقوط - الحضانة - الجهاز القضائي - الحماية - المصلحة - المجنون.

مقدمة:

إن الحضانة كمؤسسة قانونية لها دور مهم جدا في معالجة الاختلالات التي قد تنتج عن انفصام العلاقة الزوجية، حيث يراد منها وضع الأحكام الخاصة لجعل الطفل الذي كان ثمرة لهذا الزواج الفاشل يعيش حياة طبيعية ولا يحرم من رعاية أبويه معا، ففي حالة وجود الأبناء لا يعني انفصام العلاقة الزوجية القطيعة التامة بين الطليقين، بل لا بد من استمرار جسور للتواصل والتعاون من أجل مصلحة هؤلاء الأبناء الذين لا ذنب لهم سوى أنهم كانوا ثمرة لهذه العلاقة الزوجية التي لم يكتب لها النجاح.

فالشريعة الإسلامية أرست مجموعة من القواعد السمحة التي تنظم حياة الناس، وتبني أسس المجتمع على روابط المودة والرحمة، وتمنح كل فرد من أفراد الأسرة ما يستحقه من رعاية واهتمام، وقد جعلت الزواج هو الميثاق الغليظ الذي تقوم على أساسه الأسرة في المجتمع، مصداقا لقوله تعالى: "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون"¹، وقد أكد القرآن الكريم على بر الوالدين وطاعتهما في غير معصية الله، حيث ورد ذلك في عدة آيات يوصي من خلالها الله سبحانه وتعالى بالإحسان للوالدين، حيث قال تعالى: "وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا"².

فمن خلال هذه الآيات الكريمة يتضح لنا مدى العناية التي أولتها الشريعة السمحاء للأسرة، والتي باحترامها يعيش الانسان حياة هنيئة سعيدة خالية من المشاكل، ينعم كل فرد في داخلها بما هيأه الله سبحانه وتعالى له في إطار من التسامح والتفاهم والإيثار.

ويعتبر المشرع المغربي الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر التشريع خاصة في ما يتعلق بأمور الأسرة، لهذا فقد تناول بالتفصيل ضوابط إسناد الحضانة فأفرد لها أحكاما عامة قام من خلالها بتحديد مفهوم الحضانة، وتحديد من له الحق فيها من الأبوين والأقارب، وأقام ترتيبا لذلك وفقا لمصلحة المحضون، كما عمل على تحديد الشروط اللازم توفرها لممارسة الحضانة، وحدد الحقوق والواجبات المترتبة عن إسناد الحضانة بالنسبة لجميع الأطراف تفاديا لكل خلاف قد يحول دون تحقيق الهدف المتوخى منها، وقد خول

¹. سورة الروم، الآية: 21.

². سورة الاسراء، الآيتين: 23-24.

المشرع للقضاء سلطة تقديرية واسعة لتطبيق المقتضيات السالفة الذكر، حيث جعل مناط الحضانة هو مصلحة المحضون التي يتولى القضاء تقديرها وفقا للظروف المحيطة بكل نازلة على حدة.

أهمية البحث:

فأهمية الموضوع تكمن ليس فقط في ارتباطه الوثيق بالأسرة، بل بأهم حلقة في الأسرة وهي الطفل، الذي يجد نفسه في حالة انفصام العلاقة الزوجية ضحية لتصفية الحسابات بين الطليقين، واتخاذ كورقة ضغط لتحقيق هذه الغاية، لنجد أن المقتضيات التي تضمنتها مدونة الأسرة أصبحت قاصرة عن تحقيق مصلحة المحضون والمصلحة الفضلى للطفل، حيث تطغى الأنانية والحسابات الشخصية بين الطليقين على حساب ذلك، وأفرزت الممارسة العملية عدة مشاكل نتجت عن ابتكار أساليب احتيالية على القانون من قبيل تحريض الطفل على كراهية والده ورفض زيارته واستزارته، أو الانتقال به إلى مكان يجهله الأب غير الحاضن مما يعطل حقه في الزيارة والقيام بواجبه في المراقبة والتتبع، هذه المشاكل وغيرها هي التي دفعتنا للكتابة في الموضوع بغية تسليط الضوء عليها ومحاولة تقديم اقتراحات وحلول لتجاوزها.

أهداف البحث:

إن الهدف الرئيسي من دراسة موضوع فعالية القضاء المغربي في حماية مصلحة الطفل المحضون هو بيان الأمور الآتية:

- تحديد أسباب سقوط الحضانة.
- تبيان الأساس القانوني المنظم للحضانة في التشريع المغربي.
- تحديد مدى نجاعة الجهاز القضائي المغربي في حماية مصلحة الطفل المحضون.

إشكالية البحث:

تتجلى إشكالية المقال فيما مدى فعالية الجهاز القضائي في حماية مصلحة الطفل المحضون. وتتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات يمكن إجمالها في الآتي:

- ماهي أسباب سقوط الحضانة؟
- وما مدى نجاعة القضاء في حماية الطفل المحضون؟

- أين يتجلى دور القضاء المغربي في حماية مصلحة الطفل المحضون؟
- ما هي سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون؟

منهج البحث:

اعتمدت في دراسة هذا الموضوع منهجين: تحليلي وتطبيقي.

المنهج التحليلي: الوقوف على المفاهيم الرئيسية للبحث، وتحليل النصوص القانونية المؤطرة للموضوع، من خلال تحليل مضمونها ومناقشتها.

المنهج التطبيقي: يقوم بالأساس على تعزيز المواقف القانونية والآراء الفقهية باتجاهات قضائية ذات صلة وثيقة بموضوع المقال.

خطة البحث:

للإحاطة بكافة جوانب الموضوع، اخترت تقسيم المقال إلى مبحثين وذلك خلال الآتي:

المبحث الأول: اسقاط القضاء المغربي لحضانة الطفل

المطلب الأول: أسباب سقوط الحضانة

المطلب الثاني: سقوط الحق في الحضانة بالتنازل عنها

المبحث الثاني: دور القضاء المغربي في حماية مصلحة الطفل المحضون

المطلب الأول: جنحة عدم تقديم الطفل

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

المبحث الأول: أسباب إسقاط الحضانة

يرتبط موضوع سقوط الحضانة أشد الارتباط بشروطها وبإثبات تلك الشروط،¹ ويقصد بسقوط الحضانة في مجالنا هذا أن تثبت هذه للحاضن ثم يطرأ بعد ذلك طارئ ما يسقطها عنه، ومن أبرز الطوارئ التي تسقط الحضانة اختلال أحد شروطها التشريعية أو الفقهية، ولأن الحاضن في حالة اختلال شروط الحضانة لا يتصور منه أن يتخلى عنها بكيفية تلقائية فإن الأمر يحتاج إلى رفع دعوى قضائية، موضوعها طلب الحكم بإسقاط الحضانة عنه لسبب ما يجب الاستناد إليه وإثباته².

وفي الواقع العملي يعتبر إسقاط الحضانة من الدعاوى التي تأخذ حيزا مهما من القضايا الرائج في أقسام قضاء الأسرة، وهي حلبة للصراع بين الطليقين والتي تؤدي في غالب الأحيان إلى استعمال الأطفال كورقة ضغط من أحد الطرفين من أجل إخضاع الآخر، فبعض الآباء يصرون على انتزاع الحضانة من

¹ تنص المادة 173 من مدونة الأسرة على ما يلي: شروط الحاضن: الرشد القانوني لغير الأبوين، الاستقامة والأمانة؛ - القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته دينا وصحة وخلقا وعلى مراقبة تدمرسه، عدم زواج طالبة الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها في المادتين 174 و175 بعده.

إذا وقع تغيير في وضعية الحاضن خيف منه إلحاق الضرر بالمحضون، سقطت حضانته وانتقلت إلى من يليه.
تنص المادة 174 من مدونة الأسرة على ما يلي: زواج الحاضنة غير الأم، يسقط حضانتها إلا في الحالتين الآتيتين: إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون، إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون.

تنص المادة 175 من مدونة الأسرة على ما يلي: زواج الحاضنة الأم، لا يسقط حضانتها في الأحوال الآتية: إذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سبع سنوات، أو يلحقه ضرر من فراقها، إذا كانت بالمحضون علة أو عاهة تجعل حضانته مستعصبة على غير الأم، إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون، إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون، زواج الأم الحاضنة يعني الأب من تكاليف سكن المحضون وأجرة الحضانة، وتبقى نفقة المحضون واجبة على الأب.

تنص المادة 176 من مدونة الأسرة على ما يلي: سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة بعد علمه بالبناء يسقط حضانته إلا لأسباب قاهرة.
تنص المادة 177 من مدونة الأسرة على ما يلي: يجب على الأب وأم المحضون والأقارب وغيرهم، إخطار النيابة العامة بكل الأضرار التي يتعرض لها المحضون لتقوم بواجبها للحفاظ على حقوقه، بما فيها المطالبة بإسقاط الحضانة.

تنص المادة 178 من مدونة الأسرة على ما يلي: لا تسقط الحضانة بانتقال الحاضنة أو النائب الشرعي للإقامة من مكان لآخر داخل المغرب، إلا إذا ثبت للمحكمة ما يوجب السقوط، مراعاة لمصلحة المحضون والظروف الخاصة بالأب أو النائب الشرعي، والمسافة التي تفصل المحضون عن نائبه الشرعي.

تنص المادة 179 من مدونة الأسرة على ما يلي: يمكن للمحكمة بناء على طلب من النيابة العامة، أو النائب الشرعي للمحضون، أن تضمن في قرار إسناد الحضانة، أو في قرار لاحق، منع السفر بالمحضون إلى خارج المغرب، دون موافقة نائبه الشرعي، تتولى النيابة العامة تبليغ الجهات المختصة مقرر المنع، قصد اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان تنفيذ ذلك، في حالة رفض الموافقة على السفر بالمحضون خارج المغرب، يمكن اللجوء إلى قاضي المستعجلات لاستصدار إذن بذلك. لا يستجاب لهذا الطلب، إلا بعد التأكد من الصفة العرضية للسفر، ومن عودة المحضون إلى المغرب.

² محمد الكشور، أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، 2004،

الأهيات بأي طريقة ولو كانت غير شرعية، حيث يلجأ البعض إلى تقديم شكايات كيدية تتعلق بالتعاطي للفساد وغيره من أجل المس بشرط الاستقامة كما أن بعض الأهيات لا يصلحون للحضانة بسبب سلوكهم غير القويم ومع ذلك يتشبهن بحقهن في الحضانة.

وبالرجوع إلى الواقع العملي واستقراء الأسباب التي يتم اعتمادها لتبرير طلب إسقاط الحضانة، يمكن القول إن غالبية هذه الأسباب تتمحور حول تغيير الحاضنة لمقر إقامتها والسفر خارج أرض الوطن، ثم الإخلال أو التحايل في تنفيذ الاتفاق أو المقرر المنظم للزيارة.¹

وتسند الحضانة من حيث المبدأ إلى الأم إذا توفرت الشروط الموجبة لذلك، إلا أنه في غيابها يصبح أمر إسقاطها أمراً لا محيد عنه، وذلك راجع لمجموعة من الأسباب وهذا ما سوف أوضح من خلال (المطلب الأول)، تم أنتقل للحديث عن سقوط الحضانة بالتنازل عنها في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أسباب سقوط الحضانة

إذا كان إسناد الحضانة يتوقف على ضرورة استيفاء الشروط المطلوبة قانوناً، فإنه متى ثبت وقوع اختلال في أحد الشروط، أصبح من حق من له المصلحة والصفة، أن يتقدم أمام المحكمة الابتدائية المختصة بدعوى إسقاط الحضانة.

والصفة والمصلحة تثبت للأب وأم المحضون والأقارب وغيرهم، كما تثبت أيضاً للنيابة العامة، وذلك استناداً للمادة 177 من مدونة الأسرة² التي تلزم هؤلاء بإخطار النيابة العامة بكل الأضرار التي يتعرض لها المحضون لتقوم بواجبها في حفظ حقوقه، بما فيها المطالبة بإسقاط الحضانة³.

ومن خلال استقراء النوازل التي تطرح على القضاء، يمكن القول أن غالبية الأسباب المعتمدة في طلب إسقاط الحضانة لها ارتباط وثيق باختلال شرطي الاستقامة والأمانة، (الفقرة الأولى) وقد يكون أيضاً

¹ سعيد الوردى، الحضانة واشكالاتها العلمية على ضوء أحكام مدونة الأسرة والعمل القضائي، مطبعة الأمنية، الطبعة الأولى 2019، ص: 55.

² تنص المادة 177 من مدونة الأسرة على ما يلي: " يجب على الأب وأم المحضون والأقارب وغيرهم، إخطار النيابة العامة بكل الأضرار التي يتعرض لها المحضون لتقوم بواجبها للحفاظ على حقوقه، بما فيها المطالبة بإسقاط الحضانة".

³ سعيد الوردى، الحضانة واشكالاتها العلمية على ضوء أحكام مدونة الأسرة والعمل القضائي، مرجع سابق، ص: 56.

مرتبطا بالشروط الخاصة بالمرأة وعلى رأسها زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون (الفقرة الثانية)¹، ثم شرط رعاية المحضون الذي يثار غالبا في حالة السفر بالمحضون أو بدونه (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: شرط الاستقامة والأمانة

وتسقط الحضانة لعدة أسباب إذا اختل شرط من الشروط التشريعية أو الفقهية، فقد اشترط المشرع في الحاضن شرط الاستقامة والأمانة أي أن يكون الحاضن أمينا على المحضون،² وتسقط الحضانة في غياب هذا الشرط، بحيث إذا اتضح أن الحاضنة امرأة فاسقة أو تمارس الدعارة أو تم الحكم عليها من أجل جنائية السرقة الموصوفة أو بسبب الخيانة الزوجية أو التحريض على الفساد فتحرم من الحضانة. وفي هذا الإطار جاء قرار للمجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) الذي قضى بأن الاستقامة شرط لممارسة الحضانة وجريمة التحريض على الفساد مسقط للحضانة.³

وفي قرار آخر للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) على أنه بخصوص طلب سقوط الحضانة فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما ثبت لها عدم صلاحية الطالبة للحضانة بعد إدانتها جنحيا بالخيانة

¹. شرط ممارسة التجارة وتجدر الإشارة إلى أن ممارسة التجارة مبدئيا لا تسقط الحضانة عن الأم وهذا ما كرسه المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) في قرار له مجرد عمل الحاضنة أو ممارستها لمهنة ما لا يسقط حضانتها من حيث المبدأ ما لم يثبت الأب أن ذلك العمل ضررا يصيب المحضون، في رأي أن هذا القرار حقيقة هو قرار صائب ولا يجب سقوط الحضانة عن الأم الحاضنة بسبب ممارسة مهنة ما لأن في بعض الأحيان قد لا تكون ميسورة وتحتاج إلى العمل لتلبية متطلبات الحياة، ولا يمكن للحاضنة مع محضونها أن يكتفيا بما يقدمه الأب من أجرة الحضانة وأجرة السكن أو ما يقدمه الأب له بصفة عامة.

شرط الدين أما بالنسبة لشرط الدين فلا يطرح إشكالا لأن الحضانة تسند للأم بقوة القانون إذا توفرت الشروط الموجبة لذلك إلا أن الإشكال يثار في حالة إن كانت الأم تدين بدين غير دين المحضون حيث لا تسند الحضانة للأم غير المسلمة، إذ ذهب بعض الفقه إلى أنه لا حضانة للكافرة على الصغير المسلم وحجتهم في ذلك أن الحضانة ولاية والله لم يجعل ولاية الكافر على المسلم ومخافة على المحضون من تربيته على دين غير دين أبيه. في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن شرط الدين غير مشروط بالنسبة للأم لأن الهدف من الحضانة هو الشفقة والحنان.

². محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة، 2015، ص: 507.

³. قرار صادر عن محكمة النقض، بتاريخ 20/04/2005 تحت عدد 414 في الملف عدد 04637، منشور، محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، دار الأفاق المغربية الطبعة الثانية، 2011، ص: 226.

الزوجية فإنها تكون قد طبقت مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 173¹ من مدونة الأسرة² تطبيقاً صحيحاً.³

وفي نفس الصدد جاء في قرار للمجلس الأعلى إن الاستقامة والأمانة يجب أن تتوفر في الحاضن طبقاً للمادة 173 من مدونة الأسرة، والمحكمة لما استنتجت من الحكم الجنائي عدد 01.23 القاضي بإدانة الطاعنة بالحبس من أجل جنائية السرقة الموصوفة، دليلاً على سوء سلوكها يخشى معه على المحضونين إذا بقيا عندها بحيث يتأثرا بأفعالها، ورتبت على ذلك الحكم بنزعهما منها وإسقاط حضانتها عنهما تكون قد استعملت سلطتها في تقدير الأدلة وشرط الاستقامة وأقامت شرطها على أساس⁴.

وبالرجوع إلى مقتضيات الفصل 88 من القانون الجنائي⁵ والذي ينص على أنه يجب على المحكمة أن تصدر حكماً بسقوط الولاية الشرعية على الأولاد في الحالة التي يرتكب فيها أحد الأصول جنائية أو جنحة تضر بأبنائهم القاصرين باعتبار أن الحضانة جانب من الولاية الشرعية على الأولاد، وفي هذا الصدد جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش، حيث أدلى المدعي بحكم ابتدائي صدر بتاريخ 1997/02/13 في الملف الجنحي عدد 97/526 قضى بإدانة المدعى عليها بثلاثة أشهر موقفة التنفيذ من أجل جنائية الضرب

¹. تنص المادة 173 من مدونة الأسرة على ما يلي: "شروط الحاضن:

- الرشد القانوني لغير الأبوين.

- الاستقامة والأمانة.

- القدرة على تربية المحضون وصيانتهم ورعايته ديناً وصحة وخلقاً وعلى مراقبة تدمرسه.

- عدم زواج طالبة الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها في المادتين 174 و175 بعده.

إذا وقع تغيير في وضعية الحاضن خيف منه إلحاق الضرر بالمحضون، سقطت حضانتهم وانتقلت إلى من يليه".

². القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)

بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص 418.

³. قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2005/1409 تحت عدد 18 في الملف الشرعي عدد 05.485، منشور، أورده محمد بفقير، مدونة الأسرة

والعمل القضائي المغربي، مرجع سابق، ص:226.

⁴. قرار صادر عن محكمة النقض، بتاريخ 2006/07/12، تحت عدد 456 في الملف عدد 06/1299، منشور، أورده محمد بفقير، مدونة الأسرة

والعمل القضائي المغربي، مرجع سابق، ص:226.

⁵. ينص الفصل 88 من مجموعة القانون الجنائي على ما يلي: "يتعين على المحكمة أن تحكم بسقوط الولاية الشرعية على الأولاد عندما تصدر

حكماً من أجل جنائية أو جنحة معاقب عليها قانوناً بالحبس ارتكبها أحد الأصول على شخص أحد أطفاله القاصرين، إذا ثبت لديها وصرحت

بمقتضى نص خاص بالحكم أن السلوك العادي للمحكوم عليه يعرض أولاده القاصرين لخطر بدني أو خلقي. وهذا السقوط يمكن أن يشمل

جميع حقوق الولاية أو بعضها، كما يسوغ أن يكون مقصوراً على بعض الأولاد أو على واحد فقط. ويجوز أن يتضمن الحكم بالمؤاخذة الأمر

بتنفيذ هذا التدبير مؤقتاً، على الرغم من استعمال أية طريق من طرق الطعن، عادية كانت أو غير عادية.

والجرح ضد قاصر بواسطة السلاح وأن الحكم قد تم تأييده استئنافية بمقتضى القرار الاستئنافية عدد 1997/11/13427.

وحيث أنه انطلاقاً مما ذكر أعلاه وخاصة الحكم القضائي بإدانة المدعى عليها من أجل المنسوب إليها والذي تبين من خلاله أنها قد أضرت بالإبن المحضون، ارتأت المحكمة وفقاً لما تقتضيه مصلحة المحضون إسقاط حضانة الأم الحاضنة وإسنادها لوالده.¹

وفي حالة اختلال شرط من الشروط الموجبة للحضانة، فالأمر يحتاج إلى رفع دعوى قضائية يكون موضوعها طلب الحكم بإسقاط الحضانة عنه بالاستناد إلى الأسباب الموجبة لذلك، واقتناع المحكمة بذلك إذ لا يمكن تصور أن الحاضن يتخلى عن الحضانة تلقائياً.²

وترفع دعوى إسقاط الحضانة من كل ذي مصلحة ومن النيابة العامة حسب المادة 177 من مدونة الأسرة إذ نصت على أنه يجب على الأب وأم المحضون والأقارب وغيرهم، إخطار النيابة العامة بكل الأضرار التي يتعرض لها المحضون لتقوم بواجباتها للحفاظ على حقوقه، بما فيها المطالبة بإسقاط الحضانة. أما في حالة الاستعجال فيمكن تقديم طلب إلى قاضي المستعجلات يرمي إلى عزل المحضون عن الحاضن إلى حين صدور حكم في الموضوع بشرط أن يثبت أن بقاء الوضع على ما هو عليه فيه ضرر بليغ يصيب المحضون.

الفقرة الثانية: زواج الحاضنة

أما بالنسبة لزواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون أو نائب شرعي له، فإنه يسقط الحق في الحضانة على المحضون إلا إذا كان ولياً شرعياً له، إذ جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقاً (محكمة النقض حالياً) على أن الزواج بالأجنبي يسقط الحق في الحضانة حتى لو كان هذا الأجنبي كفيلاً للحاضنة في حال صغرها إلى أن تزوجت فالكفيل الأجنبي ليس من الأقارب الذين لا يؤثر الزواج بهم في حق الحضانة.³

¹. حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش، بتاريخ 2008/01/17، عدد 104 في الملف رقم 06/8/2111، منشور.

². احسان العمري، موجبات إسقاط الحضانة بين القانون المغربي والقانون المقارن، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، ماستر المهن القانونية والقضائية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بتطوان جامعة عبد المالك السعدي، السنة الجامعية: 2018-2019، ص:40.

³. قرار صادر عن محكمة النقض، بتاريخ 26/3/84 تحت عدد 247 في الملف عدد 95332، غير منشور.

وفي المقابل جاء القرار لمحكمة النقض¹ قضي بعدم سقوط حضانة الأم بزواجها بأجنبي غير محرم إذا كان من شأن إسقاط حضانتها التأثير سلبا على نفسية المحضون الأمر الذي ثبت بشهادة طبيب مختص. من هنا يتضح أن العمل القضائي يرجح دائما مصلحة المحضون عند تطبيق مقتضيات مدونة الأسرة نظرا لاختلاف كل نازلة عن الأخرى.

ما تجدر الإشارة إليه في هذا الإطار هو أنه يجب المطالبة بإسقاط الحضانة عن الحاضنة إذا ما تزوجت، يجب أن يتم قبل مرور سنة، إذ أن السكوت عن المطالبة بها لمدة تزيد عن السنة بعد العلم بالبناء يسقط حق الحضانة على من يطالب بها إلا في حالة وجود أسباب قاهرة، ومدة السنة التي اشترطها المشرع تطبق على الأم وغير الأم وتحتسب من تاريخ العلم بالبناء أي دخول الزوج بزوجه الحاضنة سواء كانت أم أو غيرها، وسقوط الحضانة هنا لا يسري على الأب سواء كان متزوجا أم لا.²

وفي هذا الإطار جاء قرار للمجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا)، سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة بعد علمه بالبناء يسقط حضانتها إلا لأسباب قاهرة والعبرة بتاريخ العلم بالبناء وليس بتاريخ العقد وجاء في قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف بمدينة العيون على عدم علم من له الحق في الحضانة بسقوطها لزواج الحاضنة لا يسقط حقه رغم مرور أجل السنة.³

ويستثنى من ذلك إذا كان بالمحضون علة أو عاهة تجعل حضانتها مستعصية على غير الأم، أو إذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سبع سنوات أو يلحقه ضرر من فراقها.

وإذا كان زواج الأم بأجنبي عن المحضون يسقط حقها في الحضانة فنفس الشيء بالنسبة للحاضنة غير الأم وهذا ما جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) إن زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون يسقط حضانتها ولو كانت أما للمحضون فبالأحرى غيره.⁴

1. قرار محكمة النقض عدد 598 المؤرخ في 2008/12/31 في الملف عدد 2008/12/371، منشور، من موقع الاجتهاد القضائي للأستاذ محمد أزوكاغ.

2. محمد الشافعي، الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 2010، ص: 218.

3. قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالعيون بتاريخ 1999/7/4 في الملف المدني عدد 00.03، منشور، محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، مرجع سابق، ص: 235.

4. قرار صادر عن محكمة النقض، بتاريخ 92/5/12 عدد 498 في الملف عدد 90/6096، منشور، محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، مرجع سابق، ص: 231.

الفقرة الثالثة: انتقال الحاضنة أو النائب الشرعي للإقامة من مكان إلى آخر

وفيما يخص انتقال الحاضنة أو النائب الشرعي للإقامة من مكان إلى آخر داخل المغرب لا يسقط الحضانة مبدئياً، إذ تسقط إذا تبين للمحكمة ما يوجب ذلك مراعاة لمصلحة المحضون، كما أن الانتقال بالمحضون خارج المغرب بموافقة نائبه الشرعي لا يسقط الحضانة، لكن في حالة عدم وجود هذه الموافقة يؤدي إلى سقوط الحضانة وللمجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حالياً) قرار في هذا الشأن ذلك أنه عملاً بمفهوم المخالفة للمادة 178¹ المحتج بخرقها فإنه إذا كان انتقال الحاضنة للإقامة من مكان لآخر داخل المغرب لا يسقط حضانتها، فإن استيطان الحاضنة ببلد خارج المغرب يسقط حضانتها، والمحكمة التي تبث لها أن الأب الطالب عاد إلى المغرب، وأن الحاضنة بمعية محضونها ظلاً يعيشان بالخارج واستبعدت الطلب بعلة مراعاة مصلحة هذا الأخير وحده دون تقدير مصلحة والده الذي من حقه العودة إلى وطنه، وذلك لا يبرر حرمانه من ممارسة حقوقه على ولده المكفولة قانوناً، وتكون قد خرقت القانون ولم تبني قرارها على أساس مما يعرضه للنقض.

إلا أن مدونة الأسرة لم تتطرق إلى مسألة بقاء الحضانة مع محضونها بالخارج ورجوع النائب الشرعي إلى أرض الوطن وهنا يطرح التساؤل هل بقاء الحاضنة مع محضون يؤدي إلى سقوط الحضانة؟ في هذا الإطار جاء قرار للمجلس الأعلى سابقاً (محكمة النقض حالياً) لأن الطاعن النائب الشرعي أصبح يعيش بالمغرب ولم يوافق على إقامة ابنته مع حاضنتها بفرنسا والمحكمة لما ردت طلبه الرامي إلى إسقاط حضانتها بعلة أنه هو الذي انتقل من المهجر إلى أرض الوطن وليست الحاضنة، تكون قد عللت قرارها تعليلاً فاسد.

وفي حالة إذا طلب الحاضن من النائب الشرعي السفر بالمحضون إلى الخارج ورفض هذا الأخير وكانت هناك ظروف تستوجب السفر يمكن له أن يطلب من قاضي المستعجلات أن يصدر أمراً بالإذن له، لكن لا يتم هذا الأمر إلا بوجود شرطين الأول التأكد من الصفة العرضية للسفر، والثاني التأكد من عودة المحضون إلى المغرب حسب المادة 179 من مدونة الأسرة.²

¹ تنص المادة 178 من مدونة الأسرة على ما يلي: "لا تسقط الحضانة بانتقال الحاضنة أو النائب الشرعي للإقامة من مكان لآخر داخل المغرب، إلا إذا ثبت للمحكمة ما يوجب السقوط، مراعاة لمصلحة المحضون والظروف الخاصة بالأب أو النائب الشرعي، والمسافة التي تفصل المحضون عن نائبه الشرعي".

² تنص المادة 179 من مدونة الأسرة على ما يلي: "يمكن للمحكمة بناء على طلب من النيابة العامة، أو النائب الشرعي للمحضون، أن تضمن في قرار إسناد الحضانة، أو في قرار لاحق، منع السفر بالمحضون إلى خارج المغرب، دون موافقة نائبه الشرعي".

المطلب الثاني: سقوط الحق في الحضانة بالتنازل عنها

يمكن التنازل عن الحضانة، ويترتب عن ذلك عدم استحقاق الأم المتنازلة لواجبات الحضانة والنفقة والسكن، وينتقل المحضون، بالتالي، ليعيش في كنف من يستحق الحضانة بعد المتنازل عنها. ويبقى للأم أو الأب المتنازل عن الحضانة حق الزيارة والاستشارة.

كما أن التنازل عن الحضانة هو عبارة عن فعل صادر عن إرادة منفردة يتم بواسطة التخلي من يده حق الحضانة عن هذا الحق لسبب أو بدونه للحاضن الذي يليه وهو ما أقر عليه المشرع المغربي في المادة 165 من مدونة الأسرة والمشرع الجزائري في المادة 66 صراحة وسار عليه القضاء كذلك.

لقد سكت المشرع المغربي عن مسألة التنازل الصريح بالإدارة المنفردة حيث أنه لم يوضح صراحة موقفه من التنازل عن الحضانة بكيفية واضحة سواء في مدونة الأحوال الشخصية السابقة أو في مدونة الأسرة، كما أن المشرع الجزائري نص صراحة على هذا النوع من التنازل المسقط للحضانة في قانون الأسرة الجزائري في المادة 66 وبالأخص في فقرتها الثانية بقولها: " يسقط حق الحضانة بالتنازل ، ما لم يضر بمصلحة"، فالتنازل عن الحضانة بالإرادة المنفردة ينبغي أن يكون غير مضر بمصلحة المحضون وأن يورد من قبل مستحقي الحضانة ، ويشترط أن يتم أمام الجهة المختصة قانوناً.

ومن خلال ما سبق يمكن تقسيم هذا المطلب إلى فقرتين، أتناول في الفقرة الأولى الحديث عن التنازل عن الحضانة، في حين أتطرق في الفقرة الثانية لدراسة رفض طلب التنازل عن الحضانة.

الفقرة الأولى: التنازل عن الحضانة

أما فيما يخص التنازل عن الحضانة، فإن الراجح في الفقه أن الحضانة حق للحاضن ويمكن له التنازل عنها إذا ثبت له هذا الحق لأن التنازل عن الحضانة قبل وجودها ليس له أي أثر، وبذلك يمكن للحاضن سواء كان أما أو أباً أو غيرهما التنازل عن الحضانة بعد أن أسندت له، ولا يمكن له أن يتنازل عنها إلا لمن يليه في الترتيب إذا توفرت فيه الشروط، والمشرع المغربي لم يتطرق لهذه الحالة لا في مدونة الأحوال

تنولى النيابة العامة تبليغ الجهات المختصة مقرر المنع، قصد اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان تنفيذ ذلك. في حالة رفض الموافقة على السفر بالمحضون خارج المغرب، يمكن اللجوء إلى قاضي المستعجلات لاستصدار إذن بذلك. لا يستجاب لهذا الطلب، إلا بعد التأكد من الصفة العرضية للسفر، ومن عودة المحضون إلى المغرب".

الشخصية المملوغة ولا في مدونة الأسرة،¹ لكن نجد القضاء المغربي أخذ بها وفي هذا الصدد جاء قرار للمجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) أن تنازل من له الحق في الحضانة يلزمه، إذا تنازلت الأم عن الحضانة فإنها تنتقل إلى من يليها.²

وفي نفس الاتجاه صدر حكم عن قسم قضاء الأسرة بمدينة بمراكش الذي جاء في إحدى حيثيات وحيث أنه بالرجوع إلى الراجح والمشهور في الفقه المالكي الذي يحيل عليه المشرع فيما لا نص فيه طبقا للمادة 400 من المدونة³، فإنه من الجائر التنازل عن الحضانة، شريطة أن يكون المتنازل قد تبث له الحق في الحضانة وأن يتم التنازل لمن يليه في الترتيب.⁴

الفقرة الثانية: رفض طلب التنازل عن الحضانة

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان تنازل الأم عن الحضانة فيه ضرر للمحضون كما لو كان رضيعا لم يقبل غير ثدي أمه، فتلزم بحضانتها إلى حين زوال ذلك الضرر، فالمشرع المغربي ميز في هذه الحالة بين الحاضنة الأم والحاضنة غير الأم وهي مقتضيات فرضتها مصلحة المحضون والحاضنة على حد سواء، فتزوج الحاضنة بغير قريب يعتبر تنازلا ضمنيا منها على حضانتها وسببا مسقطا للحاضنة، هذا ما أكدته المادة 173 من مدونة الأسرة في فقرتها الرابعة بقولها: "... عدم زواج طالبة الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها في المادتين 174 و175 بعده".

لكن هناك استثناءات حسب ما جاءت بهم المواد 174 و175 بحيث إن توفر هذه الشروط لا يسقط القاضي الحضانة عن مستحقها الأول وخاصة إذا كانت أما، إذا كان المحضون صغيرا وفراقها يضر به بالإضافة إلى وجود علة تجعل حضانتها مستعصية على غير الأم، أما إذا كانت الحاضنة غير الأم فإن

¹ عادل زيداني، اسقاط الحضانة بين التشريع والعمل القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث الأسرة والتنمية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، جامعة ومولاي إسماعيل، السنة الجامعية: 2012-2013، ص: 50.

² قرار محكمة النقض عدد 562 بتاريخ 2006/10/04، ملف شرعي عدد 2006/1/2/143، منشور.

³ تنص المادة 400 من مدونة الأسرة على ما يلي: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف".

⁴ حكم عدد 2036 صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش، بتاريخ 2008/11/24، ملف شرعي عدد 2036، غير منشور.

القاعدة تشترط أن لا تكون متزوجة وأن زوجها إن حدث وهي حاضنة سقطت حضانتها ضمناً، ورغم ذلك وضع المشرع استثناءات نصت عليها المادة 174 من مدونة الأسرة.¹

ويمكن استرجاع الحضانة بعد سقوط أو التنازل عنها طبقاً لمقتضيات المادة 170 من مدونة الأسرة²، حيث تنص على أنه تعود الحضانة لمستحقها إذا ارتفع عنه العذر الذي منعه منها ويمكن للمحكمة أن تعيد الحضانة إذا كان ذلك في مصلحة المحضون.

بمعنى أنه بمجرد زوال المانع الذي يمنع من القيام بالحضانة فيمكن لمن سقطت عنه استرجاعها، والمشرع المغربي لم يعد يميز في ظل مدونة الأسرة بين العذر الاختياري والعذر غير الاختياري كما كان في المادة 129 في ظل مدونة

الأحوال الشخصية التي تربط استرجاع الحضانة بزوال المانع غير الاختياري.³

وتبقى هذه المسألة غير مطلقة إذ أن المشرع قد منح للمحكمة الحق في إعادة النظر في الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، وذلك من أجل حمايته لأن مصلحة الطفل الفضلى تسمو على مصلحة باقي الأطراف.

المبحث الثاني: دور القضاء في حماية مصلحة الطفل المحضون

تكريسا وتدعيماً لمبدأ حماية مصلحة المحضون نص القانون الجنائي المغربي على بعض الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة، باعتبار هذا التنصيص يعد أداة فعالة ووسيلة لضمان المحافظة على مصداقيتها وتنفيذها، وهي في نفس الوقت الأداة اللازمة لتأمين مصلحة المحضون ضمن إطار احترام القانون.

¹ محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة 2015، ص:516.

² تنص المادة 170 من مدونة الأسرة على ما يلي: "تعود الحضانة لمستحقها إذا ارتفع عنه العذر الذي منعه منها. يمكن للمحكمة أن تعيد النظر في الحضانة إذا كان ذلك في مصلحة المحضون.

³ تنص المادة 129 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة على ما يلي: "يسقط حق الحاضن بفقدان شرط من الشروط المذكورة في المادة 122 وفي كل من الحالات المنصوص عليها في هذا الفرع.

إذا زال المانع عادت الحضانة، ما لم يسكت صاحبه بعد زواله سنة، وما لم يكن المانع اختيارياً".

وهكذا نجد المشرع الجنائي المغربي قد عاقب على الفعل المتمثل في عدم تقديم طفل، ثم جرم الأفعال التي تؤدي إلى تعريض الطفل للخطر من خلال جنحة عدم تقديم الطفل المحضون لمن له الحق فيه. وعليه سأتناول هذا الموضوع بالحديث عن جريمة مخالفة أحكام الحضانة (المطلب الأول) وكيفية تقدير القاضي للمصلحة الفضلى للطفل (المطلب الثاني).

المطلب الأول: جنحة عدم تقديم الطفل

إذا كانت قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي قاعدة جديدة في القوانين العربية الحديثة، فإنها بالنسبة للشريعة الإسلامية تعتبر قاعدة قديمة، وكان ساري بها العمل في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وتبعه الصحابة رضوان الله عنهم.¹

فمن خلال استقراء المواد 163 إلى 186 من مدونة الأسرة، نجد أن المشرع من خلالها يؤكد على الإشراف الفعلي للقضاء على حسن تطبيق أحكام الحضانة وإنزال الجزاء على من يخالفها كما يتضح من مقتضيات الفصل 477 من القانون الجنائي.²

وكما يتضح فإن الفصل 477 يقتضي إعماله أن يكون هناك حكم نهائي قضى لأحد الأطراف باستحقاق الحضانة أو أمر قضائي صادر عن قاضي التوثيق في إطار تحديد التزامات الطلاق ومنها تحديد الأيام التي يسمح فيها للأب أو الأم بزيارة أولاده خاصة وأن علاقة الأب بولده تعد أقوى رابطة بين بني البشر مثل علاقة الأم بولدها، الشيء الذي يتعين معه حتما حماية هذه العلاقة تلقائيا بشتى الوسائل المدنية والجزرية.³

¹ فاطمة عبد الصمد الحمادي، الحضانة في أحكام الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الجزائري، رسالة في الدراسات المعمقة، قسم الفقه وأصوله، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، سنة 2012، ص: 40.

محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي بالقاهرة، الطبعة الثانية، 2012، ص: 457. ومن المواقف الإسلامية ما حدث بين أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما، فقد روي أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصما، فرآه في الطريق فأخذه فذهبت جدته أم أمه وراءه وتنازعا بين أبي بكر الصديق رضي الله عنه، فأعطاهما إياه وقال لعمر، ربحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك.

² ينص الفصل 477 من مجموعة القانون الجنائي على ما يلي: "إذا صدر حكم قضائي بالحضانة وكان نهائيا أو نافذا بصفة مؤقتة، فإن الأب أو الأم أو أي شخص يتمتع عن تقديم القاصر إلى من له الحق في المطالبة بذلك، وكذلك إذا اختطفه أو غرر به، ولو دون تدليس أو عنف أو حمل غيره على التغير به أو اختطافه ممن عهد إليه بحضنته أو من المكان الذي وضعه فيه، فإنه يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وغرامة من مائتين إلى ألف درهم. فإذا كان مرتكب الجريمة قد حرم من الولاية الأبوية على القاصر، فإن الحبس يمكن أن يصل إلى ثلاث سنوات".

³ خالد بنيس، قوانين الأسرة بين الواقع والتشريع، دار المعرفة للنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى، 1993، ص: 77.

الفقرة الأولى: عدم تقديم الطفل المحضون

في هذه الحالة يتمتع من بيده الحضانة عن تسليم المحضون لأحد أبويه الذي يرغب في زيارة ولده لأن غير الحاضن من الوالدين يكون له الحق في المطالبة بذلك، وهكذا يعتبر الحاضن الممتنع عن تقديم الطفل لغير الحاضن من الوالدين في الفترة المحددة للزيارة مرتكباً لجنحة عدم تقديم طفل.¹

وتجدر الإشارة إلى أن أغلب مظاهر الاحتيال عن تنفيذ المقرر القاضي بالزيارة، تتجلى في شحن المحضون لإبداء الكراهية تجاه الطرف الآخر من أبويه، وإبداء رغبته في عدم رؤيته والذهاب معه.

وهنا استقر رأي القضاء الفرنسي على رفض الحجة، وقضى بأن مقاومة القاصر أو نفوره من الشخص الذي له الحق في المطالبة به لا يشكلان فعلاً مبرراً ولا عذراً قانونياً لعدم تنفيذ المقرر القضائي القاضي بذلك، مثلما أن قيام الأب بالامتناع عن إرجاع المحضون لحاضنته بعد استفادته من حق الزيارة قد يشكل جنحة اختطاف طفل ويقع تحت طائلة التجريم.²

وهذا في اعتقادنا توجه صائب ذهبت إليه معظم التشريعات العربية والأجنبية ضماناً لحق الطرف الذي لم تسند إليه الحضانة اتجاه ابنه، وفي ربط علاقة معه والاطمئنان عليه وتتبع أموره لما فيه من مصلحة للمحضون نفسه يحس فيه باهتمام كلاً أبويه به رغم انفصالهم.

وتجدر الإشارة إلى الحالة التي تمنع فيها الحاضنة من تسليم المحضون للأب قصد زيارته على أساس أنه مازال في سن الرضاعة بعلّة أنه يحتاج إلى الرضاعة ومزيداً من العناية، فيعتمد الأب إلى تقديم طلب يرمي من خلاله إلى إسقاط الحضانة على اعتبار أن الحاضنة أخلت بواجبها في تنفيذ الاتفاق أو المقرر المنظم للزيارة، استناداً إلى المادة 184 من مدونة الأسرة.³

¹. خالد بنيس، قوانين الأسرة بين الواقع والتشريع، مرجع سابق، ص: 81.

وهي الصورة المنصوص والمعاقب عليها في المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري ومؤدى نص المادة هو أنه يعاقب بالحبس والغرامة الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بموجب حكم، إلى من له الحق في المطالبة حيث أنه في هذه الحالة يلجأ الأب مباشرة للضابطة القضائية أو بأمر من النيابة العامة التي ترافقه فوراً عند الحاضنة لتسليم الطفل لأبيه قصد الزيارة، وإذا رفضت فإنه يتم تحرير محضر بالامتناع حتى تكون التهمة ثابتة في مواجهتها¹ ونفس المقتضى نص عليه القانون التونسي رقم 22/1962 المؤرخ في 24 ماي 1962.

². سعيد الوردي، الحضانة واشكالاتها العلمية على ضوء أحكام مدونة الأسرة والعمل القضائي، مرجع سابق، ص: 93.

³. تنص المادة 184 من مدونة الأسرة على ما يلي: " تتخذ المحكمة ما تراه مناسباً من إجراءات، بما في ذلك تعديل نظام الزيارة، وإسقاط حق الحضانة في حالة الإخلال أو التحايل في تنفيذ الاتفاق أو المقرر المنظم للزيارة".

ففي هذه الحالة يظهر أنه يجب ترجيح مصلحة الطفل المحضون، التي تقتضي بقاءه مع الأم قصد إرضاعه في ظروف تضمن نموه في ظروف طبيعية، خاصة إذا كان الأب لا يتوفر على من يقوم بذلك مع مراعاة ملائمة كل قضية على حدة.¹

الفقرة الثانية: الامتناع عن إرجاع المحضون لحاضنه

يتعلق الأمر بالحالة التي يمتنع فيها الأب أو الأم الذي تسلم المحضون سواء من طرف الحاضنة أو الحاضن، وعدم إرجاعه لها بمجرد انتهاء الفترة المحددة للزيارة، فيصبح حينئذ مرتكبا لجنحة عدم تقديم طفل لمن له الحق في المطالبة بذلك أي إرجاع المحضون اليه.

وهنا تجدر الإشارة إلى أن الأم أو الأب الذي يمتنع عن إرجاع الطفل للحاضنة خلال الفترة المحددة للزيارة لا يعتبر مرتكبا لهذه الجريمة، فقد تطالب الأم الحاضنة من مطلقها أن يرجع لها المحضون بعد مرور يوم واحد من تسليمه له رغم أن فترة الزيارة تدوم لمدة يومين متصلين من كل أسبوع.

يتطلب قيام هذه الجريمة توفر الركن المادي لها، والذي يستلزم وجوبا أن يكون هناك امتناع صريح ورفض ثابت من خلال محضر رسمي يعد خصيصا لهذا الغرض ويستمع فيه لأحد الأبوين الذي تسلم المحضون خلال الفترة المحددة للزيارة وامتنع عن إرجاعه الحاضن.²

وهذا من وجهة نظرنا سيكون سببا في نشوب خلافات جديدة بين الأبوين ستكون له آثار سلبية لا محالة على نفسية المحضون، ويستحسن في مثل هذه الأحوال إصلاح المشكل بالحسنى بين طرفي النزاع مع الحفاظ على حقوق كل واحد منهما، ودون حرمان المحضون أو غير الحاضن من حق الزيارة ولو جزئيا، عملا بقول سيدنا عمر رضي الله عنه ردوا القضاء بين ذوي الأرحام حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يورث الضغائن.

¹. عبد المجيد العزوزي، قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثانية 8-9 مارس 2007، ص: 326.

². خالد بنيس، قوانين الأسرة بين الواقع والتشريع، مرجع سابق، ص: 81.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

جعل المشرع المغربي قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسى وفوق كل اعتبار، حيث أن تطبيق أحكام الحضانة استحقاقا أو سقوطا رهين بمراعاة هذه المصلحة، غير أن تحقيق هذه الأخيرة تبقى رهينة بسلطة القاضي الذي له كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون.¹

وحتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة وتقدير مصلحة المحضون بصفة دقيقة له في ذلك اللجوء إلى عدة وسائل من خلالها يقدر ويصدر حكمه ومن ذلك:

- **التحقيق والمعاينة:** للقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم، وتحديد أيهما أصلح لمراعاة مصلحة المحضون، كما له في ذلك الاعتماد على الوثائق المقدمة له من كلا الطرفين والموازنة بينهما في الاثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون.
- **الاستماع إلى أفراد العائلة:** للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم وكل من تربطه علاقة بالمحضون، لأن من شأن ذلك كله أن يساعد القاضي في ترجيح رأيه، وهذا عملا بما هو منصوص عليه في المادة 171 من مدونة الأسرة.²
- **الاستعانة بمتخصصين في مجال الأطفال:** من مساعدين اجتماعيين وأطباء تبقى مساعدتهم في هذا الإطار عوناً للقاضي في معرفة الأصلح للطفل.

وتأكيداً لكل ما سبقت الإشارة إليه نستدل بقرار للمجلس الأعلى سابقاً (محكمة النقض حالياً) ³ عدد 598 بتاريخ 2008/12/31 حيث جاء في أوراق الملف الصادر عن محكمة الاستئناف طلب الأب إسقاط

¹. فقد أوضح صاحب الجلالة محمد السادس في خطابه الذي ألقاه بمناسبة افتتاح الدورة الأولى للبرلمان في السنة التشريعية 2003-2004 والذي أعلن فيه جلالته عن الخطوط العريضة لهذا القانون حيث أشار إلى قيامه بتوجيه رسالة إلى وزير العدل تضمنت ما يلي: وقد أوضحنا فيها أن هذه المدونة مهما تضمنت من عناصر الإصلاح فإن تفعيلها يظل رهينا بإيجاد قضاء أسري عادل، وعصري وفعال، لاسيما وقد تبين من خلال تطبيق المدونة الحالية أن جوانب القصور والخلل لا ترجع فقط إلى بنودها ولكن بالأحرى إلى انعدام قضاء أسري مؤهل ماديا وبشرياً، ومسئورياً، لتوفير كل شروط العدل والإنصاف، مع السرعة في البت في القضايا، والتعجيل بتنفيذها.

². المادة 171 من مدونة الأسرة فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون. تنص المادة 171 من مدونة الأسرة على ما يلي: " تخول الحضانة للأم، ثم للأب، ثم للأم الأم، فإن تعذر ذلك، فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون، إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية، مع جعل توفير سكن لائق للمحضون من واجبات النفقة".

³. قرار محكمة النقض عدد 589 المؤرخ في 2008/12/31 ملف شرعي عدد 2008/1/2/371، منشور، من موقع الاجتهاد القضائي للأستاذ أزوكاغ.

حضانة ابنه عن أمه بدعوى زواجها من أجنبي، فأجابت المدعية بواسطة دفاعها أن الأب لم يزر ابنه منذ أن كان عمره سنة ونصف تقريبا ولم يربط معه علاقة الأبوة من حنان ومراقبة و إنفاق وأن فراقه عن أمه الحاضنة سوف يلحق به ضررا جسيما لأنه عاش طفلة سبع سنوات معها ولم يعاشر والده و ذلك يجد سنده في المادتين 175 و 186 من مدونة الأسرة و التمسست رفض الطلب، وأرفقت جوابها بشهادة طبية لطبيب اختصاصي في الأمراض النفسية.

وبعد انتهاء الإجراءات قضت المحكمة بإسقاط حضانة الأم عن ابنها وتسليمه لأبيه، ليطلعن في القرار من قبل المدعية وبعد إجراء بحث بين الطرفين بحضور الابن قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من إسقاط حضانة الأم عن ولدها والحكم برفض الطلب.

وهذا هو القرار الذي تم نقضه من طرف المدعي بدعوى المخالفة الجوهرية للقانون طبقا لما نصت عليه المادة 175 من مدونة الأسرة¹، كما أنه على المحكمة أن تستعين بمساعدة اجتماعية للتأكد من صحة أقوال الطفل والاطلاع على أحواله طبقا لمقتضيات المادة 172 من مدونة الأسرة وأنها حينما كونت قناعتها مع طفل صغير تكون قد عللت قرارها تعليلا خاطئا يوازي انعدامه.

لكن حيث أن المحكمة التي أصدرت القرار المطعون فيه ثبت لها بواسطة البحث الذي قامت به أن مصلحته عند والدته رغم زواجها بأجنبي للارتباط المثلث الموجود بينهما والاعتناء به في جميع مناحي حياته الصحية والتربوية والتعليمية والنفسية، لاسيما أن المطلوبة في النقض استدلت بشهادة طبية صادرة عن طبيب مختص في الأمراض النفسية تؤكد على أن فراق الابن عن أمه سوف يؤدي به إلى أعراض نفسية تؤثر على حياته مستقبلا.

¹. تنص المادة 175 من مدونة الأسرة على ما يلي: "زواج الحاضنة الأم، لا يسقط حضانتها في الأحوال الآتية:

- إذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سبع سنوات، أو يلحقه ضرر من فراقها.

- إذا كانت بالمحضون علة أو عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم.

- إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون.

- إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون.

زواج الأم الحاضنة يعفي الأب من تكاليف سكن المحضون وأجرة الحضانة، وتبقى نفقة المحضون واجبة على الأب".

ومن تم اعتمدت المحكمة كل ذلك وصرحت في تعليل قرارها بأن مصلحة المحضون فوق كل اعتبار استنادا إلى المادة 186 من مدونة الأسرة¹ التي تنص على أن المحكمة تراعي مصلحة المحضون في تطبيق مواد هذه المدونة الخاصة بهذا الباب تكون قد ردت على دفع الطاعن وعللت قرارها بما فيه الكفاية.

والرأي فيما نعتقد أن ما ذهب إليه قرار محكمة النقض صائب بخصوص عدم إسقاط حضانة الأم عن ابنها، وهي بهذا تكون حققت مصلحة المحضون خاصة وأن محكمة الدرجة الثانية التي أصدرت قرارها اعتمدت جميع الوسائل الممكنة من معاينة وتحقيق مع طرفي النزاع وحتى مع المحضون، ثم شهادة الطبيب المختص، كلها إجراءات ساعدت القاضي في تكوين قناعته التامة وترجيح مصلحة المحضون وجعلها فوق كل اعتبار.

وعليه يمكن القول إن قوام الحضانة هو تحقيق المصلحة الفضلى للطفل، وعلى الرغم أن السلطة الكاملة التي يتمتع بها قاضي الأسرة في إصدار الأحكام المتعلقة بالحضانة إلا أنه يصعب عليه في بعض الأحيان اختيار الحكم الصائب.

خاتمة:

نخلص من خلال دراسة مقتضيات مدونة الأسرة المنظمة لأحكام الحضانة إلى القول بأن المشرع المغربي حاول إرساء حماية قوية لفائدة المحضون، فأفرز له مجموعة من الحقوق، منها ما جعله على عاتق الأب كالنفقة والسكن وأجرة الحضانة، ومنها ما أسنده للأم كالرضاعة وتربية المحضون وصيانتهم ورعايتهم، ومنها ما جعله مشتركا بينهما معا نظرا لأهميته كواجب العناية بشؤون المحضون في التأديب والتوجيه الدراسي.

كما حدد المشرع مجموعة من الشروط الواجب توفرها في الحاضن لاستفادته من الحضانة، وجعل للقضاء سلطة في مراقبتها، ورتب عن اختلال إحدى الشروط الضرورية مجموعة من الجزاءات وعلى رأسها إسقاط الحضانة.

كما وضع لممارسة الحضانة أحكاما وضوابط مناطها رعاية المحضون وحفظه مما قد يضره، وحفظ والديه كذلك من تعسف بعضهما البعض، إعمالا لقوله تعالى: " لا تضار والدة بولدها ولا مولود له

¹. تنص المادة 186 من مدونة الأسرة على ما يلي: " تراعي المحكمة مصلحة المحضون في تطبيق مواد هذا الباب".

بولده"¹، حيث كانت غاية المشرع هي ضمان استمرار حياة شبه طبيعية للمحزون بعد انفصام الزوجية بسبب الطلاق أو غيره، وجعله يحظى برعاية أبويه معا في إطار يسوده الاحترام المتبادل بين جميع الأطراف. وفي هذا الإطار خول لأحد الأبوين الحضانة، وخول للآخر حق الزيارة ومنحهما إمكانية الاتفاق على تنظيمها وفقا لما يخدم مصالحهم جميعا أو اللجوء إلى القضاء لتنظيمها، ومنحهم حق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بتعديل مقرر الزيارة متى أصبح تنفيذه مضرا بأحد الأطراف أو لا يخدم مصلحة المحزون. ونظرا لما قد يظهر أثناء ممارسة الحضانة من مشاكل، أو إخلال بالالتزامات الملقاة على عاتق الحاضن، أو وقوع اختلال في إحدى الشروط الضرورية لممارسة الحضانة، فقد نظم المشرع بدقة أسباب سقوط الحضانة، وجعل التصريح بسقوطها من اختصاص القضاء. وقد ألزم المشرع القضاء بمراعاة مصلحة المحزون في جميع المنازعات التي تثار بمناسبة تطبيق الباب المتعلق بالحضانة، حيث إن الحضانة تدور مع هذه المصلحة وجودا وعدما، فإذا كانت الحضانة هي حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته ومصالحه، فإن مناطها هو تحقيق هذا الحفظ والرعاية، ومتى انتفى ذلك انتفت الحضانة وحكم بسقوطها.

النتائج:

أولا: أن المشرع المغربي أولى أهمية بالغة للمحزون أثناء تنظيمه لمؤسسة الحضانة التي تعد من أهم آثار انفصام العلاقة الزوجية فقد أتى بعدة مستجدات تصب في منحنى مراعاة واعتبار مصلحة المحزون بالدرجة الأولى.

ثانيا: إن اهتمام المشرع بمصلحة المحزون لم يقف عند إقرارها عند تنظيمه للنصوص القانونية بل تعداه لإسناد مهمة تفعيلها وترجمتها على أرض الواقع إلى مؤسسة القضاء إذ أن المتصفح للمادة المتعلقة بالحضانة يجدها لا تخلو من الرقابة القضائية فيما يتعلق بإسنادها أو إسقاطها.

¹. سورة البقرة، الآية: 33.

ثالثا: إن القاضي الأسري في إعماله للمقتضيات المتعلقة بالحضانة يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في إسناد الحضانة وإسقاطها مراعاة في ذلك مصلحة المحضون رغم ذلك أبانت بعض الممارسات القضائية عن بعض القصور.

التوصيات:

- إعادة النظر في مضمون المادة 171 المتعلقة بترتيب مستحقي الحضانة إذ نرى أن الجدة لأم أولى من الأب بالحضانة باعتبارها أكثر شفقة بالمحضون.
- يجب على القاضي باعتباره الحامي لمصلحة المحضون أن يوظف مختلف الوسائل التي ستمكنه من اتخاذ القرار الصائب والذي تكون فيه مصلحة المحضون فوق كل اعتبار، حيث نجد اغفال بعض القضاة لدور المساعدين الاجتماعيين والمتخصصين في مجال الأطفال من أطباء نفسانيين لما لهم من دور لا شك في أنه سيساعد القاضي على تكوين قناعته في من يستحق اسناد الحضانة إليه.
- إذا كان سفر الأم خارج أرض الوطن يعتبر سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها، فيجب إعادة النظر في حالة سفر الأب خارج الوطن وترك المحضون مع زوجته الثانية باعتبارها نفس الحالة ويجب أن ترتب نفس الأثر لما في ذلك من عدم مراعاة مصلحة المحضون.
- إعادة تفعيل دور النيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا في القضايا الأسرية، لأن هذا الدور الكبير الممنوح لها فيه ضمان وحماية للمحضون لكنه ظل ضعيفا بالمقارنة مع الهدف المتوخى والمنشود، والسبب راجع لقلة الآليات اللوجيستكية التي تساعد على القيام بواجبها.

لائحة المصادر:

- القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004).
- خطاب صاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله بمناسبة افتتاح السنة التشريعية 2003-2004.

لائحة المراجع:

❖ الكتب:

- خالد بنيس، قوانين الأسرة بين الواقع والتشريع، دار المعرفة للنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى، 1993.
- سعيد الوردى، الحضانه واشكالاتها العلمية على ضوء أحكام مدونة الأسرة والعمل القضائي، مطبعة الأمنية، الطبعة الأولى 2019.
- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي بالقاهرة، الطبعة الثانية، 2012.
- محمد الشافعي، الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2010.
- محمد الكشبور، أحكام الحضانه دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2004.
- محمد الكشبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة، 2015.
- محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة، 2015.
- محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، دار الافاق المغربية، الطبعة الثانية، 2011.

❖ الرسائل الجامعية:

- احسان العمري، موجبات اسقاط الحضانه بين القانون المغربي والقانون المقارن، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، ماستر المهن القانونية والقضائية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بتطوان، جامعة عبد المالك السعدي، السنة الجامعية: 2018-2019.
- عادل زيداني، اسقاط الحضانه بين التشريع والعمل القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث الأسرة والتنمية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، جامعة ومولاي إسماعيل، السنة الجامعية: 2012-2013.

■ فاطمة عبد الصمد الحمادي، الحضانة في أحكام الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الجزائري، رسالة في الدراسات المعمقة، قسم الفقه وأصوله، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، سنة 2012.

❖ القرارات والأحكام القضائية:

- قرار محكمة النقض عدد 589 المؤرخ في 2008/12/31 ملف شرعي عدد 2008/1/2/371، منشور.
- قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2005/04/20 تحت عدد 414 في الملف عدد 04637، منشور.
- قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2005/1409 تحت عدد 18 في الملف الشرعي عدد 05.485، منشور.
- قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2006/07/12، تحت عدد 456 في الملف عدد 06/1299، منشور.
- قرار صادر بتاريخ عن محكمة النقض 26/3/84 تحت عدد 247 في الملف عدد 95332، غير منشور.
- قرار محكمة النقض عدد 598 المؤرخ في 2008/12/31 في الملف عدد 2008/12/371، منشور.
- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالعيون بتاريخ 1999/7/4 في الملف المدني عدد 00.03، منشور.
- قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 92/5/12 عدد 498 في الملف عدد 90/6096، منشور.
- قرار محكمة النقض عدد 562 بتاريخ 2006/10/04، ملف شرعي عدد 2006/1/2/143، منشور.
- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالحسيمة بتاريخ 2008/01/17، عدد 104 في الملف رقم 06/8/2111، منشور.
- حكم عدد 2036 صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 2008/11/24، ملف شرعي عدد 2036، غير منشور.
- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش، بتاريخ 2008/01/17، عدد 104 في الملف رقم 06/8/2111، قرار منشور.

❖ الندوات:

- عبد المجيد العزوزي، قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثانية 8-9 مارس 2007.

ابرام عقد المرابحة في القانون التونسي: دراسة تحليلية مقارنة

THE MURABAHA CONTRACT IN TUNISIAN LAW: A COMPARATIVE ANALYTICAL STUDY

د. راسم قصارة - د. مرتضى عبد الله (كلية الحقوق - جامعة الشرقية - سلطنة عمان)

Dr. Racem GASSARA - Dr. Murtadha Abdalla (A'SHARQIYAH UNIVERSITY - Sultanate of Oman)

Abstract:

Banking is the lifeblood of the economy. Banks participate in financing major projects, seeking to maximize their profit margins and the profitability of the investments they make with the money deposited by savers. Whether it is commercial or investment banking, they use contracts to provide these services.

Islamic finance is part of this legal framework, which takes into account the constraints related to the application of Islamic law. Islamic banks differ from conventional banks in that they are based on the principles of Islamic finance when making credit decisions, using different tools and methods than those used by conventional banks. The development of Islamic finance has not only attracted the attention of bankers and jurists, but also of public authorities in various countries, which have adopted special rules. The Murabaha contract is one of the most important Islamic finance contracts, which is subject to specific conditions in order for it to be valid and produce its effects.

Keywords: Islamic finance, Murabaha contract, terms of formation, sales contract, stages.

ملخص:

تعد الأعمال المصرفية شريان الحياة الاقتصادية، إذ تشارك المصارف في تمويل المشاريع الكبرى ساعية إلى زيادة ربحية الاستثمارات التي تقوم بها بالأموال التي يودعها المدخرون. وسواء تعلق الأمر بالخدمات المصرفية التجارية أو الاستثمارية، فإنها تستخدم العقود لتقديم هاته الخدمات.

ويعد التمويل الإسلامي جزءاً من هذا الإطار القانوني، الذي يأخذ في الاعتبار القيود المتعلقة بتطبيق الشريعة الإسلامية. وتختلف البنوك الإسلامية عن البنوك التقليدية في استنادها إلى مبادئ التمويل الإسلامي عند اتخاذ قرارات منح الائتمان، فتستخدم أدوات وأساليب مختلفة عن تلك المستخدمة في البنوك التقليدية. ولم يستقطب تطور التمويل الإسلامي اهتمام المصرفيين والقانونيين فحسب، بل استقطب اهتمام السلطات العامة في مختلف الدول، التي أصبحت تعتمد في شأنه قواعد خاصة. ويعد عقد المرابحة من أهم العقود المالية الإسلامية الذي يخضع في تكوينه لشروط محددة حتى ينشأ صحيحاً وينتج آثاره.

الكلمات المفتاحية: مالية إسلامية، عقد المرابحة، شروط تكوين، عقد بيع، مراحل.

مقدمة:

"إن المالية الإسلامية كآلية تمويل جديدة، يمكن أن تشكل إجابة للأزمة المالية العالمية...فهي تقدم نموذجاً اقتصادياً مبتكراً قائماً على الشفافية والمساواة وتقاسم المخاطر...ويساهم في تحقيق الاستقرار المالي والنمو الاقتصادي المستدام". هكذا وصفت الدكتورة Dr. Zeti Akhtar Aziz، المحافظة السابقة للبنك المركزي الماليزي، التمويل الإسلامي¹. وأمام التطور الكبير الذي تعرفه المالية الإسلامية، يكون من المهم أن نتعرف على ماهيتها والنتائج الاقتصادية التي من الممكن أن تترتب على هذا النوع المستحدث من التمويل.

1 Dr Zeti Akhtar Aziz، محافظ البنك المركزي الماليزي، كلمة ترحيبية بمناسبة الافتتاح الرسمي لمركز مجموعة البنك الدولي للمعرفة والبحوث في ماليزيا، كوالالمبور، 28 مارس 2016. <https://www.bis.org/review/r160406b.pdf>

يعد التمويل الإسلامي مفهوماً شاملاً يغطي الأنشطة المالية التي تحترم مبادئ الشريعة الإسلامية. والشريعة الإسلامية هي مجموعة القواعد الدينية التي تحكم الشعائر والحياة اليومية للمسلمين¹.

ظهرت "صناعة" التمويل الإسلامي في الستينيات من القرن الماضي في ماليزيا ومصر، اللتين تعتبران الدولتين الرائدتين في هذا المجال، وذلك من خلال إنشاء بنك "ميت غمر"، الذي كان قائماً على مبدأ المشاركة في الربح². وشهدت هذه الآلية تطوراً ملحوظاً خلال الأربعين سنة الماضية، وخاصة في بداية القرن الحادي والعشرين، وأصبحت تشكل ظاهرة عالمية، إذ يمارس هذا النوع من التمويل الإسلامي في أكثر من سبعين دولة وثلاثمائة مؤسسة مالية تقدم منتجات متوافقة مع الشريعة الإسلامية³. أما في تونس، فقد ظهر التمويل الإسلامي في عام 1983 مع بنك "بيت التمويل التونسي السعودي" الذي كان يعرف حينها تحت اسم «BEST Bank» والمعروف حالياً باسم بنك البركة⁴. وتجدر الإشارة إلى أن حصة البنوك الإسلامية في تمويل القروض في القطاع المصرفي التونسي وإن لم تكن كبيرة، إلا أنها تعرف ديناميكية متنامية⁵، حيث بلغت حصتها من إجمالي القروض في القطاع المصرفي في نهاية عام 2021 حوالي 7%⁶.

يقوم التمويل الإسلامي على احترام المبادئ الشرعية المعلومة من القرآن والسنة⁷، ويؤدي عدم مطابقة المنتج لهذه المبادئ سبباً لتحريم الاتجار فيه⁸. وتقوم جميع أدوات التمويل الإسلامي على مبادئ مهمين

1 G. CAUSSE-BROQUET, La finance islamique, 2^{ème} édition, Point Delta, Beyrouth Liban, 2012, p. 13.

2 بنك "ميت غمر" يعد أول بنك إسلامي في مصر عام 1963، أسسه أحمد النجار، وكان يمنح قروضاً بدون فوائد ويستقبل الودائع ويملك صندوقاً للزكاة.
3 L. GUERMAS-SAYEGH, La religion dans les affaires : La Finance Islamique, Fondapol: Fondation Pour L'innovation Politique, Mai 2011, p.15.

4 S. KAABACHI : L'influence des caractéristiques perçues des services bancaires islamiques sur leur adoption par la clientèle bancaire tunisienne, Les Cahiers de la Finance Islamique, n°9, Université de Strasbourg, Agence Nationale de la Recherche, Centre National de la Recherche Scientifique, 2015, p. 108.

بنك البركة التونسي، يعتبر البنك الرائد في مجال التمويل الإسلامي في تونس، وهو أول مؤسسة مصرفية خارجية تقوم بأنشطة مصرفية متوافقة مع الشريعة الإسلامية في تونس.

5 البنك المركزي التونسي، التقرير السنوي لعام 2018 حول الرقابة المصرفية، الصادر في جانفي 2020، ص. 44.

6 التقرير السنوي لبنك الزيتونة لسنة 2022، إدارة المعلومات التسويقية وأبحاث السوق، مارس 2023، ص. 18.

7 N. HAMROUNI, La banque islamique, Etude doctrinale, Infos Juridiques : La revue du droit, n° 154/155, Avril 2013, p. 13.

يحدد هذان المصدران المبادئ التي تسمح، في إطارها، بتطور وتنوع المعاملات، فالمبدأ أن "كل ما لم يكن محظوراً فهو مباح".

8 وهي تشمل تحريم الربا، وتحريم الغرر وتحريم بيع ملك الغير، والمشاركة في الربح والخسارة.

وهما، تحريم الفائدة أو "الربا" من جهة¹. وتحريم "الغرر" من جهة ثانية². ويعتبر الجانب الأكبر من فقهاء الشريعة أن الغرر لا يكون محرماً إلا إذا كان زائداً عن الحد، ومتعلقاً بعقد معاوضة أو بأحد عناصره الأساسية³، ويستخلص من ذلك أن التمويل الإسلامي يحظر عقود الغرر التي يعتمد فيها مضمون العقد على حدث يحتمل وقوعه خلال مدة العقد⁴.

ويقدم التمويل الإسلامي منتجات مالية متنوعة، فوفقاً لمنشور البنك المركزي التونسي، عدد 08/2019، المؤرخ في 14 أكتوبر 2019، الذي جاء ليحدد العمليات المصرفية الإسلامية، فإن هذه العمليات تأخذ إما شكل عمليات تمويل تشاركي، وهي بالأساس عقود "المشاركة"⁵ و"المضاربة"⁶، أو معاملات التمويل التجاري، المدرجة في الفصل الثالث من المنشور نفسه، والتي تشمل عقد الإجارة⁷ وعقد السلم⁸ وعقد الاستصناع⁹ وعقد المربحة الذي يعد أهم منتجات الصيرفة الإسلامية وأكثرها استخداماً وشيوعاً.

والمربحة في معناها الاصطلاحي، مشتقة من "الربح" وتعني الفائض. وأصلها موجود في الفعل "ربح" الذي يعني "كسب". وعلى الرغم من أن عقد المربحة يعتبر عقداً جديداً إلى حد ما، إلا أنه يجد جذوره في الشريعة الإسلامية، واستخدمه التجار منذ قرون في مجال الأعمال التجارية، وهو ما يفسر ظهوره في العديد من

1 يعد من أهم المبادئ التي تقوم عليها جميع أدوات التمويل الإسلامي، ويعني الزيادة أو الفائدة المنصوص عليها تعاقدياً، والمحسوبة مقدماً على أساس رأس المال المقرض ويتفق عليها دون أي علاقة بالنتائج النهائية للعملية الممولة.

2 الغرر يعني حرفياً المخاطرة وعدم اليقين، ويشير إلى كل من يعرض نفسه للمخاطرة المفرطة في صفقة تجارية بسبب عدم اليقين بشأن السعر ونوعية وكمية القيمة المقابلة، مما يسبب لأحد الطرفين خسارة لا داعي لها.

3 G. CAUSSE-BROQUET, op. cite, p. 31.

4 N. REKIK, Les contrats de financement islamique à l'épreuve du droit Positif, Revue de la Jurisprudence et de la Législation, République Tunisienne, Ministère de la Justice, Centre d'études juridiques et judiciaires, 55^{ème} Année, n°8, Octobre 2013, p. 10.

5 وهو أسلوب إسلامي يشترك فيه الشركاء في رأس المال والإدارة معاً. ويتم تقاسم الأرباح أو الخسائر بينهم وفقاً لنسبة تتناسب مع حصة كل منهم في رأس المال.

6 هو اتفاق بين شخصين أو أكثر يساهم بموجبه شريك واحد أو أكثر بالأموال في حين يوفر الآخرون روح المبادرة والإدارة بهدف القيام بنشاط ما، سواء كان تجارة أو صناعة أو خدمات بقصد تحقيق الربح. ويتحمل الشركاء المساهمون في رأس المال وحدهم الخسائر حسب حصصهم فيه وتكمن خسارة المدير في عدم حصوله على أي أجر مقابل خدماته.

7 هي معاملة يقوم بموجبها البنك أو المؤسسة المالية بشراء أحد الأصول ثم إعادة تأجيله للعميل ومنحه خيار الشراء.

8 في هذه العملية يتم الدفع مقدماً من قبل المشتري وتأجيل تسليم البضاعة من قبل البائع.

9 هو العقد الذي يوافق بموجبه الصانع (المقاول) على إنتاج (بناء) وتسليم سلعة معينة بسعر متفق عليه خلال فترة زمنية محددة. ويعتبر استثناء من القاعدة الشرعية التي لا تجوز للشخص أن يبيع شيئاً لا يملكه أو لا يحوزه. وبخلاف عقد السلم، لا يجب دفع الثمن مقدماً، بل يمكن دفعه على عدة أقساط حسب ما يتفق عليه الطرفان أو على جزء منه في البداية والباقي فيما بعد حسب الاتفاق.

كتب الفقه الإسلامي¹، وكان يعد وسيلة للشخص المحتاج إلى المال، للحصول على قرض لتمويل مشروعه وسداده بعد تحسن وضعه المالي².

وأما من وجهة نظر شرعية، وباعتبار أن القرآن الكريم يمثل المصدر الرئيسي للشرعية الإسلامية، فقد أثر هذا المصدر في التمويل الإسلامي تأثيراً بالغاً³، حيث قال الله عزّ وجلّ: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾⁴.

وهو ما دفع شقاً من الفقهاء إلى القول بعدم مشروعية عقد المربحة؛ لأن محله غير موجود وقت إبرامه⁵. غير أن الأغلبية يرون أن المربحة مشروعة استناداً إلى القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة، فلا يرون أي مشكلة في تحديد هامش الربح في المضاربة، سواء أكان ثابتاً أم بنسبة مئوية، لأن المبلغ يحدد عند إبرام العقد⁶. وعرف الفقهاء المسلمون المربحة بتعريفات متقاربة من حيث اللفظ والمعنى. فعرفت الحنفية: بأنها "نقل الشخص ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح" فهي بيع السلعة بالثمن السابق مع زيادة ربح. وعرفت المالكية، بأنها بيع السلعة بالثمن الذي اشتراها به (البائع)، وزيادة ربح معلوم، وتقوم على أن يذكر البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة، ويشترط عليه ربحاً ما. أما الشافعية فعرفوها بأنها بيان رأس المال وقدر الربح. وعرفها الحنابلة. بأنها بيع الشيء برأس ماله مع ربح معلوم⁷.

1 L. SAADOUNI et T. GENC, La mourabaha : Principes, Pratiques, Controverses, Les Cahiers de la Finance Islamique, n° Spécial, Le développement de la finance islamique dans les législations nationales : à la recherche d'un cadre commun, Université de Strasbourg, Centre National des Recherches Scientifiques, 2015, p. 9.

2 F. GUERANGER, Finance islamique : Une illustration de la finance éthique, Dunod, Paris, 2009, p. 36.

3 ; M. UMER CHAPRA et T. KHAN, Réglementation et contrôle des banques islamiques, Etude spéciale n°3, Banque Islamique de Développement BID, Institut Islamique de Recherches et de Formation ISRF, Glossaire des mots arabes, p. 11.

4 سورة البقرة الآية 275.

5 M. CHIADMI : Le Noble Coran, Nouvelle traduction du sens de ses versets, Préf. Cheikh Zakaria Seddiki, Tariq Ramadan et Shaykh Yusuf Ibram, Tawhid, 2010, p. 47.

6 M. MOATE, La création d'un droit bancaire islamique, Thèse pour le doctorat en droit, Université de La Rochelle, Faculté de Droit, Science Politique et Gestion, Ecole Doctorale Pierre Couvrat- ED 088, Centre d'études internationales sur la romanité- EA 4227, 2011, p. 85.

7 عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص. 562، علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، جزء 5، ص. 222، يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، قطر، 1991، جزء 3، ص. 526، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، دار الفكر، بيروت، 1985، جزء 5، ص. 199.

أما المعاصرون من الفقهاء فقد عرفوا المرابحة بتعريفات قريبة من تعريفات الفقهاء القدامى، وتعبّر عن المحتوى نفسه والمضمون الذي تقوم عليه المرابحة فهي عندهم: البيع برأس المال وربح معلوم. ويفسر شبه الإجماع على تعريف المرابحة بأن النصوص المتعلقة بها واضحة لا تحتمل تأويلات متباينة.¹

وتُعرف هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI)، وهي المنظمة الدولية الرائدة المسؤولة عن تطوير وإصدار المعايير الخاصة بصناعة التمويل الإسلامي في العالم، المرابحة بأنها ".... بيع أصل بسعر يتكون من سعر الشراء الأولي مع هامش ربح يحدده الطرفان ويتفقان عليه. وقد يكون هامش الربح هذا نسبة مئوية من سعر البيع أو مبلغاً ثابتاً".²

أما القانون التونسي فعرف عقد المرابحة في الفصل 12 من القانون عدد 48 لسنة 2016 المؤرخ في 11 جويلية 2016 المتعلق بالبنوك والمؤسسات المالية بأنها: "كل عملية بيع يعلن فيها عن رأس المال ونسبة الربح ويتولى البنك أو المؤسسة المالية بناء على طلب الأمر بالشراء شراء منقولات أو عقارات أو سلع معينة لدى طرف ثالث ثم بيعها للأمر بالشراء بثمن يعادل تكلفتها مع هامش ربح محدد يُتفق عليه منذ البداية ويتم خلاصه في آجال معلومة".³ وتناول البنك المركزي في الفصل 4 من منشوره الموجه إلى البنوك والمؤسسات المالية عدد 08/2019، بتاريخ 14 أكتوبر 2019، حول تعريف المعاملات المصرفية الإسلامية، نفس عناصر التعريف الوارد في القانون المذكور تقريبا، مع توضيح بسيط يتعلق بهامش ربح البنك، وقد جاء في هذا الفصل أن "عملية التمويل بالمرابحة هي عملية يتولى بمقتضاها البنك أو المؤسسة المالية بناء على طلب الحريف الأمر بالشراء، شراء منقولات أو عقارات أو خدمات لدى طرف ثالث ثم بيعها للأمر بالشراء بثمن يعادل تكلفتة شرائها مع زيادة هامش ربح محدد مسبقا يمكن أن يتمثل في مبلغ أو في نسبة قارة من كلفة الاقتناء الأصلية ويتم تسديده على أقساط معلومة".

ويستخلص مما سبق أن أهم ما يميز عقد المرابحة، هو الجمع الإلزامي بين سعر الشراء الابتدائي وهامش الربح، وهما العنصران الجوهريان في عقد المرابحة.⁴ ويتشكل عقد المرابحة من هيكل ثلاثي حيث

1 N. REKIK, Les contrats de financement islamique à l'épreuve du droit Positif, op. cite, p. 14.

2 « Murabahah is the sale of a commodity by an institution to its customer as per the purchasing price/cost with a defined and agreed profit mark-up. » Murabahah, revised standard, Shari'ah Standard n°8, AAOIFI, p. 23.

3 قانون عدد 48 لسنة 2016 مؤرخ في 11 جويلية 2016 يتعلق بالبنوك والمؤسسات المالية، الفصل 12، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 58، 15 جويلية 2016، ص. 2195.

4 F. DURAND et S. HAZOUG, La murabaha, Revue de droit bancaire et financier, 2011, étude n° 16. p. 18.

يبيع المالك الأصلي إلى وسيط مالي شيئاً ما بسعر محدد، ويقوم الأخير بإعادة بيعه للعميل بالسعر الابتدائي مضافاً إليه هامش الربح¹.

ويندرج عقد المربحة ضمن فئة "عقود المعاوضة" القائمة على منطقتي التبادل التجاري. وتتعترف المالية الإسلامية بفئتين تعاقديتين رئيسيتين أخريين هما: "عقود الشركات" التي تقوم على منطق المشاركة، حيث يضع فيها أحد الطرفين على ذمة الآخر عملاً أو رأس مال. وهناك أيضاً "عقود التبرعات"، والمعروفة أيضاً باسم الهبات والتي تستند إلى نية التبرع.

وتنقسم عقود المعاوضة إلى قسمين رئيسيين: البيع مع التفاوض على الثمن، والمعروف أيضاً بعقود "المساومة"، دون إشارة إلى تكلفة السلعة المباعة، وبيع التولية، وينقسم إلى بيع التولية دون ربح أو خسارة، وبيع المربحة القائم على ثقة المشتري بقول البائع².

أما في الوقت الحاضر، فقد أصبحت المربحة في شكلها الثلاثي أكثر تعقيداً، حيث يقوم البائع ببيع السلعة إلى الوسيط المالي بناء على طلب من المشتري النهائي، ويقوم الوسيط بدوره ببيعها مرة أخرى إلى المشتري النهائي بالثمن مضافاً إليه هامش ربح³. وتُعرف هذه العملية الثلاثية باسم المربحة للأمر بالشراء، أو للموكل، وتسمى أيضاً بالمربحة المصرفية بسبب استخدامها من قبل البنوك الإسلامية. وقد تم تطوير هذا المصطلح "المربحة مع أمر الشراء" لأول مرة في عام 1976 من قبل مصري أردني يدعى سامي حسن حمود، كجزء من أطروحته للدكتوراه⁴.

ويعتبر عقد المربحة، من الناحية العملية، المنتج الأكثر تحقيقاً للأرباح في التمويل الإسلامي، و"المنتج" الرئيس لصناعة التمويل الإسلامي، ويمثل حالياً أكثر من 80% من محفظة العملاء⁵.

ويبرر نجاح المربحة بتنوع نطاقها. فالمربحة يمكن أن تُمنح إما للمهنيين من أجل عمليات التمويل المسبق بهدف الحصول على المنتجات اللازمة للإنتاج أو التجارة أو كجزء من المشاريع الاستثمارية، أو

1 Ch. M. HIMEUR, Les contrats de la finance islamique : Analyse perspective, Préface de Thierry Bonneau, Collection sous la direction de Bruno Colmant, Editions Larcier, Groupe Larcier, 2018, p. 175.

2 الحسين بن محمد شواط وحديث عبد الحق، فقه العقود المالية، دار الكتاب الثقافي، الأردن، 2012، ص. 286.

3 F. GUERANGER, op. cite, p. 49.

4 نوقشت الأطروحة في 30 جوان 1976 وكانت بعنوان "تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية".

5 A. LEVY, Finance islamique : Opérations financières autorisées et prohibées vers une finance humaniste, Lextenso éditions, Paris, 2012,

للأفراد لتمويل اقتناء، أو بناء عقارات، أو شراء ممتلكات منقولة¹. حتى أن الدولة التونسية استفادت من عملية المراجعة، من خلال القانون رقم 46/2019 المؤرخ في 3 جوان 2019، والذي أقر اتفاقية الضمان بين الجمهورية التونسية والمؤسسة الدولية الإسلامية لتمويل التجارة المتعلقة باتفاقية مرابحة مبرمة بين الشركة التونسية للكهرباء والغاز لتمويل استيراد الغاز الطبيعي².

وبلغت قيمة المحفظة الائتمانية للمصارف الإسلامية في تونس في عام 2022، 6641 مليون دينار استحوذت فيها عقود المراجعة على 71% من حجم هذه المحفظة³، مقابل 3550 مليون دينار في عام 2018 بنسبة 65.7%⁴.

ويلاحظ العديد من الفقهاء تشابه المراجعة مع القروض التقليدية الربوية، لذلك وجب تحليل الاختلافات بين هاتين الطريقتين في التمويل، لتحديد ما إذا كانت المراجعة التي تمارسها المؤسسات المالية الإسلامية بديلاً عن القروض التقليدية. وتتعلق هذه الاختلافات بشكل أساسي بطبيعة الالتزام، والغرض من العقد، وعملية نقل الملكية⁵.

فأما الأول فهو يتعلق بالغرض، فإذا كان الغرض من عقد المراجعة هو نقل ملكية شيء منقول أو غير منقول، فإن الغرض من عقد القرض هو قرض المال لتمكين العميل من شراء شيء معين، ويعد هذا النوع من العقود مخالفاً للشريعة الإسلامية لأن الإسلام قد نهى عن المتاجرة بالمال.

أما الفرق الثاني فيتعلق بطبيعة الالتزام، أو بشكل أكثر تحديداً بدور البنك في كل من العقدين. ففي عقد المراجعة، يلعب البنك الإسلامي دور الوسيط التجاري أو التاجر. فالمؤسسة المالية الإسلامية جزء لا

1 L. SAADOUNI et T. GENC, op. cite, p. 10.

2 قانون عدد 46 لسنة 2019 مؤرخ في 3 جوان 2019 يتعلق بالموافقة على اتفاقية الضمان المبرمة بتاريخ 5 فيفري 2019 بين الجمهورية التونسية والمؤسسة الدولية الإسلامية لتمويل التجارة والمتعلقة باتفاقية المراجعة المبرمة بين الشركة التونسية للكهرباء والغاز والمؤسسة المذكورة لتمويل استيراد الغاز الطبيعي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 47 بتاريخ 11 جوان 2019، ص. 1756.

3 التقرير السنوي لبنك الزيتونة، مرجع سابق، 2022، ص. 18.

4 تقرير البنك المركزي التونسي، مرجع سابق، ص. 44.

5 K. JOUABER-SNOUSSI, La finance islamique est-elle vraiment si différente? Les cahiers de l'islam, https://www.lescahiersdelislam.fr/La-finance-islamique-est-elle-vraiment-si-differente_a466.html?print=1

يتجزأ من عملية البيع والشراء. في حين أن البنك التقليدي في عملية القرض الربوي، مجرد دائن ومقرض للمال في علاقة ثنائية بين طرفين هما البائع والمشتري دون أن تكون له علاقة بهذا العقد¹.

أما الفرق الثالث بين العقدين فيتعلق بنقل الملكية. ففي المرابحة، هناك عمليتا نقل للملكية: الأولى بين المالك الأصلي والبنك، والثانية بين البنك وعميله. فلا تنتقل ملكية الشيء من البائع إلى العميل مباشرة، بل تحتفظ المؤسسة المالية بالملكية إلى حين نقلها مجددا للعميل، ويكون على المؤسسة المالية الإسلامية خلال هذه الفترة أن تتحمل المخاطر والتكاليف المتعلقة بمحل العقد، وهذا الاحتفاظ بمحل العقد لفترة من الزمن، يبرر هامش الربح في نظر فقهاء الشريعة. أما في حالة القرض التقليدي، فإن انتقال الملكية يتم بمجرد أن يدفع العميل للبائع ثمن العقار، وبالتالي يتحمل العميل جميع المخاطر والتكاليف المتعلقة بمحل العقد².

ولعل فاعلية عقد المرابحة هي ما يفسر إقبال العملاء عليه سواء في تونس أو في غيرها من الدول، فقد أصبحت هذه الآلية تشكل بديلاً للقروض بفائدة، بالنسبة لأولئك الذين اختاروا هذا المنتج، سواء من منطلقات عقائدية أخلاقية، أو من باب الانتهازية البحثية³.

أهمية الدراسة:

تستمد دراسة إبرام عقد المرابحة في القانون التونسي أهميتها من عديد النواحي. فمن جهة أولى تسعى هذه الدراسة إلى فهم الأسس القانونية التي تحكم عقد المرابحة بما يساعد على تحديد حقوق والتزامات أطراف العقد. ومن ناحية ثانية، تؤدي هذه الدراسة إلى تحقيق مزيد من الشفافية والعدالة بين البنوك والعملاء في عمليات المرابحة، فتتعزز الثقة بينهم بما يساهم في خلق بيئة جاذبة للاستثمار والتمويل، ويدعم النشاط الاقتصادي وتطوير القطاع المالي في تونس.

1 G. POLET, La finance islamique : principes de fonctionnement et comparaison entre Murabaha Immobilier et prêt hypothécaire conventionnel, Mémoire-recherche en vue de l'obtention du titre de Master en ingénieur de gestion, Louvain School of Management, Université Catholique de Louvain, 2016, p. 45.

2 Association Belge des Professionnels Musulmans (ABPM), La finance islamique : Quelles perspectives pour la Belgique ? <http://www.abpm.be/wpcontent/uploads/2011/11/ABPM-Etude-Finance-Islamique-Opportunités-pour-laBelgique1.pdf>

3 L. SAADOUNI et T. GENÇ, op. cite, p. 76.

مشكلة الدراسة:

انطلاقاً من التحولات التي عرفتتها المالية الإسلامية باعتبارها بديلاً للنظام المالي التقليدي الربوي، وبالنظر إلى كون عقد المراجعة عقداً مركباً¹، فإنه من المشروع طرح التساؤل حول النظام القانوني لإبرامه؟ وللإجابة عن هذا السؤال ارتأينا دراسة عقد المراجعة من خلال التركيز على شروط إبرامه (مبحث أول) ومراحل تكوينه (مبحث ثان).

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى:

1. محاولة تقديم دراسة متكاملة عن إبرام عقد المراجعة في القانون التونسي، مما يساعد في توضيح الحقوق والالتزامات للأطراف المعنية، ومعرفة الإيجابيات والسلبيات والأشكالات التي يطرحها هذا النوع من العقود.
2. تحديد حقوق والتزامات الأطراف في عقد المراجعة، لضمان التوازن والعدالة في العلاقات بينهم.
3. توضيح الضوابط الشرعية والقانونية التي يجب أخذها بعين الاعتبار عند إبرام عقود المراجعة في القانون التونسي.
4. تعزيز الوعي القانوني بعقود المراجعة في تونس، من خلال توضيح الحقوق والواجبات والمسؤوليات المترتبة عليهم.
5. توجيه السياسات والتشريعات لتطوير القوانين والتشريعات المتعلقة بعقود المراجعة وتحسين بيئة الأعمال والتمويل في تونس.

المنهج المتبع:

اعتمد الباحث في دراسته على المنهج الوصفي التحليلي وعلى المنهج المقارن، حيث لزم دراسة الأحكام الشرعية والقانونية المتعلقة بعقد المراجعة، مع التركيز على الشروط القانونية اللازمة لصحة العقد ومدى

1 B. KHAN, M. KHAN, B. SHAGUFTA, I. AHMAD, M. ILYAS: Comparison of Islamic and Conventional Banking Practices Regarding House Finance in Pakistan: A case of Hazara Division. Academic Research International, 2014, p. 251.

مطابقتها للأحكام الشرعية، ومقارنة أحكام عقد المراجعة بأحكام النظام المالي التقليدي الربوي، لتحديد الاختلافات والتحويلات التي طرأت على المالية الإسلامية ودورها كبديل للمالية التقليدية.

خطة البحث:

في ضوء ما تقدم سنتناول تحليل إبرام عقد المراجعة في القانون التونسي، بدراسة شروط تكوينه في المبحث الأول، في حين نخصص المبحث الثاني إلى مراحل إبرامه، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: شروط إبرام عقد المراجعة

المبحث الثاني: مراحل إبرام عقد المراجعة

المبحث الأول: شروط تكوين عقد المراجعة

يخضع تنظيم عقد المراجعة، مثل جميع عقود التمويل الإسلامي، لنظام مزدوج، من خلال القواعد العامة المنصوص عليها في الشريعة العامة ونعني بها قواعد القانون المدني الواردة في مجلة الالتزامات والعقود (الفرع 1) والقواعد الخاصة بالمنظمة للتمويل الإسلامي (الفرع 2).

الفرع الأول: الشروط الواردة في الشريعة العامة Le Droit commun

يتكون عقد المراجعة من عدة عقود بيع، ويخضع نتيجة لذلك للشروط العامة لإبرام العقود من جهة أولى (فقرة 1)، وإلى الشروط التي تحكم عقد البيع من جهة ثانية (فقرة 2).

1) اخضاع عقد المراجعة للنظرية العامة للعقود:

وعلى الرغم من عدم وجود قواعد محددة تنظم عقد المراجعة في القانون المدني، فإن هذا العقد يمكن أن يجد أساسه في النظرية العامة للعقود. ومن المبادئ القانونية التي تكرسها مختلف التشريعات مبدأ سلطان الإرادة، التي تمنح أي شخص، دون أي قيد، حرية البيع والشراء. فالأصل في عقد البيع ألا يجبر أحد لا على الشراء ولا على البيع.

ويبرم عقد البيع صحيحا متى تمتع الأطراف بأهلية الأداء وأعربوا عن قبولهم لبنود العقد الذي يستخلص من إعلان إرادتهم¹.

ونعني بأهلية المتعاقدين قدرة كل منهما على أن يتعاقد ما لم يشترط القانون خلاف ذلك. ووفقا للفصل 1594 من المجلة المدنية الفرنسية "يجوز لكل شخص لم يمنعه القانون من ذلك، أن يشتري أو يبيع". وفي السياق نفسه، نص المشرع التونسي في مجلة الالتزامات والعقد على وجوب تمتع أطراف العقد بالأهلية حيث جاء فيه أنه: "كل شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم يصح القانون بخلافه"².

والأهلية لغة هي الصلاحية والقدرة³ أما شرعا فهي بلوغ الشخص سنّا يصبح بها قادرا على أداء الواجب وتحمل التكاليف. والأهلية قانونا نوعان، أهلية الوجوب، وهي صلاحية الشخص لثبوت الحق له، وأهلية الأداء، وهي صلاحية الشخص وقدرته على إبرام التصرفات القانونية⁴ لحسابه الخاص⁵. ويستخلص من هذين التعريفين أنّ أهلية الوجوب ترتبط بالشخصية بينما ترتبط أهلية الأداء بالإرادة والتمييز، وهو ما يؤدي إلى اختلاف نظامهما. فمن جهة، توجد أهلية الوجوب بوجود الشخصية بحيث تثبت للشخص الطبيعي من وقت ولادته إلى حين وفاته، وقد تثبت حتى للجنين على أن يولد حيا⁶. ومن جهة أخرى، ترتبط أهلية الوجوب بالشخصية القانونية ولا تنعدم إلا بزوال هذه الشخصية⁷، أما أهلية الأداء فترتبط بالإرادة والتمييز، وتتأثر بعدة عوامل طبيعية ترتبط بعامل السن أو بعوامل طارئة، فقد يبلغ الشخص سن الرشد، ورغم ذلك يبقى إدراكه محدودا أو يصبح مختلا فتختل تبعاً لذلك أهليته. وبما أنّ "كل شخص أهل للإلزام

1 W. MZID, La finance islamique : Principes fondamentaux et apports potentiels dans le financement de la croissance et du développement, Emerging new economic policy makers in the Arab Mediterranean : Economic Agendas of Islamic actors, 2012, p. 50.

2 الفصل 4 من مجلة الالتزامات والعقود.

3 لسان العرب، العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، المجلد الثالث، دار صادر للطباعة والنشر، 1968، ص. 152.

4 يطلق بعض الفقهاء على أهلية الأداء اسم أهلية التعاقد. إلا أنّ ذلك لا ينفي وجود فوارق بين الأهليتين باعتبار أنّ أهلية الأداء أعمّ من أهلية التعاقد. فأهلية التعاقد خاصة بالعقد. أما أهلية الأداء فتتعلق بالتصرف القانوني الذي هو أعمّ من العقد. وتبعاً لذلك فإنّ كلّ من له أهلية الأداء تكون له أهلية التعاقد.

5 تختلف أهلية الأداء عن الولاية على المال. فأهلية الأداء هي صلاحية إلى مال الشخص نفسه، بينما الولاية على المال هي صلاحية الشخص أو سلطته في إبرام التصرفات القانونية المتعلقة بمال غيره نيابة عنه. فالأصل أنّ التصرفات التي يعقدها الشخص تنتج أثرها بالنسبة إليه هو، وهو ما لا يتحقق إلا إذا كان الشخص ذا أهلية. ولكن قد يعقد الشخص أحيانا تصرفا يحدث أثره في ذمة غيره، كما هو الشأن بالنسبة إلى الولي والوصي والوكيل عن الغائب. كلّ هؤلاء لهم الولاية على مال الصغير والمحجور والغائب. فلا يقال أنّ الولي له أهلية التصرف في مال الصغير، بل يقال أنّ له ولاية التصرف في هذا المال.

6 من ذلك أنّ الفصل 150 من مجلة الأحوال الشخصية يقرّ حق الإرث لفائدة الجنين إذا ولد حيا لمدة لا تتجاوز العام.

7 ذلك هو شأن الجنين الذي يولد ميتا، والشركة التي تتم تصفيتهما، والإنسان الذي يتوفى أو يحكم عليه بالموت المدني في الشرائع التي كانت تبيح ذلك.

والالتزام ما لم يصحّ القانون بخلافه¹، فإنّ من اختلّ إدراكه لا يعتبر عديم الأهلية أو ناقصها إلاّ إذا صدر ضده حكم بالحجر². والحجر هو منع من لم يؤنس منه الرشد من التصرف في ماله لسوء تديره³. ولا يرفع الحجر إلاّ بحكم⁴.

ولئن لم يعرف المشرع التونسي الحجر، إلاّ أنّه خصّص له باباً مستقلاً صلب مجلة الأحوال الشخصية ضمن الفصول 153 إلى 170، وهي مسائل تتعلّق بالصّغر والجنون وضعف العقل والسّفه. كما نظّم آثار الحجر بمقتضى الأمر المؤرّخ في 18 جويلية 1957 المتعلّق بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم⁵، وأحال في مجالات أخرى إلى الموادّ المتعلّقة بالأهلية المقيّدة أو المنعدمة في خصوص الجزاء المترتب عليها⁶. وتصنّف عوارض الأهلية عادة إلى عوارض مرضية متعلّقة بالمدارك العقلية وعوارض غير مرضية. ويترتب على نقصان أهلية أحد طرفي العقد أو انعدامها منعه من أن يكون طرفاً في عقد مرابحة.

أما الشرط الثاني فقد نص عليه الفصل 23 من مجلة الالتزامات والعقود والذي جاء فيه أنه: "لا يتمّ الاتفاق إلاّ بتراضي المتعاقدين على أركان العقد وعلى بقيّة الشّروط المباحة التي جعلها المتعاقدان كركن له"⁷، كما كرست هذه القاعدة أيضاً المادة 141 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتّحدة التي نصّت في فقرتها الأولى على أن "لا ينعقد العقد إلاّ باتّفاق الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشّروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية". وأضافت في فقرتها الثانية أنه "إذا اتّفق المتعاقدان على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشّروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية واحتفظا بمسائل تفصيلية يتّفقان عليها فيما بعد ولم يشترط أن العقد لا ينعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد انعقد، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتمّ الاتفاق عليها، فإنّ القاضي يحكم فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون". والرّضا لغة هو الموافقة والقبول. ويقصد

1 الفصل 3 من مجلة الالتزامات والعقود.

2 الفصلان 161 و164 من مجلة الأحوال الشخصية.

3 الحجر هي لفظة مقتبسة من الفقه الإسلاميّ. وقد عرفها بعض الفقهاء المسلمين بقولهم إنّ الحجر هو "عبارة عن منع مخصوص، عن تصرف مخصوص، أو عن نفاذ ذلك التصرف" (يراجع، عبد الرّحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة (قسم المعاملات)، ص. 347. قال الإمام مالك رضي الله عنه، "لو خضّب بالحناء ولم يؤنس منه الرشد لم يدفع إليه ماله، ولا يجوز له في ماله بيع ولا شراء ولا هبة ولا صدقة". وخضّب هي كناية كبر سنّه حتّى خضّب شبيهه أي صبغه.

4 الفصل 167 من مجلة الأحوال الشخصية.

5 الرّائد الرّسعي للجمهورية التونسية عدد 58 بتاريخ 19 جويلية 1957.

6 الفصلان 330 و331 من مجلة الالتزامات والعقود.

7 قرار تعقيبي مدني عدد 3746، مؤرّخ في 23 أكتوبر 2000، نشرته محكمة التّعقيب، 2000، عدد 1، ص. 90. "العقد لا ينعقد إلاّ بإيجاب وقبول وذلك بمقتضى اتّفاق الطرفين على جملة بنود العقد ومنها معيّن الكراء".

به كركن للعقد توافق إرادتين على إنشاء علاقة قانونية، وهو ما يستلزم أن تتجه إرادة كل طرف في العقد إلى إحداث الأثر القانوني المتفق عليه.

وينعقد عقد البيع رضائيا بمجرد اتفاق الأطراف ولا يتطلب أي شكل رسمي لصحته. ويتم التعبير عنه في عقد البيع بمجرد اتفاق طرفي العقد على المبيع والثمن. إلا أنه لا يكفي وجود الرضا لينتج العقد أثره، بل يجب أن يكون صحيحا. ولا يكون الأمر كذلك إلا إذا كانت هذه الإرادة خالية من العيوب. وعيوب الرضا هي ما يخرجها عن حال السلامة بحيث يصبح التصرف القانوني قابلا للإبطال. وتتمثل عيوب الرضا في الغلط والتغريب والإكراه. إذ ينص الفصل 43 من مجلة الالتزامات والعقود على أن "الرضا الصادر عن غلط أو عن تغريب أو عن إكراه يقبل الإبطال". كما ينص الفصل 1472 من مجلة الالتزامات والعقود على إمكانية فسخ الصلح للإكراه أو التدليس أو لغلط وقع في ذات أحد العاقدين أو في صفته أو في الشيء المتنازع فيه¹.

ولئن تبني المشرع التونسي هذه النظرية التقليدية، إلا أنه توسع فيها. فمن جهة، ألحق الغبن والسكر والمرض وما شاكله بعيوب الرضا التقليدية. فقد جاء بالفصل 58 من مجلة الالتزامات والعقود أنه "إذا وقع العقد في حال السكر المغير للشعور وجب فسخه". وجاء بالفصل 59 من نفس المجلة أن "أسباب فسخ العقد المبني على حالة مرض أو ما شاكله من الحالات الموكولة لنظر القاضي"². أما فيما يتعلق بالغبن، وهو عيب في العقد لا في الإرادة، فقد ألحقه المشرع بعيوب الرضا التقليدية مع تحديد نطاقه حسبما يتضح ذلك من الفصول 60 و61 و1473 من مجلة الالتزامات والعقود والفصل 125 الفقرة الثانية من مجلة الحقوق العينية. ومن جهة أخرى، أمام قصور نظرية عيوب الرضا التقليدية عن حماية الإرادة التعاقدية، كرس المشرع التونسي، ولو بصفة ضمنية، واجب الإعلام في بعض العقود. ويندرج في هذا الإطار الفصل 191 من المجلة التجارية الذي يوجب أن يتضمن عقد إحالة الأصل التجاري تنصيصات وجوبية من شأنها أن تبين للمشتري قيمة ما يشتريه، ومن بين هذه التنصيصات ذكر رقم المعاملات التجارية التي باشرها البائع في كل سنة من السنوات المالية الثلاث الأخيرة أو من تاريخ الإحالة له إذا لم تمض على استغلاله له ثلاث سنوات، وكذلك الأرباح التي حصل عليها في المدة نفسها.

1 قرار تعقيبي مدني عدد 30715 مؤرخ في 22 سبتمبر 1992، نشرته محكمة التعقيب، 1992، ص. 496، "إن المبادئ المستخرجة من الفصول 1467 و1472 و1473 من مجلة الالتزامات والعقود تقتضي عدم إمكانية العدول عن الصلح المبرم بين الطرفين إلا في حالات الإكراه والتدليس والغلط، كما يؤخذ من هذه النصوص القانونية أن الصلح الواقع في الدعوى ينهي النزاع وكذلك ينهي سير القضية".
2 قرار تعقيبي مدني عدد 27544 مؤرخ في 23 جانفي 2004، نشرته محكمة التعقيب، 2004، عدد 2، ص. 139؛ مجلة القضاء والتشريع، 2004، عدد 7، ص. 193، "إن المقصود بعبارة الفسخ الواردة بالفصل 59 من مجلة الالتزامات والعقود هو الإبطال".

إلا أن عديد التشريعات المعاصرة، تراجعت، في عدة حالات، عن مبدأ الرضائية في بعض عقود البيع، وفرضت شروطا شكلية لاعتبار العقد صحيحا¹. وتعرّف الشكليّة بأنها العنصر الخارجي الذي يشترطه القانون إضافة إلى العناصر الأصليّة لإبرام التصرف القانوني. أمّا من الناحية الوظيفيّة فيختلف مفهوم الشكليّة بحسب الهدف الذي وجد من أجله. فقد تكون الشكليّة وسيلة إثبات للتصرف القانوني، أي وسيلة لإقامة الدليل على صحّة ادّعاء أمام القضاء، بحيث لا يكون لانعدامها أي أثر على وجود التصرف القانوني أو ترتيب آثاره، خاصّة إذا كان معترفا به من طرفيه². وقد تكون الشكليّة وسيلة إشهار للتصرف القانوني ويؤدّي تخلفها إلى عدم نفاذ العقد أو عدم الاحتجاج به تجاه الغير³. وقد تكون الشكليّة أيضا أداة لرقابة الإدارة على بعض التصرفات، أو شرط صحّة لقيامها⁴.

وتهدف الشكلية، بشكل أساسي إلى تنظيم المعاملات حماية لأطراف العقد حتى لا تتسرب إلى اتفاقهم عيوب تكون سببا في إبطالها. وتلعب الشكليات دورا مهما في كل من القانون المدني التونسي والشريعة الإسلامية التي تنص على أن بعض المعاملات بين الأطراف المتعاقدة يجب أن تكون مكتوبة وتعتبر الكتب شرطا إثبات لهذه المعاملات. من ذلك مثلا، فإن صحّة إبرام عقد بيع لبضائع تجارية كثيرا ما تكون مشروطة بتوقيع مستند مكتوب من قبل طرفي العقد⁵.

كذلك، إذا كان محل البيع عقارا، فإن الغالب ألا ينشأ البيع صحيحا، إلا متى تم تضمينه في حجة رسمية يحررها الأشخاص المخولون لذلك قانونا⁶. وبما أن تكوين عقد المراجعة يتطلب الجمع بين عدة عقود، استلزم المشرع تقييد الأطراف بشكليات صارمة، متماهية مع مقتضيات التشريع الإسلامي الذي يحجر أن يحتوي عقد واحد على اتفاقين أو أكثر، لذلك وحتى ينشأ عقد المراجعة صحيحا يجب أن يكون مضمنا في صكين مختلفين.

1 تقتضي الشكلية إخضاع العقد إلى إجراءات محددة وإلى نمط معين في شكل العقد وفي محتواه، ولا يصح إلا بها، فهي بذلك ما يحد من إرادة الأطراف المتعاقدة، محمد محفوظ، دروس في العقد: أحكامه العامة، الطبعة الثانية، مركز النشر الجامعي، 2021، ص. 275.
2 في هذا الإطار، يوجب الفصل 473 من مجلة الالتزامات والعقود الكتب لإثبات التصرفات القانونيّة التي تتجاوز قيمتها ألف دينار.
3 يندرج في هذا الإطار ما ينص عليه الفصل 581 من مجلة الالتزامات والعقود من أنه " إذا كان موضوع البيع عقارا أو حقوقا عقارية أو غيرها ممّا يمكن رهنه ... لا يجوز الاحتجاج بالعقد المذكور على الغير إلا إذا سجّل بقباضة المالية "

4 M.-A. GUERRIERO, L'acte juridique solennel, Thèse, Toulouse, LGDJ, 1975, p. 265.

5 PH. MALAURIE, L. AYNES, Droits des contrats spéciaux : à jour de la réforme du droit des contrats, de la refonte du Code de la consommation et de la loi justice du XXI siècle, 8^{ème} édition, Collection Droit Civil, LGDJ, 2016, p. 73.

6 E. VAN DEN HAUTE, Contrats spéciaux : La vente, Editions Larcier, 2018, p. 35.

(2) اخضاع عقد المراجعة لقواعد عقد البيع:

اعتبرت المادة 12 من القانون عدد 48 لسنة 2016 المؤرخ في 11 جويلية 2016 المتعلق بالبنوك والمؤسسات المالية المحدد لعملية المراجعة، بمثابة عملية بيع بثمن محدد سلفاً ويتم تسويته في الأجل المتفق عليها بين الطرفين. ويستخلص من هذا التعريف أن عقد المراجعة يخضع، من ناحية أولى، لشروط العامة المنظمة لعقد البيع، ومن ناحية أخرى، للقواعد المتعلقة بالبيوعات مع التسهيلات في الدفع¹.

وتعرف مجلة الالتزامات والعقود عقد البيع في الفصل 564 بأنه "عقد تنتقل به ملكية شيء أو حق من أحد المتعاقدين للآخر بثمن يلتزم به". ويستخلص من هذا التعريف أن البيع عقد يهدف أساساً إلى نقل الملكية من البائع إلى المشتري، كما أنه عقد ملزم لكلا المتعاقدين ويفرض التزامات متبادلة على كل منهما². فمن جهة البائع، فهو ملزم بموجب أحكام مجلة الالتزامات والعقود، بتسليم الشيء موضوع عقد البيع، وتمكين المشتري من حيازته دون عائق³، كما أنه مطالب بأن يضمن للمشتري أمرين اثنين وهما حوز المبيع والتصرف فيه بلا معارضة كما يضمن سلامته من العيوب⁴.

وأما من جهة المشتري، فيكون ملزماً يتسلم المبيع ودفع ثمن البيع المتفق عليه، والذي يكون، من حيث المبدأ، في التاريخ وبالطريقة المتفق عليهما في العقد، وإلا وجب على المشتري الدفع عند التسليم⁵.

بيد أنه في عقد المراجعة، لا يشترط على المشتري النهائي، ونعني به العميل، دفع المبلغ عند تحوزه بالبضاعة محل العقد، وإنما يتم الاتفاق بين مؤسسة المالية الإسلامية وعميلها على دفع الثمن منجماً أي بالتقسيط، وفقاً للمواعيد المتفق عليها والمنصوص عليها في عقد المراجعة، وهو ما يحيلنا إلى القواعد المتعلقة بالبيع بالتقسيط التي حددها القانون المتعلق بالبيع بالتقسيط، والذي جاء في فصله 3 أن: "البيع بالتقسيط اتفاق يلتزم بمقتضاه التاجر أو مسدي الخدمات بأن يضع على ذمة المستهلك منتجاً أو خدمة على أن يتم تسديد الثمن اقساطاً وذلك بعد تسليم المنتج أو إسداء الخدمة".

1 قانون عدد 39 لسنة 1998 مؤرخ في 2 جوان 1998 يتعلق بالبيوعات بالتقسيط، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 44 بتاريخ 2 جوان 1998، ص. 1204.

2 الفصل 676 من مجلة الالتزامات والعقود.

3 الفصل 591 من مجلة الالتزامات والعقود.

4 الفصل 630 من مجلة الالتزامات والعقود.

5 الفصل 676 من مجلة الالتزامات والعقود.

ورغم أن أحكام النظرية العامة للعقد والأحكام المنظمة لعقد البيع، قد تشكل مع القانون المتعلق بالبيع بالتقسيط إطاراً قانونياً لعقد المراجعة، إلا أنها تظل مع ذلك محدودة ولا يمكنها أن تغطي خصوصية هذا النوع من العقود، وهو ما دفع بالمشروع ليتدخل من أجل تكريس هذا العقد في إطار القانون عدد 48 لسنة 2016 مؤرخ في 11 جويلية والمتعلق بالبنوك والمؤسسات المالية والذي جاء في فصله 11 أنه: "تعتبر عمليات صيرفة إسلامية على معنى هذا الفصل... المراجعة"، ثم تدخل البنك المركزي التونسي بمقتضى المنشور عدد 08 لسنة 2019 المؤرخ في 14 أكتوبر 2019 لتعريف عمليات الصيرفة الإسلامية وضبط صيغ وشروط ممارستها.

الفرع الثاني: خصوصية شروط صحة عقد المراجعة في قانون التمويل الإسلامي

إذا كان العقد يقوم على أهلية وتراضي الطرفين، فإن هذا التراضي ينصبّ أساساً على محلّ الالتزام أو موضوعه باعتباره من أركان العقد الذي يترتب عليه تعميم الدّمة¹. بالإضافة إلى الشروط العامة الواردة في القانون المدني، يشترط قانون التمويل الإسلامي، لمطابقة عقد المراجعة مع مقتضيات الشريعة الإسلامية، مجموعة من الشروط، يتعلق بعضها بمحل العقد (الفقرة 1)، ويتعلق بعضها الآخر بسعر الشراء (الفقرة 2).

1) الشروط المتعلقة بمحل العقد:

حتى ينشأ العقد صحيحاً، يجب أن يكون محلّ الالتزام مشروعاً. ويقصد بمشروعية محلّ الالتزام أن يكون قابلاً للتعامل فيه. والأصل أنّ كلّ ما لم يمنع المشرّع التعامل فيه يصلح أن يكون محلاً للالتزام، حيث جاء بالفصل 62 من مجلّة الالتزامات والعقود أنه "لا يسوغ التّعاقّد إلاّ فيما يصحّ فيه التّعامل من الأشياء والأعمال والحقوق المجردة. فما لم تصرّح القوانين بمنع التّعاقّد فيه يصحّ التّعامل فيه"². وتقتضي صحّة العقد ألاّ يكون محلّ الالتزام مخالفاً للأحكام الشرعيّة. فلقد أبطل المشرّع الإجارة على عبادة عينيّة واجبة على كلّ مسلم كالصّلاة والصّوم³، والشركة بين المسلمين إذا كان موضوعها ممنوعاً شرعاً⁴، كما منع بين

1 الفصلان 2 و23 من مجلّة الالتزامات والعقود؛ قرار استئنائي مدني عدد 6215 مؤرخ في 8 أفريل 1982، مجلّة القضاء والتّشريع، 1983، ص. 126، "بيع العقار مرّة ثانية يعتبر باطلاً لخلو العقد فيه من المحلّ الذي هو ركن من أركانه الجوهرية"؛ قرار تعقيبي مدني عدد 1597 مؤرخ في 20 نوفمبر 1979، نشرته محكمة التّعقيب، 1979، عدد 2، ص. 101، "خلو الالتزام من المحلّ الذي هو ركن من أركانه يجعله باطلاً من أصله ولا يترتب عليه شيء وذلك طبقاً للفصلين 2 و325 من مجلّة الالتزامات والعقود".

2 يشترط الفصل الأوّل من مجلّة الحقوق العينيّة لكي يعتبر الشّيء مالا أن يكون غير خارج عن التّعامل بطبيعته أو بحكم القانون.

3 الفصل 834 ثالثاً من مجلّة الالتزامات والعقود.

4 الفصل 1253 من مجلّة الالتزامات والعقود.

المسلمين بيع ما حجّر الشرع بيعه إلا ما رخصت التجارة فيه كالزبل لمصلحة الفلاحة¹. يندرج في هذا الإطار أيضا إبطال المشرع كل عقد موضوعه تعليم السحر وما شاكله ومباشرته².

وحتى يكون عقد المراجعة متوافقا مع متطلبات الشريعة الإسلامية، يجب أن يستوفي شروطاً معينة تتعلق بمحل العقد.

فمن جهة أولى، يجب أن يكون محل عقد المراجعة مستوفيا لشرط المشروعية وأن يكون حلالا، فلا يجوز بيع أشياء غير طاهرة أو غير مشروعة. ولهذا السبب تحظر المالية الإسلامية تمويل شراء العديد من المنتجات، سواء المعدة للاستهلاك مثل الكحول ولحم الخنزير والمخدرات، أو ما يستعمل لممارسة تجارة غير المشروعة، مثل بيع العقارات أو لممارسة الدعارة أو الميسر. وي طرح في هذا الإطار السؤال حول ما إذا كان بإمكان البنوك الإسلامية تمويل الشركات التي تمارس أنشطة معينة (وليس كلها) تعتبر غير مشروعة شرعا، من ذلك مثلا، تمويل شراء طائرة توزع الكحول على الركاب على متنها بواسطة عقد مراجعة، حيث أن العقد الأساسي بين المسافرين وشركة الطيران يتمثل في عقد النقل، وتقديم الكحول ليس الخدمة الأساسية المقدمة للعميل الذي قام بشراء تذكرة طيران³. وللإجابة على هذا السؤال يؤكد بعض الفقهاء أن القيام بهذه الأعمال المحرمة شرعا ممكن إذا كان الهدف الأساسي حلالا. ووفقا لتقرير نشرته وكالة Standards & Poors، وهي إحدى شركات التصنيف المالي الرئيسية في العالم، فإن نسبة تنقية الدخل الناتج⁴ عن عمل غير مشروع يجب ألا تتجاوز 5٪ من إجمالي دخل المال موضوع عقد المراجعة⁵، على أن تمنح الأرباح المتأتية من هذه الأنشطة غير المشروعة للجمعيات الخيرية على شكل تبرعات، وذلك لتطهير النشاط⁶.

1 الفصل 575 من مجلة الالتزامات والعقود.

2 الفصل 834 أولا من مجلة الالتزامات والعقود.

عن أبي هريرة أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال، "اجتنبوا السبع الموبقات"، قالوا "يا رسول الله وما هن؟"، قال، الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربوا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات" (متفق عليه).

3 I. CHAPPELLIERE, La Licéité des produits financiers islamiques en France : Quels types de légimité dans la construction et le contrôle de la norme ?, Article publié dans le livre : Les sens du Halal, Florence Bergeaud-Blackler, CNRS éditions, 2015, p. 249.

4 Dividend Purification Ratio. This ratio is provided to investors for purification purposes, it is calculated as : Dividends * (Non-Permissible Revenue / Total Revenue). S&P Shariah Indices Methodology, S&P Dow Jones Indices: Index Methodology, A division of S&P Global, July 2022, p. 7.

5 Revenue Share from Non-compliant Activities. If a company derives less than 5% of its total business incomes (excluding interest income) from non-permissible sectors, this deviation may be tolerated, and the company will still be deemed to have passed the Level One Core Business Sector-Based Screens : (Non-Permissible Income other than Interest Income) / Revenue < 5%. op. cite, p. 6.

6 L. GUERMAS-SAYEGH, op. cite, p. 15.

ومن جهة ثانية، يشترط لصحة العقد أن يكون محل الالتزام معلوما لدى المتعاقدين بصورة تنفي عنه كلّ جهالة سواء من حيث ذاته أو من حيث صفاته الأساسية، وهو ما يقتضي أن يكون معيّنا، أي محدداً، أو على الأقلّ قابلاً للتعيين، أي أن يتضمّن العقد طريقة تعيينه. فلقد نهى الفقه الإسلاميّ عن بيع الغرر واشترط العلم بعين المبيع وقدره وصفته وبالثمن¹، كما جاء بالفصل 63 من مجلّة الالتزامات والعقود أنّ "المعقود عليه يجب أن يكون معيّنا ولو بالتّوعدّ وأما مقداره وعدده فيجوز أن يكون غير معيّن وقت العقد بشرط إمكان تعيينه فيما بعد".

وتنطبق القاعدة نفسها في عقد المربحة، فلا يشترط أن يكون محل عقد المربحة موجوداً وقت إبرام العقد فحسب، بل يجب أن يكون محدداً أو قابلاً للتعيين. فإذا كان وجود المال محل عقد المربحة مشكوكاً في وجوده، سيكون ذلك مرادفاً للشك في وجود العقد، مما يدخله في باب الغرر المنهي عنه شرعاً، ويكون بذلك عقد المربحة مخالفاً للشرع².

وينص الفصل 571 من مجلّة الالتزامات والعقود، على أن "ما لا يمكن تسليمه للمشتري بناء على طبعه أو حاله كالحوت في الماء والطير في الهواء والحيوان الشارد لا يجوز بيعه". ويستخلص من هذا الفصل أن انعدام المحل يعدم العقد فلا يرتب أي أثر، وتتعلق عدم مشروعية المحل بالنظام العام، والتي يمكن للأطراف اثارها في جميع أطوار التقاضي، كما يمكن للقاضي اثارها من تلقاء نفسه.

لذلك عادةً ما نجد في القوانين المنظمة للتمويل الإسلامي ما يسمى بمفهوم الخيار، وهو عبارة عن شروط اختيارية أو خيارات تكون مشروعة، حتى لو لم يذكرها العقد. ومن بين هذه الخيارات نجد خيار الرؤية، والذي يسمح للمشتري بالتعرف على الشيء الذي يشتريه بشكل أفضل. ويعتبر المذهب الحنفي هذا الخيار مشروعاً وتلقائياً، ووضع نظرية كاملة تعتبر أن الشراء في حالة عدم وجود السلعة لا يكون عشوائياً، إذ أن هذا الخيار لا يجعل العقد نافذاً، ما دام المشتري لم يتمكن من رؤية المال محل العقد³.

ومن الشروط الأخرى التي يجب توافرها لكي يكون موضوع عقد المربحة متوافقاً مع الشريعة الإسلامية، هو أن يكون العقد متعلقاً بشيء مادي ملموس، ونعني بذلك، أنه يجب أن يكون، موضوع معاملة عملية

1 قرار تعقيبي مدني عدد 11251، مؤرخ في 22 أبريل 1985، نشرية محكمة التعقيب، 1985، عدد 1، ص. 178، "من الأركان الضرورية لتكوين العقد لا بدّ أن يكون موضوع العقد معلوما لدى المتعاقدين بصورة تنفي عنه كلّ جهالة سواء من حيث ذاته أو من حيث صفاته الأساسية".

2 L. SAADOUNI, T. GENC, op. cite, p. 10.

3 F. GUERANGER, op. cite, p. 56.

المربحة مدعوما بأصل ملموس وذلك طبقاً لمبدأ استناد العمليات المالية إلى أصل ملموس، والذي يسمى باللغة الإنجليزية «Asset Banking» وترجم إلى "الأصول المصرفية". ويمكن أن يتسلط عقد المربحة على أشياء مادية أو غير مادية، مما يضمن مساهمة التمويل الإسلامي في العملية الإنتاجية ويقلل من المضاربة، على عكس البنوك التقليدية، التي تعتمد في عملياتها المالية بشكل أساسي على المضاربة على المال مع وجود انفصال نسبي بين السوق المالية والاقتصاد الحقيقي، ويترتب على ذلك أن النظام المالي التقليدي يكون أكثر عرضة للتأثر بالأزمات المالية.

أما في عقد المربحة، وبحكم استناد عقد المربحة إلى أصول ملموسة فإن ذلك يضمن أن تكون المعاملة أقل عرضة للتأثر بالأزمات المالية وتخلف الحرفاء عن سداد ديونهم، وأن الأموال محل عقد المربحة ستستخدم في الأغراض المقررة لها. ويذكر الكاتب JOSEPH SCHUMPETER، في كتابه "تحليل التاريخ الاقتصادي"، بأن "جميع ظواهر الحياة الاقتصادية يمكن وصفها انطلاقاً من مفهومي السلع والخدمات، والقرارات المتعلقة بها والعلاقات بينها. وأن النقود لا تلعب في الحياة الاقتصادية إلا دوراً تقنياً يهدف إلى تسهيل المعاملات. ولذلك قيل إن النقود مجرد "ثوب" أو "حجاب" يخفي الأشياء المهمة حقاً"¹. وعلاوة على ذلك، يرى بعض الاقتصاديين الإسلاميين أن النقود مجرد وسيط بين الأصول، وأنه لا يعمل إلا كمرآة تعكس قيمة السلعة، دون أن تكون شيئاً في حد ذاته.

ومع ذلك، فإن بعض المؤلفين لا يتفقون مع فكرة أن البنوك الإسلامية أقل عرضة من البنوك التقليدية إلى المخاطر فيما يتعلق بتمويل الأصول الملموسة. ووفقاً للكاتب PAUL OLIVIER KLEIN، طالما أن البنك الإسلامي يمنح، في نهاية المطاف، لعميله ائتماناً في عقد المربحة، فإنه يكون بالتالي عرضة لخطر عدم سداد العميل لدينه بالكامل. وبالتالي، فإن البنك الإسلامي لا يتمتع بضمان إضافي في مواجهة تخلف العملاء عن السداد، وعليه اعتماد ترسانة قانونية أكبر من البنك التقليدي لاسترداد ديونه.

(2) الشروط المتعلقة بسعر الشراء:

يقوم التمويل الإسلامي في جوهره على مبادئ دينية صارمة، أهمها ما يتعلق بتحريم الربا، ولا يتعلق هذا التحريم بسعر الفائدة المركبة أو المشططة فقط، بل يشمل أيضاً الفائدة البسيطة، وهي، بشكل عام، كل

1 L. WEILL, Les banques islamiques favorisent-elles le développement économique? Les cahiers de la Finance Islamique, N°4, Université de Strasbourg, CNRS, 2013, p. 22.

زيادة عن المبلغ الأصلي لشراء السلعة أو رأس المال النقدي دون أن تكون تلك الزيادة مبررة ودون بذل جهد¹، في حين أن الربح يشكل، في اقتصاد السوق، مكافأة لنشاط رجل الأعمال، ويكون مرتبطاً بنشاط إنتاجي². ويترتب على ذلك أنه يمكن وصف آلية عقد المربحة على النحو التالي: يقوم البنك الإسلامي بشراء الشيء من البائع الأول أو المزود ويصبح مالكا له. ثم يقوم بعد ذلك ببيعه لعميله بالتقسيط لمدة معينة وفي آجال محددة للغاية، وهو ما يقسر الزيادة في سعر البيع ويعطي مشروعية للربح، والمعروف في عقد المربحة بـ "هامش الربح"³.

وبالتالي، فإن سعر الاقتناء النهائي للشيء محل المربحة يشمل سعر الشراء الأولي بين البنك والمالك الأصلي، مضافاً إليه هامش الربح. لذلك يجب، من جهة أولى، تحديد سعر الشراء الأولي بشكل واضح ومعلوم للطرفين عند إبرام عقد المربحة، كما يجب، من جهة ثانية أن يكون هامش الربح ثابتاً ونهائياً، لا يتغير بمرور الوقت، كما يقره المتعاقدان، فهامش الربح في عقد المربحة ثابت مقدماً ولا يتغير خلال مدة فترة السداد المتفق عليها⁴، وذلك على عكس القرض بفائدة، والذي يكون مبلغ قسطه متغيراً لارتباطه بمتوسط سعر الفائدة في سوق المال، المعروف بـ Taux Moyen du Marché Monétaire (TMM). وبالتالي، قد ترتفع قيمة الأقساط أو تنخفض لارتباطها بمتوسط سعر الفائدة في سوق المال ارتفاعاً وانخفاضاً⁵. أما في عقد المربحة فإن هامش الربح يكون ثابتاً ولا يتغير بأي حال من الأحوال. وهو ما يعتبر ميزة هامة مقارنة بالقرض بفائدة، والعنصر الأساسي لعقد المربحة. ولذلك فإن معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIF) تنص على أنه يجب على البنك الإسلامي أن يدرج كل

1 D. ABDELMONEM, Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, Thèse pour obtenir le grade de docteur délivré par l'Université Montpellier 1 en cotutelle avec l'Université du Caire (Egypte), 2013, p. 154.

2 J. A. SHUMPETER, Théorie de la monnaie et de la banque : l'essence de la monnaie, Paris, l'Harmattan, 2005, p. 10.

3 A. BELABES, Epistémologie des principes de la finance islamique, Université du Roi Abdulaziz- Jeddah-Arabie Saoudite, Les Cahiers de la Finance Islamique Numéro 2, Décembre 2010, Ecole de Management Strasbourg, Université de Strasbourg, p. 11.

4 G. POLET, op. cite, p. 39.

5 En Tunisie, le taux moyen du marché monétaire (TMM) préserve sa tendance haussière pour atteindre 8.05% durant le mois de mars 2023, contre 7,26% au cours du mois de décembre 2022.

النفقات التي تدخل في حساب هامش الربح، وأنه يمكنه إضافة كل المصاريف المتعلقة بالشئ محل العقد، بعد التشاور مع العميل وقبوله بها¹، باستثناء النفقات المتعلقة بعمولات المصرفيين، أو رواتبهم².

ويتم تحديد مبلغ هامش الربح من خلال معادلة حسابية مشابهة لحساب الفائدة، ولا سيما تلك المستخدمة لاحتساب سعر الفائدة بين البنوك في لندن (LIBOR) London Interbank Offered Rate والذي تم تعويضه منذ 2021/12/31 بمتوسط سعر السوق السويسري Swiss Average Rate Overnight (SARON).

ورغم أن معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIF) تمنع أي غموض في تحديد سعر البيع أو في هامش الربح في عقد المربحة، فإن أغلب البنوك الإسلامية تستخدم هذه المعايير، كمرجع، لتحديد هامش ربحها في عقود المربحة، معتبرة أن هذا التصرف لا يجعل العملية محظورة، طالما أنها تحترم جميع شروط الصحة لتكون متوافقة مع الشريعة الإسلامية³. ونعتقد من جهتنا أن البنوك الإسلامية يجب أن تتخلص من هذه الممارسة وذلك لسببين على الأقل، فمن ناحية أولى، فإن اعتماد سعر الفائدة كمرجع لاحتساب هامش الربح لشركة تتبنى مبادئ إسلامية أمر غير مرغوب فيه، ومن ناحية ثانية، يجدر بالبنوك الإسلامية أن تبتعد عن ممارسات المؤسسات المالية التقليدية وأن تطور معيارا مرجعيا خاصا بها⁴.

1 إذا اشترت المؤسسة السلعة بأجل بقصد بيعها بالمربحة فإنه يجب عليها الإفصاح للعميل عن ذلك. ويجب أن تصرح المؤسسة عند التعاقد على البيع بتفاصيل المصروفات التي ستدخلها في التكلفة. ولها أن تدخل أي مصروفات متصلة بالسلعة إذا قبل بها العميل. أما إذا لم تفصل تلك المصروفات فليس للمؤسسة أن تدخل إلا ما جرى العرف على اعتباره من التكلفة؛ مثل مصروفات النقل، والتخزين، ورسوم الاعتماد المستندي، وأقساط التأمين، المعيار 3/4/8، المعايير الشرعية، ص. 213.

2 لا يحق للمؤسسة أن تضيف إلى تكلفة السلعة إلا المصروفات المباشرة المدفوعة للغير، فليس لها مثال أن تضيف إلى الثمن مقابل أعمال موظفي المؤسسة أو نحو ذلك، المعيار 4/4/8، المربحة، المعايير الشرعية، ص. 213.

3 يجب أن يكون كل من ثمن السلعة في بيع المربحة وربحها محددا ومعلوما للطرفين عند التوقيع على عقد البيع. ولا يجوز بأي حال أن يترك تحديد الثمن أو الربح لمؤشرات مجهولة أو قابلة للتحديد في المستقبل؛ وذلك مثل أن يعقد البيع ويجعل الربح معتمدا على مستوى LIBOR الذي سيقع في المستقبل. ولا مانع من ذكر مؤشر من المؤشرات المعروفة في مرحلة الوعد للاستئناس به في تحديد نسبة الربح، على أن يتم تحديد الربح في عقد المربحة على أساس نسبة معلومة من التكلفة ولا يبقى الربح مرتبطا بـ LIBOR أو بالزمن. المعيار 6/4/8، المربحة، المعايير الشرعية، ص. 213-214.

4 F. KORBI, La finance islamique : une nouvelle éthique ? Comparaison avec la finance conventionnelle, Thèse pour obtenir le grade de Docteur en Economie, Université Paris 13, Centre d'économie de l'Université Paris-Nord (CEPN), U.F.R de Sciences Economiques, 2016,

وقد وضع قانون المالية لسنة 2012 في تونس، نظاما جبائيا خاصا بعقود بيع المرابحة التي تبرمها المؤسسات البنكية من حيث طريقة احتساب الضريبة على القيمة المضافة ومعاليم التسجيل¹. ففيما يتعلق بضريبة الأداء على القيمة المضافة، فإن الشيء محل عقد المرابحة الذي اشتراه البنك من عند المالك الأصلي يخضع لضريبة القيمة المضافة وفقا للقواعد والنسب المعمول بها. لكن يمكن للعميل المشتري النهائي الاستفادة من خصم مبلغ ضريبة الأداء على القيمة المضافة المتعلقة باقتناء موضوع العقد، بشرط أن "تحمل الفاتورة أو عقد البيع بالمرابحة" ذكر مبلغ ضريبة الأداء على القيمة المضافة التي تحملتها مؤسسة القرض... بعنوان عمليات الشراء التي تتم في إطار عقود المرابحة²، وتجدر الإشارة إلى أن هذا الخصم لا ينطبق على الأداءات على القيمة المضافة الموظفة على السيارات السياحية التي لا تكون مخصصة للاستغلال في مجال نشاط الشركة، كالسيارات التي يستعملها مدير المؤسسة لاستعماله الشخصي مثلا³.

وأما فيما يتعلق بمعاليم التسجيل، فيخضع البنك لتسجيل عقد بيع الأول وفق مقتضيات القاعدة العامة، أي بنسبة 5% بعنوان المبيعات العقارية⁴، كما يكون البنك خاضعا لأداء معلوم انجرار الملكية المحدد بـ 3% في صورة عدم التنصيص على ما يثبت دفع معاليم التسجيل المتعلقة بآخر نقل بمقابل أو بالوفاة وذلك طبقا لأحكام الفصل 20-عاشرا من مجلة معاليم التسجيل والطابع الجبائي⁵.

1 مذكرة عامة عدد 4 لسنة 2012، متعلقة بتحليل أحكام الفصول 28 و 29 و 33 و 35 و 37 من القانون عدد 7 لسنة 2011 المؤرخ في 31 ديسمبر 2011 المتعلق بقانون المالية لسنة 2012 الخاصة بالنظام الجبائي المطبق على عمليات بيع المرابحة، النشرة الرسمية للديوانة والضرائب بتاريخ 24 جوان 2012، ص. 21.

2 "وفقا للتشريع الجاري به العمل، يقتطع الأشخاص الخاضعون للضريبة على القيمة المضافة مبلغ الضريبة على القيمة المضافة المتعلقة بالمقتنيات اللازمة لأعمالهم من مؤسسات الائتمان بموجب عقود بيع المرابحة أو بيع السلم أو الاستصناع ومن مؤسسات التمويلات الصغرى المنصوص عليها في المرسوم بقانون رقم 117-2011 المؤرخ 5 نوفمبر 2011 المتعلق بتنظيم نشاط مؤسسات التمويلات الصغرى"، قانون الضريبة على القيمة المضافة، الفصل 1.1.9. ثالثا، ص. 25.

3 مذكرة عامة عدد 4 لسنة 2012، متعلقة بتحليل أحكام الفصول 28 و 29 و 33 و 35 و 37 من القانون عدد 7 لسنة 2011 المؤرخ في 31 ديسمبر 2011 المتعلق بقانون المالية لسنة 2012 الخاصة بالنظام الجبائي المطبق على عمليات بيع المرابحة، مرجع سابق، ص. 24.

4 مع مراعاة الأحكام الخاصة الواردة بهذه المجلة ضبطت تعريف معاليم التسجيل النسبية والتضاعفية وكذلك العقود والنقل الخاضعة لها على النحو التالي: العقارات (1) البيوعات والإحالات وإرجاع العقار المحال لصاحبه والمناقصات وإعادتها بموجب النكول أو لوقوع الزيادة على الثمن الأول والشراء بالمناقصة لأمالك مشاعة وجميع الأحكام والقرارات والعقود المدنية الأخرى التي تتضمن نقلا بمقابل للملكية أو لحق انتفاع أو للملكية رقبة أمالك عقارية أو لحق الارتفاق مقابل مبلغ قيمته 5% " من مجلة معاليم التسجيل والطابع الجبائي، الفصل 20، ص. 22.

5 المرجع السابق.

أما من جهة العميل فيكون مطالباً بتسجيل عقد المربحة برسم ثابت قدره 20 ديناراً لكل صفحة¹. ويستخلص من ذلك أن المشتري النهائي يتحمل دفع معاليم التسجيل بشكل مضاعف، فباعتبار أن عملية المربحة تقوم على البيع المزدوج، فسيقوم البنك بفوترة رسوم التسجيل التي تحملها في هامش الربح. وقد سعت عديد التشريعات إلى تدارك هذا الخلل، مثل القانون المغربي الذي يفرض دفع معاليم التسجيل على عملية الشراء الأولى التي يقوم بها البنك، ولم يعد المشتري مطالباً بدفعها². ومن ناحية أخرى، إذا استفاد العميل من امتيازات أو إعفاءات ضريبية تطبيقاً لقواعد القانون الجبائي أو التشريعات المتعلقة بالتشجيع على الاستثمار، فإن هذه الامتيازات تنطبق على البنك فيما يتعلق بالعقار موضوع عقد بيع المربحة.

وعلى الرغم من المزايا والإعفاءات المقررة، إلا أن هامش الربح في عملية المربحة قد يصل في بعض الأحيان إلى مستويات قد تكون صادمة يصبح معها هامش الربح أعلى من الفوائد التي قد يدفعها العميل بمناسبة القروض الربوية، وهو ما يمكن اعتباره نقطة ضعف للمربحة، ويثني العملاء المحتملين عن استخدامها³. ويذهب جانب من الفقه، وأبرزهم محمود الجمال، إلى اعتبار أن هامش الربح المرتفع في عقد المربحة يمثل "تكلفة أن يكون الانسان مسلماً"⁴.

ولذلك يجب ألا يكون هامش الربح عند إبرام عقد المربحة مفرطاً. وقد جاء المرسوم عدد 67 لسنة 2022 مؤرخ في 19 أكتوبر 2022 يتعلّق بتنقيح وإتمام القانون عدد 64 لسنة 1999 المؤرخ في 15 جويلية 1999 المتعلق بنسبة الفائدة المشطّلة ليضيف فقرة أدرجت مباشرة بعد الفقرة الأولى من الفصل الأول، والتي تنص على أنه: "وتعتبر تمويلات صيرفة إسلامية مسندة بنسبة ربح مشطّلة كل عملية تمويل مسندة بنسبة ربح فعلي جملي تتجاوز عند إسناد التمويل، معدّل نسبة الربح الفعلي المطبّق خلال السداسية السابقة من قبل البنوك والمؤسسات المالية المرخّص لها في ممارسة عمليات الصيرفة الإسلامية، بهامش يتم ضبطه حسب أصناف التمويلات والمنتفعين بمقتضى أمر".

1 الفصل 23-12 رابعا عقود بيع المربحة المتعلقة بنقل ملكية أو ملكية الرقبة أو حق الانتفاع أو الاستغلال لعقارات أو بنقل ملكية الأصول التجارية أو الحق في الحرفاء وذلك من مؤسسات القرض لفائدة حرفائها...20 ديناراً للصفحة الواحدة".

2 B. RADI, I. BARI, Les produits financiers alternatifs au Maroc : Pratique et perspectives, La Revue des Sciences de Gestion, Direction et Gestion, 2012, n° 255-256 – Finance, p. 157.

3 L. SAADOUNI, T. GENC, op. cite, p. 17.

4 V. El-Gamal (Mahmoud A.), La banque et la finance islamique, De Boeck, Bruxelles, 2012, p. 59 ; et, Finance islamique : Aspects légaux, économiques et pratiques, De Boeck, Bruxelles, 2010, p. 24.

ونلاحظ من خلال هذه الفقرة المضافة بالمرسوم المذكور أن عقد المربحة، يخضع كغيره من عقود التمويل الإسلامي، للمتطلبات المتعلقة بنسبة "الربح" المفرطة، إذ لا يمكننا الحديث عن نسبة "فائدة" في المعاملات المالية الإسلامية.

كما اقتضى الفصل 5: فقرة أولى من المرسوم نفسه: "يعاقب بخطية مالية تتراوح بين ثلاثين ألف (30.000) ومائة ألف (100.000) ديناراً كل من أسند قرضاً بنسبة فائدة مشطة أو تمويلاً بنسبة ربح مشطة"¹.

المبحث الثاني: مراحل إبرام عقد المربحة

قبل إبرام عقد المربحة يجب على البنك الإسلامي القيام بعدة إجراءات للتأكد من مطابقة العقد لمبادئ المالية الإسلامية، ويكون ذلك من خلال تقييم مصداقية وملاءة العميل للتأكد من قدرته على احترام الشروط الواردة في العقد (الفرع 2). ولكن قبل الوصول إلى هذه المرحلة، يجب على العميل أن يعرب عن نيته في شراء سلعة معينة من خلال طلب الشراء الذي يصدره للبنك الإسلامي (الفرع 1).

الفرع الأول: تقديم طلب للشراء من قبل العميل

يعد طلب الشراء الخطوة الأولى في رحلة إبرام عقد المربحة، إذ يجب على العميل أن يعبر عن رغبته في شراء السلعة، ويجب أن يتضمن هذا الطلب جميع المعلومات المتعلقة بها (الفقرة 1)، عندئذ يتحقق البنك من طلب الشراء قبل الدخول في مفاوضات مع عميله (الفقرة 2).

1) التعبير عن نية الشراء من قبل العميل:

يتكون عقد المربحة كوسيلة تمويل من شراء البنك لسلعة ما نقدًا و ثم إعادة بيعها إلى عميله بسعر مضاف إليه هامش ربح، ويكون ذلك بعد طلب من العميل الذي يتوجه إلى البنك للحصول على التمويل أيًا كان نوعه. وقد عرف منشور البنك المركزي الذي يحدد العمليات المصرفية الإسلامية في فصله 4 المربحة بأنها: "عملية التمويل التي يتولى بمقتضاها البنك أو المؤسسة المالية بناء على طلب الحريف الأمر بالشراء، شراء منقولات أو عقارات أو خدمات لدى طرف ثالث ثم بيعها للأمر بالشراء بثمن يعادل تكلفة شرائها مع زيادة هامش ربح محدد مسبقاً يمكن أن يتمثل في مبلغ أو في نسبة قارة من كلفة الاقتناء الأصلية ويتم

1 مرسوم عدد 67 لسنة 2022 مؤرخ في 19 أكتوبر 2022 بتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 64 لسنة 1999 المؤرخ في 15 جويلية 1999 المتعلق بنسبة الفائدة المشطة، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 114، 21 أكتوبر 2022، ص. 3119.

تسديده على أقساط معلومة...¹. ولهذا تأخذ عملية المربحة اسم المربحة بأمر الشراء، فيصدر العميل أمر شراء السلعة موضوع عقد المربحة من المالك الأصلي. فالبنك لا يعرض بيع الشيء إلا متى حصل طلب من العميل، الذي يقوم بتقديم طلب شراء باسمه².

وتنطلق عملية التمويل بالمربحة بمفاوضات بين العميل طالب الشراء والمصرف³، الذي سيشتري العقار موضوع المربحة من المالك الأصلي. فيرسل العميل طلبا إلى البنك يعرب فيه عن نيته في اقتناء شيء محددًا سعره وخصائصه وكميته ومصدر شرائه. ويمكن للعميل أن يضيف بعض المعطيات المتعلقة بشروط التسليم ومكانه ونوع العملة أو الأوراق المالية والضمانات المستعملة في الدفع⁴. ويحدث، في عديد الحالات، ألا يرغب البنك في مباشرة ترتيبات العقد بنفسه، تفاديا للمفاجئات غير السارة التي يمكن أن تحصل إذا ارتكب العميل خطأ في وصف الشيء محل عقد المربحة أو في خصائصه⁵. لذلك عادة ما يفوض البنك عميله كوكيل له لمباشرة اختيار الشيء موضوع المربحة بنفسه دون أخطاء، ويكون عالما بسعر الشراء الأول لأنه هو الذي تفاوض على السعر مع المالك الأصلي⁶. ولعل ذلك ما دفع جانبا من الفقه إلى القول بأن طلب الشراء يمكن أن يكون علاجاً لشبهة الربا التي تشوب أعمال الصيرفة الإسلامية.

(2) قرار البنك بشأن طلب الشراء:

بعد استلام طلب الشراء من العميل، يشرع البنك في دراسة الملف من خلال عدة معايير لاتخاذ قرار تمويل عملية المربحة هذه من عدمه.

ففي مرحلة أولى، وبناء على المعلومات المقدمة من العميل، يقوم البنك بتقييم ملاءة عميله على أساس دخله، تماما كما هو الحال في القرض التقليدي. ليقوم في مرحلة ثانية بفحص الشيء المطلوب من حيث توفره وسعره ومشروعيته. كما يشترط إضافة إلى مطابقة البضاعة لمقتضيات قانون التمويل الإسلامي،

1 منشور إلى البنوك والمؤسسات المالية عدد 8 لسنة 2019 الموضوع: تعريف عمليات الصيرفة الإسلامية وضبط صيغة وشروط ممارستها.

2 A. ELMEZIANE, La finance islamique, une finance alternative, Les cahiers de la Finance Islamique n° 5, Université de Strasbourg, CNRS, 2013, p. 149.

3 M. THIAM, De la religion à la banque : Contribution à l'étude d'un droit bancaire islamique en France, Thèse présentée pour obtenir le grade de Docteur en Droit Privé, Ecole Doctorale n° 509, Centre de Droit et de Politique Comparés Jean-Claude ESCARRAS UMR-CNRS 7831, Université de Toulon, 2013, p. 389.

4 A. ELMEZIANE, La finance islamique, une finance alternative, op. cite. p. 152.

5 F. GUERANGER, op. cite, p. 103-104.

6 G. CAUSSE, Le sort des banques islamiques : De la difficulté de satisfaire des objectifs multiples, La Revue des Sciences de Gestion, Cairn.info, Matières à réflexion, mai-aout 2012, p. 115.

ألا تكون البضاعة ليست ذهباً أو فضة أو عملة. كما تحجر معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية AAOIFI تجديد عقد مرابحة على ذات الشيء محل عقد مرابحة سابقة¹.

ونظراً لخبرة البنك ومعرفته بأسعار السوق لبعض السلع، فيمكنه طلب الحصول على عروض أخرى للسلعة المطلوبة وإجراء مقارنة للحصول على نفس السلعة مقابل شمن أفضل، وهو ما قد يكون مفيداً سواء للعميل أو للبنك نفسه². لكن من الناحية العملية نجد أن البنك يفوض عميله بصفته وكيلًا، لاختيار البائع باسم البنك، على أن يلتزم العميل بإبلاغ البنك كتابياً بكافة تفاصيل الصفقة المراد تنفيذها³. ولعل هذه الحرية النسبية المتروكة للعميل في اختيار معاقده وقيامه بالتفاوض المباشر معه هو ما يفسر الإفراط في استخدام عمليات التمويل بالمرابحة مقارنة بعقود التمويل الإسلامي الأخرى.

ومن جهة أخرى يجب على البنك التحقق من شخص البائع الأصلي، حيث تمنع معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية AAOIFI منعا باتا أن يكون البائع الأول للشيء محل المرابحة هو نفسه الشخص الذي سيستفيد من العملية أو وكيله الذي ينوب عنه ويتصرف لحسابه، وذلك تفادياً للوقوع في فخ بيع العينة فتكون العملية باطلة برمتها.

ويتمثل بيع العينة في شراء نفس الأصل وإعادة بيعه لاحقاً بين نفس الطرفين. وتعرّفه هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية AAOIFI بأنها أن يبيع شخص شيئاً معيناً إلى شخص آخر نقداً، ثم يقوم المشتري ببيع نفس الأصل إلى البائع الأصلي بسعر أعلى على أن يكون سداد الثمن مؤجلاً وعلى أقساط⁴. وهو ما يؤدي إلى حصول البائع على السيولة التي يحتاجها لمشروعه من خلال تبادل وهي للملكية. ويتميز عقد بيع العينة بطبيعة ثنائية على عكس عقد المرابحة الذي يكون ثلاثياً. ويستخلص من ذلك أن البائع يبيع شيئاً للمشتري من أجل إعادة شرائه منه بسعر أعلى، ولكن في الواقع فإن المشتري يقرض البائع أموالاً ويضيف لها هامش ربح على غرار ما تقوم به البنوك الربوية، فتكون عقود البيع صورية وتضمن صفقة المرابحة بشكل وهي، ويعتبر جانب من الفقه أن بيع العينة يمثل نوعاً من البيع بثمن معجل مع

1 لا يجوز إجراء المرابحة المؤجلة في الذهب أو الفضة أو العملات، ولا يجوز إصدار صكوك قابلة للتداول بديون المرابحة أو غيرها. كما لا يجوز تجديد المرابحة على نفس السلعة، المرابحة، المعيار الشرعية 6/6/2، ص. 205.
2 الفصل 1104 من مجلة الالتزامات والعقود الوكالة عقد يكلف به شخص شخصاً آخر بإجراء عمل جائز في حق المنوب وقد يتعلق بالتوكيل أيضاً حق الموكل والوكيل أو حق الموكل والغير أو حق الغير فقط.

3 F. GUERANGER, op. cite, p. 104

4 العينة هي أن يبيعه السلعة بمائة مؤجلة على أن يشتريها منه بثمانين معجلة. وهي في حقيقتها قرض ربوي، إذ السلعة لغو لا معنى لها في هذه المعاملة، لأن الأغراض والمصالح التي شرع البيع من أجلها، لا توجد في هذه المعاملة، المعايير الشرعية، المعيار رقم 25، الجمع بين العقود، ص. 679.

"الالتزام بإعادة الشراء بثمن منجم"¹. وقد اختلف جمهور فقهاء المسلمين حول مشروعية بيع العينة، فاعتبره بعضهم من الحيل الشرعية، وإن كانوا لا يحرمونه، مادام البيعان المتعاقبان غير منصوص عليهما في عقد واحد، وتنتفي شبهة عدم المشروعية إذا كانت عمليات نقل الملكية متوافقة ومقتضيات الشريعة الإسلامية. في حين اعتبر الشق الأكبر من فقهاء المذاهب الإسلامية بيع العينة منهيًا عنه ومرفوضًا، وأنه يعد من باب التورق في الأموال، وأنه حيلة لإخفاء القرض بالربا، واستدلوا على ذلك بحديث النبي صلى الله عليه وسلم الذي ذكر فيه بيع العينة صراحة وخطورته على المسلمين².

وبعد التثبت من المعطيات السابق ذكرها، يدخل البنك في مفاوضات مع عميله بشأن سعر إعادة البيع مضافاً إليه هامش الربح ومدة وشروط السداد وقيمة الأقساط. وعلى ضوء نتيجة المفاوضات يتخذ البنك قرار شراء الشيء موضوع عقد المراجعة. ونظراً ما لهذا القرار من أهمية، فإن البنك يشترط على عميله إبرام وعد بالشراء لضمان جديته في بيع المراجعة الثانية.

الفرع الثاني: اشتراط الوعد بالشراء

من شروط صحة المراجعة أن يكون الشيء محل العقد مملوكاً للبنك الإسلامي. فإذا تملك البنك بالسلعة وعدل العميل عن شرائها، يجد البنك نفسه قد أنفق أموالاً في سلعة تثقل كاهله. ولهذا السبب، يتعين على العميل الذي يطلب الشراء أن يبرم عقداً أولاً مع البنك الذي يتعامل معه يتمثل في وعد بالشراء. وينص هذا الوعد على رغبة العميل في تكليف البنك بشراء السلعة التي يحتاجها، ويعبر صراحة عن اتجاه ارادته إلى إعادة شراء هذه السلعة عن طريق عقد المراجعة. ويرتب الوعد بالشراء ارتباط العميل مع بنكه سواء على المستوى الأخلاقي أو على المستوى القانوني، مما يحيلنا إلى التساؤل حول الطبيعة الملزمة لهذا الوعد بالشراء من جهة (الفقرة 1) وشرط دفع "هامش الجدية" من جهة ثانية (فقرة 2).

(1) الطبيعة الملزمة للوعد بالشراء:

إن السؤال الذي طرح منذ زمن طويل في الفقه الإسلامي يتعلق بالتكليف الشرعي للوعد بالشراء: هل يعد الوعد بالشراء الموقع من قبل الموكل ملزماً؟ وقد احتلت إشكالية الطبيعة الملزمة للوعد بالشراء مكاناً

1 I. Z. CEKICI, op. cite, p. 107.

2 روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " إذا ضَنَّ الناسُ بالدينار والدرهم ، وتَبَايَعُوا بالعينة ، وتَبَيَعُوا أذنانَ البقر ، وترَكُوا الجهادَ في سبيلِ الله ، أَدْخَلَ اللهُ تعالى عليهم ذُلًّا ، لا يَرْفَعُهُ عنهم ؛ حتى يُراجِعُوا دينَهُم "؛ الراوي : عبدالله بن عمر | المحدث : السيوطي | المصدر : الجامع الصغير | الصفحة أو الرقم : 735 | خلاصة حكم المحدث : حسن | الترخيب : أخرجه أبو داود (3462)، وأحمد (4825) باختلاف يسير، ينظر الموسوعة الحديثية في موقع الدرر السنية على الرابط: <https://dorar.net/hadith/sharh/123340>.

مهما في النقاشات بين فقهاء المذاهب الإسلامية. وإذا اتفق المختصون من حيث المبدأ على ضرورة ابرام وعد بالشراء، فإنهم اختلفوا من حيث طبيعته فهل يجب أن يكون وعدا قاطعا بالشراء، أو مجرد تعبير بسيط عن حاجة من جانب العميل دون التزام قاطع بالشراء؟

إذا كان بعض الفقهاء يؤكدون أن الوعد بالشراء ليس واجبا، لكن الأحكام القرآنية والنبوية تنص على ضرورة احترام الوعد والوفاء بالالتزامات، استنادا إلى الآية التالية: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ * كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ"¹. وقول النبي محمد صلى الله عليه وسلم (عن صفات المنافق): "إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان". كما يندرج في الإطار نفسه عديد الأحاديث التي رواها الإمام البخاري، والتي توجب احترام الالتزامات سواء على المستوى الأخلاقي أو على المستوى القانوني². ويتجه الفقه الإسلامي المعاصر، الذي يمثله بشكل أساسي يوسف القرضاوي، إلى اعتبار الوعد بالشراء ملزما لمن صدر عنه.

ويشدد يوسف القرضاوي على العواقب الوخيمة والأضرار الاقتصادية التي يمكن أن تترتب إذا كان الوعد بالشراء لا ينشئ مسؤولية قانونية على عاتق العميل وإذا لم يحترم التزامه³. ويوضح المؤلف أن: "إذا سلمنا أن الوعد لا ينشئ التزاما تجاه العميل، ولا يترتب جزاء قانونيا، فيجب أن نتصور العواقب التي يمكن أن تترتب في كل مرة لا يحترم فيها العميل التزامه ويتخلى عن المشروع، وما يترتب عن ذلك من تجميد للممتلكات والأموال"⁴.

ويبدو أن العدد الأكبر من العلماء المعاصرين، اتجهوا لاعتماد حل واقعي لصالح المؤسسات المالية، معتبرين الوعد بالشراء ملزما لمن صدر عنه. وذهبت عديد الفتاوى، وأبرزها تلك الصادرة عن اجتماع

1 سورة الصف، الآية 2 و3.

2 صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب من أمر بإنجاز الوعد، طبعة دار ابن كثير، بيروت دمشق، 2002، ص. 654.

3 ذكر الكاتب هنا أنه لم تكن هناك ضرورة لإطالة النفس في الدفاع عن الالتزام بالوعد، ولا أدري كيف يقول هذا مع أن هذه المسألة هي جوهر موضوع الخالف، وقد اجتهدت أن أرد الأمور فيها إلى أصولها، وأناقش القضية من أساسها، وشبهات القائلين بعدم الإلزام، وأدلة القائلين بالإلزام وهم كثر، وليسوا ابن شبرمة فقط، ولا المالكية أو بعضهم." يوسف القرضاوي، بيع المرابحة الأمر بالشراء كما تجر به المصارف الإسلامية، مكتبة وهبة للطباعة والنشر، 1995، ص. 146.

4 CH. M. HIMEUR, op cite, p. 177.

الفقهاء في دبي سنة 1979¹ وفي الكويت سنة 1983²، إلى اعتبار الزامية الوعد بالشراء في عمليات المراجعة موافقة للشريعة الإسلامية، ما دام البنك الإسلامي، بعد شراء البضاعة والتحوز بها نيابة عن العميل، يتحمل كامل المسؤولية عن الخسارة قبل تسليم البضائع، ويضمن جميع العيوب الخفية.

وقد أجمع محررو معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية AAOIFI أن الوعد بالشراء جائز شرعا وقانونا³ وينشئ لمصلحة البنك الإسلامي الحق في الحصول على تعويض عن الضرر الذي سببه العميل الذي يخلف بوعدته بالشراء، وعليه أن يتحمل مسؤولية دفع الفرق بين ثمن إعادة بيع البضاعة وسعر الشراء الذي دفعه البنك للمالك الاصيلي⁴.

ولم يعرف المشرع التونسي الوعد بالبيع تعريفا صريحا، خلافا للفقهاء الذي عرفه بأنه اتفاق على بيع أو شراء أو على كليهما لشيء معين بمبلغ معين⁵. وقد اعتبر فقهاء القضاء، استنادا إلى الفصل 22 من مجلة الالتزامات والعقود، أن الوعد يكون صحيحا إذا كان صادرا عن إرادة منفردة.

وغالبا ما تستخدم البنوك التونسية، وخاصة بنك الزيتونة، "عقد تواعد بالبيع" كجزء من بيع المراجعة، بناءً على معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI)، التي تجيز الوعد الثنائي أو المتبادل مع إمكانية رجوع أحد المتعاقدين أو كليهما. ويتعهد البنك بموجب هذا العقد ببيع الشيء بعد

1 السؤال: يطلب المتعامل من المصرف شراء سلعة معينة يحدد جميع أوصافها ويحدد مع المصرف الثمن الذي سيشتريها به المصرف وكذلك الثمن الذي سيشتريها به المتعامل من البنك بعد إضافة الربح الذي يتفق عليه بينهما فما الرأي في هذا التعامل؟
الجواب: يرى المؤتمر أن هذا التعامل يتضمن وعدا من عميل المصرف بالشراء في حدود الشروط المنوه عنها ووعدا آخر من المصرف بإتمام هذا البيع بعد الشراء طبقا لذات الشروط. إن مثل هذا الوعد ملزم للطرفين قضاء طبقا لأحكام المذهب المالكي وملزم للطرفين ديانة طبقا لأحكام المذاهب الأخرى وما يلزم ديانة يمكن الإلزام به قضاء إذا اقتضت المصلحة ذلك وأمكن للقضاء التدخل فيه تحتاج صيغ العقود في هذا التعامل إلى دقة شرعية فنية وقد يحتاج الإلزام القانوني بها في بعض الدول الإسلامية إلى إصدار قانون بذلك. المؤتمر الأول للمصرف الإسلامي دبي 1399هـ/1979م، فتوى رقم 8، كتاب الفتاوى الاقتصادية، ص. 1285.

2 يقرر المؤتمر أن المواعدة على بيع المراجعة الأمر بالشراء بعد تملك السلعة المشتراة وحياتها ثم بيعها لمن أمر بشراؤها بالربح المذكور في الموعد السابق هو أمر جائز شرعا طالما كانت تقع على المصرف الإسلامي مسؤولية الهالك قبل التسليم وتبعه الرد فيما يستوجب الرد ببيع خفي وأما بالنسبة للوعد وكونه ملزما لأمر أو المصرف أو كليهما فإن الأخذ بالإلزام هو الأحفظ لمصلحة التعامل واستقرار المعاملات وفيه مراعاة لمصلحة المصرف والعميل وأن الأخذ بالإلزام أمر مقبول شرعا وكل مصرف مخير في الأخذ بما يراه في مسألة القول بالإلزام حسب ما تراه هيئة الرقابة الشرعية لديه، المؤتمر الثاني للمصرف الإسلامي الكويت 1403 هـ/1989 م، فتوى رقم 6، الوعد بالشراء، ص. 1300.

3 الوعد من الأمر بالشراء في المراجعات التي تجريها المؤسسات وعد ملزم كما في البند 3/4 من هذا المعيار. وينظر المعيار الشرعي رقم 8 بشأن المراجعة، المعايير الشرعية، المعيار رقم 1/5/49، الوعد والمواعدة، ص. 1193.

4 يحق للمؤسسة الحصول على التعويض عن الضرر الفعلي الناشئ عن نكول العميل في حال الوعد الملزم، وذلك بتحمل العميل الفرق الحاصل بين ثمن السلعة المباعة للغير وبين الثمن الأصلي المدفوع من المؤسسة للبائع الأول، الفصل 2/4، المراجعة، المعيار الشرعي رقم 8، النص الكامل للمعايير الشرعية التي تم اعتمادها حتى صفر 1439 هـ. نوفمبر 2017 م، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ص. 213.

5 الوعد بالبيع هو الاتفاق الذي يوعد أو يتواعد به بالبيع أو بالشراء أو بكليهما لشيء معين وبثمن معين مع منح الخيار لأحد الطرفين أو لكليهما في قبول التعاقد النهائي من عدمه، نذير بن عمو، العقود الخاصة، البيع والمعاوضة، مركز النشر الجامعي، 2007، ص. 109.

استلامه من المالك الأصلي، ويتعهد العميل بشرائه وفقاً للشروط الواردة في العقد. ويعرف هذا الوعد المتبادل مع إمكانية العدول "بخيار الشرط"، وتدرج معظم البنوك الإسلامية هذا البند صلب عقود المربحة مانحة العميل، إمكانية ممارسة حق الرجوع عن الوعد الذي سبق له تقديمه. وتكمن الميزة الرئيسية لهذا الشرط هي أنها "تتيح للأطراف وقتاً أطول للتفكير، بحيث يكون التزامهم نابعا عن اقتناع تام"¹. وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن العميل الأمر بالشراء، يجب أن يتحمل التكاليف التي تكبدها البنك بمناسبة المعاملة التجارية، ويعوضه عن الأضرار التي لحقت به جراء تراجعته عن إتمام العقد، وتعادل قيمة التعويض الفرق بين سعر البيع المتفق عليه في عقد المربحة وسعر البيع للعميل آخر، على ألا يشمل التعويض إلا التكاليف التي تم صرفها فعلياً من قبل البنك، فلا يمكن للبنك المطالبة بتعويض عن ضياع الفرصة المفترضة أو ما فاتته من الربح نتيجة عدم إبرام عقد المربحة.

وإلى جانب اشتراط الوعد بالشراء، وللتأكد من جدية العميل وقدرته المالية من جهة، وضمان التعويض عن الضرر الذي يمكن أن يلحق به بسبب تراجع العميل عن الوعد بالشراء²، عادة ما يطلب البنك من عميله دفع مبلغ يسمى "هامش جدية" ويسمى أيضاً "ضمان الجدية".

(2) دفع "هامش الجدية"

عادة ما يطلب البنك من عميله بصفة متلازمة مع الوعد بالشراء دفع مبلغ يسمى "هامش الجدية" لتغطية النفقات اللازمة لدراسة جدوى العملية، وكنوع من الضمان بأن العميل لن يتراجع عن وعده بالشراء.

ويمكن تعريف هامش الجدية بأنه وديعة تأمين يضعها العميل تحت تصرف البنك، لتغطية النفقات التي قد يتكبدها في حالة عدم وفاء العميل بوعده بالشراء، خاصة إذا ما أخذنا بعين الاعتبار أن البنك لا يمكنه الحصول على عمولة التزام أو عمولة لمنح تسهيلات ائتمانية. وبما أن هامش الجدية قابل للاسترداد، فلا يمكن للمصرف تحصيل سوى النفقات التي تم تكبدها بالفعل في تنفيذ عملية المربحة، كتغطية نفقات دراسة جدوى العملية التي يطلبها العميل.

1 M. HAISSOUNE, op. cite, p. 87.

2 D. ABDELMONEEM, op. cite, p. 101.

وفي هذه الحالة يمكن للبنك أن يخصص المبالغ التي تكبدها، قبل إعادة الباقي إلى العميل. وبالتالي يشمل هامش الجدية كامل التكاليف المتعلقة بدراسات الجدوى وجميع الرسوم اللازمة لتنفيذ عقد المربحة¹. وقد نصت معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI)، في المادة 2-5-3 من معايير المربحة، على أنه يمكن للمؤسسة المالية الإسلامية أن تتسلم من عميلها مبلغ هامش جدية، لضمان التعويض في حالة تراجع العميل عن إتمام الصفقة²، كما اقتضى نص هذه المادة أن هذا المبلغ لا يدخل في ثمن البضاعة. فإذا لم يف العميل بوعده بالشراء، وقام المصرف ببيع السلعة لشخص آخر وفي وقت لاحق، فإن هامش الجدية المودع من قبل العميل الأول سيغطي التكاليف الإضافية الناتجة عن عملية البيع الثانية. ويعطي هذا التوضيح شرعية للهامشية الجدية، ذلك أن بعض الفقهاء اعتبروا أن هذا المبلغ هو دفع جزء من ثمن السلعة قبل تحوز البائع بها، في حين أن ذلك محرم شرعا اذ لا يجوز بيع شيء لا يملكه البائع.

كما لا يمكن تحت أي ظرف من الظروف اعتبار مبلغ هامش جدية عربونا، وقد عرفت مجلة الالتزامات والعقود في الفصل 303 منها العربون بأنه: "ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر لأجل إتمام ما تعاقد عليه". ويضيف القانون نفسه في الفصل الموالي أنه "عند إتمام التعاقد يطرح العربون مما في ذمة العاقد الذي أعطاه فيطرح من ثمن المبيع..".

في حين لا يستطيع البنك استعادة الا المصاريف التي أنفقتها في التحضير لعملية المربحة هذه، وفي حال تنفيذ المربحة بشكل صحيح من قبل جميع الأطراف، يجب على البنك إعادة مبلغ هامش الجدية إلى العميل باعتبار أنه لا يشكل جزءاً من مبلغ عملية المربحة.

1 M. HAISSOUNE, op. cite, p. 81.

2 يجوز للمؤسسة في حالة الالتزام بالوعد أن تأخذ مبلغا نقديا يسمى هامش الجدية، يدفعه العميل بطلب من المؤسسة من أجل أن تتأكد من القدرة المالية للعميل، وكذلك لتطمئن على إمكان تعويضها عن الضرر اللاحق بها في حال نكول العميل عن وعده الملزم، الفصل 2-5-3، المعيار رقم 8، المربحة، المعايير الشرعية، ص. 209.

ومع ذلك، يمكن للمتعاقدين أن يقرروا وفقاً لمعايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية¹، أن هذه المبالغ ستعوض جزءاً من الأموال التي تكبدها البنك².

وعلاوة على ذلك، يمكن إيداع مبلغ هامش الجدية في حساب استثماري بتقنية المضاربة مع تقاسم الخسائر والأرباح، مما يدل على استقلال هذا المبلغ عن ثمن بيع المربحة³.

وقد أثار "هامش الجدية" جدلاً بين الفقهاء، وذهب العديد منهم إلى اعتبار أن البنوك الإسلامية تستخدم هذا المبلغ «لتحييد» حق خيار عدم الشراء، المعروف باسم "خيار الشرط"⁴، فيجد العميل نفسه مضطراً لإتمام عقد المربحة حتى لا يخسر مبلغ "هامش الجدية" الذي دفعه سابقاً. وعادة ما تتراوح قيمة هامش الجدية التي تطلبها البنوك الإسلامية بين 5% و10% من مبلغ العملية⁵، الأمر الذي دفع العديد من المؤلفين إلى طرح السؤال عما إذا كان هذا المبلغ يشكل عربوناً مقنعاً، مما يجعل شرعيته في موضع شك.

خاتمة:

يعتمد تكوين عقد المربحة على مجموعة من الشروط الأساسية، مثل وجود شيء محدد ومتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية، وطلب الشراء الذي يجب أن يعبر عنه العميل بوضوح. ويجب على البنك التحقق من مطابقة الشيء موضوع عقد المربحة للمعايير الشرعية قبل البدء في تنفيذ العقد، كما يجب عليه أيضاً التأكد من مصداقية العميل وملاءمة ذمته المالية، وبمجرد الانتهاء من جميع هذه الخطوات، يمكن للبنك بعد ذلك المضي قدماً في التفاوض على سعر البيع مع عميله. فمتى نشأ العقد صحيحاً ومتوافقاً مع الأحكام الشرعية والقانونية رتب التزامات ومسؤوليات عاتق كل طرف طوال مدة تنفيذ العقد.

وتوصلنا في نهاية هذه الدراسة إلى العديد من النتائج أهمها:

1- التأصيل القانوني لعقد المربحة في تونس، بتوضيح أهم الأسس القانونية التي يستند عليها.

1 إذا تم تنفيذ العميل لوعده وإبرامه عقد المربحة فيجب على المؤسسة إعادة هامش الجدية للعميل، ولا يحق لها تملكه إلا في حالة النكول حسب التفصيل في البند. ويجوز الاتفاق مع العميل عند إبرام عقد المربحة على خصم هذا المبلغ من ثمن السلعة، الفصل 5/5/2، المعيار رقم 8، المربحة، المعايير الشرعية، ص. 210.

2 I. Z. CEKICI, le cadre juridique français des opérations de crédit islamique, thèse pour obtenir le grade de docteur, école doctorale droit, sciences politiques et histoires ED101, Centre du droit de l'entreprise EA3397, Université de Strasbourg, p. 415.

3 وهذا المبلغ المقدم لضمان الجدية إما أن يكون أمانة للاستثمار بأن يأذن العميل للمؤسسة باستثماره على أساس المضاربة الشرعية بين العميل والمؤسسة. وإما أن يودع في حساب جار باختيار العميل"، المعايير الشرعية، المربحة، 3/5/2، ص. 208.

4 M. HAISSOUNE, op. cite, p. 82.

5 I. Z. CEKICI, op. cite, p. 415.

- 2- التأكيد على انسجام ومطابقة عقد المراجعة في القانون التونسي مع الشريعة الإسلامية.
 - 3- تحليل كيفية تطبيق عقود المراجعة في الواقع العملي، بتبيان مراحل ابرامها ومدى انتشارها بين المؤسسات المالية والشركات.
 - 4- يمكن لعقود المراجعة أن تلعب دوراً هاماً في دعم التنمية الاقتصادية من خلال تمويل المشاريع والمبادرات الاقتصادية المختلفة، مما يسهم في خلق فرص عمل وتحفيز النمو الاقتصادي.
 - 5- ضرورة التوسع في استخدام عقود المراجعة في مختلف القطاعات والصناعات، بما في ذلك العقارات والتجارة والتكنولوجيا، لتحقيق فوائد اقتصادية أكبر.
- كما توصلنا لعدد التوصيات يتمثل أهمها فيما يلي:

- 1- ضرورة تطوير الإطار القانوني لعقد المراجعة لتعزيز الثقة في هذه الآلية المالية
- 2- ضرورة وضع وتطوير آليات رقابية فعالة لضمان الامتثال للأنظمة والتشريعات المتعلقة بعقود المراجعة ومنع الممارسات غير المشروعة.
- 3- توسيع نطاق استخدام عقود المراجعة بتشجيع الشركات على استخدام عقود المراجعة كوسيلة للتمويل وتنويع مصادر التمويل.
- 4- تعزيز معايير الشفافية والإفصاح في عقود المراجعة لضمان تبادل المعلومات بشكل شفاف ومنع الممارسات غير القانونية.
- 5- ضرورة توفير خدمات مالية مبتكرة تعتمد على عقود المراجعة، مما يسهل على المستهلكين الوصول إلى التمويل بطريقة شرعية ومتوافقة مع الشريعة الإسلامية
- 6- العمل على تحسين الإجراءات المتعلقة بعقود المراجعة لتبسيطها وتسريعها، مما يسهل على المستهلكين الحصول على التمويل بسرعة وبشكل ميسر.
- 7- يُوصى بإجراء مراقبة وتقييم دوري لأداء عقود المراجعة وفعاليتها في تحقيق أهداف تسهيل المعاملات للمستهلك وتحقيق النجاعة الاقتصادية، واتخاذ التدابير اللازمة لتحسينها.

قائمة المراجع:

المراجع باللغة العربية:

الكتب:

- الحسين بن محمد شواط وحميش عبد الحق، فقه العقود المالية، دار الكتاب الثقافي، الأردن، 2012.
- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، دار الفكر، بيروت، 1985.
- علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
- نذير بن عمو، العقود الخاصة، البيع والمعاوضة، مركز النشر الجامعي، 2007.
- يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، قطر، 1991.
- يوسف القرضاوي، بيع المرابحة الأمر بالشراء كما تجرّيه المصارف الإسلامية، مكتبة وهبة للطباعة والنشر، 1995.

أحكام قضائية:

- قرار تعقيبي مدني عدد 27544 مؤرّخ في 23 جانفي 2004، نشرية محكمة التعقيب، 2004، عدد 2، ص. 139؛ مجلة القضاء والتّشريع، 2004، عدد 7، ص. 193.
- قرار استئنائي مدني عدد 6215 مؤرّخ في 8 أفريل 1982، مجلة القضاء والتّشريع، 1983، ص. 126.
- قرار تعقيبي مدني عدد 11251، مؤرّخ في 22 أفريل 1985، نشرية محكمة التعقيب، 1985، عدد 1، ص. 178.
- قرار تعقيبي مدني عدد 1597 مؤرّخ في 20 نوفمبر 1979، نشرية محكمة التعقيب، 1979، عدد 2، ص. 101.
- قرار تعقيبي مدني عدد 30715 مؤرّخ في 22 سبتمبر 1992، نشرية محكمة التعقيب، 1992، ص. 496.
- قرار تعقيبي مدني عدد 3746، مؤرّخ في 23 أكتوبر 2000، نشرية محكمة التعقيب، 2000، عدد 1، ص. 90.

تقارير رسمية:

- البنك المركزي التونسي، التقرير السنوي لعام 2018 حول الرقابة المصرفية، الصادر في جانفي 2020.
- التقرير السنوي لبنك الزيتونة لسنة 2022، إدارة المعلومات التسويقية وأبحاث السوق، مارس 2023.

المراجع باللغات الأجنبية:

كتب:

- ELMEZIANE, La finance islamique, une finance alternative, Les cahiers de la Finance Islamique n° 5, Université de Strasbourg, CNRS, 2013.
- LEVY, Finance islamique : Opérations financières autorisées et prohibées vers une finance humaniste, Lextenso éditions, Paris, 2012.
- Ch. M. HIMEUR, Les contrats de la finance islamique : Analyse perspective, Préface de Thierry Bonneau, Collection sous la direction de Bruno Colmant, Editions Larcier, Groupe Larcier, 2018.
- D. ABDELMONEM, Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, Thèse pour obtenir le grade de docteur délivré par l'Université Montpellier 1 en cotutelle avec l'Université du Caire (Egypte), 2013.
- E. VAN DEN HAUTE, Contrats spéciaux : La vente, Editions Larcier, 2018.
- F. GUERANGER, Finance islamique : Une illustration de la finance éthique, Dunod, Paris, 2009.
- G. CAUSSE-BROQUET, La finance islamique, 2^{ème} édition, Point Delta, Beyrouth Liban, 2012.
- G. POLET, La finance islamique : principes de fonctionnement et comparaison entre Murabaha Immobilier et prêt hypothécaire conventionnel, Mémoire-recherche en vue de l'obtention du titre de Master en ingénieur de gestion, Louvain School of Management, Université Catholique de Louvain, 2016.
- CHAPPELLIERE, La Licéité des produits financiers islamiques en France : Quels types de légitimité dans la construction et le contrôle de la norme ?, Article publié dans le livre : Les sens du Halal, Florence Bergeaud- Blackler, CNRS éditions, 2015.
- Z. CEKICI, le cadre juridique français des opérations de crédit islamique, thèse pour obtenir le grade de docteur, école doctorale droit, sciences politiques et histoires ED101, Centre du droit de l'entreprise EA3397, Université de Strasbourg, 2012.

- A. SHUMPETER, Théorie de la monnaie et de la banque : l'essence de la monnaie, Paris, l'Harmattan, 2005.
- M. CHIADMI : Le Noble Coran, Nouvelle traduction du sens de ses versets, Préf. Cheikh Zakaria Seddiki, Tariq Ramadan et Shaykh Yusuf Ibram, Tawhid, 2010.
- M. MOATE, La création d'un droit bancaire islamique, Thèse pour le doctorat en droit, Université de La Rochelle, Faculté de Droit, Science Politique et Gestion, Ecole Doctorale Pierre Couvrat- ED 088, Centre d'études internationales sur la romanité- EA 4227, 2011.
- M. THIAM, De la religion à la banque : Contribution à l'étude d'un droit bancaire islamique en France, Thèse présentée pour obtenir le grade de Docteur en Droit Privé, Ecole Doctorale n° 509, Centre de Droit et de Politique Comparés Jean-Claude ESCARRAS UMR-CNRS 7831, Université de Toulon, 2013.
- M.-A. GUERRIERO, L'acte juridique solennel, Thèse, Toulouse, LGDJ. 1975.
- PH. MALAURIE, L. AYNES, Droits des contrats spéciaux : à jour de la réforme du droit des contrats, de la refonte du Code de la consommation et de la loi justice du XXI siècle, 8^{ème} édition, Collection Droit Civil, LGDJ, 2016.
- S.KAABACHI : L'influence des caractéristiques perçues des services bancaires islamiques sur leur adoption par la clientèle bancaire tunisienne, Les Cahiers de la Finance Islamique, n°9, Université de Strasbourg, Agence Nationale de la Recherche, Centre National de la Recherche Scientifique, 2015.
- V. El-Gamal (Mahmoud A.), Finance islamique : Aspects légaux, économiques et pratiques, De Boeck, Bruxelles, 2010.
- V. El-Gamal (Mahmoud A.), La banque et la finance islamique, De Boeck, Bruxelles, 2012.
- مقالات:
- BELABES, Epistémologie des principes de la finance islamique, Université du Roi Abdulaziz- Jeddah-Arabie Saoudite, Les Cahiers de la Finance Islamique Numéro 2, Décembre 2010, Ecole de Management Strasbourg, Université de Strasbourg, p. 23.
- KHAN, M. KHAN, B. SHAGUFTA, I. AHMAD, M. ILYAS: Comparison of Islamic and Conventional Banking Practices Regarding House Finance in Pakistan: A case of Hazara Division. Academic Research International, 2014, p. 251.

- RADI, I. BARI, Les produits financiers alternatifs au Maroc : Pratique et perspectives, La Revue des Sciences de Gestion, Direction et Gestion, 2012, n° 255-256 – Finance, p. 157.
- F. DURAND et S. HAZOUG, La murabaha, Revue de droit bancaire et financier, 2011, étude n° 16, p. 18.
- F. KORBI, La finance islamique : une nouvelle éthique ? Comparaison avec la finance conventionnelle, Thèse pour obtenir le grade de Docteur en Economie, Université Paris 13, Centre d'économie de l'Université Paris-Nord (CEPN), U.F.R de Sciences Economiques, 2016, p. 58-59.
- G. CAUSSE, Le sort des banques islamiques : De la difficulté de satisfaire des objectifs multiples, La Revue des Sciences de Gestion, Cairn.info, Matières à réflexion, mai-aout 2012, p. 115.
- GUERMAS-SAYEGH, La religion dans les affaires : La Finance Islamique, Fondapol: Fondation Pour L'innovation Politique, Mai 2011, p.15.
- SAADOUNI et T. GENC, La mourabaha : Principes, Pratiques, Controverses, Les Cahiers de la Finance Islamique, n° Spécial, Le développement de la finance islamique dans les législations nationales : à la recherche d'un cadre commun, Université de Strasbourg, Centre National des Recherches Scientifiques, 2015, p. 9.
- WEILL, Les banques islamiques favorisent-elles le développement économique?, Les cahiers de la Finance Islamique, N°4, Université de Strasbourg, CNRS, 2013, p. 22.
- HAMROUNI, La banque islamique, Etude doctrinale, Infos Juridiques : La revue du droit, n° 154/155, Avril 2013, p. 13.
- REKIK, Les contrats de financement islamique à l'épreuve du droit Positif, Revue de la Jurisprudence et de la Législation, République Tunisienne, Ministère de la Justice, Centre d'études juridiques et judiciaires, 55^{ème} Année, n°8, Octobre 2013, p. 10.
- W. MZID, La finance islamique : Principes fondamentaux et apports potentiels dans le financement de la croissance et du développement, Emerging new economic policy makers in the Arab Mediterranean : Economic Agendas of Islamic actors, 2012, p. 50.

التعامل بالعملات الافتراضية في القانون الليبي بين الإباحة والتجريم

Dealing in virtual currencies in Libyan law between permissibility and criminalization

فاطمة بشير محمد بشير مولاي، محاضر في القانون الجنائي، كلية القانون، جامعة الجفرة

Fatima Bashir Muhammad Bashir Moulay, Lecturer in Criminal Law, Faculty of Law, Jufra University

75

ملخص:

يخطو المشرع الليبي خطوات خجولة لمواكبة التحول الرقمي الذي يشهده العالم ، ومن مخرجات هذا التحول الرقمي ظهور العملات الافتراضية المشفرة التي أضحت واجهة التبادل التجاري في عديد من الدول كونها تعتمد على الفضاء السيبراني بعيدا عن مركزية الدولة ومؤسساتها المصرفية ، وبالرغم من حظر المصرف الليبي المركزي التعامل بها ، إلا أنه تنتشر مصانع تعدينها في الأرض الليبية مع غياب النص المنظم لها ، الأمر الذي يقضي وجود تقنين ينظمها ويحدد مدى شرعية التعامل بها ويحدد طبيعتها القانونية أمام الجدل الواسع حول كونها عملة نقدية أو سلعة .

الكلمات المفتاحية: عملات افتراضية، المشفرة، إباحة، تجريم، القانون الليبي.

Abstract:

The Libyan legislator is taking timid steps to keep pace with the digital transformation that the world is witnessing, and one of the outcomes of this digital transformation is the emergence of encrypted virtual currencies, which have become the interface for commercial exchange in many countries because they depend on cyberspace, far from the centralization of the state and its banking institutions, and despite the Central Bank of Libya's ban on dealing in them. However, its mining factories are spread throughout Libyan territory with the absence of a text regulating it, which requires the existence of a legal system that regulates it, determines the extent of the legality of dealing with it, and determines

its legal nature in the face of the widespread controversy over whether it is a monetary currency or a commodity

key words: Virtual currencies, encrypted currencies, legalization, criminalization, Libyan law.

مقدمة:

ظهر عهد جديد للتعامل النقدي، اضمحلت فيه سلطة الدولة، وولت فيه هيمنة البنوك، حيث أصبح التداول الرقمي هو سيد الموقف في الأسواق المالية، وتسلمت الأضواء على أساليب دفع جديدة أساس التعامل فيها بالعملة الرقمية، ذات الوجود الرقمي غير المحسوس، والتي أثار وجودها الجدل في الأوساط القانونية حول شرعية التعامل بها من عدمه على الصعيد الدولي والداخلي.

وبالوقوف على منظومة التشريعات الليبية، تفتقر هذه المنظومة لوجود تشريعات منظمة للعمليات الرقمية المشفرة، وبالمقابل تسمح تشريعات بعض الدول بالاعتماد عليها كوسيلة للتبادل النقدي والوفاء بالالتزامات المالية كونها تعتمد على الشبكة العنكبوتية دونما ضوابط وقيود، وكونها أيضا عابرة للحدود.

أهداف البحث:

تهدف الدراسة للوقوف على الوضع القانوني للتعامل بالعملة الافتراضية المشفرة في القانون الليبي بالنظر للتحديات والصعوبات القانونية التي واكبت ظهورها.

أهمية البحث :

تبدو أهمية الدراسة كونها محاولة جادة لتسليط الضوء على التكييف القانوني لعملية التداول بالعملة الافتراضية المشفرة من حيث الإباحة أو التجريم، خاصة مع حظر التعامل بها من قبل البنوك في كثير من الدول كونها تهدد الاقتصاد القومي.

مشكلة الدراسة:

إن الدور الهام الذي يضطلع به القانون الجنائي لحماية الحقوق والحريات والصالح العام، من خلال نصوصه التجريبية التي تجرم الأفعال التي من شأنها النيل من هذه الحقوق أو تهدد المجتمع وتعرض أمنه للخطر، يدفعنا لطرح الإشكالية التالية:

في عصر التحول الرقمي كيف يعمل المشرع الليبي على تحقيق الموازنة الصعبة بين ضمان استقرار النظام النقدي وتعزيز الثقة به من ناحية، وبين الواقع الرقمي الذي يفرض نفسه، حيث أضحت العملات الافتراضية المشفرة مجهولة المصدر هي الراجحة في التعامل النقدي وما يحيطها من إشكاليات قانونية تتعلق بطبيعتها كعملة ومدى شرعية التعامل بها من ناحية أخرى؟

تندرج تحت هذه الإشكالية عدة تساؤلات، وللإجابة على هذه التساؤلات اعتمدت الدراسة المنهج الوصفي المقارن: في بحثين اثنين.

خطة البحث:

قسمت هذه الدراسة لمقدمة ومبحثين؛ تناول المبحث الأول ماهية العملات الافتراضية في مطلبين اثنين، طرح الأول مفهوم العملة الافتراضية المشفرة؛ والثاني التكييف القانوني للعملات الافتراضية المشفرة. في حين تناول المبحث الثاني موقف القانون الدولي والداخلي من التعامل بالعملات الافتراضية المشفرة وذلك بالوقوف على الموقف الدولي في المطلب الأول؛ ثم موقف القانون الليبي وغيره من التشريعات في المطلب الثاني. بالإضافة إلى الخاتمة، والتي تتضمن نتائج الدراسة وتوصياتها.

المبحث الأول: ماهية العملات الافتراضية وتكييفها القانوني

في مستهل الحديث لابد لنا من الوقوف على مفهوم العملة الافتراضية المشفرة وتكييفها القانوني. على النحو الآتي بيانه.

المطلب الأول: مفهوم العملة الافتراضية المشفرة

بادئ ذي بدء ترتبط العملة بسيادة الدولة، كونها وسيلة للتبادل التجاري العالمي، وقد مرت العملة الرسمية للدولة الليبية بعدة تطورات وتغيرات بتغير الوضع السياسي للدولة والسياسة النقدية، انتهت بصدر أول عملة ليبية رسمية بتاريخ 24/2/1952 من قبل لجنة متخصصة سميت بلجنة النقد الليبية التي تم تأسيسها بموجب قانون مراقبة النقد الصادر في 13 سبتمبر عام 1955⁽¹⁾.

ومن رحم الأزمات المالية التي أثرت على النظام المالي العالمي، خاصة الأزمة المالية لعام 2008، ظهرت العملات الرقمية⁽²⁾. التي تعد العملة الافتراضية شكلا من أشكالها، ولعل أول ظهور لمصطلح العملة الافتراضية يرجع لعام 2012⁽³⁾، عندما عرفها البنك المركزي الأوروبي بأنها: ((نوع غير مقنن من المال الرقمي، يصدره مطوروه ويتحكمون به، ويستعمله ويقبله أفراد مجتمع افتراضي ما))⁽⁴⁾، فبي على عكس العملات الرقمية الرسمية التي يتم التعامل بها تحت

¹ - الجيباني. صقر، أ. التركيوي. آسيا، تطورات النقود والمصارف والسياسة النقدية في ليبيا (دراسة تحليلية خلال الفترة 1952-2020)، المركز الليبي للدراسات ورسم السياسات، 2022، ص 8.

² - فرح، أحمد قاسم، العملات الافتراضية في دولة الإمارات العربية المتحدة (الحاجة إلى إطار قانوني لمواجهة مخاطرها، دراسة مقارنة)، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد 2، 2019، ص 70.

³ - لعل سبق ظهور العملات المشفرة يرجع لعام 2009 في ورقة علمية حملت عنوان (بيتكوين: نظام النقد الرقمي من الند للند) لمخترعها ساتوشي ناكاموتو. عين، محمد جمال. محمد، عبد الباسط جاسم، العملة الافتراضية (البيتكوين) تكييفها القانوني وحكم التعامل فيها، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الثاني، 2020، ص 142.

Article titled: Virtual Currency: Definition, Types, Advantages & Disadvantages.by:jefreda R.Brown.

<https://www.investopedia.com/>⁴.

رقابة البنوك المركزية، نجد أن العملات الافتراضية محاطة بأنماط وأشخاص ومصادر غير معروفة، بعيدة عن أية جهة حكومية أو جهوية المصارف المالية⁽¹⁾.

وفي هذا الإطار تحظى العملات الرقمية أو الالكترونية بتنظيم القانون، فقد نصت المادة الأولى الفقرة 35 من قانون المعاملات الإلكترونية الليبي على أنه: ((النقود الإلكترونية: هي قيمة نقدية مخزنة على وسيلة إلكترونية مدفوعة مقدماً وغير مرتبطة بحساب مصرفي، وتحظى بقبول واسع من غير من قام بإصدارها وتستعمل أداة للدفع لتحقيق أغراض مختلفة))⁽²⁾.

وفي المقابل لم تحظى العملات الافتراضية المشفرة بتنظيم قانوني في التشريع الليبي، في حين تدخل المشرع المصري بتنظيمها قانونياً، محاولة منه لمواجهة مخاطرها، فقد نصت المادة الأولى من الباب الأول من القانون رقم 194 لسنة 2020 (بشأن إصدار قانون البنك المركزي) على أنه: ((النقود المشفرة هي عملات مخزنة إلكترونياً غير مقومة بأي من العملات الصادرة عن سلطات إصدار النقد الرسمية، ويتم تداولها عبر شبكة الإنترنت)⁽³⁾

ولعله من المفيد الإشارة هنا، إلى أن العملات الافتراضية (المشفرة) تعتمد في إصدارها على نظام الكتروني مشفر يسمى (بلوك تشين)، وتعتبر عملة البيتكوين من أشهر العملات الافتراضية انتشاراً في التجارة الإلكترونية العالمية⁽⁴⁾، ولعل الهدف الرئيسي من ظهور هذه العملة هو إنشاء عملة لا تخضع للتضخم، ذات قيمة، يمكن تداولها رقمياً وتكون وسيلة للتبادل، ومستقلة عن أي مؤسسة تنظيمية مركزية⁽⁵⁾ في إطار نظام نقدي الكتروني مشفر و متاح للجميع، حيث يكون من حق كل شخص في الشبكة الالكترونية الولوج لرصيد أي حساب، ولعل هذه الطبيعة اللامركزية للعملات المشفرة دفعت بالحكومات والجهات الرسمية القانونية بضرورة فهمها بما يكفل تنظيمها قانونياً خاصة إن تلك الطبيعة من شأنها تسهيل جرائم غسيل الأموال⁽⁶⁾.

¹ الخوري، علي محمد، المدفوعات الالكترونية والعملات الرقمية، مجلس الوحدة الوطنية بجامعة الدول العربية، 2021، ص71.

² - القانون رقم 6 لسنة 2022. بشأن المعاملات الإلكترونية، صدر في أكتوبر 2022، في مدينة طبرق الليبية. نشر في الجريدة الرسمية 2023.

³ - الجريدة الرسمية - العدد 37 مكرر (و)، 15 سبتمبر سنة 2020.

⁴ - تعد إفريقيا سوقاً رائجة للعملات المشفرة ولعل عدم خضوع هذا النوع من العملات للسلطة الدولية يجعلها في منأى عن التقلبات التي تتعرض لها العملات الرسمية، كما تعتبر الوسيلة الآمنة لتحويل الأرصدة والأموال بأقل تكلفة وفي مأمّن من الرقابة خاصة مع انتشار الأسواق غير الرسمية في القارة، ولعل الوضع الأمني في ليبيا والتوتر السياسي جعلها بيئة لتعدين هذه العملات فهي تمثل ثاني أكبر دولة معدنة للعملات المشفرة في القارة. البياع، غادة أنيس أحمد، العملات المشفرة وتقنية البلوك تشين في إفريقيا: تقييم الفرص والتحديات، المجلة العلمية للدراسات والبحوث المالية والتجارية، المجلد الأول، العدد الثاني، الجزء الأول، يوليو 2020، ص6. راجع أيضاً: مقال بعنوان: (العملات المشفرة في إفريقيا: مزايا مالية ومخاطر اقتصادية) <https://pharostudies.com/24/11/2021>

Chilachava. Mariam, The Role of Cryptocurrencies in Private Law and the General Framework for their Regulation, Journal of Law, N°1, 2023, P71. ⁵-

SinghAkanksha, Chawla Sharan, Cryptocurrency Regulation: Legal Issues and Challenges. International Journal of Reviews and Research in Social Sciences Volume No. : 7. Issue No. : 2. 2019.p. 365-375 ⁶.

وتعد دولة الإمارات العربية بيئة خصبة للتعامل بالعملات الرقمية، وقد عرف المشرع الإماراتي الأصل الافتراضي وهو يرمز للعملة الافتراضية بأنه: ((تمثيل رقمي للقيمة التي يُمكن تداولها رقمياً أو تحويلها أو استخدامها كأداة للمُبادلة أو الدَّفْع أو لأغراض الاستثمار، وتشمل الرُّموز المميزة الافتراضية، وأي تمثيل رقمي لأي قيمة أخرى تُحدِّدها السُّلطة في هذا الشأن))، في حين عرف الرموز المميزة الافتراضية بأنها: ((تمثيل رقمي لمجموعة من الحقوق التي يُمكن طرحها وتداولها رقمياً من خلال منصّة الأصول الافتراضية))، أما الأصول الافتراضية فيقصد بها حسب نصوص القانون: ((منصّة رقمية مركزية أو غير مركزية، تُدار من قبل مُقدِّم خدمات الأصول الافتراضية، يتم من خلالها بيع وشراء الأصول الافتراضية وتداولها وطرحها وإصدارها وحفظها وتسوية وتقاس تداولاتها من خلال تقنية السَّجل المُوزَّع))⁽¹⁾.

وباستقراء هذه المفاهيم، تفرض العملة الافتراضية المشفرة نفسها، كونها مرتبطة بالفضاء الرقمي الافتراضي الذي لا غنى عنه في وقتنا الحالي، بعيدة عن شبح المركزية والسياسات النقدية وأسعار العملات وتصريف العملة. ولا محل هنا للخوض في أنواع العملات الافتراضية المشفرة ونشأتها والأسواق المالية المتعاملة بها، فهو محل دراسات أخرى.

المطلب الثاني: التكييف القانوني للعملة الافتراضية المشفرة

تجدر الإشارة هنا إلى أنه وبالرغم من المزايا المتعددة للعملات الافتراضية المشفرة، سواء المتعلقة بسرعة إنجاز المعاملات التجارية المرتبطة بها وقلة تكلفتها فهي معتمدة على النظام الإلكتروني والحسابات المشفرة، وبعدها على السلطة المركزية للدولة والبنوك، وسرية المتعاملين بها، بالرغم من ذلك كله يظل الوضع القانوني لها معتم ومظلم⁽²⁾. وفي تحديد طبيعتها القانونية هناك العديد من الآراء والنظريات لفقهاء القانون مع قلة إذا لم نقل ندرة التشريعات المنظمة لها، فالمشرع المصري قد فاضل بين النقود الإلكترونية والافتراضية المشفرة، حيث اعتبر النقود الإلكترونية لها قيمتها بالعملة الرسمية للدولة ألا وهي الجنيه المصري، مما يضفي عليها الشرعية كمثيلتها من العملة النقدية الرسمية، في حين نجد المشرع في تعريفه للعملة المشفرة قد نص على أنها ليست مقومة بأي عملة من العملات الرسمية للدولة، بالتالي لا تعامل معاملة العملة الرسمية للدولة ولا تصلح لأن تكون وسيلة للدفع⁽³⁾.

ونجد المشرع الإماراتي قد سار على نفس نهج المشرع المصري وهو ما يتضح من نص المادة 17 من القانون رقم 10 لسنة 1992 بشأن الإثبات في المواد المدنية والتجارية، فقد نصت على ما يفيد بأن للنقود الإلكترونية القوة القانونية الكافية

1 - المادة الثانية من القانون رقم 4 لسنة 2022 بشأن تنظيم الأصول الافتراضية في إمارة دبي، صدر في دبي بتاريخ 28 فبراير 2022م.

2 - نجاحرة، كمال، الطبيعة القانونية للعملات الافتراضية الرقمية (دراسة قانونية تحليلية مقارنة)، المجلة الدولية للاجتهاد القضائي، العدد 3، سبتمبر، 2021، ص 21.

3 - إبراهيم، محمد جبريل، جريمة التعامل في العملات المشفرة أو النقود الرقمية (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 79، مارس 2022، ص 1031.

لكي تكون أداة للوفاء بالدين وإبراء الذمة، بالتالي تقوم مقام العملة النقدية⁽¹⁾، في حين في تعريفه للعملة الافتراضية المشار إليها سابقاً لم ينص على كونها أداة وفاء وإن كان المشرع نص على قيمتها القانونية كأداة للدفع والتبادل في الأوساط الرقمية، إلا أن قيمتها قيمة رقمية.

وعدم صدور العملة الافتراضية المشفرة من جهة رسمية هو ما ينفي عنها الطبيعة النقدية، فهي لا تقوم مقام النقود الرسمية للدولة هذا من ناحية؛ ومن ناحية أخرى ليس للعملة الافتراضية قيمة ملازمة لها، مما دفع البعض للقول بصعوبة اعتبارها سلعة تستخدم كأداة للتبادل التجاري⁽²⁾، وبالمقابل يتم التعامل مع العملات المشفرة في بعض الدول كون إنها سلعة ويتم فرض ضرائب عليها⁽³⁾، إلا أنه هناك من يرى أن قيمتها تبدو في حجم المضاربة عليها من قبل المتعاملين بها، بالتالي تعد أداة للتبادل التجاري بالنظر لمزاياها المتعددة في تسوية المعاملات الدولية وسهولة التعامل بها كونها عابرة للحدود⁽⁴⁾، وبالنظر لكونها مقبولة طواعية من الأشخاص المتعاملين بها (أشخاص طبيعية أو اعتبارية) بالتالي تكون هذه الثقة هي أساس اعتبارها وسيلة للتبادل يتم تداولها إلكترونياً⁽⁵⁾، هذا من ناحية؛ ومن ناحية أخرى تبدو قيمتها في تكاليف إنتاجها التي تحتاج إلى أجهزة الكمبيوتر والطاقة الكهربائية فأنصار هذا الرأي يرون وجود تشابه بين وظيفة العملات المشفرة ووظيفة العملة النقدية⁽⁶⁾.

ويعد تحديد الطبيعة القانونية للعملة الافتراضية من الأهمية بمكان، إذ من خلاله يمكننا تحديد كيفية التعامل معها وفقاً للقانون، فبين كونها عملة افتراضية مقومة بالمال، وبين كونها سلعة للتبادل لها قيمتها، وتصلح أن تكون محلاً للحقوق المالية، نجد المشرع الليبي قد نص في المادة 81 من الفصل الثالث من القانون المدني بعنوان: (الأشياء القابلة للتعامل والخارجة عنه): (كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية. والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية)⁽⁷⁾.

¹ - حيث نصت المادة 17 فقرة 3 على أنه: (يكون الوفاء عن طريق الوسائط الالكترونية مبرناً للذمة). القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 1992، المعدل بالقانون الاتحادي رقم 36 لسنة 2006.

² - يوسف، آلاء يعقوب. الحمادي، خليفة محمد، التكييف القانوني للعملات الافتراضية - البتكوين نموذجاً (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 19، العدد 3، سبتمبر 2022، ص 140.

³ - ففي عام 2015 اعترفت لجنة تداول العقود الآجلة للسلع (CFTC) بعملة البيتكوين المشفرة كسلعة. CVETKOVA. IRINA, CRYPTOCURRENCIES LEGAL REGULATIO, BRICS LAW JOURNAL, BRICS LAW JOURNAL, Volume V, Issue 2, 2018, p.136.

⁴ - يوسف، آلاء يعقوب. الحمادي، خليفة محمد، التكييف القانوني للعملات الافتراضية - البتكوين نموذجاً (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 140.

⁵ - J. Simmons. Rebecca , The Regulation of Virtual Currencies(Presentation at the Flagship Seminar on Law and Financial Stability hosted by the International Monetary Fund), September 26, 2018.p.5.6.

⁶ - CVETKOVA. IRINA, CRYPTOCURRENCIES LEGAL REGULATIO, op.cit, p.133.

⁷ - القانون المدني الليبي لسنة 1953 المعدل بالقانون رقم 6 لسنة 2016.

وكون النقود الافتراضية المشفرة ليس لها أي وجود مادي، والمشرع الليبي لم يتطرق لها بالتنظيم يظل تكيفها القانوني محل اجتهاد الفقه (1).

المبحث الثاني: موقف القانون الدولي والداخلي من التعامل بالعملات الافتراضية المشفرة

يعد التعامل بالعملات الرقمية بيئة خصبة للتعاملات المالية المحاطة بالخصوصية والسرية بعيدا عن أدوات الرقابة ومركزية النظام النقدي التقليدي، فلا وساطة ولا قيود؛ ومن ناحية أخرى وسيلة لغسل الأموال والاختلاس والاحتيال والتهرب الضريبي وتجارة الأعضاء، كل هذا في بيئة افتراضية تعتمد على الشبكة العنكبوتية بمنأى عن سلطة الدولة، الأمر الذي يستدعي التدخل على المستوى الدولي والداخلي من أجل وضع السياسة التشريعية التي من شأنها توفير الحماية الكافية من مضار انتشار التعامل بالعملات الافتراضية. على النحو التالي بيانه:

المطلب الأول: الموقف الدولي من التعامل بالعملات الافتراضية

إن المشهد الدولي تجاه التعامل بالعملات المشفرة غير موحد، فليس هناك إطار قانوني واضح يمكن الوقوف عليه، أو معاهدة أو اتفاقية دولية يمكننا الرجوع إليها ونحن في صدد تحديد ماهية التعامل بالعملات الرقمية (إذ هل هو عمل قانوني أو يعد جريمة يعاقب عليها، بل إن الثورة التي أحدثتها العملات المشفرة في الأسواق المالية والبورصة جعلت مواقف الدول تتغير مع فرض العالم الافتراضي نفسه والانتشار الواسع للعملات الرقمية كنتيجة للتطور التكنولوجي الذي لا يمكن غض النظر عنه، هذا الأمر يدفع بالقانون إلى ضرورة التدخل لإحاطة هذا العالم بالتنظيم، وإلا كنا ضحية عمليات القرصنة والتهريب خاصة مع سرية المتعاملين بالعملات المشفرة وعدم توقفها عند سلطة أي دولة أو سعر أي عملة أو احتياط الذهب في البنوك (2)، وخير مثال ضحايا انتشار فيروس كورونا (كوفيد 19)، حيث تم استهداف العائلات التي تعاني من ضائقة مالية من أجل الحصول على العلاج المناسب للمرض، لسرقة أموالهم واستخدامها في جرائم غسل الأموال من خلال النظام المعقد للعملات الافتراضية المشفرة (3).

1 - إبراهيم، أثير صلاح إبراهيم، التنظيم القانوني للعملات الرقمية، مرجع سابق، ص 73. وفي ذلك، وفي صدد الإجابة على أحد التساؤلات حول التعامل بالعملات المشفرة، أفتت دار الإفتاء الليبية بعدم إجازة التعامل بالعملات المشفرة، وذلك بالرجوع لأراء جمهور الفقهاء، كون الشريعة الإسلامية لم تنص على شكل العملة أو نوعها وإنما ردت الأمر لما هو متعارف عليه. رقم الفتوى (3949) <https://ifta.ly/>

2 - فرح، أحمد قاسم، العملات الافتراضية في دولة الإمارات العربية المتحدة: الحاجة إلى إطار قانوني لمواجهة مخاطرها (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 723.

3 - (حيث يتم استغلال الأشخاص كوسطاء للمجرمين والمنظمات الإجرامية في مقابل عمولة، مكافأة لمساعدتهم في تحويل الأموال. ومع ذلك لا يكون ذلك الشخص على علم دائماً بأنه جزء من عملية غسل أموال. وهو ما يطلق عليه بمصطلح بغال المال).

-RESEARCH WORKING PAPER Titled: Money mules and tumblers: money laundering during the cryptocurrency era., by:

Sofia Del Monaco, APRIL 2020.p10.11.12.

موقف الهيئات والمؤسسات الدولية:

لم يتخذ كل من البنك الدولي وصندوق النقد الدولي أي موقف رسمي من التعامل بالعملات الرقمية المشفرة بالرغم من الدعوة لضرورة الوقوف على طبيعتها وكيفية التعامل بها بما لا يفوت على الدول مزايا التعامل بها، وبما يحقق النفع للاقتصاد العالمي⁽¹⁾، في حين نشر بنك التسوية الدولية في تقرير له ما يبنى بصعوبة التعامل بهذا النوع من العملات الرقمية⁽²⁾.

مواقف بعض الدول من التعامل بالعملات المشفرة:

تعتبر اليابان العملات الرقمية المشفرة ملكية قانونية، وتعد اليابان من الدول التي أضفت الشرعية على عملة البيتكوين واعتبرتها عملة قانونية في عام 2017، في حين كان موقف الصين من التعامل بهذه العملات أكثر شدة فقد حظرت التعامل بها⁽³⁾، ولكن هذا الموقف لم يصمد أمام النمو السريع لسوق الأموال الرقمية حيث تسعى الدولة الصينية اليوم لمنح تراخيص لعدد من البورصات المتعاملة بالعملات المشفرة⁽⁴⁾، في حين سعت معظم دول الاتحاد الأوروبي لإحاطة العملات الرقمية المشفرة بالتنظيم القانوني، حيث يعتبر التعامل بها قانونيا في معظم دول الاتحاد بصرف النظر عن وجود تشريع موحد لها، وهو الموقف ذاته في الولايات المتحدة الأمريكية⁽⁵⁾.

أخيرا (فإن) المتابع للوضع الدولي يجد موقفه متذبذب تجاه التعامل بهذا النوع من العملات، خاصة مع عدم وجود تشريعات صارمة تقضي بحظر التعامل بها.

المطلب الثاني: موقف القانون الداخلي من التعامل بالعملات الافتراضية المشفرة

الذي يهمننا هو تسليط الضوء على موقف التشريع الليبي وبعض التشريعات المقارنة له.

التشريع الليبي:

بالنظر لترسانة التشريعات القانونية الليبية، لم يحط المشرع الليبي العملات الافتراضية المشفرة بأي قانون، كما لا يوجد نص يجرم التعامل بها، إلا أنه وحسب البيان الذي نشره المصرف المركزي الليبي في عام 2018، حظر فيه التعامل بالعملات الافتراضية المشفرة، وحذر فيه من التعامل بها واعتبره تعاملًا غير قانوني ومن شأنه تقويض اقتصاد البلد⁽⁶⁾.

¹ - إبراهيم، أثير صلاح إبراهيم، التنظيم القانوني للعملات الرقمية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الشرق الأوسط، 2021، ص 86.
² - الزعابي، عبد الله ناصر، التنظيم القانوني للعملات الرقمية المستحدثة في التشريع الإماراتي والمقارن (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2018، ص 24.
³ - الخوري، علي أحمد، المدفوعات الالكترونية والعملات الرقمية، مرجع سابق، ص 139.
⁴ - مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <https://www.argaam.com/>
⁵ - الخوري، علي أحمد، المدفوعات الالكترونية والعملات الرقمية، مرجع سابق، ص 140.
⁶ - مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <https://alarab.co.uk/>

وذلك باعتباره سلطة إصدار العملة في القانون الليبي حسب نص القانون رقم 1 لسنة 1993 بشأن المصارف والنقد والائتمان⁽¹⁾.

ولعل الوضع الاقتصادي للدولة الليبية وعدم الاستقرار السياسي وسعر استهلاك الطاقة الكهربائية، جعل من ليبيا مركزا لتعدين العملات المشفرة من البيتكوين، الأمر الذي دفع وزارة الاقتصاد بإصدار القرار رقم 333 لسنة 2023 بشأن حظر استيراد آلات تعدين العملات الرقمية وأجزائها ومكملاتها ومصادرتها في حال استيرادها⁽²⁾.

في حين كان حريا بالمشروع صياغة النص الصريح القاضي بتجريم التعامل بها ووضع الجزاء المناسب في حال التعامل بها، كما فعل نظيره المصري.

التشريع المصري:

إن عدم صدور العملة الافتراضية المشفرة كما هو الحال في العملات النقدية بواسطة سلطات النقد والصراف في الدولة، يجعلها غير خاضعة لقوانين الصرف والمصارف المتعارف عليها، بالتالي تصبح عملة سهلة الاستعمال في السوق السوداء، تلك السوق التي تقدم خدمات غير مشروعة، ويتم المضاربة فيها على السلع غير المشروعة قانونا كالمخدرات، ناهيك عن كونها سوقا داعمة لتجارة الأعضاء والأسلحة، وممولة للإرهاب، وجرائم غسل الأموال⁽³⁾.

تأسيسا على ذلك أصدر المشرع المصري القانون رقم 194 لسنة 2020 بشأن البنك المركزي والجهاز المصرفي سبق الإشارة إليه، وفق هذا القانون تم تجريم التعامل بالعملات الافتراضية المشفرة أو الاتجار فيها أو تشغيل منصات لتداولها، وهو ما جاء في نص المادة 206 من القانون المذكور، وتكون العقوبة الحبس والغرامة أو إحدى هاتين العقوبتين. وفي حال العودة يعاقب بالحبس والغرامة معا كل من يتعامل أو يروج أو يتاجر بالعملات الرقمية⁽⁴⁾.

ونرى عدم تناسب العقوبة مع الجريمة المرتكبة خاصة عندما نقف على حجم الجرائم التي ترتكب بالتعامل بالعملات الافتراضية المشفرة، لعله كان الأجدر بالمشروع تشديد العقوبة حتى تكون جزاء عادلا متكافئا مع مخاطر التعامل بهذا النوع من العملات.

¹ - نصت المادة 23 من القانون المذكور على أنه: ((يكون للمصرف وحده امتياز إصدار النقد في ليبيا، ويقصد بالنقد في هذه المادة النقود الورقية والمعدنية) نشر القانون في الجريدة الرسمية 4 سبتمبر 1993.

² - صدر عن وزارة الاقتصاد الليبية في 4/7/2023. (وفي ذلك نشر مكتب النائب العام على صفحته الرسمية بيان حول ضبط مواقع لتعدين العملات المشفرة في طرابلس ومصراتة، عقب تفتيش قضائي انتهى بضبط العديد من المعدات المستعملة في التعدين من بينها أجهزة حاسب آلي، وتم الأمر بمصادرتها. وبالرغم من عمل أجهزة إنفاذ القانون الجاد فيما يتعلق بمكافحة تعدين العملات المشفرة، إلا أنه ومع عدم وجود نص يقضي بتجريم الفعل تظل هذه الجهود غير مجدية فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص). <https://lana.gov.ly/>

³ - شمس الدين، أشرف توفيق، مخاطر العملات الافتراضية في نظر السياسة الجنائية، مجلة مصر المعاصرة، المجلد 110، العدد 535، أبريل 2019، ص 25.

⁴ - المادة 225 من القانون المصري رقم 194 لسنة 2020.

التشريع الإماراتي:

يعد المشرع الإماراتي كغيره، حيث لم يتبنى موقفا صارما تجاه التعامل بالعملات الرقمية، فقد حذر من التعامل منها دون تجريمها، بحيث لا يجوز التعامل إلا بالعملة الرسمية للدولة ألا وهي الدرهم⁽¹⁾.

إلا إن نهج الدولة تغير تبعا لتغير السياسة التشريعية وتطور الاقتصاد الرقمي في الدولة، حيث تم إدخال تقنية (البلوك تشين) في النظام المالي والمصرفي في الدولة عام 2018، وكانت إمارة دبي هي السباقة في هذا المجال، حيث أعلنت عن إصدار عملة رقمية مشفرة em cash عام 2017⁽²⁾، كما أنشأ القانون رقم 4 لسنة 2022 بشأن تنظيم الأصول الافتراضية سلطة مختصة بتنظيم الأصول الافتراضية تسمى بسلطة دبي تختص بتنظيم وإصدار وطرح الأصول الافتراضية ومراقبة التعامل بها، إلا أنه وباستقراء الوضع القانوني في الدولة وحسب بيان مصرف الإمارات العربية المركزي لم يتم الاعتراف بالعملة الافتراضية المشفرة كنقد قانوني، ويظل الدرهم هو النقد القانوني الوحيد في الدولة⁽³⁾.

خاتمة:

إن الاقتصاد الرقمي اليوم في أوج ازدهاره ونموه، وللعملات الرقمية بجميع أشكالها الدور الرائد في نمو هذا الاقتصاد، وبالرغم من هذا كله تظل المساعي والجهود التشريعية المبذولة على المستوى الدولي والداخلي يشوبها النقص والغموض فيما يخص العملات الافتراضية المشفرة، وفي غياب نصوص قانونية واضحة يظل التعامل بهذه العملات مصاحبا للعديد من الأعمال غير المشروعة.

النتائج:

- 1- العملة الافتراضية المشفرة هي شكل من أشكال العملة الرقمية، يتم التعامل بها بعيدا عن السلطة المركزية للبنوك وبشكل مشفر وبواسطة نظام إلكتروني يسمى بلوك تشين.
- 2- عدم صدور العملة الافتراضية المشفرة من جهة رسمية هو ما ينفي عنها الطبيعة النقدية، فهي لا تقوم مقام النقود الرسمية للدولة.
- 3- إن المشهد الدولي تجاه التعامل بالعملات المشفرة غير موحد، فليس هناك إطار قانوني واضح يمكن الوقوف عليه.
- 4- لم تحظى العملات الافتراضية المشفرة بتنظيم قانوني في التشريع الليبي، في حين تدخل المشرع المصري بتنظيمها قانونيا، وقد سار المشرع الإماراتي على نفس نهج نظيره المصري.
- 5- يعد التعامل بالعملات الافتراضية المشفرة في القانون المصري جريمة يعاقب عليها قانونا.

1- الزعابي، عبد الله ناصر، التنظيم القانوني للعملات الرقمية المستحدثة في التشريع الإماراتي والمقارن، مرجع سابق، ص 27.

2- الخوري، علي محمد، المدفوعات الالكترونية والعملات الرقمية، مرجع سابق، ص 131.

3- تقرير صادر عن مصرف الإمارات العربية المتحدة المركزي <https://centralbank.ae/>

التوصيات:

- 1- على مستوى القانون الدولي نوصي بسن اتفاقيات دولية من شأنها تنظيم الاقتصاد الرقمي بما في ذلك التعامل بالعملات الافتراضية المشفرة.
- 2 - على مستوى القانون الداخلي نوصي المشرع الليبي بتنظيم التعامل بالعملات الافتراضية المشفرة وإحاطتها بنصوص قانونية حازمة من شأنها تجريم التعامل بها، ووضع الجزاء المناسب لها.

قائمة المراجع:

أولا: المراجع العربية:

أ- الرسائل والأطروحات العلمية:

1- إبراهيم ، أثير صلاح إبراهيم، التنظيم القانوني للعمليات الرقمية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الشرق الأوسط، 2021.

2- الزعابي، عبد الله ناصر، التنظيم القانوني للعمليات الرقمية المستحدثة في التشريع الإماراتي والمقارن (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2018.

ب- التشريعات والقوانين المستعان بها:

1- القانون الليبي رقم 6 لسنة 2022. بشأن المعاملات الإلكترونية. صدر في أكتوبر 2022 في مدينة طبرق الليبية. نشر في الجريدة الرسمية 2023.

2- القانون المدني الليبي لسنة 1953 المعدل بالقانون رقم 6 لسنة 2016.

3- القانون الإماراتي رقم 4 لسنة 2022 بشأن تنظيم الأصول الافتراضية في إمارة دبي، صدر في دبي بتاريخ 28 فبراير 2022م.

4- القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 1992، المعدل بالقانون الاتحادي رقم 36 لسنة 2006.

5- القانون المصري رقم 194 لسنة 2020 (بشأن إصدار قانون البنك المركزي والقطاع المصرفي).

ج- المجلات والدوريات والمراكز العلمية:

1- د. إبراهيم، محمد جبريل، جريمة التعامل في العملات المشفرة أو النقود الرقمية (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 79، مارس 2022.

2- د. البياع، غادة أنيس أحمد، العملات المشفرة وتقنية البلوك تشين في إفريقيا: تقييم الفرص والتحديات، المجلة العلمية للدراسات والبحوث المالية والتجارية، المجلد الأول، العدد الثاني، الجزء الأول، يوليو 2020.

- 3- الجيباني. صقر، أ.التركاوي. آسيا، تطورات النقود والمصارف والسياسة النقدية في ليبيا (دراسة تحليلية خلال الفترة 1952-2020)، المركز الليبي للدراسات ورسم السياسات، 2022.
- 4- أ.د.الخوري، علي محمد، المدفوعات الالكترونية والعملات الرقمية، مجلس الوحدة الوطنية بجامعة الدول العربية، 2021.
- 5- عين، محمد جمال. محمد، عبد الباسط جاسم، العملة الافتراضية (البيتكوين) تكييفها القانوني وحكم التعامل فيها، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الثاني، 2020.
- 6- فرح، أحمد قاسم، العملات الافتراضية في دولة الإمارات العربية المتحدة (الحاجة إلى إطار قانوني لمواجهة مخاطرها، دراسة مقارنة)، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد 2، 2019.
- 7- نجاجرة، كمال، الطبيعة القانونية للعملات الافتراضية الرقمية (دراسة قانونية تحليلية مقارنة)، المجلة الدولية للاجتهاد القضائي، العدد 3، سبتمبر، 2021.
- 8-- يوسف، آلاء يعقوب. الحمادي، خليفة محمد، التكييف القانوني للعملات الافتراضية – البيتكوين نموذجا (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 19، العدد 3، سبتمبر 2022.

ثانيا: المراجع الاجنبية:

Journals, Researches and Reports:

- CVETKOVA. IRINA, CRYPTOCURRENCIES LEGAL REGULATIO, BRICS LAW JOURNAL, BRICS LAW JOURNAL, Volume V, Issue 2,2018.
- Chilachava. Mariam, The Role of Cryptocurrencies in Private Law and the General Framework for their Regulation, Journal of Law, №1, 2023.
- SinghAkanksha, Chawla Sharan, Cryptocurrency Regulation: Legal Issues and Challenges. International Journal of Reviews and Research in Social Sciences Volume No.: 7. Issue No.: 2. 2019.
- RESEARCH WORKING PAPERTitled: Money mules and tumblers: money laundering during the cryptocurrency era., by: Sofia Del Monaco, APRIL 2020.
- J. Simmons. Rebecca, The Regulation of Virtual Currencies (Presentation at the Flagship Seminar on Law and Financial Stability hosted by the International Monetary Fund), September 26, 2018.

ثالثا- المواقع الالكترونية:

[https://www.investopedia.com/-](https://www.investopedia.com/)

[https://pharostudies.com/-](https://pharostudies.com/)

[https://www.argaam.com/-](https://www.argaam.com/)

[https://alarab.co.uk/-](https://alarab.co.uk/)

[https://centralbank.ae/-](https://centralbank.ae/)

ضمانات المتهم في المحاكمات الرقمية بين القانون وواقع القضاء العماني

The defendant's guarantees in digital trials between the law and the practical reality of the Omani judiciary

الدكتورة صورية مزوز (جامعة الجيلالي ليابس، الجزائر)

Souria MAZOUZ (DJILALI LIABES University, Algeria)

Abstract:

The development strategies of the countries seek to keep pace with the developed countries, which rely primarily on digital media. This is clearly reflected in Oman's vision of 2040 in the judicial sector, even if relatively and gradually, in the light of the problems posed by the use of modern technology techniques, especially in terms of establishing the principles of litigation in digital trials.

On the basis of the foregoing, we aim to highlight the procedural legality and the extent to which the digitization of the justice sector affects the principles of a fair trial and the guarantees of the accused through the approach between theory and practice; and by assessing the adequacy of legal texts in the conduct of video trials and in ensuring the rights of the accused in remote trials. Let us take stock

of the balance between the public interest in keeping the law with globalization and the interest of the accused in a fair trial.

So, the question arises as to how effectively the guarantees of the accused are being fulfilled in the Omani electronic litigation system?

In order to respond to the questions raised, a descriptive approach has been adopted with regard to the definition of the guarantees of the accused and the principles of judicial and analytical procedures when dealing with the promotion and restriction of the principles of fair trial in the Omani digital courts, in particular by dropping certain judicial applications in accordance with the following plan :

- 1The limits and implications of digital litigation on the defendant's guarantees .
- 2The practical reality of digitization in Omani courts .

Keywords: digital trials - Fair Trial - Guarantees of the accused - Modernizing Justice - Electronic Litigation.

ملخص:

تسعى الاستراتيجيات التنموية للدول إلى مواكبة الدول المتقدمة؛ والتي تعتمد بالدرجة الأولى على الوسائط الرقمية؛ وهو ما تبنته سلطنة عمان بشكل واضح في رؤية عمان 2040 في القطاع القضائي حتى لو كان بشكل نسبي وتدرجي، تحسبا للإشكالات التي يترتبها استعمال تقنيات التكنولوجيا الحديثة بالأخص نسبية تكريس مبادئ التقاضي في المحاكمات الرقمية.

بناء على ما سبق، نهدف إلى تسليط الضوء على الشرعية الاجرائية ومدى تأثير رقمنة قطاع العدالة على مبادئ المحاكمة العادلة وعلى ضمانات المتهم من خلال المقارنة بين الجانب النظري والتطبيقي؛ ومن خلال تقييم مدى كفاية النصوص القانونية في تسيير المحاكمات المرئية وفي ضمان حقوق المتهم في المحاكمات عن بعد. لنقف على مدى الموازنة بين المصلحة العامة في مواكبة القانون للعولمة وبين المصلحة الخاصة بالمتهم في المحاكمة العادلة.

وعليه يتبادر التساؤل حول مدى فعالية تحقيق ضمانات المتهم في نظام التقاضي الإلكتروني العماني؟ من أجل الاجابة عن الاشكال المطروح تم اعتماد المنهج الوصفي فيما يتعلق بتحديد ضمانات المتهم ومبادئ التقاضي والتحليلي عند التطرق إلى مظاهر تفعيل وتقييم مبادئ المحاكمة العادلة في القضاء الرقمي العماني على وجه الخصوص من خلال اسقاط بعض التطبيقات القضائية وفقا للخطة الآتية:

المبحث الأول: حدود وآثار التقاضي الرقمي على ضمانات المتهم.

المبحث الثاني: الواقع التطبيقي للرقمنة في المحاكم العمانية.

الكلمات المفتاحية: المحاكمة عن بعد- المحاكمة العادلة- ضمانات المتهم- عصرنة العدالة – التقاضي الإلكتروني.

مقدمة:

يحظى قطاع القضاء بأهمية تجعله عصب سير الدولة؛ كونه يؤدي وظيفتين إدارية وقضائية حيث يفصل في النزاعات ويحمي الحقوق والحريات إلى جانب تقديم الخدمات للمواطنين. وقد انعكست هذه الأهمية على السعي نحو تطويره وعصرنته، من خلال سن القوانين المنظمة لقطاع العدالة ادخال تكنولوجيا الحديثة في تسييره اداريا وقضائيا وهو ما يعرف برقمنة قطاع العدالة (عصرنة قطاع العدالة)؛ حيث كرس القانون العماني الرقمنة بشكل تدريجي بعد تهيئة البيئة الإلكترونية؛ إلى غاية اصدار المرسوم السلطاني رقم ٦٩ / ٢٠٠٨ المتعلق بإصدار قانون المعاملات الإلكترونية والمرسوم السلطاني رقم ١٢ / ٢٠١١ المتعلق بإصدار قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات.

من جهة أخرى؛ ولما كان الهدف الأساسي من النصوص التشريعية تحسين الخدمة واثراءها فان المشرع العماني سلط الضوء على التقاضي الإلكتروني؛ ما يترتب عنه من تكريس للضمانات الخاصة بسرعة معالجة الملفات والفصل وتسهيل اللجوء للقضاء وتبسيط الاجراءات، غير أنه عمليا يصطدم بمجموعة من المعوقات القانونية والتقنية التي ظهرت بمجرد تطبيق المحاكمة عن بعد في المواد الجزائية خاصة بعد تفشي وباء الكوفيد 19؛ ما طرح النقاش واسعا لدى الممارسين القضائيين لاسيما المحامين والقضاة عن انعكاسات رقمنة القطاع وتحديدًا في الأعمال القضائية لاسيما المحاكمات الجزائية للمتهمين رهن الحبس الاحتياطي والمتواجدين في مؤسسات اعادة التربية ومدى تأثير هذه الرقمنة على ضمانات المحاكمة العادلة، سواء ايجابيا أو سلبيا؛ فالتقاضي الإلكتروني الذي يفترض أنه آلية لتقريب المواطن من مرفق القضاء لا يعقل أن يمس بحقوق المتقاضي أو ضماناته في التقاضي، ما جعل هذا الموضوع يثير اشكالية حول مدى فعالية تحقيق ضمانات المتهم في نظام التقاضي الإلكتروني العماني؟

من أجل الاجابة عن الاشكال المطروح تم اعتماد المنهج الوصفي فيما يتعلق بتحديد ضمانات المتهم ومبادئ التقاضي والتحليلي عند التطرق إلى مظاهر تفعيل وتقييد مبادئ المحاكمة العادلة في القضاء الرقمي العماني على وجه الخصوص من خلال اسقاط بعض التطبيقات القضائية وفقا للخطة الآتية:

المبحث الأول: حدود وآثار التقاضي الرقمي على ضمانات المتهم.

المطلب الأول: مفهوم التقاضي الرقمي.

الفرع الاول: تعريف التقاضي الرقمي.

الفرع الثاني: أنواع التقاضي الرقمي.

المطلب الثاني: آثار التقاضي الرقمي على ضمانات المتهم.

الفرع الأول: تحديات الرقمنة فيما يتعلق بالإجراءات و ضمانات المتهم.

الفرع ثاني: سلبيات الرقمنة في المحاكم.

المبحث الثاني: الواقع التطبيقي للرقمنة في المحاكم العمانية.

المطلب الأول: مظاهر التقاضي الرقمي في القضاء العماني.

الفرع الأول: مظاهر التقاضي الإلكتروني في الجانب الإداري.

الفرع الثاني: مظاهر التقاضي الإلكتروني في الجانب القضائي.

المطلب الثاني: حدود العدالة الرقمية العمانية.

الفرع الأول: قبول الدليل الرقمي في الاثبات قانونا وتطبيقا.

الفرع الثاني: تواجه الأدلة الرقمية مع مبادئ التقاضي - حق الدفاع والوجاهية -.

المبحث الأول: حدود وآثار التقاضي الرقمي على ضمانات المتهم

يعد التقاضي الإلكتروني من المصطلحات والمفاهيم الحديثة التي لم تظهر إلا قبيل سنوات من انتشار مصطلح الحكومة الإلكترونية، فهو عبارة عن تنظيم معلوماتي تقني وقانوني يعتمد على تكنولوجيا الاتصالات؛ من أجل تحسين الدور الإداري والقضائي للقطاع القضائي؛ لاسيما ما يتعلق بالفصل في الدعاوى.

وعليه تم تخصيص هذا المبحث لتحديد مفهومه و ثم كيفية تأثيره على القضاء العماني سواء من ناحية الدور الاداري والقضائي.

المطلب الأول: مفهوم التقاضي عن بعد (التقاضي الإلكتروني)

يقوم التقاضي بصفة عامة على أسس ومظاهر تجسده سواء بمناسبة الدور الوظيفي لقطاع العدالة أو القضائي؛ غير أن ارتباطه بتقنيات التكنولوجيا الحديثة تستوجب منا التطرق إلى مفهومه وتحديد أسسه ومظاهره. وهو ما سيتم التفصيل فيه ضمن فروع هذا المطلب.

الفرع الاول: تعريف التقاضي الإلكتروني

تعددت تعريفات التقاضي الإلكتروني؛ ولكن في مجملها تفيد بأنه: "نظام قضائي معلوماتي جديد يتم بموجبه تطبيق كافة اجراءات التقاضي عن طريق المحكمة الإلكترونية بواسطة أجهزة الحاسوب المرتبطة بشبكة الانترنت وعبر البريد الإلكتروني، لغرض سرعة الفصل في الدعاوى وتسهيل اجراءاتها على المتقاضين وتنفيذ الأحكام الكترونياً"¹. كما تم تعريفه على أنه: "سلطة لمجموعة من القضاة النظاميين بنظر الدعاوى ومباشرة الاجراءات القضائية بوسائل الكترونية مستحدثة، ضمن نظام أو أنظمة قضائية معلوماتية متكاملة الأطراف والوسائل، تعتمد منهج تقنية شبكة الانترنت وبرامج الملفات الحاسوبية الإلكترونية بنظر الدعاوى والفصل فيها وتنفيذ الأحكام بغية الوصول لفصل سريع بالدعاوى والتسهيل على المتقاضين"²

وعليه فإنه التقاضي الإلكتروني في مضمونه لا يختلف عن التقاضي التقليدي؛ وقد اكتسب صفته الإلكترونية والرقمية من الوسائل التي يتم بها؛ وبذلك فإنه تتغير طبيعة الاجراءات بشكل كامل حيث ما كان يتم بطريقة المادية يتم رقمياً والكترونياً، وعليه يكتسب من مزايا التكنولوجيا لاسيما ما يتعلق بالسرعة والمرونة.

ويقوم التقاضي الرقمي على مجموعة من الخصائص نذكر منها:

- التحول من النظام الورقي إلى النظام الرقمي والإلكتروني.
- تبسيط اجراءات التقاضي.
- سرعة انجاز المعاملات القضائية.
- أمن وسلامة تداول الأوراق القضائية.
- تحقيق الشفافية في العمل الاجرائي القضائي.

¹ - مجلة الشريعة والقانون جامعة الأزهر، أشرف جودة محمد محمود، المحاكم الالكترونية في ضوء الواقع الاجرائي المعاصر، العدد 35، الجزء 3، 2020، ص29.

² - مجلة بنها للعلوم الانسانية، محمد فوزي ابراهيم محمد وأحمد محمد البغدادي، القضاء الرقمي والمحاكم الافتراضية، العدد1، الجزء2، 2022، ص150.

الفرع الثاني: أنواع التقاضي الرقمي

يعتمد التقاضي الإلكتروني على عدة أنظمة للاتصالات التي نذكرها على النحو التالي¹:

أولاً: التقاضي الإلكتروني عن طريق نظام الاتصال من نقطة لأخرى: وهنا يكون نظام الاتصال المباشر عبر المحادثة المرئية عن بعد بين قاعة المحكمة ومكان آخر يوجد فيه المتهم أو أحد الشهود وهو من أبسط الأنظمة وأقلها إثارة للمشكلات التقنية والفنية.

ثانياً: التقاضي الإلكتروني عن طريق نظام السويتش أو المتحدث النشط: حيث تتعدد الأماكن التي يتم بينها الاتصال للمحادثة المرئية، هنا يجب إعداد هذه الأماكن تقنيا جيداً؛ لكي يبدو الجميع كأنهم في مكان واحد.

ثالثاً: نظام الحضور المستمر الثابت أو الموحد: بموجب هذا النوع؛ فإن الاتصال يتم بين خمسة أماكن مختلفة وبعيدة عن بعضها البعض جغرافياً.

رابعاً: نظام الحضور المستمر المتقدم: الاتصال المرئي المسموع عن بعد، بين القاعة الرئيسية التي يجري فيها التحقيق وبين العديد من الأماكن الأخرى وهذا النظام من أحدث النظم التطبيقية لتقنية المحادثة المرئية عن بعد، حيث يتم تزويد الأماكن التي تتطلب وجود هذه التقنية بشاشات عرض الصورة الموجودة في كل مكان من هذه الأماكن إلى أربعة أقسام، ويتم تثبيت القسم الأول لعرض (بانوراما) عامة للقاعة التي تتم فيها المحاكمة؛ وقسمين آخرين في مكانين من الأماكن المتصلة بهذه القاعة، أما القسم الرابع والأخير من شاشة العرض، حيث ينتقل آلياً بصورة تلقائية إلى صورة الشخص الذي يشارك، و يتكلم بصوت أعلى من غيره من المشاركين في جلسة التحقيق والمحاكمة.

بإسقاط أنواع التقاضي الإلكتروني على الواقع التطبيقي يتضح ملاحظتين جوهريتين:

الأولى أن النظام المعتمد في القضاء الرقمي بشكل كبير هو التقاضي عن طريق نظام الاتصال من نقطة إلى أخرى (أبسط الأنظمة) مع أنها تثير إشكالات حول المساس بمبادئ المحاكمة العادلة على سبيلها علنية الجلسات؛ وإن كان القضاء العماني لا يزال متحفظ على هذه التقنية.

¹ - المجلة الدولية للاجتهاد القضائي، محمد عادل سعدة، دور التقاضي الإلكتروني في ضمان أداء الخدمة القضائية "دراسة مقارنة، العدد 09، مارس 2023، ص 228-229.

أما الملاحظة الثانية والتي تتحقق من خلالها العلانية تكمن في نظام الحضور المستمر (أحدث التقنيات المرئية)؛ وهو النظام المطبق بمحاكم دولة الامارات العربية.

المطلب الثاني: آثار التقاضي الرقمي على ضمانات المتهم

إن نظام القضاء الرقمي يستدعي توافر جانبين قانوني وتقني؛ ما يفيد ترتب تحديات في مواجهة الضمانات المقررة للمتهم التي عهدناها في النظام التقليدي.

وعليه فقد ترتب عن التقاضي الرقمي مجموعة من الآثار المتمثلة في التحديات التي تواجه هذا النمط الجديد وسلبياته وهو ما سنتطرق إليه ضمن الفرع الأول من خلال تبيان تحديات الرقمنة فيما يتعلق بالإجراءات و ضمانات المتهم؛ فضلا عن سلبيات الرقمنة التي ظهرت في الواقع العملي وفقا لفحوى الفرع الثاني.

الفرع الأول: تحديات الرقمنة فيما يتعلق بالإجراءات و ضمانات المتهم

تعتبر المحاكمة العادلة من أهم المبادئ الأساسية التي تم تكريسها في العديد من التشريعات القانونية انسجاما وتماشيا مع العديد من المواثيق الدولية؛ وبصدور القوانين المنظمة لاستعمال الوسائط الإلكترونية في الاجراءات القضائية، قد خلف ردود أفعال لدى الكثير من المهتمين بالحق القانوني من محامين وقضاة وأساتذة جامعيين وحقوقيين، حول التحديات التي تواجه المحاكمات عن بعد وهو محل الدراسة.

أولا: تحديات الرقمنة فيما يتعلق بإجراءات إدارة الدعوى الإلكترونية

1- تحديات الرقمنة فيما يتعلق بالتجهيز التقني للمحاكم الإلكترونية

حيث أن ممارسة القضاء الرقمي يقتضي بالضرورة تجهيز المحاكم الإلكترونية بتجهيزات تقنية وتمثل في:

- الوسائل الإلكترونية؛ والتي تشمل المعدات الحاسوبية وملحقاته والبرامج الخاصة وشبكة انترنت.
- السجلات الإلكترونية؛ من خلال انشاء سجل الكتروني لكل محكمة الكترونية (قاعدة بيانات)؛ وتنقسم بدورها إلى المستندات ولوائح الادعاء وإلى المحاضر الإلكترونية التي يتم تدوين كافة اجراءات المحاكمة وفقا لآلية مباشرة للتدوين¹.

1 - أشرف جودة محمد محمود، المرجع السابق، ص 94-98.

1- تحديات الرقمنة فيما يتعلق بالإجراءات التنظيمية

تعتبر المحاكم الافتراضية جزء من منظومة القضاء الرقمي، كما تعرف بـ "المحكمة الرقمية" أو "المحاكم الإلكترونية" وقد تم تعريفها بأنها: "حيز تقني معلوماتي ثنائي الوجود- شبكة الربط الدولية ومبنى المحكمة- يعكس الظهور المكاني الإلكتروني لأجهزة ووحدات ادارية على الشبكة، تعمل هذه الأجهزة على استقبال الطلبات القضائية، ولوائح الدعاوى وتجهيز برامج الملفات الإلكترونية، وتوفير متجدد للمعلومات حول مستجدات الدعاوى، وقرارات الأحكام، بما يمثل تواصلًا دائمًا مع جمهور المواطنين والمحامين كما تمكن هذه المحكمة أصحاب العلاقة من المتقاضين، ووكلائهم من الترافع، وتحضير الشهود، وتقديم البيانات، والاتصال المباشر مع العاملين في المحكمة، في كل وقت وفي أي مكان، كما توفر المحكمة آليات جديدة ومتطورة لمتابعة الدعاوى والاطلاع على مجريات الجلسات- بل وحتى حضور الجلسات إلكترونياً- وقرارات الاحكام بكل سهولة ويسر، كما تتيح الشفافية و السرعة في الحصول على المعلومات¹. ومن خطوات التقاضي الإلكتروني عبر المحكمة الرقمية²:

أول اجراءات التقاضي التي تمر بها الدعوى القضائية هو التسجيل في السجلات الرسمية للمحكمة المختصة بعد دفع الرسوم القضائية وتسجيل الدعوى القضائية إلكترونياً عبر موقع المجلس الأعلى للقضاء حيث يستطيعون من خلاله المحامون والخصوم الدخول الى النظام وتسجيل الدعاوى القضائية، وتسليم الوثائق والمستندات ودفع الرسوم القضائية.

ويرفق المحامي في صحيفة الدعوى وكالة التمثيل القانوني ورقم هاتفه المحمول لمراسلته رقمياً، وبعد التأكد من كافة المستندات والوثائق المرفقة، وتسديد رسوم الدعوى؛ تأتي مرحلة إجراء التبليغات القضائية، وتحتل هذه المرحلة أهمية بالغة الخطورة في العمل القضائي، لأنه إذا لم يتم التبليغ بصورة صحيحة يتعذر إجراء المرافعة، مما يؤدي الى عدم حسم الدعوى، علماً أن الطريقة التقليدية للتبليغ هي الأصل. وهي أكثر الطرق انتشاراً في الأنظمة القضائية، إلا أن بالتقاضي عن بعد يتم التبليغ بالطريقة الإلكترونية وهي اعتماد وسائل جديدة وحديثة للتبليغ الرسائل وتجدر الإشارة إلى أن التبليغ SMS الرسائل القصيرة على الهاتف غير أن إذا تعذر حضور الطرف الثاني يتم التبليغ بالإرشاد وبالإعلان في أحد الجرائد الوطنية.

1 - محمد فوزي ابراهيم محمد وأحمد محمد البغدادي، المرجع السابق، ص 151

2 - حمزة مخلوف، عصرنة قطاع العدالة، مجلة القانون والاعمال الدولية، جامعة الحسن الأول، المغرب، تم التحميل عبر الموقع:

أما بالنسبة للوكلاء بالخصوصية أي المحامون فيستطيعون تمثيل الخصوم مع ضرورة الحضور الشخصي إلى المحكمة في مواعيد الجلسات على خلاف ما تفرضه الطبيعة الرقمية للمحاكمة عن بعد، بالرغم من إرسال أوراق الدعوى رقمياً الكترونياً إلى وحدة تسجيل الدعاوى القضائية. بالنسبة للقضايا الجنائية بجميع أنواعها لا تزال تقليدية إلا ما تعلق ببعض المراسلات الإدارية بين جهاز الادعاء العام والمحكمة؛ فضلاً على أنها تقتصر على مرحلة إدارة الدعوى من حيث تسجيلها ومتابعتها وتنفيذ الأحكام دون استعمال تقنية الاتصال المرئي إلا في حالات معينة في التحقيق الابتدائي دون المحاكمة بالرغم من توافر البنية الرقمية¹.

ثانياً: تحديات الرقمنة فيما يتعلق بضمانات المتهم

تواجه المحاكمة عن بعد اصطدامها ببعض مبادئ التقاضي ومبادئ المحاكمة العادلة مجموعة من التحديات التي يجب على دولة سلطنة عمان أن تواجهها والمعوقات التي يجب أن تنتصر عليها حتى تبلغ نجاعة تطبيق مميزات الرقمنة أو بالأحرى المحاكمة الرقمية؛ والتي سنذكرها بعلى النحو الآتي:

- مجانية القضاء من مبادئ التقاضي التي تسمح بممارسة حق دستوري وهو الحق في التقاضي؛ غير أن النظام الرقمي وميزانيته المالية الضخمة فرضت به بعض الدول دفع رسوم رمزية في بعض القضايا بل حتى أن بعض الرسوم مرنة تتحدد بحدود طلبات المدعين؛ أما فيما يتعلق بالشق الجزائي فقد اكتفى المشرع العماني بدفع رسم الشكوى المسجلة رقمياً والمحدد بـ 10 عشر ريال عماني بغية تفادي البلاغات الكيدية من جهة وفق في هذه السياسية ومن جهة أخرى يمس بحق المواطن في اللجوء إلى القضاء بشكل مجاني. وان كانت المادة الجنائية لا تثير هذا الأمر إذا تعلق الأمر بمباشرة المتابعة من الشرطة أو/ و الادعاء العام.

- المساواة أمام القضاء؛ يفيد المبدأ (الجميع سواسية أمام القانون) بتكافؤ الحقوق والواجبات بين الخصوم في الدعاوى بصفة عامة غير أنه في الدعاوى الجزائية بما فيها مادة الجنايات يواجه المتهم خصم من عناصر القضاء؛ حيث الادعاء بإصداره قرار الاحالة يتم إرساله للمحكمة المختصة عبر النظام بذلك يساعد في إدارة سير الدعوى الإلكترونية ادارياً؛ كما يتضح عدم التكافؤ من حيث بحث الأدلة بصفة عامة والإلكترونية والرقمية بصفة خاصة وتفريغها فالادعاء من جهة خصم و من جهة ثانية له رقابة على الادلة و تفريغها و هي من أهم التحديات التي تواجه مبادئ المحاكمة العادلة و المحاكمة الرقمية.

¹ - مرفق دليل المجلس الأعلى للقضاء.

فضلا عن ذلك تعتبر حرية اختيار المتقاضين للمحاكمة عبر تقنية المحادثة المرئية أمر ايجابي نوعا في مبدأ المساواة؛ لكن لهذا الموقف جانب سلبي ظهر عند تفشي وباء كوفيد 19 حيث هناك تشريعات وسعت بشكل كبير في نطاق جلسات المحاكمة عبر تقنية المحادثة المرئية؛ بل حتى سمح القاضي بعقد جلسات المحاكمة بأي وسيلة اتصال الكترونية بما فيها الهاتف أمام جميع المحاكم ما عدا محكمة الجنايات دون الحصول على موافقة الأطراف ورغم معارضتهم¹.

- **علانية الجلسات؛** ترمز العلانية للعدالة فهي مبدأ قانوني أساسي؛ وإن كانت العلنية ليست قاعدة مطلقة في حالات محددة قانونا؛ فإنها أصبحت حالة حتمية في ظل تفشي وباء كورونا؛ هو ما ذهبت اليه التشريعات القانونية بتكييف قواعد الاجراءات الجزائية². أكثر ما يواجه المحاكمة الرقمية غياب العلانية حيث لا يتحقق دائما حضور الجمهور لموقع المحكمة بالتالي ذلك الردع النفسي الذي يكون في نفسية القاضي والشهود والخصوم بسبب واجب العدل والشفافية و الصدق كون الجمهور شاهد على مجريات الجلسة قد يغيب نوعا ما؛ ومن أجل تحقيق ذلك فالمحكمة حريصة بإبلاغ الجمهور وقد جسد القرار رقم 35115/97 الصادر في 2000/11/14 RIEPAN ضد النمسا حالة متهم موجود في السجن وتطبيقا لمبدأ العلانية تم ابلاغ الجمهور بتاريخ و مكان اعادة الارسال³؛ وبالنسبة لتجربة سلطنة عمان فيما يتعلق بتسيير المحاكمات في ظل كورونا اعتبرت توافر العلانية بمجرد حضور خصوم الدعاوى الأخرى. لكن التساؤل فيما يتعلق بآخر خصمين في الترتيب.

- **مبدأ الحضورية الأصل أن اجراءات التحقيق النهائي (المحاكمة) حضورية بالنسبة لخصوم الدعوى؛** فالقاضي الجزائي يكون عقيدته بناء على ما يدور أمامه من مناقشات في الجلسة؛ وبما أن الأحكام الجزائية قد تغير في المركز القانوني للمتهم؛ و في الأحكام العامة يعتبر الحكم الصادر دون حضور شخصي للمتهم حكم غيابي، و تترتب منه آثار قانونية على سبيلها حقه في المعارضة⁴. بذلك من أهم التحديات الرقمنة هي كيفية الموازنة بين مبدأ الحضور الشخصي للخصوم بشكل فعلي وافتراضي؛ وقد أثار ذلك جدال كبير فيما يخص

¹ - مجلة الحقوق و العلوم الانسانية، ليندة مبروك، ضمانات المحاكمة العادلة من خلال استخدام تقنية المحادثة المرئية، العدد1، المجلد 15، 2022، ص17.

² - المرجع نفسه، ص 13؛ 15.

³ - المجلة العربية في العلوم الانسانية والاجتماعية، عمارة عبد الحميد، استخدام تقنية المحادثة المرئية عن بعد في التحقيق والمحاكمة، العدد 3، مجلد10، 2018، ص68.

⁴ - حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة -دراسة تحليلية تأصيلية انتقادية مقارنة في ضوء التشريعات الجنائية (المصرية، الليبية، الفرنسية، الإنجليزية، الامريكية، الشريعة الاسلامية)، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997، ص161-162.

الحضور الافتراضي عبر استخدام تقنية المحادثة المرئية وقضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأحكام متباينة على سبيل الذكر؛ ورد في أحد أحكامها أنه على الرغم من عدم ذكر حق المتهم في الحضور بعبارات صريحة في المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية؛ إلا أن الحق في الحضور مبدأ مهم في المحاكمة العادلة بموجب القرار رقم A89 في الفقرتين 27 و 29 الصادر بتاريخ 12/02/1985 ضد COLOZZA إيطاليا؛ وهو ما تم تأكيده في القرار GC رقم 56581/00 الصادر بتاريخ 1/03/2006 ضد SEJDOVIC ضد إيطاليا؛ حيث أكدت المحكمة على حاجة كل من المتقاضي والقاضي في أن يكونا في حضور شخصي مع بعضهما البعض ولم تنكر انتهاك استخدام تقنية المحادثة المرئية أو التحاضر المرئي عن بعد لهذا المبدأ؛ في حين أنه توجد أحكام تقضي بأن المثول الشخصي للمتهم ليس له نفس الأهمية الحاسمة في الاستئناف كما في الدرجة الأولى¹.

الفرع الثاني: سلبيات الرقمنة في المحاكم العمانية

دون إنكار مزايا إجراء المحاكمات الجزائية عبر استخدام تقنية المحادثة المرئية عن بعد، خاصة في ظل التوجه نحو الانتشار الواسع لهذه التقنية مستقبلاً، ولما لهذه التقنية من محاسن تجسدت عملياً حيث قضت على بعد المسافة ومشقة نقل المساجين، وخففت من أعباء التقاضي، وساهمت في سرعة الفصل في القضايا، لكن رغم كل هذه المحاسن إلا أن هناك إشكالات عديدة جعلت هذه التقنية لم ترق حقيقة إلى الغايات المرجوة منها خاصة تأثيراتها السلبية على ضمانات المحاكمة العادلة بصفة عامة والتي ستكون محلاً للتوضيح ضمن فروع هذا المطلب على الترتيب التالي.

أولاً: السلبيات العامة المتعلقة بتطبيق الرقمنة على إجراءات المحاكمة

فضلاً على التحديات التي تواجه تطبيق وتفعيل المحاكمة الرقمية بنفس ضمانات المحاكمة العادلة إلا أن هناك بعض السلبيات التي هي في أصلها عامة وتواجه أطراف المحاكمة من قضاة وخصوم وأمناء السر؛ والتي نذكرها على سبيل المثال لا الحصر²:

- 1- صعوبة تعامل القضاة وأمناء سر المحكمة مع المنصة الخاصة التي يظهر من خلالها المتهم في محبسه.
- 2- عدم سماع المتهم لما يجري في مكان انعقاد الجلسة، والعكس أحياناً بسبب الشبكة وانقطاعها أو عدم معرفته التقنية الجيدة.

¹ - Milano Laure Visioconference et droit à un procès équitable, RDLF 2011, chron. n°08, <http://www.revuedlf.com/cedh/visioconference-et-droit-a-un-proces-equitable>

² - مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، لرقط فريدة وهوام علاوة، التقاضي الإلكتروني، العدد 4، المجلد 6، 2021، ص 192-193.

- 3- عدم ظهور المتهم بشكل واضح وثابت ورائق يسمح للقاضي بمراقبته عن كثب والاستماع إليه
- 4- عدم قدرة المحامي على التواصل مع المتهم بشكل خاص ومؤمن.
- 5- عدم قدرة المتهم على متابعة عمل المحامي وتمثيله إياه بأمانة وبما يعبر عن مصالحه.
- 6- عدم وضوح ظروف المتهم ومن بصحبته في مكان عرضه داخل محبسه.
- 7- عدم السماح بوجود محام آخر بصحبة المتهم.
- 8- تعذر سير الجلسات بانسيابية ويسر بسبب ضعف الشبكات والبنية الرقمية
- 9- إقرار حق المتهم في رفض جلسة تجديد الحبس أو المحاكمة عن بعد وطلب الحضور الشخصي.
- 10- تخصيص فترة انتقالية يمكن خلالها للقضاة والمتقاضين الاختيار ما بين عقد الجلسات عن بعد أو حضوريا.
- 11- المجانية المطلقة للإجراءات بحيث لا تمثل الإجراءات الجديدة أي تكلفة إضافية على المواطنين.
- 12- صعوبة مناقشة الأدلة الرقمية وعرضها في المحاكمات الرقمية ما يمس بشكل جسيم مبدأ حق الدفاع والواجبية
- 13- صعوبة مناقشة الخبرة الإلكترونية.

ثانياً: السلبيات الخاصة بتطبيق الرقمنة على مبادئ التقاضي

- هناك بعض السلبيات التي تقترن بمبادئ المحاكمة العادلة؛ والتي يمكن ايجاز بعضها في النقاط الآتية¹:
- 1- توافر ضمانات المحاكمة العادلة بشكل نسبي، وبالأخص حق الدفاع، وحق المحامي بالانفراد بموكله، ومناقشته، وإطلاعها على مستجدات القضية، وتبادل المعلومات، وتمتع المتهم والمحامي بالخصوصية، وذلك في جميع مراحل الدعوى/المحاكمة.
 - 2- نسبية تطبيق مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي
 - 3- التمسك بجميع المبادئ الدستورية ومبادئ التقاضي المقررة في قضاء المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض.

¹ - مجلة الدراسات والبحوث القانونية، بن عيرد عبد الغني، بضياف هاجر، التقاضي الإلكتروني على ضوء أحدث التعديلات بين التطلعات والتحديات، العدد 2، المجلد 6، 2021، ص 23-26.

4- ضمان علانية الجلسة سواء كانت خاصة بتجديد الحبس أو بالمحاكمة، بحيث يتمكن أي شخص من الاطلاع على مجريات الجلسة ما يجعل مفهوم علنية الجلسة نسبي حيث تكون معلومات عن النظام فقط دون معرفة حقيقية لمجريات الجلسة.

5- العمل على تأمين الأنظمة الإلكترونية الجديدة وتوفير جميع عناصر الأمان الرقمي والخصوصية.

6- إصدار وثيقة مكتوبة في صورة قرار من مجلس القضاء الأعلى أو كتاب دوري من النيابة العامة لتنظيم إجراءات جلسات تجديد الحبس عن بعد، والمحاكمات عن بعد حال البدء فيها.

7- تنظيم إجراءات التصحيح المحو وغيرها مما تستلزمه طبيعة جلسات التحقيق والمحاكمة.

8- تنظيم جرائم الجلسات وإعلانها.

9- مناقشة الدليل الإلكتروني في سبيل حق الدفاع ومبدأ الوجاهية¹.

المبحث الثاني: الواقع التطبيقي للرقمنة في المحاكم العمانية

يظهر جليا من البيئة الرقمية العمانية تطبيق المعاملات الكترونيا؛ حيث يعتبر جهاز الشرطة الرقمي من أنجح الأجهزة في تكريس الرقمية بالسلطنة؛ في حين أن المعاملات مجمع المحاكم يقوم على الاجراءات الرقمية فيما يتعلق بطلبات سير الدعوى ومتابعتها والجانب الاداري أكثر منه من الجانب القضائي كما سبق بيانه؛ وعليه يتعبر هذا الشق من الدراسة هو المحور الفاصل في مسألة تفعيل المحاكمة المرئية في المواد الجزائية، حيث من خلاله يتم تحديد مجموعة من المظاهر المجسدة من الجانب الاداري والقضائي وهو ما سيكون محور الدراسة ضمن المطلب الأول؛ أما المطلب الثاني سيتم تخصيصه من أجل تحديد حدود الرقمنة المعتمدة في أروقة المحاكم العمانية.

المطلب الأول: مظاهر التقاضي الرقمي في القضاء العماني

أصبح التقاضي الإلكتروني واقعاً جديداً على الجهات المعنية، الأمر الذي يتطلب حل المشاكل التي تتعلق ببنية النظام القضائي وتأهيل الكوادر البشرية للمساهمة والقيام بهذه المسؤولية، بحيث تضع الدول هذه

¹ - يثير مناقشة الدليل الإلكتروني العديد من الاشكالات في المجال التطبيقي فضلا على مساسه بمبدأي حق الدفاع والوجاهية؛ حيث القاضي العماني في قبوله للدليل الرقمي على سبيل المثال رسائل الواتساب التي تتضمن اقرار فهو يشترط أن يكون الدليل المقدم باللغة العربية والرقم المرسل ظاهر؛ من أجل قبوله من ثم مناقشته. مرفق الأحكام القضائية.

المنظومة على رأس أولوياتها في الأعمال الإدارية والقضائية؛ وعلى غرارها سلطنة عمان حيث تم انتهاز مظاهر التقاضي الإلكتروني سواء من الجانب الإداري أو القضائي على الترتيب.

الفرع الأول: مظاهر التقاضي الإلكتروني قضائياً

يعد التقاضي الإلكتروني بديلاً متطوراً وأكثر فعالية من التقاضي العادي وذلك إذا ما توفرت المتطلبات الضرورية لتفعيل هذا النظام والتي من أهمها استخدام الوسائل التقنية بصورة صحيحة؛ وتتجسد مظاهر التقاضي الإلكتروني في أن نظام التقاضي الإلكتروني يوفر مدخلاً وربطاً شبكياً بينهما، فالمدخل هو صفحة رئيسية لموقع النظام على الإنترنت يستطيع الخصوم والوكلاء وجمهور المراجعين الدخول إليها وتحديد نوع الخدمة أو الإجراء المراد تنفيذه، والمستوعب هو وحدات من الأجهزة الإدارية والقضائية التي تستقبل جمهور المراجعين وبرامج حاسوبية تتولى عملية التوثيق التقني لكل إجراء، والربط الشبكي بينهما هو وسيلة التواصل والدخول من صفحات ضمن موقع إلكتروني على خط شبكي عالمي إلى خط شبكي حاسوبي مقيد له أنظمة حماية معروفة لعل من أشهرها (Wall Fire)، والتي تمنع ولوج قرصنة المعلومات Hackers.

و تتجسد مظاهر الرقمية من الجانب القضائي عندما تبدأ المرافعة الإلكترونية على الخط ON LINE حيث يباشر القاضي إدارة الجلسة عبر الموقع الإلكتروني من خلال جلوسه في قاعة المحكمة أمام الجمهور في حالة المرافعة العلنية أو في مكتبه الخاص في حال كانت المرافعة سرية التي يتم فيها منع الجمهور من الدخول إلى الموقع الإلكتروني للمحكمة، وتكون قاعة المحكمة التي تجري من خلالها المرافعة الإلكترونية مزودة بشاشات عريضة مرتبطة بأجهزة الحاسوب الآلي التي تجعل بالإمكان حضور الخصوم عبر الإنترنت وحتى الاستماع إلى الشهود ومناقشة الخبراء للإجراء المرافعة الكترونياً على الخط وتدوين محاضر الجلسات التي تتخذ فيها كافة إجراءات التقاضي تقنياً بواسطة أجهزة الحاسوب الآلي¹.

وهكذا فإن ملف الدعوى الإلكترونية عبارة عن مدون حاسوبي يتكون من قسمين، أحدهما هو عريضة الدعوى ومستندات وأدلة وجدول مواعيد الجلسات مصورة بجهاز الماسح الضوئي (Scanner) وثانيهما عبارة عن تدوين تقني مسجل بالصوت والصورة لمجريات الجلسة و المرافعة².

¹ - لرقط فريدة وهوام علاوة، التقاضي الإلكتروني، المرجع السابق، ص 190-191.

² - المرجع نفسه، ص 191.

في حين أن الواقع القضائي في سلطنة عمان فيما يتعلق بالمحاكمة في الدعاوى الجزائية بصفة عامة اداري بحث حيث يتم ادارة الدعوى رقميا لكن مفهوم المحاكمة عن بعد بمفهومها الضيق لا يتحقق إلا في مرحلة التحقيق لدى الادعاء العام وفي حالات معينة بمعنى يطبق كاستثناء و ليس قاعدة اجرائية متبعة لكنه خطوة تمهيدية نحو التقاضي الإلكتروني؛ بالتالي حدود التقنية تتمثل في اجتماعات رؤساء المحاكم بنظام الزووم مراجعة الجلسات عبر النظام والمراسلات الادارية بين أعضاء القطاع (القضاة والادعاء العام عند احالة الملف والتنفيذ) لكن فيما يتعلق باستخدام محادثة المرئية في الجلسات أو سماع الشهود و الخبراء عبرها لم يتم حتى أنه لا يوجد موقع للمحكمة الافتراضية مثلما هو الشأن في بعض الدول. كما أشار عضو الادعاء العام عند مقابلته إلى بعض العقبات التي تمنع القاضي من استخدام النظام في جلسة المحاكمة من بينها صعوبة الاطلاع على مستندات الدعوى بكل سهولة ما يستنفذ الوقت فيضطر بذلك القاضي تفضيل الملفات الورقية؛ لكن ذلك لا ينفي استخدام الرقمية في تسجيل الدعاوى ومتابعتها وفي التنفيذ¹.

الفرع الثاني: مظاهر التقاضي الإلكتروني إداريا

أنشأ المجلس الأعلى للقضاء بموجب القرار الوزاري رقم 2021/104 المتعلق بإصدار اللائحة التنظيمية لقانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات نظام الإلكتروني² لإدارة الدعاوى عبر أيقونة الخدمات الإلكترونية في الموقع الإلكتروني للمجلس الأعلى للقضاء* ويتضمن النظام على أهم الاجراءات القضائية التي تتم الكترونيا والمتمثلة في:

- إيداع الصحف ومرفقاتها.
- الاعلانات القضائية.
- تبادل المذكرات.
- متابعة اجراءات التقاضي إلى غاية إستلام الأحكام.
- الدفع الإلكتروني.

¹ - مقابلة مع عضو الادعاء العام سلطان الكلباني، الدائرة الثانية، مسقط

² - أقرت المادة 1 من القرار الوزاري رقم 2021/104 بإصدار اللائحة التنظيمية لقانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات.

*<https://www.caaj.gov.om/SupremeQueries>

غير أن مباشرة الاجراءات تستلزم تسجيل الدخول للبوابة المتقاضين من الموقع الرسمي للمجلس الأعلى للقضاء (<https://elawyers.ccaj.gov.om/>)؛ والتي تمنح أربع خيارات للأفراد والشركات والحكومة؛ وأخيرا للمحامين؛ وبما أن الدعاوى الجزائية تتم بتقديم شكاوى فإننا سنتقدم للصورة العامة للرقمنة بداية وسنخص بالإسقاط أيقونة التسجيل الرقمي للدعوى الإلكترونية من خيار المحامين كما سيتم بيانه.

1. مظاهر التقاضي الإلكتروني في الدعاوى بصفة عامة:

يتم اسم المستخدم المتمثل في الرقم المدني للمحامي وكلمة مرور. كما يمكن القول عن إدارة الدعوى الكترونيا أنها يتم بشكل تدريجي ونسبي من حيث الرقمية؛ حيث لا تزال بعض الاجراءات مصاحبة للإجراءات الورقية ويتجسد ذلك بصريح العبارة "يجب ارفاق صحيفة الدعوى قبل احوالها للمحكمة"؛ وعليه نستشف أن هذه المرحلة هي مرحلة فحص الدعوى وسداد الرسوم بعد حسابها رقميا وتسديدها إلكترونيا ليتم تحديد تاريخ أول جلسة التي يكون فيها ارفاق النسخة الورقية؛ مع أن هذه المرحلة بدورها لا تزال بها اشكالات لم يتم الفصل فيها على سبيلها سائح ويريد إقامة شكوى فالبوابة لا تسمح لأنه غير حائز على رقم مدني؛ فالرقمية هنا مقترنة بالمواطنين والمقيمين فقط؛ مع أن هذا الافتراض ممكن. إن كان حله يصبح بالنظام الورقي.

بعد المرحلة الأولى من التسجيل الاداري للدعوى في النظام تباشر الجهة المختصة إجراءات المحاكمة؛ وهنا تختفي مظاهر الرقمية حيث وبالرغم من إمكانية حضور القاضي للجلسة دون ملف ورقي ودون إلزام المحامي من إرفاق النسخة الورقية.

ولكن أثناء مرحلة التحقيق النهائي (المحاكمة) تظهر صور الرقمنة بإعتماد الأدلة الإلكترونية؛ ليصدر الحكم بشكله التقليدي والإلكتروني حيث يتم إرفاقه في بوابة المتقاضين.

من ثم ترجع الكرة الرقمية في مرحلة التنفيذ؛ حيث يتم فتح ملف التنفيذ والطلبات وتسجيل منازعات التنفيذ بشكل إلكتروني.

2. مظاهر التقاضي الإلكتروني في الدعاوى الجزائية (الشكوى الإلكترونية – والتحقيق الإلكتروني):

الدعوى الجزائية إما تكون بشكوى من المجني عليه في جرائم الشكوى؛ و بالتالي يجب الولوج إلى بوابة الإدعاء العام على الرابط التالي: (<https://eservices.opp.gov.om/Eservices/Services.aspx>) ضمن خدمات الإلكترونية تظهر أيقونة تسجيل شكوى جزائية¹.

¹ - الموقع الرسمي للإدعاء العام <https://eservices.opp.gov.om/Eservices/Services.aspx>

كما يمكن أن يكون مباشرة و تحريك الدعوى الجزائية من طرف الإدعاء العام وفي هذه الحالة؛ فإن ما يهمنا من حيث جانب موضوعنا أنه قد يسمع أقوال المجني عليه إلكترونياً؛ وذلك من خلال إرسال رابط على رقم المعني بالتحقيق الرقمي؛ والذي بفتحه يدخل إلى غرفة التحقيق الرقمي حيث المحادثة تظهره و تظهر المحقق و الكاتب؛ و يتم السماع من خلال الأسئلة و الإجابة عنها من ثم يقرأ له مع ظهور المحضر على الشاشة؛ ليوقع عنه و يغلق المحضر بساعته؛ شرط تحميل تطبيق معين.

أما بالنسبة لباقي دعاوى الجزائية؛ فإنه بعد الإنتهاء من التحقيق في القضية و بناء على سلطة الملائمة إذا تحققت أركان الجريمة فإنه يحال الملف رقمياً من الادعاء العام إلى المحكمة المختصة و ترفع المستندات رقمياً إلى أمانة سر المحكمة ليتولى القاضي التحضير للجلسة و يعلن أطراف الدعوى بقرار الاحالة و يتم تحديد جلسة المحاكمة و يتبع الاجراءات التحقيق النهائي (المحاكمة) حضورياً مع استخدام الجانب الرقمي بتحفظ حيث يتم استخدامه فقط فيما يتعلق بالأدلة الإلكترونية و التبليغات¹.

إلا أنه في غالب المواد الجزائية بالسلطنة بصفة عامة وفي مادة الجنايات بصفة خاصة نجد القاضي يحقق ويستجوب بناء على الملف الورقي للدعوى؛ كما لا يتم التحقيق الرقمي مع المتهم ولا مع الشهود إلكترونياً.

المطلب الثاني: حدود العدالة الرقمية العمانية

عدم اعتماد القضاء العماني في المحاكم على تقنية المرافعة الرقمية؛ لا ينفي وجود بعض مظاهرها وأهمها الدليل الرقمي وقبوله وكيفية مناقشته التي تمس بشكل واضح بحق الدفاع والوجاهية ما يترتب عنه المساس بمبادئ المحاكمة العادية.

الفرع الأول: قبول الدليل الرقمي في الإثبات قانوناً وتطبيقاً

سنخص بالذكر الدليل المترتب عن الخبرة الفنية العلمية البحتة المعتمدة على الوسائط الإلكترونية كنموذج للمناقشة في هذه الورقة البحثية؛ حيث يعد الخبير تقرير بناء عن مسألة فنية خارجة عن علم القاضي ودرأيته ومن هنا نكون بين فرضتين حجية التقرير فني نسبي والتقرير الفني بات

¹ - مقابلة مع عضو من الادعاء العام الدائرة الثانية، مسقط

أولاً: حجية تقارير الخبرة الفنية النسبية

تتجسد مهمة الخبير في تقرير رأياً مستنداً ومستنتجاً وفقاً للأصول العلمية بشأن مسائل فنية بحتة، فدوره الفاصل في النزاع جعله يعتبر القاضي الفني. قد لا تطمئن المحكمة لتقرير الخبير حسب ما يقتضيه مبدأ الاقتناع الشخصي؛ فتندب خبير ثان في الدعوى، وفي هذه الحالة قد تتطابق التقارير وقد تتباين، ولكن يبقى للمحكمة الحرية المطلقة في الأخذ بالتقرير الأول أو الثاني حسبما تراه، وأن انتدائها إلى خبير ثان لا يمنعها من الاستناد إلى التقرير الأول. ولكن قد تتجه المحكمة إلى فض هذا التناقض عن أحد طريق الوسائل التالية: ندب خبير مرجح؛ مناقشة الخبراء؛ أي إجراء من إجراءات التحقيق¹.

وهذا ما قرره محكمة النقض المصرية المقرر أنه: "إذا كانت المسألة المتنازع فيها من المسائل الفنية البحتة التي يتعذر على المحكمة أن تشق طريقها بنفسها لإبداء الرأي فيها، فإن تناقض تقارير الخبراء في شأنها يوجب على محكمة الموضوع أن تستنفذ كل ما لها من سلطة تحقيق لاستجلائها سواء بנדب خبير مرجح أو لجنة من الخبراء أو استدعاء الخبراء لمناقشتهم في تقاريرهم، أو أي إجراء آخر يعينها في تحقيقها وأن تبين في حكمها حتى يطمئن المطلع عليه إلى أنها أحاطت بالمسألة الفنية المطروحة ووقفت على كليها وتعرفت حقيقتها قبل إبداء الرأي فيها وأنها بذلت في هذا السبيل كل الوسائل التي من شأنها أن توصلها إلى ذلك".²

ثانياً: حجية تقارير الخبرة الفنية المطلقة

لا شك أن الإثبات العلمي باستخدام الوسائل الحديثة، يشكل تأثيراً كبيراً على الاقتناع الذاتي للقاضي الجزائري، وحرية في تكوين عقيدته، وهذا يعني إعطاء دور بارز للخبرة، وإفساح المجال أمامها، حيث إن القاضي متخصص في القانون، ولا يستطيع أن يلم بهذا الكم الهائل من كفاية الدليل و سلطة القاضي الجزائري في تقديره العلوم، والمعارف الأخرى، وكان لابد له من الاستعانة بأهل الخبرة في المسائل الفنية فإذا كان العلم قد أحدث الكثير من أساليب الإثبات، وأمد سلطات التحقيق بوسائل علمية حديثة ومتطورة، فإن اقتناع القاضي في الأمور الجنائية يأتي على قمة كل هذه الوسائل، لا كوسيلة من وسائل الإثبات، إنما جاء لحماية العدالة من السلطة والاستبداد، التي ترتبت على استخدام هذه الوسائل العلمية الحديثة، والتي في كثير من الأحيان تكون في ذاتها إعتداء على الحريات. ولكن قد أدى استخدام الأدلة الحديثة في الإثبات دوراً واسعاً للخبير في الدعوى، وذلك بإبداء رأيه الفني فيما يعرض عليه من المسائل الفنية التي تحتاج إلى متخصص، حتى

¹ - المحكمة العليا الطعن رقم 13/2011 م الدائرة الجزائية

² - محكمة النقض المصرية، الدوائر التجارية، الطعن رقم 13791 لسنة 80 قضائية، جلسة 24 يونيو 2018

إن البعض يرى أن هذه الوسائل الحديثة أثرت على مبدأ نظام اقتناع القاضي بدرجة كبيرة، فجعلت للخبير القول الفصل، ولا يبقى للقاضي سوى التسليم بهذا القول، والحقيقة أن الوسائل الحديثة في الإثبات الجنائي لا يتعارض مع نظام الاقتناع القضائي للقاضي، وإنما هو يفسح المجال للاستفادة من القرائن وأعمال الخبرة في إطار السلطة التقديرية للقاضي حسبما يستريح له ضميره فالسمات التي تتميز بها الأساليب العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، تدفع البعض إلى الاعتقاد بأنها تقلل من السلطة التقديرية للقاضي، و أن لديها القدرة الذاتية في التأثير على تكوين درجة اقتناعه إلى الحد الذي يفرضه هذا الاقتناع، بما تسفر عنه نتائج البحوث العلمية من نتائج قطعية الثبوت، تخلو من شبهة الظن¹.

إلا أن هذا التصور ليس في محله، لأنه يجب النظر إلى هذا الأمر من ناحيتين، أولاً القيمة العلمية الناطقة للدليل العلمي، وثانياً الظروف والملابسات التي وجد فيها هذا الدليل. فبالنسبة للناحية الأولى، تخرج عن السلطة التقديرية للقاضي، لأن قيمة الدليل تقوم على أسس علمية دقيقة، ليس للقاضي الحرية في مناقشة حقائقها بعكس الظروف والملابسات التي وجد فيها الدليل، فإنها تخضع للسلطة التقديرية للقاضي لأنها من طبيعة عمله، بحيث يكون في مقدوره أن يطرح هذا الدليل جانبا على الرغم من ثبوت قطعيته من الناحية العلمية، وذلك إذا تناقض هذا الأخير مع ظروف وملابسات الواقعة، فالدليل العلمي ليس آلية معدة لتقرير اقتناع القاضي الجزائي بخصوص مسألة غير مؤكدة، وتطبيقاً لذلك فإن للقاضي أن يأخذ بكل ما جاء بتقرير الخبير، وله أن يطرحه كله، وله أن يأخذ بالعناصر التي اطمئن إليها، ويطرح ما لا يطمئن إليه منها، كما أن للمحكمة ألا تعول على تقرير الخبراء الذي قدم في مصلحة المتهم، وتأخذ بتقرير غيرهم، لأن ذلك داخل في تقديرها لموضوع القضية، ومتعلق بوقائعها، ومن ثم يكون للقاضي استبعاد أي دليل إذا كان مناقضاً لظروف الواقعة وملابساتها. فمثلاً للقاضي استبعاد الدليل الناتج عن تحليل الحامض النووي، مفضلاً عليه عناصر أخرى لإقامة أو عن بصمة المخ في الإثبات الدليل، أو لهدمه، فالبصمة الوراثية، أو بصمة المخ هي دليل عادي كأى دليل آخر في القضاء الجنائي²، الأمر الذي نستشفه من خلال استقراءنا لنص المادة 82 من قانون الإثبات العماني.

1 - مجلة الدراسات الحقوقية، بن طاهر عثمان، كفاية الدليل العلمي وسلطة القاضي الجزائي في تقديره، العدد 3، المجلد 3، 2020، ص 784.

.786

2 - بن طاهر عثمان، المرجع السابق، ص 787.

ولكن ما يهم في نطاق البحث هو مبدأ حق الدفاع وكيف تتم مناقشة تقرير الفني العلمي رقمياً؟ وهذا من محل البحث سواء في القانون العماني أو باقي القوانين العربية المقارنة من أجل إيجاد إستراتيجية تقنية ونص قانوني يحل مسألة النقاش حيث تم توجيه البحوث إلى مساس حجية المطلقة بمبدأ اقتناع القاضي وليس مبدأ حق الدفاع.

صحيح أن القانون منح للقاضي مبدأ جوهري وذو حدين؛ فيما يخص باقتناعه الشخصي في تقدير الأدلة بما فيها تقارير الخبرة الفنية؛ حيث إذا سلم القاضي بتقرير الخبرة الذي يحوز قوة علمية وفنية تخرج من علم القاضي وبين عدم الأخذ به حتى لو كانت نتائجه يقينية. لكن أسفر التطبيق العملي على تباين موقف القاضي وقياساً عليه بمفهوم المخالفة تحقق حق الدفاع حيث تم مناقشة وعدم التسليم بنتيجة الخبرة الفنية (الدليل التقني أو الإلكتروني): فعلى سبيل بعض الأحكام و القرارات القضائية المؤيدة لتقارير خبرة الطعن رقم 291 / 2016 الصادر عن الدائرة الجزائية جلسة 11 / 10 / 2016¹ وحكم المحكمة العليا الطعن رقم 283 / 2006 جزائي عليا إثبات "خبرة". محكمة الموضوع "سلطتها في تقدير الدليل". حيث حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً ورفضه موضوعاً (الطعن في تقرير الخبير المحاسبي)²؛ في حين أن هناك الاجتهادات القضائية منكراً لتقرير الخبرة الفنية على سبيلها حكم المحكمة العليا الطعن رقم 41 / 2017 الصادر عن الدائرة الجزائية جلسة 17 / 10 / 2017.³

الفرع الثاني: تواجه الأدلة الرقمية مع مبادئ التقاضي – حق الدفاع والوجاهية-

يظهر في الجانب التطبيق القضائي العماني أن القاضي في أغلب الحالات يسلم بتقرير الخبرة الفنية (كدليل إلكتروني أو رقمي) لاسيما إذا كان متناسبا مع باقي الأدلة؛ أما في حالات عدم الأخذ به يكون في حالة مخالفة الخبراء الاجراءات الشكلية والموضوعية.

والمعيار المؤثر على عملية قبول تقرير الخبرة كدليل؛ هو موضوع الدعوى فعلى سبيل المثال تقرير الخبرة الذي يكشف عملية الاجهاض ان كانت بسبب علاجي أو طبيعي أو جنائي تقرير فاصل؛ حيث القاضي في هذه الحالة يجد نفسه أمام مسألة فنية بحتة. لكن النظام القانوني للخبرة لا يقيد من الناحية القانونية ما يجعل الجانب العملي ينصدم بالجانب القانوني؛ حيث لا يوجد نص يلزم بتقارير الخبرة مثلما هو الشأن في ادلة

¹ - موقع لورتال، تاريخ التحميل 2023/2/1 <https://www.lawrtal.com/ui/ar>

² - موقع لورتال، تاريخ التحميل 2023/02/1 <https://www.lawrtal.com/ui/ar>

³ - موقع لورتال، تاريخ التحميل 2023/02/02 <https://www.lawrtal.com/ui/ar>

الاثبات الأخرى؛ نفس الأثر إذا اشتملت الدعوى على تقرير خبرة عقلية ونفسية على المتهم وهنا القاضي بين احتمالين إما الأخذ بتقرير أو اجراء خبرة جديدة ومحاولة الترجيح بينهما إذا اختلفا.¹

كما يجد القاضي صعوبة عند تناقض بين تقارير الخبرة العلمية أو الفنية البحتة مع أقوال الشهود أو اعترافات الأطراف؛ وإن كان من الناحية الواقعية ترجح الخبرة بسبب العملية التي تمت بها لاسيما إذا وكلت إلى مختبرات الجنائية. كما أسفرت الاجتهادات القضائية الأخذ بتقارير الخبرة التي تكون مؤيدة للأدلة في شكلها الغالب؛ مثلا إذا كان تقرير الخبير لا يثبت النسب كان الشهود يثبتون تواجد المتهم في مكان بعيد عن مقر الضحية بشكل منتظم ودائم ولمدة أكبر من مدة الحمل والمحادثات والاتصالات تثبت عدم تواصل الخصوم فالقاضي لا يسعه التهرب من التقرير وبذلك لا يحتاج مبدأ الاقتناع الشخصي للتدقيق كون الحقائق واضحة؛ لكن في الحالة العكسية هنا للقاضي يستلزم منه التحليل المنطقي والاستدلال بالوقائع لتكوين عقيدته حول التقرير. وفي نفس السياق وقياسا يدل أن القاضي مناقشة الدليل الرقمي تحقق مبدأ الدفاع والوجاهية لكن السؤال في حال البصمة الوراثية وفي حال تسليم القاضي بنتيجة التقرير الفني فهل هناك تطبيق فعلي للمبدأين أم يكون شكليا فقط؟ الأصل أن المناقشة تكون من قبل جهة مختصة وتقنية تضمن عدم التلاعب وسلامة جهاز الكشف ليس بهذه الطريقة؛ بالتالي يستحسن لكي لا يصبح تطبيق حق الدفاع والوجاهية شكليا فقط فيما يتعلق بالأدلة الرقمية والإلكترونية البحتة تكوين هيئة مختصة لمناقشة الدليل والا يعتبر مجرد تطبيق شكلي للمبدأين فقط خاصة أن النتائج المتوصل إليها تؤثر في مجرى الدعوى العمومية والمراكز القانونية.

سماع شهادة الشهود عبر تقنية المعلومات

إن الأصل المحاكمة الرقمية لا تتوفر في المحاكم العمانية؛ ولكن التدرج في تبني الرقمنة من قبول والتعامل بالأدلة الإلكترونية من حيث القانون والتطبيق قائم؛ لتأتي بعده حالة استثنائية بمحاكمة الإستئناف الدائرة التجارية بولاية السيب بدولة سلطنة عمان حيث أفاد المجلس الأعلى للقضاء بأنه تم سماع أطراف الدعوى عبر الإتصال المرئي برئاسة القاضي سعيد الغسيني²؛ ولكن بغياب القانون فيعتبر اجتهاد شخصي للقاضي؛ يخلق إشكالات فيما يتعلق بمبادئ المحاكمة العادلة بشكل صريح. حيث أن المحاكمة المرئية تحددها ضوابط

¹ - خروقة غانية، المرجع السابق، ص 135-136؛ 141.

² - صورة عن الخبر الإعلامي مرفقة.

قانونية مماثلة للمحاكمة التقليدية وأفضل صورة عن المحاكمات الرقمية الكاملة هي المحاكم الإماراتية من حيث التنظيم القانوني والتطبيقي.

صورة عن الخبر الإعلامي:

110



خاتمة:

ختاماً يمكن القول أن اللجوء لاستعمال تقنية المحاكمة عن بعد في التحقيق والمحاكمات الجزائية خطوة هامة ويتم اعتمادها في القضاء العماني بشكل تدريجي؛ مع التحفظ المطلق في مادة الجنايات نظراً لتأثيرها على مبادئ المحاكمة العادلة؛ وقد حرصت التشريعات المقارنة الموازنة بين تفعيل المحاكمة عن بعد وبين مبادئ التقاضي ما جعل هذه الأخير نسبية وتغيرت مفاهيمها وعليه المساس بالحقوق الدستورية؛ وبذلك يكون القضاء العماني موفق في عدم تسرعه بتبنيها وفي نفس الوقت متأخراً في مواكبة التطورات الحاصلة مقارنة

بدول الجوار (الامارات العربية والسعودية) ومتابعة القضايا العابرة للحدود؛ وقد انتهت الورقة البحثية بمجموعة من النتائج تتمثل في:

- المحاكمة المرئية عن بعد خطوة هامة لعصرنة مرفق القضاء زادت أهميتها في ظل انتشار وباء كورونا وأصبحت حتمية لحفظ الأمن في حالات الطوارئ والكوارث.

- آلية المحاكمة المرئية عن بعد سلاح ذو حدين، من جهة تساهم في تيسير العمل القضائي على مستوى جميع النواحي ومن جهة ثانية فهي تشكل خرقا نسبيا ل ضمانات المحاكمة العادلة خاصة مبادئ العلنية والمساواة والوجاهية.

- آلية المحاكمة المرئية تشكل خرقا لبعض من ضمانات المحاكمة العادلة وحقوق الدفاع في ظل السماح بتعميم العمل بها في كافة المحاكمات الجزائية بما فيها محكمة الجنايات وإلغاء شرط موافقة الأطراف؛ ما جعل الهيئات القضائية العليا في الدول تتدخل وتلغي التوسع في استعمالها على هذا النحو؛ وهو ما سار به المشرع العماني حيث لم يعتمد عليها بعد في المحاكمات.

انطلاقا من هذه الدراسة ومجموع النتائج المتوصل إليها نقدم بعض المقترحات القابلة للنقاش من أجل الإثراء للإمام بكافة جوانب هذا الموضوع الثري:

- ضرورة توفير الامكانيات المادية اللازمة لتعميم آلية المحاكمة المرئية عن بعد عبر جميع المحاكم والمؤسسات العقابية عبر جميع محافظات السلطنة؛ وكذا الحرص على زيادة سرعة تدفق الانترنت باعتبارها عصب حساس في العملية، مع توفير المتطلبات التقنية والفنية اللازمة.

- استحداث منظومة تشريعية تنظم المحاكمة الرقمية بكل إجراءاتها

- تحسين نظام إدارة الدعاوى إداريا في سلطنة عمان؛ حيث يسمح بسهولة الانتقال القاضي بين الملفات وتنظيم مسألة مناقشة الأدلة رقميا وتطوير النظام الخاص بتقنية المحادثة المرئية لتصبح تستوعب القاضي وجميع الخصوم والجمهور.

- تكتيف الدورات التكوينية لتمكين المورد البشري المعني من التحكم في سير آلية المحاكمة المرئية عن بعد ومتطلباته؛ ومحاولة القضاء على الأمية الحاسوبية لدى بعض الفئات في المجتمع.

- تأمين الموقع والنظام لمنع الحوادث التقنية من خلال تشفير البيانات الشخصية حفاظا على الحق في الخصوصية والسرية.

إن استخدام ونجاح تقنية المحادثة المرئية عن بعد مرهون بفرض التزامات عديدة على الدول أهمها العمل على توفير الوسائل الضرورية، والالتزام باليقظة لمنع الحوادث التقنية وضمان احترام حقوق الدفاع، والالتزام أيضا بلا شك بتدريب العاملين في مجال العدالة على هذا النوع من الاتصالات والتقنيات، وهذا لن يكون إلا بوجود منظومة قانونية وإجرائية تضبط بدقة كيفية العمل هذه التقنية كي تحظى أكثر بالشرعية بما يكفل الحفاظ على حسن سير العدالة وحقوق المقاضين، وهذا ما يتوجب من المشرع من أجل التدخل لتحسين النصوص وفق تطلعات هذه التقنية -.

- يجب استحداث نصوص تمنح السلطة التقديرية للمحكمة كخطوة تمهيدية في القضاء العماني من ناحية أن تقتصر استخدام هذه التقنية على قضايا محددة، في حين قد تبقى المحاكمة التقليدية على جلسات المحاكمات الطويلة والمعقدة أو حتى أنواع معينة أخرى أين لا يمكن الاستغناء فيها عن الاتصال المباشر بين الأطراف والقاضي، ويتعين على التشريعات ضمان بقاء العدالة إنسانية وذات جودة عالية والسعي دائما إلى استحداث نصوص عقابية صارمة ضمن جرائم الجلسات تعاقب كل من ساهم في تعطيل وتخريب السير الحسن للمحاكمات الجنائية عبر استخدام تقنية المحادثة المرئية عن بعد، وأن تعمل الدول بشكل جدي من أجل خلق نظام رقابي محكم يشرف على نجاعة وفعالية هذه التقنية في المحاكم وأن استعملها يجب أن لا يهدر حقوق الدفاع، حفاظا على المبادئ العامة للمحاكمة العادلة.

- تنظيم عمل الخبراء فيما يتعلق بعملهم الرقمي ومناقشتهم في المحكمة الرقمية؛ حيث تستحدث نصوص تسمح لهم بعقد جميع الجلسات رقميا مع الخصوم وتحت رقابة المحكمة عن بعد عدا المعاينة وما يستلزم الحضور الشخصي.

- إصدار وثيقة مكتوبة في صورة قرار من الجهة التنفيذية لتنظيم إجراءات جلسات تجديد الحبس عن بعد، والمحاكمات عن بعد حال البدء فيها.

قائمة المراجع:

- أشرف أشرف جودة محمد محمود، المحاكم الإلكترونية في ضوء الواقع الاجرائي المعاصر، مجلة الشريعة والقانون، العدد 35، الجزء 3، جامعة الأزهر، 2020.

- بن عيرد عبد الغني، بضيف هاجر، التقاضي الإلكتروني على ضوء أحدث التعديلات بين التطلعات والتحديات، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 2، المجلد 6، 2021، ص 23-26.
- بن طاهر عثمان، كفاية الدليل العلمي وسلطة القاضي الجزائري في تقديره، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 3، العدد 3، الجزائر، 2020.
- حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة - دراسة تحليلية تأصيلية انتقادية مقارنة في ضوء التشريعات الجنائية (المصرية، الليبية، الفرنسية، الإنجليزية، الأمريكية، الشريعة الإسلامية)، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997.
- خروفة غانية، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الخبرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2009.
- عمارة عبد الحميد، استخدام تقنية المحادثة المرئية عن بعد في التحقيق والمحاكمة، المجلة العربية في العلوم الانسانية والاجتماعية، مجلد 10، العدد 3، 2018.
- لرقط فريدة وهوام علاوة، التقاضي الإلكتروني، مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال، المجلد 6، العدد 4، الجزائر، 2021.
- ليندة مبروك، ضمانات المحاكمة العادلة من خلال استخدام تقنية المحادثة المرئية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد 15، العدد 1، ص 17.
- محمد فوزي ابراهيم محمد وأحمد محمد البغدادي، القضاء الرقمي والمحاكم الافتراضية، مجلة بنها للعلوم الانسانية، العدد 1، الجزء 2، السنة 2022.
- محمد عادل سعدة، دور التقاضي الإلكتروني في ضمان أداء الخدمة القضائية "دراسة مقارنة"، المجلة الدولية للاجتهاد القضائي، تصدر عن المركز الديمقراطي العربي، العدد 09، مارس 2023، ألمانيا.
- المحكمة العليا الطعن رقم 13/2011 م الدائرة الجزائية.
- محكمة النقض المصرية، الدوائر التجارية، الطعن رقم 13791 لسنة 80 قضائية، جلسة 24 يونيو 2018.
- حمزة مخلوف، عصرنة قطاع العدالة، مجلة القانون والاعمال الدولية، جامعة الحسن الأول، المغرب، تم التحميل عبر الموقع: <https://www.droitentreprise.com>

– Milano Laure Visioconférence et droit à un procès équitable, RDLF 2011, chron. n°08,
<http://www.revuedlf.com/cedh/visioconference-et-droit-a-un-proces-equitable>

– الموقع الرسمي للدعاء العام العماني: <https://eservices.opp.gov.om/Eservices/Services.aspx>

- الموقع الرسمي لورتال، تاريخ التحميل 2023/2/1: <https://www.lawrtal.com/ui/ar>

شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في سلطنة عمان الواقع والمأمول
دراسة تحليلية مقارنة

115

The condition of legislative stability in foreign direct investment contracts in the Sultanate of Oman: reality and hope. A comparative analytical study.

الدكتور سالم بن سلام بن حميد الفليتي (قسم الحقوق - كلية الزهراء للبنات، مسقط - سلطنة عمان)

Dr. Salem bin Salam bin Hamid Al-Faliti (Al Zahra College for Girls, Muscat - Sultanate of Oman)

Abstract:

A practical advantage of selecting " The Legislative Stability Clause in Foreign direct investment (FDI) Contracts in Oman" as the research topic is that it concentrates on analyzing and examining a major issue connected with foreign investment in Oman. It is also very important to foreign investors when deciding whether to choose the Sultanate as the location of their investments.

The research topic is significant because it addresses current foreign investment regulations, proving their applicability in the area of the research.

The most significant issues found in this research are that the new law passed by the Omani legislators offers numerous benefits, incentives, and assurances to international investors. The investor's capacity to benefit from these incentives and guarantees, however, is subject to the approval of the Council of Ministers (as is the case when granting additional benefits) and the regulations that the Authority issues in conjunction with other pertinent bodies (e.g. determining a long-term usufruct right). Moreover, a few other parties link these incentives' benefits to specific legal requirements (such as the Income Tax Law). The fact that the investment contract is governed by the rules, laws, and regulations that are in force in the Sultanate at the time of contract conclusion is not made explicit.

Without a doubt, this circumstance generates questions about foreign investors, which causes investment in the Sultanate to drop rather than rise.

It's possible that the Sultanate's goal of achieving a 10% GDP investment rate won't be realized. How can we prevent these unsatisfactory outcomes and how can we attain one of the most significant markers of the Sultanate's vision? This study aims to provide an answer to it.

Keywords: the legislative stability condition – the application of the legislative stability condition – legal security – investment contracts in the Sultanate of Oman – legal stability.

ملخص:

يحقق اختيار موضوع البحث " شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي في سلطنة عمان " فائدة عملية تتمثل في أنه يهتم بدراسة وتحليل موضوع يعد من الموضوعات المهمة في السلطنة؛ على اعتباره أهم محددات مناخ الاستثمار الأجنبي، ويلعب دوراً محورياً لدى المستثمر الأجنبي عند اتخاذ قراره باختيار السلطنة دولة مضيئة لاستثماراته. تتمثل أهمية البحث في أنه يعالج موضوعاً في غاية الأهمية وفي أحدث قوانين الاستثمارات الأجنبية؛ ليستظهر مدى كفاية نصوصه في المسألة المحاطة بالبحث.

جاء هذا البحث للوقوف على أهم الإشكاليات التي تتمثل في أن المشرع العماني قد منح المستثمر الأجنبي العديد من المزايا والحوافز والضمانات في القانون الجديد، لكنه في المقابل رهن الاستفادة من بعضها بصدور قرار من مجلس الوزراء (كما هو حال منح مزايا إضافية)، والبعض الآخر بصدور أحكام من الهيئة بالتنسيق مع الجهات المعنية الأخرى (كتقرير حق انتفاع طويل المدة) والبعض الثالث ربط الاستفادة من هذه الحوافز بأحكام قانون ساري (كقانون الضريبة على الدخل)، بينما لم يتضمن النص الصريح على خضوع عقد الاستثمار للقوانين واللوائح والقرارات السارية في السلطنة وقت إبرام العقد.

ويثير هذا الوضع بلا شك مخاوف وقلق المستثمر الأجنبي؛ مما يؤدي إلى تراجع نسبة الاستثمار في السلطنة بدلاً من مضاعفتها.

وقد لا يحقق رؤية السلطنة في الوصول إلى نسبة الاستثمار إلى (10%) عشرة في المائة من الناتج المحلي الإجمالي. فما هو الحل لتجنب هذه النتائج غير المقبولة، وما هو السبيل في تحقيق أحد أهم مؤشرات رؤية السلطنة؟ هذا ما يحاول الإجابة عليه.

الكلمات المفتاحية: شرط الثبات التشريعي - تطبيق شرط الثبات التشريعي - الأمن القانوني - عقود الاستثمار في سلطنة عمان - الاستقرار القانوني.

1- موضوع البحث وأهميته:

تنفيذاً لرؤية سلطنة عمان 2040 المستهدفة زيادة نسبة الاستثمار الأجنبي إلى الناتج المحلي بما قدره 10%⁽¹⁾، سوف يهتم هذا البحث⁽²⁾ بهذا المؤشر بأحد الموضوعات التي نظمها قانون استثمار رأس المال الأجنبي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم

(1) المستهدف حسب مؤشرات الأداء عام 2030 أن ترتفع النسبة من 4.12% من عام 2017 إلى 7% من إجمالي الناتج المحلي، بينما المستهدف عام 2040 تحقيق نسبة 10%.

(2) بحث مقدم للمؤتمر الدولي " تشريع وقضاء، مواكبة لرؤية عام 2040، تعده كلية الحقوق جامعة الشرقية بولاية إبراء بسلطنة عمان، في الفترة من 13 إلى 14 مايو 2024. المحور: الأمن التشريعي والقضائي ودورهما في تحقيق التنمية المستدامة، أثر استقرار القوانين ووضوحها وثباتها كرافد للاستثمارات الأجنبية".

(50) لسنة 2019 الصادر في الأول من يوليو 2019⁽¹⁾، وهو القانون الوحيد الناظم للإجراءات التجارية والاقتصادية، والذي يخلق بيئة استثمارية آمنة، ويسمح للأجانب بمزاولة الأنشطة الاستثمارية في السلطنة⁽²⁾.

وعلى الرغم من أن هذا القانون قد تضمن العديد من حوافز الاستثمار الأجنبي، والعديد من ضمانات الاستثمار⁽³⁾، إلا أنه لم يتضمن ما تحرص عليه بعض قوانين الدول في توفير الحماية التشريعية للمستثمر من أي تعديل أو إلغاء للتشريعات التي تنظم أنشطته الاستثمارية داخل السلطنة وهو ما يعرف بمبدأ "ثبات التشريعات" ويدرج كشرط في العقود الاستثمارية بمسمى "شرط الثبات التشريعي".

ويعرف هذا الشرط بأنه تعهد من الدولة المضيفة بعدم تعديل الإطار اللائحي المحيط بالمشروع الاستثماري سواء تم هذا التعديل بتشريع أو بأية وسيلة أخرى غير موافقة الطرف الأجنبي أو بدون إعادة التوازن الاقتصادي للمشروع بما يعوض المستثمر من أضرار.

ويتناول هذا البحث مفهوم الشرط، وكيفية النص عليه في العقود التي تكون الوزارات والمؤسسات والجهات العامة طرفاً فيها، وأثاره الإيجابية على الاستثمار وتحقيق مؤشر الاستثمار ورفعته إلى (10%) عشرة في المائة مقارنة بالنتائج الإجمالي كما تظهر رؤية السلطنة 2040، وبيان مدى وجود هذا الشرط في واقع عقود الاستثمار داخل السلطنة رغم عدم النص عليه صراحة في القانون، وما قد يترتب عليه من آثار سلبية على بعض نواحي الحياة في السلطنة.

وترجع أهمية موضوع البحث في أنه يرتبط بجانب مهم وحيوي للسلطنة وهو الاستثمار، ولا شك أن المنازعات التي تنجم عن الاستثمار وبصفة خاصة الناشئة عن الثبات التشريعي لها انعكاسات سلبية على الاقتصاد ومصير الاستثمار الأجنبي فيها خاصة وأن قانون استثمار رأس المال الأجنبي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (50) لسنة 2019 لم ينص على الشرط صراحة. وفي المقابل، فإن هذا الشرط حال وجوده يؤثر في قدرة الدولة على تطوير وتحسين حقوق الإنسان في السلطنة من خلال تعديل أوضاع العاملين، كما أنه يؤثر في جهود السلطنة في تحسين البيئة الاقتصادية.

(1) منشور بالجريدة الرسمية، العدد (1300) في 2019/7/7، ويعمل به بعد انقضاء (6) ستة أشهر من تاريخ نشره عملاً بالمادة (5) من إصداره.
(4) بدلالة المادة (3) منه، وتنص بأن "يحظر على الأجنبي سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً مزاولة أي نشاط استثماري داخل السلطنة إلا وفقاً لحكام هذا القانون".

(3) من هذه الضمانات عدم جواز مصادرة المشروع الاستثماري الأجنبي، ولا الحجز على أمواله أو تجميدها، أو التحفظ عليها، أو فرض الحراسة عليها إلا بحكم قضائي، وعدم جواز نزع ملكية المشروع الاستثماري إلا للمنفعة العامة وبشرط المساواة وبمقابل عادل، وضمان حق المستثمر الأجنبي في نقل ملكية مشروعه الاستثماري أو التنازل عنه، أو تغيير شكله القانوني. كما يقر المشرع العماني للمستثمر الأجنبي ضمانات عديدة لحماية نشاط مشروعه الاستثماري الأجنبي منها ضمانات عدم جواز إفشاء سرية معلومات المشروع الاستثماري وسواء تعلقت هذه المعلومات أو البيانات بفرض الاستثمار غير المعلنة بعد أو تعلقت بالمشروع الاستثماري ذاته وبجوانبه الثلاثة الفنية والاقتصادية والمالية (المادة 13) من القانون. وضمان المساواة بين المشروع الاستثماري الأجنبي والمشروع الاستثماري الوطني. وفوق ذلك يجيز المشرع في أحيان تقرير معاملة تفضيلية للمستثمر الأجنبي تجسيدا لمبدأ "المعاملة بالمثل". وضمان عدم جواز وقف أو إلغاء الموافقة أو الترخيص أو التصريح الصادر للمشروع الاستثماري الأجنبي إلا بقرار مسبب بعد انذار المستثمر كتابة بالمخالفة المنسوبة إليه وسماع وجهة نظره ومنحه مهلة لإزالة أسباب المخالفة. وضمان حرية المستثمر الأجنبي القيام بالتحويلات الخاصة بمشروعه الاستثماري الأجنبي. في تفصيل هذه الضمانات. ينظر، د. سالم بن سلام بن حميد الفليطي، الضمانات التشريعية للاستثمار الأجنبي المباشر ضد المخاطر غير التجارية، دراسة وصفية تحليلية لقانون استثمار رأس المال الأجنبي العماني الجديد، مجلة الدراسات الفقهية والقانونية. المعهد العالي للقضاء، نزوى، العدد الثاني عشر، أكتوبر، 2022، ص 141 وما بعدها.

2-مشكلة البحث:

تتمثل المشكلة التي يواجهها البحث، في أن المشرع العماني قد منح المزيد من المزايا والحوافز الاستثمارية في قانون الاستثمار ولكنه رهن الاستفادة من بعضها بصور قرار من مجلس الوزراء (كما في حال منح مزايا إضافية)، والبعض الآخر بصور أحكام من الهيئة بالتنسيق مع الوزارة والجهات المعنية (كتقرير حق انتفاع طويل المدة)، والبعض الثالث ربط الاستفادة منها بقوانين سارية (كقانون الضريبة على الدخل)، بينما لم يتضمن النص الصريح على خضوع عقد الاستثمار للقوانين والقرارات والأنظمة السارية في السلطنة وقت إبرام العقد مما يجعل هذه المزايا والمنح التحفيزية عرضة للتعديل والإلغاء لمجرد تعديل أو إلغاء الأنظمة المطبقة وقت إبرام العقد. وبلا شك، فإن هذا الوضع يثير مخاوف وقلق المستثمر الأجنبي، مما يؤدي إلى تراجع نسبة الاستثمار في السلطنة بدلاً من مضاعفها، ولن يحقق رؤية السلطنة بزيادة نسبة الاستثمار (10%) عشرة في المائة مقارنة بالنتائج الإجمالي. فما هو الحل لتجنب هذه النتائج غير المقبولة، وما هو السبيل في تحقيق أحد أهم مؤشرات رؤية السلطنة؟ هذا ما يحاول الباحث الإجابة عليه في هذا البحث.

3- منهج البحث:

سوف ينتهج الباحث في هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن؛ فيبين فيه موقف القانون العماني من شرط الثبات التشريعي بأنواعه المختلفة من خلال تحليل نصوص النظام الأساسي للسلطنة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (6) لسنة 2021، وقانون استثمار رأس المال الأجنبي أنف الذكر مقارنة بالأحكام العامة المستقرة للشرط في الفقه وفي قضاء التحكيم، وبيان مدى التزام السلطنة بهذا الشرط والنتائج المترتبة على ذلك.

4-تقسيم:

تحقيقاً للهدف المرجو من البحث وهو إلقاء الضوء على الوضع التشريعي والعملي للشرط في سلطنة عمان، سوف يقسمه الباحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم شرط الثبات التشريعي.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على تطبيق شرط الثبات التشريعي.

المطلب الثالث: تطبيق شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار في سلطنة عمان.

المطلب الأول: مفهوم شرط الثبات التشريعي

لم يتطرق قانون الاستثمار العماني إلى تعريف هذا الشرط، وترك أمر تعريفه لاجتهادات الفقه، وللشرط مصادر عديدة؛ فقد يستقى من اتفاق عقدي بين الطرفين، وقد ينص عليه قانون معين، أو اتفاقية دولية ثنائية أو متعددة الأطراف.

أولاً: تعريف الشرط:

إذا كان قانون الاستثمار العماني كغيره من القوانين لم يعرف شرط الثبات التشريعي، فإن هذه الشرط استقر في معظم هذه القوانين الوطنية⁽¹⁾، وسبق ذلك مجهودات الفقه التي حاولت وضع تعريف له، فعرفه بعض الفقه بأنه " شرط

(1) ينظر على سبيل المثال، المادة (2) من قانون إصدار قانون الاستثمار المصري رقم (72) لسنة 2017 المعدل بالقانون رقم 141 لسنة 2019 التي تنص على أن " تخلص أحكام القانون المرافق بالمزايا والإعفاءات الضريبية وغيرها من الضمانات والحوافز المقررة للشركات والمنشآت القائمة

عقدي يدرج في عقد خاص ومحدد المدة ما بين المستثمر والدولة المضيفة معنون بتعديل القانون في الدولة المضيفة خلال مدة المشروع وحياته"⁽¹⁾.

وقد عرفه البعض كذلك بأنه "شرط يدرج في اتفاق بين حكومة وكيان أجنبي يتمتع بمقتضاه على الحكومة أن تقوم بإلغاء الاتفاق أو بتعديله سواء من خلال تشريع أو أي إجراء إداري"⁽²⁾.

ويعرفها بعض الفقه العربي بأنها "الشروط التي تتضمنها الاتفاقية أو النصوص التشريعية، بمقتضاها يحدد منذ إبرام العقد القانون الذي يحكمه، ويكون الهدف من هذه الشروط تجميد القوانين الجديدة للدولة المضيفة بالنسبة لمجموع آثار العقد أو جزء منها، وحماية الحقوق المكتسبة والمقررة للمستثمر"⁽³⁾. ويعرفه كذلك بأنه "شرط يهدف إلى تثبيت بنود مشروع استثماري يهدف السيطرة على المخاطر غير التجارية، من ثم يتضمن هذا الشرط تعهد الدولة المضيفة بعدم تعديل الإطار اللائحي المحيط بالمشروع، سواء أكان ذلك بواسطة تشريعات، أو أي وسيلة أخرى في غير ظروف معينة (مثل موافقة الطرف الأجنبي الآخر المتعاقد أو إعادة التوازن الاقتصادي للمشروع)"⁽⁴⁾.

ثانياً: مصدر شرط الثبات التشريعي:

شرط الثبات التشريعي قد يرد في عقد الاستثمار بإرادة الطرفين، ويطلق عليه في هذه الحالة الشروط التعاقدية أو الاتفاقية، وقد يرد في نص قانون صادر عن السلطة المختصة بالتشريع، ويطلق عليه في هذه الحالة الشروط القانونية⁽⁵⁾، وقد يرد في اتفاقية دولية ثنائية أو متعددة الأطراف تتعهد فيها الدولة بحماية استثمارات الدولة أو الدولة الأخرى على أراضيها.

وفي النوع الأول يكون مصدر الشرط هو اتفاق الاستثمار ذاته حيث يتفق الأطراف على أن العقد يحكمه القانون النافذ وقت إبرامه، ويحددان هذا القانون، أو يتفقان على سريان القوانين النافذة في الدولة المضيفة وبصفة خاصة القانون الناظم لعقود الاستثمار في هذه الدولة. وقد يضيف المتعاقدان عبارة تفيد استبعاد أي تعديل لهذا القانون أو أي قانون آخر تصدره

وقت العمل به، وتظل هذه الشركات والمنشآت محتفظة بتلك المزايا والإعفاءات والضمانات والحوافز إلى أن تنتهي المدد الخاصة بها، وذلك طبقاً للتشريعات والاتفاقيات المستمدة منها".
(¹) ينظر في هذا التعريف،

GEHNE (K.) and BRILLO (R.), Stabilization clauses in international investment law. Beyond balancing and fair and equitable treatment, Heft 143, March 2017, p. 7 at: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C6106/2021.01.08%20Parties%27%20Post%20Hearing%20Briefs/Claimants%27%20Post%20Hearing%20Submission/Legal%20Authorities/CL-0281.pdf.

(²) وينظر أيضاً

Crawford (J.R.), Brownlie's Principles of Public International Law (8th Edition), September 2012, p. 526.

(³) د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 329 وما يليها.

(⁴) د. محمد فوزي حامد عبد القادر، شرط الثبات التشريعي في العقود الإدارية الدولية دراسة مقارنة بين عقود البترول والغاز وعقود الاستثمار الأجنبي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠١٨ م، ص 70.

(⁵) ينظر في هذا التقسيم من حيث المصدر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، جمهورية مصر العربية، العدد 5، يناير 1989، ص 126 وما يليها.

الدولة الطرف ويؤثر بأي شكل على حقوق والتزامات الطرفين الناتجة من العقد⁽¹⁾.

أما في النوع الثاني، فالشرط يرد في صورة نص في قانون الاستثمار المطبق في الدولة المضيفة يلزم الدولة بعدم تعديل أو إلغاء قانونها الواجب المطبق على العقد، أو ينص على أن أي تعديل لهذا القانون لا يترتب عليه المساس بأية حقوق أو ضمانات أو امتيازات تحصل عليها المستثمر في ظل القانون المطبق على العقد.

ويرى بعض الفقه أن شرط الثبات المنصوص عليه قانوناً يحقق ضماناً أكبر للمستثمر على اعتبار أن الشرط التعاقدية قد يتم الطعن عليه بعدم مشروعيته لمخالفته للقانون أو لنصوص الدستور بأي مطعن يؤدي به إلى إلغائه⁽²⁾.

ويرى الباحث أنه في الحالة التي ينص فيها على الشرط بنص القانون ثم يدرجه الأطراف في العقد، يصبح أساس العقد هو اتفاق الأطراف وليس نص القانون، وذلك ما لم يكن الاتفاق على سريان أحكام القانون لتكملة أحكام العقد حيث يبقى في هذه الحالة أساس الشرط هو النص القانوني.

وفي النوع الثالث، يستمد شرط الثبات التشريعي من اتفاقية دولية بين دولتين أو أكثر تتعهد فيها هذه الدول بحماية استثمارات الدول الأخرى من أي تعديل تشريعي أو إجراءات أو قرارات تضر بمصالح مستثمري هذه الدول. ويطلق بعض الفقه⁽³⁾ على هذه الشروط بأنها شروط قانونية دولية احتياطية؛ لأنه يتم اللجوء عادة إليها لحماية المستثمر عند غياب حماية وطنية له سواء كان مصدر الشرط الاتفاق أو القانون؛ فالحماية الدولية تهض في غياب الحماية الوطنية.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على تطبيق شرط الثبات التشريعي

تنوع الآثار المترتبة على تطبيق شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار وفق اعتبارات نوع الشرط، ودرجة الاستقرار القانوني في الدولة المضيفة على النحو التالي:

أولاً: تنوع الآثار بحسب نوع الشرط:

أسفرت التطبيقات الحديثة لشروط الثبات التشريعي عن وجود ثلاثة أنواع من شروط الثبات التشريعي، ويترتب على كل نوع أثر مختلف، وبطبيعة الحال هذه الآثار قابلة للتطبيق في السلطنة باعتبارها من ثوابت هذه الشروط. وتمثل هذه الأنواع في الآتي⁽⁴⁾:

(1) راجع، محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات وإشكاليات التطبيق، بحث مقدم لمؤتمر "الطاقة بين القانون والاقتصاد" المؤتمر السنوي الحادي والعشرين، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، الفترة من 21 إلى 22 مايو 2013، ص 622.

(2) راجع،

Zhiguo (G.), International Contracts Petroleum, Current Trends and new direction, London Graham & Trotman/ Martinus Nijhoff, UK, 1994, p. 13.

(3) ينظر في ذلك،

MANIRUZZAMAN (A.F.M.), The pursuit of stability in international Energy Investment contracts: A critical appraisal of the emerging trends, Journal of world Energy Law and Business, vol.1, No 2, 2008, June 2008, at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1338053.

(4) نظر في هذه الأنواع، محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات وإشكاليات التطبيق، مرجع سابق، ص 615، وينظر كذلك، إسماعيل نامق، شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر ودورهما في جذب الاستثمار، مرجع سابق، ص 346.

1- شروط تجميده **Freezing Clauses**، وهي التي تؤدي إلى تجميد تطبيق القوانين الجديدة في الدولة المضيفة؛ أي تمنع سلطات الدولة المضيفة من إصدار قوانين وتشريعات جديدة تطبق على المشاريع الاستثمارية محل التعاقد. وهذا المنع قد يكون كلياً أو جزئياً في المجالات التي يرتبط بها استثمار الشخص الأجنبي فقط كالمجال المالي أو الاقتصادي. وهذا النوع من الشروط يشكل النهج التقليدي لتحقيق استقرار عقود الاستثمار وحماية المستثمرين.

وفي بدايات استخدام هذه الشروط كانت تقتصر على الضمان من خطر تأميم المشروعات بقرار أحادي من الدول المضيفة، إلا أنها تطورت بعد ذلك وأصبحت من الأدوات الضرورية لإدارة مخاطر المشروع الاستثماري لمواجهة المخاطر غير التجارية المرتبطة بالاستثمار في الدول الأجنبية⁽¹⁾.

ومن الناحية العملية تأتي هذه الشروط في صور متنوعة منها: الاتفاق على أن القانون المطبق على العقد هو القانون الساري وقت إبرامه، أو الاتفاق على أن القوانين أو التشريعات الصادرة في المستقبل وتفرض نسب أكثر من الضرائب أو تفرض ضرائب أكثر أو تطبق نوعاً من الضرائب تفرض التزامات أكثر على المستثمر لا تنطبق على العقد. وقد تتخذ صورة الاتفاق على أن تطبق أحكام العقد باعتباره قانوناً خاصاً للأطراف في جميع الحالات بالأولوية على أية تشريعات أخرى تصدر في المستقبل بالقدر الذي تخالف فيه أحكام العقد، بل قد يشمل التجميد كذلك أحكام المحاكم أو اتجاهات القضاء عموماً إذا كانت تضر بمصلحة المستثمر⁽²⁾.

وعلى الرغم من أن هذه الشروط قد تجمد حق الدولة في إصدار القوانين والتشريعات الحديثة المخالفة لأحكام عقد الاستثمار، إلا أنها لا تضمن كلية عدم تدخل الدولة بالتنظيم للمصلحة العامة⁽³⁾.

ولا شك أن لهذه الشروط الأثر البالغ في قدرة الدولة المضيفة على إصدار القواعد القانونية لصيانة حقوق الإنسان والبيئة على إقليمها على اعتبار أنها تغل يد الدولة من القيام بدورها في التشريع لتحسين ظروف العمل وبيئته، وبالتالي فإن هذا الشرط يعزز اللامسؤولية الاجتماعية لدى المستثمرين ويحث الحكومات على تجاهل حقوق الإنسان خوفاً من المسؤولية المترتبة على المخالفة لهذا القرار⁽⁴⁾.

ومن تطبيقات هذه الفكرة الحكم الصادر من محكمة زامبيا العليا في مايو 2020 المتعلق باتفاقية التنمية بين الدولة وشركة Plc Mines Copper K وهي شركة أفريقية وإحدى الشركات التابعة لشركة Vedanta Resources Plc المسجلة ببورصة لندن⁽⁵⁾. وقد تضمنت اتفاقية التنمية نص الفقرة (1/4) من المادة (13) التي تحظر على حكومة زامبيا إجراء أي تغييرات على التشريعات واللوائح التي تحكم شروط وأحكام التوظيف داخل زامبيا إذا كانت التغييرات ستمنع الشركة من أن:

- 1- تعمل على مدار (7) أيام في الأسبوع، و(24) ساعة في اليوم الواحد، و(365) يوماً في السنة.
- 2- التفاوض مع الموظفين، أو النقابات ذات الصلة، أو إشراك الموظفين، أو إنهاء عقود عملهم بطريقة من المحتمل أن يكون

⁽¹⁾ ينظر في ذلك

Moon (G.), Submission on Stabilization Clauses, developing countries and Human Rights, op. cit., p.1.

⁽²⁾ ينظر

Dolzer (R.) & Schreuer (C.), Principles of International Investment Law, 20 Edition, Oxford Public International Law, 2012, p. 75

، راجع في ذلك، Maniruzzaman (A.F.M.), Journal of World Energy Law & Business 1 (No 2, 2008), 121-157.⁽³⁾

⁽⁴⁾ ساجر الخابور، رنا سلامة، شروط الثبات التشريعي وأثرها على حقوق الإنسان والبيئة، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، المجلد 3، العدد 2، 2023، ص 5.

⁽⁵⁾ وقائع القضية والحكم الصادر فيها متاح على الموقع التالي:

<https://tpcases.com/zambia-vs-mopani-copper-mines-plc-may-2020-supreme-court-of-zambia-case-no-2017-24/>

لها تأثير اقتصادي سلبي جوهري بشكل فردي أو جماعي على الشركة.

وهذا الشرط يعتبر أنه يقيد سلطة حكومة زامبيا من إجراء تعديلات على عقود العمل من شأنها تحسين مستوى العمال إذا كانت هذه التعديلات تؤثر بالسلب على استثمارات الشركة.

2- شروط التوازن Equilibrium Clauses، وهي الشروط التي تحافظ على التزامات وحقوق الأطراف متوازنة، وهدفها تعويض الخسارة المالية المترتبة على أية تغييرات تشريعية أثناء تنفيذ عقد الاستثمار بحيث يبقى توازن العقد قائماً طيلة مدة الاستثمار. فهذه الشروط لا تمنع الدولة المضيفة من إصدار ما تشاء من قوانين، ولكن إذا أضرت هذه القوانين بحقوق المستثمر، فهي تضمن حصوله على تعويض يجبر الضرر ويحافظ على توازن العقد كما كان عند التعاقد.

وتعتبر شروط التوازن الاقتصادي للعقد البديل الحديث للنوع الأول من الشروط وهي التجميد؛ لأنها تفتح الباب للتفاوض بين الأطراف، وقد تنص على لجوئهم لطرف ثالث كالتحكيم أو التوفيق حال فشل المفاوضات. وقد تتضمن هذه الشروط بنوداً توفر مرونة للدولة المضيفة كبند وقف الخسائر المالية للمستثمر، واستثناء المستثمر من الأعباء والتكاليف التي تتضمنها القوانين الجديدة، وغيرها⁽¹⁾.

هذا بالإضافة إلى أن هذه الشروط بما تتضمنه من آلية التفاوض تساهم في استقرار العلاقة بين المستثمر والدولة، وتحافظ على مناخ التفاوض بينهم، وتحد من التوتر في العلاقة، كما أنها تتفادى الاصطدام مع سيادة الدولة بخلاف شروط التجميد التي قد تتصف بعدم المشروعية.

ورغم هذه المزايا، فإن بعض الفقه يرون أنها مكلفة أكثر للدول المضيفة حيث قد تفرض عليهم تعويضات ضخمة، بل وطلب تأمينات من هذه الدول لمبالغ التعويض المستحقة، الأمر الذي قد يجعل الفائدة من الاستثمار غير مجدية بالنسبة لهذه الدول⁽²⁾. هذا بالإضافة إلى أن التفاوض قد لا يؤدي ثماره خاصة في حالة التعارض الشديد بين المصالح⁽³⁾.

3- الشروط المختلطة Hybrid Clauses، وهي مزيج من النوعين السابقين، بحيث يكمل بعضهما بعضاً وتضيف هذه الشروط مزيداً من الاستقرار حيث تجمد قوانين الدولة المضيفة على الأقل فيما يتعلق بالمسائل المالية والاقتصادية التي تؤثر على المشروع الاستثماري، وتضمن كذلك تعويض المستثمر عن أية أضرار تصيبه من جراء تغيير القوانين. وتوفر هذا النوع من الشروط حرية أكبر للطرفين لتنظيم مسألة تغيير القانون الذي يحكم عقدهم بأن يقرروا تجميد القانون المطبق أو تقرير تعويض⁽⁴⁾.

(1) ينظر في هذه البنود،

Stabilization Clauses and Human Rights, A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights, op. cit., p. viii.

(2) راجع في ذلك،

Maniruzzaman (A.F.M.), Journal of World Energy Law & Business., op. cit., p. 126.

(3) ينظر،

Wawryk (A.), International Energy Law: An Emerging Academic Discipline, Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook, 2014, p. 252 (34 pages. At: <https://www.jstor.org/stable/10.20851/j.ctt1s95xcn.14>

(4) هذا التقسيم ورد في الدراسة الصادرة عن الممثل الخاص للأمين العام لشؤون الأعمال وحقوق الإنسان (SRSG) ومؤسسة التمويل الدولية (IFC) في عام 2008، وهو وارد في:

GEHNE (K.) and BRILLO (R.), Stabilization clauses in international investment law, op. cit., p. 7.

ثانياً: تنوع الآثار بحسب درجة الاستقرار القانوني في الدولة المضيفة:

في الدراسة التي اجراها الممثل الخاص للأمم المتحدة للأعمال وحقوق الإنسان بالتعاون مع مؤسسة التمويل الدولية (IFC) عام 2008 سالفة الذكر، أوضحت بأن شروط الثبات التشريعي أصبحت تتضمن النص الصريح على إعفاء المستثمر من القوانين الاجتماعية والبيئية الجديدة في الدول غير الأعضاء في منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية. فقد أوضحت الدراسة أن عددًا من عقود الاستثمار الحديثة خاصة في الصناعات الاستخراجية في دول أفريقيا وشرق وجنوب أوروبا وآسيا الوسطى، تنص صراحة على إعفاء كلي أو جزئي من تطبيق القوانين الاجتماعية والبيئية طيلة مدة المشروع الاستثماري. والبعض الآخر من العقود تتضمن شرط صريح بالإعفاء من التطبيق لأي قانون جديد دون تمييز بين تلك المتعلقة بالمسائل الاجتماعية والبيئية⁽¹⁾.

وبينت الدراسة أنه بالنسبة للدول الأعضاء في منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، تلاحظ من مجموعة من العقود الدولية في مجال البنية التحتية، والخدمات الخاصة بالصناعة، والطرق، والنقل والرعاية الصحية والطاقة، أنها لا تتضمن شروط الثبات التشريعي إلا إذا كانت النصوص التي تصدر بصدها تمييزية؛ بمعنى أنها تصدر في حق المستثمر الأجنبي فقط دون غيره، أو تصدر ضد مستثمرين من جنسية معينة دون غيرها. أما القوانين الاجتماعية والبيئية لا تعتبر استثناء في التطبيق على هذه العقود، وتكتفي هذه الدول بتعويض المستثمر حال إصابته بضرر خاص من جراء هذه القوانين.

وقد بينت هذه الدراسة كذلك أنه في بعض العقود، تلاحظ وجود نهج وسيط يتم فيه توزيع التكاليف بين الدولة المضيفة مصدرة التشريع، وبين المستثمر خاصة في حال صدور قوانين تتعلق بالسلامة أو الأمن العام⁽²⁾.

وعند النظر إلى طبيعة المخاطر، لاحظت الدراسة السابقة أن المخاطر المصاحبة للاستثمار في الدول الأعضاء في منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية والمتعلقة بالتغيرات التشريعية التي تؤثر على عقود الاستثمار مصنفة بأنها مخاطر منخفضة جداً. ولهذا، فإن عقود الاستثمار في هذه الدول التي تتضمن شرط الثبات التشريعي محدودة للغاية.

وعلى النقيض من ذلك في باقي الدول غير الأعضاء في المنظمة وخاصة الدول الأفريقية، فإن مخاطر الاستثمار المتعلقة بالتشريعات والقرارات الجديدة المتوقع صدورها أثناء حياة المشروع الاستثماري مصنفة على أنها عالية جداً. ولهذا، نجد نسبة عالية من شروط التجميد الكامل للقوانين الجديدة أيًا كان نوعها، وكذلك نسبة عالية من شروط التوازن الاقتصادي الكامل في عقود الاستثمار التي تبرم في هذه الدول.

وعلى الرغم من صغر حجم عينة الدول التي اعتمدت عليها هذه الدراسة⁽³⁾، يكمن أن نستنتج أن أثر هذه الشروط يتوقف على صياغتها أثناء إبرام عقد الاستثمار في ضوء الاستقرار القانوني في الدولة المضيفة؛ فالدول التي تتمتع بثبات

(1) ينظر،

Stabilization Clauses and Human Rights A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights. Op. cit., p.32 .

(2) المرجع السابق، نفس الموضوع.

(3) أثبتت هذه الدراسة أن (7) دول في شرق آسيا والمحيط الهادي، حصلت على درجة استثمارية (Investment Grade) (الاستثمار فيها آمن)، بينما حصلت (4) دول على درجة مضاربة (الاستثمار فيها مضاربة غير مضمونة)، و(3) دول ليس لها تصنيف. وبالنسبة للشرق الأوسط وفي شمال أفريقيا هناك (8) دول ذات درجة استثمارية، و(4) ذات درجة مضاربة و(5) دول ليس لها تصنيف. وبالنسبة لجنوب شرق وأوروبا وآسيا الصغرى، فقد حصلت (3) دول على درجة استثمارية، و(3) دول على درجة مضاربة، و(4) دول ليس لها تصنيف. وفي أمريكا اللاتينية، حصلت دولة واحدة على درجة استثمارية، و(15) منها على درجة مخاطرة، و(3) دول ليس لها تصنيف. وفي جنوب آسيا، حصلت دولة واحدة على درجة استثمارية، و(4) دول على درجة مخاطرة.

واستقرار في البيئة التشريعية، يقل فيها حرص المستثمر على إدراج هذه الشروط في العقد. هذا بالإضافة إلى أن وجودها في هذا الحالة، سيكون بلا أثر حقيقي، ولن يؤدي إلى وجود صدام بين الدولة المضيفة والمستثمر، ولا تتأثر كنتيجة لذلك سمعة الدولة بالسلب من تكرار هذه الشروط في عقود الاستثمار المستقبلية.

المطلب الثالث: تطبيق شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار في سلطنة عمان

إذا كانت مصادر شرط الثبات التشريعي بأنواعه المختلفة تنوعت على النحو المبين في المطلب السابق من شرط تعاقدى إلى نص قانوني يرد في قانون وطني أو اتفاقية دولية ثنائية أو متعددة، فالتساؤل الذي يثار في هذا المطلب يتعلق بتحديد مصدر هذا الشرط في النظام القانوني العماني، وبيان الآثار المترتبة على وجود الشرط على عقود الاستثمار التي يتم تنفيذها داخل السلطنة. وهذا ما سنوضحه على التوالي.

أولاً: مصدر شرط الثبات التشريعي في النظام القانوني العماني:

لا يتضمن النظام القانوني العماني على اختلاف مصادره نصاً صريحاً بشرط الثبات التشريعي، غير أن النظام الأساسي للسلطنة، وقانون الاستثمار العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (50) لسنة 2019 قد شجعا الاستثمار الوطني والأجنبي، واهتما بحمايته من التأميم ونزع الملكية وبمنحه مزايا وإعفاءات تمكنه من تحقيق الأرباح المتوقعة من استثماراته. ونرى أنه يمكن تكريس هذه النصوص لإقرار شرط الثبات التشريعي في النظام القانوني العماني.

بيان ذلك أن الفقرة (4) من المادة (14) من النظام الأساسي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (6) لسنة 2021 تحت عنوان "المبادئ الاقتصادية: تنص على أن " تتمثل المبادئ الاقتصادية للدولة في الآتي: تشجيع الاستثمار، وتعمل على توفير الضمانات والتسهيلات اللازمة له" (1).

وتنص المادة (89) من النظام على أن: " لا يخل تطبيق هذا النظام بما ارتبطت به السلطنة مع الدول والهيئات والمنظمات الدولية من معاهدات واتفاقيات".

أما قانون استثمار رأس المال الأجنبي، فهو ينص في الفقرة (1) من المادة (18) على أن " يتمتع المشروع الاستثماري بجميع المزايا والحوافز والضمانات التي يتمتع بها المشروع الوطني وفقاً للقوانين المعمول بها في السلطنة، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء بناء على توصية الوزير تقرير معاملة تفضيلية للمستثمر الأجنبي تطبيقاً لمبدأ المعاملة بالمثل. " وينص في الفقرة (2) من نفس المادة على أنه " كما يجوز بقرار من مجلس الوزراء منح مجموعة مزايا إضافية لمشاريع الاستثمار الأجنبي التي تؤسس في المناطق الأقل نمواً في السلطنة".

وتطبيقاً للمعاملة التفضيلية للمستثمر الأجنبي المنصوص عليها في النص السابق، تنص المادة (16) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون على أن " يكون للمستثمر الأجنبي حق التمتع بالمعاملة التفضيلية المنصوص عليها في المادة (18) من القانون، على أن يقدم طلباً بذلك إلى السلطة المختصة على النموذج المعد لهذا الغرض مرفقاً به كافة البيانات والمستندات المحددة بما في ذلك ما يفيد شرط المعاملة بالمثل يقضي المشروع الاستثماري بالمعاملة التفضيلية التي يطالب بها".

وفي المادة (17)، تنص اللائحة على مجموعة من المزايا والإعفاءات يمكن للمستثمر الأجنبي الاستفادة منها بطلب يقدم إلى السلطة المختصة وفقاً للنموذج المعد لذلك، واختتم النص هذه المزايا بعبارة " وأي مزايا أخرى يقرها مجلس الوزراء".

(1) وتنص المادة (26) من هذا النظام على أنه " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة على العمل بالقانون الذي ينص عليها. والعقوبة شخصية".

ونستنتج من إجمالي هذه النصوص التي يتضمنها النظام الأساسي للدولة، وقانون الاستثمار توفر البيئة القانونية الملائمة لتطبيق هذا الشرط للأسباب الآتية:

1- المادة (18) من قانون الاستثمار تبقي على الضمانات والمزايا والحوافز التي كان يتمتع بها المشروع الاستثماري قبل العمل بالقانون الحالي كما هي حتى ولو لم يكن منصوصاً عليها في القانون الحالي⁽¹⁾. ويتضمن مصطلح "الضمانات" الوارد بالنص أية ضمانات يكون قد تحصل عليها المشروع من الدولة ومن بينها شرط تجميد التشريع أو شرط التوازن الاقتصادي. فإذا كان المشروع الاستثماري قد أحاط عمله داخل السلطنة بإحدى هذه المزايا، فهي تبقى قائمة وفعالة بعد صدور القانون وحتى انتهاء فترة استثمار المشروع الأجنبي.

2- أجاز قانون الاستثمار لمجلس الوزراء بناء على توصية وزير التجارة والصناعة وترويج الاستثمار أن يصدر قراراً بمنح المشروع الأجنبي معاملة تفضيلية أكثر من المستثمر العماني في إحدى حالتين: الأولى طبقاً لمبدأ المعاملة بالمثل، والثانية أن كان الاستثمار في المناطق الأقل نموًا في السلطنة (م 1/18 و 2). وتتم الاستفادة من هذه المعاملة التفضيلية بطلب يقدمه المستثمر إلى السلطة المختصة⁽²⁾.

وهذان الاستثناءان يصلحان للتطبيق على عقود الاستثمار التي تربط الدولة بالمستثمر الأجنبي في ظل النظام القانوني الحالي. وبذلك يكون المشرع العماني قد منح المشروع الأجنبي الذي كان يستثمر في السلطنة قبل صدور قانون الاستثمار، وذلك الذي يستثمر بعد صدوره من الاستفادة من أية ضمانات إضافية كشرط الثبات التشريعي، فالنص عام ينطبق على أي ضمانات.

يؤكد هذا المعنى ما ورد في عجز الفقرة الأولى من المادة (17) من اللائحة التنفيذية للقانون التي ورد بها عبارة "أي مزايا أخرى يقرها مجلس الوزراء" وهي التي تختم مجموعة المزايا والاعفاءات الاستثنائية التي يمكن أن يتمتع بها المشروع الأجنبي".

3- يعلي النظام الأساسي للسلطنة من قدر الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي ترتبط بها السلطنة مع غيرها من الدول والهيئات والمنظمات الدولية. فإذا تضمنت أي معاهدة أو اتفاقية دولية نصًا يلزم أطراف الاتفاقية باحترام المزايا والإعفاءات والحقوق المكتسبة للمشروع الأجنبي عند إصدار قوانين أو تشريعات جديدة، فهذا النص سيكون أولى بالتطبيق من القوانين الوطنية، وذلك بنص النظام الأساسي للسلطنة⁽³⁾.

ونختتم وجهة نظرنا في هذه المسألة بما أوردته وزارة النفط والمعادن على موقعها الرسمي من الإشارة إلى البيئة القانونية

⁽¹⁾ هذا الحكم موجود في قانون تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت رقم (116) لسنة 2013، ولكن نستحسن صياغة النص العماني حيث جاءت واضحة وصريحة أما المادة (27) من القانون الكويتي فقد نصت في بدايتها على أن الاستثمار المباشر في الكويت القائمة أو المرخص به قبل العمل بالقانون يخضع لقانون الاستثمار وبعد ذلك اشترطت عدم وقوع ضرر للمشروع الأجنبي وألا تقل المزايا والاعفاءات والضمانات التي تمتع بها بموجب أحكام الاستثمار قبل العمل بالقانون. ونستحسن صياغة النص العماني كذلك عن نص المادة (16) من النظام السعودي للاستثمار الصادر في 2000/04/10 التي تنص على أنه "لا يخل تطبيق هذا النظام بالحقوق المكتسبة للاستثمارات الأجنبية القائمة بصورة نظامية قبل نفاذ هذا النظام، ومع ذلك فإن ممارسة هذه المشروعات لنشاطها أو زيادة رأس مالها تخضع لأحكامه" فالنظام السعودي استخدم مصطلحاً أوسع مما ورد في قانون الاستثمار الأجنبي العماني حيث أشار إلى الحقوق المكتسبة للاستثمارات الأجنبية، وأبقى عليها، ولكنه أخضع نشاط المشروع الأجنبي القائم قبل النظام وكذلك أحكام زيادة رأس المال للنظام الجديد.

⁽²⁾ يتطابق هذا النص مع نص المادة (12) من القانون رقم (1) لسنة 2019 بتنظيم استثمار رأس المال القطري في النشاط الاقتصادي التي تنص على أن "يجوز لمجلس الوزراء بنار على اقتراح الوزير، منح مشروعات الاستثمار حوافز ومزايا بالإضافة إلى ما هو منصوص عليه في هذا القانون".

⁽³⁾ بدلالة المادتين (89) و(93) من النظام الأساسي للدولة. حيث تنص المادة (89) بأنه "لا يخل تطبيق هذا النظام بما ارتبطت به السلطنة مع الدول والهيئات والمنظمات الدولية من معاهدات واتفاقيات". وتنص المادة (93) بأنه "لا تكون للمعاهدات والاتفاقيات الدولية قوة القانون إلا بعد التصديق عليها، ولا يجوز في أي حال أن تتضمن المعاهدة أو الاتفاقية شروطاً سرية تناقض شروطها العلنية".

المستقرة داخل السلطنة وأنها الجاذب الأكبر للاستثمارات في السلطنة حيث تقول " إن الاستثمار في مناطق الامتياز البترولية في سلطنة عمان مفتوحا لجميع المستثمرين المحليين والعالميين في مجال النفط والغاز، حيث تساهم هذه الاستثمارات وبشكل آمن في عوائد للمستثمرين والحكومة ودعم زيادة القيمة المحلية المضافة في سلطنة عمان، حيث إن العلاقات محكمة بإطار تشريعي واضح بين الحكومة والمستثمر يضمن وجود بيئة استثمار آمنة ومزدهرة"⁽¹⁾.

4- يجد شرط الثبات التشريعي بأنواعه المختلفة مصدره في النظام القانوني العماني بصفة أصلية في اتفاق المستثمر الأجنبي مع حكومة السلطنة وإدراج هذا الشرط بنوعه المتفق عليه في عقد الاستثمار، وبالتالي تلتزم به الحكومة باعتبارها طرفاً في العقد. وهذا الشرط أساسه الشرعي المرونة والبيئة القانونية الملائمة التي يتمتع بها النظام القانوني في السلطنة.

ثانياً: مدى التزام السلطنة بشرط الثبات التشريعي:

إن شروط التجميد التشريعي - باعتباره أكثر أنواع شرط الثبات التشريعي جدلاً - من الناحية القانونية الخالصة، تحمي المستثمر من تطبيق القوانين ذات الصبغة الاجتماعية والبيئية الجديدة المفروضة بتشريعات ولوائح جديدة؛ فهو غير ملزم بأن يطبق الحد الأدنى لأجور العمالة التي ينص عليها قانون جديد، ولا يتلزم بتطبيق حد أدنى من التكنولوجيا المتطلبة لتقليل الانبعاثات الملوثة؛ فهي شروط تؤدي إلى عدم تطبيق القواعد الجديدة على مشروعه وعلى العاملين لديه. وبمعنى أدق، فإن وجود هذا الشرط قانوناً يمنع الدولة المضيفة - السلطنة - من إصدار قوانين جديدة بالمخالفة للشرط في المجالات المتفق عليها في الشرط.

أما شرط التوازن الاقتصادي والشروط المختلطة، فإنها لا تعفي المستثمر من الخضوع لأحكام القوانين ذات الصبغة الاجتماعية أو البيئية، ولا تلزم الدولة - السلطنة - بعدم إصدار القوانين الجديدة التي تؤثر بالسلب على الاستثمارات الأجنبية، ولكنها تعطي المستثمرين فرصة الحصول على تعويض أو طلب التفاوض مع سلطات الدولة لتعديل العقد لسداد التكاليف.

والواقع أن أثر شروط التوازن الاقتصادي والشروط المختلطة وإن لم يكن لها أثر المنع على الدولة، ولكنها ذات أثر مثبط لإرادة الدولة في إصدار ما تشاء من القوانين، فهي ستكون حريصة في إصدار مثل هذه القوانين في وجود هذه الشروط لما لها من تكلفة مالية عليها.

والتساؤل الذي يثار في هذا الصدد، هل شرط التجميد التشريعي يلزم السلطنة بعدم مخالفته وإصدار ما تشاء من القوانين التي تفرضها على المستثمرين العمانيين والأجانب؟

الواقع أن الفقه لم يستقر على إجابة واحدة على هذا التساؤل، وانقسم الفقهاء في ذلك إلى رأيين، سوف نوضحهما ونبين رأينا في الموضوع بعد ذلك.

الرأي الأول: الدولة لا تلتزم بالشرط:

يرى أنصار هذا الرأي أن الشرط لا يعمل به في مواجهة الدولة، وأنه غير ملزم لها مادام لم ينص عليه قانونها صراحة حتى ولو اتفقت عليه مع المستثمر الأجنبي، وبالتالي يجوز للدولة إصدار ما تشاء من القوانين أو تقوم بتعديلها أو إلغائها مادامت هذه القوانين غير موجّهة صراحة للمستثمر أو مزاياه وضمائنه.

(1) ينظر الموقع التالي: <https://mem.gov.om/ar-om>. أعمالنا - استثمار - في - عمان /

يشير الموقع كذلك إلى ارتفاع الاستثمارات الأجنبية المباشرة في سلطنة عمان بنسبة 23.3 في المائة على أساس سنوي في الربع الأول من العام الحالي 2023، ليصل إلى 21.27 مليار ريال (55.72 مليار دولار) مقارنة مع 17.25 مليار ريال قبل عام.

وحال تطبيق هذا الرأي على السلطنة، فإنها لا تلتزم بهذا الشرط المدرج في عقود الاستثمار بينها وبين المستثمر الأجنبي، ويستند أنصار هذا الرأي في ذلك إلى عدة مبررات منها:

1- الشرط يتعارض بشكل صريح مع سيادة الدولة، وما لها من امتياز مطلق بسن القوانين وتعديلها وتغييرها وتطبيقها على المقيمين على إقليمها أجنبيا كانوا أم مواطنين، ولا يجوز سلب هذا الامتياز أو انتقاص هذه السيادة بشرط يدرج في عقد؛ لأن سيادة الدولة مقدمة على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين⁽¹⁾. كما يجيز القانون الخروج على هذه القاعدة في بعض الحالات منها عقود الإذعان، والظروف الطارئة التي تواجه تنفيذ العقد.

2- إصدار القوانين من أعمال السيادة التي لا تخضع لأي رقابة أو قيود من أي جهة داخل الدولة أو خارجها، مادامت تستخدم سلطتها في هذا المجال دون قصد تطبيقها على المستثمر الأجنبي أو بقصد الإضرار به⁽²⁾. وبالتالي إصدار الدولة - السلطنة - لقوانين عامة ترتب عليها التأثير في المركز القانوني للأجنبي كغيره من المواطنين لا يعتبر إخلالاً بالتزام عليها وارد في عقد بقدر ما هو تحقيق مصلحة عامة ترجح المصلحة الخاصة للطرف الأجنبي.

وإذا كان شرط الثبات التشريعي - وعلى فرض ذلك - يمنع الدولة المضيفة - السلطنة - من إصدار أو تعديل قوانينها، فهذا الحظر إن صح - ينصرف فقط إلى عدم إصدار القوانين غير العادلة وغير المنصفة في حق المستثمر الأجنبي على وجه الخصوص أو يكون فيها نوع من التمييز بين المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي، أو بين المستثمرين الأجنبيا وبعضهم البعض، ولكن لا يعني غل يد الدولة كلياً عن التنظيم.

3- بقاء كل استثمار يتم في السلطنة محكوماً بالقانون الذي ينظمه، فهذا يعني تعدد القوانين المطبقة على الاستثمارات داخلها مما قد يؤدي إلى تفاوت كبير في المعاملة القانونية للمستثمرين، وقد يؤدي كذلك إلى تعقيدات وتوترات داخل السلطنة⁽³⁾.

4- بقاء القانون القديم يحكم الاستثمارات التي بدأت في ظلّه وما زالت قائمة لحين صدور القانون الجديد، فهذا من شأنه تطبيق قانون تم إلغاؤه بإرادة الدولة - السلطنة - ويسري على كل المقيمين على أراضيها، وقد قدرت سلطات هذه الدولة إلغائه واستبدال قانون آخر به يحقق مصالح أكثر تتماشى مع المرحلة الزمنية التي صدر فيها هذا القانون الجديد⁽⁴⁾.

الرأي الثاني: الدولة تلتزم بالشرط:

يرى أنصار هذا الرأي أن الشرط يلزم الدولة مادامت قد اتفقت عليه صراحة في عقد الاستثمار أو يفهم وجوده بشكل ضمني، وفي حال مخالفة الدولة لالتزاماتها تجاه المستثمر الأجنبي، تُسأل عن الأضرار المترتبة على ذلك. ويستند أنصار هذا الرأي في ذلك إلى عدة مبررات منها:

1- المبرر التقليدي الذي يتمسك به أنصار هذا الرأي هي قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، والتي تعني أن الأطراف لهم

(1) ينظر في ذلك،

GHNE (K.) and BRILLO (R.), Stabilization clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable treatment, Swiss National Centre Competence in Research, January 2014, p. 17, at: https://www.wti.org/media/filer_public/c7/83/c783ecf8-11cf-4e3c-88c4-6214f8f7b51e/stab_clauses_final_final.pdf.

(2) ينظر في هذا الرأي، إسماعيل نامق، شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر ودورهما في جذب الاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق، ص 368.

(3) ينظر في هذا الرأي، المرجع السابق، ص 360.

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، العدد 5، يناير 1989، ص 157.

الحق في إدراج عقدهم ما يشاءون من الشروط التي تحقق مصالحهم، ومادام كل طرف وافق بإرادته الحرة على هذه الشروط، فهو ملزم بها، ولا يجوز له التحلل منها بإرادته المنفردة. وبالتالي، متى التزمت الدولة بإرادتها بعدم إصدار القوانين التي تضر بالاستثمار، فإذا خالفت هذا الالتزام، تقوم مسؤوليتها عن هذه الأضرار⁽¹⁾.

ونرى أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين كما هي تحترم إرادة الأطراف، فهي أيضاً تحقق العدالة بينهما؛ فكل متعاقد يجب أن يعلم ما القانون الذي يحكم العقد الذي ارتضاه بإرادته، والذي في ضوء أحكامه صاغ مصالحه في صورة شروط وبنود في هذا العقد. فإذا كان هذا القانون مجهول في المستقبل بعد أن كان معلوماً عند التعاقد، فقد تتغير المصالح ولا تعد الشروط العقدية كافية على تحقيق مصالح هذا الطرف. ولهذا، فإن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تبقي قانون العقد ثابت دون تغيير.

2- تبني الدول المضيفة للاستثمار سياستها الاستثمارية وتروج لها مرتكزة دائماً على الاستقرار القانوني الذي تتمتع به بيئة الاستثمار في هذه الدول، فهذا الاستقرار عماد الاستثمار ويبث في نفس المستثمر الثقة والطمأنينة وتشجعه على ضخ أمواله في أقاليم هذه الدول.

ويتربط على ذلك أنه إذا لم تتسم تشريعات أي دولة بالثبات، فهذا السلوك يذهب بالأمان القانوني لدى المستثمرين مما يفشل الخطط والسياسات الاستثمارية لدى هذه الدولة. ولهذا، يجب على كل دولة أن تثبت القوانين المطبقة على عقود الاستثمار بتلك المطبقة وقت إبرامها⁽²⁾.

3- يستند أنصار هذا الرأي كذلك على أسانيد أخرى كمبدأ حسن النية في إبرام العقود وتنفيذها، على اعتبار أن الدولة المضيفة عندما ترتضي بشرط الثبات التشريعي كشرط في العقد، فيجب عليها أن تنفذه كسائر شروط العقد بحسن نية ولا تتعمد تعديل قوانينها أثناء تنفيذ العقد بعدما التزمت بعدم التعديل. كذلك يجب على الدولة عدم التعسف في حقها في تعديل قوانينها، فإذا كانت الدولة لها مطلق الحرية في تعديل قوانينها وسن الجديد منها بمراعاة الاتفاقيات الدولية التي تكون طرفاً فيها، فيجب عليها كذلك مراعاة التزاماتها العقدية مع الأشخاص الاستثمارية الخاصة. واحترام شرط الثبات التشريعي ليس فيه انتقاص من سلطة الدولة في إصدار القوانين وتعديلها، ولكن فقط يقيد بها بعدم التعسف في هذا الحق وقصد التعديل بغرض الإضرار بالمستثمر⁽³⁾.

رأي الباحث في الموضوع:

يميل الباحث إلى القول بأن الأمر يحتاج إلى بعض التفاصيل التي تتعلق بمصدر الشرط أو نظرة القضاء الوطني وقضاء التحكيم له، كما أن استناد الشرط لاتفاقية دولية يحتاج إلى بعض التوضيح، وذلك على النحو التالي:

1- إذا ورد شرط التجميد التشريعي في اتفاق خاص بين السلطنة وبين المستثمر، وثار خلاف حول القوة القانونية لهذا الشرط، فقد ترفض المحاكم الوطنية تطبيق الشرط بحجة أنها تحد من سلطة الدولة في إصدار قوانين جديدة على إقليمها تحقق التقدم والرفاهية للمواطنين، وأنه لا يجوز لشخص خاص أن يقيد امتياز إصدار القوانين الذي تتمتع به الدولة، كما أن إصدار القوانين من أعمال السيادة التي لا تخضع لرقابة الجهات القضائية. وفي هذه الحالة، لن يكون أمام المستثمر

(1) ينظر في هذا ذلك، د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2006، ص 170 وما يليها.

(2) راجع، إسماعيل نامق، شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر ودورهما في جذب الاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق، ص 355.

(3) ينظر في هذه التبريرات، أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مرجع سابق، ص 137 وما يليها، و محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات وإشكاليات التطبيق، مرجع سابق، ص 639 وما يليها.

سوى طلب التعويض عما أصاب مشروعه من ضرر خاص من جراء مخالفة الشرط.

أما شرط التوازن الاقتصادي للعقد، والشروط الهجينة فقد يعتد القضاء الوطني بها على اعتبار أنها لا تقيد أو تحد من امتياز السلطنة في إصدار التشريعات والقوانين. بيان ذلك أن شرط التوازن الاقتصادي يمنح المستثمر الحق في طلب التعويض عما أصابه من ضرر اختل به التوازن في العلاقة بينه وبين السلطنة، والهدف منه إعادة هذا التوازن لكي يحافظ المشروع الاستثماري على مكتسباته وأرباحه التي أمل تحقيقها. أما الشرط الهجين، فهو يمنح الأطراف فرصة إعادة التفاوض بينهم لتفادي الآثار الضارة لتعديل القوانين من جانب الدولة، وقد ينتهي التفاوض بتعويض المستثمر أو بمد أجل المشروع أو بالتوسع فيه. وكل هذه النتائج مقبول العمل بها في ظل قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وفي ظل الحفاظ على سيادة السلطنة وحققها الأصيل في إصدار ما تشاء من القوانين التي تحقق المصلحة العامة.

2- في حال اتفاق السلطنة مع المستثمر اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي لفض المنازعات التي يثيرها تنفيذ عقد الاستثمار، نعتقد أن قضاء التحكيم لن تكون له سلطة منع الدولة من إصدار القوانين الجديدة على إقليمها، فالمحكّمون لا يملكون هذه السلطة حتى في وجود شرط التجميد التشريعي، وبالتالي سوف يقتصر دوره في تعويض المستثمر عن الأضرار التي تصيبه من جراء مخالفة التوقعات المشروعة للمستثمر بتعديل القوانين التي تحكم عقد استثماره. ولا نستبعد أن يكون قرار التحكيم فسخ عقد الاستثمار إذا طالب بذلك المستثمر، وتفقد السلطنة بذلك فرصة الاستثمار التي كان يحققها المشروع الأجنبي⁽¹⁾.

3- إذا اتفقت السلطنة مع المستثمر على تطبيق قانون دولة أخرى أو قواعد دولية تتعلق بالاستثمار، وكان هذا القانون أو تلك القواعد متضمنة النص على شرط التجميد التشريعي، ففي هذه الحالة نرى أن القضاء الوطني سيكون ملزماً بتطبيق النص القانوني الذي اتفق الأطراف على تطبيقه (قانون الإرادة)، ومن ثم تلتزم السلطنة في هذه الحالة بعدم تعديل أو بعدم إلغاء القانون الذي يحكم عقد الاستثمار. فإذا خالفت السلطنة هذا الشرط، فإنها تلتزم بتعويض المستثمر عن الأضرار التي تصيبه من جراء هذه المخالفة.

4- في حالة وجود اتفاقية دولية ثنائية أو إقليمية بين دولة المستثمر والسلطنة، وتتضمن هذه الاتفاقية شرط التجميد التي تحمي استثمارات المواطنين في الدولتين، فيمكن للمستثمر الاستناد إليها للحصول على تعويض نتيجة فرض قوانين جديدة تضر بمصالحه أو إلغاء القوانين المطبقة على الاستثمار عند إبرام عقده. ومن الناحية العملية، فإن الشروط الواردة في الاتفاقيات الثنائية أو الإقليمية تأخذ أشكالاً ثلاثة⁽²⁾:

الأول، في صورة تغطية عامة "Umbrella Clause" ينص على التزام الدولة المضيفة بكل الالتزامات المتفق عليها في عقد الاستثمار مع رعايا الدولة الأخرى.

الثاني، التزام الدولة المضيفة بأنها سوف تعامل المستثمرين من رعاياها "معاملة عادلة ومنصفة" Fair and Equitable

(1) الجدير بالذكر أن المادة (17) من قانون الاستثمار العماني تجيز اللجوء إلى التحكيم حيث تنص على أن: "تختص المحاكم العمانية بنظر أي نزاع ينشأ بين المشروع الاستثماري والغير، وتكون لقضايا المشروعات الاستثمارية صفة الاستعجال عند نظرها أمام هذه المحاكم، ويجوز تسوية الخلافات والمنازعات عن طريق التحكيم".

(2) ينظر في هذه الأشكال،

الثالث، شرط ينص على حظر المصادرة " Prohibition on Expropriation".

بناء على ذلك، في حال مخالفة الدولة المضيفة وإصدارها قوانين جديدة بالمخالفة لالتزاماتها، فإن المستثمر يمكنه اللجوء إلى التحكيم أو القضاء الوطني - حسب الحال - على أساس مخالفة الدولة لنصوص الاتفاقية الدولية ونصوص العقد بأن أصدرت القوانين المخالفة، وعلى أن الدول المضيفة لم تعامله معاملة عادلة ومنصفة بالمخالفة لنصوص الاتفاقية الدولية، وأنها بالزامه بالخضوع لهذه القوانين قد صادرت حقه في عدم الخضوع لها. ويطالب المستثمر بعدم خضوعه لهذه القوانين أو تعويضه على الامتثال والخضوع لها.

وتطبيقاً لذلك، رفضت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في حكمها الصادر في ديسمبر 2014 طلب حكومة الأرجنتين بإلغاء الحكم الصادر ضدها بعدم قبول اختصاص قضاء التحكيم في المنازعة بينها وبين شركة Total الفرنسية في 25 أغسطس 2006، وكذلك قرار المحكمة بمسؤولية الحكومة عن تعويض الشركة والصادر في 27 ديسمبر 2010، والقرار النهائي الصادر في 27 نوفمبر 2013. ومحكمة التحكيم أعلنت اختصاصها بنظر النزاع على أساس اتفاقية الاستثمار الثانية بين فرنسا والأرجنتين. وفيما يتعلق بمسؤولية حكومة الأرجنتين عن تعويض الشركة، أيدت المحكمة طلب الشركة بسبب مخالفة دولة الأرجنتين للمعاملة العادلة والمنصفة للشركة بموجب هذه الاتفاقية (1).

ثالثاً: وسائل التخفيف من آثار شرط التجديد التشريعي في السلطنة:

نظراً للآثار الضارة لوجود هذا الشرط في اتفاقيات الاستثمار التي تكون السلطنة طرفاً فيها؛ إذ إنها في أفضل الظروف سوف تؤدي المخالفة إلى تكبد السلطنة تعويضات طائلة، كما أنها تضر بسمعة السلطنة لدى المستثمرين الأجانب، فهناك بعض الطرق التي قد تخفف هذه الآثار منها (2):

1- إذا كان مجال اتفاقية الاستثمار مشروعات خدمية كما هو الحال في إقامة الطرق والجسور، ومشروعات المياه والطاقة، فيمكن تحميل المستفيدين من هذه المشروعات كل أو بعض التعويضات أو النفقات المالية التي سوف تتحملها السلطنة من جراء إصدار القوانين التي تحقق المصلحة العامة تحقيقاً لقاعدة الغرم بالغنم؛ فكما يستفيد المواطنون من القيمة المضافة لاتفاقيات الاستثمار مع الأجانب، وكما يستفيدون من نتائج تطبيق القوانين الجديدة؛ فعليهم تحمل المبالغ التي قد تفرض على سلطات الدولة من جراء إصدار هذه القوانين.

2- إذا تضمن اتفاق الاستثمار الحالي شرط التجديد التشريعي، ودعت الضرورة لإصدار قوانين جديدة بالمخالفة للشرط، فيجوز للسلطة المختصة في هذه الحالة التفاوض مع المستثمر على تأخير تطبيق أحكام القانون الجديد على مشروعه لحين وصوله إلى نسبة معينة من تنفيذ المشروع يكون قد حقق فيها نسبة ربح معقولة من مشروعه، أو تطبيق أحكام القانون

(1) الحكم صادر في 4 ديسمبر 2014، ووقائع القضية والحكم الصادر فيها متاحة على الموقع التالي:

<https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-total-s-a-v-argentine-republic-decision-on-stay-of-enforcement-of-the-award-thursday-4th-december-2014>.

(2) بعض الفقه يتحدث عن التوفيق بين الاستقرار الذي يفرضه الشرط وبين التطور في المعايير الاجتماعية والبيئية، ويقترح دمج التزامات حقوق الإنسان الأساسية للشركات المستثمرة في عقود الاستثمار، والحق المبادئ التوجيهية للعقود الدائمة أو المسؤولة بنص العقد أو الاتفاقية كملحق ملزم، والحد من نطاق الشرط من خلال وضع استثناء صريح أو ضمني يطلق عليه الامتثال القانوني الدولي. ينظر في تفضيل هذه المقترحات، د. ساجر الخابور، أ. رنا سلامة، شروط الثبات التشريعي وأثرها على حقوق الإنسان والبيئة، مرجع سابق، الصفحات من 10 إلى

الجديد على المشروع الأجنبي بشكل مخفف في القيود أو الشروط أو الإجراءات، أو على وجه يغير التطبيق على المشروعات الوطنية.

3- في مقابل إصدار الملائم من القوانين الاجتماعية والبيئية، يمكن التفاوض مع المستثمر الأجنبي على تعويضه من الأضرار التي تصيبه من هذه القوانين بزيادة عدد سنوات امتياز المشروع الاستثماري.

4- يمكن أن تتفق السلطة المختصة مع المستثمر على تغطية تكلفة الامتثال للقوانين الصادرة وفق المتطلبات الاجتماعية أو الاقتصادية أو البيئية.

خاتمة:

في نهاية عرض الباحث لموضوع " شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار في سلطنة عمان، الواقع والمأمول " خلال الأربعة مطالب السابق معالجتها، توصل الباحث إلى عدة نتائج وتوصيات على النحو التالي:

أولاً: النتائج

1- شرط الثبات التشريعي له أشكال عديدة أشدها شرط التجميد التشريعي الذي يلزم الدول المضيفة للاستثمار من إصدار أو تعديل أو إنهاء العمل بالقوانين المعمول بها وقت إبرام اتفاقية الاستثمار، وأخفها الشرط المختلط الذي يعطي الحق للمستثمر في طلب التفاوض من الدولة المضيفة في مصير العقد الذي تأثر بالتغيرات التشريعية التي حدثت، وبينهما شرط التوازن الاقتصادي الذي يمنح المستثمر حق طلب التعويض عما أصابه من ضرر من جراء التغيرات التشريعية التي أوقعتها الدولة المضيفة.

2- على خلاف شرطي التوازن الاقتصادي والشرط المختلط، يثير شرط التجميد التشريعي مشكلة التصادم مع سيادة الدولة المضيفة على إقليمها وممارسة اختصاصها المطلق في إصدار القوانين المنظمة لمختلف الأنشطة، ولهذا فإن الشرط محل جدال في الفقه حول مدى إلزامه للدولة المضيفة.

3- نظرة قضاء التحكيم لشرط التجميد التشريعي أنه شرط أدرجه الأطراف أيًا كانت طبيعتهم في العقد بإرادتهم، وإعمالاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز للدولة المضيفة مخالفته، وإلا نهضت مسؤوليتها عن هذه المخالفة.

4- على الرغم من أن قانون استثمار رأس المال الأجنبي المباشر الجديد يتضمن العديد من الضمانات التي تحفز الاستثمار داخل السلطنة، وأبقى على المزايا والاعفاءات والضمانات التي كان يتمتع بها المشروع الاستثماري قبل العمل به، إلا أن هذا القانون لا يتضمن النص الصريح على شرط التجميد أو شرط إعادة التوازن أو الشرط المختلط. ومؤدى ذلك أن الشرط سوف يتواجد في اتفاقيات الاستثمار مع السلطنة في صورة شرط عقدي، لا يمنع السلطنة من إصدار القوانين الملائمة للمجتمع العماني والتي تحقق المصلحة العامة. غير أن مخالفة الشرط بلا شك توجب تعويض المستثمر عن أية أضرار تصيبه من جراء التغيرات التشريعية في حال وجود الشرط خاصة إذا كان قضاء التحكيم هو المختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بتفسير أو تنفيذ أو إنهاء اتفاق الاستثمار.

5- نظرًا لأن المستثمر قد لا يقبل التعاقد مع الدولة دون ضمانات أكيدة لأرباحه من المشروع الاستثماري وتمتعه بالمزايا والإعفاءات الموعود بها، فيمكن للسلطات العامة الاتفاق على شرط إعادة التوازن أو الشرط المختلط - حسب الأحوال - والاستعانة بالبيانات تخفف على ميزانية السلطنة تحمل عبء التعويضات المستحقة للمستثمر من جراء التغيرات التشريعية التي تجرّها تحقيقًا للصالح العام. ومن هذه الآليات نقل عبء هذه المبالغ إلى المستفيدين من المشروعات الاستثمارية، أو التفاوض على تمديد مدة استثمار المشروع الاستثماري، أو تأخير تطبيق القوانين الجديدة على المشروع الاستثماري حتى يبلغ المشروع مستوى معين.

ثانياً: التوصيات:

1- يوصي الباحث السلطات العامة بعدم إدراج شرط التجميد التشريعي صراحة في عقود الاستثمار الأجنبي، فهذا الشرط يثير الكثير من المشكلات العملية في التطبيق، وهو إن لم يمنع السلطنة من إصدار ما تشاء من القوانين، فهو يثير مسؤوليتها عند المخالفة وهذا بدوره يسيء إلى سمعة الاستثمار في السلطنة.

أما شرط التوازن الاقتصادي الذي يجيز التعويض أو الشرط المختلط الذي يجيز التفاوض مع المستثمر، فلا مانع منهما، ويمكن للسلطة المختصة في حال تبني أحد الشرطين من نقل عبء التعويضات الممنوحة للمستثمر إلى المستفيدين من المشروعات محل الاستثمار.

2- يوصي الباحث المشرع بتعديل نص المادة (3) من مواد إصدار قانون الاستثمار الجديد بإضافة عبارة " وكذلك الممنوحة في ظل هذا القانون" ليكون النص على النحو التالي:

"تستمر المزايا والحوافز والضمانات الممنوحة للمشروعات الاستثمارية القائمة وقت العمل بالقانون المرفق، وكذلك الممنوحة في ظل هذا القانون إلى أن تنتهي المدد الخاصة بها، وذلك وفقاً للقوانين والاتفاقيات المستمدة منها".

ومبررات التعديل تكمن في التالي:

أ- أنه بإضافة هذه العبارة، يكون لأي مشروع استثماري نشأ قبل العمل بالقانون أو بعد العمل به الحق في الاستفادة من المزايا والإعفاءات والضمانات التي قدرتها سلطات السلطنة له لحين انتهاء مدة المشروع كلياً حتى ولو تعدلت نصوص وأحكام قانون الاستثمار.

ب- الصياغة بهذا الشكل توازن بين حق المستثمر الأجنبي وتحقيق الفائدة، وبين حق السلطنة في إصدار ما تشاء من القوانين ذات الصبغة الاقتصادية أو الاجتماعية أو البيئية؛ فالنص لا يحظر ذلك، ولكن تبقى مزايا المشروع الاستثماري استثناءً. وبهذا الشكل تتفادى السلطنة الصدام بين المستثمر والسلطات العامة، وتحافظ على سمعتها، وتكون بيئتها القانونية مستقرة جاذبة للاستثمار الأجنبي.

وفي حال تم التعديل التشريعي، يمكن للسلطات العامة نقل عبء المزايا والإعفاءات الممنوحة للمستثمر الأجنبي إلى المستفيدين من المشروعات محل الاستثمار.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

1- أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق جامعة المنصورة، جمهورية مصر العربية، العدد 5، يناير 1989.

2- إسماعيل نامق، شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر ودورها في جذب الاستثمار، بحث منشور في مؤتمر "التنظيم القانوني لتطوير الاستثمار"، المؤتمر السنوي الدولي السابع لكلية القانون الكويتية العالمية، الكويت 2020/10/10.

3- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2006.

4- بواب بن عامر، أ. هنان على، الحق في التوقع المشروع (الثقة المشروعة) كأحد ركائز الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 7، العدد 1، مارس 2020.

- 5- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- 6- ساجر الخابور، أ. رنا سلامة، شروط الثبات التشريعي وأثرها على حقوق الإنسان والبيئة، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، المجلد 3، العدد 2، 2023.
- 7- محمد فوزي حامد عبد القادر، شرط الثبات التشريعي في العقود الإدارية الدولية دراسة مقارنة بين عقود البترول والغاز وعقود الاستثمار الأجنبي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2018.
- 10- محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات وإشكاليات التطبيق، بحث مقدم لمؤتمر "الطاقة بين القانون والاقتصاد" المؤتمر السنوي الحادي والعشرين، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، الفترة من 21 إلى 22 مايو 2013.
- 11- يحيى محمد مرسي النمر، الحماية القضائية لمبدأ التوقع المشروع في المنازعات الإدارية وأثرها على تشجيع الاستثمار، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد 1، المجلد 94، الإصدار 2، ديسمبر 2021، متاح على الموقع التالي: https://journals.ekb.eg/article_226395.html
- 12- يسري محمد العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، 1999.

ثانياً: المراجع باللغة الإنجليزية:

- 1-DOLZER (R.) & SCHREER (C.), Principles of International Investment Law, 20 Edition, Oxford Public International Law, 2012.
- 2-GHNE (K.) and BRILLO (R.), Stabilization clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable treatment, Swiss National Centre Competence in Research, January 2014, p. 17, at: https://www.wti.org/media/filer_public/c7/83/c783ecf8-11cf-4e3c-88c4-6214f8f7b51e/stab_clauses_final_final.pdf.
- 3-IVAYLOVA (C.-B.), Legal Security as a Princip in Lawmaking, Globalization, the State and the Individual, No 2(14)/2017, 23–29, at: <http://www.gsjournal.bg/gsjournal/images/dok/GSI14/Ivaylova.pdf>.
- 4- MANIRUZZAMAN (A.F.M.), The pursuit of stability in international Energy Investment contracts: A critical appraisal of the emerging trends, Journal of world Energy Law and Business, vol.1, No 2, 2008, June 2008, at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1338053.
- 5-MOON (G.), Submission on Stabilization Clauses, developing countries and Human Rights. In "Human Rights-Compatible International Investment Agreements". Virtual Consultation for Asia and the Pacific, 14 June 2021, p. 1, at: https://www.ohchr.org/Others/GillianMoon_DOC.

- 6-POTRZESZCZ (J.), The Concept and Meaning of legal security in Criminal Law, Teka Kom. Praw. – OL PAN, t. XI, 2018, n0 1, p. 302, at: https://tkp.edu.pl/wp-content/uploads/2020/03/TKP_XI_2018_nr1_301-319_Potrzeszcz.pdf.
- 7- Stabilization Clauses and Human Rights, A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights IFC/SRSG Research Paper, 11 March 2008, at: <https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/reports-and-materials/Stabilization-Clauses-and-Human-Rights-11-Mar-2008.pdf>.
- 8-WAWRYK (A.), International Energy Law: An Emerging Academic Discipline, Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook, 2014, p. 252 (34 pages. At: <https://www.jstor.org/stable/10.20851/j.ctt1sq5xcn.14>
- 9- Zhiguo (G.), International Contracts Petroleum, Current Trends and new direction, London Graham & Trotman/ Martinus Nijhoff, UK, 1994.

ثالثاً: المواقع الإلكترونية:

- 1-<https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/conseil-d-etat-assemblee-24-mars-2006-societe-kpmg-et-autres>.
- 2-<https://jusmundi.com/en/document/decision/en-bayindir-insaat-turizm-ticaret-ve-sanayi-a-s-v-islamic-republic-of-pakistan-award-thursday-27th-august-2009>.
<https://jusmundi.com/en/document/decision/en-toto-costruzioni-generalis-p-a-v-republic-of-lebanon-award-thursday-7th-june-2012>.
- 3-<https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-total-s-a-v-argentine-republic-decision-on-stay-of-enforcement-of-the-award-thursday-4th-december-2014>.



[DOI Prefix: 10.33685/1565](https://doi.org/10.33685/1565)

© جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي