



المعهد العالي للقضاء
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

مجلة علمية محكمة متخصصة (ربع سنوية)
يصدرها المعهد العالي للقضاء
سلطنة عُمان

فیه هذا العدد:

- التدوين الفقهي عند الإباضية في القرن الثاني الهجري – مدونة أبي غانم الخراساني (ق ٢) أنموذجاً
الدكتور/ إبراهيم بن راشد بن سيف الغمّاري – الدكتورة/ عائشة بنت مبروك بن حمود القنوية
- اختصاص المحاكم الوطنية في الجرائم الدولية وتحديات تفعيله (دراسة مقارنة)
الدكتور/ أحمد محمد عمر العمر
- الحماية الجنائية الدولية للعقائد الدينية
الدكتور/ محمد السعيد عبد الشفيق القزعة
- الضمانات القانونية لحماية ملكية المستثمر الأجنبي وعلاقتها بجريمة التهرب الضريبي (دراسة تحليلية مقارنة)
الدكتور/ حسين بن سعيد بن سيف الغافري – الدكتور/ حماده محمد عبد العاطي نصر
- التسوية المشروطة وطرق استرداد البنك لقيمة الاعتماد المستندي
الدكتور/ ماهر السعيد محمد جبر
- إبرام العقد الإداري الإلكتروني وتسوية المنازعات الناشئة عنه
الدكتور/ حماده عبد العزيز عبد الحميد عيسى – الدكتور/ عمر عبد الحفيظ أحمد عمر



مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

مجلة علمية محكمة متخصصة (ربع سنوية)
يصدرها المعهد العالي للقضاء - سلطنة عُمان

المراسلات

ترسل البحوث إلى
رئيس هيئة التحرير
على البريد الإلكتروني للمجلة:
hji.journal@hji.edu.om

العنوان
المعهد العالي للقضاء
ص.ب : 330
الرمز البريدي : 611
نزوى - سلطنة عُمان

أرقام الهواتف
هاتف : 25432601 (00968)
فاكس : 25431127 (00968)

الموقع الإلكتروني للمعهد:
www.hji.edu.om

ISSN

Print: 2706-882X
Online: 2789-3294

رئيس هيئة التحرير

الدكتور / نبهان بن راشد المعولي
عميد المعهد العالي للقضاء

مدير التحرير

الدكتور / أيمن مصطفى البقلي

هيئة التحرير

الدكتور/ عبد الرحيم بن سيف القصابي
الفاضل / أسعد بن راشد الريامي
الفاضلة / سائلة بنت سليمان الهنائية
الفاضلة / هالة بنت حمود الهشامية

منسق التحرير

الدكتور/ يوسف بن خليفة الحراصي

التدقيق اللغوي

الفاضل / منير بن راشد الخاطري
الفاضلة / نورة بنت سالم الخليلية

قواعد النشر في مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

أولاً- مواصفات البحوث المقدمة للنشر:

تقبل المجلة نشر البحوث التي تمتاز بالعمق والأصالة، والتي تقدم إسهاماً علمياً في مجال الشريعة أو القانون أو القضاء، سواء المكتوبة باللغة العربية أو الإنجليزية، وفي جميع الأحوال يجب مراعاة ما يأتي:

1. أن يرفق مع البحث ملخصين أحدهما باللغة العربية، والآخر باللغة الإنجليزية، بشرط ألا يزيد كل ملخص عن صفحة واحدة، وأن يُذيل بعدد خمس كلمات مفتاحية.
2. أن تحتوي الصفحة الأولى من البحث على عنوان البحث، واسم الباحث أو (الباحثين)، وجهة عمل الباحث أو (الباحثين) باللغتين العربية والإنجليزية.
3. ألا يكون البحث المقدم للنشر قد نُشر أو قُدم للنشر في مجلة أخرى أو في مؤتمر علمي أو في أي جهة أخرى، وألا يكون مستلماً من كتاب منشور أو رسالة ماجستير أو دكتوراه، وعلى الباحث أن يقدم إقراراً خطياً بذلك مرفقاً ببحثه مع الطلب الخاص بنشر البحث.
4. أن يتحلى الباحث بالأمانة العلمية أثناء كتابة بحثه، والمجلة غير مسؤولة عن أي مخالفة لأصول الأمانة العلمية في أي بحث منشور بها.
5. أن يلتزم الباحث بالأصول العلمية المتعارف عليها في إعداد البحوث والدراسات العلمية، ومن ذلك التقديم للبحث، وتحديد أهدافه، ومنهجيته، والخطة المتبعة في كتابته، وتنسيق أقسامه، والتوثيق الكامل للمراجع، وإدراج خاتمة تتضمن خلاصة ما توصل إليه الباحث من نتائج، وأهم التوصيات التي انتهى إليها، ويُذيل البحث بقائمة تشمل المصادر والمراجع التي استعان بها الباحث في إعداد البحث مرتبة أبجدياً.
6. أن يكون البحث مكتوباً بواسطة جهاز الحاسب الآلي بصيغة (Word Document)، وبصيغة (PDF).
7. ألا تقل عدد صفحات البحث عن 20 صفحة من حجم (A4)، وبحد أقصى 50 صفحة.
8. يشترط في البحوث المكتوبة باللغة العربية أن تكون بخط (Simplified (Arabic، بحجم (14 بالنسبة إلى المتن، وبالخط نفسه بحجم (12 بالنسبة إلى الإشارات المرجعية (الهوامش)، أما البحوث المكتوبة باللغة الإنجليزية فيشترط أن تكون بخط (Times New Roman)، بحجم (14) بالنسبة إلى المتن، وبالخط نفسه بحجم (12) بالنسبة إلى الإشارات المرجعية (الهوامش).
9. تثبت الإشارات المرجعية (الهوامش) في أسفل كل صفحة، ويتسلسل متصل.
10. لا تقبل البحوث غير المدققة لغوياً سواء المكتوبة باللغة العربية أو الإنجليزية.

ثانياً- إجراءات النشر:

1. يتم إرسال البحث على عنوان البريد الإلكتروني الخاص بالمجلة: hji.journal@hji.edu.om
2. جميع المراسلات الموجهة من الباحث إلى المجلة تكون باسم رئيس التحرير.
3. يرفق الباحث نبذة تعريفية عنه مع الطلب الخاص بنشر البحث.
4. تخضع البحوث الواردة إلى المجلة لفحص نسبة الاقتباس العلمي فيها، والتي يجب ألا تتجاوز (15%)، بحيث لا يقبل البحث إذا تجاوز الاقتباس هذه النسبة.
5. يحيل رئيس التحرير البحوث الواردة للمجلة إلى لجنة النشر العلمي؛ لفحصها والتأكد من عدم تعارضها مع أهداف المجلة، واتخاذ قرار بشأن إحالتها إلى التحكيم من عدمه، فإذا ارتأت اللجنة صلاحية البحث للعرض على المحكمين، عينت محكمين اثنين له، يكونان من ذوي الاختصاص بموضوع البحث.
6. تعامل البحوث الواردة إلى المجلة مع تقارير المحكمين المتعلقة بها بسرية تامة.
7. يرسل مدير التحرير إلى الباحث صورة من تقرير المحكمين مشفوعة بإشعار موجه إليه من رئيس التحرير بإجراء التعديلات المطلوبة على البحث إن وجد، وذلك طبقاً لما ورد في التقريرين، على أن يتضمن الإشعار تحديد مدة للباحث لتنفيذ هذه التعديلات لا تتجاوز شهراً من تاريخ استلامه للخطاب.
8. يرسل الباحث إلى رئيس التحرير نسخة من بحثه بعد إجراء التعديلات المطلوبة مشفوعة بتقرير منه، يبين فيه التعديلات التي أجراها على البحث، وذلك خلال المدة المحددة.
9. يحيل رئيس التحرير نسخة البحث بعد التعديلات التي أجراها الباحث إلى لجنة النشر العلمي، مشفوعة بصورة من تقرير الباحث، وصورة من تقرير المحكمين؛ للتأكد من إجراء الباحث للتعديلات المطلوبة كاملة، فإذا تيقنت اللجنة من ذلك، أحالت البحث إلى رئيس التحرير تمهيداً للقيام بإجراءات الطباعة والإصدار.
10. يتولى مدير التحرير مراسلة الباحث بإشعار موجه إليه من رئيس التحرير يفيد قبول البحث للنشر أو عدم قبوله، وذلك بناء على قرار لجنة النشر العلمي.
11. إذا قبل البحث للنشر، يحصل الباحث على إفادة معتمدة من المجلة بقبول البحث للنشر، ترسل له عبر البريد الإلكتروني.
12. يزود الباحث بنسخة ورقية واحدة من عدد المجلة المنشور فيه بحثه، إضافة إلى مستلة من بحثه ترسل له عبر البريد الإلكتروني.
13. البحث المنشور في المجلة لا يجوز إعادة نشره في أي مجلة أخرى، أو في أي مؤتمر علمي.
14. إضافة إلى إصدار أعداد المجلة في مطبوعات ورقية، يجوز لهيئة التحرير نشر هذه الأعداد على الموقع الإلكتروني للمعهد عبر شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت).

محتويات العدد

الصفحة	الموضوع
5	كلمة العدد الدكتور/ نيهان بن راشد المعولي رئيس هيئة التحرير عميد المعهد العالي للقضاء
البحوث والدراسات	
6	التدوين الفقهي عند الإباضية في القرن الثاني الهجري مدونة أبي غانم الخراساني (ق٢) أنموذجاً الدكتور/ إبراهيم بن راشد بن سيف الغمّاري - الدكتورة/ عائشة بنت مبروك بن حمود القنوبية
60	اختصاص المحاكم الوطنية في الإجراءات الدولية وتحديات تفعيله (دراسة مقارنة) الدكتور/ أحمد محمد عمر العمر
114	الحماية الجنائية الدولية للعقائد الدينية الدكتور/ محمد السعيد عبد الشفيق القزعة
162	الضمانات القانونية لحماية ملكية المستثمر الأجنبي وعلاقتها بجريمة التهرب الضريبي (دراسة تحليلية مقارنة) الدكتور/ حسين بن سعيد بن سيف الغافري - الدكتور/ حماده محمد عبد العاطي نصر
236	التسوية المشروطة وطرق استرداد البنك لقيمة الاعتماد المستندي الدكتور/ ماهر السعيد محمد جبر
280	إبرام العقد الإداري الإلكتروني وتسوية المنازعات الناشئة عنه الدكتور/ حماده عبد العزيز عبد الحميد عيسى - الدكتور/ عمر عبد الحفيظ أحمد عمر

* البحوث المنشورة في المجلة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن آراء هيئة التحرير أو المعهد ولا يجوز إعادة النشر أو الاقتباس إلا بإذن مسبق

كلمة العدد

الحمد لله على إحسانه، والشكر له على توفيقه وامتنانه، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له تعظيماً لشأنه سبحانه، وأشهد أن نبينا محمداً عبد الله ورسوله الداعي إلى رضوانه، صلى الله وسلم وبارك عليه وعلى آله وأصحابه ... وبعد،،،

القرأء الأعزاء :

من المعلوم أن نجاح أي عمل يتوقف على الإمام بالأسس الواجب اتباعها في أداء هذا العمل، ولا يخرج البحث العلمي عن هذه القاعدة، فنجاح أي بحث علمي يعتمد على عدد من الأسس التي يتعين على الباحث التقيد بها أثناء إعداد بحثه، وأهمها: تحديد إشكالية البحث، والمنهج المتبع في كتابته، والتسلسل المنطقي في عرض أفكاره، والتوثيق العلمي السليم لما احتواه من معلومات، إضافة إلى وضوح الألفاظ وجودة الصياغة، مع رصد أهم ما توصل إليه الباحث من نتائج.

وتهتم مجلة الدراسات الفقهية والقانونية بانتقاء البحوث التي تنشر بها، بعد التأكد من استيفائها لقواعد النشر العلمي بالمجلة، ومن بينها تقيد الباحث بالأسس التي يقوم عليها البحث العلمي، وقد تضمن هذا العدد ستة بحوث منتقاة، مصاغة جميعها باللغة العربية، أعدها أكاديميون وباحثون أجلاء، لهم منا كل الشكر والتقدير على مساهماتهم البناءة.

والله الموفق والمستعان،،،

د. نيهان بن راشد المعولي

رئيس هيئة التحرير

عميد المعهد العالي للقضاء

التدوين الفقهي عند الإباضية في القرن الثاني الهجري مدونة أبي غانم الخراساني (ق ٢) أنموذجاً

الدكتور/ إبراهيم بن راشد بن سيف الغماري*

الدكتورة/ عائشة بنت مبروك بن حمود القنوبية**

المخلص:

يهدف البحث إلى التعريف بالمذهب الإباضي وإسهاماته في التدوين الفقهي في القرن الثاني الهجري، والتركيز على مدونة أبي غانم الخراساني، فاشتمل هذا البحث على تعريف بالمذهب الإباضي والإمام جابر بن زيد والإمام أبي عبيدة مسلم بن أبي كريمة، واستطرد في ذكر بعض فقهاء الإباضية ومدوناتهم الفقهية في القرن الثاني الهجري، وتناول مدونة أبي غانم الخراساني كنموذج على التراث الإباضي الفقهي.

وخلص البحث إلى أن الإباضية أسبق المذاهب من حيث النشأة، ومن حيث اعتنائهم بالفقه الإسلامي فشكلوا مدرسة جمعت علماء من المشرق والمغرب كانت سببا في انتشار المذهب الإباضي شرقا في عمان وخراسان واليمن والبصرة وغربا في مصر وبلدان المغرب العربي، وكان لهم نتائج فقهية منه ما لم يسلم من عوادي الزمان، ومنه ما حفظه لنا التاريخ شاهدا على تلك العناية كمدونة أبي غانم الخراساني التي تبين لنا ما يتميز به الطرح الفقهي لدى الإباضية منذ عهوده الأولى بالاجتهاد المستقل فلا يتقيد العالم بآراء من سبقه بل قد يرجح رأيا لم يقل به أحد علماء المذهب مما يدل على الاستفادة من أقوال الآخرين دون تعصب ولا موارد اعتمادا على الدليل بغض النظر عن قال به.

الكلمات المفتاحية: الإباضية - التدوين الفقهي - مدونة أبي غانم - أبو غانم الخراساني - أبو عبيدة مسلم.

* أستاذ مساعد بقسم الفقه وأصوله - كلية العلوم الشرعية.

** أستاذة مساعدة بقسم الفقه وأصوله - كلية العلوم الشرعية.



Fiqh Record with Ibadi In the Second Century of the Islamic Calender The Writings of Abu Ghanim Al-Khurasani as Model

Dr. Ibahim Rashid Saif Alghammari*
Dr. Aisha Mabrook Hamood Alqannobi**

Abstract:

The research aims to introduce the Ibadi school and its contributions to writing about fiqh in the second century AH, and to focus on the writing of Abu Ghanim Al-Khurasani. It Defines the Ibadhi sect and introduces the imam Jaber Bin Zaid and Abi Ubaida Muslim bin Abi Karima. Talk about Ibadi scholar and their books in their writings in the second century AH. And focuses on the writings of Abu Ghanem al-Khorasani, as a model of the Ibadi writings.

This research summarizes the fact that Ibadi sect is considered as one of the oldest Islamic sects where they established schools that contributed to the spread of the Ibadi in the East such as Oman, Khurasan, Yemen, and Basra, and in the West such as Egypt and Morocco. Although some books were damaged, others survive and stand as evidence of that effort. An example of them are the writings of Abu Ghanim Al-Khurasani that shows the Ibadi method which emphasizes independence in their ijtiḥad; that is the scholar is not influenced by the opinions of those who preceded him, but he may prefer an opinion that no one of the scholars of the sect said. Also, demonstrate doctrinal tolerance and benefit from the sayings of others without fanaticism or equivocation depending on the evidence regardless of who said it.

Keywords: Ibadism - Fiqh Record - Abu Ghanim Writing - Abu Ghanim Al-Khurasani - Abu Ubaidah Muslim.

*Assistant Professor at the Department of Fiqh and its Fundamentals, College of Sharia Sciences.

**Assistant Professor at the Department of Fiqh and its Fundamentals, College of Sharia Science.

المقدمة

الحمد لله الذي جعل العلماء ورثة الأنبياء، واصطفاهم بالقيام بأمر الدين وإرشاد العالمين، فكانوا على مر العصور مصابيح دجى يهتدي بها المسلمون، والصلاة والسلام على معلم العلماء سيدنا محمد بن عبد الله، وعلى صحبه الطيبين الطاهرين، ومن سار على دربهم إلى يوم الدين، أما بعد:

فما من شك أن الرسول أوصل هذا الدين للبشرية جمعاء، فكانت أصول التشريع متكاملة، وأن المسائل المتجددة تتضمنها تلك الأصول، فكانت الحاجة ماسة إلى وجود علماء راسخين يقدرّون على استنباط أحكام تلك المسائل من تلك الأصول، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾ (سورة النساء: ٨٣)، ومن هنا حمل العلماء الربانيون على عاتقهم مهمة الاستنباط، بدءاً من الصحابة الكرام مروراً بالتابعين فأتباعهم وأئمة المذاهب الإسلامية.

ومن بين هذه المذاهب المذهب الإباضي، الذي كان له قصب السبق في النشأة، على يد مؤسسه جابر بن زيد الأزدي، ثم أبي عبيدة مسلم بن أبي كريمة التميمي، فكانت لهم آراء فقهية كثيرة دون كثير منها على يد أبي غانم الخراساني الذي خلد لنا تلك الآراء في مدونته، فضلاً عن الكتب الأخرى؛ إذ حفظت لنا رصيда من ذلك التراث الفقهي، ومن هنا جاء هذا البحث "التدوين الفقهي عند الإباضية في القرن الثاني الهجري-مدونة أبي غانم الخراساني أنموذجاً"، بغية الوقوف على بعض إسهامات الإباضية في علوم الفقه، وبيان مدى اعتنائهم به.

أسباب اختيار الموضوع:

يكمن سبب اختيار الموضوع إلى الرغبة في بيان إسهامات الإباضية في القرون الهجرية الأولى في علوم الشريعة بوجه عام، والفقه بوجه خاص.

الدراسات السابقة:

١. "المقارنات الفقهية عند الإباضية في القرنين الأول والثاني الهجريين (دراسة تحليلية)" للدكتور طالب بن علي السعدي، بحث مقبول للنشر في مجلة بحوث الشريعة-كلية العلوم الشرعية، العدد الأول، تناول فيه المقارنات الفقهية للإباضية من خلال مدونة

أبي غانم، وهذه الدراسة تركز على جانب المقارنات، ودراستنا تركز على جمع الإسهامات الفقهية للإباضية في القرن الثاني تحديداً، بذكر عدد من الفقهاء والمدونات الفقهية والوقوف على نموذج واحد وهو المدونة لأبي غانم بذكر ملامح عامة للتأليف الفقهي.

٢. "الإمام أبو عبيدة مسلم بن أبي كريمة التميمي وفقهه (٤٥-١٤٥هـ)" للدكتور مبارك بن عبد الله الراشدي، قدمت استكمالاً للحصول على درجة الماجستير من جامعة الزيتونة، وهي كما هو واضح مختصة بالإمام أبي عبيدة مسلم بن أبي كريمة، ودراستنا عن عموم الفقهاء في القرن الثاني الهجري، وليست لغرض جمع آرائهم وإنما لذكر نماذج من الفقهاء والمدونات والوقوف على مدونة أبي غانم الخراساني.

٣. "موسوعة الآثار الفقهية للإمام أبي عبيدة مسلم بن أبي كريمة التميمي" جمعها الباحث إبراهيم بن علي بولروح من مجموعة من الكتب الفقهية وغيرها، طبعتها وزارة الاوقاف والشؤون الدينية بسلطنة عمان عام ١٤٣٨هـ-٢٠١٧م، وهي قريبة من سابقتها.

خطة البحث:

- جاء هذا البحث من مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة:
- المقدمة، واحتوت على بيان أهمية الموضوع وسبب اختياره، والدراسات السابقة فيه، والمنهج المتبع فيه، وخطة البحث.
 - المبحث الأول، التعريف بالمذهب الإباضي وفيه الحديث عن النشأة السياسية للمذهب الإباضي، والتعريف بالإمام جابر بن زيد، والإمام أبي عبيدة مسلم بن أبي كريمة.
 - المبحث الثاني، وقد تناول بعض فقهاء الإباضية ومدوناتهم الفقهية في القرن الثاني الهجري.
 - المبحث الثالث، جاء للوقوف على نموذج من المدونات الفقهية، وهو مدونة أبي غانم الخراساني حيث اشتمل على نبذة مختصرة عن مدونته، وبيان المنهج الذي سار عليه في مدونته، والأدلة الشرعية التي اعتمد عليها، واللامح العامة فيها.
 - الخاتمة، وفيها ذكر أهم نتائج البحث وبعض التوصيات.

المنهج المتبع في البحث:

اعتمدت هذه الدراسة على المنهجين الآتيين:

١. المنهج التاريخي، وذلك من خلال بيان السرد التاريخي للمذهب الإباضي، وتطوره الفقهي والوقوف على الفقهاء والمدونات الفقهية في القرن الثاني الهجري.
٢. المنهج التحليلي، وذلك من خلال الوقوف على نماذج من مدونة أبي غانم للوصول إلى ملامح الفقه عند أبي غانم، والأصول التي اعتمد عليها، والمنهج المتبع لديه في تأليف المدونة.

المبحث الأول

التعريف بالمذهب الإباضي

المذهب الإباضي من أقدم المذاهب الإسلامية الثمانية من حيث النشأة بل أقدمها؛ إذ إن الإمام جابر بن زيد الأزدي الذي ينتمي إليه الإباضية ولد في خلافة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه - وتوفي قبل نهاية القرن الأول الهجري^(١)، بخلاف الأئمة الآخرين ولد بعضهم قبيل وفاة الإمام جابر بن زيد كزيد بن علي بن الحسين (٨٠هـ) إمام الزيدية^(٢) وجعفر الصادق (٨٠هـ) إمام الإمامية الاثنا عشرية^(٣)، وأبي حنيفة

(١) الباروني، سليمان باشا (ت: ١٣٥٩هـ)، مختصر تاريخ الإباضية، مكتبة الضامري للنشر والتوزيع، السيب - سلطنة عمان، ط٣، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م، ص ٢٢.

(٢) ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، أبو الفضل (ت: ٨٥٢هـ)، تقريب التهذيب، تحقيق: محمد عوامة، دار الرشيد - سوريا، ط١، (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م) ص ٢٢٤.

(٣) الذهبي، محمد بن أحمد بن عثمان (ت: ٧٤٨هـ)، سير أعلام النبلاء، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ج ٦، ص ٢٥٥.

النعمان (٨٠هـ) إمام الحنفية^(٤)، وولد الإمام مالك في العام الذي توفي فيه الإمام جابر بن زيد^(٥)، فضلا عن الباقيين الذين ولدوا بعده بمراحل.

وفي هذا المبحث نتحدث بإيجاز عن نشأة المذهب الإباضي سياسيا، ثم نتحدث عن إمام المذهب جابر بن زيد ثم خليفته أبي عبيدة مسلم بن أبي كريمة التميمي بالولاء.

المطلب الأول

النشأة السياسية للمذهب الإباضي

لا نتحدث في هذا الصدد بإسهاب عن النشأة السياسية للمذهب الإباضي، إلا بالقدر الذي يحتاجه القارئ ليتبين له مفترق الطرق الذي قسم الأمة الإسلامية إلى فرق متناحرة، يضرب بعضها رقاب بعض، بدءا من أحداث اغتيال أمير المؤمنين عثمان بن عفان ثم موقعة الجمل مروراً بمعركة صفين التي وقع فيها التحكيم بين علي بن أبي طالب ومعاوية بن أبي سفيان، ثم ما وقع بعدها من أحداث أوغلت في جرح هذه الأمة، فيا ترى أين كان موقع الإباضية من هذا الصراع؟، وما علاقتهم بهذه الأطراف؟

حينما وقع التحكيم ورضي به الطرفان، رفضته طائفة، وعدوه خروجاً عن منهج القرآن، وقالوا: لا حكم إلا لله، فاعتزلوا الفريقين، وسموا بالمحكمة^(٦)، ثم انقسمت المحكمة، ففرقة

(٤) القرشي، عبد القادر بن محمد بن نصر الله أبو محمد، محيي الدين الحنفي (ت: ٧٧٥هـ)، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، مير محمد كتب خانه - كراتشي، د ت، د ط، ج ١، ص ٢٧.

(٥) عياض، أبو الفضل القاضي بن موسى اليحصبي (ت: ٥٤٤هـ)، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، تحقيق ابن تاووت الطنجي، مطبعة فضالة - المحمدية، المغرب، ط ١، ١٩٦٥م، ج ١، ص ١١٨.

(٦) عوض خليفات، نشأة الحركة الإباضية، د د، ط ١ (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م) ص ٥٢-٥٥.

نأت بنفسها عن هذا الصراع، وقالوا: لا نقاتل إلا من قاتلنا، وسموا بالقعدة وانحدر منهم الإباضية، وفرقة أبت إلا استعراض الناس بالسيف إلا من وافقهم، وسموا بالخوارج^(٧). ولم يكن الإباضية حينها يسمون أنفسهم إلا بأهل الدعوة أو جماعة المسلمين، وقد كانت لهم مواقف سياسية تظهر موقفهم من الخوارج كما في رسالة عبد الله بن إباح التميمي الناطق الرسمي لهم إلى عبد الملك بن مروان؛ نظرا لما يتمتع به من انتمائته القبلي لبني تميم ذات الصيت والحماية، وظلوا على هذا النحو إلى أن أطلق عليهم الآخرون اسم الإباضية، مع أن إمامهم كان جابر بن زيد الأزدي العماني، وكتبهم مليئة بآرائه، إلا أنهم رضوا بهذه التسمية، وفي ذلك يقول الإمام السالمي:

إن المخالفين قد سمونا	بذاك غير أننا رضينا
وأصله أن فتى إباح	كان محاميا لنا وماضي
مدافعا أعداءنا بالحجة	وحاميا إخواننا بالشوكة
قد كان في المنعة من عشيرته	ولا يطاق بأسه لسطوته
فأظهر الحق على رغم العدى	والكل من أعدائه قد شهدا
قد كان في أيام عبد الملك	مع شدة الأمر وضيق المسلك
ناقشه وبين الصوابا	ولم يكن لبأسه قد هابا
وكان لا يدعو إلا باسمه	تعززا بحقه وعلمه
فصار معروفا مع الجميع	لما حوى من شرف رفيع
ونسبوا من كان في طريقته	إليه لاشتهار حسن سيرته
ونحن الأولين لم يشرع لنا	نجل إباح مذهبنا يحملنا
من ذاك لا تلق له في المذهب	مسألة نرسمها في الكتب

(٧) الجعيري، فرحات بن علي، البعد الحضاري للعقيدة عند الإباضية، د د ط، ١٤٠٨هـ-١٩٨٧م، ص ٥٢-٥٣.

فنحن في الأصل وفي الفروع على طريق السلف الرفيع
فأخذ الحق متى نراه لو كان مبغض لنا أتاه
والباطل المردود عندنا ولو أتى به الخل الذي له اصطفوا^(٨)

فالعلامة الفارقة بين الإباضية والخوارج أنهم لم يرتضوا منهج العنف وإشهار السيف في وجوه المسلمين، ولم يحكموا بالشرك على من خالفهم، وقالوا: دماء المسلمين وأموالهم معصومة بعصمة الدين لا يحل منها شيء إلا بحقها، ورأوا أن الأسلم لهم البعد عن هذا الضجيج، لذلك اجتهدوا في إقامة دول لهم بعيدة الأنظار فأقاموا دولاً في عمان واليمن والمغرب العربي^(٩).

ظل المذهب الإباضي في صراع مع بني أمية وبني العباس والدول التي نشأت بعد ذلك؛ لأن منهجهم الفكري والسياسي لا يتوافق معهم، وقاموا بملاحقة الإباضية في أصقاع الأرض مشرقاً ومغرباً للقضاء عليهم، إلا أن المذهب الإباضي صمد في عمان، وفي أجزاء من بلاد المغرب العربي.

هذا الصراع جعل الإباضية يختفون عن أنظار من حولهم ليحافظوا على كياناتهم، وليهتموا ببناء الداخل حفاظاً على أتباعهم، فلا تعجب أن جهلهم كثير من المسلمين، وأساء بهم الظن آخرون، فوسموهم بالخوارج والمعتلة والمبتدعة وغير ذلك من الأوصاف الدنية، وفي الوقت أنصفهم آخرون حينما قصدوا الحقيقة وأخذوا المعلومات الناصعة من مظانها^(١٠).

(٨) السالمي، عبد الله بن حميد، نور الدين (ت: ١٣٣٢هـ)، كشف الحقيقة لمن جهل الطريقة، ط٢، ١٤٣٥هـ-٢٠١٤م، ص ٣-٤.

(٩) الباروني، مختصر تاريخ الإباضية، ص ٣١-٧٢.

(١٠) للمزيد في الحديث عن الإباضية يرجع ل: .

١. الكشف والبيان للقلهات.

المطلب الثاني

التعريف بالإمام جابر بن زيد

ولد الإمام جابر بن زيد الأزدي بقرية فرق بولاية نزوى بعمان ١٨هـ وتوفي ٩٣هـ، نشأ في بيت علم إذ كان أبوه عالماً، وعندما بلغ أشده سافر إلى البصرة طلباً للعلم فكان ينتقل بينها وبين الحجاز، وكان عالماً في التفسير والحديث والفقه، عرف بالزهد والورع والقناعة لا يخاف في الله جباراً، قضى أغلب عمره ينشر العلم وبث الخلق الحميد بين الناس، والدعوة إلى التمسك بالدين، وحل المشكلات التي تعترض الناس، ترك آثاراً علمية جليلة بعضها في التعليم والإفتاء، وبعضها في التأليف والرواية، ومن تأليفه: ما يعرف بديوان جابر إلا أن ديوانه ضاع، وكانت له مراسلات ومكاتبات وأجوبة لتلاميذه وأصحابه وغيرها^(١١).

قال عنه إياس بن معاوية: "لقد رأيت البصرة وما فيها مفت غير جابر"^(١٢)، وقال عنه ترجمان القرآن ابن عباس: "عجبا لأهل العراق كيف يحتاجون إلينا وفيهم جابر بن زيد

٢. الجواهر الذمينة للبرادي.
٣. مختصر تاريخ الإباضية لسليمان الباروني.
٤. الإباضية بين الفرق الإسلامية لعلي يحيى معمر.
٥. العقود الفضية في أصول الإباضية للشيخ سالم بن حمد الحارثي.
٦. نشأة الحركة الإباضية لعوض خليفات.
٧. الخوارج والحقيقة الغائبة للدكتور ناصر السابعي.
- (١١) الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج ٤ ص ٤٨١-٤٨٣، وبابا عمي، محمد بن موسى وآخرون، معجم أعلام الإباضية، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، ج ٢ ص ١٠٨-١٠٩، ودبوز، محمد علي، تاريخ المغرب الكبير، دار إحياء الكتب العربية عيسى البابا الحلبي وشركاه، ١٣٨٣هـ - ١٩٦٣م، ج ٣ ص ١٣٩، وأعوش، بكير، نفحات من السير، ١٤١٤هـ-١٩٩٤، ج ١ ص ٢٤١-٢٦٩.

(١٢) الدرجيني، أحمد بن سعيد (ت: ٦٧٠)، طبقات المشايخ بالمغرب، تحقيق: إبراهيم طلاي، بدون طبعة وسنة الطبع، ج ٢ ص ٢٠٥، وأعوش، نفحات من السير، ج ١ ص ٢٠٩، والباروني، سليمان باشا

لو قصدوا نحوه لوسعهم علمه؟!"^(١٣)، وقال عنه أيضا: "اسألوا جابر بن زيد فلو سأله أهل المشرق والمغرب لوسعهم علمه"^(١٤)، أخذ علمه عن عبد الله بن عباس، وعائشة أم المؤمنين، وأنس بن مالك، وعبد الله بن عمر، وغيرهم من الصحابة، وقال عن نفسه متحدثا بنعمة الله عليه: "أدركت سبعين بدريا فحويت ما عندهم من العلم إلا البحر" وكان يقصد بالبحر عبد الله بن عباس^(١٥)، وعندما توفي قال عنه أنس بن مالك: "مات اليوم أعلم من في الأرض"^(١٦).

وقد تلقى عنه الكثير منهم: قتادة شيخ البخاري، وأيوب السختياني وعمرو بن دينار، وعبد الله ابن أباض، وأبو حمزة الأشعث، وأبو نوح صالح الدهان، وضمام بن السائب، وحيان الأعرج، وأبو عبيدة مسلم بن أبي كريمة مرجع الإباضية بعد الإمام جابر^(١٧).

(ت: ١٣٥٩هـ)، مختصر تاريخ الإباضية، مكتبة الضامري للنشر والتوزيع، السيب - سلطنة عمان، ط ٣، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م، ص ٣١.

(١٣) الدرجيني، طبقات المشايخ بالمغرب، ج ٢ ص ٢٠٥.

(١٤) الدرجيني، طبقات المشايخ بالمغرب، ج ٢ ص ٢٠٥، ودبوز، تاريخ المغرب الكبير، ج ٣ ص ١٤١، وأعوشت، نفحات من السير، ج ١ ص ١٩٢، والباروني، مختصر تاريخ الإباضية، ص ٣١.

(١٥) البدر الشماخي، أحمد بن سعيد (ت: ٩٢٨هـ)، كتاب السير، تحقيق: أحمد بن سعود السيابي سلطنة عمان-وزارة التراث القومي والثقافة، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م، ج ٢ ص ٢١٥، والباروني، مختصر تاريخ الإباضية، ص ٣١ ودبوز، تاريخ المغرب الكبير، ج ٣ ص ١٤٠.

(١٦) الدرجيني، طبقات المشايخ بالمغرب، ج ٢ ص ٢٠٥، والباروني، مختصر تاريخ الإباضية، ص ٣١، ودبوز، تاريخ المغرب الكبير، ج ٣ ص ١٤١، وفي طبقات المشايخ زيادة: "أو قال مات خير أهل الأرض".

(١٧) معمر، علي يحيى، الإباضية في موكب التاريخ، مكتبة الضامري-سلطنة عمان، ط ٢، ١٩٩٣م، ج ١ ص ١٤٣-١٤٤ الحلقة الأولى، ودبوز، تاريخ المغرب الكبير، ج ٣ ص ١٤٤-١٤٥، والقنوبي، سعيد بن مبروك بن حمود، الربيع بن حبيب: مكانته ومسنده، مكتبة الضامري، السيب - سلطنة عمان، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، ص ٢٣.

المطلب الثالث

التعريف بالإمام أبي عبيدة مسلم بن أبي كريمة

هو مسلم بن أبي كريمة التميمي (ت: ١٤٥هـ) مولى بني تميم، أحد التابعين، وكان أعور اشتهر بلقب القفاف^(١٨)؛ لأنه اشتغل بصنعه، وهي حرفة شريفة استطاع أن يعيش عليها هو وطلابه، عرف بذكائه وقوة حافظته مع شدة مراقبته لربه، أخذ العلم عن جابر بن زيد وجعفر بن السماك، وصحار بن العباس، روى عن كثير من الصحابة: كجابر بن عبد الله الأنصاري، وأبي هريرة، وابن عباس، وعائشة أم المؤمنين، حتى صار يشار إليه بالبنان، ترك آثارا علمية كثيرة منها: مجموعة أحاديث كان يروها عن الإمام جابر وغيره، وكتابا في الزكاة، ورسائل تعرف برسائل أبي عبيدة، وغيرها، تحققت على يده إنجازات كثيرة جعلت الخليفة العباسي الثاني أبا جعفر المنصور يقول عندما بلغته وفاة أبي عبيدة: أوقد مات؟ إنا لله وإنا إليه راجعون ذهبت الإباضية^(١٩).

تولى الإمام أبو عبيدة زمام قيادة المذهب الإباضي بعد وفاة شيخه الإمام جابر بن زيد رغم المضايقات التي كانوا يواجهونها وتشديد الرقابة عليهم ومنعهم من نشر العلم من قبل بني أمية، وتحت ظل هذه الضغوطات المستمرة استطاع أبو عبيدة أن ينشر علمه من خلال إقامة مدرسة تحمل العلم إلى جميع الآفاق، مستترا بعيدا عن الحجاج وأنصاره الذي لا يكاد يسلم من تعذيبه أحد، فقد أقامها في سرداب طويل تحت الأرض ووضع على مدخله سلاسل من حديد، فإن أحسوا بأحد قادم اشتغلوا بصنع القفاف وأوقفوا الدرس، فإن ابتعد القادم أكملوا الدرس، وفي هذا السرداب تخرج مشاهير أئمة الإباضية كالربيع بن

(١٨) القفاف جمع قفّة، و"القفّة: شِبْهُ زَيْلٍ صَغِيرٍ مِنْ حُوصٍ يُجْتَنَى فِيهِ الرُّطْبُ وَتَضَعُ فِيهِ النِّسَاءُ غَزْلَهُنَّ. (انظر: ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي الرويفعي الإفريقي (ت: ٧١١هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط ٣، ١٤١٤هـ، مادة (قفق).

(١٩) الراشدي، مبارك بن عبد الله، الإمام أبو عبيدة مسلم بن أبي كريمة التميمي وفقهه (٤٥-١٤٥هـ) د، ط ١، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م، ٢٥-٥٣، وبابا عمي وآخرون، معجم أعلام الإباضية، ج ٢ ص ٤١٨-٤١٩، ٢٢٣، ومعمّر، الإباضية في موكب التاريخ، ج ١ ص ١٥٣-١٥٤، ١٥٧ الحلقة الأولى، ودبوز، تاريخ المغرب الكبير، ج ٣ ص ١٥٠-١٦٢.

حبيب الفراهيدي، وأبي سفيان محبوب بن الرحيل وغيرهم من مشاركة الإباضية، ومن المغاربة: عبد الرحمن بن رستم، وإسماعيل بن درار الغدامسي وغيرهم، وهكذا كان شأنهم، فكافح رضي الله عنه كفاح الأبطال^(٢٠).

تعرضت له عيون الحجاج بن يوسف الثقفي، فأدخله السجن ولم يخرج منه حتى هلك الحجاج سنة ٩٥هـ، فأفرج عنه ليعود لنشاطه العلمي والدعوي، ونتيجة لتلك الضغوطات التي تعترض طريقهم، وتلاحقهم بين حين وآخر، فإنها تحتاج إلى سياسة حكيمة، وتخطيط قويم؛ لتحافظ على بقاء سيرها، فما كان من أبي عبيدة إلا أن يقيم مجالس سرية، وقسمها إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: مجالس الشيوخ، وتكون من بعد صلاة العشاء إلى طلوع الفجر، وهذه مقصورة على كبار العلماء وتكون في غاية السرية والكتمان، فيتم فيها مناقشة القضايا المهمة كسير حركة الدعوة، وكيفية الحفاظ على بقائها.

النوع الثاني: المجالس العامة، وتكون بإشراف من أبي عبيدة، وتعد في النهار، ويحضرها عامة أهل الدعوة، ويخصص فيها جانب للنساء، فكل شيخ له مجلسه الخاص الذي يعقده، بحيث يعظ فيه أهل الدعوة، ويعلمهم أمور دينهم، وتكون محاطة بحراسة تامة، بحيث إذا أحسوا بأي خطر ينفذ المجلس بسرعة وكأن شيئاً لم يكن.

النوع الثالث: مجالس تكوين الدعاة، ويتم انعقاده في سرداب من سراديب البصرة، ويكون على باب السرداب حارس أمين، إذا رأى أي شخص قادماً قام بتحريك السلسلة، فإذا بالإمام ومن حوله يقومون بصناعة القفاف، فإن أمنوا أكملوا عملهم، ويتولاهما أبو عبيدة بنفسه، ثم يقوم بإرسال الدعاة إلى أطراف البلاد؛ ليختاروا له من هم أهل للقيام بمهمة نشر الدعوة فيقوم الشيخ بتعليمهم، وترسيخ الإيمان في قلوبهم^(٢١).

وفي هذه المجالس تخرج كثيرون، بعضهم من المشرق، منهم الربيع بن حبيب الفراهيدي وأبو سفيان محبوب بن الرحيل، والشاري أبو حمزة المختار بن عوف، وطالب الحق

(٢٠) معمر، الإباضية في موكب التاريخ، ج ١ ص ١٥٣-١٥٤، ١٥٧ الحلقة الأولى، وذبوز، تاريخ

المغرب الكبير، ج ٣ ص ١٥٠-١٦٢، والدرجيني، طبقات المشايخ بالمغرب، ج ١ ص ٢٠.

(٢١) الجعبيري، فرحات بن علي، نفحات من السير، بدون معلومات الطبع ج ٣ ص ١٢-١٨.

عبد الله بن يحيى الكندي، والجلندي بن مسعود، وسلمة بن سعد وأبو الخطاب عبد الأعلى المعافري، وعبد الرحمن بن رستم الفارسي^(٢٢)، وبعضهم من المغرب، منهم عاصم السدراتي، وإسماعيل بن درار الغدامسي الليبي، وأبو داود القبلي النفزاوي^(٢٣)، ومن هؤلاء من أقاموا دولاً سياسية وهم طالب الحق عبد الله بن يحيى الكندي في اليمن عام ١٢٩هـ، والجلندي بن مسعود في عمان عام ١٣١هـ، وأبو الخطاب عبد الأعلى المعافري في طرابلس عام ١٤٠هـ، وعبد الرحمن بن رستم الفارسي في تاهرت عام ١٦٠هـ^(٢٤).

المبحث الثاني

فقهاء الإباضية ومدوناتهم الفقهية في القرن الثاني الهجري

المطلب الأول

فقهاء المذهب في القرن الثاني الهجري

إن المتصفح لكتب الفقه الإباضي وكتب التراجم الإباضية يجد كما هائلاً لفقهاء المذهب في القرن الثاني سواء كان بذكر آرائهم الفقهية المدونة في هذا القرن أو في القرون التالية، أم كان بذكر إسهامات فقهية لهم في كتب السير والتراجم إلا أن عوادي الزمان أتت على أغلبها، وفي هذا المطلب نحاول ذكر بعض فقهاءهم، مع ذكر ما يتوفر من معلومات عن إسهاماتهم الفقهية مرتبة ترتيباً هجائياً لا بسنوات وفاتهم لصعوبة تحديدها لدى الكثير منهم، مع الإشارة إلى أن بعضهم قضى جل عمره في القرن الثاني وتوفي في النصف الأول من القرن الثالث الهجري:

(٢٢) الراشدي، الإمام أبو عبيدة مسلم بن أبي كريمة التميمي وفقهه، ص ١٩.

(٢٣) الجعيري، نفحات من السير، ج ٣ ص ١٨، وعبازة، صالح محمد، جبل نفوسة منذ أقدم العصور، بدون معلومات الطبع ص ٤٣، والبعطوري، مقرين بن محمد، روايات الأشياخ، تحقيق: عمر بن لقمان بو عصبانة، مكتبة خزائن الآثار، سلطنة عمان - بركاء، ١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م، ص ١٠٢-١٠٣.

(٢٤) الباروني، مختصر تاريخ الإباضية، ص ٣١-٧٢.

١. إبراهيم بن إسماعيل، أبو عيسى الخراساني (ق ٢-٣هـ)، أحد تلامذة الإمام أبي عبيدة والربيع بن حبيب ووائل بن أيوب ومحبوب بن الرحيل، تنسب إليه آراء فقهية^(٢٥).
٢. بشر بن غانم، أبو غانم الخراساني (ت بعد: ٢٢٠هـ)، وقيل: ٢٠٠هـ، وقيل: ٢٠٥هـ عاش في النصف الثاني من القرن الثاني الهجري وبدايات القرن الثالث الهجري، ولد بخراسان ورحل إلى البصرة قضى فيها أغلب حياته متتلماً على تلامذة الإمام أبي عبيدة، وبعد وفاة الإمام الربيع بن حبيب قام برحلة علمية إلى مصر وبلاد المغرب ثم رجع إلى المشرق، له كتاب المدونة، واختلاف الفتوى والديوان^(٢٦)، وسيأتي الحديث عن هذه الآثار في المبحث الثالث عموماً، وفي المبحث الرابع عن المدونة على وجه الخصوص.
٣. بشير بن مخلد الكندي (ق ٢ أو ٣هـ) أحد فقهاء عصره من سمد نزوى له مسائل في كتب الأثر وقد علق الشيخ أبو عبد الله محمد بن محبوب على إحداها^(٢٧).

^(٢٥) السعدي، فهد بن علي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، مكتبة الجبل الواعد، مسقط-سلطنة عمان، ط ١، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م، ج ١ ص ٢-٣، وابن سلام الإباضي، الإسلام وتاريخه من وجهة نظر إباضية، تحقيق: ر. ف. ثفارتز، وسالم بن يعقوب، دار اقرأ، بيروت-لبنان، ط ١ (١٤٠٥هـ-١٩٨٥م)، ص ١٦١، ١٣٥، والسعدي، معجم العمانيين من خلال بيان الشرع، ص ١٨٢.

^(٢٦) الشماخي، كتاب السير، ج ٢ ص ١٠٦، والمزاتي، يوسف بن خلفون، أبو يعقوب، (ق ٦هـ)، أجوبة ابن خلفون، تحقيق: د. عمرو بن خليفة النامي، دار الفتح للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط ١، (١٣٩٤هـ-١٩٧٤م)، في فهرس الأعلام ص ١١١، والجعبري، فرحات، البعد الحضاري للعقيدة الإباضية، ط ٢ (١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م)، ص ١٠٥ واباجو، مصطفى صالح، منهج الاجتهاد عند الإباضية، مكتبة الحيل الواعد، مسقط، سلطنة عمان، ط ١ (١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م)، (هامش) ص ٣٢-٣٣، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ١ ص ٦٥-٩٦.

^(٢٧) البطاشي، سيف بن حمود بن حامد، (ت: ١٤٢٠هـ) إتحاف الأعيان في تاريخ بعض علماء، ط ١ (١٤١٣هـ-١٩٩٢م)، ج ١ ص ٤٢٠، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ١ ص ٧٨، والسعدي، فهد بن علي معجم العمانيين من خلال كتاب بيان الشرع، ط ١ (١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م)، ص ٢١.

٤. جرير بن نافع، أبو هاشم الخراساني (ق ٢هـ) من خوارزم أحد الفقهاء، نقل عن أبي أيوب بن أشرس عن أبي عبيدة، وتوجه بالسؤال للإمام الربيع بن حبيب، وله مسائل في الأثر (٢٨).

٥. جميل، أبو الحسن الخوارزمي (ق ٢هـ) أحد الفقهاء لقي مشايخ البصرة وحمل عنهم العلم إلى بلاده، فقد روى عن أبي عبيدة والربيع ووائل وأبي المهاجر، وعاصر هاشم بن عبد الله الخراساني، وله آراء في الفقه (٢٩).

٦. حاتم بن منصور، أبو منصور الخراساني (ق ٢هـ) أحد الفقهاء تتلمذ بخراسان ثم رحل إلى البصرة ودرس على أبي عبيدة، وأبي يزيد الخوارزمي، وعمارة بن حيان، وأبي عباد المصري، وأخذ عنه أبو غانم الخراساني، وهاشم بن غيلان، والربيع بن يزيد، وروت عنه أخته، وله آراء مبنوثة في كتب الفقه الإباضي (٣٠).

٧. حاجب بن مودود، أبو مودود الطائي (ت: بين ١٣٦ و ١٤٥هـ)، أحد كبار الفقهاء وقادة المذهب الإباضي، أخذ العلم عن جابر بن زيد وبعض التابعين، كان معنياً بالجانب التنظيمي للمذهب وكان المسؤول عن أمور الحرب، وملازماً للإمام أبي عبيدة، ترك العديد من الآثار في الكلام والسياسة ومن بينها فيما يختص بالفقه سيرته إلى من بلغه

(٢٨) السعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ١ ص ١١٤، والسعدي، معجم العمانيين من خلال كتاب بيان الشرع، ص ٣١.
(٢٩) السعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ١ ص ١٢٤، والسعدي، معجم العمانيين من خلال كتاب بيان الشرع، ص ٣٨.
(٣٠) النامي، أجوبة ابن خلفون، ص ١١١، وابن سلام، الإسلام وتاريخه، ص ١٣٤، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ١ ص ١٢٩.

كتابه من المسلمين وهي في ٧ صفحات تناول فيها ما يجب على الرعية تجاه إمامها، وله آراء مبثوثة في كتب الأثر^(٣١).

٨. حبيب بن حفص بن حاجب، أبو مودود الهلالي بالولاء (حي في: ١٩٢هـ)، من صحار، أحد الفقهاء، وكان من جملة العلماء الذين يشاورهم الإمام غسان ويسألهم، له نصيحة إلى الإمام غسان (مخطوط) ينصحه بالعدل في الرعية، ونصائح أخرى، وله جواب إلى محبوب بن الرحيل، وله آراء مبثوثة في كتب الأثر^(٣٢).

٩. أبو حفص الخراساني (ق-٣هـ) أحد الفقهاء، من بلاد خراسان روى عن هاشم بن غيلان، له مسائل في الأثر، علق على بعضها أبو عبد الله بقوله: ما أحسن ما قال أبو حفص^(٣٣).

١٠. الحواري بن محمد (ق٢-٣هـ) عاش في أواخر القرن الثاني وأول القرن الثالث الهجري، أحد الفقهاء، نقل عن محمد بن محبوب، وتوجه بالسؤال إلى أبي عثمان سليمان بن عثمان، وكتب عن هاشم بن غيلان، له مسائل في الأثر^(٣٤).

(٣١) النامي، تحقيق أجوبة ابن خلفون، ص ١١٤، البطاشي، إتحاف الأعيان في تاريخ بعض علماء عمان، ص ١٥٩-١٦٠، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ١ ص ١٣٠-١٣٤.

(٣٢) البطاشي، إتحاف الأعيان في تاريخ بعض علماء عمان، ص ١٦١، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ١ ص ١٣٥-١٣٦، والوهبي، مسلم بن سالم بن علي، الفكر العقدي عند الإباضية حتى نهاية القرن الثاني الهجري، مكتبة الضامري، السيب، سلطنة عمان، ط (١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م)، ص ١٤٠-١٤١.

(٣٣) السعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ١ ص ١٤٨، والسعدي، معجم العمانيين من خلال كتاب بيان الشرع، ص ٥٢.

(٣٤) السعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ١ ص ١٦٩-١٧٠، والسعدي، معجم العمانيين من خلال كتاب بيان الشرع، ص ٥٧.

١١. خلف بن زياد البحراني (حي في: ١٣٤هـ) أحد الفقهاء، أخذ عن الإمام أبي عبيدة، وكان من جملة من أسهبوا في نشر العلم بعمان، وكان من ضمن العلماء في دولة الجلندي بن مسعود، وله مسائل في كتب الأثر^(٣٥).
١٢. الربيع بن حبيب بن عمرو، أبو حفص الفراهيدي (ت: بين ١٧٥ و ١٨٠هـ) عاش في أواخر القرن الأول والقرن الثاني الهجري، تقلد إمامة المذهب بعد الإمام أبي عبيدة، محدث فقيه، ولد بغضفان في عمان ثم رحل للبصرة، تتلمذ على يد الإمام جابر بن زيد، والإمام أبي عبيدة، وأبو نوح الدهان، وضمام بن السائب، وكان من أوائل من دون الحديث، وكان مرجع أهل مذهبه في زمانه، حرص على إنشاء مدرسة علمية تخرج فيها جماعة كبيرة من العلماء من عمان وحضرموت وخوارزم ومكة والعراق، هو صاحب المسند، وله إسهامات علمية في الفقه وغيره^(٣٦).
١٣. الربيع بن يزيد (ق ٢-٣هـ) أحد الفقهاء، عاش في القرن الثاني والثالث الهجري، نقل عن الشيخ أبي منصور، وله مسائل في الأثر^(٣٧).

(٣٥) السعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ١ ص ١٨٠-١٨١، والسعدي، معجم العمانيين من خلال كتاب بيان الشرع، ص ٦٤-٦٥، والوهيبي، الفكر العقدي عند الإباضية حتى نهاية القرن الثاني الهجري، ص ١٣٩-١٤٠.

(٣٦) النامي، تحقيق أجوبة ابن خلفون، ص ١٠٨، باجو، منهج الاجتهاد عند الإباضية، ص ٣١-٣٢، وبالحاج، قشار، اللعة المضينة في تاريخ الإباضية، مكتبة الضامري، السيب-سلطنة عمان، ط ٢ (١٤١١هـ-١٩٩٠م)، ص ١٢-١٤، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ١ ص ٢٣٥-٢٤٨.

(٣٧) السعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ١ ص ٢٥٠، والسعدي، معجم العمانيين من خلال كتاب بيان الشرع، ص ٧٧.

١٤. الرحيل بن محبر الموصلية (ق ٢هـ) أحد الفقهاء، عاش في القرن الثاني، وله مسائل في الأثر (٣٨).

١٥. سعيد بن المبشر (ق ٢-٣هـ) من بلاد إزكي أحد الفقهاء، عاش في منتصف القرن الثاني والثالث الهجري، وكان قاضياً وكان من العلماء الذين يستشيرهم الإمام غسان بن عبد الله ويرجع إليهم، وله مراسلات مع أبي علي موسى بن علي، وله مسائل في كتب الأثر (٣٩).

١٦. سعيد بن محرز، أبو جعفر النزواني (ق ٢-٣هـ) أحد الفقهاء، عاش في أواخر القرن الثاني والثالث الهجري، من نزوى، وله العديد من المسائل في كتب الأثر (٤٠).

١٧. سعيد بن محمد بن راشد بن بشير الخروصي المشهور بـ "الغشري" (حي: ١١٦٥هـ) عاش في القرن الثاني الهجري، أحد الفقهاء والشعراء، من بلدة ستال من وادي بني خروص، نشأ في بيت صلاح وعلم، درس في بلده ثم انتقل إلى الرستاق لإكمال دراسته فدرس على يد الشيخ خميس بن علي بن محمد، والشيخ مرشد بن محمد العبري، وبعد أن نال حظاً من الفقه أصبح مرجعاً للفتيا لأهل زمانه، له مراسلات مع الشيخ خميس بن مبارك، والشيخ علي بن سعيد الصبحي، والشيخ عامر بن محمد القصابي وغيرهم، له نصائح ذهبية إلى الأئمة في عصره، وخطبة في المأكولات

(٣٨) السعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ١ ص ٢٥٣، والسعدي، معجم العمانيين من خلال كتاب بيان الشرع، ص ٧٩.

(٣٩) السعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٢ ص ١٠١، والسعدي، معجم العمانيين من خلال كتاب بيان الشرع، ص ٩٤، البطاشي، إتحاف الأعيان في تاريخ بعض علماء عمان، ص ٤٢٥-٤٢٦.

(٤٠) البطاشي، إتحاف الأعيان في تاريخ بعض علماء عمان، ص ٤٢٦، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٢ ص ١٠٢-١٠٣، والسعدي، معجم العمانيين من خلال بيان الشرع، ص ٩٤-٥٩.

والمشارب، وديوان شعر مطبوع، وأرجوزة في الأدب والسياسة تدعى: بجامعة الآداب، والمقامة السونية، ورسالة إلى الإمام بلعرب بن حمير^(٤١).

١٨. سفيان بن محبوب بن الرحيل القرشي المخزومي (ق ٢-٣هـ)، أحد الفقهاء الذين عاشوا في آخر القرن الثاني وأول القرن الثالث الهجري، نشأ في أسرة علم وقيادة كان أبوه محبوب وأخواه محمد ومحبر أشهر علماء عصرهم، له مراسلات مع أبي صفرة في خلق القرآن^(٤٢).

١٩. سليمان بن عثمان، أبو عثمان (حي: ١٩٢هـ) من بلدة العقر بولاية أركي، أحد الفقهاء، في آخر القرن الثاني الهجري، سافر لطلب العلم فتتلمذ على يد الشيخ موسى بن أبي جابر، أخذ عنه العلم أبو زياد الوضاح بن عقبة، وأبو صالح زياد بن مثوبة، والحواري بن محمد وغيرهم، عاصر العديد من العلماء كمسعدة بن تميم، وعلي بن عزرة، وهاشم بن غيلان وغيرهم، كان شديدا في الحق لا يخشى في الله لومة لائم، له مسائل عديدة في كتب الأثر لو جمعت لكانت في مجلد^(٤٣).

٢٠. شبيب بن عطية العماني (ق ٢هـ)، أحد الفقهاء الذين عاشوا في القرن الثاني الهجري، كان من أصحاب الإمام الجلندي بن مسعود ومن خواصه الذين يستشيرهم، عاصر العديد من العلماء كموسى بن أبي جابر، وبشير بن المنذر، ومنير بن النير، والربيع بن حبيب وغيرهم، كان صلبا في دينه، شديدا على الجبابة، له سيرة تنسب إليه

(٤١) الخروصي، سعيد بن محمد بن راشد، (ق ١٢هـ)، ديوان العشري، تحقيق: سالم بن سعيد بن ناصر الهيملي، وزارة التراث والثقافة-سلطنة عمان، ط ٢ (١٤٣٧هـ-٢٠١٧م) (ترجمة مقدمة التحقيق)، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٢ ص ١٠٤-١٠٥.

(٤٢) السعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٢، ص ١١٥-١١٦، والسعدي، معجم العمانيين من خلال كتاب بيان الشرع، ٩٦، ٩٧.

(٤٣) البطاشي، إتحاف الأعيان في تاريخ بعض علماء عمان، ص ٤٢٨، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٢ ص ١٤٦، والسعدي، معجم العمانيين من خلال بيان الشرع، ص ١٠١.

مطبوعة وجهها لأهل عمان بعد موت الإمام الجلندي يدعوهم فيها إلى لم شمل المسلمين والأخذ على يد الجبابرة والباغين، وكتاب في الرد على الشكاك والمرجئة مخطوط، ومسائل في الأثر^(٤٤).

٢١. شعيب بن المعروف أبو المعروف، (حي في: ١٧١هـ)، أحد علماء الإباضية بمصر، تتلمذ على يد الإمام أبي عبيدة مسلم بن أبي كريمة بالبصرة، خالف إمامه في بعض القضايا فاستتابه أبو عبيدة فتاب، ولما جاء عهد الربيع بن حبيب انشق عنه وحاول نشر دعوته بالبصرة فلما أخفق التجأ إلى مصر، عندما وقع الخلاف في تيهرت عام ١٧١هـ بين الامام عبد الوهاب ويزيد بن فندين رأس الحركة النكارية اتجه إلى تيهرت طمعا في الإمارة فاتصل بالإمام ثم بيزيد وأصحابه فاستمالوه إليهم حتى صار من رؤوس الفرقة المنشقة وبعد انهزامه اتجه لطرابلس ليواصل معارضته ويبث فكرته، فاستمرت الفرقة معارضتها عدة قرون^(٤٥).

٢٢. صالح بن نوح، أبو نوح الدهان (حي: ١٢٩هـ)، أحد الفقهاء، عاش في النصف الثاني من القرن الأول وأول القرن الثاني الهجري، أصله من عمان وسكن في البصرة وتلمذ على يد الإمام جابر بن زيد، والإمام الربيع بن حبيب، كان أحد شيوخ أبي عبيده،

(٤٤) البطاشي، إتحاف الأعيان في تاريخ بعض علماء عمان، ص ١٣٥-١٣٨، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٢ ص ١٧٣-١٧٥، والسعدي، معجم العمانيين من خلال بيان الشرع، ص ١٠٤-١٠٥، والوهيبي، الفكر العقدي عند الإباضية حتى نهاية القرن الثاني الهجري، ص ١٤٤-١٤٨.

(٤٥) النامي، تحقيق أجوبة ابن خلفون، ص ١١٣، والجعبري، البعد الحضاري للعقيدة الإباضية، ص ١٠٦، ومحمد بابا عمي، ومصطفى باجو وآخرون، معجم أعلام الإباضية (قسم الغرب)، ج ٢ ص ٢٢٢-٢٢٢.

عاصر أبا عبيدة مسلم بن أبي كريمة، وجعفر بن السماك، كان له دور في نشر الدعوة، له روايات في الحديث، ومسائل في الأثر^(٤٦).

٢٣. ضمام بن السائب، أبو عبد الله الندابي (ت: قبل ١٢٩هـ)، أحد الفقهاء، عاش إلى القرن الثاني الهجري، أصله من عمان، ولد وعاش في البصرة، أخذ العلم عن الإمام جابر بن زيد وكان ملازماً له أكثر من غيره، أخذ عنه الإمام الربيع بن حبيب وغيره، عاصر الإمام أبا عبيدة مسلم بن أبي كريمة، له روايات تسمى بروايات ضمام أو كتاب ضمام مخطوط، والحجة على الخلق في معرفة الحق وهو كتاب في موضوع خلق القرآن، ومسائل عديدة في كتب الأثر في مختلف أبواب الشريعة^(٤٧).

٢٤. أبو عبد الله الهروي (٢-٣هـ)، أحد مشائخ الإباضية الأوائل في آخر القرن الثاني وأول القرن الثالث الهجري، له مسائل في الأثر، وروى إعجاب أبي الوليد هاشم بن غيلان بعمل جماعة من المسلمين في مسألة فقهية^(٤٨).

٢٥. عبد الله بن عبد العزيز، أبو سعيد البصري (ق ٢هـ)، أحد الفقهاء الذين عاشوا في القرن الثاني الهجري، من البصرة بالعراق، تتلمذ على يد الإمام أبي عبيدة مسلم بن أبي كريمة، وأبي نوح صالح الدهان، كان شغوفاً بالعلم وكتابته فكانت له ألواح يكتب فيها

(٤٦) البطاشي، إتحاف الأعيان في تاريخ بعض علماء عمان، ج ١ ص ٤٢٨، والنامي، تحقيق أجوبة ابن خلفون، ص ١٠٩، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٢، ص ١٩٤-١٩٥.
(٤٧) البطاشي، إتحاف الأعيان، ص ١٦٢-١٦٣، والنامي، تحقيق أجوبة ابن خلفون، ص ١١٢-١١٣، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٢، ص ٢٠٦-٢٠٧، السعدي، معجم العمانيين من خلال بيان الشرع ص ١١٧.

(٤٨) السعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٢، ص ٢٣٦، والسعدي، معجم العمانيين من خلال بيان الشرع، ص ١٢٥-١٢٦.

مسائل العلم، روى عنه أبو غانم في مدونته، عرف بسعة صدره لتلاميذه، من آثاره: كتاب في نكاح الشغار مخطوط، وأقوال وروايات^(٤٩).

٢٦. عبد المقتدر بن جيفر (ق ٢-٣هـ)، أحد الفقهاء الذين عاشوا في آخر القرن الثاني وأول القرن الثالث الهجري، من ولاية نزوى، أخذ عنه محمد بن محبوب، وعبد الله بن عمر، ونقل عنه أبو زياد الوضاح بن عقبة والفيض، عاصر بعض العلماء والأئمة كأبي عثمان سليمان بن عثمان، وموسى بن علي، ومن الأئمة الإمام غسان بن عبد الله، له آراء في الفقه تفرد بها كما أن أجوبته متناثرة هنا وهناك^(٥٠).

٢٧. عبد الملك بن صفرة، أبو صفرة (ق ٢-٣هـ)، عالم فقيه، عاش في القرن الثاني الهجري وأول القرن الثالث الهجري، من البصرة بالعراق، حدث عن محبوب بن الرحيل وحفظ عنه وسأله وغيره، ونقل عنه محمد بن محبوب بن الرحيل، وسليمان بن سعيد وأبو زياد وغيرهم، من آثاره: جامع أبي صفرة مفقود، كتب بعثها إلى محمد بن محبوب ليعرضها عليها، ورواياته عن الربيع عن ضمام عن جابر مخطوط، وأجوبة في الأثر^(٥١).

(٤٩) النامي، تحقيق أجوبة ابن خلفون، ص ١٠٧-١٠٨، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٢ ص ٢٧٦-٢٧٨، والسعدي، معجم العمانيين من خلال بيان الشرع ص ١٣١.
(٥٠) البطاشي، إتحاف الأعيان، ج ١ ص ٤٣٠، محمد صالح ناصر الجزائري، سلطان الشيباني، معجم أعلام الإباضية من القرن الأول الهجري إلى العصر الحاضر (قسم المشرق)، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، ط ١ (١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦)، ص ٢٩٨، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٢ ص ٣٢٦، والسعدي، معجم العمانيين من خلال بيان الشرع، ص ١٤٤-١٤٥.
(٥١) النامي، تحقيق أجوبة ابن خلفون، ص ١١٣، ومحمد ناصر، والشيباني، معجم أعلام الإباضية (قسم المشرق)، ص ٢٩٩، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٢، ص ٣٢٩، والسعدي، معجم العمانيين من خلال بيان الشرع، ص ١٤٧.

٢٨. عبد الوهاب بن جعفر (ق ٢هـ)، أحد الفقهاء الذين عاشوا في القرن الثاني الهجري، سمع عنه هاشم بن غيلان، عاصر من العلماء: الربيع بن حبيب، وهادية، وموسى بن أبي جابر، وبشير بن المنذر، له مسائل في الأثر^(٥٢).
٢٩. العلاء بن أبي حذيفة، أبو حذيفة (حي: ٢٠٧هـ)، أحد الفقهاء الذين عاشوا في النصف الأول من القرن الثاني وأول القرن الثالث الهجري، نشأ مجتهدا في طلب العلم، وكان حازما له كلمته المسموعة عند الأئمة، له مسائل متناثرة في كتب الأثر^(٥٣).
٣٠. العلاء بن عثمان (ق ٢-٣هـ)، أحد الفقهاء الذين عاشوا في آخر القرن الثاني الهجري وأول القرن الثالث الهجري، عاصر جملة من العلماء منهم خالد بن سعوة، وعمر بن مفضل، والأزهر بن علي وغيرهم، له مسائل في الأثر^(٥٤).
٣١. عمر بن محمد، أبو المؤرج القدي السدوسي (حي: ١٤٥هـ)، من بلدة قُدم باليمن، أحد الفقهاء الذين عاشوا في القرن الثاني الهجري، أحد حملة العلم الذين أخذوا العلم عن الإمام أبي عبيدة مسلم بن أبي كريمة، كثيرا ما روى عنه أبو غانم في مدونته، من آثاره: مسائل عديدة أوردها أبو غانم في مدونته، وكتاب الألواح في الفقه^(٥٥).
٣٢. عمر بن المفضل بن عمر، أبو حفص السري (ق ٢-٣هـ)، أحد الفقهاء الذين عاشوا في آخر القرن الثاني الهجري وأول القرن الثالث الهجري، عاصر العديد من العلماء كهاشم بن غيلان، وخالد بن سعوة، والعلاء بن عثمان وغيرهم، كما عاصر العديد من الأئمة كمحمد بن أبي عثمان، والوارث بن كعب، وغسان بن عبد الله وغيرهم، أخذ

(٥٢) السعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٢، ص ٣٣١، والسعدي، معجم العمانيين من خلال بيان الشرع، ص ١٤٨-١٤٩.

(٥٣) السعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٢، ص ٣٤٨، والسعدي، معجم العمانيين من خلال بيان الشرع، ص ١٦١-١٦٣.

(٥٤) البطاشي، إتحاف الأعيان، ج ١ ص ٤٣٣، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٢، ص ٣٤٨-٣٤٩، والسعدي، معجم العمانيين من خلال بيان الشرع، ص ١٦٣.

(٥٥) النامي، تحقيق أجوبة ابن خلفون، ص ١١٠، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٢، ص ٣٨٤-٣٨٥.

عنه أبو شعيب، ونقل عنه أبو عبد الله محمد بن محبوب، ومهلب بن سليمان، وحفظ عنه الوضاح بن عقبة، له العديد من المسائل والأجوبة، منها جواب إلى أبي علي موسى بن علي^(٥٦).

٣٣. عبد الله بن عباد المصري (أواخر: ق ٢هـ)، فقيه مفت، عاصر الإمام الربيع بن حبيب، صنفه الدرجيني من ضمن طبقات مشائخ المغرب، له فتاوى كثيرة منها جواب للإمام عبد الوهاب بن عبد الرحمن الرستمي^(٥٧).

٣٤. عبد الوهاب بن عبد الرحمن بن رستم (ت: ٢٠٨هـ)، ثاني الأئمة الرستميين، تلقى العلم على يد والده وغيره بتيهت، تصدر للتدريس وتخرج على يديه كثيرون، وكان تاجرا بارعا، ترك كتابا ضخما ألفه في مسائل ونوازل وقعت لأهل نفوسة استفتوه بها يعرف بمسائل نفوسة الجبل^(٥٨).

٣٥. القاسم بن شعيب النزوي (حي في: ١٩٢هـ)، من سمد نزوى، عالم فقيه من كبار علماء عمان في زمانه، كان من أهل المشورة عند الإمام غسان بن عبد الله، سألته الإمام غسان مع بعض العلماء فيمن يقدم من الهند في تجارة كيف تأخذ منه الزكاة؟ ولهم في ذلك جواب مبسوط^(٥٩).

(٥٦) السعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٢ ص ٣٩٠-٣٩١، والسعدي، معجم العمانيين من خلال بيان الشرع، ص ١٧٩-١٨٠.

(٥٧) محمد بابا عمي، ومصطفى باجو وآخرون، معجم أعلام الإباضية (قسم الغرب)، ج ٢ ص ٢٦٩.

(٥٨) الشماخي، كتاب السير، ج ٢، ص ١٣٠-١٣٦، ومحمد بابا عمي، ومصطفى باجو وآخرون، معجم

أعلام الإباضية (قسم الغرب)، ج ٢، ص ٢٨٣، والوهيبي، الفكر العقدي عند الإباضية، ص ١٥٨-١٥٩.

(٥٩) البطاشي، إتحاف الأعيان، ٤٣٤، ومحمد ناصر، والشيباني، معجم أعلام الإباضية (قسم المشرق)،

ص ٣٥٠، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية، ج ٣، ص ١٥-١٦، والسعدي، معجم العمانيين

من خلال بيان الشرع، ص ١٩٥.

٣٦. محبر (مجير) بن الرحيل (ق ٢هـ)، عالم فقيه من العائلة الرحيلية، نشأ في البصرة ثم انتقل إلى عمان وعاش فيها، كان من أكبر الزهاد كان يدعى بالنقعة؛ لعلمه وحسن سيرته وزهده، له أخبار في كتب السير^(٦٠).

٣٧. محبوب بن الرحيل، أبو سفيان القرشي، ولد في أوائل القرن الثاني، مقره بصحرار، (ت: ١٧٥هـ)، أحد أكابر العلماء والمؤرخين، عده بعض العمانيين أحد حملة العلم إلى عمان، كان ربيباً للإمام الربيع بن حبيب، تتلمذ في بداية أمره على الإمام أبي عبيدة ثم لازم الربيع وأخذ عنه، كان آخر أئمة الكتمان عند الإباضية في البصرة بعد الإمام الربيع، انتقلت إليه زعامة الإباضية بالبصرة بعد وفاة وائل بن أيوب، له آثار فقهية كثيرة مبنوثة ضمن كتب الفقه الإباضي، أحد الذين روى عنهم أبو غانم في مدونته، كان حجة في رواية السيرة عند الإباضية، اختلف مع هارون بن اليمان في البصرة في مسائل خالف فيها هارون قول الإباضية فأخذت عمان وحضرموت بقول محبوب وتابعت اليمان قول هارون، من آثاره: كتاب "السير" الذي روى عنه الدرجيني والشمخي سير الإباضية الأوائل وهو مفقود باستثناء ما نقله المؤرخون عنه، تنسب إليه سيرتان في كتب السير بعث بأحدهما إلى هارون بن اليمان الذي خالفه في بعض المسائل فأرسل إليه رادا عليه، والثانية إلى الإمام المهنا بن جيفر (ت: ٢٦٦) وكانت أيضاً في أمر هارون بن اليمان، له مرويات كثيرة في كتب المغاربة، وآراء فقهية مبنوثة في كتب الفقه والسير^(٦١).

٣٨. محمد بن حبيب المدني لعل وفاته كانت سنة ١٣١هـ في معركة وادي القرى التي استشهد فيها الكثير من الإباضية على يد عبد الملك بن عطية الأموي، أحد تلامذة أبي

(٦٠) ابن سلام الإباضي، بدء الإسلام وشرائع الدين، تحقيق: فيرنر شقارتس، وسالم بن يعقوب، مؤسسة الريان، بيروت - لبنان، ط ١ (١٩٨٦م)، ص ١٠٩، ومحمد ناصر، والشيباني، معجم أعلام الإباضية (قسم المشرق)، ص ٣٦٨.

(٦١) النامي، تحقيق أجوبة ابن خلفون، ص ١١٦، والبطاشي، إتحاف الأعيان، ص ١٦٤-١٦٦، ومحمد ناصر، والشيباني، معجم أعلام الإباضية (قسم المشرق)، ص ٣٦٨-٣٦٩، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٣، ص ٣٥-٣٨، والوهيبي، الفكر العقدي عند الإباضية، ص ١٥٣-١٥٦.

عبيدة الذين يجلهم ويقدرهم، أحد الفقهاء، كان له دور كبير في تفقيه الناس وتعليمهم بالمدينة، تخرج على يديه جمع من التلاميذ^(٦٢).

٣٩. محمد بن سلمة وقيل سلامة المدني (ق ٢هـ)، أحد تلامذة أبي عبيدة، وأحد فقهاء الإباضية بالمدينة المنورة^(٦٣).

٤٠. محمد بن عباد بن عبد الله بن عباد المصري (ق ٢هـ)، أحد الفقهاء بمصر، أخذ العلم عن أبي عبيدة بالبصرة ثم رجع إلى مصر وأقام بها، كان من معاصري الربيع بن حبيب وممن روى عنهم أبو غانم في مدونته^(٦٤).

٤١. محمد بن عبد الله بن جساس أحد الفقهاء العمانيين في القرن الثاني الهجري^(٦٥).

٤٢. محمد بن عبد الله بن سوم (ق ٢هـ)، أحد الفقهاء العمانيين الذين عقدوا البيعة للإمام الجلندي بن مسعود سنة ١٣٢هـ^(٦٦).

٤٣. مخلد بن العمرد، أبو غسان الغساني (ق: ٢هـ) من العراق، تتلمذ على يد الإمام أبي عبيدة، عده صاحب الطبقات من رجال الخمسين الثانية من المائة الثانية، قال عنه: "ومنهم أبو غسان مخلد بن العمرد -رحمه الله- أحد علماء الفروع والكلام ومن نحب من

(٦٢) محمد ناصر، والشيباني، معجم أعلام الإباضية (قسم المشرق)، ص ٣٨٥، ومحمد بابا عمي، ومصطفى باجو وآخرون، معجم أعلام الإباضية (قسم الغرب)، ج ٢، ص ٣٧٥، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٣، ص ٥٩.

(٦٣) محمد ناصر، والشيباني، معجم أعلام الإباضية (قسم المشرق)، ص ٤٠٢، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٣، ص ١٠٨.

(٦٤) النامي، أجوبة ابن خلفون، ص ١٠٨-١٠٩، ومحمد ناصر، والشيباني، معجم أعلام الإباضية (قسم المشرق)، ص ٤١١.

(٦٥) البطاشي، إتحاف الأعيان، ج ١، ص ٤٣٦، ومحمد ناصر، والشيباني، معجم أعلام الإباضية (قسم المشرق)، ص ٤١٤، محمد بابا عمي، ومصطفى باجو وآخرون، معجم أعلام الإباضية (قسم الغرب)، ج ٢، ص ١٢٩-١٣٠، والسعدي، معجم العمانيين من خلال بيان الشرع، ص ٢٣٧-٢٣٨.

(٦٦) محمد ناصر، والشيباني، معجم أعلام الإباضية (قسم المشرق)، ص ٤١٥، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٣، ص ١٣٥، والسعدي، معجم العمانيين من خلال بيان الشرع، ص ٢٣٨.

أصحاب أبي عبيدة"، روى صاحب المدونة كثيرا من أقواله ومروياته عن الإمام أبي عبيدة فكان من السبعة الذين روى عنهم مدونته، حدثت مناظرات بينه وبين عبد الله بن عبد العزيز أحد تلامذة أبي عبيدة، كان أحد العلماء المجمعين بمكة في الرد على رسالة المغاربة الواردة على الربيع بمكة في مسألة الإمام عبد الوهاب وخلافه مع ابن فنين، وشارك أيضا في كتابة الرسالة الحجة في حجة أخرى بعدها في أواسط العقد السابع من القرن الثاني الهجري^(٦٧).

٤٤. مسلم بن أبي كريمة، أبو عبيدة التميمي بالولاء^(٦٨)، سبق الحديث عنه.
٤٥. معين بن عمر (ق ٢هـ)، أحد الفقهاء الذين عاشوا في القرن الثاني الهجري، كان من العلماء البارزين في عهد الإمام الجلندي بن مسعود^(٦٩).
٤٦. موسى بن أبي جابر الإزكوي أبو علي (ت: ١٨١هـ)، تتلمذ على يد الإمام الربيع بن حبيب بالبصرة ثم رجع إلى عمان فكان أحد حملة العلم إليها، فكان أحد كبار العلماء العمانيين في القرن الثاني الهجري، فكان مرجعا لهم في وقته، فلا يغيرون عما يرى ولا يعقبون عما يقول، له سيره تنبئ عن علم وافر واطلاع^(٧٠).

(٦٧) الشماخي، كتاب السير، ج ١ ص ١٠٢، والنامي، تحقيق أجوبة ابن خلفون، ١١٥، ومحمد ناصر، والشيباني، معجم أعلام الإباضية (قسم المشرق)، ص ٤٣٧، السعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٢، ص ١٧٨-١٧٩.

(٦٨) النامي، تحقيق أجوبة ابن خلفون، ص ١٠٧، ومحمد بابا عمي، ومصطفى باجو وآخرون، معجم أعلام الإباضية (قسم الغرب)، ج ٢، ص ٤١٨-٤١٩، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٢ ص ١٩١-١٠٨، والوهبي، الفكر العقدي عند الإباضية، ١١٧-١٢٤، السعدي، معجم العمانيين من خلال بيان الشرع، ص ٢٧٦-٢٧٧.

(٦٩) محمد ناصر، والشيباني، معجم أعلام الإباضية (قسم المشرق)، ص ٤٥٣، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٣، ص ٢٠٥-٢٠٦، والسعدي، معجم العمانيين من خلال بيان الشرع، ص ٢٨١.

(٧٠) البطاشي، إتحاف الأعيان، ج ١، ص ١٦٨-١٦٩، ومحمد ناصر، والشيباني، معجم أعلام الإباضية (قسم المشرق)، ص ٤٦٠-٤٦١، السعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٣،

٤٧. موسى بن سعيد أحد الفقهاء العمانيين الذين عاشوا في القرن الثاني الهجري^(٧١).
٤٨. هاشم بن عبد الله الخراساني أبو عبد الله أحد الفقهاء في (ق ٢هـ)، قال عنه ابن سلام: "وهاشم بن عبد الله فقيه مفت"، له دور بارز في نشر العلم في خراسان، وأحد حملة العلم عن أبي عبيدة، له آثار توجد في ثنايا الكتب الفقهية^(٧٢).
٤٩. هاشم بن المهاجر الحضرمي أبو المهاجر (ق ٢هـ)، من حضرموت، كان أحد الفقهاء انتقل إلى الكوفة بعد وفاة شيخه أبي عبيدة فأخذ علمه عن أئمة الإباضية وأحد تلامذة أبي عبيدة عده الباروني من علماء الخمسين الثانية من القرن الثاني الهجري، كان أحد الذين روى عنهم أبو غانم في مدونته، له أقوال منثورة في كتب الإباضية^(٧٣).
٥٠. الهمام (الهماس) بن المغلس (ق ٢هـ)، أحد الفقهاء الذين عاشوا في القرن الثاني الهجري، كان من الذين لا يهتمون في دينهم، المرضيين في إخوانهم، منيع رأيهم، معروف فضلهم^(٧٤).

- ص ٢٢٦-٢٢٧، والسعدي، معجم العمانيين من خلال بيان الشرع، ص ٢٩١-٢٩٢، والوهبي، الفكر العقدي عند الإباضية، ص ١٥٠-١٥١.
- (٧١) محمد ناصر، والشيباني، معجم أعلام الإباضية (قسم المشرق)، ص ٤٦٢، والسعدي، معجم العمانيين من خلال بيان الشرع، ص ٢٩٣، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٣، ص ٢٢٨-٢٢٩.
- (٧٢) ابن سلام، الإسلام وتاريخه، ص ١٣٥، ومحمد ناصر، والشيباني، معجم أعلام الإباضية (قسم المشرق)، ص ٤٨٥-٤٨٦، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٣، ص ٢٨٠، والسعدي، معجم العمانيين من خلال بيان الشرع، ص ٣٠٨.
- (٧٣) ابن سلام، الإسلام وتاريخه، ص ١٣٥، والنامي، تحقيق أجوبة ابن خلفون، ص ١١٥، ومحمد ناصر، والشيباني، معجم أعلام الإباضية (قسم المشرق)، ص ٤٨٥، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٣، ص ٢٨٤، والسعدي، معجم العمانيين من خلال بيان الشرع، ص ٣٠٩-٣١٠.
- (٧٤) محمد ناصر، والشيباني، معجم أعلام الإباضية (قسم المشرق)، ص ٤٩٢، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية، ج ٣، ص ٢٨٩، والسعدي، معجم العمانيين من خلال بيان الشرع، ص ٣١٢.

٥١. وائل بن أيوب، أبو أيوب الحضرمي (حي في: ١٩٢) من أهل حضرموت باليمن، عاش في القرن الثاني الهجري، عالم فقيه، أخذ العلم عن أبي عبيدة، وأحد الذين روى عنهم أبو غانم في مدونته، له مساهمات في إقامة إمامة طالب الحق باليمن، والإمامة في عمان، له قدم راسخة في علم الفقه والكلام، كان أبو عبيدة الصغير عندما يسأل يقول: "عليكم بوائيل فإنه آخر عهد بالربيع"، كان يحب التسهيل في فتواه ويقول: "إنما الفقيه الذي يعلم الناس ما يسع الناس فيه مما سألوا عنه، وأما من يضيق عليهم فكل من شاء أخذ بالاحتياط"، من آثاره: مناظرة مع رجل من المعتزلة، له سيرة مشهورة ضمن مجموعة سير علماء الإباضية تنبئ عن رسوخ قدمه وسعة اطلاعه، وله سيرة منشورة في اعتقاد الدين^(٧٥).

٥٢. الوليد بن خالد أحد الفقهاء العمانيين الذين عاشوا في القرن الثاني الهجري في عهد الإمام الجلندي بن مسعود^(٧٦).

٥٣. أبو يزيد الخوارزمي (ق ٢هـ)، كانت له يد طويلة في علم الفقه والكلام، أحد تلامذة أبي عبيدة، له كتاب في السير وكان موجودا عند الإمام أفلح بن عبد الوهاب في تيهرت وربما احترق بمكتبة المعصومة^(٧٧).

^(٧٥) الشماخي، كتاب السير، ج ١ ص ٩٧، والنامي، تحقيق أجوبة ابن خلفون، ص ١١٠، ومحمد ناصر، والشيباني، معجم أعلام الإباضية (قسم المشرق)، ص ٤٩٣، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية، ج ٣، ص ٢٩٢-٢٩٤، والسعدي، معجم العمانيين من خلال بيان الشرع، ص ٣١٥، والوهيبي، الفكر العقدي عند الإباضية، ص ١٤٢-١٤٤.

^(٧٦) محمد ناصر، والشيباني، معجم أعلام الإباضية (قسم المشرق)، ص ٤٩٦، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية، ج ٣، ص ٢٩٩، والسعدي، معجم العمانيين من خلال بيان الشرع، ص ٣٢٢.

^(٧٧) الشماخي، كتاب السير، ج ١ ص ٨٨، ١٤٣، وابن سلام، الإسلام وتاريخه، ص ١٣٥، ومحمد ناصر، والشيباني، معجم أعلام الإباضية (قسم المشرق)، ص ٥٠٢، والسعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ٣ ص ٣٠٩-٣١٠، والسعدي، معجم العمانيين من خلال بيان الشرع، ص ٣٢٧.

المطلب الثاني

المدونات الفقهية الإباضية في القرن الثاني الهجري

إن الحديث عن المدونات الفقهية في القرن الثاني الهجري ليس أمراً سهلاً، لطراوة النشأة من جهة، وللمنهج المتبع في تلك المرحلة حيث كان الاعتناء منصباً على التكوين والدفاع عن الكيان، وصناعة القادة والعلماء الذين كان جل همهم المحافظة على كيانه، ولكن هذا لا يعني إغفالهم التام عن التدوين لما يتلقونه من أئمتهم إلا أنه لم يبرز إلا بنحو ضئيل، وفي هذا المطلب نحاول أن نستقصي ما تركه الإباضية في القرن الثاني الهجري، سواء كانت تلك المدونات ألفت في الفقه، أو كانت مشتملة على مسائل فقهية بين ثناياها، والقصد من ذلك إثبات اعتناء الإباضية بالتدوين الفقهي.

أولاً- آثار الإمام أبي عبيدة مسلم بن أبي كريمة:

١. رسالة الشيخ أبي عبيدة مسلم بن أبي كريمة في الزكاة، وهي محققة ضمن كتاب: "الإمام أبو عبيدة مسلم بن أبي كريمة التميمي وفقهه (٤٥-٤٥١ هـ)" للدكتور مبارك بن عبد الله الراشدي وهو في الأصل رسالة دكتوراه الحلقة الثانية (ماجستير) بجامعة الزيتونة حيث تعرض في المبحث الثاني من الباب الرابع لتحقيقها ودراستها، وتشتمل على (٤١) مسألة في الزكاة.

٢. مسائل أبي عبيدة، وهي مجموعة من الفتاوى، وبعض المحاورات ولا يزال مخطوطاً^(٧٨).

وتوجد بعض الدراسات الحديثة قامت بجمع الكثير من فقه الإمام أبي عبيدة، ومن هذه الدراسات:

(٧٨) الراشدي، الإمام أبو عبيدة مسلم بن أبي كريمة التميمي وفقهه ص ١٩.

١. "الإمام أبو عبيدة مسلم بن أبي كريمة التميمي وفقهه (٤٥-١٤٥هـ)" للدكتور مبارك بن عبد الله الراشدي، وقد أشرنا من قبل أنها قدمت استكمالاً للحصول على درجة الماجستير من جامعة الزيتونة.

٢. "موسوعة الآثار الفقهية للإمام أبي عبيدة مسلم بن أبي كريمة التميمي" جمعها الباحث إبراهيم بن علي بولرواح من مجموعة من الكتب الفقهية وغيرها، طبعتها وزارة الاوقاف والشؤون الدينية بسلطنة عمان عام ١٤٣٨هـ-٢٠١٧م.

ثانياً- سيرة حاجب بن مودود أبو مودود الطائي:

وهي سيرة إلى من بلغه كتابه من المسلمين وهي في ٧ صفحات تناول فيها ما يجب على الرعية تجاه إمامها^(٧٩).

ثالثاً- "تسبب الإسلام" لأبي أيوب وائل بن أيوب الحضرمي (ت: أواخر القرن ٢هـ):

هي سيرة لأبي أيوب وائل بن أيوب الحضرمي من تلامذة الإمام أبي عبيدة من أهل اليمن، تناول فيها مجموعة من أحكام الدين في العقيدة والفقه بأسلوب مختصر، ويمكن القول بأنها أشبه بالمتون؛ إذ يذكر الأحكام بعبارات موجزة بعيدة عن ذكر الخلافات ونسبتها، ومما يخص الفقه ذكر طرفاً من أحكام الطهارة والصلاة والزكاة والحج والحقوق وتناول أحكام الرجل والمرأة والنكاح والميراث والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وأحكام الإمامة الكبرى والجihad وأحكام المشركين والمنافقين وسنن الفطرة، قامت الباحثة عائدة بنت محمد بن أحمد الفهدية بتحقيقها وطبعتها ذاكرة عمان عام ٢٠١٨م.

رابعاً- آثار الإمام الربيع بن حبيب:

ترك الإمام الربيع بن حبيب مجموعة من الآثار ضمنت مجموعة من المسائل الفقهية، وهي:

^(٧٩) السعدي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، ج ١، ص ١٣١.

١. مسند الإمام الربيع بن حبيب (الجامع الصحيح)، ويشتمل على ما يزيد على ٧٠٠ حديث، والكتاب وإن كان في رواية الحديث إلا أنه تطرق لعدد لا بأس به من الأقوال الفقهية له أو للإمام أبي عبيدة مسلم بن أبي كريمة التميمي، قام أبو يعقوب الوارجلاني بترتيب المسند، وسماه كتاب الترتيب، وطبع عدة طبعات، وله شرحان: حاشية الترتيب لأبي ستة وشرح الجامع الصحيح للإمام السالمي.

٢. آثار الإمام الربيع، وهو المعروف بروايات الإمام الربيع عن ضمام عن جابر بن زيد، رواها عنه أبو صفرة عبد الملك بن صفرة، وهو كتاب جمع فيه آراء الإمام جابر في فقه المعاملات^(٨٠)، حققه الدكتور كهلان بن نبهان الخروصي، ونال به شهادة الدكتوراه في جامعة اكسفورد ببريطانيا.

٣. فتيا الربيع، وهو كتاب فقه يتضمن آراء الربيع في أبواب مختلفة من العبادات والمعاملات، ولا يزال مخطوطاً^(٨١).

٤. روايات الإمام محبوب بن الرحيل عن الربيع بن حبيب، وهي آراء الربيع وأقواله في قضايا عقدية وفقهية، وهي الجزء الثالث من مسنده.

خامساً- "الكتاب الحجة" لأبي غسان مخلد بن العمر الغساني:

وضع الكتاب مع الربيع بن حبيب ووائل بن أيوب جواباً عن بعض الإشكالات الفقهية والعقائدية، تناولت فتاوى حول صلاة الجمعة، وحكم المرأة التي أتيت بشبهة الزنا، والرد على المتأولين بالتشبيه لله تعالى، وحقق هذا الكتاب الباحث سليمان بيزيز بمعهد الحياة بالجزائر عام ١٤١٧هـ-١٩٩٦م^(٨٢).

(٨٠) الخراساني، المدونة الكبرى، مقدمة التحقيق لباجو، ص ٢٣.

(٨١) الخراساني، المدونة الكبرى، مقدمة التحقيق لباجو، ص ٢٤.

(٨٢) الخراساني، المدونة الكبرى، مقدمة التحقيق لباجو، ص ٢٨.

سادساً- آثار أبي غانم الخراساني:

ترك أبو غانم الخراساني مجموعة من الآثار، وهي:

١. المدونة، وسيأتي الحديث عنها في المبحث التالي.
 ٢. اختلاف الفتوى، نسبه إليه البرادي في رسالته "تقييد كتب الإباضية"، ولم يذكر محتواه وفحواه، وذكره الدرجيني في ترجمة ابن خلفون في قوله: "والله ما علمت لكم كتاباً إلا اختلاف الفتيا" والغانمي، وكذا الشماخي في سيره، وذكره القطب أيضاً، وفي موضع من شرح النيل نقل عن اختلاف الفتيا مسألة في البيوع، وهي موجودة في المدونة، وقد ورد ذكر اسمه في ثانياً بعض أبواب المدونة، فيحتمل أن يكون جزءاً من المدونة أو كان مستقلاً ولكن دمج في المدونة^(٨٣).
 ٣. كتاب الطلاق، ذكر القطب هذا الكتاب ناسباً إياه لأبي غانم في شرح النيل، ويوجد مخطوط باسم "كتاب الطلاق الأول"، وهو مضمن في المدونة عدا (٥) صفحات، وقد أضافها محقق المدونة ضمن المدونة^(٨٤).
- سابعاً- مسائل نفوسة للإمام عبد الوهاب بن عبد الرحمن بن رستم:
- جاء في ترجمة الإمام عبد الوهاب بن عبد الرحمن أنه ألف كتاباً ضخماً في مسائل ونوازل وقعت لأهل نفوسة استفتوه بها ويعرف بـ "مسائل نفوسة الجبل"، ولعل ما طبع باسم "مسائل نفوسة" جزء منه^(٨٥)، حققه إبراهيم محمد طلاي، طبع المطبعة العربية، عام ١٩٨٩م بغرداية.

^(٨٣) الخراساني، المدونة الكبرى، مقدمة التحقيق لباجو، ص ٣٨-٣٩.

^(٨٤) الخراساني، المدونة الكبرى، مقدمة التحقيق لباجو، ص ٤٠.

^(٨٥) محمد بابا عمي، ومصطفى باجو وآخرون، معجم أعلام الإباضية (قسم الغرب)، ج ٢، ص ٢٨٣.

المبحث الثالث

مدونة أبي غانم الخراساني

المطلب الأول

نبذة مختصرة عن مدونة أبي غانم الخراساني

تعد مدونة أبي غانم الخراساني من أقدم ما ألف في الفقه الإسلامي وصل إلينا بشكل منهج متكامل جاء التركيز في الطرح الفقهي، مع أنها كتاب يمزج بين الفقه والحديث، وهي ثروة كبيرة حفظت لنا آراء كثيرة لأئمة المذهب الإباضي من لدن الإمام جابر بن زيد مرورا بأبي عبيدة وانتهاء بتلامذة الإمام أبي عبيدة الذين تتلمذ عليهم أبو غانم الخراساني، بل إن المتتبع لكتاب المدونة سيرى بأن أبا غانم لم يقتصر على ذكر آراء أئمة مذهبه بل تجاوز ذلك بذكر آراء ثلة من الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب الفقهية، وهذا يعزز من قيمة المدونة العلمية في كونها مصدرا أصيلا لنسبة الأقوال لأولئك العلماء.

أما عن الاسم الدقيق لمدونة أبي غانم فقد شاع ذكر اسمين أحدهما المدونة الصغرى والآخر المدونة الكبرى، مما يوحي أنهما كتابان مختلفان، فقام محقق المدونة د. مصطفى بن صالح باجو بمتتبع المصادر القديمة فلم يجد ذكرا للاسمين بل توردها باسم المدونة أو مدونة أبي غانم أو الغانمية، وإنما وجد هذا التمييز بعد تعليقات قطب الأئمة عليها، وأن البعض نسب التسمية إلى القطب؛ إذ جعل المدونة الأصلية هي الصغرى، أما التي رتبها وعلق عليها فسمّاها بالكبرى، فتسمية القطب لها بالكبرى واضح في قوله: "أما بعد فهذا ترتيب المدونة الكبرى بألفاظها رجاء لثواب الله وبركة الأوائل"، وفي كتابه شرح النيل ذكرها كما يقول المحقق مرة واحدة باسم المدونة الكبرى، وفي سائر المرات

باسم المدونة أو مدونة أبي غانم، لكن يبقى الإشكال: من سماها بالكبرى؟ هل القطب أو أن هذه التسمية تسمية سابقة^(٨٦).

ومن خلال مقارنته بين المدونة الصغرى والمدونة الكبرى بين أنهما كتاب واحد، وقد تختلف بعض الأبواب بينهما زيادة ونقصانا، إلا أن بعض الأبواب التي انفردت بها المدونة الكبرى تختلف في صياغتها ومضمونها عن أسلوب المدونة في الطرح والاستدلال، لذا استظهر المحقق أنها أبواب مستقاة من كتب مختلفة بعضها من الديوان المغروض أو كتاب الصلاة، وكان مما اعتمده المحقق إبقاء تسميتها بالمدونة الكبرى كما ذكرها القطب بهذا الاسم، وأضاف إليها الأبواب التي انفردت بها ما يسمى بالمدونة الصغرى فكانت النسخة المحققة شاملة لمضمون المدونتين^(٨٧).

أما عن قصة المدونة فإن أبا غانم بعد وفاة الإمام الربيع بن حبيب الفراهيدي الذي تولى زعامة المذهب بعد شيخه أبي عبيدة توجه في رحلة علمية إلى بلاد المغرب قاصدا الإمام عبد الوهاب بن عبد الرحمن بن رستم (ت: ٢٠٨هـ) في تاهرت عاصمة الرستميين، وفي طريقه للمغرب مر بمصر فلقى ابن عباد المصري أحد تلامذة الإمام أبي عبيدة، فجالسه وأخذ منه آراء ضمنها مدونته، ثم مر بجبل نفوسة بليبيا فلقى عمرو بن فتح المساكني، واستودعه نسخة من المدونة ثم أكمل مسيره لتاهرت، وهناك عرض مدونته على الإمام عبد الوهاب بن عبد الرحمن بن رستم، ولما رجع إلى نفوسة مر بعمر بن عمرو واسترد نسخه منه بعد أن نسخها عمرو لنفسه، ثم واصل طريقه جهة المشرق^(٨٨).

^(٨٦) الخراساني، بشر بن غانم، أبو غانم الخراساني (ق: ٢٠هـ)، المدونة الكبرى، بتعليقات قطب الأئمة امحمد بن يوسف أطفيش (ت: ١٣٣٢هـ)، تحقيق: مصطفى بن صالح باجو، د، ط، ١، ١٤٢٨هـ- ٢٠٠٧م، مقدمة التحقيق ص ٥١-٥٥.

^(٨٧) الخراساني، المدونة الكبرى، مقدمة التحقيق لباجو، ص ٥٥-٥٩.

^(٨٨) الخراساني، المدونة الكبرى، مقدمة التحقيق لباجو، ص ١٣.

ويبقى السؤال الشائك، هل تعد مدونة أبي غانم الخراساني من مدونات القرن الثاني الهجري أو القرن الثالث الهجري، والذي يبدو للباحثين أنها تعد من مدونات القرن الثاني الهجري للسببين الآتين:

أولاً: أنه قد سبق في التعريف به أن العلماء لهم خلاف في سنة وفاته، فقل: ٢٠٠ هـ وقل: ٢٠٥ هـ وقل: بعد ٢٢٠ هـ، فإذا ما اعتبرنا سنة الوفاة ٢٠٠ هـ فلا إشكال في أن المدونة ألفت في القرن الثاني الهجري، ويقرب منه إذا قلنا بوفاته في ٢٠٥ هـ، وإذا تجاوزنا هذا التاريخ فلا نتجاوز به إلى ٢٢٠ هـ؛ لأن أبا غانم سافر بالكتاب في رحلة علمية من المشرق إلى المغرب وعرضها على الإمام عبد الوهاب المتوفى في ٢٠٨ هـ، فلا شك أنه ألفتها قبل ذلك مع عدم الجزم في أي سنة بالضبط لكنه قطعاً قبل عام ٢٠٨ هـ.

ثانياً: أن المادة العلمية المدونة أغلبها أسئلة توجه بها لمشايخه تلامذة الإمام أبي عبيدة وأغلبهم متوفى في القرن الثاني الهجري، وهم الربيع بن حبيب (ت: ١٧٥ هـ) وأبو المهاجر هاشم بن المهاجر الحضرمي (ق ٢ هـ) وأبو المؤرج عمر بن محمد القدسي (حي في: ١٤٥ هـ) وأبو سعيد عبد الله بن عبد العزيز (ق ٢ هـ) (وأبا غسان مغلد بن العُمُرْد (ق ٢ هـ) وأبو أيوب وائل بن أيوب (ت بين ١٧٧ و ١٩٠ هـ) وحاتم بن منصور (ق ٢ هـ) وأبو سفيان محبوب بن الرحيل (ت: ١٧٥ هـ)، وحينما نتبع منهجه في النقل نجد الالتزام بحرفية الجواب، وهذا لا يتأتى إلا بالتدوين عنهم.

المطلب الثاني

منهج أبي غانم في مدونته

من خلال الكتاب يمكننا إيجاز منهج أبي غانم الخراساني في مدونته في النقاط الآتية:

١. التبويب الفقهي للكتاب، حيث قسمت المدونة إلى أبواب فقهية بدأت بباب التكليف ثم أبواب في الطهارات ثم الصلاة ثم الزكاة ثم الصيام ثم الحج ثم النكاح ثم البيوع ثم الإعتاق ثم الوصايا ثم الشهادة ثم الأحكام والأقضية ثم الأشربة والحدود ثم الديات،

وأحياناً تسمى بعض الأبواب بالكتاب، وينطوي تحت بعض الأبواب فصول أو عناوين لمسائل، والكتاب خضع لإعادة ترتيب من قبل قطب الأئمة محمد بن يوسف اطفيش (ت: ١٣٣٢هـ)، ولم يتميز التنبؤ الذي تركه عليه مؤلفه لا في تقسيم الأبواب ولا في ترتيب المسائل، ويضع القطب على مسائله تعليقات جلية وسط مسائله قام محقق الكتاب بوضعه في الهامش ليسهل تمييزها عن أصل الكتاب مع أن القطب يبدأها بعبارة: قال المرتب ويختمها بعبارة: انتهى.

٢. أسلوب السؤال والحوار، وهذا ما يميز الكتب الفقهية الأولى حيث يعتمد المؤلف إلى أسلوب السؤال لشيوعه، سواء كان ذلك مشافهة أو بالواسطة وفي ذلك يقول: "سألت الربيع وأبا المهاجر وأبا المؤرج وأبا سعيد عبد الله بن عبد العزيز وأبا غسان مخلص بن العُمُرْد وأبا أيوب وحاتم بن منصور، فمنهم من سألته مشافهة، ومنهم من أخبرني عنه من سأله مشافهة عن الوضوء والصلاة"^(٨٩). فإذا ما أجابه شيخه سأله عن تفاصيل تخص ذلك السؤال بقوله: (قلت له)، وهذا هو الغالب على الكتاب، وفي بعض الأحيان يذكر باباً غير مرتب على سؤال شيوعه ومحاورتهم، فيذكر طرفاً من الأحكام الفقهية المتعلقة مع ذكر بعض الأدلة عليها إلا أن تكون تلك الأبواب ليست من أصل المدونة كما أشرنا لذلك سلفاً.

٣. ذكر الخلاف في المسألة إن تيسر، ومن أمثلة ذلك قوله: "قلت: رأيت الأذنين يغسلهما مع الرأس، قال الربيع: ظاهرهما وباطنهما مع الرأس. قال أبو المؤرج: أي ذلك فعلت أجزأك. وقد رأيت أبا عبيدة رحمه الله فعل الأمرين جميعاً. وكذلك قال ابن عبد العزيز. قال أبو المهاجر: أحب إلي أن يغسل باطنهما مع الوجه وظاهرهما مع الرأس. وكذلك قال حاتم بن منصور. قلت: أيقطع الرجل وضوءه فيغسل وجهه ويتوضأ وضوء الصلاة غير رجليه فيسير فيمعن في السير ثم يغسل رجليه، أيجزيه ذلك عنه؟

(٨٩) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ١، ص ١٣٨.

قال الربيع بن حبيب: يعيد وضوءه، أحب إليّ. قال أبو المؤرج وابن عبد العزيز وأبو المهاجر: يغسل رجله، وليس عليه غير ذلك^(٩٠)، وقد يشير إلى وجود الاختلاف والاقتصار على الرأي المفتي به، ومن أمثلة ذلك قوله: "قلت: فإن كان الرجل على وضوء فقص شاربه وأظفاره وأخذ من شعره؟ قال أبو المؤرج: قد جاء في ذلك الاختلاف من الفقهاء، غير أن ما مضى عليه الشيخ أبو عبيدة أن يمسح عليه بالماء ولا ينقض عليه وضوءه"^(٩١)، وقوله: "نهى رسول الله ﷺ عن الصلاة في أرض الخسف وأرض العذاب"^(٩٢)، فقيل: ذلك كراهة، وإن صلى أجزت، وقيل: تحريم، فإن صلى فسدت، وقيل أجزت، وقيل: لم تتعقد"^(٩٣)، وقوله: "قال بعض الفقهاء: للصائم أن يستاك في أول النهار ولا يستاك في آخره، قالوا لأنه في آخر النهار يخشى عليه انفجار الدم فيكون ذلك يفطره. وقال آخرون: للصائم أن يستاك آخر النهار وأوله برطب السواك أو يابسه"^(٩٤)، وقوله: "وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً وهو مريض مضار فإن ابن عبد العزيز والربيع يقولان: إن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها، وكان ابن عباد يقول: لها الميراث ما لم تتزوج وهو قول أبي عبيدة وأهل المدينة"^(٩٥).

(٩٠) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ١ ص ١٤٠-١٤١.

(٩١) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ١ ص ١٤٤.

(٩٢) جاء في الرواية أن علياً مر ببابل وهو يسير، فجاءه المؤذن يؤذنه بصلاة العصر، فلما برز منها أمر المؤذن، فأقام الصلاة فلما فرغ قال: إن حبيبى ﷺ نهانى أن أصلى في المقبرة، ونهانى أن أصلى في أرض بابل فإنها ملعونة. (رواه البيهقي في كتاب الصلاة، باب من كره الصلاة في موضع الخسف والعذاب برقم ٤٥٣٨) (البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، أبو بكر (ت: ٤٥٨هـ)، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ٣، ط ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م).

(٩٣) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ١ ص ٤٣٣.

(٩٤) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ٢ ص ٣٢.

(٩٥) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ٢ ص ٢٠٠.

٤. نقل مذاهب بعض الصحابة كعمر وعثمان وعلي وابن مسعود وأبي هريرة وابن عباس وابن عمر وبعض التابعين كعطاء والحسن البصري وسعيد بن جبير والنخعي وعكرمة وطاووس ومجاهد وبعض المخالفين في المذهب، كنافع بن الأزرق والزهرى والشعبي وبشر المريسي وأبي حنيفة، وهذا شائع في الكتاب.
٥. الاعتماد على الأدلة في طرح الكثير من المسائل الفقهية، وسنذكرها عند الحديث عن الأصول الفقهية التي سار عليها أبو غانم الخراساني في كتابه، مع بيان كيفية الاستدلال، وبعض المناقشات عليها على هيئة حوار.

المطلب الثالث

الأدلة الشرعية في مدونة أبي غانم

أولاً- القرآن الكريم:

إن المتأمل في مدونة أبي غانم يلحظ اعتماده على الاستدلال بالقرآن الكريم في الكثير من المسائل، ومن أمثلة ذلك ما ذكره من عدم مشروعية مسح الخفين بأية الوضوء {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ} (المائدة: ٦)^(٩٦)، كما استدل بقوله تعالى: {فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا} (النساء: ٤٣) على مشروعية التيمم^(٩٧)، واستدل به ببعض الآيات على شروط الصلاة، وفي ذلك يقول: "الثالثة: اللباس لقوله تعالى: {خُذُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ} (الأعراف: ٣١) يعني البسوا ثيابكم عند كل صلاة، الرابعة: حفظ الوقت

(٩٦) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ١، ص ١٦٥.

(٩٧) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ١، ص ١٧٣.

لقوله تعالى: {إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا} (النساء: ١٠٣) الخامسة:
استقبال القبلة لقوله تعالى: {قَوْلَ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ} (البقرة: ١٤٤)^(٩٨).

ثانياً- السنة النبوية:

اعتمد أبو غانم الخراساني على الأحاديث في استدلالاته فيما ينقله عن شيوخه أو كان ذلك في سياق ما يستدل به على المسائل، وقد قام الباحث الدكتور صالح البوسعيدي بإحصاء عدد الأحاديث الواردة في المدونة الصغرى فوجدها ١٤٠ حديثاً^(٩٩) للرسول ﷺ، وإذا نظرنا إلى المطبوع باسم المدونة الكبرى فسيكون العدد أكبر لاحتوائها على أبواب لم ترد في نسخة المدونة الصغرى.

أما عن طرق هذه الروايات فمنها ما كان عن طريق فقهاء الإباضية، وهذا لا غبار عليه وهو المتتملذ على تلامذة الإمام أبي عبيدة، ومنها ما كان عبر رواية غير إباضية كالحسن البصري وإبراهيم النخعي وقتادة وسعيد بن المسيب وربيعه الرأي^(١٠٠)، وهذا يدل على انفتاح الإباضية على غيرهم، إذ لم يمنهم تتبع الدليل من أخذه عن غيرهم.

وعند تتبع هذه الروايات، نجد أن بعضها جاء متصلاً وهي ٢١ حديثاً، وبعضها مرسلًا وهي ١٨ حديثاً، وبعضها منقطعاً وهي ١٦ حديثاً، وبعضها معضلاً وهي ٦٦ حديثاً، وبعضها معلقاً وهي ١٩ حديثاً^(١٠١)، ويعلل د. مصطفى باجو ذلك بأن عدم اعتناء أبي غانم بالصناعة الحديثية؛ لأن غايته كانت في مجال الفقه لا رواية الأخبار، وأن أبا غانم كان مطمئناً إلى روايتها أو أنها أحاديث مشهورة وإنما التركيز فيها على بيان محل

(٩٨) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ١، ص ٢٤٣.

(٩٩) البوسعيدي، صالح بن أحمد، رواية الحديث عند الإباضية (رواية مقارنة)، ط ١ (١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م)، د، ص ١١١.

(١٠٠) الخراساني، المدونة الكبرى، مقدمة التحقيق لباجو، ص ٦٧.

(١٠١) البوسعيدي، رواية الحديث عند الإباضية، ص ١١٩.

الاستشهاد، أو يوردها على سبيل النقد لها، أو مجرد الرواية دون أن يضع لها حكماً، أو أنه يكتفي بأن يوردها كما بلغته^(١٠٢)، وفي هذا مجال للباحثين والدارسين لدراسة هذه الأحاديث وتتبعها.

ثالثاً - الإجماع:

يعتمد أبو غانم الخراساني كثيراً على حكاية الإجماع في مسائل عديدة، ومن أمثلة ذلك: "قال [أي أبو المؤرج]: وقال حاتم بن منصور: وحدثني الثقة من أصحابنا حدثني الثقة من أصحابنا أن أناساً من أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يصلون على الجنائز في عهد النبي ﷺ بسبع تكبيرات وبست وبخمس وبأربع، كلهم يزعمون أنهم حفظوا ذلك عن النبي ﷺ حتى مضى لسبيله وهم على ذلك الحال، ثم فعلوا ذلك في خلافة أبي بكر رضي الله عنه حتى مضى لسبيله، فلما كانت في خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه - جمع أصحابه، فقال: ما هذا الذي تفعلون في الصلاة على الميت يا أصحاب محمد؟، إنه سيكون من بعدكم ناس إن اجتمعتم اجتمعوا وإن اختلفتم اختلفوا. فقالوا: ما ترى؟. قال: أنا كأحدكم ولست بأفضلكم رأياً، فأشيروا عليّ وأشير عليكم. قال: فاجتمع رأيهم على أربع تكبيرات ليلاً صلوها أو نهاراً"^(١٠٣).

وقوله: "وأما أبو المؤرج لم يأمر بالإعادة في وضع الأنف وحده، وهذا غلط من أبي المؤرج، والحق فيما أجمعوا عليه من السجود على الجبهة"^(١٠٤).

(١٠٢) الخراساني، المدونة الكبرى، مقدمة التحقيق لباجو، ص ٦٧.

(١٠٣) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ١، ص ٥١٤-٥١٥.

(١٠٤) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ١، ص ٢٩٢.

وقوله: "وقد أجمعوا أن الممضضة لا تقطره"^(١٠٥)، وقوله: "وهذا ما أجمعوا عليه [أي من احتلم في نهار رمضان فاغتسل أنه يتم صومه]، ومما لا اختلاف فيه بينهم أنه يمضي على صومه ولا شيء عليه"^(١٠٦).

رابعاً- قول الصحابي:

إن المتتبع لمدونة أبي غانم يجد أنه يركن كثيرا إلى الأخذ بقول الصحابي، ومما يدل على ذلك:

١. قال أبو غانم: "سألت أبا المؤرج عن الوضوء بماء البحر والاعتسال منه قال: حدثني أبو عبيدة عن جابر بن زيد عن ابن عباس أنه سئل عن ماء البحر أيتوضأ منه ويغتسل به من الجنابة، قال: نعم، وتلا هذه الآية: {هَذَا عَذْبٌ فُرَاتٌ وَهَذَا مِلْحٌ أُجَاجٌ} (الفرقان: ٥٣)، قال ابن عباس: هما بحران، فإن توضأت بماء البحر أو اغتسلت به فإنه حسن جميل"^(١٠٧).

٢. قال أبو غانم: "سألت الربيع بن حبيب: أكان يقال إن الوضوء وتر؟ فقال: سألت عن ذلك أبا عبيدة فقال: يكره للرجل أن يؤقت على نفسه شيئا من ذلك، ولكن ليتم وضوءه شفعا أو وترا، أيما أحب من ذلك فليفعل. وكذلك قال أبو المؤرج وابن عبد العزيز عن أبي عبيدة. قال أبو المؤرج بلغنا عن عمر بن الخطاب-رضي الله عنه- أنه توضأ للصلاة فغسل كفيه ثم استنجى ومضمض فاه مرتين، واستنشق بالماء مرتين، وغسل كل واحدة من يديه مرتين إلى المرفقين، ومسح رأسه وأذنيه ظاهرهما وباطنهما، وغسل رجليه إلى الكعبين، وكل هذا شفعا"^(١٠٨).

(١٠٥) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ٢، ص ٣٣.

(١٠٦) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ٢، ص ٩٥.

(١٠٧) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ١، ص ١٣٠.

(١٠٨) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ١، ص ١٣٩-١٤٠.

٣. قال أبو غانم: "وسألته [أي أبا المؤرج] عن الركوع بعد العصر بركعتين؟ قال حدثني أبو عبيدة عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان ينهى عنهما" (١٠٩).
 ٤. قال أبو غانم: "وعن علي بن أبي طالب أنه قال: لا تصلي وأنت عاقص شعرك، فإن ذلك فعل الشيطان... وعن عثمان: من صلى وهو عاقص شعره كمن صلى مكتوفاً" (١١٠).

٥. قال أبو غانم: "وعن ابن عباس: لا تصلوا خلف النيام ولا المتحدثين" (١١١).
 وفي بعض الأحيان نجده يرد على من يعترض على قوله بأنه مخالف لرأي صحابي بعدم صحة ذلك الرأي عن الصحابي، أو أن قول ذلك الصحابي مخالف لمن هو أعلم منه، أو أن يفوض الأمر فيه دون تصريح بأن ذلك قوله ولا حجة فيه، ومن أمثلة ما يدل على ذلك:

١. اعتراض أبي غانم على أبي المؤرج حينما استدلل له بكلام ابن عباس على صحة الوضوء والاعتسال بماء البحر برواية تنمى إلى ابن عمر أنه كان ينهى عن الوضوء والاعتسال بماء البحر فرد عليه بأنه لا يأخذ بهذا الحديث عن ابن عمر لمخالفتها لما جاء عن عمر بن الخطاب من إباحة الوضوء والغسل بماء البحر (١١٢).
٢. اعتراض أبي غانم على الإمام الربيع حينما سألته عن حكم الوضوء فيمن مس المرأة أو الجارية فأجاب بصحة الوضوء ما لم يمد، بما يرويه البعض عن ابن مسعود

(١٠٩) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ١، ص ١٩٩.

(١١٠) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ١، ص ٤٠٥.

(١١١) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ١، ص ٤١٧.

(١١٢) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ١، ص ١٣١-١٣٢.

من لزوم إعادة الموضوع على من فعل ذلك أجابه بقوله: "ليس فيما يقولون شيء، والله أعلم بقول ابن مسعود في ذلك" (١١٣).

خامساً - الرأي:

مصطلح الرأي كان شائعاً في تلك الحقبة، وهو مصطلح شامل لكل ألوان الاستدلال لما بعد القرآن والسنة والإجماع وأقوال الصحابة المأثورة، وكان الإباضية كغيرهم تأثروا بمدرسة أصحاب الرأي أو المدرسة المقابلة لها، وهي مدرسة الأثر أو الحديث، ومن هنا نجد الإمام أبا عبيدة ميالا إلى الرأي، وسار على نهجه من تلامذته ابن عبد العزيز، في حين يميل الإمام الربيع بن حبيب وأبو المؤرج إلى الأخذ بالأثر ما أمكن (١١٤)، إلا أنه كان للرأي مجال في آرائهم، ومن خلال المدونة نذكر نماذج للاستدلال بالرأي:

(١) القياس:

إن المتتبع للمدونة يلحظ اعتماد الإباضية على القياس (١١٥) في مواطن عديدة سواء صرح باسم القياس أم لا، ومن الامثلة على ذلك:

١. قال أبو غانم: "وقد أجمعوا أن الرجل لو لم يأكل ولم يشرب نهاره كله وهو لا يريد بذلك الصوم أنه ليس بصائم، وبعض النهار في القياس كذلك، وليس من السنة أن يصوم الرجل بعض النهار ويدع بعضه، وهذا القياس داخل على كل من خالفنا ممن أجاز الصيام في بعض النهار ولم ينوه من الليل" (١١٦).

(١١٣) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ١، ص ١٣٣.

(١١٤) القياس: حمل مجهول الحكم على معلوم الحكم بجامع بينهما. (السالمي، عبد الله بن حميد، نور الدين، (ت: ١٣٣٢هـ) طلعة الشمس شرح شمس الأصول، تحقيق: عمر حسن القيام، مكتبة الإمام السالمي، بديّة - سلطنة عمان، ب ط، (٢٠١٠م)، ج ٢، ص ١٤٠.

(١١٥) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ١، ص ١٣٣.

(١١٦) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ٢، ص ٧٤-٧٥.

٢. قال أبو غانم: "والسنة عندنا في الصوم أنه من أول النهار إلى آخره، وفي القياس إذا نوى الرجل الصوم من الليل أنه يصبح صائماً، فطلع له الفجر على صومه، ثم أفطر فعليه أن يقضي يوماً مكانه، لأن الحج والصوم والصلاة سواء في القياس، فإن هو أدخله في نفسه فقد وجب عليه، لأنه نوى أن يفعل شيئاً من الخير فتركه ولم يدخل فيه، وقد اجتمعوا أنه من خرج من أهله يريد الحج كان له أن يرجع ما لم يحرم، والصوم مثله، وله أن يفطر ما لم يصبح عازماً على صومه" (١١٧).

٣. قال أبو غانم: "فمن جهل الليل من النهار فأفطر في النهار فعليه القضاء، والقياس فيه قياس من صلى دون الوقت، فعليه الإعادة، لأنه صلى قبل الوقت، وكذلك هذا" (١١٨).

٤. قال أبو غانم: "وقياسه [إيجاب العتق على من شرع في الصوم إذا أيسر] من جهة أخرى في المسافرين تحضره الصلاة وهو لا يقدر على الماء فتتيمم فصلى ركعة ثم أبصر الماء بعد فراغه من الركعة، فعليه أن ينقض الصلاة ويتوضأ بالماء" (١١٩).

(٢) الاستحسان:

من خلال التأمل في المدونة يظهر الركون إلى الاستحسان (١٢٠) في الاستدلال، ومن أمثلة ذلك قول أبي غانم: "وإن طلق امرأته لم يحل له نكاح أختها حتى تنقضي عدة التي طلق.... ولكنني استحسنت هذا القول وتركت القياس" (١٢١).

(١١٧) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ٢، ص ٧٦-٧٧.

(١١٨) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ٢، ص ٨٧.

(١١٩) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ٢، ص ١٠٠.

(١٢٠) الاستحسان: العدول عن دليل أوهى إلى دليل أقوى. (السالمي، طلعة الشمس، ج ٢ ص ٢٧٢).

(١٢١) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ٢ ص ٢٠٤-٢٠٥.

(٣) المصلحة:

إن الفقيه بحاجة إلى مراعاة المصلحة^(١٢٢)، تغليباً لها على ظاهر النص، وهذا واضح في المدونة، فمن ذلك قوله: "قلت لابن عبد العزيز: رأييت المسافر معه من الماء ما يكفيه للوضوء، ولكنه يخاف من العطش، وهو في مفازة، أيتوضأ أم يتيمم؟ قال: بل يتيمم"^(١٢٣).

ومن ذلك أيضاً: "سألت أبا المؤرج وابن عبد العزيز عن المسافر ليس معه ماء ولكنه مع رفيق له ماء، فطلب منه ما يتوضأ به، فأبى أن يعطيه ولا يستطيع أن يأخذه منه، فقال له رفيقه: أنا أبيعك لوضوئك بعشرة دراهم، قال: يتيمم ولا يشتريه إن شاء، قال ابن عبد العزيز: رأييت لو قال صاحب الماء: أبيعك ما يكفيك بألف درهم، أكان يجب عليه أن يشتريه منه؟! ولكنه يتيمم ويصلي"^(١٢٤).

ومن ذلك ما ذكره من كراهية تزويج المرأة المسلمة بالمنافق فقال: "قال أبو المؤرج: وكره أبو عبيدة نكاح المنافق المسلمة، وهو مما أحل الله نكاحه من المسلمات، كما كره عمر نكاح من أحل الله نكاحه من المشركات، وكره الأخذ بالرخصة في ذلك مخافة الفتنة لهن والردة عن بصيرتهن من غير أن يكون ذلك حراماً، قلت: فلو أن إماماً من أئمة المسلمين زوج ابنته أو أخته رجلاً من الملوك يريد بذلك القوة به والاستعظام في أمره بمصاهرته إياه، قال: لا يجوز له ذلك، وليس بإمام يقتدى به، ولا نعمت له عين، ولو كان ذلك جائزاً بين الناس لكان غير جائز للإمام"^(١٢٥).

(١٢٢) المصلحة: عبارة عن وصف مناسب ترتبت عليه مصلحة العباد واندفعت به عنهم مفسدة.

(السالمي، طلعة الشمس، ج ٢، ص ٢٦٨).

(١٢٣) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ١، ص ١٧٥.

(١٢٤) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ١، ص ١٧٥-١٧٦.

(١٢٥) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ٢، ص ١٨٤-١٨٥.

(٤) المعقول:

يظهر الاستدلال بالمعقول جليا في مدونة أبي غانم لا سيما في استدلالات ابن عبد العزيز، ومن أمثلة ذلك ما ذكره أبو غانم من مناقشة ابن عبد العزيز لمن يقول بتوريث المرأة المطلقة ثلاثا في مرض الموت ولو خرجت من عدتها: "قال ابن عبد العزيز: سبحان الله العظيم! وكيف يكون لها الميراث وقد انقضت عدتها وحلت للأزواج؟ ألا ترى أنها جائز لها أن تتزوج بعد انقضاء عدتها؟ وكيف يجوز لها أن ترث رجلا يحل لها التزويج بغيره؟ أرأيت لو تزوجت بعد انقضاء عدتها لم يكن ذلك جائزا لها؟ فهذه امرأة تزوجت زوجين أو ثلاثة أو أربعة إذا انقضت عدتها فلا ميراث لها منه" (١٢٦).

المطلب الثالث

الملامح العامة في مدونة أبي غانم

حينما تتأمل مدونة أبي غانم تجد العديد من الملامح الجميلة، فهو لا يقتصر على كونه كتابا فقهيًا صرفًا، بل تلمس منه دروسا في آداب طالب العلم واحترام الدليل، ومن بين هذه الملامح:

أولاً- التأدب في طرح السؤال:

يحرص مشايخ أبي غانم على ضرورة التزام طالب العلم لآداب السؤال فيسأل طالبا للحق غير متعنت في سؤاله، ومن ذلك قول أبي غانم: "قلت لأبي المؤرج: أخبرني عن الوتر، أوجب هو" قال: نعم، قلت: وكم فرض الله من الصلوات، خمس صلوات أم ستا؟ قال: خمس صلوات. وجاء في السنة عن النبي قال: "إن ربي زادني صلاة سادسة وهي

(١٢٦) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ٢، ص ٢٠١.

الوتر، فصلوها ما بين العشاء وهي العتمة إلى انشقاق الفجر" (١٢٧) قلت: أفريضة هي كافتراض الصلوات؟ قال: أسألك متفقه أم شاغل متعنت؟ قلت: بل سائل متثبت؟ قال لي: يا هذا، ألم أقل لك إنه واجب؟ قلت: فترك الواجب كفر؟ قال: فما أعلم إلا أنه حمل عليّ، ثم أراد أن يشتمني. فقال: استغفر الله، فما لك ويحك أمسك عن هذا ونحوه، وإلا حلفت يميناً ألا أجيبك في مسألة أبداً، فإن أردت الخصومة فاذهب إلى فلان وفلان لقوم كرهت تسميتهم" (١٢٨).

وفي موضع آخر يقول: "سألت أبا المؤرج عن الجمعة، أفريضة هي؟ قال: حق على المسلمين إجابتها والرغبة فيها والإتيان إليها. قلت: ليس على هذا أسألك، ولكن إنما أسألك أفريضة واجبة على الناس، لا يسع أحدا تركها؟ قال: لا ينبغي لأحد تركها ولا التخلف عنها إلا من عذر بيّن واضح، من مرض أو شغل لا يقدر عليه، أو أمر حال الله به بينه وبينها مما يعذر به الناس، قلت: إنني لست أسألك عن الذي يحسن وينبغي، ولكن إنما أسألك أفريضة يلزم الناس وجوبها، لا يعذرون بتركها على غير ما وصفت؟ قال: هي فريضة على نحو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والجهاد في سبيل الله، ونحو ذلك من الفرائض التي ندب الله إليها العباد وحضهم عليها وأمرهم بها، قلت: أيكفر من تركها؟ قال: فما أعلم إلا أنه أجابني مغضباً، قال: قد أكثرت البحث وألححت في المسألة يا هذا، قم عني. قلت: يرحمك الله تعالى، إنني لم أدخل عليك إلا ما قد وقع فيه

(١٢٧) جاء في الرواية من طريق جابر بن زيد مرسلًا: "إن الله زادكم صلاة سادسة خير لكم من حمر النعم، وهي الوتر". رواه الربيع في كتاب الصلاة ووجوبها باب في فرض الصلاة في الحضر والسفر برقم ١٩٢. الربيع بن حبيب، الأزدي البصري (ت ١٧٠هـ)، الجامع الصحيح (مسند الإمام الربيع بن حبيب)، ترتيب: أبي يعقوب يوسف بن إبراهيم الوارجلاني (ت ٥٧٠هـ)، دار الفتح للطباعة والنشر، بيروت، ومكتبة الاستقامة، روي، مسقط - سلطنة عمان.

(١٢٨) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ١، ص ٤٩٨-٤٩٩.

الاختلاف وتفرقت فيه الكلمات وتشعبت فيه الأمة، قال: لو علمت ذلك ما أجبتك في هذا بحرف" (١٢٩).

وفي موضع آخر في سؤال وجهه لابن عبد العزيز، جاء فيه: "أعزم عليك إلا سكت عني فيها، لا تطالبني بأكثر مما سمعت، فإني أبغض هذه المسألة وأخواتها من المسائل" (١٣٠).

ثانياً- بذل الوسع في التعليم:

لم يبخل أولئك العلماء ببذل ما في وسعهم من أجل التعليم والإرشاد، ومما يدل على ذلك قول أبي غانم: "سألت ابن عبد العزيز عن طلاق السنة في جميع النساء ففسره لي، قال: قد فسرتك لك في مسألة قبل هذه في أول الطلاق، فكم تُردِّدنا فيه؟. قلت أرددك حتى أفهم عنك وتفسر لي ما أكن أجد فهمه، وتلخصه لي لخيصا بينا واضحا... [ثم قال:] فافهم يا هذا طلاق السنة، فإنك قد ألجأتنا إلى أمر حملتنا فيه على طول التفسير في النساء الأربع، واستيعاب أمرهن، وقد سمعت منا جملة فيها كفاية، قلت: يرحمك الله، ويمن عليك بطول بقائك، لقد صبرت لنا على طول الإكثار في المسألة وكول التفسير والتوضيح" (١٣١).

ثالثاً- الاعتماد على الدليل ولو في ذلك خلاف للمشايخ:

إن احترام العلماء لا يستلزم تقليدهم في كل شيء، ولو بدا ذلك مخالفاً للدليل، إذ العبرة بالدليل، ومما يدل على ذلك قول أبي غانم: "قال أبو سعيد عبد الله بن عبد العزيز: أنا أخالف أبا عبيدة في هذه المسألة، وأخذ بالحديث الذي بلغني عن غير واحد من العلماء والتابعين وجماعة من أصحاب رسول الله ﷺ يروونه أنه قال: "إذا رأيت المرأة في منامها

(١٢٩) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ١، ص ٥٠٨-٥٠٩.

(١٣٠) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ٢، ص ٢٣٠.

(١٣١) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ٢، ص ٣١٩-٣٢٢.

ما يرى الرجل في منامه فأنزلت، فإن عليها من ذلك ما على الرجل في منامه" (١٣٢). لم أخالف أبا عبيدة ردا لرأيه، ولكن أخالفه للحديث الذي جاء مسندا متصلا" (١٣٣).

وفي موضع آخر يقول: "قلت لعبد الله بن عبد العزيز: فالرجل يغلق بابا ويرخي سترًا ثم يطلق امرأته، فأقرت المرأة أنه لم يمسه؟ قال: كان أبو عبيدة يقول: لها نصف الصداق، وعليها العدة، وأما أنا فلا أرى عليها العدة، ولها نصف الصداق، قلت: لم؟ قال: لأنها مصدقة في الأمرين جميعا، فإذا صدقتها في أنها لم يمسه صدقتها في أنه لا عدة عليها، قال: وكان أبو عبيدة يقول: تصدق فيما لها من المهر ولا تصدق فيما عليها من العدة" (١٣٤).

ويقول أيضا: "قلت [أي لأبي المؤرج]: فرجل طلق امرأته واحدا أو اثنين، ثم تركها حتى انقضت عدتها، وتزوجت غيره فطلقها أو مات عنها، فراجعها الأول على كم تكون عنده؟ قال: حدثني أبو عبيدة مسلم بن أبي كريمة عن أبي الشعثاء جابر بن زيد عن ابن عباس أنه كان يقول: نكاح جديد وطلاق جديد، قال: وبهذا عامة أصحابنا يأخذون، وعليه يعتمدون، وإننا نخالفهم في ذلك، ونقول: هي على ما بقي من طلاقها. قلت له حينئذ: فكيف رغبت عن قول أصحابنا وخالفتهم فيه، وقد يروونه عن ابن عباس، وأنت عمن تأثر هذا القول الذي أخذت به في هذه المسألة، أنها على ما بقي من طلاقها؟ قال: لم آخذ ذلك عن رأيي، ولم أرغب فيه عن قول أصحابنا، ولم أترك قول ابن عباس رغبة إلى قولي، ولكني أثرت ذلك عن غير واحد من أصحاب النبي ﷺ منهم عمر بن الخطاب

(١٣٢) جاء في الرواية من طريق ابن عباس قال: جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: برح الخفاء يارسول الله، المرأة ترى في النوم ما يرى الرجل؟ فقال رسول الله ﷺ: "عليها الغسل إذا أنزلت". رواه الربيع في كتاب الطهارة باب فيما يكون منه غسل الجنابة برقم: ١٣٦.

(١٣٣) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ٢، ص ١٢٠.

(١٣٤) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ٢، ص ٣٠٠-٣٠١.

رضي الله عنه وأبي بن كعب، وروي عن أصحاب النبي ﷺ أنه قضى على ما بقي من طلاقها، وكذلك ينبغي أن يكون فيه القياس^(١٣٥).

الخاتمة

في نهاية المطاف، نقدم للقارئ أهم نتائج البحث:

١. يعد المذهب الإباضي أقدم المذاهب الإسلامية الثمانية من حيث النشأة إذ تعود نشأته إلى القرن الأول الهجري على يد التابعي الكبير جابر بن زيد الأزدي العماني (ت: ٩٣هـ).

٢. اعتنى الإباضية الأوائل بتكوين مدرسة فقهية، جمعت نخبة من العلماء من المشرق والمغرب مما أسهم في انتشار المذهب الإباضي في القرون الأولى في المشرق كعمان وخراسان واليمن والبصرة وفي المغرب كمصر وبلدان المغرب العربي.

٣. اعتنى الإباضية بالتدوين الفقهي في القرن الأول، فكانت مجموعة من الكتب الفقهية، ومنها ما لم يسلم من عوادي الزمان، ومنها ما حفظه لنا التاريخ شاهداً على تلك العناية.

٤. ظهرت معالم الاجتهاد عند الإباضية منذ وقت مبكر وتبلور ذلك في القرن الثاني الهجري.

٥. يتميز الطرح الفقهي لدى الإباضية منذ عهوده الأولى على الاجتهاد المستقل فلا يتقيد العالم بآراء من سبقه بل قد يرجح رأياً لم يقل به أحد علماء المذهب.

٦. يقدم الإباضية نماذج رائعة في أطروحاتهم الفقهية تدلل على الاستفادة من أقوال الآخرين دون تعصب ولا مواربة اعتماداً على الدليل بغض النظر عن قال به.

(١٣٥) الخراساني، المدونة الكبرى، ج ٢ ص ٣٤٠.

المراجع

- أعوش، بكير، نفحات من السير، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- بابا عمي، محمد بن موسى وآخرون، معجم أعلام الإباضية، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- باجو، مصطفى صالح، منهج الاجتهاد عند الإباضية، مكتبة الجيل الواعد، مسقط، سلطنة عمان، ط١ (١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م).
- الباروني، سليمان باشا (ت: ١٣٥٩هـ)، مختصر تاريخ الإباضية، مكتبة الضامري للنشر والتوزيع، السيب - سلطنة عمان، ط٣، (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م).
- بالحاج، قشار، اللعة المضئية في تاريخ الإباضية، مكتبة الضامري، السيب - سلطنة عمان، ط٢ (١٤١١هـ - ١٩٩٠م).
- البدر الشماخي، أحمد بن سعيد (ت: ٩٢٨هـ)، كتاب السير، تحقيق: أحمد بن سعود السيابي سلطنة عمان - وزارة التراث القومي والثقافة، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
- البطاشي، سيف بن حمود بن حامد، (ت: ١٤٢٠هـ) إتحاف الأعيان في تاريخ بعض علماء، ط١ (١٤١٣هـ - ١٩٩٢).
- البغطوري، مقرين بن محمد، روايات الأشياخ، تحقيق: عمر بن لقمان بو عصبانة، مكتبة خزائن الآثار، سلطنة عمان - بركاء، ١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م.
- البوسعيدي، صالح بن أحمد، رواية الحديث عند الإباضية (رواية مقارنة)، ط١ (١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م).
- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، أبو بكر (ت: ٤٥٨هـ)، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط٣، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- الجعبري، فرحات بن علي، البعد الحضاري للعقيدة عند الإباضية، د د، د ط، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م.
- الجعبري، فرحات بن علي، نفحات من السير، بدون معلومات الطبع.
- ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، أبو الفضل (ت: ٨٥٢هـ)، تقريب التهذيب، تحقيق: محمد عوامة، دار الرشيد - سوريا، ط١، (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م).

- الخراساني، بشر بن غانم، أبو غانم الخراساني (ق: ٢هـ)، المدونة الكبرى، بتعليقات قطب الأئمة امحمد بن يوسف أطفيش (ت: ١٣٣٢هـ)، تحقيق: مصطفى بن صالح باجو، د د، ط ١، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.
- الخروصي، سعيد بن محمد بن راشد، (ق: ١٢هـ)، ديوان الغشري، تحقيق: سالم بن سعيد بن ناصر الهيملي، وزارة التراث والثقافة - سلطنة عمان، ط ٢ (١٤٣٧هـ - ٢٠١٧م).
- دبوز، محمد علي، تاريخ المغرب الكبير، دار إحياء الكتب العربية عيسى البابا الحلبي وشركاه، ١٣٨٣هـ - ١٩٦٣م.
- الدرجيني، أحمد بن سعيد (ت: ٦٧٠)، طبقات المشايخ بالمغرب، تحقيق: إبراهيم طلاي، بدون طبعة وسنة الطبع.
- الذهبي، محمد بن أحمد بن عثمان (ت: ٧٤٨هـ)، سير أعلام النبلاء، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط ٣، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- الراشدي، مبارك بن عبد الله، الإمام أبو عبيدة مسلم بن أبي كريمة التميمي وفقهه (٤٥-١٤٥هـ) د د، ط ١، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
- الربيع بن حبيب، الأزدي البصري (ت: ١٧٠هـ)، الجامع الصحيح (مسند الإمام الربيع بن حبيب)، ترتيب: أبي يعقوب يوسف بن إبراهيم الوارجلاني (ت: ٥٧٠هـ)، دار الفتح للطباعة والنشر، بيروت، ومكتبة الاستقامة، روي، مسقط - سلطنة عمان.
- السالمي، عبد الله بن حميد، نور الدين، (ت: ١٣٣٢هـ) طلعة الشمس شرح شمس الأصول، تحقيق: عمر حسن القيام، مكتبة الإمام السالمي، بدية - سلطنة عمان، ب ط، (٢٠١٠م).
- السالمي، عبد الله بن حميد، نور الدين (ت: ١٣٣٢هـ)، كشف الحقيقة لمن جهل الطريقة، ط ٢، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م.
- السعدي، فهد بن علي، معجم الفقهاء والمتكلمين الإباضية (قسم المشرق)، مكتبة الجيل الواعد، مسقط - سلطنة عمان، ط ١، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.
- السعدي، فهد بن علي معجم العمانيين من خلال كتاب بيان الشرع، ط ١ (١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م).

- ابن سلام الإباضي، الإسلام وتاريخه من وجهة نظر إباضية، تحقيق: ر. ف. ثقاتر، وسالم بن يعقوب، دار اقرأ، بيروت - لبنان، ط ١ (١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م).
- ابن سلام الإباضي، بدء الإسلام وشرائع الدين، تحقيق: فيرنر شقارتس، وسالم بن يعقوب، مؤسسة الريان، بيروت - لبنان، ط ١ (١٩٨٦م).
- عبازة، صالح محمد، جبل نفوسة منذ أقدم العصور، بدون معلومات الطبع.
- عوض خليفات، نشأة الحركة الإباضية، د، ط ١ (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م).
- عياض، أبو الفضل القاضي بن موسى اليحصبي (ت: ٥٤٤هـ)، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، تحقيق ابن تاويت الطنجي، مطبعة فضالة - المحمدية، المغرب، ط ١، ١٩٦٥م.
- القرشي، عبد القادر بن محمد بن نصر الله أبو محمد، محيي الدين الحنفي (ت: ٧٧٥هـ)، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، مير محمد كتب خانه - كراتشي، د ت، د ط.
- القنوبي، سعيد بن مبروك بن حمود، الربيع بن حبيب: مكانته ومسنده، مكتبة الضامري، السيب - سلطنة عمان، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.
- محمد صالح ناصر الجزائري، وسلطان الشيباني، معجم أعلام الإباضية من القرن الأول الهجري إلى العصر الحاضر (قسم المشرق)، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط ١ (١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م).
- المزاتي، يوسف بن خلفون، أبو يعقوب، (ق ٦هـ)، أجوبة ابن خلفون، تحقيق: د. عمرو بن خليفة النامي، دار الفتح للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط ١، (١٣٩٤هـ - ١٩٧٤م).
- معمر، علي يحيى، الإباضية في موكب التاريخ، مكتبة الضامري - سلطنة عمان، ط ٢، ١٩٩٣م، ج ١ ص ١٤٣ - ١٤٤ الحلقة الأولى.
- ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي الرويفعي الإفريقي (ت: ٧١١هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط ٣، ١٤١٤هـ.
- الوهبي، مسلم بن سالم بن علي، الفكر العقدي عند الإباضية حتى نهاية القرن الثاني الهجري، مكتبة الضامري، السيب، سلطنة عمان، ط ١ (١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م).

اختصاص المحاكم الوطنية في الجرائم الدولية وتحديات تفعيله (دراسة مقارنة)

الدكتور/ أحمد محمد عمر العمر*

الملخص:

استجابة إلى دعوة المجتمع الدولي وحاجته الملحة في التصدي للجرائم الدولية الأكثر خطورة، أقرت كثير من الدول اختصاص قضائها الوطني بنظر هذه الجرائم، بما يعرف بالاختصاص القضائي العالمي، الذي يخول محاكمها الوطنية سلطة مباشرة الملاحقة والمحاكمة بحق المتهمين بارتكاب إحدى هذه الجرائم والموجودين على إقليمها، مهما كانت جنسيتهم، أو جنسية الضحايا، وبغض النظر عن مكان ارتكاب الجريمة.

وقد بين البحث أن المحاكم الوطنية يمكن أن تقوم بدور فعال ومهم في مكافحة هذه الجرائم، استناداً إلى الاختصاص القضائي العالمي، باعتباره إحدى الأدوات الأساسية في منع ارتكاب الجرائم الدولية الأكثر خطورة، وآلية احتياطية فعالة لمكافحة الإفلات من العقاب، وهو يستند في ممارسة هذا الاختصاص إلى الاتفاقات الدولية والعرف الدولي، لكن تفعيل الاختصاص القضائي العالمي من الناحية العملية تعترضه عقبات عدة، تستلزم من المشرع الوطني لتذليلها أمرين: الأول الوفاء بمتطلبات الاتفاقيات الدولية، وما توجبه بالعمل على إجراء التعديلات القانونية أو الدستورية اللازمة بما يتلاءم مع أحكامها؛ وذلك بتجريم الأفعال المكونة للجرائم الدولية في النصوص الوطنية كما وردت في الاتفاقيات، وإسناد الاختصاص بنظر هذه الجرائم إلى المحاكم الوطنية، وإلغاء أي أنظمة تحول دون اتخاذ إجراءات الملاحقة والمحاكمة، وتغلق على المجرمين فرص الإفلات من العقاب. والأمر الثاني التصدي للتحديات العديدة التي تواجه ممارسة الاختصاص العالمي؛ التي تحد كثيراً من فعاليته، والمتمثلة في: التكاليف المالية الباهظة التي تتطلبها، والحصانات القضائية التي يتمتع بها كبار الشخصيات الرسمية في الدولة، وتمنع محاكمتهم أمام المحاكم الجنائية الأجنبية، وإصدار قوانين العفو والمصالحات الوطنية، ومضي المدة على الجرائم الدولية، والضغط والتهديدات السياسية، وبخاصة عندما يتعلق الأمر بمتهمين من رعايا الدول القوية أو إحدى حليفاتها، فنصبح أمام "عدالة انتقائية"، وازدواجية في التعامل مع الجرائم الدولية، وإخلاقاً بمبدأ المساواة بين جميع الدول.

وإن بعض الدول العربية، ومنها سلطنة عمان، قد أدرجت بعض الجرائم الدولية في قوانينها العسكرية، إلا أنها لم تتبنَ الاختصاص القضائي العالمي بشكل صريح وواضح.
الكلمات مفتاحية: اختصاص عالمي - جرائم دولية - حصانة - عفو - تقادم.

* أستاذ مساعد بكلية القانون - جامعة صحار.



National Courts' Jurisdiction over International Crimes And the Challenges to its Operationalization (Comparative Study)

Dr. Ahmad Mohamad Omar Alomar*

Abstract:

This study concludes that many countries have authorized their national courts the validity to prosecuting international crimes, in what is known as universal jurisdiction, no matter what was their nationality, or the nationality of the victims, regardless of where the crime was committed. The universal jurisdiction makes the national courts enabled play an effective and important role in combating these crimes, as one of the basic tools in preventing the commission of the most serious international crimes, and combat impunity. Exercising this jurisdiction is based on international treaties and customs. However, the practical activation of universal jurisdiction is faced a several obstacles, which require two things from the national legislator to overcome them.

The first is work on making the necessary legal or constitutional amendments in line with the provisions of international conventions, by criminalizing the acts constituting international crimes in the national legal system, assigning jurisdiction over these crimes to national courts, and canceling any regulations that prevent taking procedures against prosecution and trial.

The second is resolving the many challenges facing the taking effect of universal jurisdiction and greatly limiting its effectiveness, represented in the high financial costs that it requires, the judicial immunities enjoyed by senior official figures in the state, preventing their trial before foreign criminal courts, the issuance of amnesty laws and national reconciliations, and the expiration of the period on International crimes, and the political pressures, especially when it comes to defendants who are nationals of powerful countries or one of their allies, so we are faced with “selective justice” and duplicity in dealing with international crimes, and a violation of the principle of equality among all countries. Some of Arab countries, as the Sultanate of Oman, have included some international crimes in their military laws, but they have not explicitly adopted universal jurisdiction.

Keywords: Universal Jurisdiction - International Crimes – Immunity – Amnesty - Prescription.

* Assistant Professor at Faculty of Law, Sohah University.

المقدمة

في ظل تزايد الجرائم الدولية الخطيرة وتنوعها، والتي تمس المصالح الأساسية للجماعة الدولية، وتهدد قيمها الحيوية، وأمام الصعوبات والمعوقات التي تعترض فكرة الردع العقابي الجنائي الدولي لها، والناجمة عن ضعف الإرادة في قمع هذه الجرائم، أو عن امتناع الدول المختصة إقليمياً أو شخصياً عن ممارسة اختصاصها، أضحت مسألة حماية تلك المصالح والقيم، وقمع الجرائم التي تنتهكها، واجباً يقع على عاتق جميع الدول، الأمر الذي دفع المجتمع الدولي إلى توجيه الدعوة إلى الدول نحو توسيع نطاق الولاية القضائية الجنائية للمحاكم الوطنية، وتبني مبدأ الاختصاص القضائي العالمي The Principle of Universal Jurisdiction لمواجهة بعض الجرائم الدولية وأكثرها خطورة، وإحالة المسؤولين عن ارتكابها على المحاكم الجنائية الوطنية من أجل المكافحة الفعالة لتلك الجرائم، والحد من ارتكابها.

وقد استجابت كثير من الدول^(١) إلى هذه الحاجة الملحة، وأقرت الاختصاص القضائي العالمي، كمبدأ مستقل وقائم بذاته؛ بهدف تعزيز مبدأي الملاحقة والعقاب من خلال منح الدولة، التي يوجد على إقليمها المتهم بارتكاب إحدى الجرائم الدولية الأكثر خطورة، سلطة مباشرة المتابعات والمحاكمات الجزائية ضده، مهما كانت جنسيته، أو جنسية الضحايا، وبغض النظر عن مكان ارتكاب الجريمة، وليس للدولة بموجب هذا الاختصاص علاقة مباشرة بالجريمة من خلال جنسية الجاني أو المجني

(١) كانت اللجنة الدولية للصليب الأحمر قد حددت أكثر من ١١٠ دولة أقامت شكلاً من أشكال الاختصاص القضائي العالمي على الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني في أطرها القانونية الوطنية. وفعلت دول أخرى مبدأ الاختصاص القضائي العالمي من خلال قرارات ومبادرات من محاكمها الوطنية، مثل: وضع آليات وشبكات للمساعدة القانونية المتبادلة، الهدف منها تبادل ممارسات الدول ذات الصلة، وإنشاء وحدات متخصصة في هيئات الإدعاء أو المحاكم المختصة تكون مكلفة بالتحقيق في جرائم الحرب وملاحقة من يُدعى ارتكابهم لها. انظر اللجنة الدولية للصليب الأحمر: تصريح ١٣ أكتوبر/تشرين الأول ٢٠١٧ بعنوان "نطاق مبدأ الاختصاص القضائي العالمي وتطبيقه".

<https://www.icrc.org/ar/document/scope-and-application-principle-universal-jurisdiction-icrc-statement-united-nations-unga-2017>.

تاريخ التصفح ٢٠٢٢/٠٤/١٨م

عليه، أو من خلال مكان ارتكابها، فلا تؤسس صلاحيتها الجزائية على وجود مصلحة خاصة بها أو عدم وجودها، بل على المصلحة المشتركة للجماعة الدولية في حماية البشرية من أبشع الجرائم المرتكبة ضد الحقوق الأساسية للإنسان، وتنتهك مصالح المجتمع الدولي بأكمله، فلا ينبغي أن يتوفر ملاذ آمن لمن يرتكبها، وهذه المصلحة هي المحفز لاتخاذ إجراءات الملاحقة الجزائية، ومن هذه الوجهة فإن الاختصاص القضائي العالمي يشكل اختصاصاً احتياطياً، وتجديداً في نظام الردع الدولي، وخروجاً على قواعد الاختصاص التقليدي، التي لم تعد تستجيب بصورة فعالة للطبيعة الجديدة للجريمة الدولية، ولمتطلبات الجماعة الدولية.

أهمية البحث:

يشهد المجتمع الدولي المعاصر مستجدات وتطورات متسارعة، قد أفرزت ظهور جرائم دولية ذات طبيعة جديدة، تتجاوز خطورتها حدود إقليم الدولة التي وقعت فيها، وتمس المصالح الأساسية للجماعة الدولية، كما ازدادت حالات الإفلات من العقاب عن ارتكاب الجرائم الدولية الخطيرة؛ الأمر الذي استدعى ضرورة ردع فئات من الجرائم الأشد خطورة، وقبول الدول تطبيق الاختصاص القضائي العالمي، كآلية فعالة لملاحقة ومعاينة مرتكبيها، وبخاصة في ظل الطابع التكميلي لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية، وخضوعها للاعتبارات السياسية في كثير من القضايا التي تدخل في اختصاصها، ولا يمكن الركون في هذه الملاحقة إلى مبادئ الاختصاص التقليدي، كمبدأ الإقليمية ومبدأ الشخصية، التي تعجز، في كثير من الحالات، عن مواجهة ارتكاب تلك الجرائم الدولية، سواء لعدم رغبة سلطات الدولة التي ارتكبت فيها الجريمة في الملاحقة، أم لفرار الجناة إلى دول أخرى.

كما أن الأخذ بالاختصاص القضائي العالمي يتيح الفرصة لضحايا الجرائم الدولية، وبخاصة تلك التي تقع في زمن الحرب، بتقديم شكاويهم وعرض قضاياهم أمام المحاكم الوطنية في الدول الأجنبية على أساس هذا الاختصاص، وما يقتضيه من تقديم المسؤولين عن ارتكاب الجرائم الدولية للمحاكمة؛ لأن إعماله وفقاً للغرض الذي وجد

من أجله سوف يكرس مبدأ العدالة الجنائية الدولية، ويقلّص الملاذات الآمنة التي تساعد المتورطين في هذه الجرائم على الإفلات من العقاب.

إشكالية البحث:

جوهر هذا البحث يكمن في منح المحاكم الوطنية صلاحية محاكمة المجرمين الذين يرتكبون جرائم دولية، لمجرد وجودهم على إقليم الدولة، بصرف النظر عن جنسيتهم، أو جنسية الضحايا، وبغض النظر عن مكان ارتكاب الجريمة، وذلك استناداً إلى الاختصاص القضائي العالمي. والإشكالية التي تتمحور حولها هذه الدراسة تتمثل في مدى فاعلية المحاكم الوطنية في تحقيق العدالة الجنائية، وفي الحد من حالات إفلات مرتكبي الجرائم الدولية من العقاب، وما هي العوارض والتحديات التي يمكن أن تواجهها في تطبيقها للاختصاص العالمي؟

وهذه الإشكالية المحورية تستلزم الإجابة على تساؤلات عدة فرعية تطرحها، أهمها: ما مفهوم الاختصاص القضائي العالمي؟ وما أساسه القانوني؟ وما هي متطلبات تطبيقه؟ وأخيراً ما أهم العوارض التي تواجه هذا التطبيق، ومدى تأثيرها على فعاليته؟

منهج الدراسة:

في الإجابة عن الإشكالية السابقة، وما تطرحه من تساؤلات، سوف نعتمد على المنهج التحليلي والمقارن، من خلال عرض أحكام القانون الدولي التي تركز ممارسة الاختصاص القضائي العالمي من طرف المحاكم الوطنية، والتطورات التي شهدتها قواعده في هذا المجال، وتحليل الأحكام القانونية الواردة في الوثائق الدولية والأحكام القضائية ذات الشأن، وكيف أدرجت بعض الدول الاختصاص العالمي في أنظمتها القانونية؟ والآلية التي طبق وفقاً لها من طرف محاكمها الوطنية، ثم ننتقل إلى بيان العوارض والصعوبات التي تواجه تطبيقه.

خطة الدراسة:

إن طبيعة البحث والإحاطة بمختلف جوانبه السابقة تقتضي تقسيمه إلى مبحثين، يتناول الأول الأحكام العامة للاختصاص القضائي العالمي، وذلك من خلال بيان

الأساس الذي يقوم عليه هذا الاختصاص، وفوائده، ومتطلبات تطبيقه، والمبحث الثاني يبين التحديات التي تواجه تطبيقه، سواء أكانت تحديات مادية أم قانونية أم سياسية.

المبحث الأول

الأحكام العامة للاختصاص القضائي العالمي

الاختصاص القضائي العالمي يخول الدولة، التي تقبض على مرتكبي الجرائم الدولية، الحق في ممارسة ولايتها القضائية عليهم، ويمنحها سلطة محاكمتهم وإنزال العقاب بهم، ولو لم تكن من ضمن الدول المتضررة مباشرة من ارتكاب الجريمة، وبغض النظر عن مكان ارتكابها، ومهما كانت جنسية الجناة أو المجني عليهم. فهذا الاختصاص يشكل آلية إجرائية إضافية في نظام الردع الدولي، باعتباره يقوم على ركيزة الدفاع عن المصالح والقيم الإنسانية ذات البعد العالمي، ومواكبة لتطور مفهوم الجريمة الدولية ولمتطلبات الجماعة الدولية^(٢)، إذ يتجسد في فكرة مفادها أن لكل دولة الحق في ملاحقة مرتكبي أشد الجرائم خطورة، ومعاقبتهم على الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية أو العرف الدولي^(٣).

وتطبق الاختصاص القضائي العالمي من قبل المحاكم الوطنية يؤكد ولاية دولة القاضي على الجرائم المرتكبة على إقليم دولة ما، من قبل أشخاص تابعين لدولة أخرى، ضد مواطنين حاملين جنسية دولة ثالثة، وإن لم تشكل الجريمة تهديداً مباشراً للمصالح الأساسية والحيوية للدولة صاحبة الاختصاص^(٤).

(٢) دخلافي سفيان: مبدأ الاختصاص العالمي في القانون الجنائي الدولي، مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية ٢٠٠٧-٢٠٠٨م، ص ٣١.

(٣) أهم هذه الجرائم وأخطرها جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجريمة الإبادة الجماعية، بالإضافة إلى جرائم القرصنة والتعذيب والتعذيب والاتجار بالرقيق، والهجمات على الطائرات أو اختطافها، والأعمال الإرهابية.

(٤) UA-UE Groupe d'experts techniques ad hoc sur le principe de compétence universelle, un rapport destiné à la 12e session de la troïka ministérielle UA-UE qui aura lieu fin avril 2009, p.4.

فما الأساس القانوني الذي يقوم عليه هذا الاختصاص (مطلب أول)؟ وما فوائده ومبرراته (مطلب ثان)؟ وما متطلبات تطبيقه (مطلب ثالث)؟

المطلب الأول

الأساس القانوني للاختصاص القضائي العالمي

توجد حالياً عدة آليات قضائية للحماية الجنائية من الجرائم الدولية الأشد خطورة، من بينها الاختصاص العالمي الذي يمنح محاكم كل دولة صلاحية ملاحقة ومحاكمة مرتكبيها طبقاً لقوانينها الجزائية، بغض النظر عن مكان ارتكابها، وجنسية مرتكبيها وضحاياها.

والاختصاص القضائي العالمي يعد خروجاً على مبادئ الاختصاص القضائي التقليدي، وامتداداً للولاية القضائية للمحاكم الوطنية لتشمل جرائم لا يقوم بينها وبين دولة القاضي أي ارتباط، وهذا يعني أن هذا الاختصاص، من حيث المبدأ، يشكل مساساً بالسيادة الوطنية، وتدخلاً في الشؤون الداخلية للدول الأخرى من قبل دولة القاضي، وخروج المسألة من الإطار الداخلي إلى الإطار الدولي القائم على أساس قاعدتي المساواة والتعايش السلمي بين الدول. ومن هنا يعد البحث عن الأساس القانوني لممارسة هذا الاختصاص مسألة حيوية وضرورة ملحة للحفاظ على استقرار العلاقات بين الدول.

إن أساس ردع الجرائم الدولية يقوم على قواعد دولية، في حين أن تنفيذ التزام ردها يرتبط بقواعد وطنية. ومن ثم تقوم ممارسة الاختصاص القضائي العالمي على أساسين؛ دولي (فرع أول)، ووطني (فرع ثان).

الفرع الأول

الأساس الدولي

تستند ممارسة المحاكم الوطنية لاختصاصها في ملاحقة مرتكبي الجرائم الدولية ومحاكمتهم بالدرجة الأولى إلى قواعد القانون الدولي، وتُستمد هذه القواعد من مصدرين أساسيين؛ هما الاتفاقيات الدولية والعرف الدولي.

أولاً- الأساس الاتفاقي:

كرست العديد من الاتفاقيات الدولية النص على ضرورة الأخذ بالاختصاص الجنائي العالمي والعمل به، ومن أهم الاتفاقيات الدولية وأكثرها صلة بموضوعنا، نذكر^(٥):

(٥) هناك اتفاقيات دولية أخرى كرسّت مبدأ الاختصاص القضائي العالمي، سواء بصورة صريحة ومباشرة أم بصورة مستترة وغير مباشرة، منها على سبيل المثال: نظام روما الأساسي المتعلق بالمحكمة الجنائية الدولية تاريخ ١٧ يوليو ١٩٩٨م، والاتفاقية الدولية لمكافحة تمويل الإرهاب تاريخ ٩ ديسمبر ١٩٩٩م، واتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالجريمة المنظمة عبر الوطنية المؤرخة في ١٤ ديسمبر ٢٠٠٠م، واتفاقية الأمم المتحدة لمقاومة الفساد المؤرخة في ٣١ أكتوبر ٢٠٠٣م، والفصل ٤ من البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية المؤرخ في ٢٥ مايو ٢٠٠٠م. اتفاقية قمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات، المادة (٧)؛ اتفاق قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني، المادة (٧)؛ اتفاقية منع الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص والمعاقبة عليها الحماية الدولية، بما في ذلك المبعوثين الدبلوماسيين، المادة (٧)؛ الاتفاقية الدولية ضد أخذ الرهائن، المادة ٨، الفقرة ١؛ اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية، القسم ١٠؛ اتفاقية قمع الأعمال الجرمية ضد سلامة الملاحة البحرية، المادة (١٠)، الفقرة ١؛ الاتفاقية ضد تجنيد المرتزقة واستخدامهم وتمويلهم وتدريبهم، القسم ١٢؛ اتفاقية سلامة موظفي الأمم المتحدة والأفراد المرتبطين بها، القسم ١٤؛ الاتفاقية الدولية لقمع الهجمات الإرهابية بالقنابل، المادة (٨)؛ الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب، المادة (١٠)، الفقرة ١؛ الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي، المادة (١١)، الفقرة ١؛ الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص ضد الاختفاء القسري، المادة (١١)، الفقرتان ١ و٢.

UA-UE Groupe d'experts techniques ad hoc sur le principe de compétence universelle.

مرجع سابق ص ٧ هامش ١٠.

١- اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩، والبروتوكول الإضافي الأول الملحق بها: ورد في الاتفاقيات المذكورة (الفقرة الثانية من المادة (٤٩) من الاتفاقية الأولى، والمادة (٥٠) من الاتفاقية الثانية، والمادة (١٢٩) من الاتفاقية الثالثة، والمادة (١٤٦) من الاتفاقية الرابعة، نص مشترك أوجب على الدول الأطراف اتخاذ إجراءات الملاحقة الجنائية، وفق ما يلي: "يلتزم كل طرف متعاقد بملاحقة الأشخاص المشتبه بهم في ارتكاب الانتهاكات الجسيمة أو الذين أمروا بارتكابها، وتقديمهم إلى محاكمها، مهما كانت جنسياتهم".

ووفقاً لهذا النص تكون كل دولة طرف في هذه الاتفاقيات ملزمة بالدرجة الأولى بملاحقة كل من وجد في إقليمها ومحاكمته، ممن يتهم بصلووعه في ارتكاب أي من الجرائم التي تشكل جرائم دولية في مفهوم القانون الدولي الإنساني، بغض النظر عن جنسية المتهم، أو المكان الذي اقترفت فيه الجريمة، ويجب عليها عرض القضية على سلطاتها الوطنية المختصة، بقصد تقديم الشخص للمحاكمة، وذلك إذا لم ترغب أو تفضل تسليمه للسلطات المطالبة به، طبقاً لمبدأ "التسليم أو المحاكمة".

كما تأكد إقرار هذا الاختصاص أيضاً في البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧م الملحق بالاتفاقيات المذكورة؛ وذلك في الفقرة الأولى من المادة (٨٥) منه، التي أوجبت على الدول الأطراف البحث عن الأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم الحرب، وتقديمهم للمحاكمة، كما أكدت المادة ٨٨ منه على أن ملاحقة مرتكبي الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني تستلزم تفعيل مبدأ التعاون الدولي في القضايا الجنائية.

٢- اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب وغيره من أشكال المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لعام ١٩٨٤م:

ألزمت الفقرة الثانية من المادة (٥) من هذه الاتفاقية كل دولة طرف في الاتفاقية اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لبسط اختصاصها القضائي الوطني على الجرائم المبينة في المادة الرابعة، في الحالات التي يكون فيها مرتكب أي من تلك الجرائم متواجداً في داخل إقليمها، وألا تقوم بتسليمه استناداً إلى المادة الثامنة إلى أية دولة من الدول التي

ورد ذكرها في الفقرة الأولى من المادة الخامسة، وهي الدولة التي ارتكبت فيها الجريمة، أو الدولة التي ينتمي إليها الجاني، أو الدولة التي يعد المجني عليه من مواطنيها. فهذه الاتفاقية منحت الدول الأطراف فيها الولاية القضائية لمحاكمها الوطنية استناداً للاختصاص العالمي، لمجرد وجود المتهم بارتكاب إحدى الجرائم التي تضمنتها، واعدته اختصاصاً أصيلاً للقضاء الجنائي الوطني، يجد سنده في التشريع الداخلي للدولة التي ينتمي إليها بوصفه جزءاً من النظام القانوني للدولة، بعد تبنيها الالتزام الدولي بملاحقة مرتكبي الجرائم الدولية، واتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لإنشاء ولايتها القضائية على تلك الجرائم^(٦).

ثانياً - الأساس العرفي:

يقرّ الفقه والاجتهاد الدوليين^(٧) بوجود عرف دولي تشكل كقاعدة أمره دولية تركز الطابع الإلزامي لمبدأ الاختصاص العالمي عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي، الأمر الذي يمنح الدول الحق في قمع الجرائم الدولية التي تهدد المصالح المشتركة للإنسانية، وإن لم يوجد نص اتفاقي بخصوصها، وذلك استناداً إلى ولايتها القضائية العالمية المؤسسة على القانون الدولي المستمد من العرف، وهذا ما يظهر بوضوح في العديد من الجرائم التي تنتهك حقوق الإنسان وقانون الشعوب، كجريمة القرصنة البحرية في أعالي البحار، إذ لكل دولة ولاية النظر فيها، لمنع إفلات مرتكبيها من العقاب، وحرمانهم من ملاذ آمن، وكذلك الحال بالنسبة للانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني.

ومع أن الاتفاقية الخاصة بمنع الإبادة الجماعية لعام ١٩٤٨م لم تطلب بصورة صريحة من الدول الأطراف ممارسة ولايتها القضائية وفقاً للاختصاص العالمي، إلا أن

(٦) هشام الشرقاوي: جرة القضاء الوطني في ظل الاختصاص العالمي والعرف الدولي.

<https://www.maghress.com/almassae/123655> تاريخ التصفح ٢٠٢٢/٠٤/١٨.

(٧) بن عليّة بن عطا الله، نسيغة فيصل: دور مبدأ الاختصاص العالمي في منع الإفلات من العقاب، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد الرابع، العدد الأول ٢٠٢٠م، ص ٨٠. هشام الشرقاوي: المرجع السابق.

العرف الدولي أكد على حق الدول في ممارسة هذه الولاية، فالمادة (٦) من هذه الاتفاقية أقرت بمحاكمة الأشخاص المتهمين بارتكاب الإبادة الجماعية أمام محكمة مختصة في الدولة التي ارتكب الفعل على أراضيها، غير أن هذا الاختيار ليس إلزامياً، ولا يمنع تطبيق الاختصاص القضائي العالمي، وهذا ما ذهبت إليه محكمة العدل الدولية -عند طلب رأيها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة، بشأن التحفظات عند الموافقة على اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية، أو على أساس نزاعات دولية مثل قضية البوسنة والهرسك ضد جمهورية يوغسلافيا السابقة- فجاء في قرار محكمة العدل الدولية الصادر في ١١ يوليو ١٩٩٦، أن ولاية القضاء الوطني في مكافحة جريمة الإبادة الجماعية لم تحدده الاتفاقية جغرافياً، ومن ثم يجب على كل الدول الراقية، ولو كانت غير ملتزمة سابقاً باتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية، ملاحقة ومحاكمة كل المتهمين بارتكابها، وقد أكدت محكمة الجنايات الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة أن واجب ملاحقة جريمة الإبادة الجماعية تفرضه قواعد العرف الدولي^(٨).

كما يمتد الاختصاص العالمي، وفقاً للعرف الدولي، ليشمل كل انتهاكات قوانين وأعراف الحرب التي تشكل جرائم حرب، بما في ذلك الانتهاكات التي تقع في أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية بالمخالفة للمادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربع، والبروتوكول الإضافي الثاني الملحق بها، فكل الجرائم التي لا تعد خروفاً جسيمة، ولم تنظم قواعد الاختصاص لها بموجب هذه الاتفاقيات، يعمل فيها بالقانون الدولي المستمد من العرف، وهذا الحكم أقرته المحكمة العسكرية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة، إذ أشارت في قرارها الصادر في قضية (Blaškić) إلى أن التزام المحاكم الجزائية الوطنية بتسليم مرتكبي الجرائم الدولية أو محاكمة هو التزام ذو طابع عرفي^(٩).

(٨) محمد عادل جروف: الاختصاص القضائي العالمي وغياب المحاسبة.

تاريخ التصفح ١٨/٠٤/٢٠٢٢م. <https://mohgroof.blogspot.com/2014/05/1.html>

(٩) T.P.I.Y, Chambre d'Appel, affaire Blaškić, arrêt du 29 Octobre 1997; «les juridictions nationales des Etats de l'Ex-Yougoslavie, comme celles de tout Etat sont tenues par le droit coutumier, de juger ou d'extrader les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire». Arrêt Relatif à la Requête de la République de Croatie aux Fins

وتبدو أهمية استناد الاختصاص القضائي العالمي على العرف الدولي في أنه يجعله قائماً بالنسبة إلى أية دولة ليست طرفاً في الاتفاقيات الدولية التي تركز مبدأ الاختصاص العالمي، ويعد سارياً حتى بالنسبة إلى الجرائم التي لم تضعها الاتفاقيات داخل نطاق هذا الاختصاص^(١٠)، وهو ما تبينه الفقرة الثانية من المادة الأولى من البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف المتعلق بحماية ضحايا النزاعات الدولية المسلحة لسنة ١٩٧٧، التي قررت أنه في الحالات التي لا ينص عليها هذا الملحق أو أي اتفاق دولي آخر، فإن المدنيين والمقاتلين يبقون تحت حماية وسلطان مبادئ القانون الدولي، كما استقر عليها العرف ومبادئ الإنسانية، وما يمليه الضمير العام.

كما أن العرف الدولي يسمح باستخدام الولاية القضائية العالمية لملاحقة الجرائم التي تعدها الجماعة الدولية خطيرة أو قبيحة وسيئة بحق الشعوب، كجرائم الحرب المرتكبة في النزاعات المسلحة غير الدولية، والجرائم ضد الإنسانية، وجريمة الإبادة الجماعية^(١١).

فالاستناد إلى الأساس العرفي في تفعيل الاختصاص العالمي يمنح القضاء الوطني رخصة في ملاحقة الجرائم الدولية المنصوص عليها في القانون الدولي العرفي، وإن لم تكن مجرمة في القانون الوطني. ويدل بعضهم على هذا الحكم بالمادة (١٥) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦م التي تؤكد على أن عدم شرعية الفعل المكون للجريمة الدولية لا تعتمد على القانون الوطني فحسب، بل كذلك على القانون الدولي الاتفاقي والعرفي على حد سواء، حيث أشارت الفقرة الثانية من المادة

d'Examen de la Décision de la Chambre de Première Instance II rendue le 18 juillet 1997 (icty.org). تاريخ التصفح ٢٠٢٢/٤/١٨

(١٠) صديقي سامية: الاختصاص الجنائي العالمي في مواجهة الجرائم الدولية. الرابط: صحيفة المنار - الاختصاص الجنائي العالمي في مواجهة الجرائم الدولية (manar.com). تاريخ التصفح ٢٠٢٢/٠٤/١٧م.

(١١) وعلى هذا الأساس قامت في الآونة الأخيرة بعض الدول، كألمانيا والسويد، بتفعيل ولاياتها القضائية الوطنية استناداً للاختصاص القضائي العالمي للتحقيق في جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية المرتكبة في بعض الدول الأخرى.

سאלفة الذكر على أن أي فعل مخالف للقانون الدولي يمكن أن يكون محل محاسبة أمام القضاء الوطني، حتى ولو لم ينص عليه في التشريع الوطني. وعبارة "أي فعل مخالف للقانون الدولي" تشمل القانون الدولي الاتفاقي والقانون الدولي العرفي، والغرض من وضع هذه العبارة هو منع هروب مرتكبي الجرائم الدولية من المسؤولية، وتجنب إفلاتهم من العقاب^(١٢).

فالممارسات التعاھدية والسوابق القضائية، وكذلك استقرار قبول الدول بأن الجرائم الدولية، وبخاصة الجرائم ضد الإنسانية هي جرائم بمقتضى القانون الدولي ينبغي المعاقبة عليها سواء أكانت مرتكبة في وقت النزاعات المسلحة أم لا، وسواء أكانت مجرمة بموجب القانون الوطني أم لا، الأمر الذي يعني أن الدول أخذت على عاتقها التزاماً بمنع هذه الجرائم^(١٣).

الفرع الثاني

الأساس الوطني

التزاماً بما توجبه الاتفاقيات الدولية حرص العديد من المشرعين على تفعيل الاختصاص القضائي العالمي، وتوسيع نطاق اختصاص المحاكم الوطنية بما يجعله يستوعب ملاحقة الجرائم الدولية المرتكبة خارج الإقليم الوطني، ومحاكمة المتورطين فيها ومعاقبتهم.

وتختلف أساليب أعمال هذا الالتزام باختلاف الآلية التي اتبعتها الأنظمة القانونية الوطنية في تنفيذها للاتفاقيات الدولية، ويمكن رد هذا الاختلاف إلى أسلوبين؛ التطبيق المباشر والتطبيق غير المباشر.

(١٢) محمد رشيد حسن، رضا محمد إسماعيل: عوائق ممارسة اختصاص التقاضي عن الجرائم الدولية أمام القضاء الوطني دراسة تحليلية. المجلة العلمية لجامعة جيهان - السليمانية، المجلد (٥) العدد (١)، حزيران ٢٠٢١م، ص ١٢٦.

(١٣) تقرير لجنة القانون الدولي في دورتها التاسعة والستون، الجمعية العامة، الوثائق الرسمية، الدورة

الثانية والسبعون، الملحق رقم ١٠ (A/72/10)، ص ٦٤.

https://digitallibrary.un.org/record/1303207/files/A_72_10-AR.pdf

تاريخ التصفح ٢٠٢٢/٠٤/١٨م.

أولاً- التطبيق المباشر للاتفاقيات الدولية: يرتكز هذا الأسلوب على نظام وحدة القانون، والذي يكرس فكرة أن الاتفاقيات الدولية تأتي في مرتبة أعلى من القانون الداخلي^(١٤)، ومن ثم فإن تطبيق ما تحتويه الاتفاقيات الدولية من قواعد يتوقف على طبيعة الاتفاقية نفسها، إذ تنشئ بعض الاتفاقيات الاختصاص القضائي العالمي ضمن أحكامها كوسيلة للمتابعة والملاحقة، فلا تحتاج الدول إلى نصوص تشريعية وطنية لتجريم الجرائم الواردة فيها، وإنما يكفي إقرار اختصاص القضاء الوطني للنظر في هذه الجرائم بعد اتخاذ إجراءات المصادقة عليها وفقاً لما تنص عليه دساتيرها وأنظمتها الأساسية والقانونية الوطنية.

وقد كان القانون الفرنسي من أهم رواد هذا الأسلوب، استناداً إلى المادة (٥٥) من الدستور الفرنسي التي تجعل المعاهدات المصادق عليها أو المعتمدة قانوناً في سلطة أعلى من سلطة القوانين، إلى أن تقرر بموجب التعديلات التي أدخلت على المادة (٦٨٩) من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي اعتباراً من ٢٣/ يونيو/ ١٩٩٨م وحتى ١٨ سبتمبر ٢٠١٩، أن اختصاص المحاكم الفرنسية، في الجرائم التي تقع خارج فرنسا، يتحدد عندما يكون القانون الفرنسي سارياً وفقاً لأحكام الكتاب الأول من قانون العقوبات أو أي نص تشريعي آخر، أو عندما تقرر اتفاقية دولية منح الاختصاص في هذه الجرائم للمحاكم الفرنسية^(١٥).

وقد أخذ القضاء الدانمركي بهذا الأسلوب، ففي قضية (رفيق ساريق)، قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في ٢٥ نوفمبر ١٩٩٤م، بتطبيق اتفاقيات جنيف

(١٤) يعد القانون الفرنسي إنموذجاً مثالياً لهذه الفكرة، إذ نصت المادة ٥٥ من الدستور الفرنسي على أن: "المعاهدات المصادق عليها أو المعتمدة قانوناً تتمتع، منذ تاريخ نشرها، بسلطة أعلى من سلطة القوانين". أما في سلطنة عمان، ووفقاً للمواد ٨٩ و٩٣ و٩٧ من النظام الأساسي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٢١/٦، فإن المعاهدات والاتفاقيات الدولية تعد جزءاً من قوانين الدولة، وأحكامها نافذة، وتحوز قوة القانون بعد التصديق عليها.

(١٥) Art 689: "Les auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la république peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions française (...) lorsqu'une convention internationale donne compétence aux juridictions française".

الأربع بصفة تلقائية باعتبارها اتفاقيات ذات قابلية للتطبيق المباشر في النظام القانوني الدانمركي^(١٦).

كما يجب أن ترتب القواعد القانونية الدولية حقوقاً للأفراد المخاطبين بها، ومن بين هذه القواعد، اتفاقية جنيف التي تخاطب الفرد بصفة مباشرة، وتمنحه حقوقاً، من غير الحاجة إلى إجراء تشريعي خاص، ويترتب على ذلك حق المتقاضى في طلب تطبيق هذه القاعدة الدولية أمام القضاء الوطني، وبناء عليه رفضت المحكمة الفيدرالية الأمريكية في قضية (Hamdi V. Rumsfel) "في قرارها الصادر في ٢٠٠٣م تطبيق المادة (٥) من اتفاقية جنيف الثالثة لعام ١٩٤٩م، المتعلقة بنظام السجون، والتي التمس (V. Rumsfeld Hamdi) تطبيقها، وقد أسست المحكمة رفضها على أنه، حتى يكون للمتقاضى الحق في التماس تطبيق أحكام اتفاقية دولية أمام محكمة داخلية، يشترط أن تكون الاتفاقية نفسها تمنح هذا الحق، واتفاقية جنيف الثالثة لا تمنح هذا الحق، لذلك لا يمكن تطبيقها^(١٧).

وقد اعتمدت بعض الدول إسناد الاختصاص القضائي العالمي لمحاكمها الوطنية على الإحالة إلى الاتفاقيات الدولية المنظمة له التي صادقت عليها، فالمادة (٧) من قانون العقوبات الإيطالي تكرر الاختصاص العالمي عندما تكون إيطاليا طرفاً في اتفاقية دولية تنشئ هذا الاختصاص في مواجهة الجرائم الدولية، فينعقد الاختصاص للمحاكم الجزائية الإيطالية تلقائياً في ملاحقة مرتكبي هذه الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية الدولية، والتي تم إدماجها في القانون الإيطالي. كما أن الفقرة الرابعة من المادة (٢٣) من قانون رقم ٦ تاريخ ١ يوليو ١٩٨٥م الإسباني تمنح المحاكم الإسبانية سلطة

(16) Bichovsky (Aude): «Guantanamo ou l'illégalité institutionnalisée», pp. 145-178, in: Moreillon (Laurent) [et al.] (dir.), *Droit pénal humanitaire*. Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2e éd., 2009, 502p., coll. Latine, série 2, vol. 5.

(17) Bérangère Tascil, Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux aux Etats-Unis et en France. *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 59 N°1, 2007. P172.

https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2007_num_59_1_19507.

تاريخ التصفح ٢٢/٠٥/٢٠٢٢م.

نظر الجرائم الدولية استناداً للاختصاص القضائي العالمي، شرط أن تقرره الاتفاقيات الدولية والمواثيق التي تصادق عليها إسبانيا، متى كانت هذه الاتفاقيات والمواثيق تلزم الدول الأطراف باتخاذ إجراءات الملاحقة وفق الاختصاص العالمي، وبشرط أن يُنص على تجريم الجرائم الدولية الواردة في الاتفاقيات الدولية ضمن قانون العقوبات الإسباني، وفي قضية "بينوشيه" اعد القاضي الإسباني (بالتزار قارزن Baltasar Garzon) أن إسناد الاختصاص العالمي في ملاحقة جرائم إبادة الجنس البشري، مع أنه غير نابع من اتفاقية إبادة الجنس البشري لعام ١٩٤٨م^(١٨)، إنما يكون نابعاً من العرف الدولي والقواعد الآمرة^(١٩).

ثانياً- التطبيق غير المباشر لقواعد الاتفاقيات الدولية: يطبق هذا الأسلوب بالنسبة للاتفاقيات الدولية غير القابلة للتنفيذ مباشرة، فلا تتضمن أحكامها نصاً صريحاً بالاختصاص القضائي العالمي، ولكنها توجب على الدول الأطراف اتخاذ إجراء داخلي خاص بتبني الاختصاص العالمي كإجراء جزائي لملاحقة الجرائم الواردة فيها، ولا يمكن تطبيق هذه الاتفاقيات من قبل المحاكم الوطنية بصورة تلقائية؛ لأنها تخاطب الدول لا القاضي مباشرة، ومن ثم فإن تطبيقها من طرف القاضي الوطني يقتضي أن تمر عبر التشريع الداخلي، وهذا الأمر يفرض على الدول سن قوانين خاصة، أو إدراج نصوص في قوانين الجزاء، أو الإجراءات الجزائية أو العسكرية لتفعيل اختصاص قضائها الوطني بنظر الجرائم التي وردت في الاتفاقيات الدولية، ومن الأمثلة على ذلك اتفاقية مناهضة التعذيب لعام ١٩٤٨ التي جاء في المادة الخامسة منها أنه: "على الدول اتخاذ الإجراءات اللازمة من أجل أن تختص محاكمها الوطنية بملاحقة التعذيب، متى وجد المشتبه فيه على إقليمها التابع لسلطاتها القضائية"، كما جاء نص المادة المشتركة

(١٨) المادة ٦ من هذه الاتفاقية لا تنص سوى على الاختصاص الإقليمي.

(١٩) Bush Valentin, Droit Espagnol, In: Juridictions nationales et crimes internationaux, Ouvrage collectif sous la direction de Cassese Antonio, Delmas-Marty Mireille, éd. Presses Universitaires de France, 2002. P144.

أشارت إليه رابية نادية: مبدأ الاختصاص العالمي في تشريعات الدول، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، ٢٠١١م، ص ٧٥.

(٤٩، ٥٠، ١٢٩، ١٤٦) من الاتفاقيات الأربع لعام ١٩٤٩م، وهي ذات الأحكام المطبقة على البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧م بموجب الفقرة الأولى من المادة (٨٥) على ما يلي: "تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة بأن تتخذ أي إجراء تشريعي يلزم لفرض عقوبات جزائية فعالة على الأشخاص الذين يقتربون أو يأمرزون باقتراف إحدى المخالفات الجسيمة لهذه الاتفاقية، المبينة في المادة التالية".

وبناء على ما تقدم، وفي إطار منطق قانوني سليم وتلبية لمقتضيات مبدأ الشرعية الجزائية، يصبح كل مشروع وطني في الدول الأطراف في الاتفاقيات الدولية ملزماً بإدراج الانتهاكات الجسيمة لأحكامها في تشريعاته العقابية، وإصدار النصوص المجرمة للأفعال التي تحظرها تلك الاتفاقيات أو العرف الدولي أو القواعد الآمرة في القانون الدولي، ووضع العقوبات الجزائية اللازمة لها، وبدون الانقياد لهذا الإلتزام، وبغير هذا التدخل التشريعي تظل هذه الاتفاقيات حبراً على ورق، ولذلك كان تنفيذ هذا الإلتزام من الأولويات المرتبطة بموضوع تفعيل الاختصاص القضائي العالمي على الصعيد الوطني، وتحديد الإجراءات المناسبة لتطبيقه.

وتعد بلجيكا من الدول التي تتبنى هذا الأسلوب، إذ ورد النص على الاختصاص العالمي في قانون مستقل عن قانون العقوبات العام وعن قانون العقوبات العسكري، وهو قانون "منع الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩م، والبروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧م الصادر بتاريخ ١٦ يونيو ١٩٩٣م، والذي تضمن في المادة الأولى منه تجريم أهم الانتهاكات الخطيرة لقواعد القانون الدولي الإنساني، كما أكدت المادة السابعة من القانون ذاته، وبشكل صريح، على انعقاد الاختصاص القضائي العالمي للمحاكم الوطنية البلجيكية بالنظر في جرائم الحرب المتمثلة في الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني، من دون الأخذ بعين النظر مكان وقوعها^(٢٠).

(٢٠) شريف عتلم: العقاب على جرائم الحرب بين الواقع والمأمول، ضمن كتاب عمر مكي: القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة المعاصرة، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، د. ت، ص ٢٧٣.

وبعد اعتماد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في ١٧ يونيو ١٩٩٨م، أصدر المشرع البجيكى بتاريخ ١٠ فبراير ١٩٩٩م قانوناً تضمن تعديلات مهمة على قانون ١٩٩٣م، ليكون أكثر ملائمة مع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وتوفير بنية تشريعية ملائمة لتفعيل الاختصاص لقضائه الوطني، وإعمال مبدأ التكامل، من أهم هذه التعديلات؛ تعديل تسمية القانون ليصبح "قانون الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني"، وتعديل تعريف جريمة الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية ليتفق مع ما هو عليه في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وتجريم الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف الأربع وفقاً لما تضمنته المادة الثامنة من النظام.

كما أضحت فرنسا تتبع هذا الأسلوب، إذ أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم ٩٥-٠١ تاريخ ٢ يناير ١٩٩٥م، والقانون رقم ٩٦-٤٣٢ تاريخ ٢٢ مايو ١٩٩٦م، اللذين منحا القضاء الفرنسي، استناداً إلى الاختصاص القضائي العالمي، سلطة ملاحقة جريمة الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب الواقعة أثناء نزاع مسلح غير دولي، لكن يعاب على هذين القانونين أن تطبيقهما ينحصر في نطاق جغرافي محدد، وهو ما يرتكب فقط في يوغسلافيا السابقة ورواندا، وضمن فترة زمنية معينة، هي الواقعة بين ١ يناير إلى ٣١ ديسمبر ١٩٩٤م. ومع صدور النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية سنة ١٩٩٨م، بادر المشرع الفرنسي إلى إصدار القانون رقم ١٠-٩٣٠ بتاريخ ٩ أغسطس ٢٠١٠م، بتعديل قانوني العقوبات والإجراءات الجزائية، وتوسيع نطاق تطبيق الاختصاص القضائي العالمي ليشمل الجرائم المنصوص عليها في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ولكن المشرع الفرنسي قيد اختصاص المحاكم الفرنسية بالمتابعة والملاحقة استناداً إلى الاختصاص القضائي العالمي بعدد من القيود، منها أنه لا يحق للضحايا رفع الدعاوى، فهذا الحق يتمتع به النائب العام وحده، وتشتط الإقامة الدائمة للمتهم في الإقليم الفرنسي، وازدواجية التجريم، ورفض

المحكمة الجنائية الدولية لممارسة اختصاصها^(٢١)، ونعتقد أن هذه القيود تعد انتكاسة وتفرغ للاختصاص الجنائي العالمي من مضمونه، إذ أصبحت صلاحية القضاء الفرنسي للنظر في الجرائم الدولية الواردة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية صعبة التحقق من الناحية الواقعية، وبعبارة عن تحقيق الغاية من تبني الاختصاص القضائي العالمي، وهي منع الإفلات من العقاب.

وفي ألمانيا كان المشرع يأخذ بمبدأ ازدواجية التجريم، ويعاقب على جرائم الحرب إعمالاً لنصوص قانون العقوبات النافذ، إلا أنه، بعد التصديق على نظام روما الأساسي، أصدر قانوناً جديداً عام ٢٠٠٢م بعنوان: "قانون العقوبات الدولي"، ضمنه كافة الجرائم الواردة في نظام روما^(٢٢)، واستناداً إلى هذا القانون طبقت المحاكم الألمانية ولايتها العالمية في العديد من القضايا، ففي ٢٨ سبتمبر ٢٠١٥م أدانت المحكمة الإقليمية العليا في شتوتغارت مواطناً رواندياً بتهمة منها الاشتراك في ارتكاب أربع جرائم حرب، كما أدانت المحكمة الإقليمية العليا في فرانكفورت شخصاً بتهمة ارتكاب جريمة حرب بحق أشخاص في سياق الحرب الأهلية في سوريا، على النحو المحدد في المادة (٨) من قانون جرائم القانون الدولي وحكمت عليه بالسجن لمدة سنتين، كما طبقت السويد حديثاً مبدأ الاختصاص العالمي على جرائم دولية، حيث يسمح قانون المسؤولية الجنائية عن الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب السويدي لعام ٢٠١٤م بمحاكمة المواطنين، أو الأشخاص المقيمين في السويد أو غيرهم من الأجانب الموجودين في الإقليم، بسبب جرائم ارتكبت خارج السويد، إذ نظرت المحاكم السويدية في جرائم متصلة بالنزاع في سورية ضد أشخاص لجأوا إليها،

(٢١) أسماء بلملياني: مساهمة الاختصاص الجنائي العالمي في التصدي لانتهاكات القانون الدولي الإنساني، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، السنة ٢٠١٩م، المجلد ١٦، العدد ٠٣، ص ٢٢١-٢٢٢.
ماهر البنا: مبدأ الاختصاص العالمي وإفلات الدول الكبرى من العقاب، الرابط:

<https://www.sudaress.com/sudanile/18452>

تاريخ التصفح ٢٠/٠٤/٢٠٢٢م.

(٢٢) شريف عتلم: المرجع السابق، ص ٢٧٥.

فأدانت مقاتلاً من الثوار السوريين بارتكاب جرائم حرب، وقضت عليه بالسجن ثماني سنوات، لارتكابه جريمة الاعتداء المشدد، بسبب ما وُصف بأنه أعمال عنف ذات طابع يشبه التعذيب ضد أحد العسكريين الذي كان عاجزاً عن القتال^(٢٣).

وهناك بعض الدول العربية أخذت بهذا الأسلوب، منها اليمن؛ حيث إن قانون الجرائم والعقوبات العسكرية رقم ٢١ الصادر بتاريخ ٢٥ يوليو ١٩٩٨م، تضمن في الفصل الثالث جرائم الحرب في المادة ٢٠ منه، وكذلك الأردن التي أصدرت بتاريخ ٢٨ مايو ٢٠٠٢ قانون العقوبات العسكري المؤقت رقم ٣٠، حيث عدد في الفقرة الأولى من المادة (٤١) جرائم الحرب، وحصرها في ٢٠ فعلاً، وصاغت الفقرة الثانية منها عقوبات هذه الأفعال، ثم أوردت المادة (٤٤) حكماً هاماً بانطباق أحكام هذا القانون على أي مدني يرتكب إحدى جرائم الحرب الواردة فيه.

أما في سلطنة عمان فقد أدرج المشرع جرائم الحرب في في المادتين (٩١ و ٩٢) من قانون القضاء العسكري الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠١١/١١٠ تاريخ ٢٤ أكتوبر ٢٠١١م، فضلاً عن جرائم الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية التي تضمنتها المواد (٨٨ إلى ٩٠) من القانون ذاته. ولكن تبقى أهمية هذه النصوص محدودة؛ لأن أحكامها لا تسري على الأجانب الذين يرتكبون هذه الجرائم خارج السلطنة، وإن وجدوا في إقليم السلطنة بعد ارتكابهم لها^(٢٤)، بحكم أن قانون القضاء العسكري يطبق فقط على فئة محددة من الأشخاص، دون إمكانية تطبيقه على الأجنبي الموجود داخل الدولة^(٢٥).

(٢٣) بن علي بن عطاء، نسيغة فيصل: مرجع سابق، ص ٨٣-٨٤. وسام الدين العكلة: الولاية القضائية العامة. نافذة أمل لضحايا الانتهاكات في سورية. <https://n9.cl/b0559> تاريخ التصفح ٢٥/٤/٢٠٢٢م.

(٢٤) نزار حمدي إبراهيم قشقة: السياسة التشريعية العمانية في تطبيق مبدأ الاختصاص الجنائي العالمي للمحاكم الوطنية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد ١٤/ العدد ٠٢ (٢٠٢١م)، ص ٢٦٣. (٢٥) جاء في المادة (١٤) من قانون القضاء العسكري أنه: "تخضع الفئات التالية لأحكام هذا القانون، ولو خرجوا من الخدمة، متى كانت الجرائم وقت وقوعها تدخل في اختصاصه، أو كانت متصلة بأسرار الوظيفة، ما لم تكن قد انقضت بمرور الزمن: -منتسبو القوات المسلحة وقوات الأمن من

ولكن يلحظ أن الدول العربية المذكورة لم تنص بصورة صريحة وفعالة على تفعيل الاختصاص القضائي العالمي في تلك القوانين، مكتفية بما تقرره قوانينها الجزائية العامة من الأخذ بالاختصاص الشامل، الذي يجيز تطبيق أحكامها على الأجنبي المقيم في الدولة، سواء أكان فاعلاً أم شريكاً، في جريمة من نوع الجناية أو الجنحة، وقعت خارج إقليم الدولة^(٢٦).

وبناء على ما تقدم يمكننا القول إن سلطنة عمان لم تتبنَ الاختصاص القضائي العالمي بصورة صريحة وواضحة، وإن لم يخلو قانون القضاء العسكري العماني من فائدة؛ وهي تقريره العقاب على عدد من الجرائم الدولية التي تضمنتها مواثيق القانون الدولي الإنساني، وعدم سريان أحكام انقضاء الدعوى العمومية أو الأحكام الصادرة بشأن هذه الجرائم بمضي المدة أو بمرور الزمن^(٢٧).

الضباط والرتب الأخرى والمدنيين وطلبة الكليات والمعاهد ومراكز التدريب العسكرية. - المتقاعدون من الضباط والرتب الأخرى والمدنيين وقوة الاحتياط بمجرد استدعاءهم للخدمة العسكرية. - المتطوعون للخدمة العسكرية. - أسرى الحرب. - أفراد القوات الصديقة أو الحليفة أو المعارون أو المبتعثون للتدريب أو المتقاعدون في حال تواجدهم على أراضي السلطنة، ما لم يرد في اتفاقية أبرمتها السلطنة خلاف ذلك".

^(٢٦) راجع الفقرة الثانية من المادة (٣) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني الصادر بالقرار الجمهوري بالقانون رقم ١٦ لعام ١٩٩٤ تاريخ ١٢ أكتوبر ١٩٩٤م، والفقرة الرابعة من المادة (١٠) من قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠م، المنشور في الصفحة ٣٧٤ من عدد الجريدة الرسمية رقم ١٤٨٧ بتاريخ ١٠/١/١٩٦٠م، والمادة (٢٠) من قانون الجزاء العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠١٨/٧ التي جاء فيها أنه: "تسري أحكام هذا القانون على كل أجنبي وجد في الدولة بعد أن ارتكب في الخارج جريمة معاقباً عليها بعقوبة سالبة للحرية مدة لا تقل عن سنة في قانون الدولة التي وقعت فيها الجريمة، ولم يكن قد طلب تسليمه من قبل، إلا إذا ثبت أنه قد حوكم في الخارج وثبتت براءته، أو إدانته، واستوفى العقوبة، أو سقطت عنه، أو انقضت الدعوى، وإذا اختلف القانون العماني وقانون مكان الجريمة، وجب أن يراعى هذا الاختلاف لمصلحة المتهم".

^(٢٧) جاء في المادة الثالثة من قانون القضاء العسكري العماني أنه: "لا تسري أحكام انقضاء الدعوى العمومية بمضي المدة على جرائم التجسس وجرائم التمرد والعصيان والفتنة وجرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب المنصوص عليها في هذا القانون، ولا تسقط الأحكام الصادرة بشأن هذه الجرائم بمرور الزمن".

المطلب الثاني

فوائد الاختصاص العالمي ومبرراته

يوسع الاختصاص القضائي العالمي ولاية القضاء الوطني، فيمد نطاقه ليبسط سلطته في مواجهة أبشع الجرائم الدولية، والتي ترتكب ضد الحقوق الأساسية للإنسان، والمصالح المشتركة للمجتمع الدولي، بغض النظر عن مكان ارتكاب الجريمة، أو جنسية مرتكبها، أو جنسية الضحايا. ولهذا الامتداد عدة مبررات (فرع أول) وفوائد (فرع ثان).

الفرع الأول

مبررات الاختصاص العالمي

أولاً- التضامن الدولي الإنساني:

يجد الاختصاص القضائي العالمي مبرره أيضاً في أن إعماله يعد وسيلة مهمة من الوسائل القانونية التي تساعد المجتمع الدولي على تحقيق التعاون في مكافحة الجريمة الدولية، وعلى تضامن الدول لمواجهة أبشع الجرائم الدولية المرتكبة ضد الحقوق الأساسية للإنسان. فهو نظام قانوني إجرائي لمعاقبة مرتكبي الجرائم الدولية، باعتباره يقوم على ركيزة الدفاع عن المصالح الأساسية المشتركة للدول، وعن القيم ذات البعد العالمي، ويتجسد في فكرة أن من حق كل دولة محاكمة ومعاقبة مرتكبي الجرائم المذكورة في الاتفاقيات الدولية أو القانون العرفي، بغض النظر عن مكان ارتكاب الجريمة أو جنسية مرتكبها أو جنسية الضحية، باعتبار تلك الجرائم، وبالنظر إلى بشاعتها وخطورتها، تشكل خطراً وتهديداً للمجتمع الدولي ككل، وليس فقط للأشخاص الذين تقع عليهم الجريمة.

وتفعيل الاختصاص العالمي يكرس فكرة التضامن الدولي الإنساني في الدفاع عن المصالح الدولية الأساسية برمتها وحمايتها جنائياً، والتي يقع على كل دولة واجب العمل على رعايتها وصونها.

ثانياً-عدم كفاية الركون إلى القضاء الجنائي الدولي في مواجهة الجرائم الدولية: من المعروف أن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية جاء من أجل تأمين محاكمة ومعاقبة مرتكبي أشد الجرائم الدولية جسامة وخطورة، والتي ترتكب على نطاق واسع في مختلف أرجاء العالم. وقد بنى كثيرون آمالاً كبيرة على المحكمة الجنائية الدولية في منع وقوع الجرائم الدولية، وضمان الاحترام الدائم للقوانين التي تجرمها، وفي التصدي الصارم لمن ينتهك هذه القوانين، وإقرار عدالة جنائية دولية من خلال فرض العقاب الملائم عليهم. غير أن بعض هذه الآمال تبددت أمام العديد من الصعوبات والعقبات التي واجهت هذه المحكمة في تحقيق العدالة الجنائية المنشودة^(٢٨)، وفي مواجهة مرتكبي أشد الجرائم الدولية خطورة، وبالإضافة إلى تلك العقبات فإن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية محصور في عدد محدد من الجرائم الدولية على سبيل الحصر، ويقتصر على أشدها خطورة، والأكثر ارتباطاً بحفظ السلم والأمن الدوليين، وهي جريمة الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب، وجريمة العدوان^(٢٩)، وفي ظل هذا الواقع، لا يمكن الركون إلى المحكمة الجنائية الدولية بصورة كلية لضمان تحقيق العدالة الجنائية، من خلال محاكمة مرتكبي الجرائم الدولية الخطيرة ومعاقبتهم، لذلك فإن توسيع صلاحية القضاء الجنائي الوطني من خلال الاختصاص العالمي يمكن أن يؤمن عدالة فعالة، لا يمكن تأمينها وضمانها لدى القضاء الدولي

(٢٨) أهم هذه الصعوبات والعقبات، والتي لها تأثير واضح وكبير في عمل المحكمة الجنائية الدولية، القواعد المتعلقة باختصاصها بمختلف أنواعه، والاختصاص التكميلي للمحكمة، والحصانة المرتبطة بالصفة الرسمية للأشخاص ومدى تأثيرها في تعاون الدول مع المحكمة، وتدخل مجلس الأمن في عمل المحكمة، ومواقف بعض الدول من المحكمة، وبخاصة الولايات المتحدة الأمريكية. لتفاصيل هذه الصعوبات والعقبات انظر أحمد محمد العمر: العقبات القانونية التي تعيق عمل المحكمة الجنائية الدولية، المجلة القانونية والقضائية لمركز الدراسات القانونية والقضائية، قطر، العدد الثاني، ديسمبر ٢٠٢٠م، الصفحات ١٥٩-٢٢٢.

(٢٩) استبعدت العديد من الجرائم الدولية الأخرى من اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، كجرائم الإرهاب، والاتجار بالمخدرات والمؤثرات العقلية، والاتجار بالبشر، والقرصنة وغيرها، لضمان قبول المفاوضين المشاركين في مؤتمر روما على قبول ولاية المحكمة، وعلى قبول معظم الدول المصادقة على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بعد إقراره.

الجنائي. وبخاصة أن نظام روما الأساسي أعطى القضاء الوطني للدول الأطراف الولاية المبدئية والأولية لنظر الجرائم الواردة فيه، تأكيداً لمبدأ سيادة الدول وعدم المساس بها، فإذا تقاعس القضاء الجنائي الوطني ولم يباشر اختصاصه، أو باشره، ولكن وجدت المحكمة الجنائية الدولية أن الدولة التي يتبع لها غير رغبة في إجراء التحقيق والمحاكمة، أو غير قادرة على إجرائه، انعقد الاختصاص بمحاكمة المتهمين للمحكمة الجنائية الدولية، وهذا ما عبرت عنه ديباجة النظام الأساسي لروما المتعلق بالمحكمة الدولية الجنائية^(٣٠)، فالمهم، إذن وفقاً للنظام الأساسي، هو معاقبة مرتكبي الجرائم الدولية، سواء عن طريق المحاكم الوطنية أم عن طريق محكمة جنائية دولية، تحقيقاً للعدالة الجنائية الدولية.

وقد أكد النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية على ممارسة الدول للاختصاص القضائي العالمي على الجرائم الواردة فيه، حيث جاء في الفقرة ٦ من ديباجته أنه: "وإذ تذكر بأن واجب كل دولة أن تمارس ولايتها القضائية الجنائية على أولئك المسؤولين عن ارتكاب جرائم دولية". كما أن الاختصاص القضائي العالمي سيساعد على سد الثغرة التي تعزري النظام الأساسي الذي لا يسمح بمحاكمة المسؤولين عن الجرائم التي ارتكبت في أراضي الدول التي لم تصادق، حتى الآن، على النظام الأساسي^(٣١).

ثالثاً - أداة قانونية لتقليص حالات الإفلات من العقاب:

إعمال الاختصاص العالمي يعد من أهم الوسائل القانونية التي تسمح بوضع حد للإفلات من العقاب، فظاهرة الإفلات من العقاب توجد بالأساس عندما تتقاعس السلطات المحلية عن ملاحقة المجرمين في البلدان التي تأثرت بشكل مباشر بالجرائم الدولية الأكثر خطورة؛ وخصوصاً إذا كان القضاء الجنائي الوطني في الدول التي تكثر

(٣٠) جاء في الفقرة ١٠ من الديباجة في نظام روما الأساسي أن المحكمة الجنائية الدولية المنشأة بموجب هذا النظام ستكون مكملة للولايات القضائية الجنائية الوطنية، كما جاء أيضاً في المادة ١٠ أنه تكون المحكمة مكملة للولايات القضائية الجنائية الوطنية.

(٣١) عبد الله علي عيو سلطان: دور القانون الدولي الجنائي في حماية حقوق الإنسان، دار دجلة، الطبعة الأولى ٢٠١٠م، ص ٢٣٧.

فيها النزاعات لا يتمتع بالقدرة الكافية لمحاربة الإفلات من العقاب، والتي ترجع إلى عدة أسباب أهمها؛ عدم أهلية رجال القانون، وعدم استقلالية القضاء، وغياب معايير المحاكمة العادلة وحفظ حقوق المتهم^(٣٢). والاختصاص القضائي العالمي كآلية إجرائية للملاحقة والمحاكمة يمكن من النهوض بمهمة النظر في تلك الجرائم بالنيابة عن المجتمع الدولي.

رابعاً - إنصاف الضحايا:

إن ملاحقة مرتكبي الجرائم الدولية الجسيمة بحق الأفراد وفق الاختصاص القضائي العالمي ومحاكمتهم، فضلاً عن أنه يقلل من حالات الإفلات من العقاب، فهو يحقق مصالح ضحايا هذه الجرائم، وذلك من ناحيتين:

الأولى أن هذا الاختصاص يوسع ولاية القضاء الجنائي الوطني، كونه لا يشترط صلة مباشرة بين القاضي الوطني والجريمة التي تشكل انتهاكاً خطيراً للحقوق الأساسية للإنسان، وهذا يحقق مصلحة الضحايا وذويهم؛ لأنه يساعدهم في استعادة كرامتهم وبعث الأمل فيهم، عن طريق الاعتراف بآلامهم، والإقرار بما تعرضوا له من معاناة، ويخلق في نفوسهم الثقة في احترام القانون وسيادته، والالتزام به^(٣٣).

والناحية الثانية أن محاكمة مرتكبي الجرائم الدولية الخطيرة وتحميلهم مسؤولية أعمالهم وجبر ضررها يعد مطلباً مهماً وملحاً، ليس فقط من أجل تأكيد سيادة القانون، وإرضاء الشعور بالعدالة، وردّ المظالم إلى أهلها، وتعويض الضحايا وطمأنة ذويهم، بل من أجل إرساء حركة السلم الأهلي، والتحول نحو مجتمع آمن وقادر على إرساء الديمقراطية، ووضع حدٍّ للأحقاد والاحتقان، واليأس والإحباط، والتطرف والعنف، ومنع ممارسة العدالة الشخصية وحالات الانتقام العشوائية، بأن يقتص الضحايا لأنفسهم

(٣٢) بديار ماهر، سلام مؤيد شريف، منار عبد المحسن عبد الغني: الاختصاص العالمي لمحاكم الجنايات الوطنية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد/٥ السنة/٥ العدد/١٧، ص ١٢١.

(٣٣) ريم الكسيري: مرجع سابق. محمد عادل جروف: مرجع سابق.

بأنفسهم، والتي قد تدمر روابط المجتمع الوطني في الدولة التي وقعت فيها الجريمة، فالكراهية ستبقى ما دامت الشعوب والضحايا تعد أن العدالة لم تأخذ مجراها^(٣٤).

الفرع الثاني

فوائد الاختصاص العالمي

أولاً-تحقيق وظيفة مزدوجة للقضاء الوطني: تظهر ممارسة الاختصاص العالمي من قبل المحاكم الجزائية الوطنية كمظهر من مظاهر ازدواجية الوظيفة، فالدولة التي تمارس ولايتها القضائية وفقاً لهذا الاختصاص لا تدافع عن مصالحها الوطنية فحسب، وإنما تدافع عن المصالح المشتركة للجماعة الدولية أيضاً، التي انتهكت بوقوع الجريمة الدولية اعتداء عليها، وهي بتفعيل اختصاص محاكمها الوطنية استناداً إلى عالمية الردع تتضافر مع جميع الدول في تقرير الحماية الجنائية للمصالح الأساسية للمجتمع الدولي ككل، وتتصدى لمرتكبيها، وتفي بواجبها في العمل على رعايتها وصونها، باعتبارها عوناً للحماية الدولية في مكافحة الجرائم الدولية التي تنتهك بطبيعتها تلك المصالح^(٣٥)، فالمحاكم الوطنية بهذه الوظيفة، تقوم بمهمة النظر في الجرائم وملاحقة مرتكبيها نيابة عن المجتمع الدولي، وهي مهمة تركز على التعاون الدولي في مكافحة الإجرام الدولي، وفي الدفاع عن مصلحة الشعوب والدول برمتها، وحمايتها جنائياً.

ثانياً- تجاوز ثغرات القانون الدولي فيما يتعلق بقمع الجرائم الدولية:

تكتنف آليات العدالة الجنائية الدولية ثغرات عدة تحد من فعاليتها في ملاحقة الجرائم الدولية ومتابعتها، كمحدودية نطاقها الزماني، والمكاني، والموضوعي، فهذه الآليات لم

(٣٤) ميشال شماس: أهمية الاختصاص العالمي في ملاحقة مرتكبي الجرائم بحق الشعب السوري، <https://pro-justice.org/ar/accountability/html> ، تاريخ التصفح ٢١/٤/٢٠٢٢م.

(٣٥) فؤاد خوالدة، عبد الرزاق لعمارة: الاختصاص الجنائي العالمي بالعقاب على الجريمة الدولية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد العاشر جوان ٢٠١٨، المجلد الثاني، ص ٤٣٧. ريم الكسيري: مبدأ الاختصاص القضائي العالمي، المركز السوري للدراسات والأبحاث القانونية، <https://sl-center.org/?p=74> ، تاريخ التصفح ٢١/٤/٢٠٢٢م.

تنشأ لمحاكمة جميع الجرائم الدولية التي تمس قيم ومصالح المجتمع الدولي، بل للتصدي لعدد قليل منها فقط، وهو أشدها خطورة، والاختصاص القضائي العالمي آلية قانونية من أجل تجاوز تلك الثغرات القانونية، والضعف الذي يعاني منه نظام الردع الدولي القائم على آليات قضائية تقليدية، لا تستجيب للتطور الذي استغله مرتكبوا الجرائم الدولية، ما أدى إلى ازدياد عدد الجرائم العابرة للحدود، فالهدف من الاختصاص العالمي هو ضمان تقديم المسؤولين عن ارتكاب جرائم دولية معينة للعدالة، ومن ثم يؤدي إلى الحيلولة من هروبهم من المساءلة عما ارتكبوه من انتهاكات خطيرة للقانون الدولي الإنساني، بسبب اختلاف قواعد الاختصاص بين القوانين الوطنية في مختلف الدول^(٣٦).

ثالثاً- تحقيق العدالة الجنائية:

إن الاختصاص القضائي العالمي يعد ملاذاً للوصول إلى العدالة الجنائية، بعيداً عن تسلط الاعتبارات السياسية والانتقائية التي تلعب دوراً رئيسياً في اختصاص المحاكم الدولية. كما يعد سبباً للضحايا في وجود آليات وطنية لإنصافهم في جبر ضررهم، وتهدة نفوسهم، وفي معاقبة المجرمين. كما إن تفعيل نظام الردع العالمي يسهم في محاربة سياسة الإفلات من العقاب، ويشكل امتداداً للاختصاص الإقليمي، يكفل عدم بقاء الجناة دون ملاحقة أو عقاب.

رابعاً- إلغاء حق اللجوء وحماية الدولة:

يسهم الاختصاص العالمي في إلغاء حق اللجوء للمتهمين بارتكاب الجرائم الخطيرة، والتي تقع الجرائم الدولية من بينها، وينمي الاحساس بالخطر الذي يحدثه تواجدهم على إقليم دولة معينة من دون عقاب، كما يكفل مبدأ عالمية الردع عدم بقاء الجاني دون عقاب؛ من خلال منح قضاء الدولة التي يتواجد على إقليمها سلطة ملاحقته وعقابه، فالاختصاص القضائي العالمي يمنع إتاحة الملجأ الآمن للمسؤولين عن ارتكاب أخطر

(٣٦) صديقي سامية: مرجع سابق.

الجرائم الدولية^(٣٧)، كما أن إعمال الاختصاص العالمي يقي الدولة نفسها من الأخطار التي يسببها وجود المجرم على إقليمها، ويحمي أمنها ونظامها العام، إنطلاقاً من الخطر الجماعي الذي يحدثه تواجده على إقليمها من دون عقاب. فالرأي العام الدولي يرفض وجود مجرم على إقليم دولة، وينزعج من قبول تواجده في الدولة المطلوب منها ممارسة الاختصاص العالمي.

المطلب الثالث

متطلبات إعمال الاختصاص القضائي العالمي في التشريع الوطني

لا يمكن الاكتفاء بالقواعد الواردة في القانون الدولي، سواء أكانت ذات مصدر اتفاقي أم عرفي، لإعمال الاختصاص العالمي؛ لأن القانون الدولي يخاطب الدول ولا يخاطب الأشخاص. فالتجريم الوارد في قواعد القانون الدولي لا يدعو أن يكون التزاماً دولياً محضاً، والقاضي الجنائي الوطني لا يستطيع أن يطبق الاختصاص العالمي في ملاحقة مرتكبي الجرائم الدولية ومحاكمتهم بشكل تلقائي، بل يجب على الدول أن تضعه موضع التنفيذ، بأن تقرر صراحة الأخذ به، وتحدد أركان الجرائم التي يشملها الاختصاص العالمي والعقوبات المناسبة لها، وهذا الأمر يتطلب من الدولة أن تصدر تشريعاً داخلياً تخاطب به القاضي الوطني، ويكون بالنسبة له المصدر المباشر الذي يلتزم به في ممارسة ولايته القضائية بموجب الاختصاص القضائي العالمي.

وبناء على ما تقدم فإن إعمال الاختصاص العالمي من قبل القضاء الوطني يستلزم بشكل أساسي تبني القانون الوطني هذا الاختصاص، والنص فيه على الجرائم التي يشملها (فرع أول). وقد يضيف بعض المشرعين الوطنيين شروطاً تكميلية لانعقاد ولاية قضائهم بنظر الجرائم الدولية التي ارتكبت خارج إقليم الدولة (فرع ثان)، كضبط وسيلة ارتكاب الجريمة في إقليم الدولة، أو ضبط مرتكب الجريمة في إقليم الدولة، أو كون

(٣٧) خالد عواد حمادي: مبدأ الاختصاص العالمي ودوره في تحقيق العدالة الجنائية وقمع انتهاكات القانون الدولي الإنساني. مجلة العلوم القانونية، مجلد ٣١، عدد ٤ (٢٠١٦م)، ص ٢٧٣.

الجريمة مست بأحد مواطني الدولة أو المقيمين فيها، ويترتب على ذلك ألا ينعقد اختصاص قضائها الوطني في حال عدم توفر هذه الشروط التكميلية.

الفرع الأول

تقنين الاختصاص القضائي العالمي والجرائم الدولية في التشريع الوطني

القاضي الوطني لا يستمد سلطاته من القانون الدولي مباشرة، وإنما من التشريع الوطني الذي يخاطبه بأحكامه، فلا يستطيع القاضي الجنائي أن يطبق الاختصاص العالمي بدون تدخل من قبل المشرع الوطني باتخاذ إجراء داخلي، يتجسد في إصدار تشريعات وطنية تتبنى، بصورة صريحة وواضحة، الاختصاص القضائي العالمي، وتحدد الإجراءات اللازمة لتطبيقه من أجل متابعة وملاحقة الجرائم الدولية التي تحددها الاتفاقيات الدولية. كما يجب أيضاً أن تتضمن هذه التشريعات تجريماً للأفعال التي أصبح حظر ارتكابها قاعدة آمرة في القانون والعرف الدوليين، وبيان أركانها والعقوبات التي تفرض على مرتكبيها. وهو أمر يستلزمه أيضاً مبدأ الشرعية الجزائية، والقاعدة الدستورية التي تؤكد أنه: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون".

والتزاماً بما تفرضه الاتفاقيات الدولية على الدول الأطراف باتخاذ الإجراءات اللازمة لجعل محاكمها الوطنية مختصة بملاحقة الجرائم التي تتضمنها، سارع العديد من المشرعين إلى صياغة النصوص التشريعية لتحديد الإجراءات المناسبة لتطبيق الاختصاص العالمي، وتجريم الأفعال التي تحظرها تلك الاتفاقيات^(٣٨)، وقد اتبع المشرعون في ذلك أحد أسلوبين:

الأسلوب الأول: تجريم الأفعال المكونة للجرائم الدولية بشكل تفصيلي: يضمن هذا الأسلوب تعداداً تفصيلياً للأفعال المكونة للجرائم الدولية، وفقاً لما وردت عليه في الاتفاقيات الدولية التي حظرتها. ومن المشرعين الذين اتبعوا هذا الأسلوب^(٣٩) المشرع

^(٣٨) بالنسبة للدول التي أصدرت تشريعات خاصة لتفعيل الاختصاص القضائي العالمي، انظر ما سبق في الصفحات ١٥ وما يليها من هذا البحث.

^(٣٩) رابية نادية: مرجع سابق، ص ٦٨ وما يليها. شريف عتلم: مرجع سابق، ص ٢٧٣ وما يليها.

البلجيكي الذي أصدر قانون قمع الانتهاكات الخطيرة لقواعد القانون الدولي الإنساني، وهو ما يعرف بقانون ٧ يونيو ١٩٩٣م والمعدل بقانون ١٠ فبراير ١٩٩٩م، الذي تضمن تجريماً للأفعال المكونة لجرائم القانون الدولي الإنساني، بصورة مطابقة لمفهومها الوارد في اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩م والبروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧م، وفي النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. كما تبني جميع الإجراءات الخاصة بالملاحقة وفق الاختصاص القضائي العالمي، كقاعدة عدم تقادم الجرائم الدولية، وعدم الاعتداد بالحصانة القضائية لذوي الصفة الرسمية، ويأخذ بالأسلوب ذاته كل من المشرع الإنكليزي، الذي أدرج اتفاقيات جنيف الأربعة بموجب قانون ١٩٥٧م، واتفاقية مناهضة التعذيب بموجب قانون ١٩٨٨م، واتفاقية إبادة الجنس البشري بموجب قانون ١٩٦٩م المعدل بموجب قانون ٢٠٠١م، والمشرع الأمريكي، الذي أدرج جانباً مهماً من اتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٤٩م ضمن قانون جرائم الحرب لعام ١٩٩٦م، واتفاقية إبادة الجنس البشري لعام ١٩٤٨م في قانون ١٩٨٧م، واتفاقية التعذيب لعام ١٩٨٤م في تقنين الفيدرالية بموجب قانون لعام ١٩٩٤، كما يأخذ بهذا الأسلوب المشرع العماني الذي نص في قانون القضاء العسكري رقم ٢٠١١/١١٠ على كل من جرائم الإبادة الجماعية (م٨٨)، والجرائم ضد الإنسانية (م٨٩)، وجرائم الحرب (م٩١)، وجرائم الأسر وإساءة معاملة الجرحى (م٩٣).

ويمتاز هذا الأسلوب بالبيان والوضوح، وانسجامه مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، الذي يفرض على المشرع الجزائي التزاماً بتحديد كل جريمة بدقة، وبيان عناصرها، والأفعال المكونة لها، وظروفها بصورة واضحة جلية، فيغلق الباب أمام الجدل والتأويل، ولا يترك للقضاء مجالاً للتعسف أو إساءة السلطة في تطبيق نصوص التجريم والعقاب، والتوسع في نطاقها تحت ستار تفسيرها^(٤٠).

الأسلوب الثاني: النص على الجرائم الدولية بصورة عامة مع الإحالة إلى الاتفاقيات الدولية: يقوم هذا الأسلوب على النص على الجرائم الدولية في القانون الوطني بشكل

(٤٠) أحمد محمد العمر: شرح قانون الجزاء العماني القسم العام، الشرعية الجزائية - الجريمة - عوارض المسؤولية الجزائية، الأجيال، الطبعة الأولى ٢٠١٩م، ص ٣٩.

عام، من دون بيان الأفعال المكونة لها أو حصر أنواع السلوك الإجرامي الذي يمكن أن تتخذه، أو يكتفى بالنص على العقوبات المناسبة للجريمة الدولية التي يعترف بها القانون الدولي، ويحيل إلى قواعد هذا القانون للوقوف على الأفعال المكونة لهذه الجرائم. ومن المشرعين الذين يتبنون هذا الأسلوب المشرع الفرنسي الذي أدمج الاختصاص القضائي العالمي في قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي بموجب المادة (٦٨٩)، التي نصت على اختصاص المحكم الفرنسية بملاحقة الجرائم المرتكبة خارج الإقليم الفرنسي، سواء ورد النص على تجريمها في قانون العقوبات الفرنسي أو أي تشريع آخر أم في الاتفاقيات الدولية. وفي هذا الشأن يرى بعض الفقهاء الفرنسيين أنه يكفي أن يتضمن القانون الوطني العقوبات المناسبة للجريمة الدولية التي يعترف القانون الدولي، الاتفاقي أو العرفي، بالاختصاص العالمي في مواجهتها، حتى يمكن من متابعتها أمام المحاكم الوطنية^(٤١).

الفرع الثاني

الشروط التكميلية

قد يشترط المشرع الوطني شرطاً أو عدة شروط تكميلية لانعقاد ولاية قضائه بنظر الجرائم الدولية التي ترتكب خارج إقليم الدولة، وعندئذ تصبح هذه الشروط ضوابط يتوقف عليها أعمال الاختصاص القضائي العالمي، فلا ينعقد اختصاص القضاء الجنائي الوطني في حال انتفى أحدها، وفي هذا الإطار يفرق بعض الفقهاء بين الاختصاص القضائي العالمي المطلق، في مواجهة بعض الجرائم المحددة، والاختصاص القضائي العالمي المشروط الذي تتوقف ممارسته على توفر بعض الشروط، كوجود المتهم على إقليم الدولة التي تريد محاكمته، أو توقيفه، أو كون الضحية من مواطني الدولة، أو عدم تسليم المتهم إلى دولة أخرى^(٤٢).

(٤١) أشارت إلى هذا الرأي رابية نادية: مرجع سابق، ص ٧٧-٧٨.

(٤٢) دخلافي سفيان: مرجع سابق، ص ٣١. هاني فتحي جورجي: الاختصاص الجنائي العالمي كملاد أخير. <http://hrightsstudies.sis.gov.eg> ، تاريخ التصفح ٢١/٠٤/٢٠٢٢م.

أولاً- وجود المتهم على إقليم الدولة:

تتشرط معظم الاتفاقيات الدولية^(٤٣) المقررة للاختصاص القضائي العالمي، وبعض التشريعات الجزائية الوطنية للقيام بالملاحقة في الجرائم التي تقع خارج إقليم الدولة، أن يكون المتهم موجوداً على إقليم الدولة، كي تتخذ بحقه إجراءات الملاحقة والمحاكمة.

فقانون الإجراءات الجزائية الفرنسية في المادة (٦٨٩) منه كان يكفي للقيام بإجراءات الملاحقة بوجود المتهم على الإقليم الفرنسي، سواء بصورة عرضية، أم كان له محل إقامة دائمة في فرنسا. وبناء عليه قضت محكمة النقض الفرنسية بقرارها تاريخ ٢٦ مارس ١٩٩٦م بتأييد أمر هيئة الاتهام المؤرخ في ٢٤ نوفمبر ١٩٩٤م بأن القضاء الفرنسي غير مختص في نظر الدعوى المرفوعة من (جوفار الفير - X... Elvir)، ومن معه، لعدم وجود المدعى عليهم على الإقليم الفرنسي^(٤٤)، وقد أدخل المشرع الفرنسي تعديلاً على المادة السابقة، فأصبح يشترط الإقامة الفعلية والدائمة للمتهم على الإقليم الفرنسي لاتخاذ إجراءات الملاحقة الجزائية، والأمر نفسه بالنسبة للتشريع الجزائري السويسري، أما القانونان الإسباني^(٤٥) والبلجيكي^(٤٦)، فيتطلبان وجود رابطة فعلية بين الجريمة المرتكبة والدولة ممارسة الاختصاص، وهي وجود المشتبه فيه على إقليمها أو أن تكون الضحية ممن يحمل جنسيتها أو من المقيمين فيها مدة معينة كحد أدنى.

ثانياً- عدم تسليم المتهم إلى دولة أخرى:

^(٤٣) انظر على سبيل المثال المادتين (٥ و٧) من اتفاقية مناهضة التعذيب لعام ١٩٨٤م، والمادة (٧) من اتفاقية مونتريال لعام ١٩٧١م الخاصة بقمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني.

^(٤٤) Cass.crim. 26 mars 1996. 95-81.527, Publié au bulletin.

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007068336/>

تاريخ التصفح ٢١/٤/٢٠٢٢ م

^(٤٥) بموجب تعديل ١٩ مايو ٢٠٠٩م.

^(٤٦) وفقاً للتعديل بموجب قانون ١٣ أبريل ٢٠٠٣م.

يشترط كثير من المشرعين لإعمال الاختصاص القضائي العالمي، وقيام القضاء الجنائي الوطني بمحاكمة المتهمين بارتكاب جرائم خارج إقليم الدولة، عدم تسليمهم إلى دول أخرى، فيقع على عاتق الدول التي يوجد المتهم في إقليمها التزام بمحاكمته كنتيجة لعدم تلبية طلب تسليمه، ويجد هذا الالتزام أصله في قاعدة "التسليم أو المحاكمة" الذي يتضمنه الاختصاص القضائي العالمي، وهي قاعدة تبنتها مختلف الاتفاقيات الدولية^(٤٧)، وأكد عليها معهد القانون الدولي منذ عام ١٩٣١م، وجدد المطالبة بالأخذ بها من خلال لائحة كركوفي لعام ٢٠٠٥^(٤٨).

المبحث الثاني

التحديات التي تواجه تطبيق اختصاص المحاكم الوطنية في الجرائم الدولية

لا يكفي لإعمال اختصاص المحاكم الوطنية في الجرائم الدولية وفقاً للاختصاص العالمي إقراره في القانون الوطني، والنص عليه في قانون الجزاء عند تحديد نطاق سريانه في المكان، وتحديد القواعد والأصول اللازمة للتحقيق والمحاكمة في قانون الإجراءات الجزائية، بل لا بد من توفير الضمانات التي تكفل تطبيق هذا الاختصاص من الناحية العملية، ومد نطاق سريان القانون الوطني على الجرائم الدولية الخطيرة التي ترتكب خارج إقليم الدولة، وهذا يقتضي منح السلطات الوطنية المعنية صلاحيات تنفيذية إضافية للقبض على المتهمين والتحقيق معهم ومحاكمتهم، وعند قيام السلطات الوطنية بهذه الصلاحيات على أرض الواقع غالباً ما تواجه بعض التحديات التي قد تعيق تطبيق اختصاص المحاكم الوطنية، وتحد من فعاليته، بعضها مادي، والآخر قانوني، والثالث سياسي.

^(٤٧) من هذه الاتفاقيات اتفاقيات قمع الأعمال الإرهابية بكل أشكالها، كالاتفاقية الدولية لقمع الهجمات الإرهابية بالقنابل لعام ١٩٩٧م (واتفاقية الهجمات الإرهابية بالقنابل لعام ١٩٩٧م)، والاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لعام ١٩٩٩م (اتفاقية تمويل الإرهاب ١٩٩٩)، واتفاقية مناهضة التعذيب لعام ١٩٤٤م في الفقرة ٢ من المادة (٧).

^(٤٨) رابية نادية: مرجع سابق، ص ٦٤-٦٥.

المطلب الأول

التحديات المادية

الاختصاص القضائي العالمي يمنح السلطات المختصة في الدولة الولاية القضائية للقيام بإجراءات الملاحقة والتحقيق والمحاكمة بشأن جريمة دولية ارتكبت خارج إقليمها الوطني، وهذا يعني أن أدلة الجريمة وشهودها وضحاياها موجودون في دول أجنبية، واتخاذ هذه الإجراءات قد يتطلب من القائمين بها في الدولة الوطنية الانتقال إلى دول أخرى لإجراء المعاينات اللازمة، وجمع المعلومات، والوثائق والأدلة، واستجواب الشهود، وسماع الضحايا، أو نقل هذه العناصر أو بعضها إلى الدولة التي تمارس الاختصاص العالمي^(٤٩)، وهذا يتطلب منها توفير مبالغ معتبرة، ويكلف ميزانيتها نفقات تتجاوز، بطبيعة الحال، ما تتكلفه عند ممارسة الاختصاص الإقليمي.

فالتكلفة المالية الباهظة لتنفيذ إجراءات المتابعة، والتي يمكن أن تثقل كاهل الدولة القائمة بالملاحقة الجزائية، تعد عقبة جدية تواجه السلطات الوطنية في اتخاذ القرار بالبدء في التحقيق استناداً للاختصاص القضائي العالمي، خاصة وأن الجريمة لا تمس بمصالحها مباشرة. فالدولة، حين تحدد نفقاتها، تقيم توازناً بين مصالحها وبين ما يتطلبه تنفيذ التزاماتها الدولية، التي يعد تطبيق الاختصاص العالمي أحدها، ما يؤدي إلى استياء الدولة من إنفاق أموالها من أجل المقاضاة عن جريمة، لا تمس سيادتها

(٤٩) يذكر أنه محاكمة الروانديين الأربعة أمام القضاء البلجيكي تطلب سماع ١٧٠ شاهداً، غالبيتهم يقيمون خارج بلجيكا، في سويسرا، وألمانيا، ورواندا، وبروندي، وقد تحملت الحكومة البلجيكية مصاريف نقلهم إلى بلجيكا، وتكاليف إقامتهم فيها مدة المحاكمة التي استغرقت ستة أسابيع، علماً أن التحقيق القضائي في هذه القضية استمر خمس سنوات، واستوجب إرسال بعثات من لجان التحقيق إلى رواندا. وكذلك الأمر بمناسبة قيام المحكمة الفيدرالية السويسرية بمحاكمة المتهم الرواندي (نيونتانز)، فقد استلزمت المحاكمة نقل ٢٣ شاهداً رواندياً على نفقة الحكومة السويسرية، وتكلفت تذاكر سفرهم ومسكنهم، كما أمنت لهم الحماية على الإقليم السويسري في خلال مدة المحاكمة، وسخرت في سبيل ذلك قوات عسكرية خاصة، من أجل حراسة الفندق الذي أقام فيه الشهود. انظر رابية نادية: مرجع سابق، ص ١٥٨-١٥٩.

الوطنية، ولا تضر بمصالحها، ولا ترتبط بها أو بمواطنيها بصورة مباشرة^(٥٠)، وهذا الأمر كان له أثر في تزايد المعارضين لتبني هذا الاختصاص، وقد يدفع ببعض الدول إلى تأجيل إجراءات المحاكمة الجزائية مؤقتاً، أو عدم تفعيل اختصاصها العالمي كلية، مع توفر جميع الشروط المتطلبة لتحريك الدعوى العمومية بحق المتهمين بارتكاب جرائم دولية خطيرة. فالعجز في توفير المبالغ الضرورية لقيام السلطات السنغالية بمحاكمة (حسن حبري) الرئيس التشادي الأسبق -والتي قدرت تكاليف الإجراءات الأولية فقط لفتح التحقيق فيها بثلاثة ملايين يورو، وتكاليف جميع إجراءات المحاكمة بسبع وعشرين مليون يورو- هو الذي دفع بالسنغال إلى تأجيل محاكمته، وإناطة تقرير مصيره إلى منظمة الوحدة الإفريقية^(٥١)، ومع ذلك فإن كثرة التكاليف والأعباء المالية لا يجب أن تعفي الدولة من الوفاء بالتزامها بمكافحة الجرائم الدولية وملاحقة مرتكبيها كلية، ومن ذلك التزامها بالبحث في طلبات التسليم لتحقيق العدالة الجنائية.

كما يجب على المجتمع الدولي مد يد العون المالي للدول الراغبة في ممارسة اختصاصها العالمي، وتقديم المساعدة لها أيضاً، سواء على الصعيد القانوني أم العلمي والفني، للقيام بواجبها القانوني والأخلاقي بإعمال الاختصاص العالمي، وإنهاء حالات الإفلات من العقاب، وفي الحالة السنغالية المذكورة كان الاتحاد الأوروبي قد وعد بتقديم مساعدة مالية للسنغال تقدر بسبعة وعشرين مليون يورو، ودولة تشاد وعدت

(٥٠) صبحي جورج ديبو: الاختصاص الجنائي العالمي، رسالة دكتوراه، جامعة حلب، ٢٠١٥م، ص ٢٦٩.

(٥١) Le Sénégal appelé à juger ou extraditer Hissène Habré, Par Communiqué.

Publié le 20 février 2009 à 16h35, mis à jour le 2 juin 2020 à 09h56

<https://www.afrik.com/le-senegal-appelle-a-juger-ou-extradier-hissene-habre>

تاريخ التصفح ٢٠٢٢/٤/٢٥

بتقديم ثلاثة ملايين يورو، كما أعلنت كل من فرنسا، وهولندا، وبلجيكا، وسويسرا، عن استعدادها لتقديم الدعم المالي اللازم للسنغال من أجل محاكمة (حسن حبري)⁽⁵²⁾.

المطلب الثاني

التحديات القانونية

يواجه القضاء الوطني عند قيامه بتطبيق الاختصاص القضائي العالمي، تحديات قانونية عدة، تعد من أخطر وأصعب العقبات التي قد تحول دون فعالية هذا الاختصاص. ومن العوامل الحاسمة في إعاقة تطبيق الاختصاص العالمي عدم وفاء الدول بما يقتضيه هذا التطبيق بإدماج متطلباته في قوانينها الوطنية، أو تقييده بمحددات تؤدي إلى إعاقة إسناد المسؤولية الجنائية للأفراد عن الجرائم الدولية، سواء أكانت هذه المحددات موضوعية أم إجرائية أم زمانية أم مكانية.

أولاً- قصور التشريعات الوطنية وعدم مواءمتها مع الإلتزامات الدولية:

يتجسد هذا العائق في عدم اتخاذ بعض الدول الآليات الضرورية والكافية لإدماج الجرائم الدولية الخاضعة للاختصاص القضائي العالمي في تشريعاتها الداخلية، وأن يكون ذلك متفقاً مع المضمون والتعريف اللذين جاءت بهما الاتفاقيات الدولية، وهذا الأمر يضع المحاكم الوطنية أمام صعوبات في تكييف الجريمة على أنها دولية، لعدم وضوح عناصرها، وقد سبق للقضاء الفرنسي أن رفض عدة دعاوى مؤسسة على اتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٤٩م، بحجة أن المشرع الفرنسي لم يكن قد أدمجها في تشريعه الجزائي بعد، كما استند إلى الحجة ذاتها في رفض الشكوى المرفوعة ضد الرئيس التشيلي الأسبق (بينوشيه) في نوفمبر عام ١٩٩٨م لارتكابه جرائم ضد

(52) Béatrice Delzangles, Affaire Hassène Habré porté devant la cour internationale de justice: <https://www.paperblog.fr/1645902/affaire-hissene-habre-portee-devant-la-cour-internationale-de-justice-par-b-delzangles/>

تاريخ التصفح ٢٥/٤/٢٠٢٢م.

الإنسانية؛ لأنها لم تُجرم في قانون العقوبات الفرنسي إلا في ١ مارس ١٩٩٨^(٥٣)، فبدون التحديد الواضح والبين للأفعال المكونة للجرائم الدولية وعقوباتها في التشريع الجزائي الوطني، تصبح المحاكمة القائمة على أساس الاختصاص العالمي متعارضة مع المبدأ الأساسي الذي يقوم عليه القانون الجنائي، وهو شرعية الجرائم والعقوبات، وهذا يعني استحالة اتخاذ إجراءات الملاحقة العالمية، وخلق حصانة من العقاب لمرتكب الجريمة الدولية، ويفتح أمامه باباً واسعاً للتهرب من المسؤولية، وذلك عن طريق الدفع أمام السلطات الوطنية بعدم خضوع أفعاله للتجريم وفق قانونها الوطني.

كما أن بعض الدول^(٥٤) قصرت نطاق الاختصاص العالمي على بعض الجرائم الدولية، ولم تمده ليشمل جميعها، ما يفسح المجال للمتهمين بارتكاب الجرائم التي لم يشملها التجريم من الإقامة فيها باعتبارها ملجأً آمناً، محصنين من العقاب، كما أن بعض التشريعات تعرف الجرائم الدولية بشكل أوسع أو أضيق مما هو وارد في الاتفاقيات الدولية، وهذا يترتب عليه اختلاف في تكييف الأفعال المكونة للجرائم الدولية، وذلك بين قوانين الدولة التي وقعت فيها وقوانين الدولة القائمة بالمحاكمة، وهذا ما نلاحظه في جرائم الإرهاب بصورة خاصة، إذ تختلف تشريعات الدول في تحديدها للسلوكيات التي تشكل أفعالاً إرهابية، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة في تنسيق الجهود الدولية لردعها.

ثانياً- قوانين العفو والمصالحة الوطنية:

قد تصدر سلطات الدولة التي وقعت فيها الجريمة أو التي ينتمي الجاني إليها، قانوناً بالعفو عنه، أو تتخذ تدابير المصالحات الوطنية، بغرض إعادة التعايش السلمي، وخلق نوع من الحياة الاجتماعية تخلو من التوترات والاضطرابات الداخلية^(٥٥)، وقد أثارت

⁽⁵³⁾ Brigitte Stern, Pinochet face à la justice, RDPI, Tome 394, 2001/1. P 9/18.

أشارت إليه رابية نادية: مرجع سابق، ص ١٢٧. www.cairn.info. Revus disponible.

^(٥٤) من هذه الدول الأردن واليمن اللتان اقتصرتا على النص في قانونيهما العسكري على جرائم الحرب فقط.

^(٥٥) وفقاً لرأي بعض الفقهاء فإن العفو قد يعد وسيلة مناسبة لحل المنازعات؛ لأن استبعاد العفو يعني إطالة أمد النزاعات المسلحة. ويؤيدون وجهة نظرهم بأن هذا العفو يمكن تضيقه بخصوص أشخاص

هذه الإجراءات الجدل حول أثرها في إعاقه تطبيق الاختصاص العالمي، وهل هي ملزمة للدولة الراغبة في ممارسته؟

اختلف موقف الفقه والقضاء من هذه المسألة في اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى بعض الفقهاء أن منح العفو يعد قيداً على ممارسة الاختصاص القضائي العالمي، ويمنع المحاكم الوطنية من ممارسة اختصاصها في ملاحقة الجرائم الدولية الخطيرة^(٥٦)، وتؤيد بعض الاجتهادات القضائية هذا الاتجاه، إذ تقضي بالاعتراف بقوانين العفو التي تصدرها الدول الأجنبية، وهذا ما ذهبت إليه المحاكم الجزائية الإيرلندية، إذ ترفض نظر الدعوى المقامة أمامها إذا صدر قانون عفو عام يسقط حق الملاحقة في الدول الأجنبية^(٥٧)، كما أن الإدعاء العام في الدانمارك أعلن لمنظمة حقوق الإنسان، أنه يأخذ في الحسبان إجراءات قوانين العفو ذات الصلة وأحكامها في الدولة صاحبة الاختصاص الإقليمي، وذلك عند اتخاذ قرار بشأن محاكمة شخص متهم بجرائم داخلية في نطاق الاختصاص العالمي^(٥٨)، وبناء على ذلك رفضت السلطات الدانمركية التحقيق في ثلاث قضايا تتعلق بجرائم دولية؛ بسبب قرارات العفو

معنيين، حالات معينة، أو جرائم معينة أو وضع شروط لها مثل نزع السلاح إذا كانوا مقاتلين، الإقرار بارتكاب الجرائم، الاعتذار والالتزام بعدم الانخراط مجدداً في النزاعات مستقبلاً، أو القيام بخدمة المجتمع. وهذه الشروط غايتها تحقيق التوازن بين واجب المقاضاة من جهة، ومتطلبات الاستقرار مثل إنهاء النزاعات وتسريع كشف حقائق الماضي وضمان عدم ظهور الأفعال مجدداً. انظر في عرض هذا الرأي بحث بعنوان: اختصاص المحكمة الجنائية الدولية للدول غير الأطراف (العراق أنموذجاً)، ص ٤٢. منشور على الرابط: <https://n9.cl/ax0z4>

(56) M. Freeman, Necessary evils: "Amnesties and the Search for the Justice", Cambridge University press, Cambridge, 2009, p.399.

أشار إليه محمد رشيد حسن، رضا محمد إسماعيل: مرجع سابق، ١٣٣.

(٥٧) بن عليّة بن عطا الله، نسيغة فيصل: مرجع سابق، ص ٨٩.

(58) HUMAN RIGHTS WATCH: Universal Jurisdiction in Europe The State of the Art, June 2006 Volume 18, No. 5(D). P 25-26.

التي صدرت في الدول المعنية بها، مبررةً هذا الموقف لبلادها أنه، ومن منطلق المعاملة الحسنة، يجب احترام الأفعال الرسمية التي تصدر من الدول الأجنبية^(٥٩).

الاتجاه الثاني: يذهب غالبية الفقهاء، وبحق، إلى القول إن منح العفو لمرتكبي الجرائم الدولية أمر محظور في القانون الدولي، ولا يرتب أي أثر في منع إجراءات الملاحقة القانونية وفق الاختصاص القضائي العالمي، فقد قررت لجنة حقوق الإنسان، في تعليقها على قوانين العفو عن جرائم التعذيب، أن هذا العفو لا يتوافق مع واجب الدول بملاحقة هذه الجرائم والتحقيق بشأنها. ويضيف آخرون أن منح قوانين العفو يتعارض مع المبادئ الأساسية في القانون الدولي الجنائي، ومبادئ برينستون المتعلقة بالولاية القضائية العالمية، كما أن الاعتراف بإعلانات العفو كبديل عن المحاكمة، في فترات التحول السياسي أو الفترات الانتقالية، يعد أمراً مخالفاً لقواعد القانون الدولي، ويؤدي إلى حالات اللاعقاب^(٦٠).

وتؤكد الممارسة الدولية عدم جواز منح العفو عن مرتكبي الجرائم الدولية، وأن الدول التي تمارس اختصاصها القضائي العالمي غير ملزمة بقوانين العفو التي تمنح من الدولة الإقليمية، فهي تعد قوانين أجنبية بالنسبة لها، وتأكيذاً لهذا الرأي قررت محكمة النقض الفرنسية أن الجهات القضائية الفرنسية تمارس اختصاصها العالمي، وفقاً للقانون الفرنسي، حتى في ظل وجود قانون أجنبي يمنح العفو العام، واستندت في ذلك إلى أن المادتين (١/٦٨٩ و ٢/٦٨٩) من قانون الإجراءات الجزائية تمنحان الولاية القضائية للمحاكم الفرنسية لملاحقة كل شخص ومقاضاته، متى وجد على الإقليم الفرنسي، وارتكب خارج فرنسا جرائم تتعلق بأعمال التعذيب؛ بمفهوم المادة الأولى من إتفاقية نيويورك لمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لعام ١٩٨٤م، معتبرة أن القانون الموريتاني المتضمن العفو العام للمدعى عليه من الجنسية الموريتانية، والمتهم بارتكاب جرم التعذيب والأفعال اللاإنسانية، لا يمكن

^(٥٩) بديار ماهر ورفيقاه: مرجع سابق، ص ١٤٨.

^(٦٠) صبحي جورج ديبو: مرجع سابق، ص ٢٦١.

أن يجد له تطبيقاً، بدون تجريد مبدأ الاختصاص العالمي من كل آثاره^(٦١)، فهذا العفو يستفيد منه المتهم على الإقليم الموريتاني، من دون أن يمتد أثره إلى الإقليم الفرنسي، ومن ثم لا يلتزم به القضاء الفرنسي.

ثالثاً- تقادم الجرائم الدولية:

يعد تقادم الجرائم الدولية من أهم الحجج التي يمكن أن يتمسك بها المتهمون بارتكابها، وتأسيس دفاعهم عليها لرفض نظر الدعوى أمام المحاكم الجنائية الوطنية، وبخاصة إذا لم تكن الدولة القائمة بالمحاكمة قد صادقت على معاهدة عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية لعام ١٩٦٨م، ولا تنص في تشريعاتها الداخلية على عدم تقادم الجرائم الدولية، ففي الشكوى المقدمة بتاريخ ٦ يناير ١٩٩٩م ضد الرئيس الكوبي (فيدال كاسترو) بتهمة ارتكابه جرائم ضد الإنسانية، رفض القضاء الفرنسي الدعوى مستنداً في ذلك إلى تكييف الوقائع محل الشكوى بأنها ليست جرائم ضد الإنسانية؛ إنما جرائم تعذيب، وهي قد سقطت بالتقادم؛ لأنها لا تدخل في الجرائم الدولية غير القابلة للتقادم^(٦٢).

والمبدأ السائد في القانون الدولي أن المسؤولية الجزائية عن الجرائم الدولية لا تسقط بمضي الزمن، مهما طالت المدة على ارتكابها، ومن ثم فإن لجوء بعض الدول إلى النص في تشريعاتها الداخلية على إطالة مدة التقادم بشأن الجرائم الدولية، كما حدث في فرنسا، التي زادت مدة تقادم جرائم الحرب من ١٠ سنوات إلى ٣٠ سنة، لا يعني شيئاً في نظر القانون الدولي. وقد أكدت مبادئ برينستون بشأن الاختصاص العالمي على أن قوانين التقادم المسقط، أو أي نوع آخر من قوانين التقادم الوطنية، لا تسري على الجرائم الخطيرة بموجب القانون الدولي، وهي جرائم القرصنة، والاسترقاق، والجرائم ضد السلام، وجريمة الإبادة الجماعية، وجرائم التعذيب، وعلى الأخص جرائم

(61) Cass. Crim. 23 october 2002. Pourvoi n° 02-85.379. <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007070167/>

تاريخ التصفح ٢١/٠٤/٢٠٢٢م

(٦٢) صام لياس: الحصانة القضائية لرؤساء الدول في ضوء تطور القانون الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، ٢٠٠٨م، ص ٨٤.

الحرب والجرائم ضد الإنسانية، وذلك استناداً إلى اتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٦٨، الخاصة بعدم تقادم هذين النوعين من الجرائم الدولية، وإلى المعاهدة الأوروبية لعام ١٩٧٤^(٦٣)، وبالنسبة إلى سلطنة عمان فقد أدرج المشرع في المادة (٣) من قانون القضاء العسكري حكماً صريحاً يقضي بعدم تقادم جرائم الحرب، وجرائم الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية.

رابعاً- الحصانة القضائية:

القاعدة التي استقر العمل عليها في القانون الجنائي الدولي هي استبعاد الدفع بالحصانة أمام المحاكم الجنائية الدولية، كمبرر للتوصل من المسؤولية الجزائية عن ارتكاب الجرائم الدولية، فالصفة الرسمية لمرتكب الجريمة الدولية، ومهما كانت طبيعتها، ليست سبباً للإفلات من المسؤولية الجزائية^(٦٤)، أما بالنسبة إلى القانون الجزائي الوطني والمحاكم الوطنية فالأمر على غير ذلك؛ إذ إن الصفة الرسمية للشخص تعد عائقاً أمامها عند ممارستها الاختصاص العالمي، وبالأخص إذا كان المتهم من كبار المسؤولين في الدولة، ولا يزال على رأس عمله، فهذه الصفة تجعله بمنأى عن الملاحقة، وحصانة من العقوبات التي تقرها قوانين الدول الأجنبية، سواء وجد فيها بصفة رسمية أو بصفة خاصة هذه الحصانة تستند إلى احترام سيادة الدولة، التي تتمثل في شخصه، مع الإشارة إلى أن هذه الحصانة مؤقتة بطبيعتها، ترتبط بالمركز الوظيفي للشخص^(٦٥)، وتزول بانتهاء مهامه.

(٦٣) صبحي جورج ديبو: مرجع سابق، ص ٢٦٥.

(٦٤) أُقرت قاعدة استبعاد الحصانة للمرة الأولى في ميثاق محكمة نورمبرغ ومبادئها (م٧)، وميثاق محكمة طوكيو (م٦)، ثم تأكدت في العديد من المعاهدات وأنظمة المحاكم الجنائية الدولية، منها على سبيل المثال معاهدة حظر الإبادة الجماعية (م٦)، ونظام المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا السابقة (م٢/٧)، ونظام المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا (م٢/٦)، والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (م٢٧).

(٦٥) وهو ما أكدته قرار محكمة العدل الدولية بتاريخ ١٤ فبراير ٢٠٠٢م بشأن قضية "يرود يانندو مباسي"، الذي اعد، خلافاً للمواثيق الدولية، ونصوص المحاكم الجنائية الدولية، أن ذوي الصفة الرسمية في الدولة؛ أي رؤساء الدول ورؤساء الوزراء ووزراء الخارجية، يتمتعون بالحصانة القضائية

وتشير بعض الدراسات^(٦٦) إلى العديد من التطبيقات القضائية، قد استندت إلى الحصانة القضائية التي يتمتع بها مرتكبو الجرائم الدولية؛ لاستبعاد مساءلتهم جزائياً أمام المحاكم الأجنبية من هذه التطبيقات رفض النيابة العامة لدى محكمة باريس في نوفمبر ١٩٩٨م الدعوى المرفوعة ضد رئيس جمهورية الكونغو الديمقراطية (لوران كابيلا)، بشأن اتهامه بارتكاب جرائم التعذيب، على أساس أن الحصانة الجنائية، التي يتمتع بها كرئيس دولة، تحظر ملاحقته جزائياً أمام محاكم أجنبية، وقضت إحدى المحاكم الإسبانية بتاريخ ٢٠ نوفمبر ١٩٩٩م، في الدعوى المرفوعة ضد الرئيس الكوبي (فيدال كاسترو) بتهمة ارتكاب جرائم الإبادة، والإرهاب، والتعذيب، بحفظ الدعوى، استناداً إلى أن رئيس الدولة يتمتع بالحصانة القضائية المطلقة في أثناء أداء وظائفه الرسمية. كما أن محكمة النقض البلجيكية، وبمناسبة الدعوى المرفوعة ضد رئيس وزراء الكيان الإسرائيلي (أرييل شارون)، لارتكابه جرائم ضد الإنسانية، وجرائم الإبادة، وجرائم الحرب، في قضية مجزرة (صبرا وشاتيلا)، قضت في قرارها الصادر بتاريخ ١٢ فبراير ٢٠٠٣م، باستبعاد ملاحقته؛ لأن القانون الدولي يمنع ملاحقة رؤساء الدول أمام المحاكم الأجنبية في أثناء أداء مهامهم. وتتلخص وقائع هذه الدعوى في أنها أقيمت أمام محكمة بروكسل، حيث أصدر قاضي التحقيق البلجيكي، بناء على المادة (١٢٧) من قانون المسطرة الجنائية البلجيكي، قراراً بإحالة القضية على النائب العام، الذي رفع بدوره القضية إلى غرفة الاتهام بمحكمة الاستئناف، والتي قررت عدم قبول الدعوى، على أساس أن تطبيق الاختصاص القضائي العالمي يتوقف على وجود المتهمين داخل إقليم بلجيكا، وعندما تم الطعن في القضية أمام محكمة النقض

في فترة أداء وظائفهم، ضد أي قبض عليهم من قبل محاكم أجنبية بسبب جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية. عبدالله علي عبو سلطان: مرجع سابق، ص ٢٣٥.

(٦٦) رابية نادية: مرجع سابق، ص ١٣٩-١٤٠. بوجليل نبيل، بوعناني ياسين: عوارض تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة - بجاية، السنة الجامعية ٢٠١٢/٢٠١٣، ص ٦٠.

البلجيكية، رفضتها استناداً إلى أن (شارون) يعد رئيس وزراء دولة أجنبية وقت تقديم الشكوى، ومن ثم يتمتع بالحصانة في مواجهة الدعوى الجنائية^(٦٧). وقد ذهب مجلس اللوردات البريطاني إلى أن حصانة رئيس الدولة تتصرف إلى الأعمال التي يؤديها في خلال ممارسته لوظائفه كرئيس للدولة؛ فهي أعمال تصطبغ بالصفة الرسمية، ولكن شرط ذلك أن تكون متوافقة مع حكام القانون الدولي، وواقع الأمر أن الجرائم التي ارتكبتها (بينوشيه) لا يمكن وصفها بالأعمال الرسمية. غير أن محكمة العدل العليا البريطانية قررت خلاف ذلك، وقضت في حكمها الصادر في ٢٨ أكتوبر ١٩٩٨م، أن (بينوشيه)، بوصفه رئيساً لدولة ذات سيادة، يتمتع بالحصانة الدبلوماسية أمام المحاكم الإنكليزية في كافة الدعاوى المدنية والجنائية^(٦٨).

المطلب الثالث

التحديات السياسية

لا شك أن تفعيل الاختصاص القضائي العالمي يتوقف، في كثير من الحالات، على الإرادة السياسية للدول، سواء منها الدولة القائمة بالملاحقة أم الدول الأخرى، إذ تلعب مصالحها السياسية دوراً مهماً في الملاحقة بشأن الجرائم الدولية، وتواجه المحاكم الجزائية الوطنية، في أثناء نظرها للجرائم الدولية المرتكبة خارج إقليم الدولة، نوعين من التحديات السياسية التي تحد من ممارستها لولايتها استناداً إلى الاختصاص العالمي، داخلية وخارجية.

أولاً-التحديات السياسية الداخلية: يواجه السلطات القضائية الوطنية في تطبيق الاختصاص العالمي تحدياً جوهرياً، يتمثل في التعارض بين عالمية الغاية من تطبيق هذا الاختصاص وبين خصوصية المصالح السياسية للدولة. فالسلطات المختصة في الدولة، وإن وضعت إطار عمل محدد لسلطاتها القضائية يتضمن الاختصاص

^(٦٧) نزار حمدي إبراهيم قشطة: مرجع سابق، ص ٢٦٦، هامش ١.

^(٦٨) وردة ملاك: تنازع الاختصاص بين القضاء الجنائي الدولي والتشريعات الوطنية، أطروحة دكتوراه، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة ٠١، السنة الجامعية ٢٠١٦/٢٠١٧م، ص ٣٣٢.

العالمي؛ لكنها في الوقت ذاته، قد تصدر القرارات السياسية الهادفة إلى منع المحاكمات المستندة إلى هذا الاختصاص أو إعاقتها، كمنع الضحايا من اللجوء مباشرة إلى القضاء، واشتراط إصدار إجراء إداري أو تنفيذي للبدء بالملاحقة، كاستلزام موافقة المدعي العام أو وزير العدل قبل مباشرة التحقيق الجنائي في الجريمة الدولية^(٦٩)، وما يزيد من خطورة الأمر وحساسيته هو أسلوب العمل الذي تتبناه بعض الدول في السماح لموظفيها السياسيين بالتدخل في القرار القضائي، أو في كون القرار السياسي هو المرجع الفاصل في مسائل التسليم والتعاون القضائي الدولي.

من المؤكد أن وجود نظام ديمقراطي وسلطة قضائية مستقلة سوف يسهم في توفير مناخ سياسي ملائم، ويسمح بالسير في إجراءات الدعوى في دولة الملاحقة، وقد تحاول حكومة الدولة التي ارتكبت فيها الجريمة منع إقامة الدعوى، خاصة إذا كان النظام الحاكم الذي ينتمي إليه مرتكبو الجريمة لا يزال قائماً، إذ قد يعيق إمكانية الحصول على المعلومات والأدلة، أو يهدد سلامة الشهود والضحايا، كما أنه قد يحاول إغلاق ملف القضية كلية، على نحو ما فعلت دولة التشيلي في قضية (بينوشيه)، وعندها قد تتوقف نتيجة الدعوى على الإرادة السياسية لدولة الملاحقة، وعلى استقلال سلطاتها القضائية، وعلى النفوذ المضاد الذي قد تتمتع به الجماعات ذات المصلحة^(٧٠).

إن الحفاظ على علاقات سياسية مستقرة بين الدول، وما يفرضه من واجب عدم التدخل في شؤونها الداخلية، هو المبرر الذي قد تلجأ إليه بعض الدول لتبرير رفضها تطبيق الاختصاص العالمي، ويعيق العمل القضائي في مواجهة الجرائم الدولية المرتكبة خارج الحدود الإقليمية للدولة، وبخاصة أنها لا تمس مصالحها بشكل مباشر. فمن بين الدفوع التي اعتمد عليها المدعي العام الجمهوري في باريس، بشأن الاستئناف

(69) Amnesty International: UNIVERSAL JURISDICTION: The duty to enact and enforce jurisdiction-Chapter Fourteen (Overcoming obstacles to implementing universal jurisdiction), September 2001- AI Index: IOR 53/017/2001, p.13.

<https://www.amnesty.org/en/documents/ior53/017/2001/en/>

تاريخ التصفح ٢٠٢٢/٠٤/١٩م.

(٧٠) نزار حمدي إبراهيم قشطة: مرجع سابق، ص ٢٦٧.

المؤرخ في ١٩ أكتوبر ١٩٩٩م، ضد قرار الاتهام الصادر عن قاضي التحقيق في قضية الرئيس الليبي (معمر القذافي)، أن مبدأ سيادة الدولة يمنع الدول الأخرى من محاكمة أفعالها؛ لأنها ذات سيادة، وأنه لا يوجد فرق بين الدولة وممثلها الرسمي، كما أن جمهورية الكونغو الديمقراطية، في عريضتها الافتتاحية لدعوى أمام محكمة العدل الدولية، أشارت، وبشكل صريح، إلى أن التحقيق القضائي الذي فُتح في فرنسا ضد ذوي الصفة الرسمية خلق توتراً في العلاقات الفرنسية الكونغولية، كما أعدت التشيلي إجراءات الملاحقة التي اتخذها القضاء الإسباني ضد الجنرال (بينوشيه) تدخلاً في شؤونها الداخلية^(٧١).

ثانياً-التحديات السياسية الخارجية:

من المؤسف جداً أنه، في كثير من الحالات، يصبح تطبيق الاختصاص القضائي العالمي رهناً بالمصالح السياسية للدول، فتغليب هذه المصالح يسهم كثيراً في إعاقة ملاحقة الجرائم الدولية الأكثر خطورة، والمرتبكة ضد حقوق الإنسان الأساسية، ما يدفع ببعض الدول، وتبعاً لمصالحها الآنية، إلى ممارسة التهديد والضغط السياسية على دول أخرى، لمطالبتها بوقف إجراءات الملاحقة الجزائية أو الرفض الكلي للاختصاص العالمي.

ولا يخفى على أحد الضغوط التي مارستها الولايات المتحدة الأمريكية وحلفاؤها على الحكومة البلجيكية، والمتمثلة في تحويل مقر حلف شمال الأطلسي^(٧٢)، إذا لم توقف النظر في الدعاوى المرفوعة ضد بعض الشخصيات الرسمية الأمريكية والإسرائيلية عام ٢٠٠١، منها الدعوى العمومية ضد رئيس الوزراء الإسرائيلي (أرييل شارون)، لارتكابه جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية والإبادة الجماعية في مجزرة (مخيمات صبرا وشاتيلا) عام ١٩٨٢م، عندما كان وزيراً للدفاع، والدعوى العمومية المرفوعة ضد الرئيس الأمريكي (جورج بوش الأب)، ووزير الخارجية الأمريكي (كولين باول)، ونتيجة

(٧١) انظر في هذه الأحكام رابطة نادية: مرجع سابق، ص ١٤٨، والمراجع المذكورة فيه.

(٧٢) من المعروف أن مقر حلف شمال الأطلسي يوفر الآلاف من الوظائف، ومن ثم فإن نقله إلى خارج بلجيكا يعني خسارتها لهذه الوظائف وزيادة آلاف العاطلين عن العمل.

لهذه الضغوط قامت السلطات البلجيكية بإجراء تعديلات جوهرية على قانون ١٠ فبراير ١٩٩٩م، وذلك بموجب قانون ٢٣ أبريل ٢٠٠٣م، التي قيدت من نطاق تطبيق الاختصاص القضائي العالمي، باستلزام توافر عدة شروط؛ منها ضرورة أن يتمتع كل من المشتكي والمتهم بالجنسية البلجيكية أو الإقامة على الأراضي البلجيكية مدة ثلاث سنوات على الأقل، كما جعلت قبول النظر في الدعوى رهناً بضرورة فحصها من طرف رئيس محكمة الاستئناف ببروكسل. وبناء على هذه التعديلات سارعت الفيدرالية البلجيكية إلى تبليغ الولايات المتحدة الأمريكية بعدم قبول الدعاوى المرفوعة ضد (جورج بوش الأب)، و(كولين بأول)، كما أعلنت في ١٥ أغسطس ٢٠٠٣م عن عدم اختصاصها بالنظر في الدعاوى المذكورة والدعاوى المماثلة لها، وأحالت بقية الدعاوى الخاصة بكبار المسؤولين إلى دولهم^(٧٣).

كما تعرضت الحكومة الإسبانية لتهديدات كتابية من الصين، بعد أن باشر القضاء الإسباني عام ٢٠٠٨م التحقيق بشأن الاضطهاد المرتكب ضد الشعب (التيبه) في أحداث مارس ٢٠٠٨م، وتضمن هذا التحقيق طلب امتثال بعض القادة الصينيين العسكريين والسياسيين، بالحضور أمام القضاء الإسباني بتهم ارتكاب جرائم الإبادة الجماعية وجرائم ضد الإنسانية، ونتيجة لهذه التهديدات اتخذت إسبانيا قراراً بتاريخ ١٩ مايو ٢٠٠٩م بحصر الملاحقات الجزائية وفق الاختصاص العالمي في الجرائم التي لها رابطة مع إسبانيا، وهي رابطة الجنسية، كما تعرضت إسبانيا أيضاً لضغوط سياسية مماثلة من طرف حكومة الكيان الإسرائيلي من أجل حفظ الشكوى التي رفعها المركز الفلسطيني من أجل حقوق الإنسان ضد وزير الدفاع الإسرائيلي (Benjamin Ben Eliezer) ومسؤولين عسكريين آخرين، لارتكابهم جرائم ضد الإنسانية، في الغارة الجوية الإسرائيلية بتاريخ ٢٢ يوليو ٢٠٠٢م واستهدفت أحد قادة حماس، وأدت إلى مقتل ١٤ مدنياً فلسطينياً، وإصابة ١٥٠ آخرين بجروح. وعقب إعلان القضاء الإسباني فتح التحقيق بهذه الشكوى، أعلن رئيس الوزراء الإسرائيلي (Ehud Barak) أنه

(٧٣) بوجلليل نبيل، بوعناني ياسين: مرجع سابق، ص ٦٢. أسماء بللملياني، مرجع سابق، ص ٢٢١.

سيُتخذ كل ما في وسعه من أجل إلغاء هذه الملاحقة، وفعلاً، وبعد عدة أيام أُصدر القضاء الإسباني قراراً بحفظ الشكوى^(٧٤).

وبناء على التدخلات السياسية للدول في تقييد تطبيق الاختصاص القضائي العالمي، يفقد هذا الاختصاص فاعليته على الصعيد الخارجي، وتصبح معظم إجراءاته غير قائمة على أسس قانونية واضحة، وتبتعد عن هدفها في تحقيق العدالة للضحايا، والقضاء على حالات الإفلات من العقاب، وترتهن لاعتبارات سياسية منحازة، تؤدي إلى استخدام الاختصاص العالمي على نحو فوضوي وانتقائي، يقوم على سياسة الكيل بمكيالين. فقد ثبت من خلال عدة محاكمات وفق الاختصاص القضائي العالمي أن المصالح السياسية للدول القوية قد تؤدي إلى ملاحقة مجرمين من دولة أو دول معينة دون دول أخرى، كما هو الحال في الاستمرار بمحاكمة كل من (بينوشيه) و(حسن حبري)، ووقف المحاكمة ضد المسؤولين الأمريكيين والإسرائيليين، الأمر الذي يؤدي إلى عدم المساواة الواقعية بين الدول الكبرى والدول الصغرى، ويجعل الأخيرة عرضة لديكتاتورية القرار في العلاقات الدولية المعاصرة.

وفي هذا الشأن أعدت عدة دول أعضاء في منظمة الوحدة الإفريقية، في القمة التي انعقدت في ليبيا عام ٢٠٠٩م، أن إجراءات الملاحقة الجزائية التي تتخذها الدول الأوروبية هي في الغالب ضد ذوي الصفة الرسمية في الدول الإفريقية، وهذا يعد تعسفاً في استعمال مبدأ الاختصاص العالمي، واللامساواة في المعاملة بين الدول، وقد أصدرت المنظمة في هذه القمة القرار المؤرخ في ٣ يوليو ٢٠٠٩م الذي جاء فيه: "على الدول الأوروبية الوقف الفوري للملاحقات الجزائية الموجهة ضد ذوي الصفة الرسمية في الدول الإفريقية"^(٧٥).

(٧٤) رابطة نادية: مرجع سابق، ص ١٥٦.

(٧٥) رابطة نادية: مرجع سابق، ص ١٥٧.

الخاتمة

تناول هذا البحث اختصاص المحاكم الوطنية في الجرائم الدولية وتحديات تفعيله، وتبين أن هذه المحاكم يمكن أن تقوم بدور مهم وفعال في مكافحة هذه الجرائم؛ عندما يخولها المشرع الوطني سلطة النظر فيها، استناداً إلى الاختصاص القضائي العالمي. فإذا منح هذا الاختصاص بعداً عملياً فعالاً عدّ إحدى الأدوات الأساسية التي تسهم في حماية الحقوق الأساسية للبشرية من الانتهاكات الخطيرة، وفي ضمان منع ارتكاب الجرائم الدولية الأكثر خطورة، كما يعد هذا الاختصاص آلية احتياطية فعالة لمكافحة الإفلات من العقاب، في حال أخفقت الدول باتخاذ الإجراءات القانونية القمعية وفق القواعد التقليدية للاختصاص الجنائي الوطني؛ أي وفق الاختصاصين الإقليمي والشخصي، باعتبارهما الآلية الأصلية للملاحقة والعقاب، ونلمس في بعض السوابق التاريخية التي طبق بشأنها الاختصاص العالمي، كقضية (بينوشيه) و(حسن حبري) وغيرهما، عدداً من المكاسب القانونية فيما يخص عالمية المعايير الدولية لحماية حقوق الإنسان، كما أن مرتكبي هذه الجرائم لا يمكنهم الإفلات من العقاب والهرب من تحمل تبعات أفعالهم، مهما كانت جنسيتهم، ومركزهم في الدولة، وجنسية ضحاياها، ومكان ارتكابها. وقد توصل هذا البحث إلى عدد من النتائج؛ نذكر أهمها، ثم نتبعها ببعض التوصيات.

أولاً- النتائج:

١-تستطيع الدول منح محاكمها صلاحية ممارسة الاختصاص القضائي العالمي للنظر في الجرائم الدولية الأكثر خطورة؛ وذلك استناداً إلى الصكوك والاتفاقيات الدولية، فضلاً عن ممارساتها بإراداتها المنفردة القائمة على اعتقاد بالإلزام لوجود قاعدة عرفية راسخة، تمنح الدول الحق في توسيع نطاق اختصاصها القضائي، بغية ملاحقة الأشخاص الذين تقوم دلائل على أنهم ارتكبوا جرائم دولية، واعتقالهم، ومعاقتهم إذا ثبتت إدانتهم بها.

٢-إن تفعيل الاختصاص القضائي العالمي يستلزم من المشرع الوطني الوفاء بالمتطلبات التي تفرضها الاتفاقيات الدولية، وتوجب العمل على تنفيذها، وقيامه بإجراء التعديلات القانونية أو الدستورية اللازمة، بما يتلاءم مع أحكام تلك الاتفاقيات، بتجريم الأفعال المكونة للجرائم الدولية في النصوص الوطنية كما هي عليه في المعاهدات،

وإسناد الاختصاص العالمي للمحاكم الوطنية، وإلغاء أية أنظمة تحول دون اتخاذ إجراءات الملاحقة والمحاكمة، وتغلق على المجرمين فرص الإفلات من العقاب.

٣- مع أن الأخذ بالاختصاص القضائي العالمي له فوائد عديدة، إلا أنه، من الناحية العملية، يُواجه بتحديات عديدة تحدُّ كثيراً من فعاليته، وتعيق السير العادي لتطبيق العدالة الجنائية ومكافحة الالعقاب، وهذه التحديات تتمثل في: عجز الدولة القائمة بالملاحقة عن توفير التكاليف المالية الباهظة التي تتطلبها، فيحول ذلك دون متابعتها إجراءات الملاحقة والمحاكمة، وفي الحصانات القضائية لكبار الشخصيات الرسمية في الدولة، وتمنع محاكمتهم أمام المحاكم الجنائية الأجنبية، وفي إصدار قوانين العفو والمصالحات الوطنية، وكذلك مضي المدة أو التقادم على الجرائم الدولية، ما يتيح الفرصة لمرتكبيها للإفلات من العقاب، وتعد الضغوط والتهديدات السياسية من أخطر التحديات التي تواجه تطبيق الاختصاص العالمي، وبشكل خاص عندما يتعلق الأمر بمتهمين من رعايا الدول القوية أو إحدى حليفاتها، فنصبح أمام عدالة انتقائية، وازدواجية في التعامل مع الجرائم الدولية، وإخلاقاً بمبدأ المساواة ووحدة المعاملة مع جميع الدول.

٤- بعض الدول العربية، ومنها سلطنة عمان، وإن أدرجت بعض الجرائم الدولية في قوانينها العسكرية، إلا أنها لم تتبنَّ الاختصاص القضائي العالمي بشكل صريح وواضح.

ثانياً- التوصيات:

بناء على ما توصلت إليه في هذا البحث أوصي بالآتي:

١- دعوة الدول العربية إلى الأخذ بالاختصاص القضائي العالمي بشكل صريح ومباشر، ليكون هذا الاختصاص آلية فعالة وأكثر ملاءمة؛ بالنظر إلى متطلبات القانون الدولي الإنساني، وإصدار تشريع خاص بمكافحة الجرائم الدولية الأكثر خطورة، يتضمن مختلف الأحكام الموضوعية والإجرائية، تخول محاكمها الوطنية صلاحية النظر في الجرائم الدولية في نصوص واضحة، لا تقبل أي تأويل، وبدون أية قيود؛ حتى يكون هذا التشريع مهيناً للتصدي لمرتكبي الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني، التي تحصل في الدول العربية، وبخاصة في فلسطين المحتلة من قبل الكيان الإسرائيلي.

٢- ضرورة النص صراحة على عدم سريان قوانين العفو، التي تصدر من السلطات الوطنية، على الجرائم الدولية ومرتكبيها، لما تمثله من خطورة ودرجة عالية من الجسامة، وتهدد الحقوق الأساسية للإنسان، والمصالح المشتركة للمجتمع الدولي وقيمه العليا، وذلك أسوة بالنص في القانون الجنائي الدولي على عدم تقادم هذه الجرائم بمضي المدة.

٣- العمل على دحض الاعتبارات السياسية التي تعرقل فعالية الاختصاص القضائي العالمي، وإبرام الاتفاقيات الدولية في مجال تسليم المجرمين والتعاون القضائي، واستبعاد الحصانات القضائية عن كبار الشخصيات الرسمية في الدولة المسؤولين عن ارتكاب الجرائم الدولية.

المراجع

أولاً- الكتب والأبحاث والرسائل العلمية:

- أحمد محمد العمر: شرح قانون الجزاء العماني القسم العام، الشرعية الجزائية- الجريمة- عوارض المسؤولية الجزائية، الأجيال، الطبعة الأولى ٢٠١٩م.
- أحمد محمد العمر: العقوبات القانونية التي تعيق عمل المحكمة الجنائية الدولية، المجلة القانونية والقضائية لمركز الدراسات القانونية والقضائية، قطر، العدد الثاني، ديسمبر ٢٠٢٠م، الصفحات ١٥٩-٢٢٢.
- أسماء بلملاني: مساهمة الاختصاص الجنائي العالمي في التصدي لانتهاكات القانون الدولي الإنساني، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، السنة ٢٠١٩م، المجلد ١٦، العدد ٠٣، ص ٢٢١-٢٢٢.
- بديار ماهر، سلام مؤيد شريف، منار عبد المحسن عبد الغني: الاختصاص العالمي لمحاكم الجنايات الوطنية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٥/ السنة ٥/ العدد ١٧.
- بن علي بن عطا الله، نسيغة فيصل: دور مبدأ الاختصاص العالمي في منع الإفلات من العقاب، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد الرابع، العدد الأول ٢٠٢٠م.

- بوجليل نبيل، بوعناني ياسين: عوارض تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة-بجاية، السنة الجامعية ٢٠١٢/٢٠١٣م.
- بوخالفة سعاد: مبدأ التسليم أو المحاكمة على ضوء أعمال لجنة القانون الدولي، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، ٢٠١٤م، ص ٧٠.
- خالد عواد حمادي: مبدأ الاختصاص العالمي ودوره في تحقيق العدالة الجنائية وقمع انتهاكات القانون الدولي الإنساني. مجلة العلوم القانونية، مجلد ٣١، عدد ٤ (٢٠١٦م)، ص ٢٦٣-٢٩٠.
- دخلافي سفيان: مبدأ الاختصاص العالمي في القانون الجنائي الدولي، مذكرة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية ٢٠٠٧-٢٠٠٨.
- رابية نادية: مبدأ الاختصاص العالمي في تشريعات الدول، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، ٢٠١١.
- ريم الكسيري: مبدأ الاختصاص القضائي العالمي، المركز السوري للدراسات والأبحاث القانونية. <https://sl-center.org/?p=74> تاريخ التصفح ٢٠٢٢/٠٤/٢١م.
- شريف عتلم: العقاب على جرائم الحرب بين الواقع والمأمول، ضمن كتاب عمر مكي: القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة المعاصرة، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، د. ت.
- صام لياس: الحصانة القضائية لرؤساء الدول في ضوء تطور القانون الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، ٢٠٠٨م.
- صبحي جورج ديبو: الاختصاص الجنائي العالمي، رسالة دكتوراه، جامعة حلب، ٢٠١٥.
- صديقي سامية: الاختصاص الجنائي العالمي في مواجهة الجرائم الدولية. <https://www.manar.com/page-32633-ar.html> تاريخ التصفح ٢٠٢٢/٤/١٧م.
- عبد الله علي عبو سلطان: دور القانون الدولي الجنائي في حماية حقوق الإنسان، دار دجلة، الطبعة الأولى ٢٠١٠.

- فؤاد خوالدة، عبد الرزاق لعمارة: الاختصاص الجنائي العالمي بالعقاب على الجريمة الدولية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد العاشر جوان ٢٠١٨م، المجلد الثاني، ٤٣٢-٤٤٧.
- ماهر البنا: مبدأ الاختصاص العالمي وإفلات الدول الكبرى من العقاب. <https://www.sudaress.com/sudanile/18452>. تاريخ التصفح ٢٢/٠١/٢٠٢٢م.
- محمد رشيد حسن، رضا محمد إساعيل: عوائق ممارسة اختصاص التقاضي عن الجرائم الدولية أمام القضاء الوطني دراسة تحليلية. المجلة العلمية لجامعة جيهان - السليمانية، المجلد (٥) العدد (١)، حزيران ٢٠٢١، ص ١٢٢-١٤٩.
- محمد عادل جروف: الاختصاص القضائي العالمي وغياب المحاسبة. <https://mohgroof.blogspot.com/2014/05/1.html> تاريخ التصفح ٣٠/٠٩/٢٠١٩م.
- ميشال شماس: أهمية الاختصاص العالمي في ملاحقة مرتكبي الجرائم بحق الشعب السوري. <https://2u.pw/6bqi2>، تاريخ التصفح ٢١/٠٤/٢٠٢٢م.
- نزار حمدي إبراهيم قشطة: السياسة التشريعية العمانية في تطبيق مبدأ الاختصاص الجنائي العالمي للمحاكم الوطنية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد ١٤/العدد ٠٢ (٢٠٢١م)، ص ٢٥١-٢٧٣.
- هاني فتحي جورجي: الاختصاص الجنائي العالمي كملاد أخير. <https://2u.pw/KXTGm>، تاريخ التصفح ٢١/٠٤/٢٠٢٢م.
- هشام الشرقاوي: جرأة القضاء الوطني في ظل الاختصاص العالمي والعرف الدولي. <https://www.maghress.com/almassae/123655>. تاريخ التصفح ٢٦/٠٩/٢٠١٩م.
- وردة ملاك: تنازع الاختصاص بين القضاء الجنائي الدولي والتشريعات الوطنية، أطروحة دكتوراه، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة ٠١، السنة الجامعية ٢٠١٦/٢٠١٧م.
- وسام الدين العكلة: الولاية القضائية العامة. ز نافذة أمل لضحايا الانتهاكات في سورية. <https://n9.cl/b0559> تاريخ التصفح ٢٥/٠٤/٢٠٢٢م.
- دون اسم كاتب: اختصاص المحكمة الجنائية الدولية للدول غير الأطراف (العراق أنموذجاً)، <https://n9.cl/ax0z4>. تاريخ التصفح ١٨/٠٤/٢٠٢٢م.

ثانياً- باللغة الأجنبية:

- Béatrice Delzangles, Affaire Hassène Habré porté devant la cour international de justice <https://www.paperblog.fr/1645902/affaire-hissene-habre-portee-devant-la-cour-internationale-de-justice-par-b-delzangles/>. تاريخ التصفح ٢٠٢٢/٤/٢٥ م.
- Cass.crim. 26 mars 1996. <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007068336>. تاريخ التصفح ٢٠٢٢/٠٤/٢١ م.
- Cass. Crim. 23 october 2002. Pourvoi n° 02-85.379. <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007070167/>. تاريخ التصفح ٢٠٢٢/٠٤/٢١ م.
- HUMAN RIGHTS WATCH: Universal Jurisdiction in Europe The State of the Art, June 2006 Volume 18, No. 5(D). P 25-26
- Le Sénégal appelé à juger ou extraditer Hissène Habré, Par Communiqué.
- Publié le 20 février 2009 à 16h35, mis à jour le 2 juin 2020 à 09h56. <https://www.afrik.com/le-senegal-appelle-a-juger-ou-extraditer-hissene-habre> تاريخ التصفح ٢٠٢٢/٤/٢٥ م.
- T.P.I.Y, Chambre d'Appel, affaire Blaškić, arrêt du 29 Octobre 1997; «les juridictions nationales des Etats de l'Ex-Yougoslavie, comme celles de tout Etat sont tenues par le droit coutumier, de juger ou d'extrader les personne présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire». Arrêt Relatif à la Requête de la République de Croatie aux Fins d'Examen de la Décision de la Chambre de Première Instance II rendue le 18 juillet 1997 (icty.org). تاريخ التصفح ٢٠٢٢/٤/١٨ م.

ثالثاً- التقارير والوثائق الدولية:

- اللجنة الدولية للصليب الأحمر: تصريح ١٣ أكتوبر/تشرين الأول ٢٠١٧ بعنوان "نطاق مبدأ الاختصاص القضائي العالمي وتطبيقه".
تاريخ التصفح <https://www.icrc.org/ar/document/scope-and-application-principle-universal-jurisdiction-icrc-statement-united-nations-unga-2017> ٢٠٢٢/٠٤/١٨.
- لجنة القانون الدولي في دورتها التاسعة والستون، الجمعية العامة، الوثائق الرسمية، الدورة الثانية والسبعون، الملحق رقم ١٠ (A/72/10).
تاريخ https://digitallibrary.un.org/record/1303207/files/A_72_10-AR.pdf ٢٠٢٢/٠٤/١٨.
- Amnesty International: UNIVERSAL JURISDICTION: The duty to enact and enforce jurisdiction-Chapter Fourteen (Overcoming obstacles to implementing universal jurisdiction), September 2001- AI Index: IOR 53/017/2001, p.13.
<https://www.amnesty.org/en/documents/ior53/017/2001/en/>.
تاريخ التصفح ٢٠٢٢/٠٤/١٩.
- UA-UE Groupe d'experts techniques ad hoc sur le principe de compétence universelle, un rapport destiné à la 12e session de la troïka ministérielle UA-UE qui aura lieu fin avril 2009, p.04.
https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/D019D4674FF94FB_A4925762C0022D757-Rapport_complet.pdf.
تاريخ التصفح ٢٠٢٢/٠٤/١٨.

الحماية الجنائية الدولية للعقائد الدينية

الدكتور/محمد السعيد عبد الشفيق القرعة*

المخلص:

أضحى الاعتداء على العقائد الدينية في الآونة الأخيرة من الكثرة بحيث لا يمكن غض الطرف عنه، الأمر الذي استدعى أن تكون جرائم التعدي على العقائد الدينية جرائم تستدعي حماية دولية، لهذا فقد أدرك المجتمع الدولي البعد الذي تحتله العقائد الدينية في نفوس الأفراد والآثار الخطيرة التي يمكن أن تنجم عن المساس بتلك العقائد. خصوصاً بالنسبة إلى لمجتمعات متعددة الأعراق الدينية، فجاءت الحماية الدولية في هذا المجال هادفة إلى تحقيق التوازن بين حماية العقائد الدينية من جانب وحرية الرأي والتعبير من جانب آخر بما لا يتعارض مع احترام تلك العقائد، من أجل المحافظة على علاقة الاحترام المتبادل بين الشعوب وشيوع روح التسامح بينهم.

الكلمات المفتاحية: العقائد الدينية - جرائم دولية - حرية الرأي والتعبير - الحماية الدولية - الحرية الدينية.

* دكتوراه في القانون الجنائي.



International Criminal Protection of Religious Beliefs

Dr. Mohammad Elsaid Abdulshafie Elkozaa*

Abstract:

No one can Lower the gaze concerning The noti Ceable assault upon the religious dogma which becomes so clear nowadays .The Thing That makes it essential and necessary to see crimes a against religious dogma need more international Society now is a ware with the effective role of religious dogma towards souls of individuals and the dangerous effects which can appear after dealing with this dogmas in a wrong way especially in societies with different religious ethnicities So, the international protection came in this field to achieve the hopeful balance between religious dogma from one side and the liberty of opinion and expression from the other side which cant be considered an opponent in front to respecting this dogmas to keep the strong mutual respecting relation between nations and spreading to lerance among them.

Keywords: Religious Dogmas - International Crimes - Freedom of Speech - International Protection - Religious Liberty.

*PhD in Criminal Law.

المقدمة

تشغل العقائد الدينية مكانة عظيمة لدى الإنسان، وتؤثر تأثيراً مباشراً في حياة الأمم والشعوب، نتيجة لارتباطها الوثيق بشخص الإنسان، وتكتسب أهمية كبيرة على المستوى الاجتماعي كمقوم من مقومات أى حضارة على وجه الأرض، بل إن الدول على اختلاف أنظمتها السياسية لا يمكن أن تتكر أهمية العقائد الدينية؛ لأنها أصل التشريع ومنها استمدت القوانين الوضعية قواعدها، وبالتالي فإن حمايتها هي الأولى بالاعتناء والرعاية والتكاتف لرد أى عدوان يقع عليها؛ لأنه في الآونة الأخيرة انتشرت جرائم العدوان على العقائد الدينية كجرائم مستحدثة نتيجة لازدياد وسائل التعرض لها، وأيضاً للخلط السائد بين حرية الاعتقاد وحرية الرأي والتعبير، وما ينجم عنه من التعرض لعقائد الآخرين الدينية بالطعن فيها.

لهذا فقد أدرك المجتمع الدولي البعد الذي تحتله العقائد الدينية في نفوس الأفراد والآثار الخطيرة التي تتجم عن المساس بها، لذلك أضحت الحاجة ماسة لتكاتف المجتمع الدولي لمواجهة تلك الجرائم وما ينجم عنها من أضرار بالسلم والأمن الدوليين؛ لأنه لا أحد ينازع في خطورة الجريمة إن مست العقائد الدينية؛ لأن الإنسان يعتز بها وبانتمائه إليها، ولا يتهاون في الدفاع عنها مضحياً بالنفس والنفيس للتصدي لكل من يتناول عليها بالقول أو الفعل.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع في ضرورة العقيدة الدينية في حياة البشر، فمن خلال العقيدة الدينية تستقيم الحياة وينتظم المجتمع، وتصلح الأمم، لذا كان لا بد للتعرض لظاهرة العدوان على العقائد الدينية، لما يحمله هذا العدوان من أخطار على الصعيدين المحلي والدولي، من هنا باتت الحاجة ملحة إلى ضرورة إقرار حماية جنائية دولية لمواجهة أي عدوان ينال من العقائد الدينية، باعتبار الحماية الجنائية هي الوسيلة الفاعلة لتحقيق الحماية لمختلف المصالح ومن بينها العقائد الدينية، فكثير من الناس لا يردعهم إلا الجزاء الجنائي، وبصفة خاصة من يعتدون على العقائد الدينية تحت ستار حرية الرأي والتعبير.

إشكالية البحث:

ترجع إشكالية البحث الى ما فرضته الأحداث المتكررة من العدوان بشكل سافر ومتكرر على العقائد الدينية وبصفة خاصة على الدين الاسلامي-واحداث خلط بين حرية الرأي والتعبير وبين ازراء العقائد الدينية، ومن مظاهر ذلك التعدي على الأنبياء والرموز الدينية، وتجاوز كل الحدود المعتبرة شرعاً وقانوناً، ومدى جواز المسؤولية الجنائية الدولية عن المساس بالعقائد الدينية حال خلو التشريع الوطني من نص لتجريم العدوان على العقائد الدينية، وأهمية التعاون الدولي في مواجهة جرائم العدوان على العقائد الدينية.

منهج البحث:

تعتمد هذه الدراسة في تناولها الحماية الجنائية الدولية للعقائد الدينية، المنهج التحليلي، المبني على نصوص المعاهدات الدولية، والقرارات الدولية ذات الصلة بحظر العدوان على العقائد الدينية.

خطة البحث:

المبحث الأول: المصادر القانونية لحماية العقائد الدينية والصفة الدولية لجرائم العدوان عليها.

المطلب الأول: المصادر القانونية لحماية العقائد الدينية.

المطلب الثاني: الصفة الدولية لجرائم العدوان على العقائد الدينية وعلاقتها بحرية التعبير.

المبحث الثاني: أخطار العدوان على العقائد الدينية والجهود المبذولة لحمايتها دولياً.

المطلب الأول: أخطار العدوان على العقائد الدينية.

المطلب الثاني: الجهود الدولية لحماية العقائد الدينية.

المبحث الثالث: المسؤولية الجنائية الدولية للتعدي على العقائد الدينية والتعاون الدولي لمكافحة العدوان عليها.

المطلب الأول: المسؤولية الجنائية الدولية للمساس بالعقائد الدينية.

المطلب الثاني: التعاون الدولي في مكافحة جرائم العدوان على العقائد الدينية.

المبحث الأول

المصادر القانونية لحماية العقائد الدينية

والصفة الدولية لجرائم العدوان عليها

تتنوع مصادر الحماية القانونية للعقائد الدينية بين مصادر دولية كالمواثيق الدولية، ومصادر وطنية منصوص عليها في صلب الدساتير والتشريعات العقابية، ولما كانت العقائد الدينية من الأهمية البالغة لدى عموم البشر أضحى العدوان عليها يشكل جريمة دولية، وفيما يلي بيان ذلك من خلال:

المطلب الأول: المصادر القانونية لحماية العقائد الدينية.

المطلب الثاني: الصفة الدولية لجرائم العدوان على العقائد الدينية وعلاقتها بحرية التعبير.

المطلب الأول

المصادر القانونية لحماية العقائد الدينية

تعد للعقائد الدينية أهمية عظيمة لدى الإنسان، فهي تؤثر تأثيراً مباشراً في حياة الأمم والشعوب؛ لأنها من ألصق الأمور بشخص الإنسان؛ لذا حرصت كافة النظم القانونية على اقرار الحماية لها، وذلك على الصعيد الدولي أو داخل التشريعات الوطنية.

الفرع الأول

المصادر الدولية لحماية العقائد الدينية

تبنت العديد من المواثيق الدولية فكرة الحماية الدولية للعقائد الدينية، وسطرت بين نصوصها ما يؤسس لتلك الحماية، وذلك باعتبارها من أهم المصالح الجديرة بالحماية على المستوى الدولي، ويأتي على رأس تلك المواثيق الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والإعلان العالمي للقضاء على التعصب

والتمييز القائمين على أساس الدين والمعتقد، كل تلك الإعلانات جاءت لتكريس الحماية الدولية للعقائد الدينية وفيما يلي بيان ذلك من خلال:

أولاً- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان^(١):

جاءت المادة (١٨) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لتقرر حرية الانسان في عقيدته الدينية حيث قررت أن: (لكل شخص الحق في التفكير والضمير والدين ويشمل هذا الحق: حرية تغيير ديانته أو عقيدته، وحرية الإعراب عنها بالتعليم والممارسة وإقامة الشعائر ومراعاتها سواء أكان ذلك بشكل فردي أم في جماعة)^(٢).

وانتقد البعض هذا الإعلان باعتباره وُضع بمعايير خاصة، تتناسب مع الميول والأفكار البيئية والتعليم لمجموعة من الثقافات في وقت ومكان معين، ولم تراع اختلاف الأفكار والبيئة في مناطق عديدة من العالم، لذا فإن الإصرار على تطبيقها، منافي للعدالة والحق الذي تسعى الإنسانية إليه^(٣).

وعلق جانب من الفقه على نص المادة (١٨) من هذا الإعلان من حيث ترتيب الحريات حيث جاء في الترتيب حرية الفكر وحرية الضمير قبل حرية الدين في الصياغة، وآية ذلك أن هذا المسلك كان متمشياً إلى حد كبير مع منهج الشيوعيين الملحدون الذين يهتمهم التكريس لحرية التحلل من الدين بالإتيان بالفكر قبله، ولكن المؤمنين بالأديان رأوا من وجهة نظرهم أن عبارة الفكر والضمير، إنما هي شعاع من إشعاعات الدين الحق الذي يؤمنون به، والفقرة الأولى من المادة تؤكد على حرية الإنسان في اعتناق ما يشاء من فكر أو عقيدة أو دين، والفكر تعبير واسع عن مكنة الإنسان العقلية والوجدانية في أن تتجه الوجهة التي يرضيها اقتناعاً منه بهذا المنهج أو ذاك في حياته، وقد يشمل الفكر عقيدة أو دين وقد لا يشملهما، إذ يكون سابقاً في

(١) الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠/١٢/١٩٤٨م.

(٢) د. محمود شريف بسيوني، أ. خالد محي الدين، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، المجلد

الاول، الوثائق العالمية، الطبعة الاولى، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص ٣٢.

(٣) د. عثمان عبد الرحمن عبد اللطيف، خطاب الرسول الأعظم للأمم وميثاق الأمم المتحدة، الطبعة

الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠١٠م، ص ٣٠٧.

أفكار بعيدة عن العقائد والأديان المعروفة، فهو حسب نص المادة حر في ذلك، وحرية الضمير تدع مساحة شاسعة من بلورة أفكاره في عقيدة ما، مما يلحق بأحد الأديان المعروفة أو لا يلحق بها، بل وقد تكون مضادة لها مجتمعة، فالملحد لا يعتقد في الأديان، وهو في موقفه هذا صاحب عقيدة منبثقة عن ضميره الذي يتحمل مسؤوليته، وحرية الانتماء للدين أكثر صراحة ووضوحاً بالنسبة إلى المؤمنين بالأديان الثلاثة، ويفهم حرية الانتماء لدينه بأنها القناعة الشخصية بالإيمان بذلك الدين عن فهم ودراسة وذوبان بالذات في فيوضات روح هذا الدين، بحيث يصبح مؤمناً وداعياً في الوقت نفسه^(٤)، ويدعم الرأي السالف رأياً آخر ذهب إلى أن الحق في حرية الفكر والوجدان والدين الذي يشمل حرية اعتناق العقائد الواردة في المادة (١٨) هو حق واسع النطاق عميق الامتداد، وهو يشمل حرية الفكر وحرية الوجدان ويتمتعان بنفس الحماية التي تتمتع بها حرية الدين والمعتقد، كما تحمي المادة (١٨) العقائد التوحيدية وغير التوحيدية والإلحادية وكذلك الحق في عدم اعتناق أي دين أو عقيدة وينبغي تفسير كلمتي دين وعقيدة تفسيراً واسعاً والمادة (١٨) ليست مقصورة في تطبيقها على الديانات التقليدية أو على الأديان والعقائد ذات الخصائص أو الشعائر الشبيهة بخصائص وشعائر الديانات التقليدية^(٥).

وأنفق مع الاتجاه السالف في أن ترتيب الحريات مع إعطاء أولوية الصياغة لحرية الفكر وحرية الضمير على حرية الدين لم يصادف صحيح القانون، حتى وإن قلنا إن هناك ارتباطاً بين الفكر والضمير والدين، إلا أن هذا الارتباط أن الأوليين دوران في فلك الأخيرة، حيث إن الفكر والضمير من مقومات الدين، فالأديان هي التي تعلم الإنسان أعمال الفكر والعقل وهي التي تزرع في النفوس إيقاظ الضمير، فلا ينبغي أبداً

(٤) د. الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٨م، ص ١٨٦-١٨٧.

(٥) د. سامي على جمال الدين، الحماية الجنائية للحريات الدينية، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، ١٩٩٧م، ص ٣١١-٣١٢.

أن تحل حرية الدين أخيراً، وإنما مكانها الطبيعي الصداقة.
ثانياً - العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية^(٦):

سار العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على خط الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، فقد جاء فيه:

١- لكل فرد الحق في حرية الفكر والضمير والديانة، ويشمل هذا الحق حريته في الانتماء إلى أحد الأديان أو العقائد باختياره وفي أن يعبر منفرداً أو مع آخرين بشكل علني أو غير علني عن ديانته أو عقيدته، سواء كان ذلك عن طريق العبادة وإقامة الشعائر الدينية والممارسة والتعليم بمفرده أم مع جماعة.

٢- لا يجوز إخضاع أحد لإكراه من شأنه أن يعطل حريته في الانتماء إلى أحد الأديان أو العقائد التي يختارها، تخضع حرية الفرد في التعبير عن ديانته أو معتقداته فقط للقيود المنصوص عليها في القانون، والتي تستوجب السلامة العامة، أو النظام العام، أو الصحة العامة، أو الأخلاق أو حقوق الآخرين وحرياتهم الأساسية^(٧).

٣- تتعهد الدول الأطراف في هذه الوثيقة بالعمل على احترام حرية الآباء أو الأوصياء إن وجدوا في توفير التعليم الديني والخلقي لأولادهم بما يتفق وعقائدهم^(٨).

وعلق جانب من الفقه على القيود الواردة في من المادة (١٨) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، إذ تخضع حرية الفرد في التعبير عن ديانته أو معتقداته للقيود المنصوص عليها فقط في القانون والتي تستوجبها (السلامة العامة أو النظام العام - الصحة العامة وحقوق الآخرين وحرياتهم الأساسية)، إن مثل هذه التعبيرات تترك للمشرع الوطني مساحة واسعة من القيود عند صياغة القانون واللوائح، ولكن المفهوم أن هذه المساحة يجب ألا تبطل مفهوم حرية الدين أو العقيدة وحرية الممارسة

(٦) صادقت الجمعية العامة للأمم المتحدة على هذا العهد ١٦/١٢/١٩٦٦م.

(٧) د. حمدي عطية عامر، حماية حقوق الإنسان وحرية العامة الأساسية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٠م، ص ٤٢٤.

(٨) د. عبد الواحد محمد الفار، قانون حقوق الإنسان في الفكر الوضعي والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩١م، ص ٣٢٤.

والتعبير عنهما بما يعنى نفسهما من خلال التنظيم التشريعي اللائحي الداخلي^(٩)، غير أن ما يميز هذه الاتفاقية عن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، أنها جاءت بوسائل حماية لتلك الحقوق، وذلك بأن تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد، إذا كانت تدابيرها التشريعية أو غيرها لا تكفل فعلاً إعمال الحقوق المعترف بها في هذا العهد، بأن تتخذ طبقاً لإجراءاتها الدستورية ولأحكام هذا العهد ما يكون ضرورياً لهذه الأعمال من تدابير تشريعية، وغير تشريعية كما أوجب العهد على كل دولة طرف فيه أن توفر سبيلاً فعالاً ليطّلم أي شخص انتهكت حقوقه أو حرياته المعترف بها في هذا العهد، حتى لو صدر الانتهاك عن أشخاص يتصرفون بصفة رسمية^(١٠).

ثالثاً- إعلان القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين أو المعتقد^(١١):

جاء هذا الإعلان ليؤكد المبادئ التي قررتها الإعلانات السابقة عليه، كإعلان العالمي لحقوق الإنسان، واتفاقية الحقوق المدنية والسياسية، ولكن توسع فيما يتعلق بحرية الاعتقاد وممارسة الشعائر الدينية حيث تضمن في المادة الأولى من هذا الإعلان ما يلي:

- ١- أن لكل إنسان الحق في حرية الفكر والوجدان والدين، ويشمل هذا الحق حرية الإيمان بدين أو بأي معتقد يختاره، وحرية إظهار دينه أو معتقده عن طريق العبادة وإقامة الشعائر الدينية والممارسة والتعليم سواء بمفرده أو مع جماعة وجمعاً أو سراً.
- ٢- لا يجوز تعريض أحد لقسر يحد من حرية في أن يكون له دين أو معتقد يختاره.
- ٣- لا يجوز إخضاع حرية المرء في إظهار دينه أو معتقده إلا لما قد يفرضه القانون من حدود تكون ضرورية لحماية الأمن العام أو النظام العام أو الصحة العامة أو

(٩) د. الشافعي محمد بشير، مرجع سابق، ص ١٨٩.

(١٠) د. إدريس حسن محمد الجبوري، الحرية الدينية في الشريعة الإسلامية والنظم القانونية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨م، ص ٢٥١.

(١١) نشرت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذا الإعلان في ٢٥/١١/١٩٨١م.

الاخلاق العامة أو حقوق الآخرين وحياتهم الأساسية.

وفى مصطلح هذا الإعلان تعنى عبارة التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين أو المعتقد أي ميزة أو استثناء أو تقييد أو تفضيل يقوم على أساس الدين أو المعتقد؛ ويكون غرضها أو أثره تعطيل أو انتقاص الاعتراف بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو التمتع بها أو ممارستها على أساس من المساواة، كما جاء في المادة السادسة من هذا الإعلان أنه وفقاً لما قرره المادة الأولى من هذا الإعلان ورهنا بأحكام الفقرة " ٣ " من هذا الإعلان يشمل الحق في حرية الفكر والوجدان أو الدين أو المعتقد فيما يشمل الحريات التالية "د" حرية كتابة وإصدار وتوزيع منشورات حول هذه المجالات "هـ" حرية تعليم الدين أو المعتقد في أماكن مناسبة لهذه الأغراض "ر" حرية تكوين وتعيين أو انتخاب أو تخليف الزعماء المناسبين الذين تقتضى الحاجة لهم تلبية متطلبات ومعايير أي دين أو معتقد^(١٢).

الفرع الثاني

الحماية الوطنية للعقائد الدينية

أولاً- الحماية الدستورية للعقائد الدينية:

لبيان الأساس الدستوري لحرية العقيدة الدينية، فلا بد من البحث عن هذا الأساس في النصوص الدستورية المقارنة؛ بغية التعرف على مدى إقرار تلك الحرية في تلك الدساتير.

ففي فرنسا جاء في المادة (١٠) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن^(١٣) أنه: "لا يجب أن يضار أحد في آرائه حتى الدينية منها، شريطة ألا يترتب على الجهر بها الإخلال بالنظام العام المنصوص عليه في القانون^(١٤)، ومع ذلك نجد النصوص

(١٢) د. محمود شريف بسيوني، مرجع سابق، ص ٤١٧.

(١٣) الصادر عام ١٧٨٩م.

(١٤) Waasmunster (P.), Libertés publiques, 3^e ed, Dalloz, 2000, p.473.

الدستورية اللاحقة لا تشتمل على أي تأكيد صريح لهذه الحريات؛ حيث اكتفت هذه النصوص بإبراز الجانب السلبي لها، وعلى هذا النحو جرى التسليم بأن هذه الحرية ترجع في أساسها الدستوري إلى المادة (١٠) من إعلان حقوق وحرّيات الإنسان والمواطن، وكذلك مقدمة دستور ١٩٤٦م: "لا يجوز أن يضار أي فرد في عمله، ولا وظيفته، بسبب أصوله أو معتقداته"، وكذا المادة (٥) من دستور ١٩٥٨ التي قررت: "أن فرنسا تحترم كافة المعتقدات"، ولعل هذا ما دفع المجلس الدستوري إلى اعتبار حرية العقيدة مبدأً أساسياً من المبادئ التي تعترف بها قوانين الجمهورية، وحماية هذه الحرية، والعقاب الواجب للتطبيق في حالة انتهاكها يقتضي فرض التزام بعدم التدخل من جانب السلطة العامة في هذه الحرية، بمعنى إنه يجب على السلطة العامة أن تلتزم واجب الحيطة القريب لمبدأ العلمانية المنصوص عليه في المادة الأولى من الدستور^(١٥)، وكفل النظام الأساسي لسلطنة عمان حماية العقائد الدينية من خلال إقراره "حرية القيام الشعائر الدينية طبقاً للعادات المرعية على ألا يخل ذلك بالنظام العام، أو ينافي الآداب العامة المادة (٢٨) من النظام الأساسي، وقد جاء النص موفقاً إلى حد كبير وذلك؛ لأن المشرع العماني قيد ممارسة الشعائر الدينية بالعادات المرعية في السلطنة وبالنظام العام والآداب؛ لحماية المجتمع من الأفكار الضالة والمبادئ الهدامة التي تستتر بستار ديني ظاهره فيه الرحمة وباطنه يأتي من قبله الخراب.

وفي مصر قررت المادة (٤٣) من دستور ٢٠١٢م بأن: "حرية الاعتقاد مصونة وتكفل الدولة حرية ممارسة الشعائر الدينية وإقامة دور العبادة للأديان السماوية على النحو الذي ينظمه القانون"^(١٦).

بينما قرر المشرع في المادة (٦٤) من دستور ٢٠١٤م بأن: "حرية الاعتقاد مطلقة وحرية ممارسة الشعائر الدينية وإقامة دور العبادة لأصحاب الأديان السماوية حق ينظمه القانون".

(15) Favoreu (L.), Gaia (P.), Ghevontian (R.), Mestre (J. L.), Pfersmann (O.), Roux (A.), Scoffoni (G.), Droit constitutionnel, 3^e ed, Dalloz, 2000, p. 859.

(16) دستور مصر ٢٠١٢، الجريدة الرسمية - العدد ٥١ مكرر الصادر ٢٥ ديسمبر ٢٠١٢م.

يتبين من خلال النصوص السابقة وعلى الرغم من تباين الظروف والأوضاع السياسية التي صدرت فيها الدساتير المصرية المتعاقبة، إلا أنها جميعاً تشترك في بعض الملامح العامة التي يمكن أن تعطى انطباعاً حول اتفاق السلطة التنفيذية بشكل متطابق، رغم اختلاف انتماءاتها الفكرية على نظرتها لحرية الاعتقاد، فقد اتفقت جميع الدساتير على أن حرية الاعتقاد مطلقة ولكنها فرقت بين حرية الاعتقاد وحرية ممارسة شعائر الأديان أو العقائد التي ربطتها بضرورة مطابقتها للعادات المرعية في الديار المصرية وعدم إخلالها بالنظام والآداب^(١٧).

ثانياً - حماية العقائد الدينية في القوانين العقابية:

تمتاز القوانين العقابية عما سبقها من ضمانات دولية ودستورية، بأنها تتدخل في التفاصيل الدقيقة للحرية الدينية للأفراد، مما يسهل معه حماية هذه الحرية عن طريق إتباع الإجراءات التي رسمها المشرع، وفي إطار حرص المشرع فقد أحاط الحرية الدينية بسياج من العقوبات التي تطبق على كل من يعتدي عليها.

وحرص قانون الجزاء العماني الجديد ٢٠١٨/٧ على حماية الاعتقاد الديني عبر إقراره عقوبة السجن الوجوبي لكل من يتعدى على حرية الاعتقاد الديني، ومن مظاهر العدوان على تلك الحرية ما قرره المادة (٢٦٩) عليه حيث جاء فيها " يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على (١٠) عشر سنوات كل من ارتكب فعلاً من الأفعال الآتية:

- أ- التناول على الذات الإلهية، أو الإساءة إليها باللفظ، الكتابة أو الرسم أو الإيحاء، أو بأي وسيلة أخرى.
- ب- الإساءة إلى القرآن الكريم أو تحريفه أو تدنيسه.
- ج- الإساءة إلى الدين الإسلامي أو إحدى شعائره، أو سب أحد الأديان السماوية.
- د- التناول على أحد الأنبياء أو الإساءة إليه باللفظ أو الكتابة أو الرسم أو الإيحاء،

(١٧) أ/ نجاد البرعي، حرية العقيدة في النظام الدستوري المصري النصوص والتطبيقات، إصدار المجموعة المتحدة، ٢٠٠٦م، ص ١٣٠.

أو بأي وسيلة أخرى.

والنظر إلى الصور التجريبية التي أوردتها نص المادة سالفة الذكر، يجد أنها جاءت بصورة أكثر تفصيلاً عن نظرتها في التشريع المصري وهذا يؤكد بصورة جلية حرص المشرع العماني على تكريس الحماية الجنائية لحرية الاعتقاد الديني.

أما عن موقف المشرع الجنائي المصري من حماية حرية الاعتقاد فمن الاطلاع على قانون العقوبات المصري نجد أنه أولى أهمية خاصة لحرية الاعتقاد الديني، حينما أفرد الباب الحادي عشر من الكتاب الثاني بقانون العقوبات تحت عنوان: (الجنح المتعلقة بالأديان ومكافحة التمييز) حيث قررت المادة (١٦١) من قانون العقوبات المصري بأنه: "يعاقب بذات العقوبات المنصوص عليها في المادة (١٦٠) كل تعد بإحدى الطرق المبنية بالمادة (١٧١) عقوبات مصري على أحد الأديان التي تؤدي شعائرها علناً، ويقع تحت أحكام هذه المواد طبع أو نشر كتاب مقدس في نظر أهل دين من الأديان التي تؤدي شعائرها علناً إذا حرف عمداً نص هذا الكتاب تحريفاً بغير معناه ثانياً - تقليد احتفال ديني في مكان عمومي أو مجتمع عمومي بقصد السخرية"، وذهب رأي في الفقه القانوني أن المقصود بالحماية في هذا النص هي حماية النظام العام لا الأديان نفسها ولا الطوائف التي تنتمي إليها فإن الشعور الديني لعمقه وتعمقه لا يسهل رده إذا هيج وأثير لدى الجماعات وإثارته تعرض الأمن والنظام لافدح الإخطار^(١٨).

المطلب الثاني

الصفة الدولية لجرائم العدوان على العقائد الدينية وعلاقتها بحرية التعبير

تعددت في الآونة الأخيرة مظاهر العدوان على العقائد الدينية تحت ستار حرية الرأي والتعبير؛ ونظراً لخطورة جرائم العدوان على العقائد الدينية على كافة الأصعدة ومنها الصعيد الدولي فينبغي بيان الصفة الدولية لجرائم العدوان على العقائد الدينية، وكذلك العلاقة بين حرية العقيدة الدينية وحرية الرأي والتعبير.

^(١٨) أ/محمد عبد الله بك، في جرائم النشر، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥١م، ص ٥٢٨.

الفرع الأول

الصفة الدولية لجرائم العدوان على العقائد الدينية

لبيان الصفة الدولية للأفعال المكونة للجرائم الماسة بالعقائد الدينية، ينبغي الرجوع إلى القاعدة التجريبية، وإلى المصلحة محل الحماية، فإن كانت من المصالح والقيم التي تهم الجماعة الدولية، فإن الاعتداء عليها يُشكل جريمة دولية^(١٩)، معنى ذلك أنه لكي نكون بصدد جريمة دولية لابد أن تكون المصلحة محل الحماية تهم الجماعة الدولية، بمعنى أوضح لابد أن يكون هناك عدوان على مصلحة دولية من المصالح ذات الأهمية التي يحددها القانون الدولي في شقه الجنائي، وهو يتكفل بحماية هذه المصالح حماية جنائية بيد أن القانون الدولي الجنائي لا يسبغ حمايته الجنائية على كافة المصالح الدولية، إنما يسبغ تلك الحماية وبالتالي يقرر وجود الجريمة الدولية على المصالح التي يقدر جدارتها بحمايته، لكون العدوان عليها يخل بالدعائم الأساسية التي ينهض عليها المجتمع الدولي، فحماية المصالح المعتبرة من أهم أهداف التشريع الجنائي، لا فرق في ذلك بين التشريع الجنائي الداخلي أو التشريع الجنائي الدولي، فالأفعال لا تجرم إلا إذا كانت غاية تجريمها مصلحة اجتماعية، تهم المجتمع الداخلي أو المجتمع الدولي^(٢٠).

ومؤدى ذلك: فإن التعدي على العقائد الدينية يعد جريمة دولية؛ لأن المصلحة محل الحماية هي من المصالح المعتبرة التي تهم الجماعة الدولية، ويزترتب على التعدي عليها تهديداً للأمن والسلم الدوليين، كما أنها تحدث ضرراً يتخطى حدود الدول بطوائف دينية، وذلك عن طريق المساس بشعورهم الديني، كما أنه من الثابت أن الأديان والعقائد لدى البشر هي قيم أساسية تهم الجماعة الدولية، فلا بد أن يكون مصدر

(١٩) د. أحمد عبد الحميد الرفاعي، المسؤولية الجنائية للمساس بالمعتقدات و المقدسات الدينية، دراسة في ضوء حرية الرأي و التعبير، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م، ص ٧٢.

(٢٠) د. فتوح عبد الله الشاذلي، القانون الدولي الجنائي، الكتاب الأول، أوليات القانون الدولي الجنائي، النظرية العامة للجريمة الدولية، ٢٠٠١م، بدون دار نشر أو رقم طبعة، ص ٢٠٥.

التجريم قاعدة دولية سواء كانت هذه القاعدة عرفية أو اتفاقية، ولبيان الصفة الدولية للأفعال المكونة للجرائم الماسة بالعقائد الدينية، فيجب أولاً: أن يكون مصدر التجريم قاعدة دولية سواء كانت عرفية أم اتفاقية، بغض النظر عن تجريمها بمقتضى تشريع داخلي من عدمه، فلا يشترط بتوفر الصفة الدولية للأفعال المكونة للجريمة أن يكون معاقباً عليها في القانون الجنائي الداخلي للدول، وعلى ذلك رفضت بعض الدول الأوروبية (الدنمارك - النرويج - فرنسا - إنجلترا - إيطاليا - ألمانيا) تقديم الصحفيين مرتكبو الرسوم المسيئة للرسول الكريم للمحاكمة بحجة عدم وجود قانون يدينهم وذلك في إطار حرية الرأي والتعبير^(٢١).

والمستفاد مما تقدم: أنه ينبغي أن يكون مصدر التجريم قاعدة دولية، أي لا بد أن يكون السلوك الإجرامي المرتكب يعد انتهاكاً للالتزام دولي ومصلحة أساسية في المجتمع الدولي، ولا خلاف في أن الأشخاص والأموال تمثل أسس المجتمع الدولي، كما هي الحال في المجتمع الداخلي، ذلك أن المجتمع الدولي شأنه في ذلك شأن المجتمع الداخلي يتكون من: مجموعات من الأفراد لديهم مصالح وقيم مادية ومعنوية مقرر حمايتها بقواعد القانون الدولي العام، وبالنظر إلى هذه المصالح والقيم الاجتماعية نجد أن الاعتداء على الأمن والسلم الدوليين يشكل خطراً دولياً تسبغ عليه الصفة الدولية، وأن حماية الإنسان على المستوى الدولي تعد مصلحة أساسية للمجتمع الدولي، فإن الاعتداء على حياته كما في جرائم الإرهاب، وما يصيبه من أضرار في بدنه من الناحية العضوية والمؤثرات على عقله كما في جرائم المخدرات، وكذلك الأفعال الماسة بعقائده الدينية فهي تعد اعتداءً على جوانبه النفسية والأخلاقية فهي اعتداءات على قيم أساسية تهم المجتمع الدولي^(٢٢)، ويمكن استيضاح إطار الحماية الدولية للعقائد الدينية في ضوء التشريعات والمواثيق التي دأبت بصورة مستمرة على إقرارها وتعزيزها

(٢١) د. أحمد عبد الحميد الرفاعي، مرجع السابق، ص ٧٢.

(٢٢) د. أحمد عبد الحميد الرفاعي، مرجع سابق، ص ٧٢-٧٣.

وتضمنينها في نصوص قانونية يلزم الدول باحترامها وعدم التعدي عليها أو التمييز على أساسها، ذلك أن حماية الشعور الديني تعنى صيانة حق مهم من حقوق الإنسان (حق الدين والاعتقاد) وحرية أساسية من حرياته وهى (الحرية الدينية)^(٢٣).

ونخلص من ذلك: إلى أن أي جريمة ماسة بالعقائد الدينية جريمة دولية؛ لأن المصلحة محل الاعتداء من المصالح والقيم التي تهم الجماعة الدولية، والمجني عليهم أكثر من جنسية وفي جميع دول العالم، وأن الأضرار ليست محصورة في مكان ارتكاب الجريمة، بل يمتد آثارها إلى كل دول العالم مما يهدد السلم والأمن الدوليين^(٢٤)، ولعل أكبر دليل على ذلك ما شاهده العالم الإسلامي من مظاهرات وتدنيد ودعوات إلى مقاطعة المنتجات الدنماركية، عقب نشر الرسوم المسيئة للنبي محمد صلى الله عليه وسلم، والتي أثرت تأثيراً مباشراً على مصالح تلك الدول، وأيضاً ما حدث من هدم جماعة طالبان لتمثال بوذا في أفغانستان عقب حرق المصحف الشريف، كل تلك الجرائم والمساالك المؤذية للشعور الديني لدى أي من معتقي العقائد الدينية الواقع عليها التعدي؛ تؤدي بالطبع إلى توتر في العلاقات بين الدول، الأمر الذي يؤثر تأثيراً مباشراً على السلم والأمن الدوليين.

الفرع الثاني

العلاقة بين حرية التعبير وحرية العقيدة الدينية

تعد حرية التعبير أحد أبرز الحريات الفكرية وهي إخراج الأفكار الباطنية للعلن، وهي كاشفة لحرية الفكر والعقيدة حيث أن هذه الحريات في نفس صاحبها لا يتحقق علم الغير بها إلا عن طريق التعبير عنها بالرأي والقول والممارسة. ومرت العلاقة بين حرية التعبير وحرية الاعتقاد بالعديد من المراحل، فتارة كانت

(٢٣) د. عمار تركي السعدون، الجرائم الماسة بالشعور الديني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣م، ص ٢٧٥.

(٢٤) د. أحمد عبد الحميد الرفاعي، المرجع السابق، ص ٧٣.

مسألة حرية التعبير عن العقيدة هي التي تثير صعوبة، وتارة أخرى كانت المشكلة تكمن في حماية العقائد في مواجهة حرية التعبير، هذه المواجهة بين الحرية الدينية وحرية التعبير، هي التي أدت بدورها إلى حالة من التوتر، ولا خلاف أن هذا التوتر أخذ بعداً دولياً وعلى الأخص من خلال قضية الرسوم الهزلية للرسول، هذه الإشكالية تتباين ردود الأفعال عليها، ومن الملاحظ أن بعض الدول تشجع حرية التعبير في مواجهة المشاعر الدينية، بينما نجد أن هناك دول أخرى تعلى من قيمة الحرية الدينية واحترام المشاعر الدينية^(٢٥)، فعلى الجانب الأوربي تمسكت الحكومات الأوروبية بمفهوم حرية التعبير، ولكنها تجاهلت أن هذه الحجة يرد عليها قيدان أولهما: ألا تصيب أو تؤذى مشاعر الغير، خاصة عندما يتعلق الأمر بقدسية المعتقد، ومكانة العقيدة الدينية في نفوس الشعوب الشرقية أيًا كانت هذه العقيدة، وإلا أفضت حرية التعبير إلى حالة من الفوضى والغابة، والقيد الثاني: أن هذه الحرية ليست مطلقة، إلا عندما يتعلق الأمر بالإسلام ورموزه، وهذا يعنى أن هذه الحرية انتقائية^(٢٦).

إن هناك بعداً قانونياً لأزمة الرسوم المسيئة للرسول (محمد) تعللت به الدول الغربية وعلى رأسها الدنمارك دولة الأزمة في قضية نشر الرسوم، بأن الصحفي الذي قام بنشر تلك الرسوم، إنما كان يمارس حقه في التعبير، وأن القانون يحمي حقه في ذلك، وبالنظر إلى حكم حديث للمحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية أن حرية التعبير هي مفتاح لحماية سائر الحريات، وأنها تتمتع وحدها بمركز ممتاز مفضل بين سائر الحقوق التي يحميها الدستور، إلا أننا نعرف كذلك أنه من المسلم به فقهاً وقضاءً، بل وتشريعاً كذلك، في الغالبية العظمى من النظم القانونية أن الحرية الوحيدة التي تتمتع بالإطلاق ولا يرد عليها التقيد، إنما هي حرية الفكر والاعتقاد، باعتبارها

(25) R. Dijoux, La Liberté d'expression face aux sentiments religieux approche européenne , les cahiers de droit , vol 53, n.4 ,2012, p.86.

(٢٦) د. عبد الله الأشعل، قضايا الفكر الاسلامي المعاصر، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠م، ص ٢٧.

شأنًا داخليًا لا يوجد سند قانوني ولا مبرر عملي لإماطته بالقيود والحدود، أما التعبير expression فهو صورة من صور النشاط الاجتماعي، يمتد أثره إلى الآخرين، ومن ثم يجوز أن يكون محلها الضبط الاجتماعي والتقييد القانوني، وبهذا على سبيل المثال: فرقت أكثر النظم القانونية بين حرية التعبير التي تخدم هدفًا اجتماعيًا أو سياسيًا، وبين جرائم القذف والسب التي تصيب الآخرين، لذلك يمنعها النظام القانوني، ويعاقب على ارتكابها^(٢٧).

وأؤيد الانضمام لهذا الرأي؛ حيث أن حرية الاعتقاد هي وفقًا للمشرع الدستوري المصري في أكثر من وثيقة دستورية هي حرية مطلقة، وأنه مصطلح مطلق لم يرد إلا مع هذه الحرية، فحتى أن باقي الحريات، ومع الاعتراف بأهميتها الكبيرة إلا أنها دائمة محاطة ببعض الضوابط، من أهمها عدم المساس بحقوق الآخرين، وقضت المحكمة الدستورية العليا بأن حرية التعبير عن الرأي لا يقتصر أثرها على صاحب الرأي وحده، وإنما يتعداه إلى المجتمع، لذلك جاز تنظيمها بما يكفل صونها وعدم الإضرار بالغير أو بالمجتمع، ومن ثم لم يُطلق الدستور هذه الحرية، وإنما أباح للمشرع تنظيمها بوضع القواعد والضوابط التي تبين كيفية ممارسة الحرية بما يكفل صونها في الإطار المشروع دون أن تجاوزه إلى الإضرار بالغير أو بالمجتمع^(٢٨).

(٢٧) د. أحمد عبد الحميد الرفاعي، المسؤولية الدولية للمساس بالمعتقدات والمقدسات الدينية، المرجع السابق، ص ١٠٣.

(٢٨) القضية رقم ١٤٤ لسنة ٧ قضائية دستورية بجلسة ١٩٨٨/٥/٧ م.

المبحث الثاني

أخطار المساس بالعقائد الدينية والجهود المبذولة لحمايتها دولياً

يشكل التعدي على العقائد الدينية خطراً بالغاً على البشرية جمعاء؛ لأنه لا ينكر أحد خطورة تلك الحالة من القطيعة بين الدول كما حدث في أزمة الرسوم المسيئة للرسول الكريم - صلى الله عليه وسلم - كل هذا يلقي بظلاله على الساحة الدولية، الأمر الذي جعل لزاماً على كل الدول أن تتعاون في سبيل حماية العقائد الدينية من العدوان عليها، وفيما يلي بيان ذلك من خلال:

المطلب الأول: أخطار العدوان على العقائد الدينية.

المطلب الثاني: الجهود الدولية لحماية العقائد الدينية.

المطلب الأول

أخطار العدوان على العقائد الدينية

تمثل العقائد الدينية أحد أهم محاور اهتمام البشر جميعاً، سواء من كانوا يعتقدون بدين سماوي أو غير سماوي، ومن ثم فإن التعدي عليها يترك أثراً سلبياً بالنسبة إلى معتنقيها وشعورهم الديني الأمر الذي قد ينذر بعواقب وخيمة وأضرار وأخطار قد لا يحمد عقباها وذلك على الصعيدين الداخلي والدولي.

الفرع الأول

الأخطار الداخلية للعدوان على العقائد الدينية

يعد التمتع بحرية العقيدة الدينية واحداً من المؤشرات المهمة الرئيسية التي توضح مدى الأعمال الحقيقي والفعلي لمبادئ ومفاهيم ومعايير حقوق الإنسان، إذ إنه وعلى الرغم من الانتشار الكبير لمفاهيم التسامح إلا أن العديد من الصراعات بين الدول والمجتمعات، بل في داخل الدولة الواحدة ينطوي بشكل أساسي على صفة دينية (٢٩)،

(٢٩) أ/ محمد حسين النجار، الإطار الأممي المنظم لحرية العقيدة و الدعوة إلى نبذ العنف والكرهية،

ويؤكد ذلك أن ثمة حروباً يخطئها الحصر قد شنت على طول التاريخ الإنساني باسم الدين، وأن العالم يشهد مظاهر للتعصب أو التمييز على نطاق واسع على أساس من الدين أو المعتقد، وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى الجماعات الإثنية والدينية العديدة التي وقعت ضحية لهذه المظاهر في بلدان مختلفة، ويعزو ذلك إلى عدم الاستعداد لقبول حق كل فرد في أن يكون مختلفاً عن سواه، وكذا عدم احترام عقائد الآخرين، وغالباً ما يكون مرتبطاً بهيمنة نوى العقائد الأغلب عدداً على الأقليات ذات العقائد المختلفة^(٣٠)، فعلى الصعيد الداخلي تكاد لا توجد دولة في العالم غير متعددة في العقائد الدينية، فإذا حدث تعدٍ من جانب إحدى هذه الطوائف على عقيدة الطوائف الأخرى فلاشك أننا مقبلون على فتنة طائفية؛ يروح ضحاياها المئات من البشر أو الآلاف أحياناً، وليس بالضرورة أن يكون هذا التعدي سلوكاً جماعياً مشتركاً بين كل أبناء الطائفة، إذ من المتصور أن يكون سلوكاً فردياً، ويتحقق ذلك فيما أورده البابا بنديكت السادس عشر بابا الفاتيكان في محاضرته الشهيرة بعنوان: (الإيمان والعقل والجامعة ذكريات وانعكاسات)، والتي ألقاها في جامعة ريسنبورج بولاية بافاريا الألمانية، وقد ذكر أن الإسلام دين يعارض العقل وأنه لم يأت جديد، وأن إحدى الآيات القرآنية التي تحت على حرية الديانة كتبت عندما كان النبي محمد ضعيفاً سياسياً، وأن الأمور المتعلقة بالجهاد كتبت عندما كان قوياً، وأن محمداً لم يأت إلا بما هو شر، حيث دعا الناس إلى نشر العقيدة بحد السيف، وأن العقيدة المسيحية تقوم على المنطق، بينما الإرادة الإلهية في العقيدة الإسلامية لا تخضع لحكم العقل، ولذا انتشر الإسلام بالسيف لا بالإقناع العقلي^(٣١).

إصدار المجموعة المتحدة، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص ٤٩.

(٣٠) أ/ وليم سليمان قلادة، حسين أحمد أمين، محمد المسماري وآخرون، التسامح الديني والتفاهم بين المعتقدات، الناشر مركز اتحاد المحامين العرب للبحوث والدراسات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، مشروع تقرير حلقة الدراسة للأمم المتحدة، المعنية بتشجيع التفاهم والتسامح في المسائل المتعلقة بحرية الدين والمعتقد، ١٩٨٦م، ص ١١٥-١١٦.

(٣١) د. عادل عبد العال خراشي، جريمة التعدي على حرمة الأديان وازدراءها في التشريعات الجنائية

الأمر الذي أثار استهجان العالم الإسلامي لما أورده الحبر الأعظم في محاضراته، وسبب حالة من الغضب العارم داخل العالم الإسلامي، ومن هنا كفلت الدساتير الوطنية والقوانين الجنائية حماية كاملة للمقدسات والشعائر الدينية والمعتقدات الدينية؛ حيث إن الإساءة إلى الأديان من الأمور المنهي عنها شرعاً. كما يعاقب عليها القانون لما لهذا الفعل من خطورة اجتماعية تتمثل في إثارة شعور الاحتقار والازدراء لمعتنقي العقيدة بصورة قد تؤدي إلى الإخلال بالأمن والنظام العام.

الفرع الثاني

الأخطار العالمية للعدوان على العقائد الدينية

وتتمثل أخطار التعدي على العقائد الدينية على الصعيد الدولي، في أن المجتمع الدولي قد التفت إلى أهمية الشعور الديني، وذلك عبر إقراره الحرية الدينية واعتبارها حقاً رئيسياً من حقوق الإنسان وحرية عامة من حرياته الأساسية، وقد لعبت السياسات والأيدلوجيات المعاصرة دوراً بارزاً في إظهار أهمية ذلك الشعور على الصعيد الدولي، ومن الجدير بالذكر أن تقاوم آثار التعرض أو المساس بالعقائد الدينية من الممكن أن تؤدي إلى الكثير من مظاهر التعصب أو التمييز القائمين على أسس دينية وعنصرية، وهو ما سيفضي حتماً إلى تهديد الإنسانية، وحدث إرباك في السلم الدولي، ولعل التاريخ القديم والمعاصر يمدنا ببعض هذه النماذج، يضاف إلى ما تقدم، فقد يكون للتباين الديني المستقر والقائم بين الدول المختلفة دوراً بارزاً وفعالاً في تصعيد روح العداء والتصادم بين هذه الدول تاركاً بذلك آثاره السلبية الواضحة على صعيد العلاقات الدولية أولاً، وعلى تفاصيل الحياة الاجتماعية بجوانبها المختلفة ثانياً، وهذا غالباً ما يحدث إذا ما اتخذنا العقيدة الدينية وسيلة للاعتداء المتبادل أو ذريعة للتدخل المتواصل

الوضعية والتشريع الجنائي الإسلامي دراسة في ضوء حرية الرأي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨م، ص ٧٩.

الذين يسفران في حالات كثيرة إلى الاحتلال العاشم؛ فتنتهك بظله الحقوق والحريات العامة^(٣٢).

ويؤدي العدوان على العقائد الدينية إلى توتر العلاقات بين أفراد المجتمع الدولي، والتي قد تؤدي إلى قطيعة بين الدول، فضلاً عن الأضرار التي قد تصيب مصالح الدول التي ظهر فيها الاعتداء في جميع أنحاء العالم^(٣٣)، إن ما يجب لفت الانتباه إليه هو أن العالم لا بد أن ينتبه إلى خطورة هذه الأعمال التي تفرغ حرية التعبير expression عن معناها، لتكون معولاً يهدم الوئام بين البشر وعقائدهم وأديانهم، الأمر الذي يهدد السلم والأمن الدوليين ويعرضهما للخطر، ومن ثم يقع على عاتق الحكومات اتخاذ الإجراءات الحاسمة والمناسبة لممارسة حرية التعبير في إطار حماية حقوق الإنسان التي تشمل احترام العقائد الدينية ونبذ أي تطاول عليها والتعامل مع هذه القضية الحساسة بكل حزم، وأنها تهدد النظام العام الدولي باسم الدفاع عن حرية الصحافة والتعبير، فلا يجوز الخلط بين حرية الرأي والفكر وإهانة العقائد الدينية^(٣٤).

المطلب الثاني

الجهود الدولية لحماية العقائد الدينية

يعد للعقائد الدينية أهمية كبيرة في حياة البشر، وانطلاقاً من تلك الأهمية حرص المجتمع الدولي على تدعيمها من خلال كفالة حق الإنسان في الحرية الدينية كأحد أهم الحريات التي يتمتع بها الإنسان، من هنا كان لزاماً على الدول داخل الجماعة الدولية أن تتكاتف من أجل وضع قواعد قانونية دولية لتكريس حماية العقائد الدينية.

(٣٢) د. عمار تركي السعدون، مرجع السابق، ص ١٧٧.

(٣٣) د. يسرى حسن محمد القصاص، الضوابط الجنائية لحرية الرأي والتعبير، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ٢٠١٣م، ص ٣٤٩.

(٣٤) د. رأفت جوهرى رمضان، العمل الإعلامي والخطورة الإجرامية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠١٢م، ص ٢٨١-٢٨٢.

الفرع الأول

الجهود الدولية لمكافحة التمييز على أساس العقيدة الدينية

أولت المنظمات الدولية المعنية بحقوق الإنسان خلال الأعوام الأخيرة جل اهتمامها بظواهر التمييز، وحالات التحريض على الكراهية العنصرية والعرقية والدينية، التي أثارت حالة من الخوف في المجتمع، وهو ما أثر بالسلب على التعايش السلمي في بيئة تتسم بالتنوع الثقافي والديني، ولم تتوان الأمم المتحدة والمنظمات الأخرى ذات الطابع الدولي والديني عن توجيه الحكومات ووسائل الإعلام والمنظمات غير الحكومية إلى مكافحة كافة أشكال الكراهية والدعاية العنصرية المعادية للدين والعمل على تحقيق الاحترام والتسامح واحترام الثقافات والتقاليد، والمعتقدات الدينية، وذلك في سبيل الحد من نشر الأقوال والتصريحات التي يمكن أن تعادى أو تمتهن الجماعات الدينية^(٣٥).

أولاً- دور لجنة القضاء على التمييز وحماية الأقليات بالأمم المتحدة:

في عام ١٩٥٣ أدرجت لجنة منع التمييز وحماية الأقليات دراسة عن التمييز فيما يتعلق بالحقوق والممارسات الدينية، في قائمة مشاريعها التي وافقت عليها فيما بعد لجنة حقوق الإنسان والمجلس الاقتصادي والاجتماعي ١٩٥٥ وجاء في هذه الدراسة، لكل إنسان حرية اعتناق أو عدم اعتناق دين أو معتقد وفقاً لما يمليه ضميره وللوالدين الشرعيين وفي حالة وجودهم، الحق الأول في اختيار الدين أو المعتقد الذي ينشأ عليه أطفالهم^(٣٦)، ولا يجوز إخضاع أحد لإكراه مادي أو معنوي من شأنه أن يعوق حريته في البقاء على معتقده أو تغييره، ولكل من يدين بأي معتقد ديني أو غير ديني حرية إعلان ذلك على الملأ دون التعرض لأي تمييز بسبب معتقده، علاوة على ذلك ينص المشروع على أن لكل إنسان حرية الامتنال لما يفرض ويأذن به دينه أو معتقده، وأنه

(35) Angeletti (S.), quelques commentaires critiques au sujet la diffamation des religions dans le documents des Nations Unies, www.statochies.it,

تاريخ الزيارة : ٢٠١٥/١٠/٣م

(36) د. سامي على جمال الدين، الحماية الجنائية للحريات الدينية، دراسة مقارنة، أكاديمية الشرطة،

١٩٩٧م، ص ٢٩٩ وما بعدها.

معفى من أداء الأفعال التي لا تتمشى وفروض دينه أو معتقده على أن تراعى في ذلك مصالح المجتمع ككل. ومن الأمثلة على ذلك حرية التعبد بمفرده أو مع جماعة وأمام الملاء أو على حده وحرية الحج إلى الأماكن المقدسة باعتبار ذلك من أعمال التعبد وحرية مراعاة الممارسات الغذائية التي ينص عليها في دينه أو معتقده وحرية إنتاج أو اقتناء جميع المواد والأشياء اللازمة لإقامة الشعائر أو الفرائض أو التقيد بها^(٣٧).

وفيما يتعلق بالحماية ضد التمييز على أساس الدين، فهناك إجماع على التكريس لهذا الحق باعتباره أحد الآليات الدولية لحقوق الإنسان، وهو ما فتح الباب أمام الشخص الطبيعي، وكذلك المعنوي لتقديم شكاوى في حالة الحديث بأقوال تمس العقائد الدينية، وعلى هذا الحال، فقد أصبح الازدراء تصوراً قائماً في أغلب النظم القانونية^(٣٨)، وهذا الازدراء يتضمن عنصرية في الاعتقاد تتمثل في ازدراء شخص أو مجموعة أشخاص على أساس العنصر أو اللون أو الدين أو الأصل الوطني والعنصري^(٣٩)، وللتأكيد على حماية العقائد الدينية بصفة خاصة فقد توجت الأمم المتحدة جهودها عبر الإعلان العالمي بشأن القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين .

(٣٧) د. محمود شريف بسيونى، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، المجلد الاول، الوثائق العالمية، الطبعة الاولى، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٤١٥-٤١٨.

(38) Diffamation des religions: l'ONU obam donne le concept:
<http://www.humanrights.ch.fr>.

تاريخ الزيارة. 08.08.2015

(39) Rapport ur les relations entre liberté d'expression et liberté de religion: règlementation et répression du blasphème, de l'injure à caractère religieux et de l'incitation à l'haine religieuse, Commission européenne pour la démocratie par le droit, 23 octobre 2008, www.venice.coe.int,

تاريخ الزيارة. 12.02.2014.

ثانياً- الإعلان العالمي بشأن القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين أو المعتقد^(٤٠)(٤١):

ورد في ديباجة هذا الإعلان إن الجمعية العامة تضع في اعتبارها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان وتنادى بمبادئ عدم التمييز والمساواة أمام القانون والحق في حرية التفكير والوجدان والدين والمعتقد، وإذ تضع في اعتبارها أن إهمال وانتهاك حقوق الإنسان والحريات الأساسية، ولاسيما الحق في حرية التفكير أو الوجدان أو الدين أو المعتقد أيًا كان، قد جلبا على البشرية بصورة مباشرة أو غير مباشرة، حروبًا، وآلامًا بالغة، خصوصًا حيث يتخذان وسيلة للتدخل الأجنبي في الشؤون الداخلية للدول الأخرى، وحيث يؤديان إلى إثارة الكراهية بين الشعوب والأمم، وإذ تضع في اعتبارها أن الدين أو المعتقد هو لكل امرئ يؤمن به، أحد العناصر الأساسية في تصوره للحياة، وأن من الواجب احترام حرية الدين أو المعتقد وضمانها بصورة تامة، ولما كانت مصممة على اتخاذ جميع التدابير الضرورية للقضاء سريعًا على مثل هذا التعصب بكل أشكاله ومظاهره، ولمنع ومكافحة التمييز على أساس الدين أو المعتقد، تصدر هذا الإعلان بشأن القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين أو المعتقد، وحظر الإعلان في مادته الثانية إخضاع أي شخص من أي دولة أو مؤسسة أو مجموعة من الأشخاص للتمييز على أساس الدين أو معتقدات أخرى، ولأغراض هذا الإعلان فإن عبارة (التمييز والتمييز القائمين على الدين أو العقيدة) تعني (أي تمييز أو استبعاد أو تقييد أو تفضيل يقوم على أساس أو المعتقد).

(٤٠) اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في ٢٥ تشرين الثاني، نوفمبر ١٩٨١م.

(٤١) د. محمود شريف بسيوني، المرجع السابق، ص ٤١٥-٤١٦.

الفرع الثاني

القرارات الدولية لحظر العدوان على العقائد الدينية

تتنوع القرارات والتوصيات التي تتناول حظر العدوان على العقائد الدينية بين قرارات صادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، وأخرى صادرة عن لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان.

١- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٨٣/٥٠ بشأن القضاء على جميع أشكال التعصب الديني:

أصدرت الجمعية العامة هذا القرار بتاريخ ٦ مارس ١٩٩٦م وأكدت في ديباجته أن (التمييز ضد البشر على أساس الدين أو المعتقد يشكل إهانة للكرامة البشرية وتكرراً لمبادئ الميثاق (ميثاق الأمم المتحدة) كما أكدت في الفقرة السابعة من الديباجة ضرورة اتخاذ الدول ما يلزم لمواجهة التعصب وما يتصل به من عنف قائم على أساس الدين أو المعتقد، بما في ذلك تدنيس الأماكن الدينية، بينما حثت في البند الخامس من القرار الدول على اتخاذ جميع التدابير لمكافحة الكراهية والتعصب و٠٠٠ وأن تشجع التفاهم والتسامح والاحترام في المسائل المتصلة بحرية الدين أو المعتقد^(٤٢).

٢- قرار لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان بشأن مكافحة ازدياد الأديان الصادر ١٢ أبريل ٢٠٠٥م:

نتيجة لتزايد التمييز العنصري ضد الأقليات المسلمة في الغرب وما واكبه من تعد صارخ على المقدسات الإسلامية، أصدرت لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان بتاريخ ١٢ أبريل ٢٠٠٥م قراراً بشأن مكافحة العدوان على الأديان، وقد عبرت اللجنة في هذا القرار عن بالغ قلقها بشأن النمط السلبي المتكرر ضد الديانات، ومظاهر عدم التسامح والتمييز في الأمور المتعلقة بالدين أو العقيدة التي تتجلى في العديد من أنحاء العالم، واستهجانها الشديد للهجوم والاعتداءات على مراكز الأعمال والمراكز الثقافية وأماكن

(٤٢) المستشار/ عادل ماجد، مسؤولية الدول عن الإساءة للأديان والرموز الدينية، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، العدد ١٢٥، ٢٠٠٧م، ص ٢٣.

العبادة لجميع الديانات، وكذلك استهداف الرموز الدينية، وطالب القرار المجتمع الدولي ببدء حوار عالمي لترويج ثقافة التسامح والسلام المبنية على احترام حقوق الإنسان واختلاف الديانات كما حث الدول والمنظمات غير الحكومية والكيانات الدينية والإعلام المطبوع والإلكتروني على الترويج لهذا الحوار ومساندته^(٤٣).

وبعد عرض هذه الصور من محاولات المجتمع الدولي عبر هيئة الأمم المتحدة أعلى هيئة تنظيمية دولية لحماية الأديان والحريات الدينية عبر إصدار الإعلانات والقرارات المتضمنة إقرار هذه الحريات وحماية الأديان، لتصل إلى نتيجة مفادها أن تنفيذ الدول لالتزاماتها الدولية باحترام حرية المعتقد الديني بصفة خاصة، وحقوق الإنسان وحرياته الأساسية بصفة عامة، يدل دلالة قاطعة على أن الإنسان يتمتع بحقوقه على الوجه الأكمل، الأمر الذي يؤكد فعالية قواعد القانون الدولي العام في الإسهام في حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ومن ضمنها حرية المعتقد الديني^(٤٤).

المبحث الثالث

المسؤولية الجنائية الدولية للتعدى على العقائد الدينية

والتعاون الدولي لمكافحة العدوان عليها

قررت العديد من المواثيق الدولية حماية العقائد الدينية، كما صدرت العديد من القرارات من منظمة الأمم المتحدة التي تحظر ازدياد الأديان والتعدى عليها، ولكن لن يتم معاقبة المتعدي على العقائد إلا من خلال تحديد المسؤولية الجنائية التي قررتها الدول، ومن هنا كان لابد من إقرار المسؤولية الجنائية الدولية للمساس للعقائد الدينية، وعدم قصر الأمر على ذلك، بل يلزم على كل الدول أن تتكاتف في سبيل التعاون

^(٤٣) المستشار/ عادل ماجد، المرجع السابق، ص ٢٤

^(٤٤) د. ناصر أحمد بخيت، حق الإنسان في اختيار عقيدته الدينية وممارسة شعائرها ودور الشرطة في حماية هذا الحق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١١م، ص ١٦٧.

الدولي؛ لتحقيق مكافحة جرائم العدوان على العقائد الدينية، وفيما يلي بيان ذلك بشيء من التفصيل من خلال:

المطلب الأول: المسؤولية الجنائية الدولية للمساس بالعقائد الدينية.

المطلب الثاني: التعاون الدولي في مكافحة جرائم العدوان على العقائد الدينية.

المطلب الأول

المسؤولية الجنائية الدولية للمساس بالعقائد الدينية

تُلزم كافة المواثيق والمعاهدات الصادرة عن الأمم المتحدة الدول بحماية حرية العقائد الدينية واتخاذ الإجراءات القانونية كافة للحيلولة دون وقوع تعدٍ على الأديان أو الحريات الدينية، ولكن الواقع العملي مغاير لذلك؛ لأن تلك الاتفاقيات نظرية فقط، وبالتالي فلن يكون لها أي إلزام في الواقع العملي، الأمر الذي يدعونا إلى التمسك بالمسؤولية الجنائية الدولية عن الجرائم المتعلقة بازدياد العقائد الدينية، حتى يمكن تحويل تلك القواعد النظرية إلى التزامات قانونية؛ لأن المسؤولية تهدف إلى تحقيق الاحترام الواجب للمشروعية الدولية وليس فقط المصالح الخاصة لدولة من الدول، وحقوقها التي تأثرت سلبًا بالفعل غير المشروع^(٤٥).

الفرع الأول

تعريف المسؤولية الجنائية الدولية

تعد المسؤولية رد الفعل الاجتماعي إزاء الجريمة ومرتبكها، ويتخذ رد الفعل شكل الجزاء الجنائي أيا كانت صورته سواء كان عقوبة أو تدبيراً احترازياً^(٤٦)، وعلى ذلك فالمسؤولية الجنائية وسيلة فعالة لردع من سلك سلوكاً غير قانوني عن طريق العقوبة

(٤٥) Combacau (J.) et Sur (S.), Droit international public, 2eme ed., montchretien, 1995, p.533.

(٤٦) د. فتوح عبد الله الشاذلي، المسؤولية الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦م،

بدون رقم طبعة، ص ٢.

الجنائية التي تترتب عليها، فالعقوبة تتجاوز في وظيفتها مجرد إصلاح الضرر؛ فهي رادع عام تحذر به الدول أو الأفراد من التفكير في انتهاك أحكام القانون الدولي، فالعقوبة في مفهومها ضرر أو أذى يؤثر بصورة فعالة على الشخص ينال في جانبه المادي والمعنوي، وتمثل العقوبة إجراءً قانونيًا ربما يكون حاسمًا في إقرار العدالة الجنائية الدولية^(٤٧)، والمسئولية لغةً: هي حال أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته، يقال: أنا بريء من مسؤولية هذا العمل، وتطلق أخلاقيًا على التزام الشخص بما يصدر عنه قولاً أو عملاً، وتطلق قانونًا على الالتزام بإصلاح الخطأ الواقع على الغير طبقًا للقانون^(٤٨).

والمسئولية الجنائية هي أحد أهم مرتكزات أي نظام قانوني؛ لأنها هي القادرة على إخراج النصوص المدونة في الصفحات من مجرد قواعد قانونية مجردة إلى التزامات واقعة على عاتق الأفراد، ويترتب على الإخلال بها جزاء جنائي.

ولم تعد تصرفات بعض الأفراد المؤثرة على السلم والأمن الدولي قاصرة على الحروب إذ بات هناك العديد من الجرائم الدولية المرتكبة بواسطة الأفراد التي تؤثر بشكل مباشر أو غير مباشر على السلم والأمن الدوليين، لعل من أهم تلك الجرائم هي جرائم التعدي على العقائد الدينية، وانتهاك الأماكن الدينية المقدسة، والتي تجد مصادر حمايتها في الإعلانات العالمية كإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهدان الدوليان للحقوق المدنية والسياسية، وأيضاً الإعلان الخاص بالقضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين أو المعتقد، ومن هنا ينبغي على الدول اتخاذ الإجراءات الكفيلة لحماية الأديان وذلك بتحديد المسئول عن مرتكب تلك الجرائم ومعاقبته حتى يشكل ذلك رادعاً للدول والأفراد من المساس بالعقائد الدينية.

(٤٧) د. أحمد عبد الحميد الرفاعي، المبادئ العامة لأحكام المسؤولية الجنائية الدولية، مجلة كلية الدراسات العليا، أكاديمية الشرطة المصرية، العدد العاشر، القاهرة، ٢٠٠٤م، ص ٤٤٧.

(٤٨) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، جمهورية مصر العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، ص ٢٩٩.

الفرع الثاني

شروط المسؤولية الجنائية الدولية

لا تختلف المسؤولية الدولية من حيث عناصرها عن المسؤولية الجنائية داخل القوانين الوطنية، ولكن ثمة فرق يكمن في العنصر الدولي واستنادًا إلى مفهوم المسؤولية الدولية ينبغي أن يكون هناك شروطًا للمسؤولية الجنائية الدولية، ويمكن تلخيص هذه الشروط في الآتي:

- (١) وقوع عمل غير مشروع جنائيًا ودوليًا.
- (٢) إسناد هذا العمل الغير مشروع إلى أحد أشخاص المسؤولية الجنائية الدولية.
- (٣) أن يترتب على هذا العمل الغير مشروع ضرر يقع على دولة أخرى، أو أحد أشخاص القانون الدولي أو يمس بمصلحة دولية^(٤٩)، وسوف أستعرض هذه الشروط على النحو الآتي:

١ - وقوع عمل غير مشروع جنائيًا ودوليًا:

تقوم المسؤولية الجنائية الدولية، بارتكاب جريمة وتفترض تلك الجريمة باتصاف الفعل المكون لها بالصفة غير المشروعة، وذلك يعنى أن هذا الفعل يتضمن عدوانًا على قواعد القانون الدولي وهذا التكييف غير المشروع تتكفل مبادئ القانون الدولي بتحديد^(٥٠)، وجاء في تعريف الأفعال الغير مشروعة بأنها الأفعال التي ترتكب باسم الدولة أو برضاها أو بتشجيع منها ضد مصلحة دولية لدى دولة أخرى^(٥١).

وأتصور أن هذا التعريف يتسم بالقصور، ذلك لأنه قصر الفعل غير المشروع بالنسبة إلى جهة صدوره فقط في الدول دون الأفراد أو المنظمات الدولية، أي أن الفعل غير

(٤٩) د. أحمد عبد الحميد الرفاعي، المسؤولية الجنائية الدولية للمساس بالمعتقدات والمقدسات الدينية، مرجع السابق، ص ٨١.

(٥٠) د. محمود نجيب حسنى، دروس في القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٩م، ص ٦٠.

(٥١) د. سمير محمد فاضل، المسؤولية الدولية عن الأضرار الناتجة عن استخدام الطاقة النووية وقت السلم، دار عالم الكتب، القاهرة، ١٩٧٦م، ص ٤٥.

المشروع دوليًا وجنائيًا لا يرتكب إلا من دولة ضد دولة أو مجموعة دول دون غيرها، دون الأفعال التي يرتكبها الأشخاص الطبيعيون بصفتهم الفردية ولو كانت ضارة بالمصالح الدولية كأفعال القرصنة، وتجارة الرقيق، وجرائم تزييف العملة، وجرائم الاتجار بالمخدرات، وجرائم التعدي على العقائد الدينية، وغيرها من الأفعال التي تمثل عدوانًا على القيم الأساسية في النظام الاجتماعي، فإنها تعد كجرائم عالمية، على اعتبار أن الجاني يزول نشاطه الإجرامي في عدة أقاليم. وبالتالي يشكل فعله خطراً على مصالح عدة دول، ومن هنا تتعاون الدول في مكافحة هذا النوع من الجرائم بالنص على تجريمها في اتفاقيات دولية، تحدد فيها القواعد الأساسية التي يجب أن تشمل عليها القوانين الوطنية^(٥٢).

ويثار تساؤل عما إذا كان هذا الفعل الغير مشروع دوليًا غير معاقب عليه في القانون الوطني، فهل ذلك يعفى من المسؤولية؟

للإجابة على هذا التساؤل ينبغي الرجوع إلى العلاقة بين القانون الدولي والداخلي ومدى سمو قواعد أيهما على الآخر الأمر الذي نشأ عنه نظريتان هما ثنائية القانون، ونظرية وحدة القانون فنظرية ثنائية القانون تعنى أن القانون الدولي والقانون الداخلي يشكلان نظامين قانونيين متساويين، وكل منهما منفصل عن الآخر، ولا يختلط به، ولا يخضع أيهما للآخر إذ أنه لا يعلو أحدهما عن الآخر، فهما نظامان قانونيان مستقلان، ومن ثم لا تطبق قواعد قواعد القانون الدولي داخل الدولة إلا إذا قبلتها وضمنتها تشريعها الداخلي وبالتالي لا يجوز للقاضي الوطني تطبيق القواعد المتعلقة بالقانون الدولي أو المعاهدات الدولية ولا أن يفسرها حتى وإن أدى ذلك إلى ترتب المسؤولية الدولية على الدولة.

أما نظرية وحدة القانون فهي ترى أن القانون الدولي والقانون الداخلي يشكلان كتلة قانونية واحدة، فهما فرعان في نظام قانوني واحد، ويترتب على ذلك أن القاضي

(٥٢) د. أحمد عبد الحميد الرفاعي، المسؤولية الجنائية الدولية للمساس بالمعتقدات والمقدسات الدينية، المرجع السابق، ص ٨٢.

الوطني يجوز له تطبيق وتفسير المعاهدات الدولية؛ لأنه لا يوجد ثمة تعارض بين كلا القانونين فهما ينتميان إلى نظام قانوني واحد، غاية الأمر أن هناك تدرج بينهما، فأحدهما يعلو الآخر، وقد تكون لأحدهما أولوية على الآخر بمقتضى الدستور الصادر عن الدولة^(٥٣).

ووفقاً لما سبق يمكن القول إنه فيما يتعلق بالعدوان على العقائد الدينية يمكن تغليب القانون الدولي على قواعد القانون الداخلي، ويعزز هذا المبدأ إذا كان القانون الوطني لا يعاقب على الفعل الذي يعد جريمة في نظر القانون الدولي، فإن ذلك لا يعفى مرتكبيه من المسؤولية الدولية الناشئة عن هذا الفعل. ولتوضيح هذا المبدأ، نلاحظ أن الالتزامات التي يفرضها القانون الدولي على الأفراد تنتج أثرها ولو كانت أحكام القانون الوطني تعفى هؤلاء الأفراد منها، بناء على ذلك فإنه لا يقبل من أحد أن يحتج في سبيل التخلص من التعارض بين القانون الدولي والقانون الوطني، في هذه الحال يتعين تغليب الأحكام التي يقرها الأول^(٥٤).

يؤكد ذلك أن عدم معاقبة القانون الوطني لفعل يعده القانون الدولي جريمة دولية لا يخلص الفاعل الذي ارتكبه من المسؤولية في القانون الدولي، فإذا تضاربت نصوصهما كان حق التقدم للقانون الدولي، ويعمل ذلك أن القانون الدولي قانون عالمي يلزم سائر البشر في حين أن القانون الوطني قانون إقليمي يحكم عدداً محدوداً من الناس، ثم إن القانون العالمي قانون في الغالب تعاقدية، ينشأ عن موافقة الدولة على الخضوع لأحكامه، إما بناء على معاهدة التزمت هي نفسها بها طوعية، أو بناء على موافقة غالبية أعضاء الأمم المتحدة^(٥٥).

(٥٣) د. حمدي محمد محمود حسين، أثر المعاهدات الدولية على القضاء الجنائي الوطني، دراسة تحليلية مقارنة مدعمة بالاجتهادات القضائية، مجلة الدراسات الفقهية والقانونية، المعهد العالي للقضاء، سلطنة عمان، العدد الأول يناير ٢٠١٩م، ص ١٢، ١٣.

(٥٤) د. محمود نجيب حسنى، دروس في القانون الجنائي الدولي، مرجع السابق، ص ٤٦.

(٥٥) د. علاء بن محمد صالح الهميص، تطور المسؤولية الجنائية الدولية حول جرائم الإبادة الجماعية، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٢م، ص ٧٨.

وأُفيد: الرأي السالف في عدم إعفاء مرتكب الفعل الغير مشروع دوليًا من المسؤولية، إذا كان غير معاقب على هذا الفعل داخل القانون الوطني، ويؤكد ذلك ما حدث في أزمة الرسوم المسيئة للرسول، وما يحدث كل يوم من ازدراء للأديان وتعد عليها، ويكون الحجة في ذلك أن هؤلاء يتمتعون بحقهم في حرية الرأي والتعبير، وهي حرية لا سقف لها، وأن تلك الحرية هي حق يحميه القانون، ولا يعاقب عليها، ويؤكد هذا تصرفات رئيس وزراء دولة الدنمارك عقب أزمة الرسوم المسيئة، أنه لا يملك إدانة الصحيفة، حيث إن القانون (يقصد القانون الدنماركي) يحمي حقها عما تراه بالكلمة أو بالرسم أو بالصورة، وفي حين أن القانون الدولي عبر اتفاقيات وإعلانات عديدة كان حريصًا كل الحرص على حرية العقائد الدينية، وصدرت العديد من القرارات لمنع ازدراء الأديان، وعليه فإنه مع تفعيل هذا الرأي فإنه لن تكون هناك ثمة فرص للإفلات من العقاب لهؤلاء المتطاولين على الأديان، ويُقصد بالفعل غير المشروع: جملة الأفعال المنتهكة لجميع القواعد والقوانين الدولية المقررة لحماية الأديان ومنع ازدرائها وحماية الحريات الدينية، وعلى رأسها حرية حق الاعتقاد وممارسة الشعائر الدينية، والتي من شأنها أحداث أضرار للغير.

وحتى تكون بصدد فعل غير مشروع دوليًا لابد من عنصرين، أولهما شخصي: يتجسد في ضرورة أن تكون الجريمة الدولية ترتكب باسم الدولة أو برضاء منها، صحيح أن السلوك في الجريمة الدولية يرتكبه الشخص الطبيعي، أي الإنسان غير أنه لا يرتكبها بصفة شخصية، وإنما يرتكبه بناء على طلب الدولة أو باسمها أو برضاء منها، وثانيهما موضوعي: ويتمثل في أن المصلحة المشمولة بالحماية ذات صفة دولية، فالجريمة الدولية تقع مساساً بمصالح المجتمع الدولي^(٥٦).

(٥٦) د. محمود صالح العادلي، الجريمة الدولية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٣م، ص ٦٩-٧٠.

طبيعة الفعل غير المشروع المعتدى على العقائد الدينية:

تظهر طبيعة الفعل الغير مشروع المعتدى على العقائد الدينية بوضوح في عنصر الموضوع، والذي يتمثل في انتهاك الالتزامات الدولية لحماية العقائد الدينية، ففي ظل الاتفاقيات الدولية المنظمة للعقائد الدينية، فإن أي طرف يكفي لكي يتحمل المسؤولية الجنائية الدولية، أن ينسب له عمل دولي غير مشروع، وذلك بانتهاك الواجب المفروض عليه بواسطة الاتفاقيات والمعاهدات الدولية. إذ إن المسؤولية الجنائية الدولية أساسها الفعل الدولي غير مشروع جنائياً، وطبيعة هذا الفعل هي انتهاك الالتزامات الدولية والإنسانية المفروضة على الأشخاص محل المسؤولية الجنائية الدولية سواء كان هذا الانتهاك إيجابياً بالفعل أو سلباً بالامتناع^(٥٧)، ولا يكفي لتحقيق المسؤولية الدولية حصول خرق للالتزام دولي فحسب؛ لأن هذا الشرط يرمز إلى العمل والامتناع غير المشروع الذي يثير المسؤولية الدولية، بل لابد من توفر شرط آخر بالضرورة قبل أن يضع العمل أو الامتناع غير المشروع قانون المسؤولية مع كافة نتائجه موضع التنفيذ. لذلك ولغرض ثبوت المسؤولية فإن العمل أو الامتناع غير المشروع يجب إسناده قانوناً إلى شخص الالتزام، إذ يعد هذا الشرط جوهرياً لغرض المسؤولية^(٥٨).

٢- إسناد الفعل غير المشروع إلى أحد أشخاص المسؤولين:

الثابت أن محل المسؤولية الجنائية في القوانين الوطنية هو الشخص الطبيعي، غير أن هذا الأمر على الصعيد الدولي يختلف قليلاً، وإن كان التوجه الدولي الآن أصبح يُحمل الفرد المسؤولية الجنائية عن الجرائم الدولية، وهذا الأمر يتفق مع الرأي الفقهي الذي يذهب إلى تحميل الشخص الطبيعي المسؤولية، إلا أنه فرق بين نوعين من المسؤولية: أولهما المسؤولية الجنائية، وثانيهما المدنية، إذا يظل في الشق الجنائي

(٥٧) د. أحمد عبد الحميد الرفاعي، المسؤولية الجنائية الدولية للمساس بالمعتقدات والمقدسات الدينية، مرجع السابق، ص ٨٤-٨٥.

(٥٨) د. عباس هاشم السعدي، مسؤولية الفرد الجنائية عن الجريمة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ٢٠٤.

ضرورة تحميله إلى شخص طبيعي، أما الشق المدني فإن الدولة تسأل عنه^(٥٩)، ومؤدى ذلك: فإنه لا بد من فاعل طبيعي يمكن إسناد إليه الفعل غير المشروع بالتعدي على العقائد الدينية حتى يمكن أن يسأل جنائياً عن هذا الفعل، بينما تتحقق مسؤولية الدولة في عدم بذل العناية المطلوبة من أجل تقاضى وقوع أي تعدٍ على العقائد الدينية على إقليمها، إذ لا يمكن أن يقع الفعل غير المشروع من تلقاء نفسه، ومفاد ذلك نجد أن تلك المسؤولية لا تتحقق إلا إذا ثبت أن الفعل المرتكب غير المشروع يعد جريمة وفقاً للقانون الدولي، فالقانون الدولي لا يمكن أن يهدر اعتبارات العدالة ولا يستطيع أن يتجاهل حقوق الأفراد وحرّياتهم الأساسية، وهذه الصورة تعنى أن الفعل لا يعد جريمة إلا إذا ثبت خضوعه لقاعدة من قواعد القانون الدولي تقرر له هذه الصفة وهذه القاعدة لا تتطلب شكلاً معيناً بل يكفي مجرد التحقق من وجودها^(٦٠)، وبتطبيق الرأي السالف نجد أن هناك العديد من القواعد القانونية الدولية التي جرمت التعدي على العقائد الدينية وكذلك حماية الحريات الدينية، ومن هذه القواعد الإعلان العالمي الخاص بالقضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين والمعتقد.

٣- ترتب على الفعل غير المشروع ضرر:

يشترط لقيام المسؤولية الجنائية الدولية وقوع ضرر يقع على دولة أخرى أو أحد أشخاص القانون الدولي العام، أو يمس بمصلحة دولية نتيجة لهذا الفعل غير المشروع، ويشترط القانون الجنائي الداخلي وقوع ضرر حتى يمكن إلزام المسؤول عن وقوع هذا الضرر بالتعويض، أو بالعقوبة المناسبة لحجم الضرر، كذلك الحال في القانون الجنائي الدولي يعد الضرر أحد الشروط الهامة لقيام المسؤولية الجنائية الدولية^(٦١).

(٥٩) د. مصطفى أحمد فؤاد، الأماكن الدينية المقدسة في منظور القانون الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م، ص ١٦٢.

(٦٠) د. محمود نجيب حسني، مرجع السابق، ص ٦٥-٦٧.

(٦١) د. أحمد عبد الحميد الرفاعي، المسؤولية الجنائية للمساس بالمعتقدات والمقدسات الدينية، المرجع السابق، ص ٨٩.

لذلك نجد أن الفقه يكاد يجمع على ضرورة وقوع الضرر كشرط للمسؤولية الجنائية الدولية، مستلهمًا في ذلك أحكام القضاء الدولي، وهيئات التحكيم الدولية، فقد ذكر "الأستاذ كارفاريه" : أنه يشترط لتحقيق المسؤولية الدولية وقوع ضرر، وهذا هو الشرط الذي لم تؤكد الأحكام صراحة إلا أنه يستخلص منها بكل وضوح^(٦٢)، والضرر كشرط للمسؤولية الجنائية الدولية أما أن يكون ماديًا أو معنويًا، فالضرر المادي قد يلحق بالوحدة الوطنية للدولة مباشرة، كاحتلال جزء من إقليمها، وقد يكون معنويًا ويشمل كافة الإهانات التي توجه ضد ممثليها، أو الاعتداء على مقارها، سواء بشكل تظاهرة أو غير ذلك من الأعمال التي لا تصل إلى حد الخسائر المادية^(٦٣).

ويندرج الضرر المترتب على التعدي على العقائد الدينية تحت نوع الضرر المعنوي، والذي يرتب على هذا التعدي المساس بالشعور الديني لدى معتنقي هذا الدين، والذي له العديد من الإفرازات السلبية جراء التعدي على ما يؤمن به الإنسان، غير أنه من الممكن أن يكون هذا الضرر ضررًا ماديًا يتمثل في انتهاك حق ممارسة الشعائر الدينية وعدم التمكين من ممارستها على الوجه الأكمل، أو في انتهاك حرمة الأماكن الدينية المقدسة.

المطلب الثاني

التعاون الدولي في مكافحة جرائم العدوان على العقائد الدينية

تعد سياسة التجريم إزاء الجرائم المتعلقة بالعدوان على العقائد الدينية غير قاصرة على التشريعات الداخلية للدول فحسب، بل أيضًا نجد الكثير من الإعلانات والمواثيق الدولية متضمنة حماية العقائد الدينية، من هذا المنطلق تبرز الأهمية الكبيرة إلى الحاجة إلى تعاون دولي وتكامل في مكافحة جرائم التعدي على العقائد الدينية:

(٦٢) د. سمير فاضل، مرجع السابق، ص ٩٢.

(٦٣) د. سمير فاضل، مرجع السابق، ص ٩٥.

الفرع الأول

التعاون الدولي في مكافحة الجرائم

تنال الجرائم الدولية بأنواعها وأشكالها المتعددة من البشرية جمعاء، مما يشعر المجتمع الدولي بأسره بضرورة ملاحقة مرتكبها بوصفه التزاماً دولياً بل واجباً شرعياً يتعين العمل على تحقيقه^(٦٤)، من هنا جاء التعاون بين الدول الذي أصبح من الأمور المهمة في حياة الشعوب فالدول كأفراد لا تعيش منعزلة وبمناى عن الآخرين، إنما الحاجة هي التي تدفعها إلى التعاون والتواصل فيما بينهما في كافة الأوجه. فقد أدى التطور التكنولوجي الهائل في وسائل المواصلات والاتصالات وما صاحبه من ثورات هائلة ومتتابعة في مجال المعلومات وسهولة انتقال الأشخاص والأموال بين الدول بصورة نجد معها العالم وكأنه قرية صغيرة اتخذت الجريمة أشكالاً جديدة، تتسم بقدر كبير من التنظيم والتعقيد بحيث لم يعد تأثيرها مقتصرًا على إقليم دولة معينة، وإنما إلى أقاليم الدول الأخرى^(٦٥).

ويمثل التعاون الدولي لمكافحة الجريمة أحد صنوف التعاون الدولي في علاقاتها الخارجية، ويقصد به تبادل العون والمساعدة وتضافر الجهود المشتركة بين طرفيين دوليين أو أكثر؛ لتحقيق نفع أو خدمة أو مصلحة مشتركة في مجال التصدي للمخاطر وتهديدات الإجرام، وما يرتبط بها من مجالات أخرى كمجال العدالة الجنائية ومجال الأمن، أو لتخطي مشكلات الحدود والسيادة التي قد تعترض الجهود الوطنية لملاحقة المجرمين وتعقب مصادر التهديد، سواء كانت هذه المساعدة المتبادلة قضائية أم تشريعية أو شرطية موضوعية أو إجرائية وسواء اقتصر على جهود دولتين فقط أم امتدت إقليمياً أو عالمياً^(٦٦)، وهذه الصورة تنبعث من إحساس المجتمع الدولي بحتمية

(٦٤) د. طارق سرور، الاختصاص الجنائي العالمي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر، القاهرة، ص ١٢٩.

(٦٥) د. عادل يحيى، وسائل التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م، ص ٥.

(٦٦) د. علاء الدين شحاته، التعاون الدولي في مكافحة الجريمة، القاهرة، بدون دار نشر، ٢٠٠٠م،

مسئوليته في مواجهة بعض الجرائم بروح تضامنية جماعية بل حتمية وسيطرة هذه الروح لمواجهة كل الظواهر الإجرامية وهنا يتجاوز الأمر مجرد المساعدة الثانوية؛ ليرقى إلى مستوى إيجاد حركة جماعية (من جماعة دول العالم) اتجاه بعض الجرائم التي لم تعد مجرد جرائم وطنية^(٦٧).

ويجد التعاون الدولي في مجال مكافحة الجريمة تبريره في العديد من الاعتبارات منها أنه يعد من قبيل التدابير المانعة من ارتكاب الجريمة وتفصيل ذلك أن المجرم سوف يجد نفسه محاطا بسياج مانعة من الإفلات من المسؤولية عن الجريمة التي أتاها أو من العقوبة التي حكم عليه بها فإذا ارتكب جريمته هنا وتمكن من الهروب، فسوف يكون بعد ذلك عرضة للقبض والضبط، بل المحاكمة أو الترحيل إلى بلده إن كان في بلد آخر، من شأن ذلك أن يجعله يفكر في أمر الجريمة قبل الإقدام عليها، وغالبًا ما يقوده الأمر إلى العزوف عن سلوك سيئها، كما أنه مظهر من مظاهر التقدم الحضاري، وذلك أن الدول في تنظيماتها المعاصرة، إنما تستهدف تحقيق غاية سامية عليا تتمثل في صيانة الأمن والسلم الدوليين، وإذا كان ظاهر هذا القول ينصرف إلى الجريمة الدولية، إلا أنه يستوعب الجريمة الداخلية أيضا، وتفصيل ذلك: أن التقدم الحضاري للدول يستتبع بذل الجهود من أجل صيانتها، فربما استقبلت دولة معينة مجرمًا هاربًا من بلد آخر دون أن ينال عقابه، وقد تدفعه الظروف في البلد الجديد إلى العودة إلى الجريمة مما ينطوي على عدوان على واحدة من المصالح التي يحميها المشرع الجنائي لذلك البلد، ومن ثم كان من واجب هذا الأخير معاونة قرينه في المجتمع الدولي في إنزال العقاب بمن أشاع الفساد في بعض أرجائه، وألحق الضرر بإحدى مصالحه، قبل السماح له بالإقامة فيه خشية أن يعاود تكرار سلوكه فيه^(٦٨).

ص ٣١.

(٦٧) د. عبد الرحيم صدقي محمد، التعاون العقابي الدولي في الفكر المعاصر، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة والخمسون، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٣م، ص ٢٥١-٢٥٢.

(٦٨) د. حسنين عبيد، التعاون الدولي في مكافحة الجريمة الدولية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة والخمسون، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٣، ص ٢٥٧-٢٥٨.

الفرع الثاني

أهمية التعاون الدولي في مكافحة العدوان على العقائد الدينية

وبالنسبة إلى أهمية التعاون بين الدول في مكافحة جرائم التعدي على العقائد الدينية، فإن المجتمع الدولي بكل ما فيه أصبح في أمس الحاجة إلى مثل هذا التعاون لما نراه في الآونة الأخيرة من اعتداء صارخ على العقائد الدينية، وعد ازديادها والخط منها عبر ما يتم نشره أو رسمه من رسوم مسيئة لرموز دينية لبعض الأديان.

لقد ثبت أن السبيل الفعال لمنع جرائم انتهاك القانون الدولي الإنساني هو التعاون الدولي ومواكبة التغييرات التي طرأت على هذه الجرائم، إن التعاون بين الدول في مجال الضبط والتحقيق مع مجرمي جرائم القانون الدولي الإنساني يساعد على مواجهة هذه الجرائم، على عكس التباعد بين الأنظمة القانونية للدول الذي يسهل إفلات المجرمين من الجرائم التي يرتكبونها وعلى مر العصور أبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية في مجال التعاون الدولي تستهدف توحيد القوانين الجنائية الوطنية وتحويلها من أجل مكافحة ظاهرة الجريمة بصفة عامة^(٦٩).

وتعد أحد مظاهر تفعيل التعاون الدولي في مكافحة جرائم التعدي على الأديان هي الأخذ بعالمية العقوبة، ويقضى مبدأ عالمية العقاب universality principle بأن تختص دولة بمحاكمة من يتم القبض عليه، وهو على إقليمها متى ثبت اتهامه بارتكاب جريمة معاقب عليها بموجب قوانينها ويتسم هذا المبدأ بأنه ذو طبيعة دولية؛ لأنه يعرض اتحاد أعضاء المجتمع الدولي في مكافحة الجريمة فالبقرة انعقاد الاختصاص للقضاء الجنائي الوطني هي بواقعة القبض على المتهم، بصرف النظر عن جنسيته، أو المصلحة التي وقع عليها الاعتداء أو جنسية المجني عليه، أو مكان ارتكاب الجريمة^(٧٠).

(٦٩) د. أحمد عبد الحميد الرفاعي، المبادئ العامة لأحكام المسؤولية الدولية، مرجع سابق، ص ٤٣٧.

(٧٠) د. عبد الفتاح محمد سراج، مبدأ التكامل في القضاء الجنائي الدولي، دراسة تحليلية تأصيلية،

ولاشك أن مبدأ العالمية يوسع إلى حد كبير من نطاق تطبيق قانون العقوبات الوطني، ويكمن مبرر الأخذ بهذا المبدأ في انتشار ظاهرة الجرائم الدولية المنظمة من ناحية، تلك التي تتوزع فيها أركان الجريمة، وتتجاوز آثارها إقليم أكثر من دولة بحيث لا تبدو هناك دولة معنية مباشرة بأمر الجريمة^(٧١)، ويمتاز هذا المبدأ بأنه يقرر للنص الجنائي نطاقاً متسعاً يكاد يمتد للعالم بأسره، وطبيعي لا يطبق هذا المبدأ على كل الجرائم، إذ يؤدي ذلك إلى تنازع خطير بين التشريعات الجنائية للدول المختلفة، وكذلك يقتصر تطبيقه على مجموعة من الجرائم تهم المجموعة الدولية كلها بحيث يعد مرتكبها معتدياً على مصلحة مشتركة لكل الدول^(٧٢).

وإذ نظرنا إلى المصلحة محل الحماية وهي العقائد الدينية، فكما أثبت سالفاً أن العدوان عليها من الجرائم الدولية وبالضرورة، فإن المتعدى عليها يعد معتدياً على مصلحة مشتركة للجماعة الدولية؛ لأن العقائد الدينية هي من أهم مقومات الحياة لدى البشر، ومن ثم فإن التعدي عليها لابد أن يندرج ضمن الجرائم التي يطبق بشأنها عالمية العقاب حتى لا تكون هناك ثمة فرصة لمرتكبي تلك الجرائم للإفلات من العقاب ولكن يلزم لهذا الأمر شروط عدة هي:

أولاً: تواجد الجاني في إقليم الدولة والقبض عليه، فلا يتصور محاكمته غيابياً.
ثانياً: ألا تطلب دولة أخرى تسليم الجاني وفقاً لمبدأ الإقليمية أو الشخصية، ففي هذا الفرض يغلب ترجيح مبدأ الإقليمية أو الشخصية على مبدأ العالمية، لاسيما وأن دولة القبض لا تكون معنية مباشرة من الناحية الواقعية بأمر الجريمة.

الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ص ١٣٦-١٣٧.

(٧١) د. سليمان عبد المنعم، دروس في القانون الجنائي الدولي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥م، بدون طبعة، ص ٤٣١.

(٧٢) د. أحمد عبد الحميد الرفاعي، المبادئ العامة لأحكام المسؤولية الجنائية الدولية، مرجع سابق، ص ٤٣١.

ثالثاً: ارتكاب الجاني جريمة تهم الجماعة الدولية مثال ذلك جرائم الاتجار في المخدرات والاتجار في الرقيق، والقرصنة، وتزيف النقود، فهذه الجرائم هي على نحو ما ذات (طابع دولي) كما أن الآثار المترتبة عليها تتجاوز حدود الدول، وتمس الجماعة الدولية، وهو الأمر الذي يبرر اعتبار دولة القبض على الجاني بمنزلة نائب عن المجتمع الدولي في ملاحقته وعقابه^(٧٣).

يُضاف إلى الجرائم السابقة جرائم التعدي على الأديان وازدراءها، وكذا جرائم التعدي على الحريات الدينية؛ لأنهم جميعاً يشتركون في أنها جرائم ذات طابع دولي، وتمتد الآثار المترتبة عليها إلى أكثر من دولة وجميعها تمس الجماعة الدولية، وتظهر أهمية مبدأ عالمية العقاب والملاحقة الجنائية من أجل عدم إفلات المجرمين من العقاب وذلك بعد تحديد مسؤوليتهم، كما أن تطبيق هذا المبدأ سيكون رادعاً لمن تسول له نفسه ارتكاب الجرائم؛ لأنه سيتم محاكمته في أي دولة في العالم والقبض عليه وتحديد مسؤوليته الجنائية^(٧٤).

ويمكن القول: أن هذا المبدأ قد جاء ليساعد صياغة قواعد العدالة الجنائية الدولية، بتحقيق التوازن بين نطاق اختصاص السلطات القضائية الجنائية على المستوى الوطني مع المحكمة الجنائية الدولية، وتهدف هذه الصياغة إلى الحد من إفلات المتهمين بارتكاب أشد الجرائم خطورة على المجتمع الدولي من العقاب، مع إعطاء الأولوية لاختصاص القضاء الوطني باعتباره صاحب الاختصاص الأصلي، لقد جاء هذا المبدأ ليوضح طبيعة وحدود العلاقة بين القضائين الوطني والدولي، وهو ما كان يمثل عقبة في سبيل تحقيق العدالة الجنائية في صيانة الأمن والسلم الدوليين، وإذا كان ظاهر هذا القول ينصرف إلى الجريمة الدولية، إلا أنه يستوعب الجريمة الداخلية أيضاً وتفصيل

(٧٣) د. سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص ٧٨-٧٩.

(٧٤) د. أحمد عبد الحميد الرفاعي، المبادئ العامة لأحكام المسؤولية الجنائية، مرجع سابق بتصرف، ص ٤٣٢-٤٣٤.

ذلك أن التقدم الحضاري للدول يستلزم بذل الجهود من أجل صيانتها، فربما استقبلت دولة معينة مجرمًا هاربًا من بلد آخر دون أن ينال عقابه، وقد تدفعه الظروف في البلد الجديد إلى العودة إلى الجريمة مما ينطوي على عدوان على واحد من المصالح التي يحميها المشرع الجنائي لذلك البلد، ومن ثم كان من واجب هذا الأخير مساعدة قريبه في المجتمع الدولي في إنزال العقاب بمن أشاع الفساد في بعض أركانه، وإلحاق الضرر بإحدى مصالحه قبل السماح له بالإقامة فيه، خشية أن يعاود تكرار سلوكه فيه^(٧٥).

وللتعاون الدولي في المجال الجنائي مظاهر عديدة تضطلع المعاهدات الدولية بالدعوة إليها والحث على تقريرها في تشريعات الدول، وتتجلى أهم هذه المظاهر في اثنين أولهما ضرورة تكامل معايير الاختصاص الجنائي الدولي، وتتجلى هذه الضرورة في كل الصعوبات الناشئة عن تنازع اختصاص القوانين الجنائية الوطنية، والأخذ بآلية تسليم المجرمين^(٧٦)، لقد أصبح من المسلم به أن البناء القانوني الدولي الجنائي يتطلب أن تكون هناك نصوص مقررّة للجرائم والعقوبات، وأن تنشأ هيئة قضائية دولية توقع العقاب على مرتكبي الجرائم الدولية، أي أن يكون هناك قواعد جنائية موضوعية وإجرائية في المجتمع الدولي، على غرار تلك التي توجد في المجتمع الداخلي^(٧٧)، ويؤكد " بكاريا Baccaria " على أهمية التعاون الدولي بقوله (من أنجح الوسائل لمنع الجريمة الإيقان بعدم وجود مكان يمكن أن يفلت فيه المجرم من العقاب)^(٧٨)، بمعنى أوضح أن يثبت في يقين المجرم أنه في حالة ارتكابه الجرم فإنه لن يكون بمأمن من العقاب أينما حل أو ارتحل وأن يد العدالة ستصل إليه أينما ذهب، والواقع أن الجريمة الدولية وتحديد المسؤول عنها، تحتم التعاون الدولي إذ يكاد يصبح مستحيلًا مكافحة

(٧٥) د. حسانين عبيد، مرجع سابق، ص ٢٥٧-٢٥٨.

(٧٦) د. سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص ٨١.

(٧٧) د. ناصر أحمد بخيت، مرجع سابق، ص ١٩٥.

(٧٨) د. على صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٠م، ص ٢٩٩.

الجريمة الدولية ومنها جرائم التعدي على العقائد الدينية التي تترتب عليها أضرار محققة للأمن والاستقرار والسلام الاجتماعي بين الدول والحضارات دون تعاون دولي على صعيد التشريع أو الملاحقة القضائية، لذلك يجب على الدول إصدار تشريعات تجرم الإساءة للمعتقدات أو المقدسات الدينية والتي لا مبرر لها حتى ولو كانت في إطار حرية الرأي والتعبير^(٧٩).

إن الجرائم الدولية عموماً وجرائم التعدي على العقائد الدينية بصفة خاصة قد يكون لها من الآثار الوخيمة ما لا يحمد عقباه، وفي ظل هذا التطور التكنولوجي في وسائل الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات أصبح من الصعب إمكانية ملاحقة مثل هذه الأنشطة الإجرامية وفقاً للتشريعات الجنائية الوطنية، أيضاً فإن الأهمية الكبيرة للحرية الدينية بوصفها حقاً مهماً من حقوق الإنسان الرئيسية أن تدرك كذلك الانعكاسات السلبية لانتهاكها ومدى تأثيرها على المجتمع الدولي والعلاقات الدولية بوجه عام، هذا الواقع يبرر الجهود الدولية المتضافرة والمبذولة عبر نصوص الإعلانات والمواثيق الدولية والتدابير الفعلية المصاحبة لها والضامنة لتطبيقها، وهذه جميعها تصب في معين واحد ألا وهو أحكام تكريس تلك الحماية الدولية للعقائد الدينية خصوصاً وباقي الحقوق والحريات المرتبطة بها عموماً^(٨٠)، من هنا فقد بات هناك حاجة ملحة للتعاون الدولي كوسيلة لا بد منها في مكافحة جرائم التعدي على العقائد الدينية من أجل عدم إمكانية إفلات مرتكبي هذه الجرائم من العقاب، وللقضاء على الآثار المترتبة على هذه الجرائم.

(٧٩) د. أحمد عبد الحميد الرفاعي، المسؤولية الجنائية الدولية للمساس بالمعتقدات والمقدسات الدينية، مرجع سابق، ص ١١٢.

(٨٠) د. عمار تركي السعدون، مرجع السابق، ص ١٧٨.

الخاتمة

لقد آن بعد إكمال مسيرة هذه البحث أن نقف وقفه تأمل فيما ورد في تضامنية من أفكار شتى، لتشمل بعض الملاحظات التي نراها مهمة لتكتمل صورة هذا البحث فمن خلال دراستنا توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نوجزها فيما يلي:

أولاً - النتائج:

١- تعد العقائد الدينية حاجة أساسية لأي إنسان فضلاً عن المجتمع، فهي من الضرورات الأساسية التي من الصعب أن يعيش بدونها، فالعقيدة الدينية نشأت مع نشأة الإنسان ولم تتخلف عنه أبداً، وبالتالي يمكن القول: بأن العقائد الدينية من أهم السمات التي ميزت الإنسان عما عداه من الكائنات الحية.

٢- للجرائم الماسة بالعقائد الدينية أخطر كبيرة على الصعيد الداخلي والدولي، ولذلك فإن سياسة التجريم لم تعد قاصرة على التشريع الداخلي بل أيضاً على التشريعات الدولية من خلال إعلانات ومواثيق دولية جاءت كلها لتكريس حماية القوائد الدينية.

٣- أضحت حماية العقائد الدينية حاجة اجتماعية وإنسانية مهمة وضرورية لاستقرار المجتمعات وقيمها الأمر الذي دعا إلى تعزيز تلك الحماية عبر نصوص دولية.

ثانياً - التوصيات:

١- العمل على إصدار اتفاقية دولية، يكون هدفها الحقيقي والمعلن حماية العقائد الدينية من التعدي والازدراء، وأن تتضمن تلك الاتفاقية عقوبات على أي دولة تخل بالالتزامات الواردة فيها.

٢- ينبغي على المنظمات الدولية العامة والمتخصصة التكاتف لمواجهة مثل تلك الجرائم التي تشكل تهديداً فعلياً لاستقرار السلم والأمن الدوليين وعدم الاستهانة بالحوادث المتكررة للعدوان على العقائد الدينية.

٣- توضيح اتفاقية دولية للتعاون الدولي في مجال مكافحة الجرائم التي تمس العقائد الدينية، تتناول بصفة خاصة تسليم المجرمين ممن يقومون بالعدوان على العقائد الدينية.

المراجع

• المراجع العامة:

- ١- د. إدريس حسن محمد الجبورى، الحرية الدينية في الشريعة الاسلامية والنظم القانونية، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨م.
- ٢- د. الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٨م.
- ٣- د. حمدي عطية عامر، حماية حقوق الإنسان وحرية العامة الأساسية في القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٠م.
- ٤- د. سليمان عبد المنعم، دروس في القانون الجنائي الدولي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥م.
- ٥- د. سمير محمد فاضل، المسؤولية الدولية عن الأضرار الناتجة عن استخدام الطاقة الفورية وقت السلم، دار عالم الكتب، القاهرة، ١٩٧٦م.
- ٦- د طارق سرور، الاختصاص الجنائي العالمي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
- ٧- د. عبد الله الأشعل، قضايا الفكر الإسلامي المعاصر، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٠م.
- ٨- د. عبد الواحد محمد الفار، قانون حقوق الإنسان في الفكر الوضعي والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩١م.
- ٩- د. عباس هشام السعدي، مسؤولية الفرد الجنائية عن الجريمة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٢م.
- ١٠- د. عبد الفتاح محمد سراج، مبدأ التكامل في القضاء الجنائي الدولي، دراسة تحليلية تأصيلية، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
- ١١- د. عثمان عبد الرحمن عبد اللطيف، خطاب الرسول الأعظم للأمم وميثاق الأمم المتحدة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠١٠م.
- ١٢- د. عادل يحيى، وسائل التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م.
- ١٣- د. علاء بن محمد صالح الهميص، تطور المسؤولية الجنائية حول جرائم الإبادة الجماعية، الطبعة الاولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٢م.

١٤- د. على صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٠م.

١٥- د. فتوح عبد الله الشاذلي، القانون الدولي الجنائي، الكتاب الأول، أوليات القانون الدولي الجنائي - النظرية العامة للجريمة الدولية، ٢٠٠١م.

١٦- د. فتوح عبد الله الشاذلي، المسؤولية الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.

١٧- د. محمود شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعينة بحقوق الإنسان، المجلد الأول، الوثائق العالمية، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٣م.

١٨- د. محمود صالح العادلي، الجريمة الدولية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٣م.

١٩- د. محمود نجيب حسني، دروس في القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٥٩م.

٢٠- د. مصطفى أحمد فؤاد، المنظمات الدولية، مطبعة جامعة طنطا، ٢٠٠٥م.

• المراجع المتخصصة:

١- د. أحمد عبد الحميد الرفاعي، المسؤولية الجنائية للمساس بالمعتقدات والمقدسات الدينية، دراسة في ضوء حرية الرأي والتعبير، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م.

٢- د. حمدي محمد محمود حسين، أثر المعاهدات الدولية على القضاء الجنائي الوطني، دراسة تحليلية مقارنة مدعمة بالاجتهادات القضائية، مجلة الدراسات الفقهية والقانونية، المعهد العالي للقضاء، سلطنة عمان، العدد الأول يناير ٢٠١٩م.

٣- د. رأفت جوهرى رمضان، العمل الإعلامي والخطورة الإجرامية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢م.

٤- د. صلاح أحمد جودة، حرية الاعتقاد وممارسة الشعائر الدينية في الأماكن المقدسة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م.

٥- د. عادل عبد العال خراشي، جريمة التعدي على حرمة الأديان وازدراءها في التشريعات الجنائية الوضعية والتشريع الجنائي الإسلامي دراسة في ضوء حرية الرأي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨م.

- ٦- المستشار/ عادل ماجد، مسؤولية الدول عن الاساءة للأديان والرموز الدينية، مركزالامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، العدد ١٢٥، ٢٠٠٧م.
- ٧- د. عمار تركي السعدون، الجرائم الماسة بالشعور الديني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مطبعة الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٣م.
- ٨- أ/ محمد حسين النجار، الإطار الأممي المنظم لحرية العقيدة والدعوة إلى نبذ العنف والكرهية، إصدار المجموعة المتحدة، القاهرة، ٢٠٠٦م.
- ٩- أ / محمد عبد الله بك، في جرائم النشر، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥١م.
- ١٠- د. مصطفى أحمد فؤاد، الأماكن الدينية المقدسة في منظور القانون الدولي، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م.
- ١١- أ/ وليم سليمان قلاء، أ/ حسين أحمد أمين، أ/ محمد المسماري وآخرون التسامح الديني والتفاهم بين المعتقدات، الطبعة الأولى، مركز اتحاد المحامين العرب للبحوث والدراسات القانونية، القاهرة، ١٩٨٦م.

• الرسائل العلمية:

- ١- د. سامي جمال الدين، الحماية الجنائية للحريات الدينية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، ١٩٩٧م.
- ٢- ناصر أحمد بخيت، حق الإنسان في اختيار عقيدته الدينية وممارسة شعائرها دور الشرطة في حماية هذا الحق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١١م.
- ٣- د. يسري حسن محمد القصاص، الضوابط الجنائية لحرية الرأي والتعبير، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ٢٠١٣م.

• الدوريات:

- ١- د. أحمد عبد الحميد الرفاعي، المبادئ العامة لأحكام المسؤولية الجنائية الدولية، مجلة كلية الدراسات العليا، أكاديمية الشرطة المصرية، العدد العاشر، القاهرة، ٢٠٠٤م.
- ٢- د. حسانين عبيد، التعاون الدولي في مكافحة الجريمة الدولية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة والخمسون، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٣م.
- ٣- د. عبد الرحيم صدقي محمد، التعاون العقابي الدولي في الفكر المعاصر، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة والخمسون، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٣م.

• معجم لغوى:

١- المعجز الوجيز، مجمع اللغة العربية، جمهورية مصر العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

• مصادر باللغة الفرنسية:

- 1- Combacau (J.)et Sur (S.), Droit international public, 2eme ed.,montchretien, 1995.
- 2- Favoreu (L.), Gaia (P.), Ghevontian (R.), Mestre (J. L.), Pfersmann (O.), Roux (A.), Scoffoni (G.), Droit constitutionnel, 3é ed, Dalloz, 2000, p. 859.
- 3- R. Dijoux, La liberté d'expression face aux sentiments religieux opproche europeenne, les cahiers de droit, vol53, n.4, 2012.
- 4- Waasmunster (P.), Libertés publiques, 3e ed, Dalloz, 2000, p. 473.

• مراجع الإنترنت:

- 1- Angeletti (S.), quciques commentaires critiques au sujet la diffamation des religions dans le documents des Nations Unies, www.statochies.it, تاريخ الزيارة. 03.10.2015.
- 2- Diffamation des religions: I'ONU obamdonne le concept, <http://www.humanrights.ch,fr>,
- 3- Rapport ur les relations entre liberté d'èxpression et liberté de religion: règlementation et répression du blasphème, de l'injure è caractère religieux et de l'incitation à l'haine reliquieuse, Commission européenne pour la démocratie par le droit, 23 octobre 2008, www.venice.coe.int, تاريخ الزيارة. 12.02.2014.

الضمانات القانونية لحماية ملكية المستثمر الأجنبي وعلاقتها بجريمة التهرب الضريبي (دراسة تحليلية مقارنة)

الدكتور/ حسين بن سعيد بن سيف الغافري *

الدكتور/ حماده محمد عبد العاطي نصر **

الملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى تناول موضوع الضمانات القانونية لحماية ملكية المستثمر الأجنبي وعلاقتها بجريمة التهرب الضريبي، وذلك من خلال المنهج التحليلي المقارن، وتمثلت أهمية الدراسة في كون الاستثمارات الأجنبية تعد وبحق أحد أهم مصادر التمويل الخارجية التي تلجأ إليها الدول كبديل جيد عن القروض الأجنبية، ومن ثم تعمل الدول على جذب الاستثمارات الأجنبية إليها بشتى السبل، وتوفير الضمانات اللازمة لحماية ملكية المستثمر الأجنبي.

وتناول الباحثان الموضوع من خلال مبحثين، خصصا المبحث الأول منهما ل ضمانات حماية ملكية المستثمر الأجنبي في القانونين المصري والعُماني، وتناولوا في المبحث الثاني علاقة جريمة التهرب الضريبي بضمانات حماية ملكية المستثمر الأجنبي، وخلصا الباحثان في هذه الدراسة إلى أن الضمانات القانونية اللازمة لحماية ملكية أموال المستثمر الأجنبي تتمثل في تقرير مجموعة من المبادئ، ومنها مبدأ حظر نزع ملكية أموال المستثمر، ومبدأ حظر تأميم أموال المستثمر، ومبدأ حظر مصادرة أموال المستثمر، ومبدأ حظر الاستيلاء على أموال المستثمر الأجنبي، ومبدأ عدم جواز فرض الحراسة على أموال المستثمر الأجنبي.

وأوصى الباحثان بضرورة التأكيد على وضع المزيد من الضمانات التي تكفل حماية ملكية المستثمر الأجنبي، وأن نزع ملكية أمواله وتأميمها ومصادرتها والاستيلاء وفرض الحراسة عليها، لا بد وأن يتم في أضيق الظروف ووفقاً لضوابط محددة، كما أوصى الباحثان بضرورة تفعيل دور الاتفاقيات والمعاهدات الدولية الجماعية منها والثنائية، المعنية بحماية الاستثمار الأجنبي، وأن يتم العمل على تعزيز التعاون الدولي في ذلك، وكذلك تكثيف الجهود من أجل محاربة البيروقراطية والرشوة وكافة أشكال الفساد، وناشد الباحثان كلاً من المشرع المصري والعُماني بضرورة إعادة النظر في سياسة الرقابة الضريبية، وذلك للحد من ظاهرة التهرب الضريبي وجرائم الفساد التي تلتهم أي تقدم يمكن أن تحرزه الدولة، لما لها من آثار سلبية قد تعصف بحق ملكية المستثمر الأجنبي.

كلمات مفتاحية: المستثمر الأجنبي - حماية ملكية المستثمر الأجنبي - حظر نزع الملكية - حظر التأميم - حظر المصادرة - حظر الاستيلاء - جريمة التهرب الضريبي.

* أستاذ القانون الجنائي المساعد وعميد كلية القانون - الجامعة العربية المفتوحة - سلطنة عمان.

** أستاذ القانون التجاري والبحري والجوي المشارك بكلية القانون - الجامعة العربية المفتوحة - سلطنة عمان.



Legal Guarantees to Protect the Ownership of the Foreign Investor and its Relationship to the Crime of Tax Evasion (Comparative Analytical Study)

Dr. Hussain Said Saif Al-Ghafri *
Dr. Hamada Mohmed Abd-Elaty Nasr **

Abstract:

This study aims to address the issue of legal guarantees to protect the ownership of the foreign investor and its relationship to the crime of tax evasion, through the comparative analytical approach, The importance of the study was represented in the fact that foreign investments are rightfully considered one of the most important sources of foreign financing that countries resort to as a good alternative to foreign loans, and then countries work to attract foreign investments to them by various means and provide the necessary guarantees to protect the ownership of the foreign investor.

The researchers dealt with the subject through two sections, the first section of which was devoted to the guarantees of protecting the property of the foreign investor in the Egyptian and Omani laws, and in the second section they dealt with the relationship of the crime of tax evasion with the guarantees of protecting the property of the foreign investor.

The researchers concluded in this study that the legal guarantees necessary to protect the ownership of the foreign investor's money are represented by a set of principles, including the principle of prohibiting the expropriation of the investor's funds, the principle of prohibiting the nationalization of the investor's funds, the principle of prohibiting the confiscation of the investor's funds, and the principle of prohibiting the appropriation of the foreign investor's funds, And the principle of the impermissibility of imposing custody on the money of the foreign investor. The researchers recommended the necessity of emphasizing the development of more guarantees that guarantee the protection of the ownership of the foreign investor, and that the expropriation, nationalization, confiscation, seizure and custody of his funds must be carried out in the strictest circumstances and in accordance with specific controls, The researchers also recommended the need to activate the role of collective and bilateral state agreements and treaties concerned with the protection of foreign investment, and to work to strengthen international cooperation in this, as well as to intensify efforts to combat bureaucracy, bribery and all forms of corruption, The researchers appealed to both the Egyptian and Omani legislators to reconsider the tax control policy, in order to reduce the phenomenon of tax evasion and corruption crimes that devour any progress that the state can make, because of their negative effects that may affect the right of ownership of the foreign investor.

Keywords: Foreign Investor - Property Protection of Foreign Investor - Prohibition of Expropriation - Prohibition of Nationalization - Prohibition of Confiscation - Prohibition of Appropriation - Crime of Tax Evasion.

* Assistant Prof. of Criminal Law, Dean of the College of Law, AOU, Oman.

** Associate Prof. of Commercial, Maritime and Air Law, College of Law, AOU, Oman.

المقدمة

لما كانت وتيرة التقدم الاقتصادي لأية دولة تقاس بمدى قدرتها على استقطاب رؤوس الأجنبية إليها، فإن الدول تبذل قصارى جهدها من أجل جذب الاستثمارات الأجنبية، باعتبارها أحد أبرز آليات النمو الاقتصادي لا سيما في الدول النامية، والتي تعد في أمس الحاجة عن غيرها من الدول إلى جذب رؤوس الأموال الأجنبية، لكي تتمكن من توفير التمويل اللازم لتنفيذ مشروعاتها التنموية.

هذا وتعد الاستثمارات الأجنبية أحد أهم مصادر التمويل الخارجية التي تلجأ إليها الدول كبديل جيد عن القروض الأجنبية، ومن ثم تعمل الدول على جذب الاستثمارات الأجنبية إليها بشتى السبل، ويتم ذلك من خلال تبني استراتيجيات أكثر فاعلية في مجال تشجيع الاستثمار، ترمي إلى القضاء على البيروقراطية الإدارية المقيتة، وسن التشريعات التي تكفل توفير الضمانات القانونية اللازمة لحماية ملكية المستثمر الأجنبي، والقضاء على كافة المعوقات والعقبات التي تقف حجر عثرة أمام استقطاب رأس المال الأجنبي^(١)، وبناءً عليه يتعين على المشرع أن يمهّد الطريق لانسياب رؤوس الأموال الأجنبية داخل الاقتصاد الوطني، وهذا لن يكون إلا من خلال خطوات جادة وحقيقية تنفذ بشكل ملموس وجدي، لا أن تكون مجرد شعارات رنانة دون تطبيق، أو مجرد نصوص تبقى حتى بعد إقرارها من قبل المشرع حبيسة الأدراج لا تنفذ على أرض الواقع، مما يجعلها في حقيقة الأمر لا تعدو أن تكون مجرد حبر على ورق، لا سيما وأن الاستثمار من وجهة نظرنا هو جوهر كل تنمية اقتصادية، وأداة للنهوض بالاقتصاد الوطني في أية دولة، كما أن نجاح أي قانون يعنى بمسائل الاستثمار، تجسده معطيات الواقع فقط، لا مجرد الشعارات الرنانة.

ومما لاشك فيه أن المشكلة الرئيسية ليست في وجود الاستثمارات الأجنبية التي تضح مزيداً من رؤوس الأموال في الاقتصاد الوطني، بل إن المشكلة الحقيقية تكمن بطبيعة الحال في تذليل كافة العقبات التي تعترض طريق هذه الاستثمارات، وذلك بالإضافة إلى ضرورة العمل على إيجاد المناخ الاستثماري المناسب، لا سيما وأن رؤوس الأموال الأجنبية التي تبحث عن فرصة حقيقية وجادة للاستثمار ليست بالقليلة بل هي كثيرة جداً في وقتنا الراهن، بيد أن قدومها للدولة المضيفة للاستثمار مرهون بمدى ما توفره هذه الأخيرة من ضمانات تكفل لهم حماية ملكيتهم، وحوافز جاذبة للاستثمار، وبيئة صحية صالحة

(١) د. كريمة عباس، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الأخوة منتوري، ٢٠١٨م، ص ٨٨.

تتضمن تشريعات تتسم بالمرونة في التعامل مع المستثمرين، وفي الوقت ذاته توفر الضمانات الكفيلة بحماية ملكية المستثمر الأجنبي، فإذا ما استطاعت الدولة معالجة هذه الإشكاليات، ضمنت نمواً لاقتصادها بشكل جيد مقارنة بالدول الأخرى، وذلك من خلال زيادة الصادرات لديها والتقليل من الواردات لكثير من السلع والخدمات، الأمر الذي يكون له مردود إيجابي على الميزان التجاري للدولة المضيفة للاستثمار، فيزيد الناتج المحلي لديها، ومن ثم يرتفع متوسط دخل الفرد، وبالتالي تقضي على مشكلة البطالة من خلال توفير فرص العمل التي تعد من أخطر الآفات التي تواجه كافة دول العالم اليوم، لاسيما مع استفحال الأزمة الاقتصادية العالمية في الوقت الراهن، ومما لاشك فيه أن حجم الاستثمار في أية دولة يتناسب طردياً مع مقدار الحماية الموضوعية والإجرائية التي يكفلها المشرع لحماية ملكية المستثمر، فالأخير يبحث دوماً عن بيئة جاذبة لرأس المال حتى يتمكن من تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح، ويبتعد عن أي مكان يكبده أية خسائر^(٢)، ومن هذا المنطلق ينبغي على الدولة المضيفة للاستثمار تبديد كافة مخاوف المستثمر الأجنبي بكل السبل^(٣)، ومن ثم فإن زيادة معدل الاستثمارات وفعاليتها، يرتبط بشكل أو بآخر بمدى توفر آليات فعاله بيد المستثمر تمكنه من حماية ملكيته وحقوقه والحفاظ عليها قضائياً، ويرجع ذلك إلى أن المشكلة الحقيقية التي تواجه المستثمرين الأجانب في الوقت الراهن، تكمن في وجود وسيلة حيادية ومستقلة وفعالة، يمكنه اللجوء إليها لكي تفصل في أية منازعة تنشأ بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار، بسبب إخلال أي منهما بالتزاماته التعاقدية^(٤)، وذلك من منطلق أن العلاقة تكون جيدة بينهما في البداية، إلا أنها سرعان ما تتغير، لاسيما وأن مصالح الطرفين لا تسري دائماً في اتجاه واحد، بل إنها في بعض الأحيان تكون متعارضة^(٥).

(٢) د. ناصر عثمان محمد عثمان، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٩م، ص٤٧. د. بدر علي بن علي الجمرة، ضمانات الاستثمار وفقاً للقانونين المصري واليمني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠١٢م، ص٣٩.

(٣) د. محمد السيد عرفة، ضمانات الاستثمار الأجنبي وحوافزه في القانون المصري، دراسة تحليلية مقارنة، ورقة بحثية مقدمة للمؤتمر العلمي السنوي التاسع عشر بعنوان: "قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة"، في الفترة من ٢٥ - ٢٧ أبريل ٢٠١١م، ص٥٥٩.

(٤) د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٥م، ص٤٤٥.

(٥) د. هوام عالوه، سميرة قروي، أطر فض منازعات الاستثمار الأجنبي، جامعة باتنة ١، العدد ٦، ٢٠١٦م، ص١١٥.

أولاً- أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تكمن أهمية هذا الموضوع في كون الاستثمار الأجنبي، يعد هو الركيزة الأساسية والدعامة الحقيقية لبناء صرح الاقتصاد الوطني لأية دولة تريد تحقيق أكبر قدر من النمو الاقتصادي والرفاهية لشعبها، لما له من أثر كبير في زيادة دخول أفراد المجتمع والارتقاء بمستواهم المعيشي^(٦).

ولا يخفى على أحد دور الاستثمار الأجنبي في نقل رأس المال والتكنولوجيا والخبرات، التي تساعد في معالجة كافة الاختلالات الاقتصادية والأزمات التي تمر بها الدول، لاسيما الدول النامية منها، ومن هذا المنطلق فإن جذب وحماية الاستثمار الأجنبي وتوفير الضمانات القانونية اللازمة له، يعد وبحق هو الملاذ الآمن لمواجهة الأزمات الاقتصادية التي تعصف بكافة دول العالم في عالمنا اليوم، ويشهد التاريخ وبحق أن جرائم الأموال تقع حتماً، وذلك بصرف النظر عن مدى تقدم المجتمع أو تخلفه، ومن ثم تبذل كل الدول جهوداً حثيثة من أجل مجابهة هذه الجرائم، وذلك بغية حماية الأموال والممتلكات من عبث العابثين وتخريب المخربين وإفساد المفسدين^(٧)، وفي هذا الصدد فإننا نأمل أن يضع كل من المشرع المصري والعُماني قواعد تحكم عملية نقل التكنولوجيا بشكل منفصل عن القواعد التي تحكم عملية الاستثمار الأجنبي، ويرجع ذلك بطبيعة

(٦) هذا ويختلف المركز القانوني للدولة المصدرة للاستثمار، عن المركز القانوني للدولة المضيفة للاستثمار، حيث تكون بلد منشأ المستثمر في مركز أقوى من الدولة المضيفة للاستثمار، ويرجع ذلك إلى أن الأخيرة تكون في موقف لا تحسد عليه، حيث تكون مطالبة بإيجاد نوع من التوازن بين حقوق المستثمر من جانب، وواجباته من جانب آخر، ويزيد من الأمر صعوبة، استغلال المستثمرين حاجة الدول لرؤوس أموالهم، لاسيما في ظل الأزمة المالية العالمية الموجودة الآن، وأياً ما كان الأمر فإن الدول مطالبة بتوفير الحوافز والضمانات الموضوعية والإجرائية اللازمة لجذب المستثمرين ولعل أهمها توفير الضمانات القانونية الكفيلة بالحفاظ على ملكية المستثمر الأجنبي ومنع أي اعتداء عليها، ويقصد بالحماية الموضوعية أو الضمانات الموضوعية، مجموعة القواعد القانونية التي تكفل التعهد بضمان حقوق المستثمر وحماية رأسماله وأرباحه، وكذلك حقه في تحويله خارج الدولة المضيفة للاستثمار، هذا بالإضافة إلى حقه في عدم تأميمها أو نزع ملكيتها إلا لمصلحة عامة وبمقابل مالي عادل، ويقصد بالحماية الإجرائية وسائل تسوية المنازعات الاستثمارية، حيث كفل المشرع للمستثمر حق اللجوء للقضاء الوطني أو إلى التحكيم الوطني أو الدولي أو وفقاً لما تحدد الاتفاقيات الدولية المبرمة بين الدولة المضيفة للاستثمار ودولة المستثمر، ولم تميز التشريعات العربية في هذا الخصوص بين وسيلة وأخرى، فالأمر متروك لإرادة الطرفين، لمزيد من التأصيل راجع: د. بدر علي بن علي الجمرة، ضمانات الاستثمار وفقاً للقانونين المصري واليمني، مرجع سابق، ص ٦.

(٧) د. عباس أبو شامة، عولمة الجريمة الاقتصادية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ١٤٢٨ هـ / ٢٠٠٧ م، ص ٣٦، د. السيد عبد المولى، مواجهة الجرائم الاقتصادية في الدول العربية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ١٤٢٧ هـ / ٢٠٠٦، ص ١٦١.

الحال إلى أن تنظيمهما معاً تعد سياسة خاطئة ولا يمكن أن تؤدي بأي حال من الأحوال إلى نقل فعلي للتكنولوجيا إلى الدولة المضيفة للاستثمار.

وبناء على ما تقدم يتعين على الدول أن تتبنى استراتيجية أكثر فعالية في الحفاظ على ملكية المستثمر الأجنبي، ومجابهة الجرائم الاقتصادية، وذلك من خلال تجريم كافة السلوكيات التي تضر بالمجتمع وأمنه، وتعرض مصالحه واقتصاده للخطر، والتعاون مع الحكومات والمنظمات الدولية بهدف مكافحة الجرائم الاقتصادية، وسن القوانين اللازمة لحماية الاستثمارات الأجنبية، وتقرير العقوبات المناسبة لها، واتباع سياسة جنائية أكثر فاعلية^(٨)، ومكافحة الفساد الإداري والمالي في القطاعين العام والخاص، واتخاذ ما يلزم من إجراءات لضمان فاعلية هذه الرقابة، لاسيما وأن مكافحة الفساد أو على الأقل إطلاق الدعوات لمكافحته، أضحت موضع اهتمام كافة دول العالم الآن، لاسيما بعد إنشاء ما يعرف بمنظمة الشفافية الدولية، وحتى تؤدي جهود مكافحة الجرائم الاقتصادية والمالية ثمارها، ينبغي أن تتضمن هذه الجهود وضع خطط تنموية تستهدف مكافحة الفقر والمرض والجوع والجهل، وغيرها من المخاطر الاجتماعية التي تعصف بالمجتمعات، وهو ما ترنو إليه الكثير من الدول بكل ما تملك من إمكانيات وقدرات، وبكل ما لديها من أجهزة وجهات تعني بهذه المسائل^(٩)، ومما يدل على أهمية موضوع الاستثمار الأجنبي إنشاء نيابات ومحاكم متخصصة للنظر في الجرائم الاقتصادية، وليس أدل على ذلك من أن المشرع المصري أنشأ المحكمة الاقتصادية بموجب القانون ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨، ويعد هذا القانون نقلة نوعية في سبيل تشجيع الاستثمارات الأجنبية في مصر، وترمي إلى تقديم خدمات قضائية ناجزة وميسرة للمستثمرين، فيكونون أكثر استقراراً وثقة في قدرة الاقتصاد الوطني على حل جميع مشاكلهم دون عناء أو مشقة أو تكاليف باهظة^(١٠)، هذا بالإضافة للعديد من الجهات الرقابية الأخرى التي تعنى بالجرائم الاقتصادية^(١١).

ولما كان حق الملكية من الحقوق التي يوليها الإنسان أهمية خاصة، فقد كانت ملكية

(٨) د. عباس أبو شامة، عولمة الجريمة الاقتصادية، المرجع سابق، ص ٣٧.

(٩) د. مصطفى التونسي، مكافحة الجرائم الاقتصادية وأساليب مواجهتها، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ص ٣٢٠.

(١٠) د. أحمد عبد اللاه المراغي، قواعد المحاكمة والتعاون الدولي في جرائم الاستثمار، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٥، ص ١٥٠ وما بعدها.

(١١) د. عبد الوهاب بكير، التنظيم القانوني للنيابة العامة في مصر ودوره في مكافحة الفساد، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، مكافحة الفساد، الجزء الثاني، ص ٧٧٦، د. هشام زوين، محسن زوين، أحمد اسحاق، موسوعة المحاكم الاقتصادية، المكتب الدولي للموسوعات القانونية، الاسكندرية، ط ١، ٢٠٠٩، ص ١٣.

المستثمر موضع اهتمام كافة تشريعات الاستثمار في كافة دول العالم، وحيث إن جريمة التهرب الضريبي من أخطر الجرائم الاقتصادية التي يمكن أن يرتكبها المستثمر، وتؤثر بشكل كبير على ملكيته، إذ تكون أمواله عرضة للحجز عليها، فقد كان إلزاماً علينا التعرض لهذا النوع من الجرائم وإبراز الآثار السلبية الناجمة عنها، ولهذه الأسباب فقد تم اختيار هذا الموضوع ليكون عنواناً لهذه الدراسة.

ثانياً- إشكالية الدراسة:

تكمن إشكالية هذه الدراسة في محاولة الإجابة على تساؤل رئيس ألا وهو، ما مدى فعالية الضمانات القانونية لحماية ملكية المستثمر الأجنبي في القانونين المصري والعُماني، وعلاقتها بجريمة التهرب الضريبي؟ ويتفرع عن هذا التساؤل عدة تساؤلات فرعية ألا وهي:

١. ما هو المقصود بنزع الملكية؟ وماهي أوجه الاتفاق والاختلاف بين نزع الملكية والتأميم؟ وماهي الشروط القانونية الواجب توافرها لنزع ملكية أموال المستثمر الأجنبي؟ وماهي أوجه الاتفاق والاختلاف بين كل من التأميم والمصادرة؟ وإلى أي مدى يمكن تأميم ملكية أموال المستثمر الأجنبي؟ وما مدى جواز مصادرة الدولة لملكية أموال المستثمر الأجنبي أو الاستيلاء عليها؟ وهل بإمكان الدولة أن تتخذ قراراً بفرض الحراسة على الأموال المملوكة للمستثمر الأجنبي؟ وماهي الضوابط القانونية اللازمة لذلك؟ وما هو موقف الاتفاقيات الثنائية بين كل من مصر وسلطنة عمان فيما يتعلق بضمانات حماية ملكية المستثمر الأجنبي في كلا البلدين؟

٢. وما هو المقصود بجريمة التهرب الضريبي؟ وماهي طرق التهرب الضريبي؟ وماهي أركان جريمة التهرب الضريبي، والعقوبة المقررة لها؟ وما مدى جواز الصلح في الجرائم الضريبية، وأثره على الدعوي الجنائية؟ وما هي القيود الواردة علي حق النيابة العامة في تحريك الدعوي الجنائية أو اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق؟ وماهي الآثار السلبية لجريمة التهرب الضريبي؟

ثالثاً- منهج الدراسة:

اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج التحليلي المقارن، حيث عرضنا لموضوع الدراسة وقمنا بتحليله من كافة جوانبه في ضوء القانونين المصري والعُماني، وذلك من خلال المنهج التحليلي، هذا بالإضافة إلى اعتمادنا المنهج المقارن لبيان موقف كل من المشرع المصري والمشرع العُماني من هذه الدراسة.

رابعاً- خطة البحث:

سوف نتناول هذه الدراسة من خلال مبحثين، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: ضمانات حماية ملكية المستثمر الأجنبي في القانونين المصري والعُماني.

المبحث الثاني: علاقة جريمة التهريب الضريبي بضمانات حماية ملكية المستثمر الأجنبي.

المبحث الأول ضمانات حماية ملكية المستثمر الأجنبي في القانونين المصري والعُماني

تمهيد وتقسيم:

تجدر الإشارة إلى أن مبدأ احترام الحقوق المكتسبة لا يرتب للمستثمر الأجنبي حقاً مطلقاً، حيث تستطيع الدولة وفقاً لقواعد القانون الدولي أن ترسم القواعد القانونية اللازمة لنزع ملكية المستثمر الأجنبي وذلك بغية تحقيق منفعتها العامة ومصالحتها الوطنية، بيد أنه ينبغي التنويه إلى أن ما تتخذه الدولة من إجراءات لنزع ملكية المستثمر الأجنبي، يعد بدون أدنى شك عائقاً يؤثر بالسلب على جذب الاستثمارات الأجنبية^(١٢)، هذا ويعد مبدأ سيادة الدولة على أراضيها، أحد أبرز المعوقات أيضاً أمام جذب الاستثمارات الأجنبية في أية دولة، لاسيما وأنه مبدأ معترف به في الدساتير الداخلية للدول، بل إن هناك اعترافاً دولياً بأحقية الدول في التمسك بهذا المبدأ.

وباستقراء نصوص قانوني الاستثمار المصري والعُماني، لاحظنا أن المشرع المصري قنن في الفصل الأول من الباب الثاني من القانون رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧م ضمانات الاستثمار وذلك في المواد (من ٣: ٨)، وتضمن قانون استثمار رأس المال الأجنبي لسلطنة عمان رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٩م مجموعة من الضمانات، وذلك في المواد من (٢٣: ٢٧) بغرض حماية ملكية المستثمر الأجنبي، ولقد كان كل من المشرع المصري والعُماني حريصين على أن يكفلا تلك الضمانات للمستثمر أيّاً كانت جنسيته، وذلك بغية إيجاد

(١٢) د. خديجة مجاهدي، الاستثمار الأجنبي "مزاياه ومعوقاته"، دراسة في ضوء أحكام قانون ترقية الاستثمار الجزائري، المجلة الجنائية القومية، المجلد ٦٣، العدد الثالث، نوفمبر ٢٠٢٠م، ص ١١٢.

نوع من الثقة لدى كافة المستثمرين، لاسيما المستثمر الأجنبي، حتى يكون لديه قدر كبير من الاطمئنان على أمواله، الأمر الذي يسهم وبشكل فعال في زيادة حركة رؤوس الأموال بين كافة الدول بأمان، استناداً لتلك الثقة التي تتولد لدى المستثمر الأجنبي نتيجة لتلك الضمانات التي يكفلها المشرع^(١٣)، بيد أن المستثمر الاجنبي يلتزم مقابل التسهيلات والضمانات التي يحصل عليها بالتزامات قانونية عديدة تنظم العلاقة بينه وبين الجهة المنوط بها تنظيم الاستثمار في الدولة المضيفة للاستثمار^(١٤).

ويقصد بالضمانات القانونية للاستثمار الأجنبي في الدولة المضيفة للاستثمار من وجهة نظرنا، العمل على إيجاد بيئة قانونية متكاملة من حيث المضمون والأهداف، تبعث الثقة في نفوس المستثمرين من خلال وجود بيئة تشجعهم على استثمار أموالهم في هذا البلد، إذ إن استقرار المنظومة القانونية والتنظيمية المنظمة للاستثمار الأجنبي، تأتي في مقدمة اهتمامات المستثمر أياً كانت جنسيته؛ لأن تغيير القوانين المنظمة للاستثمار تؤثر على المستثمرين، ومن هذا المنطلق يمكن القول بأن الاستقرار القانوني في البلد المضيف للاستثمار يعد وبحق بالنسبة إلى المستثمر الأجنبي أحد أهم الضمانات له ولاستثماراته^(١٥)، إذ من غير المتصور أن تسعى الدولة للحاق بركب التطور الاقتصادي الهائل الحاصل في الدولة المتقدمة، دون أن يكون لديها منظومة تشريعية تحمي

(١٣) د. كامل عبد خلف العنكود، د. ممتاز مطلب خبصي، الاستثمار الأجنبي وضماناته في القانون العراقي والمقارن، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٣، العدد ١٠، ص ١٢.

(١٤) د. موفق أحمد، م. م. حلا سامي خضير، الاستثمار الأجنبي وأثره في البيئة الاقتصادية - نظرة تقويمية لقانون الاستثمار العراقي"، مجلة الإدارة والاقتصاد، العدد ٨٠، ٢٠١٠م، ص ١٥٢.

(١٥) وبعد الاستقرار التشريعي من أهم العوامل المؤثرة في القرارات الاستثمارية، حيث ينجم عن عدم الاستقرار التشريعي زيادة التعقيدات والروتين في إجراءات الاستثمار، مما يؤدي إلى وجود بيئة طاردة للاستثمار وغير جاذبه له، وفي هذا الإطار ينبغي التنويه إلى أن التشريعات المتعلقة بالاستثمار تعد وبحق الأداة الخاصة التي يمكن من خلالها ترجمة السياسات الاستثمارية للدولة المضيفة للاستثمار، وتنقسم هذه التشريعات إلى نوعين، أولهما التشريعات المباشرة: وهي التشريعات المتعلقة بتنظيم عملية الاستثمار ذاتها، وثانيهما التشريعات غير المباشرة: وهي التشريعات المتعلقة بالنقد الأجنبي والتجارة الخارجية، وتهدف تشريعات الاستثمار في المقام الأول إلى تنظيم المناخ الاستثماري بالدولة المضيفة للاستثمار، وتشجيع الأنشطة الاستثمارية، ومعالجة قواعد الاستثمارات الأجنبية، وتوجيه المستثمرين الأجانب لأنشطة استثمارية تتوافق مع الخطط التنموية للدولة، كما تنصب أيضاً على أساليب ترويج وتطوير الاستثمار الأجنبي واستحداث النوافذ الخاصة بتبسيط الإجراءات، وإنشاء المشروعات الزراعية، والصناعية، والتجارية، والخدمية بأنواعها، لمزيد من التفاصيل راجع: د. سعيد عبد الخالق محمود، التشريع كأداة لتحفيز الاستثمار المباشر في مصر، المركز المصري للدراسات الاستراتيجية، القاهرة، ١٩٩٦م، ص ٥ وما بعدها.

الاستثمارات سواء كانت محلية أم أجنبية^(١٦)، وفي ذات الوقت ينبغي على الدول المضيفة للاستثمار أن تسن من التشريعات ما يكفل استيعاب التدفقات التكنولوجية التي تلازم الاستثمارات الأجنبية وتعمل على الإفادة منها بشتى السبل، حتى تحقق الاستثمارات الأجنبية الهدف المرجو منها^(١٧)، ويرجع ذلك إلى كون التكنولوجيا أحد أبرز عوامل الإنتاج، التي تساهم في تطوير المنتجات ورفع كفاءتها وجودتها^(١٨)، وتتمثل الضمانات التي من شأنها حماية ملكية أموال المستثمر الأجنبي، في مبدأ حظر نزع ملكية أموال المستثمر، ومبدأ حظر تأميم أموال المستثمر، مبدأ حظر مصادرة أموال المستثمر إلا بضوابط معينة، مبدأ حظر الاستيلاء على أموال المستثمر الأجنبي، مبدأ عدم جواز فرض الحراسة على أموال المستثمر الأجنبي.

وفي ضوء ما تقدم سنتناول هذا المبحث من خلال خمسة مطالب، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: مبدأ حظر نزع ملكية أموال المستثمر الأجنبي.

المطلب الثاني: مبدأ حظر تأميم أموال المستثمر الأجنبي.

المطلب الثالث: مبدأ حظر مصادرة أموال المستثمر الأجنبي.

المطلب الرابع: مبدأ حظر الاستيلاء على أموال المستثمر الأجنبي.

المطلب الخامس: مبدأ حظر فرض الحراسة على أموال المستثمر الأجنبي.

^(١٦) ويعد مبدأ "استقرار القانون المطبق" من أبرز الضمانات الجاذبة للاستثمار، وهو ما دفع الكثير من الدول إلى تضمين قوانينها الداخلية التي تحكم الاستثمار هذا المبدأ، نظراً لدوره الفعال في استقطاب الاستثمارات الأجنبية فالاستقرار التشريعي يعد وبحق أداة قانونية، يتم من خلالها حماية المستثمر الأجنبي من مخاطر التشريع، متى حاولت الدولة التعديل بسن تشريع جديد، وهذه الحماية تتم عن طريق تجسيد دور الدولة في التشريع، وذلك في نطاق علاقتها بالمستثمر الأجنبي، ولمزيد من التفاصيل راجع: د. حسين عيسى عبد الحسن، الضمانات العقدية للاستثمار، دراسة مقارنة، مجلة الكوفة، كلية العلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، العراق، العدد ٢١، المجلد ١، ص ١٨٨، د. ونوغي نبيل، الضمانات القانونية الموجهة للاستثمار وفق التشريع الجزائري، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف ٢، العدد الأول، سبتمبر ٢٠١٩م، ص ٧٨.

^(١٧) أ. أنور بدر منيف العنزي، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر "دراسة في قانون الاستثمار الكويتي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١م، رسالة ماجستير قدمت استكمالاً لمتطلبات ماجستير القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٢م، ص ٥.

^(١٨) . أنور بدر منيف العنزي، المرجع السابق، ص ٧١.

المطلب الأول

مبدأ حظر نزع ملكية أموال المستثمر

تمهيد وتقسيم:

من نافلة القول إن الإسلام يحترم الملكية الفردية، ويمنع أي تعدٍ يقع عليها، بيد أنه قد وضع عليها بعض القيود في حال استعمالها، ولعل من أبرز هذه القيود نزع ملكيتها للمنفعة العامة، مقابل تعويض عادل. وبناءً عليه فإن أغلب التشريعات المقارنة تعترف للدولة بحقها في نزع الملكية للصالح العام، بيد أن الإشكالية تظهر في حال ما إذا تعلق الأمر بمستثمر أجنبي، وذلك لأن أي مستثمر يقيناً سوف يعزف عن الاستثمار في الدولة التي لا يأمن فيها على أمواله، إذ ستكون أمواله عرضة لنزع ملكيتها، ومن هذا المنطلق بادر كل من المشرع المصري والعُماني إلى تضمين قانوني الاستثمار في كلا البلدين، مجموعة من الضمانات التي تكفل قدرًا من الاستقرار والأمان بالنسبة للمستثمر الأجنبي على أمواله^(١٩)، وذلك من منطلق أن الاستثمار الأجنبي يعد وبحق مفتاح التنمية في أية دولة، لذلك تسعى الدول قاطبة إلى جلب أكبر قدر ممكن من رؤوس الأموال الأجنبية إليها^(٢٠)، بيد أنها في الوقت ذاته تقوم بفرض نوع من الرقابة على حركتها من وإلى الخارج؛ نظراً للجرائم الخطيرة المرتبطة بها مثل جرائم غسيل الأموال .

وناشد المشرع المصري والعُماني أن يحرصا مستقبلاً على استقرار القوانين في مجال الاستثمار لاسيما في مجال نزع الملكية، وأن تكون النصوص القانونية واضحة لا غموض فيها، وأن يحرصا على التقليل من التعديلات المفاجئة، إذ إن ذلك كله من شأنه كسب ثقة المستثمر الأجنبي، ونأمل أن يقوم المشرع في كلا البلدين بدراسات مستفيضة للوقوف

(١٩) هذا وتصنف الاستثمارات الأجنبية إلى، استثمارات أجنبية مباشرة، وأخرى غير مباشرة، ويقصد بالاستثمار الأجنبي المباشر نوع من أنواع الاستثمار يهدف إلى انتقال رؤوس الأموال من الخارج إلى الدولة المضيفة، بغية تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي، بما يكفل زيادة الإنتاج والتنمية في الدولة المضيفة. لمزيد من التفاصيل راجع: د. يوسف الأكياي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ١٩٨٩م، ص ٥٩.

ويعرف الاستثمار الأجنبي غير المباشر على أنه استثمار المحفظة، أي الاستثمار في الأوراق المالية عن طريق شراء السندات الخاصة لأسهم الحصص أو سندات الدين، أو سندات الدولة من الأسواق المالية، أي هو تملك الأفراد والهيئات والشركات لبعض الأوراق دون ممارسة أي نوع من الرقابة أو المشاركة في التنظيم، ويكون قصير الأجل مقارنة بالاستثمار المباشر. لمزيد من التفاصيل راجع: د. عبد السلام أبو قحف، نظريات التدويل وجدوى الاستثمارات الأجنبية المباشرة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠١م، ص ١٣ وما بعدها.

(٢٠) أ. بن شعلان محفوظ، تجريم القانون الجزائري للمستثمر الأجنبي المخل بقواعد الرقابة على الصرف وحركة رؤوس الأموال، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثالث، سبتمبر، ٢٠١٤م، ص ٢٧٠.

على أوجه الخلل في التشريعات القائمة والمعنية بالاستثمار، وأن يقارنها بسياسات وتشريعات الاستثمار في الدول المتقدمة، للوقوف على مواطن القوة واستغلالها للاستغلال الأمثل، ومعرفة نواحي الضعف والعمل على تقويمها وإصلاح ما بها من خلل، حتى يمكن صياغة قانون موحد يحكم الاستثمار الأجنبي بحيث يكون واضحاً ومتفقاً مع التشريعات الدولية في مجال الاستثمار، كما نأمل بأن يتم تعديل كافة التشريعات ذات الصلة بموضوع الاستثمار لاسيما قانون التجارة، وقانون الشركات التجارية، وقانون تنظيم تراخيص المحال التجارية، وقانون الضريبة على الدخل، وغيرها من القوانين ذات الصلة لما لذلك من دور في جذب الاستثمارات الأجنبية، ومن هذا المنطلق لا يجوز نزع الملكية إلا وفقاً لضوابط قانونية معينة نص عليها المشرع وبشكل صريح^(٢١).

أولاً- ماهية نزع الملكية والتمييز بينه وبين التأميم:

جدير بالذكر أن هناك تعريفات عدة لنزع الملكية، ولا شك أن نزع الملكية يختلف عن غيره من المخاطر الأخرى التي قد تتشابه معه في بعض الوجوه، وهو ما سنوضحه فيما يلي:

١. ماهية نزع الملكية:

لقد ذهب البعض إلى تعريف نزع الملكية بأنه: "حرمان مالك العقار من ملكه جبراً للمنفعة العامة، نظير تعويضه عما يناله من ضرر"^(٢٢)، وعرفه جانب آخر من الفقه^(٢٣) "تملك الدولة لأموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة لدواعي الصالح العام بموجب قرار إداري يصدر عن الجهة المختصة"، كما عرفه البعض بأنه: "طريقة استثنائية لاكتساب أموال أو حقوق عقارية لتحقيق النفع العام، مقابل دفع تعويض عادل ومنصف"^(٢٤)، وعرفه البعض بأنه: "إجراء إداري يقصد به حرمان المالك من ملكه جبراً عنه بسبب المنفعة العامة، بشرط التعويض عنه"^(٢٥)، وعرفه البعض بأنه: "إجراء من شأنه حرمان

(٢١) د. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول الغربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٨ وما بعدها.

(٢٢) د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٧٣م، ص ٧٠٦.

(٢٣) د. عبد الباقي نعمة، نزع الملكية امتياز مقرر للإدارة، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد ١٤، ص ١٧٢.

(٢٤) د. طفياني مخطارية، نزع الملكية العقارية من أجل المنفعة العامة في التشريع الجزائري، مجلة التشريعات، جامعة ابن خلدون، تيارت، العدد الرابع، ٢٠١٧م، ص ٢٧٤.

(٢٥) د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٥م، ص ٨٣٧.

مالك عقار معين من ملكه جبراً، لتخصيصه للمنفعة العامة، وذلك مقابل تعويض عادل^(٢٦)، وأخيراً نحى جانباً آخر من الفقه إلى تعريفه بأنه: "إجراء من إجراءات السيادة التي تباشرها الدولة بموجب سلطاتها وسلطانها على أراضيها، أي في حدود الاختصاص الإقليمي، وهو ينطبق على الأجانب والوطنيين على حد سواء"^(٢٧).

ومن وجهة نظرنا: يمكن تعريف نزع الملكية بأنه: "اتخاذ سلطات الدولة بما لها من حق السيادة على إقليمها، قراراً بنزع ملكية مال الغير دون أن يملك من نزع ملكيته حق القبول أو الرفض، وسواء كان المال محل نزع الملكية مملوكاً لوطنيين أو لأجانب وذلك مقابل تعويض عادل". وبناءً عليه فإننا نرى أن نزع الملكية في حقيقته نوع من أنواع البيوع بالإكراه المشروع؛ نظراً لأنه يتم أخذ المال نظير ثمن أو مقابل مادي يساويه، حتى لا يظلم المالك في سبيل تحقيق المصلحة العامة، حيث يتم أخذ ماله منه دون رضاه، ومن هذا المنطلق لابد من تعويضه بثمن مماثل لقيمة المبيع دون ظلم.

هذا وينبغي التنويه إلى أن هناك فارقاً كبيراً بين ما إذا كان قرار نزع الملكية فردياً أم عاماً، لاسيما فيما يتعلق بالتعويض، حيث أن التعويض في حالة نزع الملكية الفردي، يكون شاملاً بحيث يغطي جميع الخسائر التي مني بها المضرور، في حين أن التعويض في حالة نزع الملكية العام، لا يشترط فيه أن يكون شاملاً وحالاً وفعالاً، لأنه يكون من الصعوبة بمكان أن تلتزم الدولة بالتعويض بمثل هذا التعويض^(٢٨).

٢. التمييز بين نزع الملكية والتأميم: يتفق كل من التأميم ونزع الملكية في كونهما من المخاطر السياسية التي يتعرض لها المستثمرون، حيث يعدان إحدى صور تدخل الدولة المضيفة للاستثمار، لنقل وتحويل ملكية المشروع بعناصره المختلفة من القطاع الخاص إلى القطاع العمومي، إلا أنهما يختلفان عن بعضهما من عدة وجوه ألا وهي^(٢٩):

أ. نزع الملكية يتم بموجب قرار يصدر من الجهة الإدارية المختصة وفقاً للقانون العام، ومن ثم يخضع قرارها لرقابة القضاء للتأكد من مشروعيته^(٣٠)، في حين أن التأميم يعد

(٢٦) د. محمد أنس قاسم جعفر، النظرية العامة لأحكام الإدارة والأشغال العمومية، الديوان الوطني للطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٢م، ص ٨٨.

(٢٧) د. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص ١٨ وما بعدها.

(٢٨) د. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع سابق، ص ٧٠ وما بعدها.

(٢٩) د. أحمد صادق القشيري، التأميم في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، س ١١، العدد الأول، يناير، ١٩٦٩م، ص ٢٤٩ وما بعدها، د. عبد الباري أحمد عبد الباري، التأميم وآثاره في القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٢م، ص ٩١ وما بعدها.

(٣٠) د. محمد حافظ، مبادئ القانون الدولي، مطابع نهضة، مصر، الطبعة الرابعة، ١٩٦٤م، ص ٣٥.

عملاً سيادياً يدخل ضمن السلطة التقديرية للدولة المضيفة للاستثمار، ومن هذا المنطلق لا يجوز الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن.

ب. يقع نزع الملكية على عقارات المستثمر فقط، ومن ثم فإن محله دائماً ما يكون محدوداً، في حين أن التأمين يشمل عقارات ومنقولات المستثمر، ومن ثم فإنه غالباً ما يقع على مشاريع ذات أهمية وطنية كبرى، منشآت، وسائل إنتاج، موارد طبيعية خام... إلخ^(٣١)، وهذا يعني أن التأمين لا يخص العقارات فحسب، بل يمتد بطبيعة الحال ليشمل كافة العناصر المعنوية للمنشأة وموجوداتها^(٣٢).

ج. الغرض من نزع الملكية هو تحقيق المنفعة العامة فقط، في حين أن التأمين يرمي إلى تحقيق أهداف سياسية واقتصادية واجتماعية.

د. التعويض يغطي كافة الأضرار التي يمنى بها المستثمر في حالة ما إذا تم نزع ملكية أمواله، في حين أن التعويض لا يعتبر شرطاً لصحة التأمين، بل يعد وبحق مجرد أثر من آثاره.

ثانياً- نزع ملكية أموال المستثمر الأجنبي في القانون المصري:

لقد تضمن الدستور المصري لعام ٢٠١٩م، ما يفيد عدم جواز نزع الملكية إلا وفقاً لضوابط قانونية معينة، ألا وهي أن يتم اتخاذ قرار نزع الملكية للمنفعة العامة، وأن يحصل من نزعت ملكيته على تعويض عادل، حيث تنص المادة (٣٥) من دستور جمهورية مصر العربية المعدل على أن: "الملكية الخاصة مصونة، وحق الإرث فيها مكفول، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون، وبحكم قضائي، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل يدفع مقدماً وفقاً للقانون.

ولا شك أن الدساتير الجامدة تكون أكثر جذباً للمستثمرين عن الدساتير المرنة^(٣٣)، إذ أن الدساتير المرنة تقف حجر عثرة أمام المستثمر نظراً لكونها لا تتضمن ضمانات كافية للمستثمر، في حين أن الدساتير الجامدة توفر للمستثمر من الضمانات ما يكفل له الاستقرار والثقة في الدولة التي سيضخ فيها أمواله بغرض استثمارها.

(٣١) قاضي زهير، زربي زكيه، الحماية القانونية للاستثمار الأجنبي في المجال الصناعي، مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأعمال، جامعة زيان عاشور -الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠٢٠م، ص ٣٩.

(٣٢) د. عمر يحيوي، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، دار هومة، الجزائر، بدون سنة نشر، ص ٧٧.

(٣٣) د. رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط ١، ٢٠١١م، ص ١٥٣ وما بعدها.

ولقد حرص المشرع المصري في قانون الاستثمار رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧م على التأكيد على هذه الضمانة بشكل صريح، حيث تنص المادة الرابعة منه على أنه: "...ولا يجوز نزع ملكية أموال المشروعات الاستثمارية إلا للمنفعة العامة، وبمقابل تعويض عادل يدفع مقدماً دون تأخير، وتكون قيمته معادلة للقيمة الاقتصادية العادلة للمال المنزوع ملكيته في اليوم السابق على صدور قرار نزع الملكية، وتكون التعويضات قابلة للتحويل دون قيد...".

ويشترط لنزع ملكية أموال المستثمر الأجنبي في القانون المصري ثلاثة شروط ألا وهي:
الشرط الأول- أن يكون الهدف من نزع ملكية المستثمر الأجنبي هو تحقيق المنفعة العامة:

غني عن البيان أن نزع الملكية للمنفعة العامة عبارة عن إجراء إداري يرمي إلى حرمان مالك العقار من ملكه بغية تخصيصه للمنفعة العامة، وذلك في مقابل حصول من نزعت ملكيته على تعويض مسبق عادل ومنصف لمالك العقار، ومن هذا المنطلق يعد نزع الملكية إجراءً استثنائياً يرد على العقار الخاص وفق ضوابط قانونية محددة من قبل المشرع، ومن ثم فإنه لا يجوز اللجوء إليه إلا إذا أجاز القانون، ويعد هذا الإجراء مظهراً من مظاهر سيادة الدولة على إقليمها، بل ويعد حقاً من حقوقها التي تباشرها في حدود اختصاصها الإقليمي، وينبغي التنويه في هذا الصدد إلى أن نزع الملكية يسرى على المستثمرين الوطنيين والأجانب على حد سواء، ولذلك كان محل إجماع في معظم التشريعات المقارنة المعنية بتنظيم الاستثمار الأجنبي، والتي تشترط لإجازته أن يتم وفقاً لمجموعة من الإجراءات القانونية، ومفاد هذا الشرط أنه يجب أن تكون الغاية المنشودة من وراء نزع ملكية المستثمر الأجنبي هي تحقيق المصلحة العامة فقط، ولقد أكد المشرع المصري في ثنايا نص المادة الرابعة من قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧م على هذا الأمر، حيث تنص على أنه: "...ولا يجوز نزع ملكية أموال المشروعات الاستثمارية إلا للمنفعة العامة...".

الشرط الثاني- المساواة بين المستثمر الوطني والأجنبي فيما يتعلق بنزع الملكية:
يشترط وفقاً للقانون المصري عدم التمييز بين المستثمرين بحسب جنسياتهم، فلا فرق في هذا الصدد بين المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي^(٣٤)، ومفاد ذلك أن يعامل

(٣٤) أ. شوميسة تلحون، الشراكة كوسيلة قانونية لتفعيل الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد أبو قرة، بومرداس، الجزائر، ٢٠٠٦م، ص ٤٨ وما بعدها.

المستثمر الأجنبي بنفس المعاملة التي يعامل بها المستثمر الوطني، فيتمتع كل منهما بذات الحقوق ويتحمل بذات الالتزامات، ومن ثم يتمتع المستثمر الأجنبي بذات شروط المنافسة التي يتمتع بها المستثمر الوطني، في إقليم الدولة المضيفة للاستثمار^(٣٥). ولقد عرفت اللجنة التي شكلها اتحاد القانون الدولي الاستثمار الأجنبي على أنه عبارة عن: "تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد بغير تنظيم مباشر"^(٣٦)، ويرى جانب من الفقه أن الاستثمارات الأجنبية التي تحصل عليها الدول النامية تحكمها اعتبارات سياسية، حيث يتم استخدام المنح والمساعدات والقروض من الحكومات كسلاح من جانب الدول التي تقدمها، وغالباً ما تكون مقترنة بشروط تمس الاستقلال الوطني للدولة المضيفة للاستثمار^(٣٧).

هذا ويعد ضمان عدم التمييز بين المستثمر الوطني والأجنبي مبدأً مكرساً في كافة الاتفاقيات الدولية المعنية بالاستثمار^(٣٨)، وهو ما دفع المشرع المصري إلى تكريسه والتأكيد عليه وبشكل صريح، حيث تنص المادة الثالثة من قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧م على أنه: "...ولا تخضع الأموال المستثمرة لأي إجراءات تعسفية أو قرارات تتسم بالتمييز..."، وهو ما يعد مسلكاً محموداً من جانب المشرع المصري.

الشرط الثالث - أن يتم دفع تعويض عادل للمستثمر الذي تنزع ملكيته للمصلحة العامة: ويمثل هذا الشرط ضماناً قانونية للمستثمر، حيث سيكون المستثمر مطمئناً إلى أن أمواله لا يجوز نزع ملكيتها إلا وفقاً لضوابط قانونية معينة، وحتى في حال نزع ملكيتها سوف يحصل على تعويض عادل يجبر ما لحق به من ضرر، ويجب أن ينظر لهذا الأمر من زاويتين، فهو من زاوية أولى يمثل حقاً للمستثمر، ومن زاوية ثانية يمثل هذا الشرط واجباً والتزاماً على عاتق الدولة المضيفة للاستثمار، وهو ما أكدت عليه أغلبية التشريعات المقارنة، وينبغي التنويه إلى أمر غاية في الأهمية ألا وهو أن المستثمر لا يهتم التعويض بقدر ما يهتم بقاء مشروعه الاستثماري في ملكيته وتحت تصرفه

(٣٥) د. عجة الحيلاني، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار، الأنشطة العادية وقطع المحروقات، دار الخلدونية، الجزائر، ٢٠٠٦م، ص ٤٥٥.

(٣٦) د. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي (المعوقات والضمانات القانونية)، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ٢٠٠٦م، ص ٥٠.

(٣٧) د. عادل فليح العلي، المالية العامة والتشريع المالي والضريبي، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٣م، ص ١٦٤.

(٣٨) د. ونوغي نبيل، الضمانات القانونية الموجهة للاستثمار، مرجع سابق، ص ٧٩.

الكامل^(٣٩)، وهذا هو ما دفع المشرع المصري إلى تكريس مبدأ عدم جواز نزع ملكية أموال المستثمر الأجنبي إلا بضوابط قانونية معينة .

هذا ولم يكتف المشرع المصري باشتراط أن يكون التعويض عادلاً كما هو الحال لدى المشرع العماني، بل اشترط فضلاً عن ذلك أن يتم دفع التعويض مقدماً ودون تأخير قبل نزع ملكية أموال المستثمر الأجنبي، وأن تكون قيمة التعويض معادلة للقيمة الاقتصادية العادلة للمال المنزوع ملكيته في اليوم السابق على صدور قرار نزع الملكية، وأن تكون التعويضات قابلة للتحويل دون قيد، ويؤكد ذلك نص المادة الرابعة من قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧م والتي تنص على أنه: "...ولا يجوز نزع ملكية أموال المشروعات الاستثمارية إلا للمنفعة العامة، وبمقابل تعويض عادل يدفع مقدماً دون تأخير، وتكون قيمته معادلة للقيمة الاقتصادية العادلة للمال المنزوع ملكيته في اليوم السابق على صدور قرار نزع الملكية، وتكون التعويضات قابلة للتحويل دون قيد". ومن وجهة نظرنا فلقد أحسن المشرع المصري صنعا في صياغة هذه المادة، حينما اشترط أن تدفع قيمة التعويض مقدماً دون تأخير، وأن تكون قيمة التعويض معادلة للقيمة الاقتصادية العادلة للمال المنزوع ملكيته في اليوم السابق على صدور قرار نزع الملكية، حتى يضمن المشرع القضاء على أي نوع من أنواع الغش أو التدليس أو الظلم، فيما يتعلق بتحديد قيمة مشروع المستثمر المنزوع ملكيته، وهو ما يبعث الثقة والطمأنينة لدى المستثمرين، بل ويحسب للمشرع المصري أنه نص وبشكل صريح على قابلية تلك التعويضات للتحويل دون أي قيد أو شرط يحد من حق المستثمر في استغلال أمواله في المكان الذي يرغب فيه . ولذلك فإننا نأمل أن ينص كل من المشرع المصري والعماني على ضرورة إشراك الخبراء القانونيين في إعداد اتفاقات أو عقود المشروعات الاستثمارية الأجنبية لضبط قيمة التعويض، لما لذلك من أثر كبير في تحديد وضبط التزامات الدول من ناحية، وتحديد حقوق المستثمرين من جانب آخر، ومن هذا المنطلق تكون التعويضات أكثر عدالة ومنتفادي دفع التعويضات الباهظة للمتضررين.

ثالثاً- نزع ملكية أموال المستثمر الأجنبي في القانون العماني:

باستقراء نصوص النظام الأساسي لسلطنة عمان الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٦ لسنة ٢٠٢١م، لاحظنا أنه تضمن ما يفيد، عدم جواز نزع الملكية إلا وفقاً لضوابط قانونية معينة، ألا وهي أن يتم اتخاذ قرار نزع الملكية للمنفعة العامة، وأن يحصل من نزعت ملكيته على تعويض عادل، حيث تنص المادة (١٤) منه على أن: "الملكية الخاصة

(٣٩) د. ونوغي نبيل، الضمانات القانونية الموجهة للاستثمار، المرجع السابق، ص ٨٤.

مصونة، فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون، ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة، وفي الأحوال المبينة في القانون ومقابل تعويض عادل؛^{٢٤} ونظراً لأهمية هذه الضمانة، فلقد تضمن قانون الاستثمار العماني رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٩م ما يفيد عدم جواز نزع ملكية أموال المستثمر الأجنبي إلا بمراعاة ضوابط معينه منها، أن يكون الغرض من نزع الملكية تحقيق المنفعة العامة، وفي ضوء أحكام القانون، وأن يحصل المستثمر الذي نزعت ملكيته على تعويض عادل، حيث تنص المادة (٢٤) منه على أنه: "لا يجوز نزع ملكية المشروع الاستثماري إلا للمنفعة العامة طبقاً لقانون نزع الملكية للمنفعة العامة، ومقابل تعويض عادل يقدر وقت نزع الملكية، ويجب دفع التعويض المستحق دون تأخير، كما لا يجوز إنهاء عقدي الانتفاع أو الإيجار في حالة تخصيص الأراضي والمقاربات إلا وفقاً للحالات المقررة قانوناً، أو بحكم قضائي". ومن ثم يشترط لنزع ملكية أموال المستثمر الأجنبي في القانون العماني ثلاثة شروط ألا وهي:

الشرط الأول- أن يتم نزع ملكية أموال المستثمر تحقيقاً للمنفعة العامة:

ومفاد هذا الشرط أنه لا مجال لنزع ملكية أموال المستثمر الأجنبي، إلا إذا كانت الغرض من هذا القرار هو تحقيق المنفعة العامة، وهذا المعنى هو ما أكدته المادة (٢٤) من قانون استثمار رأس المال الأجنبي العماني سالف الذكر.

الشرط الثاني- المساواة بين المستثمر الوطني والأجنبي فيما يتعلق بنزع الملكية:

باستقراء نصوص قانون استثمار رأس المال الأجنبي العماني رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٩م، لاحظنا أن المشرع العماني لم يشير إلى هذا الشرط في المادة (٢٤) والتي نظمت ضوابط نزع الملكية، بيد أنه نص على هذا الشرط في المادة (١٨) والتي تنص على أنه: "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".

الشرط الثالث- أن يتم دفع تعويض عادل للمستثمر الذي تنزع ملكيته:

لما كان المشرع العماني يرغب في إيجاد بيئة تشريعية جاذبة للاستثمارات الأجنبية، فقد اشترط المشرع العماني دفع تعويض عادل للمستثمر الذي تنزع ملكيته، وهذا المعنى هو ما يؤكدته نص المادة (٢٤) من قانون استثمار رأس المال الأجنبي العماني رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٩م سالف الذكر.

وحيث إن كلاً من المشرع المصري والعماني لم يحدد الضوابط التي يتم على أساسها تقدير قيمة التعويض الذي يحصل عليه المستثمر الأجنبي الذي نزعت ملكيته، فإننا

نأمل أن ينص كلاً من المشرع المصري والعُماني على ضوابط تقدير قيمة التعويض، وأن يقوم كل منهما بدراسة جادة وواقعية للمخاطر التي تتعرض لها ملكية المستثمر الأجنبي ولا سيما نزع الملكية، وعلة ذلك غموض مفهوم المنفعة العامة من جانب، ناهيك عن صعوبة تحديدها من جانب آخر، وبذلك نضمن أن تكون القواعد المنظمة لنزع الملكية للمنفعة العامة مستوحاة من الواقع الاجتماعي والسياسي والاقتصادي للدولة.

رابعاً- نزع ملكية أموال المستثمر الأجنبي في الاتفاقية الثنائية بين كل من مصر وسلطنة عمان:

لقد أبرمت كل من جمهورية مصر العربية وسلطنة عمان اتفاقية بتاريخ ١٩٩٨/٣/٢٥م، وصدقت عليها سلطنة عمان بموجب المرسوم السلطاني رقم ٥٧ لسنة ١٩٩٩م، تعنى بموضوع الاستثمار الأجنبي لما له من أهمية كبيرة ودور لا يستهان به في تنمية اقتصاديات الدول ودفع عجلة التنمية الاقتصادية والاجتماعية، هذا فضلاً عن دوره الفعال في زيادة القدرة الانتاجية للدول ورفع معدل النمو الاقتصادي والعمل على تحسينه^(٤٠).

ولقد تضمنت هذه الاتفاقية وجوب توفر ثلاثة شروط حتى يمكن نزع ملكية أموال المستثمر الأجنبي ألا وهي، أن يكون نزع الملكية بغرض تحقيق المصلحة العامة، وأن تكون هناك مساواة بين كل من المستثمر الوطني والأجنبي في كلا البلدين، وأن يحصل المستثمر الأجنبي الذي تنزع ملكيته على تعويض عادل. ويؤكد ذلك نص المادة الخامسة من الاتفاقية، والتي تنص على أنه: "لا تخضع استثمارات مستثمري أي من الطرفين المتعاقدين للتأميم أو المصادرة، أو أية إجراءات أخرى ذات تأثير مماثل بشكل مباشر أو غير مباشر في إقليم الطرف المتعاقد الآخر، إلا إذا كان ذلك لأغراض المصلحة العامة على أساس غير تمييزي، وفي مقابل تعويض عادل، طبقاً للإجراءات القانونية وبدون تأخير لا مبرر له". بل وأوضحت الاتفاقية أن المقصود بالتعويض العادل، هو ذلك التعويض الذي يكون مبنياً على أساس القيمة السوقية الحقيقية السابقة مباشرة للوقت الذي تم فيه إعلان أو إذاعة قرار نزع الملكية.

وفي ضوء ما تقدم فإننا نأمل تفعيل دور الاتفاقيات والمعاهدات الدولية الجماعية منها والثنائية، حول حماية الاستثمار والعمل على تعزيز التعاون الدولي في ذلك، وأن تبذل الدول أقصى ما في وسعها من أجل تفعيل دور المؤسسات الأمنية والقضائية الدولية،

(٤٠) د. بن عليہ الأخضر، د. بن الشيخ عبد الناصر، د. غريب عبد القادر، الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مجلة الدراسات الاقتصادية، جامعة الجلفة، ٢٠١٩م، العدد ٣٨، ص ٢٠٢.

بغية المساعدة في الفصل في كافة المنازعات الاستثمارية ليس هذا فحسب، بل وأن تساعد في تنفيذ أحكامها وقراراتها بعدل ومساواة بين كافة الدول.

المطلب الثاني

مبدأ حظر تأميم أموال المستثمر الأجنبي

تمهيد وتقسيم:

يعد التأميم من أخطر المعوقات والآفات السياسية الطاردة للاستثمار الأجنبي، ويرجع ذلك بطبيعة الحال إلى كونه يمس الحقوق الأكثر أهمية والمكرسة بصفة مطلقة، ألا وهي حق الإنسان في ملكيته الخاصة بصفة عامة، وفي حق المستثمر بصفة خاصة^(٤١)، ومن ثم فإنه إذا لم تتمكن الدولة المضيفة للاستثمار من تبديد مخاوف المستثمرين الأجانب من كافة المخاطر ومنها التأميم، فإن المستثمر وبدون أدنى شك سوف يبحث عن بيئة مناسبة أخرى يأمن فيها على أمواله، ومن هذا المنطلق نجد أن الدول تتسارع فيما بينها، على توفير كافة الضمانات للمستثمرين، وذلك بالنص في دساتيرها وتشريعاتها الوطنية على حماية المستثمرين من خطر التأميم، وذلك باعتباره من أهم المخاطر السياسية التي يمكن أن تهدد أموال المستثمر الأجنبي، وفي هذا الإطار تسعى الدول الرامية إلى جلب مزيد من الاستثمارات الأجنبية، إلى بث روح الثقة والطمأنينة في نفوس المستثمرين الأجانب، وتبديد مخاوفهم من خطر التأميم، بل وإلغاء مصطلح التأميم من تشريعاتها الوطنية أصلاً^(٤٢)، ويرجع ذلك إلى أن الاستثمار الأجنبي يساهم بلا شك في جلب رؤوس الأموال إذ يعد مصدر تمويل خارجي يقوم بامتصاص البطالة من خلال توفير فرص عمل للعمالة الوطنية، ناهيك عن دوره الفعال في مجال جلب التكنولوجيا الحديثة، وهو ما يساعد بشكل أو بآخر في تنمية الاقتصاد الوطني^(٤٣)، وبناءً عليه ينبغي

(٤١) د. ونوغي نبيل، واقع الضمانات القانونية المقررة للاستثمار في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد دباغين، سطيف ٢، بدون سنة نشر، ص ٢٢٦، أ. محمود شاكر عبود الجناحي، المعوقات القانونية التي تواجه الاستثمار الأجنبي في العراق وسبل معالجتها، دراسة تحليلية قانونية، مجلة التنمية البشرية والتعليم للأبحاث التخصصية، العدد ٤، المجلد ١، أكتوبر ٢٠١٨م، ص ١٣٥ وما بعدها.

(٤٢) حماني إسلام، بن لشهب المسعود، الحماية القانونية لعقد الاستثمار في القانون الجزائري والمقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف - المسيلة، الجزائر، ٢٠١٩-٢٠٢٠م، ص ٣١.

(٤٣) د. بن عليه الأخضر، د. بن الشيخ عبد الناصر، د. غريب عبد القادر، الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص ٢١٣.

توفير مناخ استثماري خالي من البيروقراطية الإدارية المقيتة و المصالح الشخصية من جانب، ومن جانب آخر يمتاز بالشفافية و المصادقية.

وبناءً عليه لا يجوز تأميم المشروعات الاستثمارية أو الحجز عليها بموجب قرار إداري، اللهم إلا إذا ما كان هناك حكماً قضائياً نهائياً صادراً من المحكمة بذلك، أو في الحالات التي ينص عليها المشرع^(٤٤).

أولاً- ماهية التأميم والتمييز بينه وبين المصادرة:

١. ماهية التأميم:

يقصد بالتأميم: "إجراء يتم بموجبه نقل وسائل الإنتاج والتبادل من الملكية الخاصة إلى الملكية العامة، بواسطة قرار يصدر عن السلطة العامة في الدولة، بغرض استغلالها لصالح الشعب في مجموعه"^(٤٥)، ولقد نحى جانب من الفقه إلى تعريف التأميم بأنه: "إجراء الغرض منه تحويل الملكية الخاصة إلى الملكية العامة، تقوم به السلطات العمومية في الدولة بموجب نص تشريعي، في ميادين ذات أهمية وطنية مقابل تعويض بهدف تحقيق المصلحة العامة"^(٤٦)، وعرفه البعض بأنه: "عمل من أعمال السيادة تنقل به الدولة المضيفة الملكية الخاصة في نشاط معين، بمقتضى نص تشريعي وللمصلحة العامة، لغرض استغلالها والسيطرة عليها، وتوجيهها نحو أهداف معينة"^(٤٧)، وتأتي الصناعات البترولية على رأس الاستثمارات الأجنبية التي طبق بشأنها نظام التأميم^(٤٨)، ولقد عرفه معهد القانون الدولي بأنه: "عملية تتصل بالسياسة العليا تقوم بها الدولة من أجل تغيير بنائها الاقتصادي تغييراً كلياً أو جزئياً، بحيث تكف يد القطاع الخاص عن بعض المشروعات الصناعية أو الزراعية ذات الأهمية، لتضمها إلى القطاع العام خدمة لمصالح الأمة"^(٤٩).

(٤٤) د. مأمون عبد الحفيظ، الإطار القانوني لتسهيل بيئة الاستثمار الأجنبي ودوره في تنمية الاقتصاد المصري، مصر المعاصرة، ص ٣٤٨.

(٤٥) د. غسان علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تنشأ بصدد، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٤م، ص ٩٥.

(٤٦) د. عيروط محند أو علي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠١٣م، ص ٢٦٦.

(٤٧) د. فتحي عبد الصبور، الآثار القانونية للتأميم والحراسة الإدارية على الأموال، عالم الكتاب، القاهرة، ١٩٦٧م، ص ٢٢.

(٤٨) د. أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، القانون والسيادة وامتيازات النفط مقارنة بالشرعية الإسلامية، مركز دراسات الوحدة العربية، سلسلة أطروحات الدكتوراه، طبعة ثانية، بيروت، لبنان، ١٩٩٧م، ص ٢٦٠.

(٤٩) د. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي (المعوقات والضمانات القانونية)، مرجع سابق،

٢. التمييز بين التأميم والمصادرة:

يتفق التأميم مع المصادرة في أنهما من إجراءات السيادة، بيد أنهما يختلفان من عدة وجوه، وهو ما سنوضحه فيما يلي:

أ. أن المصادرة تعد وبحق إجراءً وقائياً، بينما يعد التأميم إجراءً علاجياً، تهدف الدولة من خلاله إلى المحافظة على اقتصادها، والقضاء على التحكم والسيطرة على الإنتاج، وإعادة توزيع الثروة.

ب. ترد المصادرة على المنقولات فقط، بينما التأميم يرد على العقار والمنقول دون تمييز. ج. لا مجال للتعويض في المصادرة، بينما التعويض جائز في حالة التأميم، وكل ما هنالك أن التعويض في مجال التأميم ليس شرطاً لصحة التأميم ولا ركناً من أركانه، وإنما هو في حقيقة الأمر مجرد أثر من آثاره فقط^(٥٠).

ثانياً - حظر تأميم أموال المستثمر الأجنبي في القانون المصري:

غني عن البيان أن التأميم في حقيقة الأمر، يرد على المشروع بوصفه وحدة قانونية متميزة تتمتع بشخصية معنوية مستقلة، إذ يترتب عليه انتقال الذمة المالية للمشروع الدولة بما تتضمنه من حقوق والتزامات، ويسري على هذا الانتقال الأحكام القانونية المنصوص عليها في الدولة المضيفة للاستثمار التي اتخذت قرار التأميم، حيث يخضع المال لقانون موقعه، كما أن الأموال المملوكة للمستثمر والموجودة خارج إقليم الدولة المضيفة للاستثمار يمتد إليها التأميم أيضاً، لما لذلك من حماية للاقتصاد القومي للدولة المضيفة للاستثمار^(٥١)؛ ونظراً لخطورة التأميم وآثاره السلبية على جذب الاستثمارات الأجنبية، فقد تضمنت غالبية الدساتير والتشريعات الوطنية في كافة دول العالم نصوصاً صريحة تنظم قواعد الاستثمار، وفي هذا الصدد فإننا نأمل أن يتم إصلاح النظام القضائي الوطني، بجانب هذا التنظيم لضوابط التأميم وغيره من المخاطر التي تمس ملكية المستثمر الأجنبي، وأن يمثل ذلك غاية تسعى إلى تحقيقها كافة الحكومات، لما لذلك من تأكيد لسيادة الدولة وسلطانها على إقليمها، إذ من خلال هذا الإصلاح تستطيع الدولة أن تتمسك بتطبيق قانونها على المنازعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي، وفي الوقت ذاته تضمن الدول لقضائها سلطة الفصل في هذه المنازعات من خلال قضائها المستقل

ص ١١٣.

(٥٠) د. بدر علي علي الجمرة، ضمانات الاستثمار وفقاً للقانونين المصري واليمني، مرجع سابق، ص ٢٤ وما بعدها.

(٥١) د. خديجة مجاهدي، الاستثمار الأجنبي "مزاياه ومخاطره"، دراسة في ضوء أحكام قانون ترقية الاستثمار الجزائري، مرجع سابق، ص ١١٥.

والمختص، وهذا ما قامت به جمهورية مصر العربية من خلال المحاكم الاقتصادية وهو مسلك محمود من جانب المشرع المصري، وناشد المشرع العماني أن يحذو حذوه، نظراً لما يتسم به هذا القضاء من فاعلية في الفصل في تلك المنازعات.

وباستقراء نصوص الدستور المصري الصادر سنة ٢٠١٩م، نجده أنه قد خلا من معالجة التأمين والنص عليه صراحة، ويؤكد ذلك نص المادة (٣٥) منه، والتي تنص على أن: "الملكية الخاصة مصنونة، وحق الإرث فيها مكفول، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون، وبحكم قضائي، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل يدفع مقدماً وفقاً للقانون". ولم يغفل المشرع المصري عن هذه المسألة؛ نظراً لأهميتها الجوهرية بالنسبة إلى المستثمر، وذلك بهدف إيجاد بيئة أكثر جاذبية للمستثمرين الأجانب، مما يشجعهم على استثمار أموالهم دون أن يعترهم الخوف من مخاطر التأمين والمصادرة^(٥٢)، حيث تضمن قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧م نصاً صريحاً يحظر تأمين المشروعات الاستثمارية، ويؤكد ذلك نص المادة (٤) من هذا القانون والتي تنص على أنه: "لا يجوز تأمين المشروعات الاستثمارية...".

ومن جانبنا نرى أنه على الرغم من مشروعية التأمين، إلا أن له آثاراً سلبية ليس فقط على مستوى الاستثمارات الوطنية، بل أيضاً على مستوى الاستثمارات الأجنبية، ويرجع ذلك إلى كونه يمثل دوماً هاجساً مزعجاً للمستثمرين الأجانب قد يؤدي إلى عزوفهم عن قدومهم بأموالهم إلى الدولة المضيفة للاستثمار، حتى وإن كانوا يتلقون تعويضاً عادلاً إذا ما تم تأمين أموالهم؛ لأن هذا التعويض لن يفلح بأي حال من الأحوال في إزالة الآثار السلبية التي يلقي بظلالها التأمين في نفوس المستثمرين، الأمر الذي يجعل من التأمين عائقاً يقف حائلاً دوماً دون جذب الاستثمارات الأجنبية إلى الدولة المضيفة للاستثمار، والتي تقدم على اتخاذ قرار التأمين ضد أموال المستثمر.

ثالثاً- حظر تأمين أموال المستثمر الأجنبي في القانون العماني:

باستقراء النظام الأساسي لسلطنة عمان، والصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٦ لسنة ٢٠٢١م، لاحظنا أنه قد خلا من النص صراحة على التأمين، واكتفى المشرع فقط بالتأكيد على حرمة الملكية الفردية، وسن الضوابط اللازم توافرها في حال نزع ملكيتها، وهذا

(٥٢) د. كامل عبد خلف العنكود، د. ممتاز مطلب خبصي، الاستثمار الأجنبي وضماناته في القانون العراقي والمقارن، مرجع سابق، ص ١٢.

المعنى هو ما أكدته نص المادة (٦/١٤) من النظام الأساسي للدولة والتي تنص على أن: "الملكية الخاصة مصونة، فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون، ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة، وفي الأحوال المبينة في القانون، ومقابل تعويض عادل". فضلاً عما تقدم لم يتعرض المشرع العماني في قانون استثمار رأس المال الأجنبي رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٩م للتأميم، ويؤكد ذلك المادة (٢٣) من هذا القانون والتي تنص على أنه: "لا يجوز مصادرة أي مشروع استثماري إلا بحكم قضائي، ولا الحجز على أمواله أو تجميدها أو التحفظ أو فرض الحراسة عليها إلا بحكم قضائي. ويستثنى من ذلك الديون الضريبية المستحقة للدولة".

وكذلك المادة (٢٤) والتي تنص على أنه: "لا يجوز نزع ملكية المشروع الاستثماري إلا للمنفعة العامة طبقاً لقانون نزع الملكية للمنفعة العامة، ومقابل تعويض عادل يقدر وقت نزع الملكية، ويجب دفع التعويض المستحق دون تأخير، كما لا يجوز إنهاء عقدي الانتفاع أو الإيجار في حالة تخصيص الأراضي والعقارات إلا وفقاً للحالات المقررة قانوناً، أو بحكم قضائي".

وبناءً عليه فإننا نناشد المشرع العماني أن يعيد النظر في صياغة نص المادتين (٢٣ ، ٢٤) من قانون استثمار رأس المال الأجنبي، وأن ينص فيها وبشكل صريح على حظر تأميم المشروعات الاستثمارية، وضرورة تعويض المستثمر تعويضاً عادلاً إذا ما تم تأميم مشروعه الاستثماري، حتى يكسب ثقة المستثمر الأجنبي، أسوة في ذلك بالمشرع المصري الذي نص صراحة على عدم جواز تأميم المشروعات الاستثمارية، لما لذلك من أثر إيجابي بخصوص جذب الاستثمارات الأجنبية، ووجود بيئة صحية من شأنها تشجيع المستثمرين على ضخ المزيد من رؤوس أموالهم بغية استثمارها؛ نظراً للضمانات التي توفرها البنية التشريعية السليمة.

رابعاً- حظر تأميم أموال المستثمر الأجنبي في الاتفاقية الثنائية بين كل من مصر وسلطنة عمان:

مما لا شك فيه أن التنمية الاقتصادية في عصرنا الحالي لأية دولة، لا يمكن تحقيقها من خلال استغلال الموارد والقدرات والخبرات الوطنية فحسب، إذ يتطلب الأمر فضلاً عن ذلك إلى إنعاش الاستثمارات الأجنبية، وهذا لن يتأتى إلا من خلال تطوير البنية التحتية، وتطويل وسائل الإنتاج، مما ينجم عنه القضاء على آفة البطالة التي تمثل تحدياً

كبيراً لا يستهان به أمام كافة دول العالم؛ نظراً لما تحمله هذه الاستثمارات من تدفقات تكنولوجية جديدة، ينجم عنها توفر العديد من فرص العمل أمام الشباب^(٥٣).

وبناءً عليه فطنت الدول لأهمية موضوع جذب المزيد من الاستثمارات الأجنبية، فعقدت الاتفاقيات فيما بينها بغرض تقديم المزيد من الحوافز والضمانات التي تعنى بهذا الموضوع، وليس أدل على ذلك من تلك الاتفاقية المبرمة بين كل من مصر وسلطنة عمان بتاريخ ٢٥/٣/١٩٩٨م، والتي صدقت عليها سلطنة عمان بموجب المرسوم السلطاني رقم ٥٧ لسنة ١٩٩٩م، في المادة الخامسة منها التي تنص على أنه: "لا تخضع استثمارات مستثمري أي من الطرفين المتعاقدين للتأميم أو المصادرة، أو أية إجراءات أخرى ذات تأثير مماثل بشكل مباشر أو غير مباشر في إقليم الطرف المتعاقد الآخر، إلا إذا كان ذلك لأغراض المصلحة العامة على أساس غير تمييزي، وفي مقابل تعويض عادل، طبقاً للإجراءات القانونية وبدون تأخير لا مبرر له".

ومما يؤكد على أهمية قضية جذب الاستثمارات الأجنبية، أنها أضحت في عالمنا المعاصر اليوم هي الشغل الشاغل لكثير من الحكومات ورجال الأعمال، بل وتصدرت قائمة أولويات الدول، ومن ثم أقامت لها الندوات والمؤتمرات، والتي اسهم فيها الاقتصاديون ورجال السياسة من أعلى المستويات في الدول، بل وخصصت لها أجهزة إدارية تعنى بالتعامل معها، وتزامن ذلك مع إصلاح البنية التشريعية، من خلال إصدار المزيد من القوانين التي تخدم تلك القضية، والعمل في نفس الوقت على تنقيح القوانين القائمة ذات الصلة بالقضية، كل ذلك بغية إيجاد مناخ مناسب يعمل على جذب المزيد من رؤوس الأموال الوطنية والأجنبية، وساهم على ذلك ما تضمنته تلك التشريعات من إعفاءات وامتيازات وضمانات تعني بحماية ملكية المستثمر الأجنبي^(٥٤).

(٥٣) د. عاطف إبراهيم محمد، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩٧م، ص ٢٤.

(٥٤) د. عبد الله الطاهر، الاستثمار في الأردن "فرص وآفاق"، مركز دراسات الشرق الأوسط، عمان، ط ١، ٢٠٠٢م، ص ٣٤. د. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي (المعوقات والضمانات القانونية)، مرجع سابق، ص ٢٤.

المطلب الثالث

مبدأ حظر مصادرة أموال المستثمر الأجنبي

المصادرة شأنها شأن التأميم تعد من المخاطر السياسية (غير التجارية) التي تتعرض لها الاستثمارات الأجنبية، وترمي إلى حرمان المستثمر من ملكيته دون الحصول على تعويض لذلك^(٥٥)، ومن هذا المنطلق ينبغي على أية دولة ترغب في جذب الاستثمارات الأجنبية لديها، أن تضمن تشريعاتها نصوصاً قانونية تحظر بمقتضاها مصادرة أموال المستثمر الأجنبي، وأن تبذل مخاوف المستثمرين الأجانب من خطر المصادرة التي تلحق باستثماراته في الدولة المضيفة للاستثمار، وذلك من خلال تكريسها لمبدأ التعويض العادل والمنصف في حالة المصادرة لأموال المستثمرين^(٥٦).

وبناءً عليه لا يجوز مصادرة أي ممتلكات للمشروع المملوك للمستثمر الأجنبي، اللهم إلا إذا كانت المصادرة بغية تحقيق المنفعة العامة، وفي حال مصادرتها ينبغي دفع تعويض مالي عادل ومساو للمال الذي تمت مصادرته، ويشترط في هذه الحالة أن يتم دفع هذا التعويض مقدماً، كما أنه لا يجوز مصادرة ملكية المشروع أو تسويته أو تجميده إلا بناء على حكم قضائي نهائي غير قابل للطعن عليه، وذلك باستثناء الديون الضريبية واشتراكات التأمينات الاجتماعية المستحقة للدولة، حيث يمكن تحصيلها عن طريق المصادرة، وذلك دون الإخلال بالعقود التي تكون قد تم إبرامها من الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة فيها مع المستثمر^(٥٧).

أولاً- ماهية المصادرة والتمييز بينها وبين نزع الملكية:

١. ماهية المصادرة: يقصد بالمصادرة: "إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة وتستولي بموجبه على ملكية كل أو بعض الأموال أو الحقوق المالية المملوكة لأحد الأشخاص دون أداء أي مقابل مادي"^(٥٨)، وعرفها البعض بأنها "إجراء تقوم به السلطة العمومية القصد منه تملك الدولة بموجب حكم قضائي أموال أو مضبوطات قهراً عن مالكيها، وبدون مقابل ولا تعويض"^(٥٩).

(٥٥) أ. محمود شاكر عبود الجنابي، المعوقات القانونية التي تواجه الاستثمار الأجنبي في العراق وسبل معالجتها، مرجع سابق، ص ١٣٦.

(٥٦) حماني إسلام، بن لشهب المسعود، الحماية القانونية لعقد الاستثمار في القانون الجزائري والمقارن مرجع سابق، ص ٣١.

(٥٧) د. مأمون عبد الحفيظ، الإطار القانوني لتسهيل بيئة الاستثمار الأجنبي ودوره في تنمية الاقتصاد المصري، مرجع سابق، ص ٣٤٨.

(٥٨) د. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص ١٩.

(٥٩) د. محمد حافظ، مبادئ القانون الدولي، مرجع سابق، ص ٣٥٨: ٣٥٩.

٢. التمييز بين المصادرة ونزع الملكية: تتفق المصادرة مع نزع الملكية كضمانات لحماية الاستثمار الأجنبي في كون كل منهما يعد إجراءً من إجراءات السيادة التي تتسم بطابعها الإقليمي البحث^(٦٠)، ومن شأنهما نقل الملكية لجهة الإدارة، ومفاد ذلك أنهما وسيلتان تستطيع جهة الإدارة من خلالهما كسب الأموال^(٦١)، في حين أنهما يختلفان من عدة نواحٍ ألا وهي:

أ. أن نزع الملكية يستدعي دفع تعويض عادل لمن نزعت ملكيته متى توفرت شروط ذلك، بينما في المصادرة لا مجال للتعويض.

ب. نزع الملكية يرد على العقار، بينما المصادرة ترد فقط على المنقولات دون العقارات أي ترد على كل مال له علاقة بالجريمة المقترفة^(٦٢).

ج. المخاطب في نزع الملكية شخص محمي بموجب القانون من خلال حصوله على تعويض مناسب عيني أو نقدي عن المال الذي نزعت ملكيته، في حين أن المخاطب في المصادرة شخص يخضع للعقاب^(٦٣).

ثانياً - حظر مصادرة أموال المستثمر الأجنبي في القانون المصري:

جدير بالذكر أن المصادرة تعد وبحق إجراءً مشروعاً ومعتبراً به في كافة التشريعات المقارنة، يستوي في هذا الأمر أن تكون المصادرة موجهة للمستثمرين الوطنيين أم للمستثمرين الأجانب^(٦٤)، وبالتالي فإن الطابع الجزائي للمصادرة لا يرتب أي تعويض على الأموال المصادرة، وقد يرتب أداء تعويض لا يتناسب مع قيمة الأموال التي تمت مصادرتها، وهذا الإجراء الأخير لا ينفي الوصف القانوني للمصادرة، ولا شك أن توقيع عقوبة المصادرة على المستثمر الأجنبي، مرهون بما يكون قد ارتكب المستثمر الأجنبي من مخالفات للقوانين المنظمة للاستثمار الأجنبي في الدولة المضيفة للاستثمار، وإلا

(٦٠) د. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص ٢١ وما بعدها.

(٦١) د. محمد فاروق عبد الحميد، التطور المعاصر لنظرية الأملاك العامة في القانون الجزائري، بدون دار نشر، ١٩٨٨م، ص ٣٨٧.

(٦٢) د. عمر يحيوي، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، مرجع سابق، ص ٧٨.

(٦٣) أ. نادية بورويس، النظام القانوني لنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، مذكرة تكميلية لنيل درجة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ٢٠١٢م، ص ١٧.

(٦٤) د. خديجة مجاهدي، الاستثمار الأجنبي "مزاياه ومعوقاته"، دراسة في ضوء أحكام قانون ترقية الاستثمار الجزائري، مرجع سابق، ص ١١٤.

كانت المصادرة عملاً تعسفياً من جانب الدولة المضيفة للاستثمار، وهو ما يستوجب تعويض المستثمر عن هذه الإجراءات التعسفية^(٦٥).

ولقد تضمن الدستور المصري المعدل لعام ٢٠١٩م ما يفيد حظر مصادرة الأموال، وسن لذلك ضوابط معينة، حيث لا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي، وفي هذا الصدد نود أن نؤكد على أن المصادرة تعد وبحق من أخطر المعوقات الاستثمارية، وتتضح هذه الخطورة من جانبين ألا وهما:

الجانب الأول: يتمثل في كون المصادرة تعتبر عملاً مشروعاً بالنسبة إلى الدولة المضيفة للاستثمار على الرغم من خطورته هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية فإنه لا أثر له على المستوى الدولي فيما يتعلق بالمستثمر، حيث لا يملك حق المطالبة بإلغاء قرار المصادرة أو الاعتراض عليه، ويرجع ذلك بدون أدنى شك إلى الطبيعة الجزائية التي تنسم بها المصادرة كعقوبة.

الجانب الثاني: انتفاء التعويض في حالة المصادرة أو قلته في حالة إن وجد، الأمر الذي يجعل المستثمر مكتوف الأيدي لا يملك أن يحرك ساكناً، وهو ما يجعله عرضة لخسارة مشروعه الاستثماري.

ولبت الثقة والطمأنينة في نفوس المستثمرين الأجانب، وبغرض تشجيعهم على زيادة استثماراتهم، نص المشرع المصري في المادة (٤) من قانون الاستثمار رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧م على أنه: "...ولا يجوز الحجز على أموال المشروعات الاستثمارية أو مصادرتها أو تجميدها إلا بناءً على أمر قضائي أو حكم نهائي...".

ويرى الباحثان أن ما دفع المشرع المصري إلى وضع هذه الضوابط للمصادرة، إنما يكمن في توفير الضمانات التي تكفل حماية ملكية المستثمر الأجنبي، وليس هناك ضمانات أفضل من ضمانات القضاء، إذ أن اشتراط المشرع لجواز المصادرة، أن تتم وفقاً للقانون وبناءً على حكم قضائي، من شأنه بث الثقة في نفوس المستثمرين، وهو ما يعمل على إيجاد بيئة جاذبة للاستثمار.

ثالثاً- حظر مصادرة أموال المستثمر الأجنبي في القانون العماني:

لما كانت المصادرة عبارة عن عقوبة توقعها الدولة في مواجهة شخص أو أكثر وتستولى بمقتضاها على كل أو جزء من الأموال المملوكة له أو لهم، من دون أداء تعويض، وذلك استناداً إلى وجود نص قانوني يمنحها هذا الحق، ولاشك أن المصادرة قد

(٦٥) ليلي سالم، الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، ٢٠١٢م، ص ١٢١.

تتم بموجب قرار إداري، وقد تتم بناء على حكم قضائي^(٦٦)، وبناءً عليه فإن المصادرة تمثل معوقاً سياسياً تتعرض له الاستثمارات الأجنبية، ومن هذا المنطلق كان لابد من العمل على إيجاد ضمانات يأمن من خلالها المستثمر على أمواله في الدولة المضيفة للاستثمار، وتمثلت هذه الضمانة في حظر مصادرة أموال المستثمر الأجنبي، ولعل هذا هو ما دفع المشرع العماني إلى التأكيد على هذه الضمانة، فتضمن النظام الأساسي لسلطنة عمان ما يفيد حظر المصادرة العامة للأموال، بل أكد النظام الأساسي لسلطنة عمان على المصادرة الخاصة لا تتم إلا في حالات محددة ينص عليها القانون صراحة، واشترط لذلك أيضاً أن تتم المصادرة الخاصة للأموال بموجب حكم يصدر من القضاء، وليس أدل على ذلك، ما نصت عليه المادة (٨/١٤) من النظام الأساسي للدولة والتي تنص على أن: "المصادرة العامة للأموال محظورة، ولا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي في الأحوال المبينة في القانون".

وباستقراء قانون استثمار رأس المال الأجنبي العماني، تبين لنا أن المشرع العماني أكد أيضاً على هذه الضمانة، ويؤكد ذلك أن المشرع العماني كان صارماً في التعامل مع هذا الأمر، حيث حظر مصادرة المشروعات كمبدأ عام، ووضع في ذات الوقت ضوابط لهذه المصادرة، حيث اشترط لجواز المصادرة أن تتم للمنفعة العامة هذا ناحية، ومن ناحية ثانية اشترط أن تتم المصادرة في ضوء الضوابط القانونية التي رسمها المشرع، ومن ناحية ثالثة وأخيرة اشترط المشرع أن يحصل من تتم مصادرة أمواله بحكم قضائي، ويؤكد ذلك نص المادة (٢٣) من قانون استثمار رأس المال الأجنبي العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٩م، والتي تنص على أنه: "لا يجوز مصادرة أي مشروع استثماري إلا بحكم قضائي....".

ومن جانبنا نرى أن ما نحى إليه المشرع العماني في هذا الخصوص، يعد مسلكاً محموداً لما لضمانة القضاء من أثر فعال في جذب الاستثمارات الأجنبية؛ نظراً لأنه يعمل على إيجاد بيئة استثمارية تضمن حماية ملكية أموال المستثمر، ضد أي تعسف من جانب أجهزة الدولة المضيفة للاستثمار، حيث إن المستثمر في حال التعسف ضده وتعرض أمواله للمصادرة، يكون لديه ملاذ آمن يلجأ إليه ألا وهو القضاء.

^(٦٦) والمصادرة القضائية تعتبر كعقوبة تكميلية لإحدى الجرائم الجنائية المنصوص عليها في قانون العقوبات والقوانين المكمل، أما المصادرة الإدارية فنتم بقرار إداري قابل للطعن فيه أمام القضاء الإداري، لمزيد من التفاصيل راجع: د. خديجة مجاهدي، الاستثمار الأجنبي "مزاياء ومعوقاته"، دراسة في ضوء أحكام قانون ترقية الاستثمار الجزائري، مرجع سابق، ص ١١٣ وما بعدها.

رابعاً- حظر مصادرة أموال المستثمر الأجنبي في الاتفاقية الثنائية بين كل من مصر وسلطنة عمان:

لقد كانت قضية الاستثمارات الأجنبية على المستوى الدولي محط أنظار غالبية دول العالم، ولذلك عقدت لها العديد من الاتفاقيات الثنائية والجماعية، التي تضمنت المزيد من الضمانات لمواجهة المخاطر غير التجارية، وذلك بهدف توفير الحماية والطمأنينة لها، لاسيما وأن الاستثمارات الأجنبية ترتبط بشكل أو بآخر بتنمية مصادر الثروة في الدولة المضيفة للاستثمار، ويستغرق تنفيذها فترة طويلة نسبياً من الزمن، وهو ما يجعلها مرتبطة بإقليم هذه الدولة، ومن ثم تؤثر في كيانها الاقتصادي والاجتماعي، بطريقة مباشرة إذا ما تعلق الأمر باستغلال الموارد الطبيعية للدولة المضيفة للاستثمار، أو بطريقة غير مباشرة من خلال التأثير على خططها الاقتصادية، ومن هنا تبرز أهمية وحيوية قضية جذب الاستثمارات الأجنبية^(٦٧).

هذا ويعد استقرار المناخ الاستثماري، من أبرز العوامل التي تؤثر على قرار المستثمر فيما إذا كان سيستثمر أمواله في الدولة المضيفة للاستثمار من عدمه، إذ من غير المتصور القول بوجود مناخ جاذب لرؤوس الأموال الأجنبية، بدون توفر الاستقرار السياسي والاقتصادي والاجتماعي والتشريعي في الدولة المضيفة للاستثمار، الذي يكفل حماية ملكيته من كافة الأخطار غير التجارية ومن أبرزها مصادرة أمواله.

وفي هذا الصدد فإننا نأمل أن يتبنى كل من المشرع المصري والعُماني، سياسة أكثر فاعلية تقوم على تفعيل مبدأ الدولة الأولى بالرعاية المنصوص عليه في الاتفاقيات الدولية الخاصة بالاستثمار، وذلك بدلاً من تجميد الدور التشريعي للدولة عند إبرام عقد الاستثمار، بل نأمل أن ينص كل من المشرع المصري والعُماني بشكل صريح على ضرورة تضمين عقود الاستثمار، شرطاً يسمح بإعادة التفاوض حول عقد الاستثمار وفقاً لمقتضيات تغير الظروف والقوانين في كل دولة، لما لذلك من دور فاعل في المحافظة على العلاقة العقدية ومصالح طرفي عقد الاستثمار في ذات الوقت.

وباستقراء الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها سلطنة عمان بخصوص موضوع المصادرة، تبين لنا أنها أبرمت عدة اتفاقيات، إلا أنها لم تنتهج نهجاً واحداً في تنظيم هذا الموضوع، ويؤكد ذلك أنها اكتفت في بعض تلك الاتفاقيات بمجرد الإشارة للمصادرة دونما تصريح، في حين أنها في البعض الآخر من تلك الاتفاقيات نصت وبشكل صريح على معالجة

(٦٧) د. إبراهيم شحاته، الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١م، ص ٥٦.

موضوع المصادرة. ومن الاتفاقيات التي اكتفت فيها سلطنة عمان بمجرد الإشارة إلى حظر مصادرة أموال المستثمرين، دون النص على ذلك صراحة وبشكل مباشر، تلك الاتفاقية التي أبرمتها سلطنة عمان وجمهورية الصين الشعبية سنة ١٩٩٥م، حيث تنص المادة (١/٤) من هذه الاتفاقية على أنه: "لا يجوز تأميم استثمارات المستثمرين التابعين لأي من الطرفين المتعاقدين أو نزع ملكيتها أو إخضاعها لأي إجراءات لها نفس آثار التأميم أو نزع الملكية، وذلك في إقليم الطرف الآخر المتعاقد، ما لم يتم نزع الملكية لغرض ذي نفع عام يتعلق بالمتطلبات الداخلية لذلك الطرف ومقابل تعويض كاف"، ومن الاتفاقيات التي حظرت مصادرة ملكية أموال المستثمرين وبشكل صريح، تلك الاتفاقية المبرمة بين كل من جمهورية مصر العربية وسلطنة عمان المبرمة في ١٩٩٨/٣/٢٥م، والتي تنص المادة (٥) منها على أنه: "لا تخضع استثمارات مستثمري أي من الطرفين المتعاقدين للتأميم أو المصادرة، أو أية إجراءات أخرى ذات تأثير مماثل بشكل مباشر أو غير مباشر في إقليم الطرف المتعاقد الآخر، إلا إذا كان ذلك لأغراض المصلحة العامة على أساس غير تمييزي، وفي مقابل تعويض عادل، طبقاً للإجراءات القانونية وبدون تأخير لا مبرر له"، ولا شك أن ضمانات حظر مصادرة أموال المستثمر الأجنبي، من شأنها توفير مناخ استثماري جاذب للاستثمار، بهدف توظيف أموالهم دون خوف من خطر المصادرة والتأميم^(٦٨)، وهو ما يعود بالنفع على الاقتصاد الوطني للبلاد.

المطلب الرابع

مبدأ حظر الاستيلاء على أموال المستثمر الأجنبي

جدير بالذكر أن الاستيلاء كإجراء يتسم بصفة التأقيت، إذ أنه لا يمس أصل الحق، بل تغل بموجبه يد المستثمر، وذلك بغية تحقيق منفعة عامة للدولة، وذلك مقابل حصول المستثمر على تعويض عادل، ومن هذا المنطلق فإن الاستيلاء لا يترتب عليه انتقال ملكية المال من الذمة المالية للمستثمر إلى الذمة المالية للدولة.

(٦٨) د. كامل عبد خلف العنكود، د. ممتاز مطلب خبصي، الاستثمار الأجنبي وضمائنه في القانون العراقي والمقارن، مرجع سابق، ص ١٤٠.

أولاً- ماهية الاستيلاء والتمييز بينه وبين نزع الملكية:

١. ماهية الاستيلاء:

يقصد بالاستيلاء: "إجراء مؤقت تتخذه السلطة العامة المختصة، وتحصل بمقتضاه على حق الانتفاع ببعض الأموال الخاصة، لهدف يتعلق بالمصلحة العامة، مقابل تعويض لاحق تقوم بأدائه لمالك المال محل الاستيلاء"^(٦٩)، وعرفه جانب من الفقه بأنه: "إجراء إداري القصد منه أن تستولي الإدارة على عقار مملوك لأحد الأفراد لمدة مؤقتة مقابل أن تعوض المالك عن عدم انتفاعه بالعقار طوال مدة الاستيلاء مستهدفة من ذلك تحقيق المنفعة العامة"^(٧٠)، وبناءً عليه يمكن لنا القول بأنه متى زالت الأسباب التي عولت عليه الدولة في اتخاذ قرار الاستيلاء، كان لزاماً على الدولة أن ترفع يدها عن الأموال المملوكة للمستثمر، ويرجع ذلك بطبيعة الحال إلى أن الغاية الرئيسية من هذا الإجراء إنما تتمثل أساساً في مجرد غل يد المستثمر مالك هذه الأموال عن الانتفاع بها واستغلالها والتصرف فيها^(٧١).

٢. التمييز بين الاستيلاء ونزع الملكية:

جلي البيان أن نزع الملكية يتفق مع الاستيلاء من عدة وجوه، حيث إن كليهما إجراء إداري تقتضيه المصلحة العامة، هذا فضلاً عن أن كليهما يتم في مقابل تعويض يحصل عليه المضرور من قرار نزع الملكية والاستيلاء، في حين أنهما يختلفان عن بعضهما من وجوه عدة ألا وهي:

- أ. نزع الملكية يرد على الحقوق العينية العقارية، في حين أن الاستيلاء يرد على العقارات والمنقولات على حد سواء، بل ويمكن أن يرد على الخدمات.
- ب. قرار نزع الملكية يكون بشكل نهائي، في حين أن قرار الاستيلاء يكون لمدة محددة، ولذلك يتم جرد في حالة الاستيلاء قبل وبعد الاستيلاء، بغية الوقوف على المسؤولية القانونية في حالة الهلاك، سواء كان هلاكاً كلياً أم جزئياً، وكذلك في حالة ما إذا فقد المال قيمته، وهذا يعني أن قرار الاستيلاء لا يترتب عليه لا يترتب عليه انتقال ملكية المال من الذمة المالية للمستثمر إلى الذمة المالية للدولة، بل لا يترتب عليه سوى مجرد

(٦٩) د. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص ١٦.

(٧٠) د. عبد الهادي رياض سرمد، الاستيلاء المؤقت على العقارات، مجلة كلية الحقوق، العدد ٢، المجلد ١٥، جامعة البحرين، يوليو ٢٠١٣م، ص ٨٤ وما بعدها.

(٧١) د. عبد الهادي مقبل، التشريعات الاقتصادية، قانون ضمانات وحوافز الاستثمار، قانون شركات قطاع الأعمال، دار الشافعي، المنصورة، ٢٠٠٢م، ص ٨٧ وما بعدها.

تحويل السلطة العامة في الدولة المضيفة للاستثمار التي أصدرت قرار الاستيلاء الحق في الانتفاع بالمال محل الاستيلاء ولفترة مؤقتة^(٧٢).

ثانياً- حظر الاستيلاء على أموال المستثمر الأجنبي في القانون المصري:

تجدر الإشارة إلى أن ضمانات وحوافز قانون الاستثمار المصري ولائحته التنفيذية، يعد وبحق من أبرز مزايا هذا القانون، ويرجع ذلك بطبيعة الحال إلى أن المستثمرين الأجانب تتم معاملتهم نفس معاملة المستثمرين الوطنيين، وذلك إعمالاً لمبدأ المعاملة بالمثل، إذ تتم حماية ملكية أموال المستثمرين الأجانب من أي تهديد ينشأ من خلال أية إجراءات تعسفية أو قرارات تمييزية^(٧٣).

ولبت الثقة والطمأنينة في نفوس المستثمرين الأجانب من خلال توفير الضمانات الكفيلة بحماية أموالهم من أي خطر يهدد وجودها^(٧٤) تضمن قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧م في مادته الرابعة ما يحظر الاستيلاء على أموال المستثمر الأجنبي، حيث تنص على أنه: "...ولا يجوز لأي جهة إدارية إصدار قرارات تنظيمية عامة تضيف أعباء مالية أو إجرائية تتعلق بإنشاء أو تشغيل مشروعات تخضع لأحكام هذا القانون أو فرض رسوم أو مقابل خدمات عليها أو تعديلها، إلا بعد أخذ رأي مجلس إدارة الهيئة وموافقة كل من مجلس الوزراء والمجلس الأعلى".

هذا ويمكننا القول بأن ما تضمنته المادة الرابعة من قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧م، يعد وبحق محض تأكيد لما تضمنته المادة (٣٥) من دستور جمهورية مصر العربية المعدل لعام ٢٠١٩م والتي تنص على أن: "الملكية الخاصة فيها مصونة، وحق الأرت مكفول، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة، ومقابل تعويض عادل يدفع مقدماً وفقاً للقانون".

ثالثاً- حظر الاستيلاء على أموال المستثمر الأجنبي في القانون العماني:

تجدر الإشارة إلى أن التنظيم القانوني للاستثمار، يتمخض عنه مركز قانوني ذو عنصر أجنبي، يخضع بطبيعة الحال لأحكام القانون الدولي الخاص، وذلك باعتباره

(٧٢) د. ونوغي نبيل، الضمانات القانونية الموجهة للاستثمار وفق التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص ٨٦.

(٧٣) د. مأمون عبد الحفيظ، الإطار القانوني لتسهيل بيئة الاستثمار الأجنبي ودوره في تنمية الاقتصاد المصري، مرجع سابق، ص ٣٤٧.

(٧٤) د. محمد السيد عرفه، ضمانات الاستثمار الأجنبي وحوافزه في القانون المصري، مرجع سابق، ص ٥٦٩ وما بعدها.

قانوناً يعني بتنظيم العلاقات الدولية الخاصة، هذا من زاوية، ومن زاوية أخرى فقد ارتبط هذا التنظيم من حيث نشأته التاريخية بالنظام القانوني للأجانب، ومن هذا المنطلق تثار العديد من الإشكالات المتعلقة بمدى قدرة الدول على توفير الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية، وذلك في ضوء المبادئ والقواعد الحاكمة للوضع القانوني للأجانب بصفة عامة^(٧٥) لذا ينبغي أن تتضمن التشريعات الوطنية ما يكفل حماية رؤوس الأموال الأجنبية.

وفيما يتعلق بقانون استثمار رأس المال الأجنبي لسلطنة عمان رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٩م، حظر الاستيلاء على ملكية المستثمر الأجنبي، بيد أنه لم يستخدم هذا المصطلح وإنما استخدم مصطلح آخر يعطي نفس المدلول ألا وهو، حظر الحجز على أموال المستثمر الأجنبي أو تجميدها، ويؤكد ذلك المادة (٢٣) من هذا القانون والتي تنص على أنه: "لا يجوز مصادرة أي مشروع استثماري إلا بحكم قضائي، ولا الحجز على أمواله أو تجميدها أو التحفظ أو فرض الحراسة عليها إلا بحكم قضائي. ويستثنى من ذلك الديون الضريبية المستحقة للدولة".

رابعاً- حظر الاستيلاء على أموال المستثمر الأجنبي في الاتفاقية الثنائية بين كل من مصر وسلطنة عمان:

لما كانت المبادئ التقليدية لجذب الاستثمارات الأجنبية وحمايتها، قد ثبت عملياً عدم جدواها في جذب رؤوس الأموال الأجنبية، فقد كان لابد من العمل على إيجاد آليات أكثر فاعلية بغية جذب الاستثمارات الأجنبية بما تملكه من تكنولوجيا وذلك من خلال توفير الضمانات التي تكفل حماية ملكية المستثمر الأجنبي، إذ أن المستثمر الأجنبي لن يقدم على المجيء بأمواله واستثماراته إلى الدولة المضيفة للاستثمار، إلا إذا قدمت له المزيد من الحوافز والامتيازات والضمانات التي تحمي ملكيته، وهذه الحقيقة لا يمكن لأحد إنكارها، ويؤكد ذلك أن رؤوس الأموال الأجنبية والعمل على جذبها، قد أضحت ضرورة لكل اقتصاد نام أو يحاول الحفاظ على معدلات نموه، الأمر الذي ساعد على وجود نوع من المنافسة بين الدول بغية جذب المزيد من الاستثمارات الأجنبية إليها، وذلك من منطلق كونها إحدى أهم الظواهر الاقتصادية في عالمنا المعاصر، بل وذهب جانب من الفقه إلى القول بأن قضية جذب الاستثمارات الأجنبية تعد وبحق قاطرة تطور القانون الدولي الخاص والتي تجره دائماً نحو التطور^(٧٦).

(٧٥) أ. أنور بدر منيف العنزي، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر "دراسة في قانون الاستثمار الكويتي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١م"، مرجع سابق، ص ٥.

(٧٦) د. أحمد صفوت، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه،

ولعل من أبرز هذه الآليات إبرام الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية، ومنها الاتفاقية التي أبرمتها سلطنة عمان مع جمهورية مصر العربية والتي تنص المادة الخامسة منها على أنه: "لا تخضع استثمارات مستثمري أي من الطرفين المتعاقدين للتأميم أو المصادرة، أو أية إجراءات أخرى ذات تأثير مماثل بشكل مباشر أو غير مباشر في إقليم الطرف المتعاقد الآخر، إلا إذا كان ذلك لأغراض المصلحة العامة على أساس غير تمييزي، وفي مقابل تعويض عادل، طبقاً للإجراءات القانونية وبدون تأخير لا مبرر له".

المطلب الخامس

مبدأ حظر فرض الحراسة على أموال المستثمر الأجنبي

تجدر الإشارة إلى أن الحراسة تنقسم إلى ثلاثة أنواع، أولها هي الحراسة الاتفاقية، وثانيها الحراسة القانونية، وثالثها الحراسة القضائية، ولما كانت الحراسة القضائية عبارة عن اجراء تحفظي مؤقت، لذلك فإنه لا تأثير لها في موضوع النزاع مطلقاً، كما لا يجوز للقاضي أن يمنح الحارس أية صلاحيات يكون من شأنها المساس بموضوع النزاع، ولا تعد دعوى الحراسة وسيلة من وسائل التنفيذ الجبري على المدين الممتنع عن الوفاء فلا تفرض على المال لمجرد الرغبة في وفاء الدين المستحق، وإنما هي إجراء تحفظي مستعجل من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة، بل ويمكن أن ترفع دعوى الحراسة كطلب مستعجل تبعاً لطلبات موضوعية أمام محكمة الموضوع ويقضي بها قبل الفصل في الموضوع دون تعد عليه أو تأثير فيه، ولا شك أن فرض الحراسة من أخطر المخاطر التي يمكن أن تتعرض لها أموال المستثمر الأجنبي.

أولاً- ماهية الحراسة والتمييز بينها وبين نزع الملكية:

١. ماهية الحراسة:

تهدف الحراسة في المقام الأول إلى توفير الحماية للأموال وإدارتها دون المساس بأصل الحق^(٧٧)، وعرفها جانب من الفقه بأنها: "وضع مال يقوم في شأنه نزاع أو يكون

كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٩م، ص ٣٦.

(٧٧) ولا شك أن الحراسة إما أن تكون اتفاقية أو قضائية أو إدارية، حيث أنها تكون اتفاقية إذا كانت بناء على اتفاق بين شخصين أو أكثر، وتكون الحراسة قضائية إذا صدر بها حكم قضائي الغرض منه المحافظة على حقوق الملكية وما ينشأ عنها من حقوق عينية ولا يحكم بها إلا عند الضرورة، وهي تكون قانونية حينما تفرض بنص القانون، وأخيراً تكون الحراسة إدارية وذلك حين تقوم السلطة الإدارية بفرضها، وهي التي تهمنا، حيث تقوم بها السلطة العامة في البلد المضيفة للاستثمار

الحق فيه غير ثابت، وتهده خطر عاجل، في يد أمين يتكفل بحفظه وإدارته ورده مع تقديم حساب عنه إلى أن يثبت له الحق فيه^(٧٨)، وعرفها جانب آخر من الفقه بأنها "إجراء وقي يترتب عليه غل يد المالك عن إدارة أمواله، وتعيين حارس ليتولى الإدارة إلى أن يتم تصفية المشروع أو إزالة فرض الحراسة"^(٧٩).

وفي هذا الصدد ينبغي التنويه إلى أن القرار الإداري الصادر بفرض الحراسة، لا يعد قراراً نهائياً، ومن هذا المنطلق يجوز الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن، كما أن الحراسة تفرض على كل من العقار والمنقول على حد سواء، ولا يكون صاحب المال الموضوع تحت الحراسة مستحقاً للحصول على التعويض، مقابل غل يده عن إدارة أمواله ووضعه تحت يد الحارس^(٨٠).

٢. التمييز بين فرض الحراسة ونزع الملكية:

يتفق نزع الملكية مع فرض الحراسة في كونهما من المخاطر غير التجارية (السياسية) التي قد تتعرض لها الاستثمارات الأجنبية، بيد أنهما يختلفان عن بعضهما من عدة وجوه ألا وهي:

أ. قرار نزع الملكية يرد على العقار فقط، في حين أن قرار فرض الحراسة يمكن أن يرد على العقار والمنقول على حد سواء مثله في ذلك مثل الاستيلاء.

٢. قرار نزع الملكية يتم في مقابل تعويض يحصل عليه المضرور من قرار نزع الملكية، في حين أن صاحب المال الموضوع تحت الحراسة لا يكون مستحقاً للحصول على التعويض، مقابل غل يده عن إدارة أمواله ووضعه تحت يد الحارس.

ثانياً - حظر فرض الحراسة على أموال المستثمر الأجنبي في القانون المصري:

يهدف تسيير مرفق عام إزاء إخلال الملتزم بإدارته وفقاً لوثيقة الالتزام فيما بينهما.^(٧٨) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. (العقود الواردة على العمل والمقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الأول، المجلد الأول، ط ١، بند ٣٩٤، ص ٧٨١.

^(٧٩) د. رمضان صديق محمد، الضمانات القانونية والحوافز الضريبية لتشجيع الاستثمار، دراسة مقارنة بين القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧م والقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩م على ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ١٥٩.

^(٨٠) د. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي (المعوقات والضمانات القانونية)، بدون ناشر، ٢٠٠٦، ص ١٤٧.

جدير بالذكر أن إصدار قانون خاص ينظم الاستثمار الأجنبي في أية دولة، ينهض دليلاً قاطعاً على وجود تحولات سياسية في هذه الدولة تجاه الاستثمار الأجنبي، وذلك من منطلق كونه أحد أبرز ملامح برنامج الإصلاح الاقتصادي لهذه الدولة، إذ يمثل هذا القانون تحولاً جوهرياً، ينقل تلك الاستثمارات من دائرة الشك والحذر إلى دائرة التشجيع والترحيب^(٨١).

ولقد تضمن الدستور المصري ما يفيد حظر فرض الحراسة على أموال المستثمر الأجنبي، وليس أدل على ذلك من أن المادة (٣٥) من الدستور المصري المعدل لعام ٢٠١٩م تنص على أن: "الملكية الخاصة مصنونة، وحق الإرث فيها مكفول، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون، وبحكم قضائي، ولا تتزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل يدفع مقدماً وفقاً للقانون"، كما تضمن قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧م نصاً صريحاً يقضي بعدم جواز فرض الحراسة على أموال المستثمر الأجنبي، ويؤكد ذلك نص المادة (٤) والتي تنص على أنه: "...ولا يجوز بالطريق الإداري فرض الحراسة على تلك المشروعات، ولا تفرض الحراسة عليها إلا بموجب حكم قضائي نهائي، كما لا يجوز التحفظ عليها إلا بموجب أمر أو حكم قضائي، ولا يكون ذلك كله إلا في الأحوال المبينة في القانون"، وبناءً عليه يكون المشرع قد غل يد الدولة المضيفة للاستثمار عن فرض الحراسة على أموال المستثمر الأجنبي، وبالتالي فإن أي قرار يصدر من الدولة في هذا الصدد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، ومن ثم يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، كما يجوز إبداء الدفع ببطلان قرار فرض الحراسة في أية مرحلة من مراحل الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض، ومن هذا المنطلق يجوز فقط وفقاً للقانون المصري فرض الحراسة بموجب حكم قضائي، ويشترط أن يكون هذا الحكم نهائياً^(٨٢).

ثالثاً- حظر فرض الحراسة على أموال المستثمر الأجنبي في القانون العماني:

وفيما يتعلق بموقف المشرع العماني، فقد خلا النظام الأساسي للدولة رقم ٦ لسنة ٢٠٢١م، وقانون الاستثمار العماني رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٩م من وجود نص يحظر بمقتضاه

(٨١) أ. أنور بدر منيف العنزي، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر "دراسة في قانون الاستثمار الكويتي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١م"، مرجع سابق، ص ١٠٨.

(٨٢) د. عبد الهادي مقبل، قانون ضمانات وحوافز الاستثمار، دار الشافعي للطباعة، المنصورة، ٢٠٠٢م، ص ٨٦.

المشروع العماني فرض الحراسة على أموال المستثمر الأجنبي، على الرغم من أن قانون الاستثمار العماني تضمن العديد من الضمانات والحوافز الكفيلة بجذب الاستثمارات الأجنبية.

ولذلك فإننا نناشد المشرع العماني أن يحذو حذو المشرع المصري في هذا الصدد، وينص بشكل صريح على عدم جواز فرض الحراسة على أموال المستثمر الأجنبي، وأن يجعل القضاء هو صاحب القول الفصل في هذا الشأن بحيث لا يجوز فرض الحراسة إلا بناء على حكم قضائي نهائي، لما لفرض الحراسة من أثر سلبي على جذب الاستثمارات الأجنبية.

رابعاً- حظر فرض الحراسة على أموال المستثمر الأجنبي في الاتفاقية الثنائية بين كل من مصر وعمان:

وفيما يتعلق بالاتفاقية الثنائية بين كل من جمهورية مصر العربية وسلطنة عمان، فلم تتضمن نصاً صريحاً يحظر فرض الحراسة على أموال المستثمر الأجنبي، وكل ما هنالك أن الاتفاقية تضمنت نصاً عاماً، يفهم منه ضمناً عدم جواز فرض الحراسة على أموال المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة للاستثمار، ويؤكد ذلك نص المادة الخامسة من الاتفاقية، والتي تنص على أنه: "لا تخضع استثمارات مستثمري أي من الطرفين المتعاقدين للتأميم أو المصادرة، أو أية إجراءات أخرى ذات تأثير مماثل بشكل مباشر أو غير مباشر في إقليم الطرف المتعاقد الآخر، إلا إذا كان ذلك لأغراض المصلحة العامة على أساس غير تمييزي، وفي مقابل تعويض عادل، طبقاً للإجراءات القانونية وبدون تأخير لا مبرر له". ونناشد كلا الدولتين أن تعيد النظر في صياغة هذه المادة، وتنص فيها بشكل صريح على عدم جواز فرض الحراسة على أموال المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة للاستثمار، لا أن يفهم هذا الحظر ضمناً من عبارات نص المادة كما هو الحال في نص المادة الخامسة من الاتفاقية، إذ بموجب هذا النص يكون المستثمر مطمئناً على استثماراته، بل ويشجعه هذا الأمر على ضخ المزيد من الاستثمارات، وهو ما يعود بالنفع عليه وعلى الدولة المضيفة للاستثمار، لاسيما وأن مقومات ومجالات وفرص الاستثمار متاحة في كلا البلدين.

المبحث الثاني

علاقة جريمة التهرب الضريبي بضمانات حماية ملكية المستثمر الأجنبي

نظراً للتطور الهائل الذي شهدته المجتمعات البشرية، لاسيما في مجال الاقتصاد، فقد أصبح النشاط الاقتصادي من أكثر النشاطات فعالية في حياة الإنسان، بحيث لا يمكن له أن يتغافل التطور الذي حدث فيه^(٨٣) الأمر الذي حدا بالدولة إلى ضرورة التدخل في الميدان الاقتصادي، وذلك بغية حمايته، ووضع الضمانات الكفيلة بتنفيذ الخطط التي تعتمدها من أجل تحقيق التنمية المستدامة، وتهدف من ورائها إلى تحقيق المزيد من الرفاهية لشعوبها سواء على المستوى الاجتماعي أو المستوى الاقتصادي^(٨٤).

ولا شك أن الحماية الجنائية للاستثمارات الأجنبية تلعب دوراً كبيراً في تشجيع الاستثمار في قطاعات الصناعة والتجارة، حيث أن الاستثمار له دور فاعل في زيادة التنمية الاقتصادية وتقليل نسب البطالة، ومن هذا المنطلق يمكن القول بأن تجريد الاستثمارات من الحماية الجنائية، من شأنه ضعف استقطاب المستثمرين، بل من شأنه عدم قدرة الدولة عن مواكبة التطور الهائل الذي يشهده العالم في الوقت الراهن، ومن ثم تتشب الكثير من النزاعات الداخلية، هذا بالإضافة للمشاكل التي يمكن أن تتشب بين الدول، هذا ويعد الحماية الجنائية أحد أنواع الحماية القانونية وأهمها وأخطرها تأثيراً على حياة الإنسان وحياته^(٨٥)، ومن هذا المنطلق كان لا بد من دخول القانون الجنائي معترك الحياة الاقتصادية، كوسيلة للحد من سلبات هذا النشاط، لاسيما وأن الاعتقاد الذي كان سائد هو ضعف الحماية التي توفرها فروع القانون الأخرى كالقانون المدني، وبالتالي فإن القانون الجنائي يبقى وحده هو القادر على معالجة هذا النوع من الجرائم، وذلك بفضل عقوباته الرادعة^(٨٦).

وجدير بالذكر أن التهرب الضريبي يعد من أهم الظواهر الشائعة في معظم دول العالم في مختلف العصور، سواء كانت الدولة من الدول النامية أم المتقدمة، وإن كانت نسبته أقل في الدول المتقدمة بالمقارنة مع الدول النامية، ويرجع ذلك بطبيعة الحال إلى تمتع

(٨٣) د. مصطفى العوجي، المسؤولية الجنائية في المؤسسة الاقتصادية، مؤسسة نوفل، بيروت، ط ١، ١٩٨٢م، ص ٤٩.

(٨٤) د. صخر عبد الله الجندي، جريمة التهرب الجمركي في الفقه والقضاء، بدون ناشر، ٢٠٠٢م، ط ١، ص ٥.

(٨٥) د. أحمد عبد اللاه المراغي، الحماية الجنائية للاستثمارات الأجنبية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط ١، القاهرة، ص ١٩٦.

(٨٦) د. محمد داوود يعقوب، المسؤولية في القانون الجنائي الاقتصادي، الأوائل للنشر، ٢٠٠١م، ط ١، ص ١.

مواطني الدول المتقدمة بدرجة كبيرة من الوعي الضريبي وذلك مقارنة بمواطني الدول النامية، ولذلك يمكن القول بأن التهرب الضريبي يعد أحد حقائق الحياة الاقتصادية المعاصرة، بل ويعتبر من الجرائم الاقتصادية نظراً لما يحدثه من أضرار بالاقتصاد الوطني، ناهيك عما يحدثه من إخلال بمبدأ المساواة والعدالة بين المكلفين بأداء الضريبة^(٨٧).

ومما لا شك فيه أن المشكلة الحقيقية في جريمة التهرب الضريبي، تكمن في كونها من أبرز الجرائم التي تعاني منها دول العالم الثالث، ولقد ساعد على ذلك تلك النظرة السائدة في تلك المجتمعات لمن يتهرب من أداء الضريبة المستحقة عليه، إذ ينظر إليه على أنه غير مجرم، بل يوصف بأنه شخص مميز وناجح في عمله، بيد أنه في حقيقة الأمر يعد وبحق من أخطر المجرمين على المجتمع مقارنة مع غيره من المجرمين^(٨٨)، هذا وتمتاز جريمة التهرب الضريبي بأنها جريمة جنائية ذات طبيعة خاصة^(٨٩)، ويؤكد ذلك أنها ليست جريمة جنائية عادية كجريمة السرقة والاختلاس هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنها لا تعد جريمة إدارية كباقي المخالفات الإدارية التي تقع من قبل موظفي الإدارة، ومن هذا المنطلق لا تحكمها القواعد الجنائية العامة بشكل كامل، وفي الوقت ذاته لا تعد مخالفات وجرائم ضريبية بحتة، وفضلاً عما تقدم تتميز جريمة التهرب الضريبي بخضوعها لقواعد خاصة تختلف عن بقية القواعد التي تخضع لها الجرائم الأخرى، وليس أدل على ذلك من وجود قاعدة المساواة في غالبية الجرائم الضريبية بين العمد والإهمال، ناهيك عن تقرير المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية، حيث يحكم الجريمة الضريبية قواعد خاصة تميزها عن غيرها من الجرائم الأخرى^(٩٠)، حيث إن المصدر الرئيسي للجريمة الضريبية هو قانون الضريبة الخاص بتلك الجريمة، على أن يتم الرجوع للقواعد العامة في قانون العقوبات فيما لم يرد فيه نص خاص، كما أن للقاضي

(٨٧) د. يسري مهدي حسن السامرائي، م.م. زهرة خضير عباس العبيدي، تحليل ظاهرة التهرب الضريبي ووسائل معالجته في النظام الضريبي العراقي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الاقتصادية والإدارية، المجلد ٤، العدد ٩٩، ٢٠١٢م، ص ١٣١.

(٨٨) أ. محمد حسين قاسم حسين، الجريمة الضريبية والقضاء المختص وفقاً لأحكام قانون ضريبة الدخل الأردني رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٤م، قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في المنازعات الضريبية بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، ٢٠٠٤م، ص ٤.

(٨٩) د. عبد الحميد الشواربي، موسوعة الضرائب، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧م، ص ٧٤٣.

(٩٠) د. أحمد فتحي سرور، قانون العقوبات الخاص في الجرائم الضريبية والنقدية، ط ١، مصر، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٦٠م، ص ٤٨.

أن يحكم من تلقاء نفسه بالجزاء الضريبي دون أن يتوقف ذلك على تقديم طلب من أية جهة لتعلقه بالنظام العام .

ومما لا شك فيه أن هناك علاقة بين جريمة التهرب الضريبي و ضمانات حماية ملكية المستثمر الأجنبي، لا يمكن لأحد إنكارها، إذ أنه قد يترتب على جريمة التهرب الضريبي إمكانية الحجز على أموال المستثمر، وذلك بغرض تحصيل مبلغ الضريبة لصالح الخزنة العامة للدولة المضيفة للاستثمار، ومن ثم كان لابد من بيان جريمة التهرب الضريبي وآثارها على ضمانات حماية ملكية المستثمر الأجنبي.

وفي ضوء ما تقدم سنتناول هذا المبحث من خلال خمسة مطالب، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية التهرب الضريبي وطرقه.

المطلب الثاني: أركان جريمة التهرب الضريبي.

المطلب الثالث: العقوبة المقررة لجريمة التهرب الضريبي.

المطلب الرابع: التصالح في الجرائم الضريبية وقيود تحريك الدعوى الجنائية فيها.

المطلب الخامس: الآثار السلبية لجريمة التهرب الضريبي.

المطلب الأول

ماهية التهرب الضريبي وطرقه

أولاً- ماهية التهرب الضريبي:

مما لا شك فيه أن الضريبة تعد وبحق من أهم المصادر التي تمول الخزينة العامة للدولة، ومن هذا المنطلق فإن للتهرب الضريبي انعكاسات سلبية على الاقتصاد الوطني، وبالتالي لابد من تحديد ماهية التهرب الضريبي، هذا ولم يظهر التهرب الضريبي كمصطلح إلا في العصر الحديث، ويعد الفقيه الإيطالي (Bintluony) هو أول من استخدم هذا المصطلح، وكان ذلك في عام ١٨٧٧م، بيد أن هذا الأمر لا ينفي وجود هذه الجريمة منذ أن عرفت المجتمعات الإنسانية الضريبة^(٩١).

ولقد ذهب جانب من الفقه إلى تعريف جريمة التهرب الضريبي بأنها: "التخلص بإحدى الوسائل المختلفة من الالتزام بدفع الضريبة وهو عادة يقسم إلى تهرب مشروع، وآخر

(٩١) د. أحمد ماهر عز، التشريع الضريبي المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، الكتاب الأول، ١٩٨٥م، ص ٤٣٠.

غير مشروع^(٩٢)، كما نحي جانب من الفقه بتعريفها بأنها: "كل عمل أو امتناع يترتب عليه الإخلال بمصلحة ضريبية يقرر القانون على ارتكابه عقاباً"^(٩٣)، في حين عرفها البعض بأنها: "جرائم تتضمن اعتداء على مصلحة الخزنة الضريبية"^(٩٤)، وعرفها البعض الآخر بأنها: "ذلك السلوك الذي من خلاله يحاول المكلف القانوني عدم دفع الضريبة المستحقة عليه، كلياً أو جزئياً، دون أن ينقل عبئها إلى شخص آخر، ولتحقيق التهرب الضريبي يتخذ المكلف القانوني عدة طرق وأساليب قد تكون مشروعة أو غير مشروعة"^(٩٥)، وعرفها البعض بأنها: "عدم قيام المكلف بدفع الضريبة أو الوفاء بالتزامه كلياً أو جزئياً تجاه الدوائر المالية، مما يؤثر في حصيلة الدولة من الضريبة، وذلك باستخدام طرق ووسائل مشروعة وغير مشروعة، ذلك لأن أي تعريف لا يمكن أن يشمل أساليب التهرب كافة"^(٩٦).

هذا وينقسم التهرب الضريبي إلى نوعين، أولهما يستخدم فيه المكلف بالضريبة طرقاً مشروعة بحيث لا يكون هناك خرقاً لقواعد القانون، وهذا هو ما يطلق عليه اسم التجنب الضريبي، وثانيهما يستخدم فيه المكلف بالضريبة طرقاً غير مشروعة، وهو ما يسمى بالغش الضريبي.

ويقصد بالتجنب الضريبي التخلص من عبء الضريبة كلياً أو جزئياً دون مخالفة أو انتهاك لأحكام القانون، بل إن المكلف بالضريبة يستخدم حقوقه الدستورية، وذلك من منطلق أن حريته في القيام بأي تصرف من عدمه تكون مكفولة دستورياً^(٩٧)، هذا بالإضافة إلى استغلال الثغرات القانونية التي ينطوي عليها التشريع الضريبي، وهذا يعني أن التجنب الضريبي يحدث بدون الخروج على النظام الضريبي، وإنما من خلال الإفادة من قصور هذا النظام، وذلك على المستويين الداخلي والخارجي.

(٩٢) د. عبد المنعم فوزي، المالية العامة والسياسة المالية، دون طبعة، دار النهضة العربية، لبنان، دون سنة نشر، ص ٢٢٣.

(٩٣) د. أحمد فتحي سرور، قانون العقوبات الخاص في الجرائم الضريبية والنقدية، مرجع سابق، ص ٥.

(٩٤) د. محمد مصباح القاضي، جرائم الممول المضرة بالخزنة العامة، القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م، ص ٥.

(٩٥) د. ناصر مراد، فعالية النظام الضريبي بين النظرية والتطبيق، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، البلدة، ٢٠١١م، ص ١٥١.

(٩٦) د. خالد الخطيب، التهرب الضريبي، مجلة جامعة دمشق، العدد ٢، المجلد ١٦، ٢٠٠٠م، ص ١٥٩-١٦٠.

(٩٧) د. سوزي عدلي ناشد، ظاهرة التهرب الضريبي الدولي وآثارها على اقتصاديات الدول النامية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٠م، ص ٢٩.

هذا ويتم تجنب الضريبة داخلياً بعدة أساليب، منها أن يقوم الممول بتوظيف ثروته في سندات قرض تكون الدولة قد أصدرتها وأعفتها من الضريبة بغية تشجيع الاكتتاب فيه، إذا في هذه الحالة لا يلتزم الممول بدفع أية ضرائب على دخله نظراً لأنه يكون معفياً من أداء الضريبة بنص القانون، وفيما يتعلق بالتجنب الضريبي خارجياً، فيساعد على تحقيقه عدة عوامل لعل أهمها الطابع الإقليمي للضريبي^(٩٨)، ناهيك عن اختلاف النظم الضريبية بين الدول، ومن أبرز الأمثلة على ذلك، تلك الشركات التي تجعل مركزها الرئيسي في دولة تفرض ضرائب منخفضة على أرباح الشركات بهدف التهرب من أداء الضريبة.

أما الغش الضريبي فيقصد به عدم احترام وانتهاك لروح القانون وإرادة المشرع، باستخدام طرق احتيالية من جانب المكلف، وذلك بقصد التخلص من عبء الضريبة^(٩٩)، وهذا يعني أن التهرب الضريبي أو الغش الضريبي يتضمن مخالفة مباشرة ومقصودة للقانون الضريبي، ومن هذا المنطلق لا يتعدى الغش الضريبي الحدود الوطنية للدولة، وبناءً عليه فإنه يخضع للسيادة الضريبية والإدارية للدولة^(١٠٠).

ثانياً- طرق التهرب الضريبي:

جدير بالذكر أن طرق التهرب الضريبي عديدة ومتنوعة، ولا يمكن حصرها بأي حال من الأحوال، ومع ذلك سنعرض لبعض من هذه الطرق، حيث يعد التلاعب المحاسبي، والتلاعب المادي، والتلاعب القانوني أبرز هذه الطرق، وهو ما سنوضحه فيما يلي:

١. التلاعب المحاسبي:

إن ممارسة المستثمر للتلاعب المحاسبي يتم من خلال تضخيم الأعباء والنفقات أو عن طريق تخفيض الإيرادات أو بهما معاً، ويستطيع المستثمر تضخيم الأعباء والنفقات

(٩٨) ويقصد بمبدأ إقليمية الضريبة أن يطبق القانون الضريبي داخل إقليم الدولة ولا يتعداه إلى أقاليم الدول الأخرى، ومن ثم يخضع للضريبة كل شخص طبيعي أو معنوي داخل الدولة باعتبارها صاحبة السيادة على أراضيها، ويرجع ذلك بطبيعة الحال إلى أن القانون الضريبي شأنه شأن أي قانون تصدره الدولة، الأصل فيه أن يتم تطبيقه مكانياً، لأنه يعتبر مظهراً من مظاهر سيادة الدولة على إقليمها، والقول بخلاف يترتب عليه تجاوز هذا القانون حدود الدولة التي صدر فيها، وبالتالي ينجم عنه انتهاك سيادة دولة أخرى، وعليه فإن فرض الضريبة على مال يقع في إقليم دولة أخرى، يعني المساس بسيادة تلك الدولة، وهو ما لا يجوز.

(٩٩) د. فوزي عطوي، المالية العامة (النظم الضريبية وموازنة الدولة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٣م، ط ١، ص ٢٧٤.

(١٠٠) د. يسري مهدي حسن السامرائي، م.م. زهرة خضير عباس العبيدي، تحليل ظاهرة التهرب الضريبي ووسائل معالجته في النظام الضريبي العراقي، مرجع سابق، ص ١٣٢.

بعدة وسائل، ومنها إضافة مستخدمين وهميين ووظائف وهمية، أو من خلال وجود بعض التكاليف غير المبررة، وفيما يتعلق بتخفيض الإيرادات فيتم من خلال تصريح المستثمر بوجود أرباح أقل بكثير من الأرباح الفعلية.

٢. التلاعب المادي:

يقصد بالتلاعب المادي قيام المتهرب من أداء دين الضريبة بإخفاء بعض مظاهر نشاطه عن الإدارة الضريبية كما لو قام المكلف بإخفاء مصدر دخل أو نشاط يباشره عن الإدارة الضريبية، سواء أكان هذا الإخفاء كلياً أم جزئياً، وكل ما هنالك أن الإخفاء الجزئي من شأنه التقليل من عبء الضريبة، حيث يفصح المكلف عن قيمة أقل من القيمة الحقيقية للوعاء الخاضع للضريبة، ومثال ذلك: أن يفصح المكلف عن دخله على نحو أقل من دخله الحقيقي، وكذلك إخفاء المكلف لجزء من البضائع المستوردة بهدف التهرب من الرسوم الجمركية في حين أن الإخفاء الكلي من شأنه التملص من الضريبة كلية، ومثال ذلك: أن يمارس المكلف أنشطة تكون غير خاضعة للضريبة نتيجة عدم تصريح الممول بها من جهة، ونقص الرقابة من جهة أخرى.

٣. التلاعب القانوني:

جدير بالذكر أن هذا النوع من التلاعب يتم من خلال التلاعب بالنصوص القانونية، ويتمثل هذا التلاعب في وجود حالة قانونية مخالفة للحقيقة تجعل الممول معفياً من الضريبة، أو تجعله خاضعاً لضريبة أقل مما يجب عليه دفعه. وهذا يعني استغلال الثغرات القانونية بغرض عدم مطابقة شروط الضريبة مع المكلف، ومن ثم يكون غير ملتزم بدفعها^(١٠١)، ومن هذا المنطلق يتمكن الشخص من التخلص من التزامه بدفع الضريبة، دون أن يضع نفسه في مركز المخالف للقانون، وذلك من خلال تجنب الواقعة المنشئة للضريبة، ويرى جانب من الفقه^(١٠٢) أنه من الأفضل تسمية هذا النوع من التهرب باسم "التجنب الضريبي" وليس "التهرب المشروع"، ويرجع ذلك من وجهة نظرهم إلى أن تسميته بالتهرب المشروع تعد تسمية غير موفقة؛ نظراً لوجود تناقض بين التهرب والمشروعية.

(١٠١) أ. زينة يونس حسين، مدى فاعلية النصوص الجزائية في مكافحة جريمة التهرب الضريبي، دراسة مقارنة، المجلة القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، فرع الخرطوم، ص ١٧٥.

(١٠٢) د. عبد الله الصعدي، مبادئ علم المالية العامة، النفقات العامة - الإيرادات العامة - الميزانية العامة للدولة - مع الإشارة إلى قواعد إعداد الميزانية العامة لدولة الإمارات العربية المتحدة وتطورها، ط ١، مكتبة الإسكندرية، ٢٠٠٠م، ص ٢١٠.

المطلب الثاني أركان جريمة التهرب الضريبي

أولاً- الركن المادي:

يقصد بالركن المادي للجريمة بصفة عامة النشاط الذي يصدر عن الجاني متخذاً مظهراً خارجياً، يتدخل من أجله القانون مقررّاً العقاب، ولا شك أن هذا الركن يختلف من جريمة إلى أخرى، لذا فإن الركن المادي لأي جريمة يتمثل في سلوك إجرامي ونتيجة إجرامية وعلاقة سببية تربط ما بين السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية، وفي جميع الأحوال يشترط أن يكون له مظهر خارجي له صور متباعدة، وبناءً عليه قد يكون هذا المظهر عملاً مادياً أو قولاً أو كتابة تنشر أو رسماً يعرض، وهذا النشاط الجنائي قد يبلغ غايته، فيحقق الجاني النتيجة التي يصفها القانون بأنها جريمة تامة بالطريق الإيجابي أو السلبي^(١٠٣).

ومن هذا المنطلق فإن الركن المادي للجريمة يتمثل في السلوك الذي يباشره مرتكب الجريمة، وهذا السلوك قد يكون سلوكاً ايجابياً أو سلوكاً سلبياً أي امتناع عن مباشرة عمل ما، والركن المادي هو الذي يظهر ماديّات الجريمة، إذ إنه لا جريمة في مجرد الاعتقاد الجرمي^(١٠٤).

هذا ولم يضع المشرع المصري تعريفاً للركن المادي لجريمة التهرب الضريبي، وكل ما هنالك أن المادة (١٣٣) من القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥م أشارت فقط للوسائل الاحتمالية التي يمكن أن يتبعها الممول دون تعريفها. ويتكون الركن المادي لجريمة التهرب الضريبي من عنصرين، أولهما استعمال طرق احتيالية، وثانيهما التهرب من أداء الضريبة.

العنصر الأول- السلوك (استعمال الطرق الاحتمالية):

يتكون السلوك الإجرامي لجريمة التهرب الضريبي من مخالفة المكلف للالتزامات الضريبية المفروضة عليه بموجب القانون، الأمر الذي يعد وبحق اعتداءً مباشراً على الخزنة العامة، ويتحقق ذلك من خلال السلوك الذي ينتهجه، كما لو قام بتقديم دفاتر وفواتير صورية إلى الإدارة الضريبية المختصة أو أدلى ببيانات غير سليمة، أو قام بإخفاء

(١٠٣) د. نجيب محمود حسني، جرائم الامتياز والمسؤولية الجنائية عن الامتياز، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦م، ص ٢ وما بعدها، د. السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، بدون ناشر، ١٩٦٢، ط ١، ص ٣.

(١٠٤) د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات (القسم العام)، بيروت، الدار الجامعية، ١٩٩٣م، ص ٧١.

بضائع على نحو يجعله ملتزماً بدفع ضريبة أقل بكثير مما هو مستحق عليه، ويطلق على هذا النوع من الجرائم اسم الجرائم الإيجابية، والتي تتم عن طريق فعل إيجابي يباشره الجاني ويشكل اعتداء على مصلحة الضرائب والخزانة العامة في الدولة. أما الجرائم السلبية (جرائم الامتناع)، فيقصد بها أن يتمتع المكلف عن أداء الضريبة الملتزم بها قانوناً، ومن أمثلتها عدم تقديم الإقرار في الموعد المحدد، وكذلك عدم تمكين الموظف المختص من فحص الدفاتر، ولا شك أنه لا يمكن الجزم بقيام الجريمة، إلا إذا تحقق الامتناع السلبي بالكامل^(١٠٥).

وبناءً عليه يمكن القول بأن السلوك الإجرامي قد يكون إيجابياً يتمثل في مباشرة الجاني لفعل إيجابي، وقد يكون سلبياً يتمثل في الامتناع عن مباشرة التزام يوجبه عليه القانون، ومن هذا المنطلق لا يقوم الركن المادي لجريمة التهرب الضريبي، إلا إذا استعمل الممول طرقاً احتيالية نال من ورائها التخلص من الضريبة الواجبة عليه كلياً أو جزئياً، ويتم ذلك من خلال إخفاء أموال خاضعة للضريبة؛ لأنه من غير المتصور أن يرتكب الشخص جريمة ما دون أن يباشر سلوكاً إجرامياً، وهذا السلوك كما ذكرنا آنفاً، قد يكون سلوكاً إيجابياً، وقد يكون سلوكاً سلبياً.

العنصر الثاني - النتيجة (التهرب من أداء الضريبة):

يقصد بالنتيجة الإجرامية الأثر الذي يحدثه الجاني جرّاء قيامه بالسلوك المحظور عليه قانوناً، ويرى جانب من الفقه أن المقصود بالنتيجة الإجرامية: "كل تغيير يحدث على أرض الواقع كأثر مترتب على السلوك الإجرامي"^(١٠٦) في حين يرى جانب من الفقه^(١٠٧) أن النتيجة الإجرامية تنقسم إلى قسمين، أولهما مادية: من شأنها أن تحدث تغييراً على أرض الواقع، كما لو ترتب على السلوك الإجرامي للممول زيادة في ماله نتيجة تهريبه من أداء الضريبة المستحقة عليه، وكذلك الحال في حالة ما إذا قام الممول بتزوير بعض المستندات التي تجعله ملتزماً بدفع ضريبة أقل بكثير عن المبلغ المستحق عليه، وثانيهما قانونية: تتمثل في اعتباره مجرمًا، ومن ثم يكون مستحقاً للعقاب وفق نصوص القانون .

(١٠٥) د. أحمد فتحي سرور، قانون العقوبات الخاص في الجرائم الضريبية والنقدية، مرجع سابق، ص ١١١.

(١٠٦) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ٣، ص ٣٨١.

(١٠٧) د. أحمد فتحي سرور، قانون العقوبات الخاص في الجرائم الضريبية والنقدية، مرجع سابق، ص ١١٨.

ويرى البعض^(١٠٨) أنه لا أهمية لهذا التقسيم لأن الجريمة تنشأ بتحقيق نيتها، يستوي في هذا الصدد أن تكون مادية أو قانونية، بل يرون أن هذا التقسيم وإن كانت له أهمية من الناحية النظرية، إلا أنه ليست له أية أهمية تذكر من الناحية العملية؛ لأن المتهم يرتكب جريمة ضربية في كلتا الحالتين.

وجدير بالذكر أنه لا يكفي لقيام جريمة التهرب الضريبي مجرد استعمال الممول للطرق الاحتيالية، بل يشترط فضلاً عن ذلك التهرب من أداء الضريبة، ومن هذا المنطلق لا يقوم الركن المادي إلا بتحقيق عنصره معاً.

العنصر الثالث - علاقة السببية بين السلوك والنتيجة:

يقصد بعلاقة السببية تلك الرابطة ما بين السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية التي تحققت منه، إذ من غير المتصور أن تكون هناك نتيجة إجرامية بدون توفر علاقة السببية ما بين سلوك الجاني والنتيجة الإجرامية^(١٠٩)، ولما كان المبلغ الذي يلتزم الممول بأدائه يتحدد من خلال ربط الضريبة، فإن التخلص من أداء الضريبة يتحقق إذا ما أفلحت الطرق الاحتيالية في إدخال العش على الإدارة الضريبية، ومن هذا المنطلق يشترط لقيام الركن المادي لجريمة التهرب الضريبي، أن يتم التخلص من الضريبة بناء على الطرق الاحتيالية التي باشرها الممول (الجاني)، أي لابد من توفر علاقة السببية ما بين السلوك والنتيجة الإجرامية.

ثانياً - الركن المعنوي:

يقوم الركن المعنوي لجريمة التهرب الضريبي على ضرورة توفر القصد الجنائي العام، والمتمثل في علم الجاني بارتكابه فعلاً من أفعال الاحتيال، هذا بالإضافة إلى ضرورة توفر القصد الجنائي الخاص، والمتمثل في اتجاه نية الجاني إلى تحقيق النتيجة الإجرامية، وهي التهرب من أداء الضريبة، وهو ما يستتبع حرمان الإدارة الضريبية من الحصول على الضريبة المستحقة قانوناً على الممول، وبناءً عليه فإن مجرد الإهمال دون توفر سوء القصد لا تقوم به جريمة التهرب الضريبي. وذهب جانب من الفقه^(١١٠) إلى أن الركن المعنوي في جريمة التهرب من أداء الضريبة وهي جريمة عمدية تتطلب قصداً عاماً يعلم الجاني بهذا التحايل الذي يؤدي إلى التخلص من أداء الضريبة، وقصداً خاصاً تتجه فيه نية الجاني إلى التخلص من أداء الضريبة كلها أو بعضها.

(١٠٨) أ. محمد حسين قاسم حسين، الجريمة الضريبية والقضاء المختص وفقاً لأحكام قانون ضريبة الدخل الأردني رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٤م، مرجع سابق، ص ٤.

(١٠٩) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، مرجع سابق، ص ٣٩٠.

(١١٠) المستشار/ حسن عكوش، جرائم الأموال العامة، بدون ناشر، ١٩٧٠م، ط ١، ص ٤.

المطلب الثالث

العقوبة المقررة لجريمة التهرب الضريبي

أولاً- العقوبة المقررة لجريمة التهرب الضريبي في القانون المصري:

وفقاً لنص المادة (١٣٣) من القانون المصري رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥م، منح المشرع سلطة تقديرية في تطبيق العقوبة المناسبة التي تتواءم مع حجم المخالفة، حيث قرر المشرع معاقبة كل ممول يتهرب من أداء الضريبة المستحقة عليه، بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تجاوز خمس سنوات، وبغرامة تعادل مثل الضريبة التي يتهرب من أدائها، أو بإحدى هاتين العقوبتين، ولقد اعد المشرع الممول متهرباً من أداء الضريبة إذا ما قام بأي من الأفعال الآتية:

- ١ . قام بتقديم الإقرار الضريبي السنوي استناداً إلى دفاتر أو سجلات أو حسابات أو مستندات مصطنعة مع علمه بذلك أو قام بتضمينه ببيانات تخالف ما هو ثابت بالدفاتر أو السجلات أو الحسابات أو المستندات التي أخفاها.
 - ٢ . قام بتقديم الإقرار الضريبي السنوي، على أساس عدم وجود دفاتر أو سجلات أو حسابات أو مستندات مع تضمينه بيانات تخالف ما هو ثابت لديه من دفاتر أو سجلات أو حسابات أو مستندات قام بإخفائها.
 - ٣ . قام بإتلاف السجلات أو المستندات ذات الصلة بالضريبة عن عمد قبل انقضاء الأجل المحدد لتقادم الدين المستحق للضريبة.
 - ٤ . قام باصطناع أو تغيير فواتير الشراء أو البيع أو غيرها من المستندات، بغرض إيهام مصلحة الضرائب بقلة أرباحه أو زيادة خسائره.
 - ٥ . قام بإخفاء نشاط معين يمارسه أو جزء منه يكون خاضعاً للضريبة.
- وعد المشرع العود لارتكاب ذات الفعل ظرفاً مشدداً للعقاب، ومن هذا المنطلق قرر المشرع أنه في حالة العود يحكم بالحبس والغرامة معاً، بل واعتبر المشرع جريمة التهرب من أداء الضريبة في جميع الأحوال جريمة مخرطة بالشرف والأمانة.
- وفي هذا الصدد فإننا نناشد المشرع المصري أن ينص وبشكل صريح على عدم تطبيق أي عقوبات سالبة للحريات على المستثمرين في أي نشاط اقتصادي وأن تقتصر العقوبات على الغرامات فقط على أن يقوم بتعديل قيمة الغرامة على نحو يتواءم مع حجم الجرم المرتكب، وحتى إن أضطر المشرع لفرض العقوبات السالبة للحرية، فيجب أن يكون ذلك في أضيق نطاق وفي حالات محددة، لما للعقوبات السالبة للحرية من أثر سلبي على جذب الاستثمارات الأجنبية.

ثانياً- العقوبة المقررة لجريمة التهرب الضريبي في القانون العماني:

وفقاً لنص المادة (١٨٤) من قانون ضريبة الدخل العماني، قرر المشرع العماني أنه مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون الجزاء العماني أو أي قانون آخر، فإن الممول يعاقب بعقوبة السجن لمدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تتجاوز (٢٠٠٠) ألفي ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين، إذا ما ارتكب أي من الأفعال الآتية:

١- الامتناع عمداً عن تقديم الإقرار الواجب تقديمه بالتطبيق لأحكام هذا القانون عن أية سنة ضريبية.

وإذ المشرع العود ظرفاً مشدداً للعقاب، حيث قرر أنه في حالة التكرار خلال خمس سنوات يكون الحد الأقصى للعقوبة السجن لمدة لا تزيد على سنة واحدة.

٢- الامتناع عمداً عن تنفيذ أي من الالتزامات الآتية:

أ- تقديم المستندات أو البيانات أو الحسابات أو السجلات أو القوائم بالتطبيق لحكم المادة (٢٢) من هذا القانون.

ب- الاحتفاظ بالسجلات والدفاتر المحاسبية والمستندات المثبتة لما جاء بها للمدة المحددة في المادة (١٥) من هذا القانون.

ج- تقديم البيانات الصحيحة المتعلقة بالالتزام الضريبي للمؤسسة أو الشركة العمانية أو المنشأة المستقرة.

٣- القيام بأي تصرف أو عمل من شأنه منع الأمانة العامة من ممارسة الاختصاصات المقررة لها بموجب هذا القانون.

٤- تخلف مالك المؤسسة أو المنشأة المستقرة عن تعيين عامل مسؤول للمؤسسة أو المنشأة المستقرة وفقاً للمادة (٩) من هذا القانون.

٥- الامتناع عمداً عن الحضور بناء على طلب الأمانة العامة بالتطبيق لحكم المادة (٢٤) من هذا القانون.

٦- تعمد الحصول على إعفاء من الضريبة بدون وجه حق، أو على نحو مخالف للقانون. وفقاً لنص المادة (١٨٥) فإنه مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون الجزاء العماني أو أي قانون آخر يعاقب بالسجن لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تتجاوز (٥٠٠٠) خمسة آلاف ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين في الحالات الآتية:

١- امتناع العامل المسؤول عمداً عن تقديم الإقرار بالدخل الحقيقي الخاضع للضريبة للمؤسسة أو الشركة العمانية أو المنشأة المستقرة.

٢- القيام عمدا بتحريض أو مساعدة الخاضع للضريبة على تقديم إقرارات أو حسابات أو سجلات أو قوائم للأصول أو الخصوم أو غيرها من المستندات المتعلقة بالالتزام الضريبي للخاضع للضريبة تكون غير صحيحة.

٣- تعمد إتلاف أو إخفاء أو التلصص من أية مستندات أو سجلات أو حسابات أو قوائم تطالب الأمانة العامة بتقديمها بالتطبيق لأحكام هذا القانون، إذا تم الإتلاف أو الإخفاء أو التلصص منها خلال سنتين من تاريخ تسلم الإخطار من الأمانة العامة.

المطلب الرابع

القيود الواردة على حق النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية والتصالح في الجرائم الضريبية

أولاً- القيود الواردة على حق النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية:

لقد أورد كل من المشرع المصري والعماني مجموعة من القيود ترد على حق جهة الادعاء العام في حال تحريك الدعوى الجنائية الناشئة عن جريمة التهرب الضريبي، وكذلك في حال اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق في أي من هذه الجرائم، وهو ما سنوضحه فيما يلي:

١. القيود الواردة على حق النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية في القانون المصري:

وفقاً لنص المادة (١٣٧) من قانون الضريبة على الدخل المصري، لا يجوز رفع الدعوى الجنائية عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون أو اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق إلا بناءً على طلب كتابي من الوزير. ومفاد هذا النص أن النيابة العامة بحسب الأصل هي صاحبة الاختصاص في تحريك الدعوى الجنائية أو اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق، بينما والاستثناء هو أن المشرع المصري قيد حرية النيابة العامة في ممارسة تلك الاختصاصات، بضرورة الحصول على طلب كتابي من وزير المالية. وتكمن الحكمة من ذلك في أن المشرع قدر أن مصلحة الضرائب أقدر من غيرها على فهم كافة الظروف والملابسات ووازن الاعتبارات المختلفة في الموضوع، فهي التي تستطيع الموازنة بين المصلحة التي تعود على الدولة من إقرار حقها في العقاب، والمصلحة في عدم تحقق ذلك^(١١)، وبناءً عليه فإن مصلحة الضرائب -التابعة لوزير المالية- هي التي تقدر ما إذا كان من صالح الخزنة تقديم الممول المخالف إلي المحاكمة

(١١) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الكتاب الأول، ٢٠١٤م، ص ٧.

الجنائية، بما يترتب علي هذا من تعطيل لنشاطه المنشئ للواقعة الضريبية، أم أن الأفضل التغاضي عما وقع منه رعاية لذلك الممول وهذا وفقاً لكل حالة علي حده^(١١٢).

ولما كان المشرع قد جعل تحريك الدعوى الجنائية، أو اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق، مرهوناً بإرادة وزير المالية (مصلحة الضرائب)، فيكون من المنطقي أن يمنح وزير المالية -ممثلاً في مصلحة الضرائب التابعة له- الحق في التنازل عن طلب تحريك هذه الدعوى متى وجد مبرراً لذلك، ومن هذا المنطلق لوزير المالية الحق في التنازل عن الطلب في أي دور من أدوار الدعوى وفي أي وقت إلي أن يصدر في الدعوى حكم نهائي، فيجوز ذلك حتي ولو أمام محكمة النقض، إلا أنه إذا صدر حكم بالإدانة نهائياً وأصبح باتاً، تصبح العقوبة واجبة التنفيذ ولا أثر للتنازل علي الحكم البات^(١١٣)، وإذا كانت الدعوى في مرحلة التحقيق الابتدائي يصدر المحقق قراراً بالألا وجه لإقامتها لانقضائها بالتنازل؛ نظراً لتعلقه بالنظام العام^(١١٤).

٢. القيود الواردة علي حق النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية في القانون العماني:

لقد اشترط المشرع العماني ضرورة الحصول على موافقة الوزير قبل رفع الدعوى العمومية، وألزم الأمانة العامة بأن تقوم بالتنسيق مع الادعاء العام عند إقامة الدعوى العمومية الناشئة عن أي من الجرائم المنصوص عليها في القانون والمتعلقة بالتهرب الضريبي.

وهذا المعنى هو ما أكدته المادة (١٨٦) من قانون ضريبة الدخل العماني والتي تنص على أنه: "لا يجوز رفع الدعوى العمومية عن الجرائم المنصوص عليها في القانون إلا بعد موافقة الوزير، وعلى الأمانة العامة التنسيق مع الادعاء العام عند إقامة الدعوى العمومية الناشئة عن هذه الجرائم".

ثانياً- التصالح في الجرائم الضريبية وأثره على الدعوى الجنائية:

غني عن البيان أن التصالح في جرائم الاستثمار يعد وبحق أحد بدائل السياسة العقابية في عصرنا الحالي^(١١٥)، ويهدف التصالح في المقام الأول إلى توفير ما يلزم من أموال

(١١٢) د. حسن صادق المرصفاوي، التجريم في تشريعات الضرائب، ١٩٦٣م، ط١، ص ١.

(١١٣) د. محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية، الجزء الأول، ص ٢٠٥، د. ابراهيم المنجي، جرائم التهرب الضريبي، مرجع سابق، ص ٩٢.

(١١٤) د. ابراهيم المنجي، جرائم التهرب الضريبي، مرجع سابق، ص ٩٢٦.

(١١٥) ويرى جانب من الفقه أن الصلح يعد من أهم مظاهر العدالة الجنائية الرضائية، ويتحقق باتفاق الجاني والمجني عليه على أن يقوم الأول بجبر الأضرار المترتبة على جريمته، في مقابل تنازل الثاني

الدولة، وذلك بدلاً من اللجوء إلى فرض عقوبات يكون لها مردود سلبي، إذ قد تكون سبباً في نفور المستثمرين وهروبهم، بيد أنه ينبغي لكي يؤدي التصالح ثماره المرجوة منه، فلا بد وأن يقوم على أسس سليمة تحافظ على حقوق الأفراد والمجتمعات، ومن ثم لا تكون منطلقاً لفتح أبواب الفساد والرشوة أمام ضعاف النفوس، حيث أن الحكمة تستلزم تحقيق التوازن بين حق الدولة في فرض سيادتها وقوانينها من ناحية، وبين العمل على إيجاد آليات وتدابير أخرى للعقاب تتواءم مع مقتضيات العصر^(١١٦)، لاسيما إذا ما وضعنا في الحسبان أن سعي الدولة إلى ممارسة حقها في العقاب نجم عنه ظاهرة التضخم العقابي، وهي بلا شك ظاهرة لها آثار سلبية على المجتمع، حيث تكبد ميزانية الدولة المزيد من المبالغ المالية لاحتوائها^(١١٧)، فوقع الجريمة ينجم عنه حقان ألا وهما حق المجتمع في إنزال العقاب بالجاني عن طريق الدعوى الجنائية، وحق المضرور في الحصول على تعويض مناسب لما أصابه من أضرار^(١١٨).

١. التصالح في الجرائم الضريبية وأثره على الدعوى الجنائية في القانون المصري:

لما كان الصلح الجنائي قد اعتلى مكانة متميزة بين أنظمة القانون الجنائي، لاسيما بعدما ترسخ في الأذهان على المستوى العالمي ضرورة العمل على إيجاد خاص خارج الإطار التقليدي للقضاء، بغية تقديم العون للقضاء والمساهمة في حل النزاعات، ولقد وجد العالم ضالته المنشودة في نظام الصلح الجنائي، وذلك من منطلق كونه يمثل إحدى الآليات الفعالة لفرض المنازعات^(١١٩)، فقد نصت المادة (١٣٨) من قانون الضريبة علي الدخل المصري علي أنه: "لوزير أو من ينيبه التصالح في الجرائم المنصوص عليها في هذه المادة في أي حالة تكون عليها الدعوى قبل صدور حكم بات فيها وذلك مقابل أداء:

عن إخطار السلطة المختصة. ولمزيد من التفاصيل راجع: د. عمر سالم، نحو تيسير الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م، ص ١٣٠ وما بعدها.

وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه "نزول من الهيئة الاجتماعية عن حقها في الدعوى الجنائية مقابل الجعل الذي قام عليه التصالح، ويحدث أثره بقوة القانون" راجع: نقض ١٦ ديسمبر ١٩٦٣م، مجموعة أحكام النقض، س ١٤، ص ٩٢٧، نقض ١٨ نوفمبر ١٩٨٢م، س ٣٣، رقم ١٨٥، ص ٨٩٦.

^(١١٦) أ. أحمد إبراهيم عبد العزيز، التصالح في جرائم الاستثمار "دراسة مقارنة"، مجلة كلية الحقوق، جامعة المنيا، المجلد الثالث، العدد الثاني، ديسمبر ٢٠٢٠م، ص ٢١٨.

^(١١٧) د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، ٢٠٠٢م، ص ١٥١.

^(١١٨) د. جمال شديد الخرباوي، حق المجني عليه في التنازل عن الدعوى الجنائية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٦م، ص ٥٣.

^(١١٩) د. وطفه ضياء ياسين، الصلح الجنائي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص ٥٥.

(أ) المبالغ المستحقة على المخالف في الجرائم المنصوص عليها في المادة (١٣٥) من هذا القانون بالإضافة إلى تعويض مقداره خمسة آلاف جنيه، عدا حالة الامتناع عن تطبيق نظام استقطاع وخصم وتحصيل وتوريد الضريبة في المواعيد القانونية، فيكون التعويض بنسبة (١٢,٥%) من المبالغ التي لم يتم استقطاعها أو خصمها أو تحصيلها أو توريدها، ويكون التعويض في حالة مخالفة حكم المادة (١/٩٦) مبلغ عشرين ألف جنيه.

(ج) المبالغ المستحقة على المخالف في الجرائم المنصوص عليها في المادتين (١٣٣)، (١٣٤) بالإضافة إلى تعويض يعادل مثل هذه المبالغ.

(د) تعويض يعادل نصف الحد الأقصى للغرامة المنصوص عليها في المادة (١٣٢) من هذا القانون.

ويترتب على التصالح انقضاء الدعوى الجنائية والآثار المترتبة عليها، وتأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم التصالح أثناء تنفيذها.

فيشترط في الصلح أن يصدر من وزير المالية أو من ينيبه عملاً بأحكام المادة ١٣٨ فقرة أولى، والصلح بطبيعته كعقد بين طرفين لابد لانعقاده من تلاقي إرادتهما على مبدأ التصالح، فيتبع إجراء التصالح على الأساس المحدد قانوناً، أي على أساس دفع مبلغ التعويضات الواردة في البنود (أ)، (ج)، (د) كل حالة على حده.

وجدير بالذكر أن الصلح الجنائي يعد وبحق من أبرز وأهم محاور العدالة الجنائية التي تلجأ إليها الدول، حيث أنها من ناحية تتسم بالبساطة والسرعة، حيث يقتصر دور الجهة القضائية في هذا الصدد على إثبات الصلح، وذلك بدون النظر في موضوع الخصومة، ومن هذا المنطلق يساعد الصلح على إنهاء الخصومة دون ولوج الطريق التقليدي للإجراءات الجنائية، والذي يتسم بالتعقيد وطول الإجراءات^(١٢٠)، ومن ناحية ثانية فإن الصلح يتناسب مع إمكانيات وقدرات الدول الفقيرة والتي تعجز عن تنفيذ برامج للإصلاح والتأهيل للمجرمين، ومن ناحية ثالثة وأخيرة فإن الصلح يسهم وبدون أدنى شك في تحقيق السلم الاجتماعي، وإشاعة روح الأمن والسلام بين أفراد المجتمع، لكونه أسلوباً يساعد على استئصال العداوة والبغضاء بين الخصوم، بل ويؤلف بين قلوبهم المتنافرة،

(١٢٠) أ. أحمد إبراهيم عبد العزيز، التصالح في جرائم الاستثمار، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

وبالتالي يعم السلام والوئام والمحبة بين أفراد المجتمع^(١٢١)، ومن هذا المنطلق فإن الصلح الجنائي يحقق فوائد عدة تعود على المتهم والمجنى عليه والمجتمع على حد سواء^(١٢٢). وبناءً عليه فإننا نناشد الإرادة السياسية في غالبية دول العالم بأن تعمل على تفعيل الصلح الجنائي في تشريعاتها لاسيما التشريعات الاقتصادية، حتى تتمكن من جذب المزيد من الاستثمارات الأجنبية، وتضمن تحقيق الانتعاش الاقتصادي، ومن ثم توفر المناخ الآمن للاستثمار وهو ما يعود بالنفع على الاقتصاد الوطني.

هذا وتنقضي الدعوى الجنائية وفقاً للقواعد العامة في قانون الإجراءات الجنائية لأسباب عامة كالتقادم والوفاة والعفو، ولأسباب خاصة كال تنازل عن الطلب والصلح في الأحوال التي تطلب فيها القانون تقديمها لرفع القيد الذي يغل يد النيابة العامة عن تحريك الدعوى الجنائية الضريبية في جرائم التهرب الضريبي، ومن أسباب انقضاء الدعوى الجنائية وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٣٨) من قانون الضريبة على الدخل، كما يترتب على الصلح وقف تنفيذ العقوبة، إذا تم التصالح أثناء تنفيذها، فإذا تم التصالح قبل رفع الدعوى تعين على النيابة أن تأمر بحفظ الأوراق أو تقرر بآلا وجه لإقامة الدعوى الجنائية، وإذا تم بعد رفع الدعوى تعين الحكم بانقضاء الدعوى الجنائية بالصلح، وذلك لتعلقه بالنظام العام^(١٢٣).

٢. التصالح في الجرائم الضريبية وأثره على الدعوى الجنائية في القانون العماني:

جدير بالذكر أن التصالح الجنائي يعد إحدى صور العدالة الرضائية التي ينقضي بمقتضاها حق الدولة في العقاب، وتقوم فلسفة التصالح الجنائي كقاعدة عامة على مجموعة من الاعتبارات، بعضها يتعلق بمصلحة الأفراد، وبعضها الآخر يمس مصلحة الدولة والمجتمع^(١٢٤).

لقد منح المشرع العماني للأمين العام سلطة التصالح في جرائم التهرب الضريبي، يستوي في هذا الصدد أن يتم هذا الصلح قبل إحالة الدعوى الجنائية إلى المحكمة المختصة بالفصل فيها أو بعدها، وكل ما هنالك أنه يشترط لجواز هذا الصلح أن يتم

(١٢١) د. ياسين محمد يحيى، عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، ١٩٧٨م، ص ٢٣ وما بعدها.

(١٢٢) المستشار/ طه أحمد محمد عبد العليم، الصلح في الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩م، ط ٢، ص ٣٦.

(١٢٣) د. إبراهيم المنجي، جرائم التهرب الضريبي، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، ص ٩٣٣.

(١٢٤) د. خالد موسى التوني، التصالح في جرائم العدوان على المال العام "دراسة تحليلية نقدية للقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠١٥"، العدد الحادي والثلاثون، الجزء الثالث، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ص ٩٨٥.

قبل صدور حكم في الدعوى الجنائية، وهذا المعنى هو ما أكدته المادة (١٨٧) من قانون ضريبة الدخل العماني. وفضلاً عما تقدم اشترط المشرع العماني لجواز الصلح في جرائم التهرب الضريبي، أن يتم سداد مبلغ معين، ومنح الأمين العام سلطة تحديد المبلغ الواجب دفعه، بيد أنه اشترط ألا يجاوز هذا المبلغ نصف الحد الأقصى للغرامة المقرر للجريمة، وألزم الممول المتهرب من أداء الضريبة المستحقة عليه بسداد هذا المبلغ للأمانة العامة، وفضلاً عما تقدم رتب المشرع العماني على الصلح، انقضاء الدعوى العمومية الناشئة عن جرائم التهرب الضريبي وفي جميع الأحوال، وهذا المعنى هو ما أكدته المادة (١٨٧) من قانون ضريبة الدخل العماني.

المطلب الخامس

الآثار السلبية لجريمة التهرب الضريبي

لما كانت الضريبة أهم مصدر سيادي لخزانة الدولة، وأداة فعالة في تحقيق الأهداف الاقتصادية والمالية والاجتماعية للدولة، فقد كاث لا بد من مجابهة التهرب الضريبي نظراً للآثار السلبية الناجمة عنه، حيث أن التهرب الضريبي من شأنه قلة الحصيلة الضريبية، وهو ما يعني حرمان موازنة الدولة من مصدر غاية في الأهمية من مصادر التمويل^(١٢٥)، وفي هذا الصدد يمكن القول بأن الجرائم الضريبية قد ينجم عنها تعرض كيان الدولة الاقتصادي للخطر^(١٢٦) ومن هذا المنطلق فإننا نناشد المشرع المصري والعُماني بأن يعيدا النظر في سياسة الرقابة الضريبية، وذلك للحد من ظاهرة التهرب الضريبي وجرائم الفساد التي تلتهم أي تقدم يمكن أن تحرزه الدولة، ويرجع ذلك بطبيعة الحال إلى أن النظام الضريبي يشكل جزءاً من المناخ الاستثماري، لكن الإعفاء الضريبي وإن كان عاملاً لتشجيع وجذب الاستثمارات إلا أنه ليس العامل الوحيد، ومن هذا المنطلق لا بد وأن تتمسك الدول سيما الدول النامية بحقها في الإشراف والسيطرة والرقابة على الاستثمار الأجنبي، وأن يكون لها الحق في إنقاص كل أو بعض المزايا الضريبية التي تمنح للمستثمر، ولذا كان لزاماً علينا أن نبين الآثار السلبية لجريمة التهرب الضريبي من كل الوجوه، وهو ما سنوضحه فيما يلي:

(١٢٥) د. يسري مهدي حسن السامرائي، م.م. زهرة خضير عباس العبيدي، تحليل ظاهرة التهرب الضريبي ووسائل معالجته في النظام الضريبي العراقي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الاقتصادية والإدارية، المجلد ٤، العدد ٩، ٢٠١٢م، ص ١٢١.

(١٢٦) صخر عبد الله الجنيدي، نحو قانون عقوبات ضريبي يواجه تحديات العصر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٤م، ص ١٠.

أولاً- من الناحية الاقتصادية:

١. لجوء الدولة لفرض المزيد من الضرائب، نظراً لقلّة الحصيلة الضريبية بسبب تهرب المستثمرين من أداء الضرائب المستحقة عليهم، وهو ما يؤثر بالسلب على جذب الاستثمارات الأجنبية، مما يضر بالاقتصاد القومي^(١٢٧)، حيث إن التهرب الضريبي من شأنه التأثير السلبي على مالية الدولة، إذ تكون غير قادرة على أداء التزاماتها تجاه الأفراد^(١٢٨)، ومن هذا المنطلق فإن ظاهرة الجريمة الضريبية تشكل عبئاً على الخزينة العامة للدولة، ينجم عنه آثار سلبية عديدة، لعل أهمها قلة الإيرادات، كما أنها تؤثر على العادات الاجتماعية وعلى القيم الأخلاقية في المجتمع^(١٢٩).

٢. جذب المستثمرين إلى المشروعات التي يمكنها فيها التخلص من الضريبة، حيث تنخفض تكلفة الإنتاج بمقدار الضريبة التي تهرب منها المستثمر حتى وإن كانت تلك المشروعات غير مفيدة بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار، وبناءً عليه فإننا نناشد المشرع المصري والعُماني أن يعمل على تفعيل دوائر الاستثمار والحد من الروتين من خلال إتباع سياسة الشباك الواحد وتطبيقها على أرض الواقع، لا أن تكون مجرد حبر على ورق، وأن يقوم بتبسيط الإجراءات من خلال سن قوانين وتشريعات توفر الجهد والوقت للمستثمر، وتعتبر توطين رؤوس الأموال العربية والأجنبية واجباً وطنياً لا تحيد عنه الدولة.

٣. انخفاض حجم الطلب على المنتجات المحلية، نظراً لعدم قدرتها على منافسة المنتجات المستورة، لاسيما وأن تهرب المستثمرين من الضرائب يساهم في وجود ملاءة مالية لديهم، تساعد على استيراد المنتجات الأجنبية والعزوف عن المنتجات الوطنية.

٤. تؤثر سلباً على المستوى العام للأسعار، حيث ينجم عن التهرب الضريبي زيادة الأموال لدى المستثمرين بقدر تهربهم من الضريبة، الأمر الذي يسهم بشكل أو بآخر في زيادة التضخم وارتفاع الأسعار.

(١٢٧) د. يسري مهدي حسن السامرائي، م.م. زهرة خضير عباس العبيدي، تحليل ظاهرة التهرب الضريبي ووسائل معالجته في النظام الضريبي العراقي، المرجع السابق، ص ١٤٠.

(١٢٨) أ. نور الدين عشي، جريمة التهرب الضريبي في التشريع الجزائري، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر في القانون الجنائي للأعمال، جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي-كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٦م، ص ٣٧.

(١٢٩) أ. محمد حسين قاسم حسين، الجريمة الضريبية والقضاء المختص وفقاً لأحكام قانون ضريبة الدخل الأردني رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٤م، مرجع سابق، ص ٣.

٥. تمثل جريمة التهرب الضريبي عائقاً أمام تحقيق التنمية في كافة المجالات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، بسبب الخسارة التي تمنى بها خزينة الدولة بسبب تهرب المستثمرين من القيام بواجبهم الوطني المتمثل في دفع الضريبة المستحقة عليه^(١٣٠)، ومن هذا المنطلق فإننا نناشد الحكومات بأن تعي لضرورة إقامة حوار دائم ومستمر مع المستثمرين الوطنيين والأجانب، وأخذ رأيهم بعين الاعتبار قبل اتخاذ أية قرارات وذلك لضمان مشاركتهم الفعالة في عملية صنع القرار، بل ينبغي على الحكومات أن تهتم بمسألة الرد على كافة استفسارات المستثمرين، والتحقيق في كافة شكاواهم والعمل على حلها بأسرع وقت ممكن، ولن يتأتى ذلك إلا من خلال إقامة نظم فعالة لتلقي الشكاوى والاستفسارات والمقترحات من المستثمرين والعمل على حلها بشكل فوري، واتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لضمان منع تكرار الشكاوى مرة أخرى، إذ أن ذلك من شأنه بناء جسر من الثقة بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار.

٦. تحد من المنافسة بين المشروعات الاقتصادية، ويرجع ذلك إلى أن المؤسسات التي تتهرب من أداء الضريبة يحققون أرباحاً أكثر مما تحققه المشروعات المنتظمة في دفع الضرائب المستحقة عليها^(١٣١)، ولذلك فإننا نناشد كل من المشرع المصري والعُماني أن يقوموا بتوجيه استثمارات كبيرة للتوسع في إنشاء المناطق الحرة والمناطق الاقتصادية الخاصة، لما لذلك من أثر إيجابي في جذب المزيد من الاستثمارات الأجنبية، وزيادة المنافسة بين المشروعات الاقتصادية، لا سيما وأن هذا النوع من الاستثمارات يلعب دوراً بارزاً في التنمية الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والمالية لأية دولة، وذلك من منطلق كونها مكوناً أساسياً من مكونات النظام الاقتصادي الشامل الذي يسهم بشكل أكثر فاعلية في نمو الناتج المحلي الإجمالي، حيث يعد من الحلول المبتكرة التي تستخدمها معظم دول العالم في عالمنا المعاصر الآن، كما نأمل أن يوجه كل من المشرع المصري والعُماني الاستثمارات الأجنبية على المشروعات ذات الأهمية في عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية، التي تكون الدولة غير قادرة على إنشائها لضائقتها المالية، وأن يعملوا على ضرورة إشراك الخبراء القانونيين في إعداد اتفاقات أو عقود المشروعات الاستثمارية الأجنبية لضبط التزامات الدول وتحديد حقوق المستثمرين، ومحاولة تقاوى عمليات التعويضات الباهظة.

(١٣٠) د. يسري مهدي حسن السامرائي، م.م. زهرة خضير عباس العبيدي، تحليل ظاهرة التهرب الضريبي ووسائل معالجته في النظام الضريبي العراقي، مرجع سابق، ص ١٤١.
(١٣١) د. عوادي مصطفى، د. رجال نصر، الغش والتهرب الضريبي في النظام الضريبي الجزائري، مطبعة سخري، الجزائر، ٢٠١٠م، ص ٩٧.

٧. تجعل أموال المستثمر عرضة للحجز عليها إذا ما ثبتت الجريمة عليه، إذ سيكون المستثمر في خيار بين أمرين، إما دفع الضريبة المستحقة عليه، وإما الحجز على أمواله وما يتبعه هذا الحجز من أثر سلبي في نفوس المستثمرين إذ سيجعلهم مترددين في جذب مزيد من أموالهم للاستثمار في هذا البلد، بل إنهم قد يقومون بتصفية استثماراتهم أو نقلها خارج الدولة المضيفة للاستثمار.

ثانياً - الآثار الاجتماعية والنفسية:

١. تؤثر جريمة التهرب الضريبي سلباً على أخلاق الجماعة، حيث يكون كل فرد معنياً بشأنه فقط دون مراعاة الآخرين^(١٣٢)، ومن ثم فإننا نأمل أن يتم نشر الوعي الديني في المجتمع بصورة أكثر فاعلية، والعمل على تقوية الوازع الديني لدى الناس، وحثهم على الالتزام بالقيم والأخلاق السامية، وتبصيرهم بالآثار السيئة الاجتماعية والاقتصادية للجرائم، لاسيما جرائم التهرب الضريبي والاستثمار.

٢. تخل بفكرة العدالة في توزيع الضرائب بين أفراد المجتمع، ومن هذا المنطلق تبذل الدولة قصارى جهدها بغية محاربة التهرب الضريبي، وذلك على المستويين الداخلي والخارجي^(١٣٣)، ولذلك فإننا نناشد كلاً من المشرع المصري والعُماني بضرورة توعية أفراد المجتمع وحثهم على النظر إلى المستثمر على أنه شريك في تحقيق التنمية الاقتصادية في الدولة وبشتى الطرق، لما لذلك من أثر إيجابي في طمأننة المستثمرين وتشجيعهم على عدم التهرب من الضرائب المستحقة عليهم، ومن ثم تتحقق العدالة بين كافة أفراد المجتمع من حيث الخضوع للضريبة.

٣. تسهم في زيادة العبء الضريبي على كاهل المكلفين بها، وبذلك تغيب العدالة الضريبية والعدالة الاجتماعية بين أفراد المجتمع^(١٣٤).

٤. تساعد على تعميق الفوارق بين طبقات المجتمع، ولذلك فإننا نأمل من المشرع المصري والعُماني بل والمجتمع الدولي، أن يعملوا على حث حكوماتهم على ضرورة تكثيف الجهود من أجل محاربة البيروقراطية والرشوة وكافة أشكال الفساد، وأن يعملوا على تحسين الخدمات الإدارية لاسيما لدى الأجهزة الإدارية المكلفة بتنظيم الاستثمارات

(١٣٢) د. يسري مهدي حسن السامرائي، م.م. زهرة خضير عباس العبيدي، تحليل ظاهرة التهرب الضريبي ووسائل معالجته في النظام الضريبي العراقي، مرجع سابق، ص ١٤١.
(١٣٣) د. محمد عباس محرز، اقتصاديات الجبائية والضرائب، دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٣م، ط ٣، ص ٣١٩.

(١٣٤) د. حميد بوزيدة، جبائية المؤسسات، دراسة تحليلية في النظرية العامة للضريبة - الرسم والقيمة المضافة - "دراسة نظرية وتطبيقية"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٥م، ص ٥١.

الأجنبية، لما لذلك من أثر إيجابي على الاقتصاد الوطني بل والعالمي، بل نناشد كل من المشرع المصري والعُماني أن يعملوا على اتخاذ ما يلزم من إجراءات وعلى كافة المستويات، بغية تبني مبادئ تساعد على جذب الاستثمارات الأجنبية، ولعل أهمها القضاء على البيروقراطية الإدارية، والشفافية، وتوفير كافة المعلومات عن أفضل الفرص الاستثمارية لديها، وتوفير وخدمات ما بعد الاستثمار .

٥. قد تدفع الآخرين إلى التهرب من أداء الضريبة، وهو ما يسهم بلا شك في شيوع روح الغش في الجماعة، وهو أمر خطير بالنسبة إلى أي مجتمع، ولذلك فإننا نناشد حكومات الدول أن تقوم ببذل قصارى جهدها من أجل حث أبناء الوطن لاسيما المغتربين منهم وتشجيعهم وتحفيزهم على القدوم للوطن واستثمار أموالهم فيه، وعدم التهرب من أداء الضريبة المستحقة عليهم؛ لأن ذلك يشكل وجباً وطنياً تجاه بلدهم، كما نأمل من هذه الحكومات أن تقوم بتطوير وتحديث الخريطة الاستثمارية لديها لتشمل أهم الفرص الاستثمارية وأن تقوم بالعمل على إصلاح البنية التحتية لديها، لما لذلك من أثر إيجابي في انخفاض تكاليف الإنتاج وزيادة الأرباح وزيادة فرص التصدير لدى المستثمرين، وهو ما يساعد على توفير العملة الأجنبية على نحو يكفي لتلبية متطلبات الدولة، الأمر الذي يسهم في تحقيق التنمية في كافة المجالات لاسيما الاقتصادية.

الخاتمة

يعد موضوع الضمانات القانونية لحماية ملكية المستثمر الأجنبي من أهم المسائل التي تحتاج إلى إعادة نظر من جانب كل من المشرع المصري والعُماني، وذلك لمعالجة كافة أوجه القصور في القوانين الحالية، ناهيك عن ضرورة الاستفادة من تجارب بعض الدول التي حققت نجاحاً كبيراً في هذا المجال، لاسيما وأن الدول في عصرنا الحالي تقوم ببذل الغالي والنفيس لديها، بغية جذب المزيد من الاستثمارات الأجنبية إليها، نتيجة لتلك التطورات الهائلة التي حدثت في السنوات الأخيرة مع تزايد الأزمة المالية العالمية في مجال الاستثمارات الأجنبية، بيد أن هذا لا يمنع من أن تمارس الدولة نوعاً من الرقابة على تلك الأموال، وذلك حتى يمكن مجابهة الجرائم التي تلازمها، مثل جرائم غسل الأموال والإرهاب والتهرب الضريبي وغيرها من الجرائم.

ولما كان الاستثمار الأجنبي، هو الركيزة الأساسية والدعامات الحقيقية لبناء صرح الاقتصاد الوطني لأية دولة، لما له من أثر كبير في زيادة دخول أفراد المجتمع والارتقاء بمستواهم المعيشي، فقد برزت أهمية هذا الموضوع، ومن ثم فقد اخترناه ليكون عنواناً لموضوع بحثنا، وقد تناولت هذه الدراسة ضمانات حماية ملكية المستثمر الأجنبي

وعلاقتها بجريمة التهرب الضريبي من كافة جوانبه، للوقوف على مدى فاعلية هذه الضمانات في توفير الحماية اللازمة للاستثمارات الأجنبية، وذلك من خلال مبحثين، تناولت في المبحث الأول: الضمانات القانونية لحماية ملكية الاستثمار الأجنبي، وتوصلت فيه إلى عدة نتائج ألا وهي:

أولاً: يعتبر الاستثمار جوهر كل تنمية اقتصادية، وأداة للنهوض بالاقتصاد الوطني في أية دولة، كما أن نجاح أي قانون يعنى بمسائل الاستثمار، تجسده معطيات الواقع فقط، لا مجرد الشعارات الرنانة.

ثانياً: يعد مبدأ سيادة الدولة على أراضيها، أحد أبرز المعوقات أيضاً أمام جذب الاستثمارات الأجنبية في أية دولة، لاسيما وأنه مبدأ معترف به في الدساتير الداخلية للدول، بل إن هناك اعترافاً دولياً بأحقية الدول في التمسك بهذا المبدأ، وهو ما يجعل المستثمرين يعزفون عن الاستثمار في تلك الدول التي تنتشب بالتطبيق الحرفي لمبدأ السيادة، وهو ما حدا بالدول إلى التعامل بشكل إيجابي مع المستثمر، الأمر الذي جعل كثيراً من المستثمرين يعيدون النظر في إمكانية استثمار أموالهم في تلك الدول، نظراً لوجود العديد من الضمانات التي تكفل لهم المحافظة على أموالهم.

ثالثاً: يشترط لنزع ملكية أموال المستثمر الأجنبي ثلاثة شروط ألا وهي، أن يكون الهدف من نزع ملكية المستثمر الأجنبي هو تحقيق المنفعة العامة، المساواة بين المستثمر الوطني والأجنبي فيما يتعلق بنزع الملكية، وأن يتم دفع تعويض عادل للمستثمر الذي تنزع ملكيته للمصلحة العامة.

رابعاً: يعتبر استقرار المناخ الاستثماري في أية دولة، من أبرز العوامل التي تؤثر على قرار المستثمر فيما إذا كان سيستثمر أمواله في الدولة المضيفة للاستثمار من عدمه، إذ من غير المتصور القول بوجود مناخ جاذب لرؤوس الأموال الأجنبية، بدون توافر الاستقرار السياسي والاقتصادي والاجتماعي والتشريعي في الدولة المضيفة للاستثمار، الذي يكفل حماية ملكيته من كافة الأخطار غير التجارية ومن أبرزها مصادرة أمواله.

أما المبحث الثاني من هذه الدراسة فقد خصصته للوقوف على علاقة جريمة التهرب الضريبي بضمانات حماية ملكية المستثمر الأجنبي، وانتهيت فيه إلى عدة نتائج ألا وهي:

أولاً: يعتبر التهرب الضريبي أحد أهم الظواهر الشائعة في معظم دول العالم في مختلف العصور، سواء كانت الدولة من الدول النامية أم المتقدمة، وإن كانت نسبته أقل في الدول المتقدمة بالمقارنة مع الدول النامية، ويرجع ذلك بطبيعة الحال إلى تمتع مواطني الدول المتقدمة بدرجة كبيرة من الوعي الضريبي وذلك مقارنة بمواطني الدول النامية، ولذلك

يمكن القول بأن التهرب الضريبي يعد أحد حقائق الحياة الاقتصادية المعاصرة، بل ويعتبر من الجرائم الاقتصادية، نظراً لما يحدثه من أضرار بالاقتصاد الوطني، ناهيك عما يحدثه من إخلال بمبدأ المساواة والعدالة بين المكلفين بأداء الضريبة.

ثانياً: هناك علاقة وثيقة بين جريمة التهرب الضريبي وضمانات حماية ملكية المستثمر الأجنبي، لا يمكن لأحد إنكارها، إذ أنه قد يترتب على جريمة التهرب الضريبي إمكانية الحجز على أموال المستثمر، وذلك بغرض تحصيل مبلغ الضريبة لصالح الخزنة العامة للدولة المضيفة للاستثمار.

ثالثاً: ينقسم التهرب الضريبي إلى نوعين، أولهما يستخدم فيه المكلف بالضريبة طرقاً مشروعة بحيث لا يكون هناك خرقاً لقواعد القانون، وهذا هو ما يطلق عليه اسم التجنب الضريبي، وثانيهما يستخدم فيه المكلف بالضريبة طرقاً غير مشروعة، وهو ما يسمى بالغش الضريبي.

رابعاً: تعتبر الضريبة أهم مصدر سيادي لخزنة الدولة، وأداة فعالة في تحقيق الأهداف الاقتصادية والمالية والاجتماعية للدولة، ومن ثم لا بد من مجابهة التهرب الضريبي، نظراً للآثار السلبية الناجمة عنه، حيث أن التهرب الضريبي من شأنه قلة الحصيلة الضريبية، وهو ما يعني حرمان موازنة الدولة من مصدر غاية في الأهمية من مصادر التمويل، وبالتالي يمكن القول بأن الجرائم الضريبية قد ينجم عنها تعرض كيان الدولة الاقتصادي للخطر، نظراً لآثارها السلبية اقتصادياً واجتماعياً ومالياً.

التوصيات:

ولقد توصلت من خلال هذه الدراسة إلى جملة من التوصيات ألا وهي:

أولاً: نأمل أن يعمل كل من المشرع المصري والعُماني على نشر الوعي في المجتمع بصورة أكثر فاعلية، والعمل على تقوية الوازع الديني لدى الناس، وحثهم على الالتزام بالقيم والأخلاق السامية، وتبصيرهم بخطورة الآثار السلبية لجرائم التهرب الضريبي وجرائم الاستثمار اقتصادياً واجتماعياً وسياسياً ومالياً.

ثانياً: نناشد المشرع المصري والعُماني أن يحرص كل منهما مستقبلاً على استقرار القوانين في مجال الاستثمار لاسيما في مجال نزع الملكية، وأن تكون النصوص القانونية واضحة لا غموض فيها، وأن يحرص على التقليل من التعديلات المفاجئة، إذ أن ذلك كله من شأنه كسب ثقة المستثمر الأجنبي، ونأمل أن يقوم المشرع في كلا البلدين بدراسات مستفيضة للوقوف على أوجه الخلل في التشريعات القائمة والمعنية بالاستثمار، وأن يقارنها بسياسات وتشريعات الاستثمار في الدول المتقدمة، للوقوف على مواطن القوة

واستغلالها الاستغلال الأمثل، ومعرفة نواحي الضعف والعمل على تقويمها وإصلاح ما بها من خلل، حتى يمكن صياغة قانون موحد يحكم الاستثمار الأجنبي بحيث يكون واضحاً ومتفقاً مع التشريعات الدولية في مجال الاستثمار، كما نأمل بأن يتم تعديل كافة التشريعات ذات الصلة بموضوع الاستثمار لاسيما قانون التجارة، وقانون الشركات التجارية، وقانون تنظيم تراخيص المحال التجارية، وقانون الضريبة على الدخل، وغيرها من القوانين ذات الصلة لما لذلك من دور في جذب الاستثمارات الأجنبية.

ثالثاً: نأمل من المشرع العماني أن يعيد النظر في صياغة نص المادتين (٢٣، ٢٤) من قانون استثمار رأس المال الأجنبي، وأن ينص فيها وبشكل صريح على حظر تأمين المشروعات الاستثمارية، وضرورة تعويض المستثمر تعويضاً عادلاً إذا ما تم تأمين مشروعه الاستثماري، حتى يكسب ثقة المستثمر الأجنبي، أسوة في ذلك بالمشرع المصري الذي نص صراحة على عدم جواز تأمين المشروعات الاستثمارية، لما لذلك من أثر إيجابي بخصوص جذب الاستثمارات الأجنبية، ووجود بيئة صحية من شأنها تشجيع المستثمرين على ضخ المزيد من رؤوس أموالهم بغية استثمارها؛ نظراً للضمانات التي توفرها البنية التشريعية السليمة.

رابعاً: نوصي المشرع العماني بأن يعدل نص المادة (٢٣) من قانون استثمار رأس المال الأجنبي رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٩م ويستخدم مصطلح الاستيلاء بشكل صريح بدلاً من مصطلح "ولا الحجز على أمواله أو تجميدها أو التحفظ عليها" حتى يأمن المستثمر الأجنبي على أمواله، وتكون البلد جاذبة للاستثمار، وبالتالي تكون ضمانات حماية الاستثمار الأجنبي أكثر فاعلية، وبالتالي لا يكون المستثمر الأجنبي في حيرة من أمره بخصوص مدى جواز الاستيلاء على أمواله من عدمه، ونقترح أن تجمع الضمانات التي تحمي ملكيته في نص واحد، ونقترح أن يكون النص كالاتي: "لا يجوز تأمين المشروع أو نزع ملكيته أو الاستيلاء الجبري عليه، أو مصادرته أو فرض الحراسة أو التحفظ أو التجميد أو إخضاعه لأي إجراء له نفس التأثير، إلا بناء على قانون، أو بموجب حكم يصدر من القضاء، على أن يحصل المضرور مقابل ذلك على تعويض منصف وعادل وفوري، ودون أي تمييز".

خامساً: نوصي بأن يتم تفعيل دور الاتفاقيات والمعاهدات الدولية الجماعية منها والثنائية، المعنية بحماية الاستثمار الأجنبي، وأن يتم العمل على تعزيز التعاون الدولي في ذلك، وأن تبذل الدول أقصى ما في وسعها من أجل تفعيل دور المؤسسات الأمنية والقضائية

الدولية، بغية المساعدة في الفصل في كافة المنازعات الاستثمارية ليس هذا فحسب، بل وأن تساعد في تنفيذ أحكامها وقراراتها بعدل ومساواة بين كافة الدول.

سادساً: نناشد المشرع المصري والعُماني أن يعمل كل منهما على تفعيل دور كافة الجهات المعنية بالاستثمار، والحد من الروتين من خلال إتباع سياسة الشباك الواحد وتطبيقها على أرض الواقع، لا أن تكون مجرد حبر على ورق، وأن يقوم بتبسيط الإجراءات من خلال سن قوانين وتشريعات توفر الجهد والوقت للمستثمر، وتعد توطين رؤوس الأموال العربية والأجنبية واجباً وطنياً لا تحيد عنه الدولة.

سابعاً: نأمل من المشرع المصري والعُماني بل المجتمع الدولي، أن يعملوا على حث حكوماتهم على ضرورة تكثيف الجهود من أجل محاربة البيروقراطية والرشوة و كافة أشكال الفساد، وأن يعملوا على تحسين الخدمات الإدارية لاسيما لدى الأجهزة الإدارية المكلفة بتنظيم الاستثمارات الأجنبية، لما لذلك من أثر إيجابي على الاقتصاد الوطني بل العالمي، بل نناشد كلاً من المشرع المصري والعُماني أن يعملوا على اتخاذ ما يلزم من إجراءات وعلى كافة المستويات، بغية تحسين تبني مبادئ تساعد على جذب الاستثمارات الأجنبية، ولعل أهمها القضاء على البيروقراطية الإدارية، والشفافية، وتوفير كافة المعلومات عن أفضل الفرص الاستثمارية لديها، وتوفير وخدمات ما بعد الاستثمار .

ثامناً: نناشد المشرع المصري والعُماني بأن يعيدا النظر في سياسة الرقابة الضريبية، وذلك للحد من ظاهرة التهرب الضريبي وجرائم الفساد التي تلتهم أي تقدم يمكن أن تحرزه الدولة، ويرجع ذلك بطبيعة الحال إلى أن النظام الضريبي يشكل جزءاً من المناخ الاستثماري، لكن الإعفاء الضريبي وإن كان عاملاً لتشجيع وجذب الاستثمارات إلا أنه ليس العامل الوحيد، ومن هذا المنطلق لا بد وأن تتمسك الدول سيما الدول النامية بحقوقها في الإشراف والسيطرة والرقابة على الاستثمار الأجنبي، وأن يكون لها الحق في إنقاص كل أو بعض المزايا الضريبية التي تمنح له.

تاسعاً: نوصي المشرع المصري والعُماني أن ينصا وبشكل صريح على عدم تطبيق أي عقوبات سالبة للحريات على المستثمرين في أي نشاط اقتصادي وأن تقتصر العقوبات على الغرامات فقط على أن يقوم بتعديل قيمة الغرامة على نحو يتواءم مع حجم الجرم المرتكب، وحتى إن اضطّر المشرع لفرض العقوبات السالبة للحرية، فيجب أن يكون ذلك في اضيق نطاق وفي حالات محددة، لما للعقوبات السالبة للحرية من أثر سلبي على جذب الاستثمارات الأجنبية.

عاشراً: نناشد حكومات الدول أن تقوم ببذل قصارى جهدها من أجل حث أبناء الوطن لاسيما المغتربين منهم وتشجيعهم وتحفيزهم على القدوم للوطن واستثمار أموالهم فيه، كما نأمل من هذه الحكومات أن تقوم بتطوير وتحديث الخريطة الاستثمارية لديها لتشمل أهم الفرص الاستثمارية وأن تقوم بالعمل على إصلاح البنية التحتية لديها، لما لذلك من أثر إيجابي في انخفاض تكاليف الإنتاج وزيادة الأرباح وزيادة فرص التصدير لدى المستثمرين، وهو ما يساعد على توفير العملة الأجنبية على نحو يكفي لتلبية متطلبات الدولة، الأمر الذي يسهم في تحقيق التنمية في كافة المجالات لاسيما الاقتصادية.

حادي عشر: نأمل أن تعي حكومات الدول لضرورة إقامة حوار دائم ومستمر مع المستثمرين الوطنيين والأجانب، وأخذ رأيهم بعين الاعتبار قبل اتخاذ أية قرارات وذلك لضمان مشاركتهم الفعالة في عملية صنع القرار، بل وينبغي على الحكومات أن تهتم بمسألة الرد على كافة استفسارات المستثمرين، والتحقيق في كافة شكاواهم والعمل على حلها بأسرع وقت ممكن، ولن يتأتى ذلك إلا من خلال إقامة نظم فعالة لتلقي الشكاوى والاستفسارات والمقترحات من المستثمرين والعمل على حلها بشكل فوري، واتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لضمان منع تكرار الشكاوى مرة أخرى، إذ أن ذلك من شأنه بناء جسر من الثقة بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار.

ثاني عشر: نوصي بضرورة إصلاح النظام القضائي الوطني، وأن يتم تنظيم ضوابط حماية ملكية المستثمر الأجنبي من المخاطر التي تتعرض لها، وأن يمثل ذلك غاية تسعى إلى تحقيقها كافة الحكومات، لما لذلك من تأكيد لسيادة الدولة وسلطانها، إذ من خلال هذا الإصلاح تستطيع الدولة أن تتمسك بتطبيق قانونها على المنازعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي، وفي ذات الوقت تضمن الدول لقضائها سلطة الفصل في هذه المنازعات من خلال قضائها المستقل والمتخصص، وهذا ما قامت به جمهورية مصر العربية من خلال المحاكم الاقتصادية وهو مسلك محمود من جانب المشرع المصري، ونناشد المشرع العماني أن يحذو حذوه؛ نظراً لما يتسم به هذا القضاء من فاعلية في الفصل في تلك المنازعات.

ثالث عشر: نناشد كل من المشرع المصري والعماني أن يقوموا بتوجيه الاستثمارات الضخمة للتوسع في إنشاء المناطق الحرة والمناطق الاقتصادية الخاصة، لما لذلك من أثر إيجابي في جذب المزيد من الاستثمارات الأجنبية، وزيادة المنافسة بين المشروعات الاقتصادية، لاسيما وأن هذا النوع من الاستثمارات يلعب دوراً بارزاً في التنمية الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والمالية لأية دولة، وذلك من منطلق كونها مكوناً أساسياً من

مكونات النظام الاقتصادي الشامل الذي يسهم بشكل أكثر فاعلية في نمو الناتج المحلي الإجمالي، حيث يعد من الحلول المبتكرة التي تستخدمها معظم دول العالم في عالمنا المعاصر الآن.

رابع عشر: نوصي بأن يقوم كل من المشرع المصري والعماني بتبصير أفراد المجتمع وحثهم على النظر إلى المستثمر على أنه شريك في تحقيق التنمية الاقتصادية في الدولة وبشتى الطرق، لما لذلك من أثر إيجابي في طمأنة المستثمرين وتشجيعهم على عدم التهرب من الضرائب المستحقة عليهم، ومن ثم تتحقق العدالة بين كافة أفراد المجتمع من حيث الخضوع للضريبة.

خامس عشر: نأمل أن يتبنى كل من المشرع المصري والعماني، سياسة أكثر فاعلية تقوم على تفعيل مبدأ الدولة الأولى بالرعاية المنصوص عليه في الاتفاقيات الدولية الخاصة بالاستثمار، وذلك بدلاً من تجميد الدور التشريعي للدولة عند إبرام عقد الاستثمار، بل ونأمل أن ينص كل من المشرع المصري والعماني بشكل صريح على ضرورة تضمين عقود الاستثمار، شرط يسمح بإعادة التفاوض حول عقد الاستثمار وفقاً لمقتضيات تغير الظروف والقوانين، لما لذلك من دور فاعل في المحافظة على العلاقة العقدية ومصالح طرفي عقد الاستثمار في الوقت ذاته.

سادس عشر: نناشد كل من المشرع المصري والعماني بأن يضع قواعد تحكم عملية نقل التكنولوجيا بشكل منفصل عن القواعد التي تحكم عملية الاستثمار الأجنبي، ويرجع ذلك بطبيعة الحال إلى أن تنظيمهما معاً تعد سياسة خاطئة ولا يمكن أن تؤدي بأي حال من الأحوال إلى نقل فعلي للتكنولوجيا إلى الدولة المضيفة للاستثمار.

سابع عشر: نأمل أن ينص كل من المشرع المصري والعماني على ضوابط تقدير قيمة التعويض، وأن يقوم بدراسة جادة وواقعية للمخاطر التي تتعرض لها ملكية المستثمر الأجنبي ولا سيما نزع الملكية، وعلة ذلك غموض مفهوم المنفعة العامة من جانب، ناهيك عن صعوبة تحديدها من جانب آخر، وبذلك نضمن أن تكون القواعد المنظمة لنزع الملكية للمنفعة العامة مستوحاة من الواقع الاجتماعي والسياسي والاقتصادي للدولة.

وفي خاتمة هذه الدراسة لا يسعنا إلا أن نقول إنه على الرغم من أهمية الضمانات التي أقرها المشرع لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية، إلا أنه من الملاحظ أن حجم تدفقات الاستثمارات الأجنبية لم يرق إلى حجم طموحات الدول، وهذا راجع إلى غياب تجسيد هذه الضمانات على أرض الواقع، كما أن الوصول إلى مناخ استثماري فعال يتطلب نظرة شاملة في السياسة القانونية والاقتصادية والمالية.

المراجع

أولاً- المراجع العامة:

١. د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الكتاب الأول، بدون ناشر، ٢٠١٤م.
٢. د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، ٢٠٠٢م.
٣. د. السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، بدون ناشر، ١٩٦٢م، ط١.
٤. د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٧٣م.
٥. د. عادل فليح العلي، المالية العامة والتشريع المالي والضريبي، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٣م.
٦. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. (العقود الواردة على العمل والمقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الأول، المجلد الأول، ط١، بند ٣٩٤.
٧. د. عبد الحميد الشواربي، موسوعة الضرائب، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧م.
٨. د. عبد المنعم فوزي، المالية العامة والسياسة المالية، دون طبعة، دار النهضة العربية، لبنان، دون سنة نشر.
٩. د. عبد الله الصعیدی، مبادئ علم المالية العامة، النفقات العامة-الإيرادات العامة-الميزانية العامة للدولة-مع الإشارة إلى قواعد إعداد الميزانية العامة لدولة الإمارات العربية المتحدة وتطورها، ط١، مكتبة الإسكندرية، ٢٠٠٠م.
١٠. د. محمد فاروق عبد الحميد، التطور المعاصر لنظرية الأملاك العامة في القانون الجزائري، بدون دار نشر، ١٩٨٨م.
١١. د. محمد أنس قاسم جعفر، النظرية العامة لأملاك الإدارة والأشغال العمومية، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٢م.
١٢. د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٥م.

١٣. د. محمد حافظ، مبادئ القانون الدولي، مطابع نهضة، مصر، الطبعة الرابعة، ١٩٦٤م.
١٤. د. مصطفى العوجي، المسؤولية الجنائية في المؤسسة الاقتصادية، مؤسسة نوفل، بيروت، ط١، ١٩٨٢م.
١٥. د. محمد داود يعقوب، المسؤولية في القانون الجنائي الاقتصادي، الأوائل للنشر، ٢٠٠١م، ط١.
١٦. د. محمد مصباح القاضي، جرائم الممول المضرة بالخزانة العامة، القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م.
١٧. د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات (القسم العام)، بيروت، الدار الجامعية، ١٩٩٣م.
١٨. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط٣.
١٩. د. محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية، بدون ناشر، بدون سنة نشر، الجزء الأول.
٢٠. د. محمد عباس محرز، اقتصاديات الجبائية والضرائب، دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٣م، ط٣.
٢١. د. نجيب محمود حسني، جرائم الامتناع والمسؤولية الجنائية عن الامتناع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦م.
٢٢. د. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول الغربية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٢م.
٢٣. د. هشام زوين، محسن زوين، أحمد اسحاق، موسوعة المحاكم الاقتصادية، المكتب الدولي للموسوعات القانونية، الاسكندرية، ط١، ٢٠٠٩م.
٢٤. د. وطفه ضياء ياسين، الصلح الجنائي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
٢٥. د. ياسين محمد يحيى، عقد الصلح بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، ١٩٧٨م.

ثانياً- المراجع المتخصصة:

١. د. أحمد عبد اللاه المراغي، الحماية الجنائية للاستثمارات الأجنبية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٧م، ط١.
٢. د. أحمد عبد اللاه المراغي، قواعد المحاكمة والتعاون الدولي في جرائم الاستثمار، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٥م.
٣. د. أحمد صادق القشيري، التأميم في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، س١١، العدد الأول، يناير، ١٩٦٩م.
٤. د. أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، القانون والسيادة وامتيازات النفط مقارنة بالشرعية الإسلامية، مركز دراسات الوحدة العربية، سلسلة أطروحات الدكتوراه، طبعة ثانية، بيروت، لبنان، ١٩٩٧م.
٥. د. أحمد فتحي سرور، قانون العقوبات الخاص في الجرائم الضريبية والنقدية، ط١، مصر، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٦٠م.
٦. د. أحمد ماهر عز، التشريع الضريبي المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، الكتاب الأول، ١٩٨٥م.
٧. أحمد ابراهيم عبد العزيز، التصالح في جرائم الاستثمار "دراسة مقارنة"، مجلة كلية الحقوق، جامعة المنيا، المجلد الثالث، العدد الثاني، ديسمبر ٢٠٢٠م.
٨. د. السيد عبد المولى، مواجهة الجرائم الاقتصادية في الدول العربية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ١٤٢٧ هـ / ٢٠٠٦.
٩. د. ابراهيم المنجي، جرائم التهرب الضريبي، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م.
١٠. د. إبراهيم شحاته، الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١م.
١١. د. بدر علي بن علي الجمرة، ضمانات الاستثمار وفقا للقانونين المصري واليمني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠١٢م.

١٢. د. بن شعلان محفوظ، تجريم القانون الجزائري للمستثمر الأجنبي المخل بقواعد الرقابة على الصرف وحركة رؤوس الأموال، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثالث، سبتمبر، ٢٠١٤م.
١٣. د. بن عليه الأخضر، د. بن الشيخ عبد الناصر، د. غريب عبد القادر، الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مجلة الدراسات الاقتصادية، جامعة الجلفة، ٢٠١٩م، العدد ٣٨.
١٤. د. جمال شديد الخرباوي، حق المجني عليه في التنازل عن الدعوى الجنائية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٦م.
١٥. د. حسين عيسى عبد الحسن، الضمانات العقدية للاستثمار، دراسة مقارنة، مجلة الكوفة، كلية العلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، العراق، العدد ٢١، المجلد ١.
١٦. حسن عكوش، جرائم الأموال العامة، بدون ناشر، ١٩٧٠م، ط١.
١٧. د. حسن صادق المرصفاوي، التجريم في تشريعات الضرائب، ١٩٦٣م، ط١.
١٨. د. حميد بوزيدة، جباية المؤسسات، دراسة تحليلية في النظرية العامة للضريبة - الرسم والقيمة المضافة - "دراسة نظرية وتطبيقية"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٥م.
١٩. د. خديجة مجاهدي، الاستثمار الأجنبي "مزاياه ومعوقاته"، دراسة في ضوء أحكام قانون ترقية الاستثمار الجزائري، المجلة الجنائية القومية، المجلد ٦٣، العدد الثالث، نوفمبر ٢٠٢٠م.
٢٠. د. خالد الخطيب، التهرب الضريبي، مجلة جامعة دمشق، العدد ٢، المجلد ١٦، ٢٠٠٠م.
٢١. د. خالد موسى التوني، التصالح في جرائم العدوان على المال العام "دراسة تحليلية نقدية للقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠١٥"، العدد الحادي والثلاثون، الجزء الثالث، كلية الحقوق، جامعة أسبوط.
٢٢. د. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي (المعوقات والضمانات القانونية)، بدون ناشر، ٢٠٠٦م.
٢٣. د. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي (المعوقات والضمانات القانونية)، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ٢٠٠٦م.

٢٤. د. رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط١، ٢٠١١م.
٢٥. د. رمضان صديق محمد، الضمانات القانونية والحوافز الضريبية لتشجيع الاستثمار، دراسة مقارنة بين القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ والقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ على ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م.
٢٦. زينة يونس حسين، مدى فاعلية النصوص الجزائية في مكافحة جريمة التهريب الضريبي، دراسة مقارنة، المجلة القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، فرع الخرطوم.
٢٧. د. سعيد عبد الخالق محمود، التشريع كأداة لتحفيز الاستثمار المباشر في مصر، المركز المصري للدراسات الاستراتيجية، القاهرة، ١٩٩٦م.
٢٨. د. سوزي عدلي ناشد، ظاهرة التهريب الضريبي الدولي وآثارها على اقتصاديات الدول النامية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٠م.
٢٩. د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٥م.
٣٠. د. صخر عبد الله الجندي، جريمة التهريب الجمركي في الفقه والقضاء، بدون ناشر، ٢٠٠٢م، ط١.
٣١. صخر عبد الله الجندي، نحو قانون عقوبات ضريبي يواجه تحديات العصر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٤م.
٣٢. طه أحمد محمد عبد العليم، الصلح في الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩م.
٣٣. د. طفياني مخطارية، نزع الملكية العقارية من أجل المنفعة العامة في التشريع الجزائري، مجلة التشريعات، جامعة ابن خلدون، تيارت، العدد الرابع، ٢٠١٧م.
٣٤. د. عمر يحيوي، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، دار هومة، الجزائر، بدون سنة نشر.
٣٥. د. عباس أبوشامة، عولمة الجريمة الاقتصادية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ١٤٢٨ هـ / ٢٠٠٧ م.

٣٦. د. عبد الوهاب بكير، التنظيم القانوني للنياحة العامة في مصر ودوره في مكافحة الفساد، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، مكافحة الفساد، بدون سنة نشر، الجزء الثاني.
٣٧. د. عبد السلام أبو قحف، نظريات التدويل وجدوى الاستثمارات الأجنبية المباشرة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠١م.
٣٨. د. عبد الباقي نعمة، نزع الملكية امتياز مقرر للإدارة، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد ١٤.
٣٩. د. عجة الجيلاني، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار، الأنشطة العادية وقطع المحروقات، دار الخلدونية، الجزائر، ٢٠٠٦م.
٤٠. د. عيروط محند أو علي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠١٣م.
٤١. د. عبد الهادي رياض سرمد، الاستيلاء المؤقت على العقارات، مجلة كلية الحقوق، العدد ٢، المجلد ١٥، جامعة البحرين، يوليو ٢٠١٣م.
٤٢. د. عبد الهادي مقبل، التشريعات الاقتصادية، قانون ضمانات وحوافز الاستثمار، قانون شركات قطاع الأعمال، دار الشافعي، المنصورة، ٢٠٠٢م.
٤٣. د. عبد الهادي مقبل، قانون ضمانات وحوافز الاستثمار، دار الشافعي للطباعة، المنصورة، ٢٠٠٢م.
٤٤. د. عمر سالم، نحو تيسير الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م.
٤٥. د. عوادي مصطفى، د. رجال نصر، الغش والتهرب الضريبي في النظام الضريبي الجزائري، مطبعة سخري، الجزائر، ٢٠١٠م.
٤٦. د. عبد الله الطاهر، الاستثمار في الأردن "فرص وآفاق"، مركز دراسات الشرق الأوسط، عمان، ط ١، ٢٠٠٢م.
٤٧. د. غسان علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تنشأ بصدها، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٤م.

٤٨. د. فتحي عبد الصبور، الآثار القانونية للتأمين والحراسة الإدارية على الأموال، عالم الكتاب، القاهرة، ١٩٦٧م.
٤٩. د. فوزي عطوي، المالية العامة (النظم الضريبية وموازنة الدولة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٣م، ط١.
٥٠. د. كامل عبد خلف العنكود، د. ممتاز مطلب خبصي، الاستثمار الأجنبي وضماناته في القانون العراقي والمقارن، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٣، العدد ١٠.
٥١. د. محمد السيد عرفة، ضمانات الاستثمار الأجنبي وحوافزه في القانون المصري، دراسة تحليلية مقارنة، ورقة بحثية مقدمة للمؤتمر العلمي السنوي التاسع عشر بعنوان "قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة" في الفترة من ٢٥ - ٢٧ أبريل ٢٠١١م.
٥٢. د. مصطفى التونسي، مكافحة الجرائم الاقتصادية وأساليب مواجهتها، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض.
٥٣. د. موفق أحمد، م.م. حلا سامي خضير، الاستثمار الأجنبي وأثره في البيئة الاقتصادية " نظرة تقويمية لقانون الاستثمار العراقي"، مجلة الإدارة والاقتصاد، العدد ٨٠، ٢٠١٠م.
٥٤. محمود شاكر عبود الجنابي، المعوقات القانونية التي تواجه الاستثمار الأجنبي في العراق وسبل معالجتها، دراسة تحليلية قانونية، مجلة التنمية البشرية والتعليم للأبحاث التخصصية، العدد ٤، المجلد ١، أكتوبر ٢٠١٨م.
٥٥. د. مأمون عبد الحفيظ - الإطار القانوني لتسهيل بيئة الاستثمار الأجنبي ودوره في تنمية الاقتصاد المصري، مصر المعاصرة.
٥٦. د. ناصر عثمان محمد عثمان، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٩م.
٥٧. د. ناصر مراد، فعالية النظام الضريبي بين النظرية والتطبيق، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، البليدة، ٢٠١١م.

٥٨. د. هوام عالوه، سميرة قروي، أطر فض منازعات الاستثمار الأجنبي، جامعة باتنة ١، العدد ٦، ٢٠١٦م.

٥٩. د. ونوغي نبيل، الضمانات القانونية الموجهة للاستثمار وفق التشريع الجزائري، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف ٢، العدد الأول، سبتمبر، ٢٠١٩م.

٦٠. د. ونوغي نبيل، واقع الضمانات القانونية المقررة للاستثمار في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد دباغين، سطيف ٢، بدون سنة نشر.

٦١. د. يسري مهدي حسن السامرائي، م.م. زهرة خضير عباس العبيدي، تحليل ظاهرة التهرب الضريبي ووسائل معالجته في النظام الضريبي العراقي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الاقتصادية والإدارية، المجلد ٤، العدد ٩، ٢٠١٢م.

ثالثاً- رسائل الدكتوراه والماجستير:

١. د. أحمد صفوت، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٩م.

٢. د. عبد الباري أحمد عبد الباري، التأميم وآثاره في القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٢م.

٣. د. عاطف إبراهيم محمد، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩٧م.

٤. د. كريمة عباس، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الأخوة منتوري، ٢٠١٨م.

٥. د. يوسف الأكياي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ١٩٨٩م.

٦. أنور بدر منيف العنزي، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر "دراسة في قانون الاستثمار الكويتي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١، رسالة ماجستير قدمت استكمالاً لمتطلبات ماجستير القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٢م.

٧. حماني إسلام، أ. بن لشهب المسعود، الحماية القانونية لعقد الاستثمار في القانون الجزائري والمقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف - المسيلة، الجزائر، ٢٠١٩-٢٠٢٠م.
٨. شوميسة تلحون، الشراكة كوسيلة قانونية لتنفيذ الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد أبو قرّة، بومرداس، الجزائر، ٢٠٠٦م، ص ٤٨ وما بعدها.
٩. قاضي زهير، أ. زريبي زكية، الحماية القانونية للاستثمار الأجنبي في المجال الصناعي، مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأعمال، جامعة زيان عاشور - الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠٢٠م.
١٠. ليلي سالم، الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، ٢٠١٢م.
١١. محمد حسين قاسم حسين، الجريمة الضريبية والقضاء المختص وفقا لأحكام قانون ضريبة الدخل الأردني رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٤م، قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في المنازعات الضريبية بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، ٢٠٠٤م.
١٢. نور الدين عشي، جريمة التهرب الضريبي في التشريع الجزائري، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر في القانون الجنائي للأعمال، جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٦م.
١٣. نادية بورويس، النظام القانوني لنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، مذكرة تكميلية لنيل درجة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ٢٠١٢م.

التسوية المشروطة وطرق استرداد البنك لقيمة الاعتماد المستندي

الدكتور/ ماهر السعيد محمد جبر*

الملخص:

أحياناً يري البنك أن المخالفة الموجودة بالمستندات بسيطة قد يتجاوز عنها العميل، أو قد تكون تعليمات الأمر مخالفة لما اتفق عليه مع البائع في عقد البيع، أو أن المستفيد لم يتمكن من تقديم مستندات كاملة وسليمة، غير أنه إذا قبلها بهذه الصورة فإنه يعرض نفسه لمخاطر عدم القدرة على استرجاع قيمة الاعتماد من قبل العميل الأمر الذي يرفض هذه المستندات.

ولذلك فإنه ولدرء أي خطر يمكن أن يهدد مصالحه في عملية الاعتماد، فإنه يشترط على المستفيد قبول المستندات مع التحفظ (قبول العميل لها)، وعلى هذا الأساس تكون تسوية الاعتماد نهائية مشروطة بقبول الأمر للمستندات.

وفي حال عدم تحقق هذا الشرط فإنه يمكنه الرجوع على المستفيد، إلا أن ذلك لا يعني أن للتسوية المشروطة تأثير على طبيعة الاعتماد القطعي من حيث التزام البنك في مواجهة المستفيد، كما لا يعتبر تخفيفاً من مبدأ الاستقلال المطلق للاعتماد القطعي.

الا أنه إذا تمسكنا بأن المستندات يجب أن تكون مطابقة لشروط الاعتماد وأن أي خلل لم يمتد إليه البنك عند تنفيذ الاعتماد يمكن أن ينشئ حقاً لهذا الأخير للرجوع على المستفيد، فإن ذلك يعد تكريساً للتسوية غير المشروطة، وقد ساند هذا الرأي جملة من الفقهاء.

الكلمات المفتاحية: التسوية المشروطة - بنك - الاعتماد المستندي - استرداد.

*مدرس قانون التجارة الدولية - رئيس قسم القانون بكلية العمارة الجامعية - العراق.



Conditional Settlement and the Bank's Recovery Methods for Letter of Credit

Dr. Maher Elsaid Mohamed Gabr*

Abstract:

Sometimes the bank sees that the violation in the documents is simple that the customer may exceed, or the order instructions may be in violation of what was agreed with the seller in the sales contract, or that the beneficiary was unable to provide complete and valid documents. However, if he accepts this in this way, he exposes himself to the risks of inability to I have to get the credit back from the ordering customer who refuses these documents.

Therefore, to ward off any danger that could threaten his interests in the accreditation process, the beneficiary is required to accept the documents with reservations (the client accepts them), and on this basis the settlement of the accreditation is final, subject to the ordering acceptance of the documents.

In the event that this condition is not met, it can refer to the beneficiary. However, this does not mean that the conditional settlement has an effect on the nature of sectoral credit in terms of the bank's commitment to face the beneficiary, nor is it considered a mitigation of the principle of absolute independence of sectoral credit.

However, if we hold that the documents must be in conformity with the terms of approval and that any defect that the bank did not notice when implementing the credit can create a right for the latter to refer to the beneficiary, then this is a consecration of the unconditional settlement, and this opinion was supported by a group of jurists.

Keywords: Conditional Settlement – Bank - Letter of Credit - Recovery.

*Lecturer of International Trade Law, Head of the Law Department, Al-Amarah University College - Iraq.

المقدمة

يتعلق موضوع البحث كما يتضح من عنوانه، بعملية مهمة من عمليات البنوك وهي عملية الاعتماد المستندي، بل إنه يتعرض لأهم المخاطر التي تحيط بها وهي الغش في مستندات خطاب الاعتماد^(١)، فالاعتماد المستندي بنص المادة (٣٤١ / ١) من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ هو: عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناء على طلب احد عملائه ويسمي الأمر لصالح شخص آخر يسمي المستفيد بضمان مستندات تمثل بضاعه منقولة أو معدة للنقل^(٢)، وبالتالي فإن الاعتمادات المستندية تعد من عمليات البنوك ذات الصلة الدولية فهي من الوسائل الأساسية التي ساعدت على انتشار التجارة، وسهلت عمليات التبادل التجاري بين مختلف دول العالم، وذلك كونها تتصف بالأمان والإيفاء بالالتزامات المالية وتضفي طابع الطمأنينة على البائع باستلام مستحقاته المالية عند تنفيذ الالتزامات الملقة عليه.

وصورة الاعتماد المستندي بشكل واضح هي: مثلاً إذا أراد تاجران في بلدين مختلفين أن يتبادلا سلعة وثمانها فسوف يصطدمان بعقبة تتضح في عدم اطمئنان كل منهما للآخر؛ فالبايع يتخوف من عدم وفاء المشتري بالثمن والمشتري أيضاً يتخوف من دفع الثمن مقابل بضائع لم تصل إليه بعد. وهنا اتضح دور البنوك حيث توسّطت بين الطرفين عن طريق قيام العميل الأمر بفتح اعتماد مستندي لصالح البائع بثمان البضاعة لدى البنك (فاتح الاعتماد) ويكون هذا البنك غالباً في بلد المشتري، ثم يقوم هذا البنك بتعزيز الائتمان عن طريق بنك آخر يسمى البنك المؤيد أو المعزز ويكون هذا البنك في بلد البائع، ولا يقوم البنك بوفاء ثمن البضاعة للبائع إلا بعد التأكد من مطابقة المستندات للمواصفات التي طلبها العميل الأمر^(٣).

(١) د/حسين فتحي: دروس في عمليات البنوك في ضوء قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، جامعة طنطا، ٢٠٠١م، والمراجع المشار لها، ص ٧.

(٢) أشارت المادة (٣٤١) إلى استقلال عقد الاعتماد عن العقد الذي فتح بسببه ويبقى البنك أجنبياً عن هذا العقد كما قررت ذات المادة في فقرتها الثالثة سريان القواعد الواردة بالأعراف الموحدة للاعتمادات الصادرة عن غرفة التجارة الدولية فيما لم يرد فيه نص. وقد انضم اتحاد بنوك مصر لهذه الصياغة الجديدة للقواعد الموحدة ١٩٨٥، مشار إليها/ محمد محمود فهمي: الاعتمادات المستندية، معهد الدراسات المصرفية، القاهرة ١٩٦١م، ص ٣٦.

(٣) د/نجوى كمال أبو الخير: البنك والمصالح المتعارضة في الاعتماد المستندي، دراسة للفقهاء والقضاء المقارن، رسالة دكتوراه، القاهرة، ١٩٩٣م، ص ٢٠.

ولا يسأل البنك إلا في هذا النطاق فقط^(٤)، فلا يتم تسليم البضاعة ولا قبض الثمن مباشرة، وإنما يكون تسليم البضاعة عادة عن طريق تسليم المستندات التي تمثل حيازة البضاعة؛ فيكون تسليم المستندات تسليمًا للبضاعة وعندئذ يستحق الثمن. وتكون هذه المستندات عادة هي سند الشحن الذي يسلمه الناقل البحري عن البضاعة التي يتلقاها من البائع لينقلها إلى بلد المشتري ويصحب هذا المستند مستندات أخرى يطلبها المشتري لأغراض شروط الاستيراد ومستندات تصدير من الغير تشهد بحسن تنفيذ البائع التزاماته، ومثالها وثيقة التأمين على البضاعة وشهادات بالكمية أو الوزن أو النوعية والفاتورة وغير ذلك.

فإذا كانت حالة الغش هي الاستثناء الوحيد على مبدأ الاستقلال، والتي يتم في وجودها امتناع البنك عن الوفاء بقيمة الاعتماد للمستفيد، إلا أن البنك قد يرى الوفاء للمستفيد ويتحمل المسؤولية عن الغش الموجود بالمستندات وبالتالي لا يكون له الحق في الرجوع على المستفيد بقيمة الاعتماد، فقد تقتضي الرغبة في تسهيل حركة المعاملات التجارية وسرعتها أن تلجأ البنوك إلى تفادي رفض المستندات المخالفة للاعتماد، لكن ذلك مشروط بموافقة العميل الأمر على التجاوز عن هذه المخالفة مما يتيح للبنك قبول المستندات المخالفة لقاء تحفظات معينة أو مقابل ضمان، والمؤكد هنا أنه لا مسؤوليه على البنك أمام العميل الأمر إذا تنازل هذا الأخير عن هذه المخالفة^(٥) وهو ما يعرف بالتسوية المشروطة .

سبب اختياري لموضوع البحث:

دور البنوك في عملية الاعتماد المستندي محوري ومهم لأنه يقوم بالوفاء للمستفيد لقاء مستندات تطابق مستندات المشتري مطابقة حرفية؛ لكن قد يوفي البنك لقاء مستندات غير سليمة، إلا أنه يرى هذا الخلل طفيف لا يؤثر على إتمام الصفقة أو أن المشتري قد يتغاضى عنه؛ لذا أرى أن البنك يستطيع إتمام العملية بعد أخذ رأي العميل

(٤) د/ زينب السيد سلامة: دور البنوك في الاعتمادات المستندية من الوجهة القانونية، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، ١٩٨٣م، ص ٥٠.

(٥) د/ نجوى كمال أبو الخير: البنك والمصالح المتعارضة، مرجع سابق، ص ٤١٢. حيث تري سيادتها انه في جميع الحالات التي تتطوي فيها المستندات على مخالفات لشروط الاعتماد من الأفضل وضع العميل في الصورة وأخذ رأيه في ذلك فإذا أمره بالتجاوز عنها وتسوية الاعتماد كان للبنك المضي في التنفيذ مطمئناً على حقه في الاسترداد".

المشتري، وذلك تمشياً مع ما تتطلبه عمليات التجارة من السرعة والائتمان، فالمخاطر التي تتعرض لها المصارف عند تعاملها بالاعتماد المستندي، كثيرة ومتعددة لتعدد أسبابها^(٦)، فبعضها يرجع إلى طبيعة المستندات وبعضها الآخر يرجع إلى بعض صور الاعتماد المستندي، وقد يكون الخطر ناتجاً عن عميل البنك أو قد يرجع إلى الظروف العامة، ولكثرة هذه المخاطر لا يكاد يخلو أي اعتماد من الاعتمادات التي يمنحها أي مصرف من نسبة معينة من المخاطر مهما كانت بسيطة.

لذا يجب أن يحاول البنك أن يحد من هذه المخاطر باتخاذ الإجراءات التي يراها ضرورية في مواجهتها، فعلى الرغم من أن القاعدة العامة هي عدم إمكانية البنك التخلص من هذه المخاطر نهائياً مهما حاول، فتبقى غاية البنك هي التخفيف منها قدر الإمكان.

صعوبة موضوع البحث:

يُعد التعرض لطرق استرداد البنك لقيمة الاعتماد من الصعوبة بمكان حيث يقتضي ذلك دراسة انظمة قانونية مختلفة؛ نظراً لتباين تعريف الغش في الأنظمة المحلية والمقارنة وذلك لدولية عمليات الاعتماد.

كما يتطرق ذلك لبحث مدى دقة البنك في فحص المستندات من عدمه؛ أيضاً يقودنا ذلك لمحاولة التحديد الدقيق لزمن وقوع الغش والأطراف المسؤولين عنه، مما يعرضنا لصعوبات كثيرة.

منهجية البحث:

اتبعت في هذا البحث المنهج المقارن وذلك لأن عمليات الاعتماد المستندي مهمة ودقيقة لعمليات التجارة الدولية خاصة وعمليات التجارة عامة، كما انها دولية لا يحكمها نظام قانوني واحد حيث يحكم العملية الواحدة أكثر من قانون من حيث إجراءات إتمامها، كما اتبعت أيضاً المنهج التحليلي وذلك لصعوبة موضوع الغش في الاعتماد واختلاف الآراء في أدق تفاصيله، مما يدعونا لعرض هذه الآراء بالتحليل وترجيح إحداها مع بيان سبب الترجيح.

(٦) د/ محمود مختار بريري: الخطأ التقصيري ومسؤولية البنك، القاهرة ١٩٨٦م، ص ٢١٤.

خطة الدراسة:

سوف نعرض في هذا البحث للتسوية المشروطة كوسيلة لإتمام عملية الاعتماد المستندي في حالة غش المستفيد، ولذلك فإن دراستنا لهذا الموضوع ستكون من خلال تقسيمنا له الى فصلين كما يأتي:

الفصل الأول: رجوع البنك عن طريق التسوية المشروطة.

الفصل الثاني: رجوع البنك على المستفيد خارج التسوية المشروطة.

الفصل الأول

رجوع البنك عن طريق التسوية المشروطة

المهمة الأساسية، والأولى للبنك تكمن في فحص المستندات بدقة وبعمق ومطابقتها بشروط الاعتماد، فإذا كانت سليمة مطابقة قبلها البنك أما إذا كانت مخالفة فإنه يرفضها، والفحص كما قلنا يكون لظاهر المستندات فإذا اتضح مطابقتها لشروط الاعتماد في الظاهر قبلها البنك، وقام بدفع قيمتها للمستفيد ولا يعد بذلك مهماً ومقصراً^(٧) ولو كانت في حقيقتها تخالف الواقع طالما أن البنك لم يستطع تبين ذلك^(٨)، بيد أن البنك قد يرى أن المخالفة الموجودة بالمستندات بسيطة يمكن التجاوز عنها العميل، أوقد تكون تعليمات الأمر مخالفة لما اتفق عليه مع البائع في عقد البيع، أو أن المستفيد لم يتمكن من تقديم مستندات كاملة وسليمة^(٩).

غير أنه إذا قبلها بهذه الصورة فإنه يعرض نفسه لمخاطر عدم القدرة على استرجاع قيمة الاعتماد من قبل العميل الأمر^(١٠) الذي يفرض هذه

(٧) د/نبيل محمد صبيح: مسؤولية البنك عن فحص المستندات، مرجع سابق، ص ١٩٦. كذلك: مرسيليا التجارية ٢٠ مايو ١٩٧٥، مجلة القانون البحري الفرنسي ١٩٧٥م، ص ٦٧٦.

(٨) Georges Marais ; Crédit Conforme en matière documentaire, Librairie générale de droit et Jurisprudence, paris, deuxième, édition, 1953, n 15.

د/نجوى كمال أبو الخير: البنك والمصالح المتعارضة رسالتها، مرجع سابق، ص ٣٤٩.

د/سميحة القليوبي: مسؤولية البنوك، مرجع سابق، ص ١٤.

(٩) د/ علي جمال الدين: الاعتماد المستندي، دراسة لقواعد ١٩٨٣م، دار النهضة العربية؛ القاهرة، ط ١٩٨٩، ص ٣٢١.

(١٠) د/نبيل محمد صبيح: مسؤولية البنك عن فحص المستندات، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة ٣٨، يناير ١٩٩٦م، ص ١٩٧.

المستندات^(١١)، ولذلك فإنه ولدرء أي خطر يمكن أن يهدد مصالحه في عملية الاعتماد، فإنه يشترط على المستفيد قبول المستندات مع التحفظ (قبول العميل لها)، وعلى هذا الأساس تكون تسوية الاعتماد نهائية مشروطة بقبول الأمر للمستندات^(١٢)، وفي حال عدم تحقق هذا الشرط فإنه يمكنه الرجوع على المستفيد، إلا أن ذلك لا يعني أن للتسوية المشروطة تأثير على طبيعة الاعتماد القطعي من حيث التزام البنك في مواجهة المستفيد، كما لا يعد تخفيفاً من مبدأ الاستقلال المطلق للاعتماد القطعي .

ويحصل أن يقوم البنك بتنفيذ الاعتماد بناء على كون المستندات مطابقة لشروط الاعتماد إلا أنه قد يفتن بعد التسوية أنها كانت مبنية على خلل، فهل يمكنه أن يطلب استرجاع مبلغ الاعتماد خاصة وأن التسوية لم تكن مشروطة؟
لتوضيح ذلك نقسم هذا الفصل لمبحثين:

مبحث أول: التسوية المشروطة.

مبحث ثاني: التسوية الغير مشروطة.

(١١) وهذا هو قضاء محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن: قضاء هذه المحكمة قد جري على أساس أن نظام الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء، هو استقلاله عن عقد البيع القائم بين البائع والمشتري، يلتزم بمقتضاه البنك الذي فتح الاعتماد بالوفاء بقيمته متى كانت المستندات المقدمة إليه مطابقة تماماً لما تضمنه خطاب الاعتماد، دون أن يكون له في ذلك أدنى سلطة في التقدير أو التفسير أو الاستنتاج، وفي الوقت ذاته ليس للبنك أن يستقل دون موافقة عميله بتعديل شروط الاعتماد، وعليه إذا ما قدمت له مستندات الشحن من المستفيد أن يقوم بمطابقتها علي ما ورد بشأنها في خطاب الاعتماد، إذا لم يعترض عليها خلال أجل معقول يكفي لفحصها اعد ذلك قبولا لها بحالتها التي قدمت بها، بما يترتب عليه التزامه بالوفاء بقيمة الاعتماد. (الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٥/٢/١٨) د/علي جمال الدين: الاعتماد المستندي، مرجع سابق، ص ٣٠١، حيث يري سيادته: أنه يجب الفصل في سلامة المستندات في مدة معقولة، وإلا أجبر البنك المصدر علي الدفع للبنك الذي أرسلها إليه .

(12) Cass.Com.3 Juin 1957. Bull Civ.O I II n 180. P. 153, Cass, 28 Juin 1965, bull civ. I II. n. 234.P. 192. Bontoux, Le credit documentaire diffère, Banque 1956, 583. Blandeel. Le crédit documentaire apaiement diffère Banque 1964. 53. Bontoux, Le crédit apaiement diffère. Banque, 1983, p.1285.

المبحث الأول

التسوية المشروطة^(١٣)

إذا لم يتمكن المستفيد من تقديم المستندات المشترطة خلال مدة الاعتماد كاملة، مطابقة لخطاب الاعتماد فإنه يتعهد للبنك برد قيمة الاعتماد إذا لم يقبلها العميل الأمر^(١٤)، أو القيام بتعويض البنك عما يتعرض له من ضرر جراء قبوله مستندات مخالفة^(١٥)، إلا إن العميل الأمر يستطيع رفض ذلك، ولا يستطيع أحد أن يسلبه هذا الحق.

غير أنه في إطار علاقته بالبنك الفاتح للاعتماد فإن البنك المنفذ للاعتماد يعطي أجلاً له ليقرر إن كان يصادق على تصرف البنك المنفذ للاعتماد بالتسوية المشروطة، وأنه بمضي هذا الأجل فإنه يكون من حق البنك المنفذ طرح التحفظات المتعلقة بتسوية الاعتماد وتعد عدم إجابة البنك فاتح الاعتماد في أجل معقول مصادقة ضمنية لتصرف البنك المنفذ للاعتماد^(١٦).

أيضاً فإن الضمان يجب أن يتم الاتفاق عليه بين البائع والبنك قبل تنفيذ الأخير

(١٣) حول التسوية المشروطة:

Michel phijac; crédit documentaire, Les règlements conditionels, Banque 1958, p.p, 17-20, Charles pantoux, crédits documentaires, Banque, 1967, p.p. 83-86, Cour de justice civile de geneve, 8 nov, 1985, Recueil dalloz sirey, 1986, p.216, Cour de cassation de commerce, 23 Fev, 1967, Banque, october 1-73.

كذلك د/علي جمال الدين عوض: الاعتمادات المستندي، مرجع سابق، ص ٣٢ وما بعدها، د/سميحة القليوبي، الأستاذ فتحي غانم، الدكتور نادره محمود سالم: القانون التجاري وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، مكتبة عين شمس، ط ٢٠٠١م، ص ٣٩١.

(١٤) بنتو: التسوية المشروطة في الاعتماد المستندي، مجلة بنك ١٩٦٧، العدد ٢٤٨، ص ٦٠، المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٥٨، العدد ١، س ١١، ص ١٢٩، د/نجوى كمال أبو الخير: البنك والمصالح المتعارضة في الاعتماد المستندي، مرجع سابق، ص ٣٣٣، كذلك أ/توفيق بن نصر: القانون البنكي التونسي، الدار المغربية للطباعة والنشر، تونس ٢٠٠٩م، ص ٢١٦، أ/أحمد الزيادات: التزام البنك أو العميل بقبول المستندات بالرغم من عدم مطابقتها، محاضرات في الاعتماد المستندي، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن، ط ١، ٢٠٠٠م، ص ٦٧.

(١٥) بنتو: التسوية المشروطة في الاعتماد المستندي، مجلة بنك ١٩٦٧، العدد ٢٤٨، ص ٨٣. كذلك:

Phijac; credit documentaire, op. cit, p.17.

(١٦) أ/توفيق بن نصر: القانون البنكي التونسي، مرجع سابق، ص ٢١٠.

للاعتما^(١٧)، فهو شرط لهذا التنفيذ، أما إذا تم تقديمه بعد تنفيذ الاعتماد ورفض المشتري للمستندات، فإن موقف البنك بالنسبة إلى هذا الضمان يكون ضعيفاً جداً^(١٨)، ويجب أن يكون خطاب الضمان واضحاً لا غموض فيه وأن يتضمن بيان الاختلافات التي سببت إصداره، وقد يكون التصديق بصريح العبارة وذلك إذا قرر البنك الفاتح والمشتري أن المستندات مطابقة لشروط الاعتماد وبذلك تصبح التسوية نهائية، ولا يمكن بعد ذلك للمشتري^(١٩) الرجوع إلى البنك المنفذ الذي يستحق بموجب التصديق لمبلغ الاعتماد ولا حتى على المستفيد.

ويمكن أن تكون التحفظات^(٢٠) داخلية أي أن مجالها مقصور على علاقة البنك المنفذ للاعتماد والمستفيد فيكون تنفيذ الاعتماد من قبل البنك المنفذ على مسؤوليته^(٢١) إذا لم يتم بإحاطة البنك فاتح الاعتماد علماً به^(٢٢)، وتثور مشكلة مهمة أيضاً في حالة ما إذا رفض المشتري المستندات، وبالتالي أصبح للبنك الحق في الرجوع على المستفيد بقيمة الاعتماد، أو بتعويضه عن الضرر الناتج من عدم قبول المشتري للمستندات،

(١٧) د/أمين ميخائيل عبدالمك: الاعتمادات المستندية، معهد الدراسات المصرفية ١٩٥٧، أ/محمد محمود فهمي: الاعتماد المستندي، معهد الدراسات المصرفية، ١٩٥٩، أبشتاين وبننو: أمان ومخاطر الاعتماد المستندي، ١٩٦٤، ص ٢٢٠-٢٢٤.

(١٨) استئناف الجزائر ٢٢ نوفمبر ١٩٥٠ مجلة بنك ١٩٥٦ ص ٤٨٢، مجلة بنك البلجيكية ١٩٥٠م، ص ٢٨٧، المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٥٨م، العدد ١ ص ١١، ص ١٢٩، مجلة بنك الفرنسية ١٩٥٨م، ص ٥١.

Gutterdige and Megrah; The law of Bankers Letters of Credit, op.cit.p.146147.

(19) Paris, 13 mai 1993, Recueil dalloz sirey, 1994, p.22, Trib.Com, Paris, 21 nov. 199, Recueil dalloz sirey, 1994, p.28.

(٢٠) التحفظ الداخلي هو التحفظ المتفق عليه بين البنك المؤيد والمستفيد ولم يخطر به البنك الفاتح، وفي وجود هذا التحفظ يدفع البنك المؤيد على مسؤوليته نظير المستندات، محكمة العدالة المدنية، جنيف ١٨ أكتوبر ١٩٨٤، دالوز ١٩٨٥م، ص ٢١٦. د/علي جمال الدين: الاعتمادات المستندية، مرجع سابق، ص ٣٢١.

(21) Paris, 19/1/1952, J.C.P. 1953, p.611, G 1952, n3, 4, p.286, Aix, 8/2/1951, J.C.P. 1952, p.331.

(22) Courde justice civil de jeneve 8 nov. 1985 D.S, 1986 Citepar le vasseur (m), Cass.Com, 31/5/1966, G 1966, n4, p.40 et Trib Coulmar, 6/5/1962, J.C.P. 1962- 12794, Cass. Com. 23/2/1976, Elbltan, p. 52- 06, G 1976. P.

-د/زينب السيد سلامة: دور البنوك في الاعتماد المستندي، رسالتها، مرجع سابق، ص ٣٣٧.

هذه المشكلة تتمثل في تحديد الأشخاص الذين يستفيدون من هذا الضمان، فالضمان يقدم من البائع المستفيد إلي البنك الوسيط (المنفذ للاعتماد)، فهل من يفيد من الضمان هو فقط البنك المنفذ أم يفيد منه أيضاً البنك الفاتح والعميل الأمر؟ .

في الواقع أن البنك الفاتح ملزم برفض المستندات طالما كانت غير مطابقة للشروط، والعميل الأمر عند رفضه للمستندات يفكر في الضمان لكنه قد يقبل المستندات لتفاهة الضرر، ومع ذلك تكون مصلحته في اللجوء للضمان لتعويض هذا الضرر. كما أن التساؤل يثور حول مدى اعتبار قيام البائع أو بنكه بتوقيع الضمان تفويضاً للبنك الفاتح بالحصول على قيمة الاعتماد من المشتري؟ للإجابة على السؤالين نجد أن الانجليز يعدون أن المستفيد من الضمان هو فقط البنك الوسيط؛ لأنه البنك الذي قدم إليه الضمان^(٢٣).

أما في الدول الأخرى فالرأي: أن الضمان يفيد منه البنك الوسيط، والبنك الفاتح، والمشتري؛ لأن القول بغير ذلك يضعف من قيمة الضمان ويعطي فرصة كبيرة لعدم نجاح التسوية كلها^(٢٤)، ورغم ذلك فإن الإنجليز وإن كانوا ينتصرون للرأي الأول إلا إنهم يقولون: "بأنه لما كان الضمان ينشأ من عقد فإنه ما لم يتضمن ما يفيد أنه يخدم أشخاصاً آخرين بخلاف البنك الذي صدر الضمان له فلا يفيد منه غيره، ولا محل لافتراض معني أوسع من ذلك، وإذا أريد توسيع نطاق الضمان فقد وجب التصريح بذلك

(٢٣) قيل: إن التسوية المشروطة متعذرة إذا كان الاعتماد ينفذ بطريق قبول الكمبيالة، لأن قانون التجارة يحظر تعليق القبول علي شرط، والصحيح أن القبول-يكون غير معلق، والتعليق يرد في القائمة التي ترسل إلي المستفيد. أما الكمبيالة فهي تدفع في أجلها إلى كل حامل شرعي، دون أن يبريء هذا الوفاء المستفيد الذي مكن مقاضاته تطبيقاً للتحفظ الوارد بالتسوية د/علي جمال الدين الاعتماد المستندي. مرجع سابق. ص ٣٢١،

(24) Leg Commercial, 3 mar 1951, Bank Blgeka, 1951, p.209.

وإذا كان الرأي مستقراً علي أن البنك الوسيط الذي تدخل للوفاء بالاعتماد المستندي أو تأييده، وليس له الحق في أن ينفرد وحده بقبول أو رفض المستندات دون رجوع علي البنك مصدر الاعتماد، فقد اختلف الفقه بخصوص حق البنك مصدر الاعتماد في قبول التسوية المشروطة دون رجوع علي العميل الأمر، فمنهم من يري أن للبنك مطلق الحرية في قبول أو رفض التسوية المشروطة دون رجوع علي عميله الأمر، ومنهم من يري أنه لا بد من رجوع البنك مصدر الاعتماد علي العميل الأمر، وبجانب هذين الرأيين يوجد اتجاه ثالث أكثر اتفاقاً مع الحياة العملية، يتمثل في أنه إذا كان البنك غير ملتزم أصلاً بالرجوع علي العميل الأمر، فإنه من المرغوب فيه عملاً أن يطلب النصح من عميله الذي قد يفضل تنفيذ الاعتماد بدلا من رفضه.

في عبارته^(٢٥).

وبالتالي فإذا كان الضمان يفيد الثلاثة أطراف فإن ذلك يمثل تفويضاً من البائع للبنك الوسيط أن يعرض البنك الفاتح، أو المشتري في حدود المبلغ المخصص للضمان، وللبنك الوسيط أن يعود على الضامن بما أداه لهم^(٢٦)، أيضاً فإن التساؤل يثور عن: مدي التزام البنك المنفذ بإخطار البنك الفاتح بوجود تسوية مشروطة لقبول العميل الأمر المستندات، أو بوجود ضمان من المستفيد أم لا؟ في الواقع البنك المنفذ في هذه الحالة أمامه طريقان: الطريق الأول: أن يقوم بتقديم المستندات إلي البنك المصدر دون تنويه عما بها من عيوب، وإنما باعتبارها مطابقة لشروط الاعتماد، ودون ذكر للتسوية المشروطة مع المستفيد.

والطريق الثاني: هو قيام البنك المنفذ بتقديم المستندات موضحاً أنه دفع قيمتها تحت التحفظ، ويحدد للبنك المصدر مهلة للاعتراض على التسوية المشروطة، بحيث إنه إذا لم يعترض خلال هذه المهلة فإن البنك المنفذ يلغي التحفظ، ويعد قبول البنك المصدر

(٢٥) وفي جميع الحالات من الخير للبنك أن يستكتب المستفيد إقراراً بظروف العملية كلها، وبأن التسوية مشروطة بقبول المشتري المستندات، فإذا رفضها لأي سبب كان، فإن المستفيد يستردها، ويرد للبنك ما عجله إليه تنفيذاً للاعتماد، فمثل هذه الكتابة تنفع البنك إذا نازع المستفيد في حقوق البنك متي رفض المشتري المستندات، ويمكن على كل حال إثبات قبول المستفيد تعليق التسوية على هذا الشرط بكافة الطرق.

(٢٦) إذا كان الاعتماد ينفذ بطريق الكمبيالة المستندية، بطريق خصمها أو قبولها، فإذا خصمها البنك الوسيط وفقاً لشروط الاعتماد، أي: نظير مستندات كاملة، وسليمة فله أن يرجع علي البنك الفاتح الذي نفذ هو الاعتماد لحسابه. لكن إذا لم تتوافر شروط الاعتماد، ولكنه نفذ اطمئناناً إلي الضمان المقدم من البائع لم يكن له رجوع إلا علي المستفيد دون البنك الفاتح أو المشتري إذا رفضت المستندات، فإذا كان الاعتماد ينفذ بالقبول فمعني ذلك أنه - نظير المستندات تقبل الكمبيالة التي يسحبها البائع ويرفق بها المستندات، وعندئذ يتوقف مركز البنك الوسيط الذي قبلها علي كون المسحوب عليه هو المشتري، أو البنك الفاتح، أو البنك الوسيط، فإذا كانت الكمبيالة مسحوبة علي المشتري أو البنك المصدر فقد يتعذر علي البنك الوسيط أن يحصل علي قبول المسحوب عليه، وذلك بسبب عدم سلامة المستندات، إلا إذا تمكن من عرض ضمانه شخصياً للمسحوب عليه. أما أن كان هو نفسه- أي البنك الوسيط- المسحوب عليه طبقاً للاعتماد فإنه يتعرض لعدم إمكان استرداده ما يدفعه في حين أنه يلزم بقبوله الذي وضعه على الكمبيالة، ولا يكون له نظر إلا إلى البضاعة التي لن يتسلمها غيره والمستفيد من الاعتماد البائع (وهو الساحب)، ليس علي أساس الكمبيالة بل على أساس الضمان، أو الاعتماد. د/علي جمال الدين، الاعتماد المستندي، مرجع سابق، ص ٣٢٥، ٣٢٦، هامش ٣.

للمستندات نهائياً إلا أن هذين الطريقتين تعرضاً للنقد، فالطريق الأول لا يتفق مع واجب البنك المنفذ من حيث ضرورة قيامه بصفته وكيلاً بإبلاغ موكله، وهو البنك المصدر أو الفاتح بما في المستندات من عدم مطابقة، كما لا يقبل في الطريق الثاني أن تحدد مهلة للبنك المصدر كإذار نهائي لإتمام عملية الاعتماد بين البنك المنفذ والمستفيد ومن غير المقبول أيضاً أن يفرض البنك المنفذ على البنك المصدر، والعميل الأمر آثار اتفاق لم يكونا طرفاً فيه^(٢٧).

أما بخصوص تقديم ضمان من المستفيد فقد اختلف الفقه بصدد، وأصحاب الرأي الراجح يرون^(٢٨): أنه ما دامت المستندات المقدمة من المستفيد غير مطابقة لشروط الاعتماد، فإنه لكي يقبلها البنك لابد من تبرير هذا القبول، ويكون هذا التبرير متمثلاً في تقديم ضمان من المستفيد في شكل خطاب ضمان أو تعهد يتعهد فيه المستفيد برد ما دفعه له البنك إذا لم يقبل العميل الأمر أو البنك المصدر هذه المستندات، كما يتعهد برفع كل مسؤولية أو أضرار تقع على عاتق البنك عند دفعه قيمة المستندات رغم ما بها من اختلاف، وذلك تأكيداً لتوصية اللجنة الفنية للاعتمادات المستندية للبنوك بعدم تنفيذ الاعتماد المستندي إلا مقابل تقديم المستفيد لها خطاب ضمان^(٢٩)، وعليه لا يمكن أن تتم عملية الاعتماد إلا بعد تسلم خطاب الضمان موقعاً عليه كما ينبغي حسب الأصول قانوناً^(٣٠)، وهوما أكدته محكمة استئناف باريس بحكمها في ١٩ يناير ١٩٥٢م^(٣١) من حق البنك في التسوية المشروطة حتي ولو كانت المستندات المقدمة إليه من المستفيد غير مطابقة لخطاب الاعتماد كما هو الحال في الدعوي التي صدر فيها الحكم، إذ قدم المستفيد سند الشحن متضمناً ميناء الشحن "مرسيليا" بالمخالفة

(٢٧) د/زينب السيد سلامة: دور البنوك، رسالتها، مرجع سابق. ص ٣٣٥.

(٢٨) أ/أمين ميخائيل عبدالمك: الاعتمادات المستندية، معهد الدراسات البنكية ١٩٥٧، أ. محمد محمود فهمي: الاعتماد المستندي، معهد الدراسات البنكية ١٩٥٩.

(٢٩) مجلة بنك البلجيكية ١٩٥٠ ص ٢٨٧، المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٥٨ العدد ١، ص ١١ ص ١٢٩، مجلة بنك الفرنسية ١٩٥٨م، ص ٥١.

(٣٠) Charles Bantoux; Crédit documentaires, op.cit.p. 85, Michelphajic; Creditdocumentaires, op. cit. p. 18.

(٣١) استئناف باريس ١٩ يناير ١٩٥٢ المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٥٢، ص ٦١١، وجازيت ١٩٥٢ العدد ٣، ص ٢٨٦. وقد أخذت بهذه الفكرة محكمة استئناف اكس ٨ فبراير ١٩٥١م المجلة الفصلية ١٩٥١م، ص ٣٣١.

للمحدد في عقد فتح الاعتماد " تاهيتي"، وما يترتب عليها من حق البنك في الرجوع على المستفيد بما سبق أن دفعه له إذا رفض العميل المستندات لعدم هذه المطابقة^(٣٢). على ضوء ما تقدم فإنه يمكن القول: إن التسوية المشروطة هي آلية تمكن من تفادي تعطيل الاعتماد المستندي وهي تسوية معلقة على شرط فاسخ ذلك أن العقد الرابط بين البنك المنفذ والمستفيد يبقي معلقا على قبول البنك فاتح الاعتماد للمستندات فإذا لم يقع قبول لها، فإن من حق البنك المنفذ الرجوع على المستفيد لاسترجاع مبلغ الاعتماد موضوع التسوية المشروطة، وجدير بالذكر أن البنوك أصبحت تستعمل التسوية المشروطة بطريقة تعسفية لأي سبب كان ومثل هذا الأمر يهدد حق المستفيد وفائدته من الاعتماد غير القابل للرجوع فيه خاصة انه يمكن للمشتري التمسك بأي خلل ليأمر البنك بعدم تنفيذ الاعتماد.

والحقيقة أنه كان من الممكن الحد من تعسف البنوك في هذا المجال بناء على القواعد الموحدة رقم ٤٠٠ وخاصة الفقرة ٥ من المادة (١٦) التي تقرر قاعدة سقوط حق البنك إذا لم يفحص المستندات خلال مده معقولة، ويبلغ من قدم المستندات بالإخلالات التي يراها في المستندات إلا أن هذه القاعدة وقع التراجع عنها عند مراجعة القواعد الموحدة^(٣٣) لسنة ١٩٩٣م.

والسؤال الذي يطرح هنا هل يمكن أن يقف الاعتماد حائلاً دون التسوية المشروطة؟ أجابت الفقرة الأولى من المادة (١٥٧) من قانون التجارة الأردني^(٣٤) التي أكدت على أن يكون القبول مجرداً أو مطلقاً والواضح من خلال أحكام هذه المادة أن القبول لا يمكن أن يكون مشروطاً، وبالتالي يعلق قبول الكمبيالة المستندية على عدم رفض البنك الفاتح أو الأمر للمستندات، إلا انه في إطار التسوية المشروطة فإن الكمبيالة تدفع لحاملها الشرعي ذلك أن التعليق لا يرد إلا في القائمة التي ترسل للمستفيد الذي يبقي

(32) Trib. Com, paris, 2 edec, 1991, Recueil dalloz sirey, 1994, p. 21.

(33) المقصود هنا النشرة رقم ٥٠٠ من نفس القواعد أما النشرة ٦٠٠ من القواعد الصادرة عام ٢٠٠٧ فقد أعادت قوة هذه القاعدة خاصة في المادتين ١٥، ١٦.

(34) وتنص على أنه لا يجوز أن يعلق القبول على شرط، أيضاً: فياض ملفي القضاة: شرح القانون التجاري الأردني (الأوراق التجارية)، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ٢٠٠٩، ص١٦٣، كذلك د/بسام حامد الطراونة: تظهير الأوراق التجارية، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ٢٠٠٤م، ص٩٢.

في كل الصور موضوع مقاضاة من قبل البنك المنفذ لاسترجاع المبلغ الذي يدفعه تنفيذاً للاعتماد.

أي أن التسوية المشروطة تعطي البنك الحق في الرجوع بما أداه للمستفيد في حالة رفض العميل الأمر للمستندات، كما أن فائدتها للمستفيد تتضح في منع القيد العكسي الواقع من البنك دون رضا المستفيد؛ وذلك في الحالة التي يدفع فيها البنك للمستفيد رغم عدم مطابقة المستندات لخطاب الاعتماد بمبلغ مساوٍ لثمن البضاعة المشحونة، ويكون ذلك بتجميده في الجانب الدائن من الحساب الجاري للمستفيد لديه بشرط قبول المستندات من العميل الأمر والبنك المصدر، وهو ما أبرزه القضاء في أحكامه⁽³⁵⁾ ومنه ما قضت به محكمة كولمار في ٩ مايو ١٩٦٦ بتأييد الحكم الابتدائي الصادر في ١٦ مايو ١٩٥٨ بإلغاء القيد العكسي الذي باشره البنك في مواجهه المستفيد لعدم وجود اتفاق بينهما يجيز هذا العقد.

في هذه القضية كلف بنك إيطالي (مصدر الاعتماد القطعي)، بنكا فرنسا بتبليغ الاعتماد للمستفيد الفرنسي، وقام الأخير بتبليغ الاعتماد القطعي، وأضاف من جانبه انه من الممكن ان يقوم بتنفيذ الاعتماد له، بالرغم من أن البنك الايطالي لم يتعهد قبله بأي تعهد، وبناء على ذلك نفذ الاعتماد للمستفيد على أربع دفعات، وذلك بقيد المبلغ في الجانب الدائن من الحساب الجاري الذي للمستفيد عنده، ولكن بشرط أن يقبل البنك الإيطالي المستندات، إلا أن البنك الإيطالي رفض المستندات الخاصة بالوفاء بالدفعات الثلاثة الأخيرة، وطلب منه (البنك المبلغ) أن يقوم بالقيد العكسي لهذا المبلغ في الجانب المدين من الحساب الجاري للمستفيد، وفعل قفل البنك الحساب الجاري والذي على أساسه ظهر الرصيد النهائي مديناً من جانب المستفيد للبنك، رفض المستفيد الوفاء بهذا المبلغ للبنك، مما جعله يلجأ الي القضاء الذي قضى في ٩ مايو ١٩٦٢ بتأييد الحكم الابتدائي الصادر في ١٦ مايو ١٩٥٨ وذلك بمنع البنك المبلغ من مباشرة القيد العكسي بمبلغ الاعتماد في حالة رفض المستندات من البنك مصدر الاعتماد لعدم موافقة المستفيد على اجراء القيد العكسي في الجانب المدين من حسابه.

⁽³⁵⁾Trib. Colmar, 9/5/1966etCass.Com, 23/2/1976, Rev, Banque, 1977, p.85. Cass.Com, 31/5/1966, G. 1966, n4 , p. 40.

بينما يثور التساؤل الثاني ^(٣٦) عن مدى التزام البنك بقبول المستندات وتنفيذ الاعتماد مع التحفظ؟ اختلفت الآراء في الإجابة على ذلك.

فهناك من يري ^(٣٧) إلزام البنك بقبول المستندات مع التحفظ، طالما أنه يضمن الرجوع على المستفيد في حالة رفض الأمر لها، وذلك عن طريق إرجاع المستندات إلى المستفيد، والحصول على ما أعطاه له من ثمن الاعتماد أو الحصول على تعويض عما سببه له ضرر رفض العميل الأمر للمستندات، وذلك حفاظا على السرعة في العمليات التجارية، وحتى لا يكون رفض المستندات بالرغم من كون المخالفة غير جوهرية سببا في تعطيل عملية الاعتماد بأكملها ^(٣٨).

ويسند هذا الرأي وجهة نظره بأن ذلك عادة جارية ومتبعة في سندات الشحن حيث يكون محررا من عدة نسخ، فيقبل البنك إحداها مع ضمان بنكي، إلا إن هذا الرأي أيضا قد أقر حالة وحيدة يجب فيها رفض المستندات حتي مع وجود الضمان البنكي، وهي حالة تأثير المخالفة على القيمة التجارية للبضاعة، بينما يري آخرون ^(٣٩): أن إلزام البنك بقبول مستندات مخالفة لشروط الاعتماد لمجرد وجود ضمان مصرفي هو إهدار لمبدأ استقلال العلاقات في الاعتماد المستندي بما يمثله من الفائدة والأهمية المرجوة من عملية الاعتماد كلها؛ إذ أن ذلك يجعل تنفيذ خطاب الاعتماد يقوم على اعتبارات مستمدة من ظروف عقد البيع، كما أن البنك لا يستطيع تقدير أهمية المخالفة بالنسبة للمشتري فقد تكون في نظر المستفيد والبنك تافهة قليلة الأهمية، لكنها في الوقت نفسه تمثل خطورة شديدة بالنسبة إلى المشتري.

^(٣٦) من أنصار الرأي القائل انه يحق للبنك رفض التسوية المشروطة: بونديو صفحات ١٧٧، ١٨٠، ٢١٧، د/ علي جمال الدين: الاعتماد المستندي، مرجع سابق، ص ٣٢٢.

^(٣٧) د/ نجوى كمال أبو الخير: البنك والمصالح المتعارضة، رسالتها، مرجع سابق، ص ٣٣٥.

كذلك:

Eisman et Bontoux; Le credit documentaire, dans Le commerce exterieur. L.G.D.J. paris 1991. P. 183.

^(٣٨) عبد الله خالد السلوفاني: رجوع البنك علي المستفيد بعد تنفيذ الاعتماد المستندي الغير قابل للرجوع فيه، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد ٥٢، السنة ٢٦، اكتوبر ٢٠١٢، ص ١٦٣.

^(٣٩) د/نجوى كمال أبو الخير: البنك والمصالح المتعارضة، رسالتها، مرجع سابق، ومراجع مشار لها ص ٣٣٥.

كما يري أصحاب هذا الاتجاه أن الضمان البنكي يقدم للبنك وليس للمشتري، وأن البنك يستطيع أن يرفض المستندات إذا كانت مخالفة للاعتماد، ويكون ذلك على مسؤوليته؛ ولهذا فإن من حقه الرفض فالإلزام عليه بقبول المستندات المخالفة حتى مع وجود ضمان مصرفي.

غير أنه إذا كان البنك غير ملزم بقبول مثل هذا العرض فإنه لا يجب عليه أن يتعسف خاصة في طلب خطاب الضمان، وإلا تحمل المسؤولية عن هذا التعسف^(٤٠)، ولذلك فإن المستفيد يمكنه اللجوء للقضاء لرفع التحفظات المتعلقة بتنفيذ الاعتماد أو برفض دفع مبلغ الاعتماد إذا كان طلبه من قبل البنك غير مؤسس^(٤١).

وفي النهاية فإن الصعوبة تقوم عندما يدفع البنك تحت التحفظ في الوقت الذي يري فيها أن المستندات تتطوي على عيوب بينما ينازع المستفيد في ذلك، ففي هذه الحالة يكون حق البنك في استرجاع ما دفعه للمستفيد غير واضح المعالم، ولم يتعرض الشراح لهذه المسألة في مؤلفاتهم كما لم تواجهها الأصول والقواعد الدولية^(٤٢) فما أوردته فقط في هذا الشأن أنه عندما يقوم البنك بالمراسل بإخطار البنك الفاتح بأنه دفع تحت التحفظ فإن هذا التحفظ يخص فقط العلاقة بين البنك المقدم والمستفيد، لهذا فإن السؤال يدور حول مدى حق البنك بالمراسل إذا رفضت المستندات أن يسترد تلقائياً من المستفيد ما دفعه لقاء هذه المستندات؟ أم عليه أن يثبت أن العيوب التي تتطوي عليها المستندات كانت تبرر له رفض الدفع بداية انصياحا لأوامر الاعتماد؟ أجاب القضاء الإنجليزي على هذا السؤال في قضية:

Banque de L'Indochine et de Suez S.A.V.J.H.Rayner(Mincing Lane) Ltd (1983) 1 All E. R. 468.

وفي هذه القضية^(٤٣) تعرض القاضي Parker لمعني الدفع تحت التحفظ فقال "إذا كان الدفع على هذا النحو يعني أن البنك المراسل يحق له تلقائياً أن يسترد المبلغ الذي عجل بدفعه، فإن وضعاً غير منطقي قد ينتج إذا كان هناك إلزام على البائع برد المبلغ الذي كان البنك ملزماً بدفعه ابتداءً، ويكون على البائع عندئذ أن يقاضي البنك لمطالبته

(٤٠) توفيق بن نصر: القانون البنكي التونسي، مرجع سابق، ص ٢٠٨.

(٤١) توفيق بن نصر: القانون البنكي التونسي، المرجع السابق، ص ٢١٠.

(٤٢) د/نجوى كمال أبو الخير: البنك والمصالح المتعارضة في الاعتماد المستندي، رسالتها، مرجع سابق، ص ٤١٨.

(٤٣) د/نجوى كمال أبو الخير: رسالتها، المرجع السابق، ص ٤١٩.

بمبلغ كان من حقه أن يقتضيه منه، ولذلك فالطبيعي والمقبول من وجهة النظر التجارية أن يقال أن البنك يحتفظ بحقه في استرداد نقوده إذا لم تكن في تاريخ الدفع واجبة وفقاً للشروط التعاقدية، إلا أن البائع استأنف الحكم وأيدت محكمة الاستئناف قرار القاضي parker "وإنما على أسس أخرى، وقد أعدت حكمه كنتيجة مترتبة على الدفع تحت التحفظ، وكان من وجهة نظرها أن المعني الذي قصد إليه الأطراف هو أن الدفع يكون تحت التحفظ، بمعنى أن المستفيد يكون ملزماً برد المبلغ عند الطلب إذا رفض البنك الفاتح المستندات، سواء كان هذا الرفض من تلقاء نفسه أو بناء على طلب العميل وهذا البنك الوسيط رفضه، وبمناسبة هذه النقطة الأخيرة صرح القاضي kerr عن رأيه قائلاً:.. من المحتم وجود شرط ضمني في أي اتفاق على الدفع تحت التحفظ يفيد أن الحق في استعاضة أي مبلغ دفع يكون مبنياً على الأسباب التي أبدتها كل من البنكين للرفض أي أسباب مشتركة بين البنك الفاتح والوسيط.

ومن الملاحظ أن التسوية المشروطة لا يؤخذ بها على إطلاقها، ولكن هناك قيود تحد من الأخذ بها منها ما هو مرتبط بأطراف هذه التسوية، ومنها ما هو متعلق بالمستفيد من التسوية. وتتضح الحالة الأولى في أنه ليس لكل البنوك المشتركة في عملية الاعتماد المستندي الأخذ بها، وإنما فقط يكون ذلك للبنك المراسل سواء كان مؤيداً للاعتماد أو منفذاً له بمعنى أنه لا يمكن الأخذ بها إذا كان البنك مصدر، ومنفذ الاعتماد واحداً^(٤٤)، أو إذا لم يكن الاعتماد مؤيداً على الإطلاق، ويجب أن يكون الأخذ بها مسبباً^(٤٥).

غير أنه إذا كان يجوز ذلك للبنك الوسيط وهو الذي ينفرد بإجراء التسوية المشروطة إلا إنه يلزم بالرغم من ذلك بأخذ رأي البنك المصدر، والذي يعود بدوره إلي العميل الأمر لأخذ رأيه فيها بصفته صاحب المصلحة في الاعتماد^(٤٦).

(٤٤) بنتو: التسوية المشروطة للاعتماد المستندي، مقاله منشوره، مجلة بنك البلجيكية، ١٩٦٦م، ص ٣٠، العدد ٤، ص ٣٧٠-٣٩٥، أيضاً: مجلة بنك الفرنسية، ١٩٦٧، العدد ٢٤٨، ص ٨٣، وإن كان الدكتور محي الدين اسماعيل علم الدين يري أن البنك الفاتح لن يباشر التسوية المشروطة (الاعتماد المستندي)، ص ٧٦ بند ٧٥.

(٤٥) أيزمان وبننتو: الاعتماد المستندي ١٩٧٧، ص ١١٣، بند ١٦٤، المادة (٨) من القواعد والعادات الموحدة الخاصة بالاعتمادات المستندية. د/زينب السيد سلامة: دور البنوك، رسالتها، مرجع سابق، ص ٣٣٩.

(٤٦) وإذا كان الرأي مستقراً علي أن البنك الوسيط الذي تدخل للوفاء بالاعتماد، أو تأييده ليس له الحق

لكن الواقع- عملاً- أن البنوك الوسيطة تأخذ بالتسوية المشروطة دون رجوع إلى البنك الفاتح وبالتالي دون رجوع هذا الأخير إلى العميل الأمر؛ لأن هذه البنوك تتفق مسبقاً مع البنك المصدر على أنه في حالة الأخذ بالتسوية المشروطة لا تلزم بالرجوع إليه، أما بالنسبة إلى القيود التي تتعلق بالمستفيدين من التسوية، فلكي تضمن البنوك استرداد ما دفعته لهم في حالة رفض العميل الأمر للمستندات، فإنها يجب ألا توافق على التسوية المشروطة إلا بالنسبة إلى مستفيدين تعرفهم جيداً، وتثق في ملاءتهم ويجب أن يتم قبول المستفيدين للتسوية المشروطة صراحة بما لا يدع مجالاً للشك^(٤٧)، وهو ما أكدته القضاء في حكم له من ضرورة قبول المستفيد صراحة لها حتي تكون صحيحة، كما يجب أن تحدد البنوك أسباب التحفظات بطريقة محددة وبسيطة، لأنها الدليل الوحيد الذي يمكن الاستناد إليه في حالة النزاع بينها وبين المستفيد.

أخيراً: فإن السؤال يدور حول ماهية الشروط الخاصة بحالات عدم الصحة التي تبرر الأخذ بالتسوية المشروطة؟

يري بعض الفقه^(٤٨): أنه ليس للبنك الوفاء للمستفيد مع التحفظ مقابل ضمانات يقدمها إليه في كل حالات عدم المطابقة لخطاب الاعتماد، وإنما هناك اختلافات بين المستندات وخطاب الاعتماد تستوجب رفضها فوراً، وعدم الأخذ بالتسوية كما لو كانت الاختلافات تتمثل في سحب مبلغ يزيد عن مبلغ الاعتماد، أو كانت كمية البضاعة الموضحة في المستندات تنقص عن الكمية المطلوبة في الاعتماد، أو قدمت المستندات بعد الميعاد على العكس من ذلك يجب على البنك الموافقة على التسوية

في أن ينفرد وحده بقبول أو رفض المستندات دون رجوع علي البنك مصدر الاعتماد فقد اختلف الفقه بخصوص حق البنك مصدر الاعتماد في قبول التسوية المشروطة دون رجوع علي عميله الأمر، فمنهم من يري أن للبنك مطلق الحرية في قبول أو رفض التسوية المشروطة دون رجوع علي عميله الأمر ومنهم من يري: أنه لا بد من رجوع البنك علي العميل، وبجانب هذين الرأيين يوجد اتجاه ثالث أكثر اتفاقاً مع الحياة العملية يتمثل في أنه إذا كان البنك غير ملتزم بالرجوع علي الأمر، فإنه من المرغوب فيه عملاً أن يطلب النصح من عميله الذي قد يفضل تنفيذ الاعتماد عن رفضه. ستوفيليه رسالته ص ٢١٩ بند ٣٧٩.

^(٤٧) لبيح التجارية ٣ مارس ١٩٥١، مجلة بنك البلجيكية ١٩٥١م، ص ٢٠٩. مشار إليه في أبشتاين وبنيتو في مؤلفهما الخاص بأمان ومخاطر الاعتماد المستندي، ١٩٦٤م، ص ٢١٤.

^(٤٨) الأستاذ/ أمين ميخائيل عبد الملك: مقالته في الاعتماد المستندي، معهد الدراسات البنكية ١٩٥٧م، ميشيل فيحاك: الاعتماد والتسوية المشروطة، مجلة بنك ١٩٥٨م، العدد ١٣٩، ص ١٧.

المشروطة مع المستفيد والوفاء بقيمة الاعتماد إذا كانت الاختلافات تتمثل في نقص عدد المستندات أو بعض البيانات أو عدم صحة تغيير البضاعة كخلو الفاتورة من بيان نوع البضاعة.

بيد أنه إذا كان الغش سبباً في رجوع البنك على المستفيد، فهل هناك حالات أخرى يجوز للبنك فيها الرجوع على المستفيد دون غشه؟، وهل هذا يخالف مبدأ الاستقلال أم هو تطبيق له؟ للإجابة على هذه الأسئلة، فإن الفقه والقضاء قد اختلفا بهذا الشأن بين اتجاهين رئيسيين: الاتجاه الأول: يذهب أصحابه^(٤٩) إلى أن البنك ليس له الرجوع على المستفيد طالما كانت المستندات مطابقة لشروط خطاب الاعتماد، فالبنك ملزم بالنظر والفحص للمستندات بدقة وعمق، وإنما فقط لظاهرها، أي: أنه محرم عليه التطرق إلى شيء خارجها، أو التحري عن أي أسباب أخرى بعيداً عنها؛ فإذا قبل البنك المستندات من المستفيد بهذا الشكل دون تحفظ فإن ذلك يفترض أن المستندات سليمة ومطابقة لشروط خطاب الاعتماد، وأنه بذلك -أي البنك- متنازل عن كل رجوع على المستفيد ويسري هذا أيضاً على علاقة الأمر بالمستفيد، وهو ما عول عليه القضاء حيث حكمت محكمة روان في ٣ مارس ١٩٤٩ برفض طلب المشتري الخاص باسترداد ثمن البضاعة من البائع على أساس عدم صحة المستندات مستندة في ذلك إلى أن البنك قدم إلى عميله المستندات فقبلها دون تحفظ من جانبه قبولاً ضمناً منه، واعترافاً بصحة هذه المستندات فلا يجوز له بعد ذلك أن يرجع على البائع مطالباً باسترداد ثمن البضاعة لسبب خاص بالمستندات^(٥٠).

الاتجاه الثاني: بينما هناك اتجاه معاكس للاتجاه الأول، حيث يجيز للبنك الرجوع

(٤٩) من أنصار هذا الرأي، الدكتور علي جمال الدين: عمليات البنوك ١٩٦٩م، ص ٤٢٢ بند ٤٩٥ ومؤلفه الخاص بالاعتماد المستندي ١٩٨١م ص ٢٨٣ بند ٢٩٩ وما بعده، الدكتور محمد السيد اليماني: الاعتماد المستندي والطبيعة القانونية لالتزام البنك، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٧٤، ص ٣٣٤، ستوفيليه مقاله الخاص بالاعتماد المستندي المنشور في Commercial Annexes ١٩٧٨ ملزمة ٣٢ ص ٢٣ بند ١٣٥،

Beaky et Kabryak, revue banque 1956, n 122, p. 479, Cass.Com, 3 jun 1957, bltan, part 3, n180, p. 153.

-د/ زينب السيد سلامة: دور البنوك، رسالتها، مرجع سابق، ص ٣٢٩.

(٥٠) د/ علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك " ١٩٦٩ بند ٥٢٩، مجلة القانون البحري الفرنسي ١٩٤٩م، ص ٤٨٨ تعليق pierre EMO.

على أساس نظرية " الإثراء بلا سبب"، فالبنك قام بالوفاء للمستفيد بلا سبب كما أن المستفيد بناءً على ذلك قد أثرى بلا سبب؛ وذلك لأن سبب الوفاء هو تقديم المستندات الكاملة السليمة، فإذا ما اتضح أنها غير سليمة، وليست مطابقة لشروط الاعتماد فلا يوجد سبب قانوني للوفاء^(٥١).

وهو ما أخذت به محكمة (اكس)^(٥٢) الفرنسية في حكم لها بتاريخ ٨ فبراير ١٩٥١ قضت فيه للبنك بالحق في الرجوع على المستفيد الذي قدم للبنك مستندات غير صحيحة؛ لأنه لما دفع للمستفيد مبلغ الاعتماد فقد حل محل العميل في حقوقه ضد المستفيد، ولذلك كان له أن يرجع بما للعميل ضده، وأخذت بهذا الرأي أيضاً محكمة استئناف بروكسل^(٥٣) في ١٨ يونيو ١٩٣٠م في دعوى قبل فيها البنك فاتورة تجارية ومتضمنة بيان " Glucose siroperystal بدلاً من بيان: " Glucose Blanc crystal" دون تحفظ قبل المستفيد، وبررت المحكمة حكمها هذا، بأن الوفاء الذي قام به البنك للمستفيد وفاء بغير مستحق مما يستوجب رده من المستفيد؛ لأنه تم على أساس خاطئ. وأيضاً محكمة استئناف الجزائر حيث حكمت بحق البنك في استرداد ما سبق أن دفعه للمستفيد، وقد أيدت محكمة النقض بتاريخ ١٩ فبراير ١٩٥٨ حكم محكمة الجزائر بحق البنك في استرداد مبلغ الاعتماد من المستفيد؛ لأنه قد قدم مستندات غير صحيحة^(٥٤).

والحق أن أتفق مع أصحاب الرأي الأول فيما ذهبوا إليه من عدم السماح للبنك بالرجوع على المستفيد نظير مستندات غير كاملة دون تحفظ؛ وذلك لأن قبول البنك لها دون تحفظ يعني ضمناً - تنازله عن الحق في الرجوع على المستفيد، كما أنه لا يستساغ وضع المستفيد تحت رحمة البنك لمجرد كون المستندات غير كاملة، طالما أن البنك لم يتحفظ قبل المستفيد، كما أنه لا خوف على البنك من ذلك؛ نظراً لما له من حق رهن على المستندات تمثل ضماناً له، أيضاً فإن السماح للبنك بالرجوع على

(٥١) من هذا الاتجاه د/علي البارودي (العقود وعمليات البنوك ١٩٦٨)، ص ٣٨٥ والقانون التجاري ١٩٧٥ " ص ٥٢٥ بند ٤٣٢، ابشتاين وبننتو مؤلفها الخاص "بأمان ومخاطر الاعتماد المستندي ١٩٦٤"، ص ١٨٩ وما بعدها. وقد أخذ بهذا الاتجاه من قبل سكراتون.

(٥٢) Trial Ax, 8 febr 1951, J.C.P. 1951, part 2, p. 332, note Schlogal .

(٥٣) Trial Broxel, 18 jun 1930, Dalloz seiry, part 4, p. 1.

(٥٤) نقض فرنسي ١٩ فبراير ١٩٥٨ المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٥٨، ص ٧٩٦.

المستفيد يؤدي إلى انعدام قيمة التسوية المشروطة حيث يتم قبول مستندات معينة مع التحفظ أو مع قبول تعويض، كما أنه يؤدي أيضاً إلى إعفاء البنوك كلية من مسؤوليتها عن فحص المستندات ونقل هذا العبء إلى المستفيد، ويلغي بذلك أهم التزامات البنك في عملية الاعتماد كلها، وفي النهاية فإنه لا يجوز للبنك الرجوع على المستفيد إلا في حالتين فقط هما حالة الغش من المستفيد وحالة التسوية المشروطة.

المبحث الثاني

التسوية غير المشروطة

من مقومات الاعتماد المستندي أيضاً أنه لا يتم تنفيذه إلا إذا كانت المستندات مطابقة تماماً لشروط الاعتماد ولذلك فإن البنك يكون حريصاً عند فحص المستندات بمعاينة مدي مطابقتها لتعليمات الأمر بفتح الاعتماد^(٥٥) وتقديراً لأي تهديد لمصالحه فإنه يلجأ إلى التسوية المشروطة للاعتماد أو طلب ضمان بنكي لإتمام تنفيذ الاعتماد ولذلك فإن حق رجوع البنك على المستفيد يبقى قائماً لحين قبول البنك الفاتح أو المشتري للمستندات بصفه صريحة أو ضمنية.

لكن هل يمكن للبنك الرجوع على المستفيد في غير هذه الصورة من صور التسوية؟ يمكن الإجابة بنعم إذا كانت التسوية غير مشروطة، فما المقصود بالتسوية غير المشروطة؟ وما مدي تمسك القضاء بهذا المبدأ؟ في الواقع انه إذا تمسكنا بأن المستندات يجب ان تكون مطابقة لشروط الاعتماد وأن أي خلل لم ينتبه إليه البنك عند تنفيذ الاعتماد يمكن أن ينشئ حقاً لهذا الأخير للرجوع على المستفيد، فإن ذلك يُعد تكريساً للتسوية غير المشروطة وقد ساند هذا الرأي جملة من الفقهاء^(٥٦).

وبرأينا أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار جميع مقومات الاعتماد المستندي، وخاصة التزامات الأطراف فيه، وعلى هذا الأساس يمكن القول: إن الاعتماد متي نفذ فإن علاقة البنك بالمستفيد قد انتهت، ولا يمكن للبنك على هذا النحو القيام بطلب استرجاع مبلغ الاعتماد إلا في صورة إثارته لعدم مطابقة المستندات لشروط الاعتماد المستندي،

^(٥٥) المادة ١٤ من النشرة ٦٠٠ للقواعد الموحدة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس ٢٠٠٧م.

^(٥٦) Stoufflet; Le Crédit documentaire, Juris Classeur, 1990 Fascicule 1080, p.28. Eiscman et Bontoux; Le crédit documentaire, op.cit. p.192.

وإذا لم يفعل ونفذ الاعتماد فإنه لا حق له في استرجاع مبلغ الاعتماد حتى وإن كان الاعتماد قد نفذ بطريق التسوية المشروطة^(٥٧).

إن انتهاج عكس هذا الرأي من شأنه أن يؤثر في مبدأ أساسي في الاعتماد المستندي غير القابل للرجوع فيه ألا وهو حق المستفيد المباشر وغير القابل للإلغاء والمستحق بمجرد تقديم مستندات يبدو من ظاهرها أنها مطابقة لشروط الاعتماد، وكمقابل لهذا الحق فإنه يتحمل تبعة تقصيره في فحص المستندات^(٥٨).

وللإجابة على السؤال الثاني فإن القضاء الفرنسي قد تمسك بمبدأ التسوية غير المشروطة في حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٣ يوليو ١٩٥٧م الدائرة التجارية حيث جاء فيه: «انه عندما يتعلق الأمر باعتماد مستندي غير قابل للرجوع فيه فإنه ينفذ بعد تقديم المستندات، وذلك بتحويل المبلغ إلى حساب المستفيد وهذا المبلغ لا يقبل الاسترجاع ولو كان جزئياً، والواضح أن هذا الحكم ينسحب على جميع الحالات، أي على حالة عدم دفع الأمر بفتح الاعتماد لمبلغ الاعتماد أو رفضه تسلم المستندات، كذلك من الممكن أن ينسحب على صورة الاعتماد المستندي القابل للرجوع فيه طالما أن البنك لم يستعمل حق الرجوع في الاعتماد^(٥٩)، وينسحب المبدأ نفسه على البنك المكلف بتنفيذ الاعتماد، إذ صحيح أن هذا الأخير ليس ملتزماً تجاه المستفيد مباشرة إلا انه بتنفيذه للاعتماد بناء على تكليفه بذلك من البنك الفاتح فإنه يصبح الأحق بالرجوع على المستفيد لاسترجاع مبلغ الاعتماد، أما إذا طلب المستفيد من بنك غير البنك الفاتح للاعتماد أو المكلف بتنفيذه خصم الكمبيالة أو تمكنه من مبلغ الاعتماد فإن لهذا البنك الرجوع على المستفيد على أساس قانون الصرف^(٦٠).

(٥٧) توفيق بن نصر: القانون البنكي التونسي، مرجع سابق، ص ٢١٨.

(٥٨) عبد الله خالد السلوفاني: رجوع البنك على المستفيد بعد تنفيذ عملية الاعتماد المستندي الغير قابل للرجوع فيه، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد ٥٢، السنة ٢٦، اكتوبر ٢٠١٢، ص ١٦٧.

(٥٩) مشار لهذا الحكم لدي توفيق بن نصر: القانون البنكي التونسي، المرجع السابق، ص ٢٢٣.

Cass Com 3 Juin 1957, Cité par Stoufflet.

(٦٠) المقصود بقانون الصرف هو القانون المطبق على الأوراق التجارية وهو جزء من القانون التجاري ويرى الفقيه الفرنسي ستوفليه في ذلك إمكانية تطبيق قواعد قانون الصرف فيما يخص الكمبيالة المستندية.

(J.C.P.1990) op.cit., p.32. Stoufflet.

ولكن ما هو الحل إذا توجه المستفيد إلى البنك الفاتح فخصم الكمبيالة التي يسحبها على العميل الأمر؟ في هذه الصورة لا يكون للبنك الفاتح حتى ولو لم يدفع المشتري قيمة الكمبيالة عند حلول أجل استحقاقها حق الرجوع على المستفيد ولا الحامل الشرعي للكمبيالة، ذلك لأن هذا الرجوع يخل بتعهد الشخص الذي يفترض فيه تنازله عن هذا الرجوع فهو هنا بمنزلة الضمان للمستفيد متى لم يدفع المشتري قيمة الكمبيالة^(٦١) وهذا الاتجاه يتفق وجوهر الاعتماد المستندي الذي يمثل ضماناً للمستفيد لاستيفاء حقه في ثمن البضاعة موضوع العقد الأصلي، إذا قدم مستندات مطابقة في ظاهرها لشروط الاعتماد.

الفصل الثاني

رجوع البنك على المستفيد خارج التسوية المشروطة

بتنفيذ الاعتماد والدفع إلى المستفيد تنتهي علاقة البنك بالأخير ذلك أن المبدأ هو نهائية تنفيذ الاعتماد الحاصل من البنك للمستفيد، وبالتالي يتجه البنك إلى عميله الأمر بفتح الاعتماد ليطالبه باسترداد ما أداه للمستفيد مع عمولته بعد تقديم المستندات المطابقة له؛ وذلك لأنه في عمليات الاعتمادات المستندية يتعامل جميع الأطراف المعنية بموجب المستندات دون البضائع^(٦٢)، كما يؤكد الفقه والقضاء على السواء^(٦٣) وفقاً لعقد فتح الاعتماد ودون اعتبار لعلاقة المشتري والبائع^(٦٤)، ومع ذلك فإن هناك

(٦١) د/فياض ملقي القضاة: شرح القانون التجاري الأردني (الأوراق التجارية)، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص ١١٧، د/بسام حمد الطراونة: تظهير الأوراق التجارية، (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠١٤، ص ١٧٣.

(٦٢) المادة (٨) فقره ١ من القواعد والعادات الموحدة المتعلقة بالاعتماد المستندي.

(٦٣) Cass.Com. 11/7/1961, Bltan, 1961, p. 28, Cass.Com, 21/6/1961, J.C.P. 1961, p. 92 note beaky et abriak, paris, 19/1/1952, G, 1952, p.286, J.C.P.1952, p.611.Note maria, paris, 31/5/1966, G.1966, p.38, Haver, 14/11/1921, D, 1923, p.137, Broge, 10/6/1952, J.C.P.1954, p.472, note Beaky et Cabriak, paris, 9/6/1971, Banque, 1972, p.371.

(٦٤) عبد الله سلمان الضمور: دور الاعتماد المستندي في تنفيذ عقد البيع سيف في التشريع الأردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، العام الجامعي ١٩٩٩/٢٠٠٠م، ص ١٣٦، ويؤكد ذلك مبدأ الاستقلال بين حق المستفيد وعقد البيع وهو ما نصت عليه صراحة القواعد والعادات الموحدة المتعلقة بفتح الاعتمادات المستندية لعام ١٩٧٤ بقولها (ان الاعتمادات المستندية بطبيعتها عمليات

احتمالات قد يكون للبنك فيها مصلحة للرجوع على المستفيد منها التزوير في المستندات أو قبول البنك مستندات تبين فيما بعد أنها تتطوي على غش من صنع وتدبير المستفيد، إلا أن هذا الرجوع يرتبط بعدة عوامل من قبيل كون المستندات سليمة في ظاهرها لكنها مزورة في حقيقتها، ومدي قدرة البنك على اكتشاف هذا التزوير من عدمه، وأيضاً مدي بذله للعناية المطلوبة في عملية الفحص.

والسؤال هنا هل يملك البنك الرجوع على المستفيد لعدم سلامة المستندات بسبب التزوير؟ أم يقتصر الأمر على حالة الغش فقط؟ وهل هناك أيضاً طرق أخرى يستطيع البنك من خلالها الرجوع لاسترداد ما وفاه بطريق الخطأ سواء كان هذا الرجوع على المستفيد، أو على العميل الأمر؟ للإجابة على هذه الأسئلة فإننا سنتناول هذا الفصل في مبحثين، هما:

المبحث الأول: رجوع البنك على المستفيد لعدم سلامة المستندات.
المبحث الثاني: طرق أخرى للرجوع على المستفيد.

المبحث الأول

رجوع البنك على المستفيد لعدم سلامة المستندات

يقوم المشتري بفحص المستندات المقدمة من البنك الفاتح، فإذا تبين له عدم مطابقتها لشروط الاعتماد فإنه يرفضها، وبالتالي تظل في يد البنك، فهل يحق له الرجوع بها على المستفيد ليسترد ما دفعه له؟ بمعنى أنه إذا ما نفذ الاعتماد مقابل مستندات اتضح فيما بعد أنها مزورة فهل يملك البنك الرجوع على المستفيد لاسترداد ما أداه^(٦٥)؟

بداية فالمستند المزور هو المستند الذي يعده المستفيد بنفسه، أو يعد بعلمه دون أن يكون صادراً عن الشخص المخول بإعداده كأن يقوم المستفيد بتعبئة سند الشحن بنفسه ويوقع عليه بدلاً من الربان، كما يُعد المستند مزوراً إذا تم تنظيمه من قبل الشخص المخول بذلك، ولكن لجأ المستفيد إلى الكشط والتحشير والطمس لتغيير بيان فيه^(٦٦).

تجاربه مستقلة عن البيوع أو العقود التي قد تكون أساساً لها، فالبنوك لا يعينها أمر هذه البيوع أو العقود ولا تلتزم بما جاء فيها).

(٦٥) أ/إشتاين في مجلة بنك ١٩٥٠، ص ٦٠٠، ومجلة بنك ١٩٥٦م، ص ٤٨١، واستئناف اكس حكمان في ٨ فبراير ١٩٥١ بالفصلية ١٩٥١م، ص ٣٣١.

(٦٦) أ/أكرم إبراهيم حمدان: مسؤولية البنك المصرفي الاعتماد المستندي، دراسة مقارنة، رسالة

اختلفت آراء الفقه في الإجابة على السؤال السابق: فهناك من يري^(٦٧) أنه لما كان الاعتماد المستندي قائماً على تقديم مستندات مطابقة لشروط الاعتماد من المستفيد مقابل الوفاء له بقيمة الاعتماد من المشتري، فإن عدم وفاء البائع المستفيد بالتزامه بتقديم مستندات سليمة لا بد وأن يقابله أيضاً عدم التزام المشتري بالوفاء بقيمة هذا الاعتماد، ويذهب هذا الرأي إلي تقرير هذا الحق على أساس أن الوفاء بالاعتماد قد تم بلا سبب، ذلك أن لكل التزام سبب وسبب الوفاء بالاعتماد هو تقديم مستندات سليمة وكاملة خلال مدة الاعتماد حتي لو تحفظ البنك عليها، وهذا ما أقرته الأعراف الموحدة بتأكيدا على أنه لا تتحمل المصارف أي التزام أو مسؤوليه فيما يتعلق بصيغة المستندات أو كفايتها أو دقتها أو أصالتها أو تزويرها أو النتائج القانونية المترتبة عليها^(٦٨).

وترتيباً على ذلك فإن التزوير الذي يلحق بشكل المستندات يعد سببا وجيها في رجوع البنك على المستفيد من الاعتماد^(٦٩)، وقد فصلت محكمة استئناف (إكس) هذا النظر فقالت: إن لكل التزام سببا، والسبب هنا متخلف حيث إن تنفيذ التزام البنك سببه تنفيذ البائع التزامه، وكذلك بالاستناد إلى فكرة الغلط أيضاً حيث إنه اعتقد خطأ أنه ملتزم بالوفاء في حين أنه لم يكن ملتزماً؛ لأن المستندات لم تكن سليمة، فيكون وفاءه بدون حق فيمكن الرجوع فيه^(٧٠) وقد أخذ القضاء بهذا الحكم أيضاً حيث قضت المحكمة بأن قيام البنك بالوفاء للمستفيد هو وفاء بغير حق مما يستوجب رده، وكان ذلك في دعوي

ماجستير، جامعة آل البيت، عمان، الاردن، ١٩٩٩، ص ٧٦.

(٦٧) انظر أنصار هذا الرأي د/علي البارودي: " العقود التجارية وعمليات البنوك "، ط ٢، ١٩٦٨، ص ٣٨٥، " القانون التجاري " ١٩٧٥، ص ٥٢٥ بند ٤٣٢، أبشتاين وبنوت: مؤلفهما الخاص بأمان ومخاطر الاعتماد المستندي. ١٩٦٤م، ص ١٨٩ وما بعدها، أبشتاين في مجلة بنك ١٩٥٠م، ص ٦٠٧، مجلة بنك ١٩٥٦م، ص ٤٨١، من قبله استئناف اكس حكمان في ٨ فبراير ١٩٥١ بالفصلية ١٩٥١م، ص ٣٣١.

(٦٨) المواد ١٦، ١٧، ٣٤، من النشرة ٦٠٠ لعام ٢٠٠٧م.

(٦٩) ياسر أبو حمور: الجزء المترتب على قبول البنك مستندات غير مطابقة، بحث منشور في مجلة البنوك في الأردن، المجلد التاسع عشر، العددان الرابع والخامس، جمعية البنوك في الأردن، عمان لعام ٢٠٠٠م، ص ٧٦٩.

(٧٠) د/عادل مصطفى مدي استقلال التزام البنك. في خطاب الضمان والاعتماد المستندي، رسالة دكتوراه، القاهرة، ط ١٩٩٧. ص ٢٩١. د/ علي جمال الدين: الاعتمادات المستندية، مرجع سابق، ص ٣٨٠.

قبل فيها البنك فاتورة تحمل بياناً بدلاً من بيان آخر دون إبداء تحفظ أمام المستفيد^(٧١). فهل يكون للبنك الرجوع على العميل الأمر لاسترداد ما دفعه للمستفيد مقابل هذه المستندات المزورة؟ الرأي أنه ما دام أن البنك قد تحقق من أن المستندات مطابقة في ظاهرها لشروط الاعتماد، وأنه بذل العناية المطلوبة عند فحصها مع عدم اكتشاف التزوير فإن له الحق بالرجوع على العميل الأمر بفتح الاعتماد لاسترداد ما أداه للمستفيد^(٧٢).

وليس المقصود بعبارة مطابقة لظاهرها أن يكون الفحص ظاهرياً أي سطحيًا؛ لأن هذا المعنى يتعارض مع المعنى المحدد لكلمة فحص وهي التدقيق ملياً في الشيء، ويتعارض كذلك مع قدر العناية المطلوبة من البنك في ذلك، وإنما المقصود أن يكون ظاهر المستندات هو المرجع الوحيد في الحكم على مطابقتها، وعدم مطابقتها دون أن يتجاوز البنك عبارة الأوراق إلى عناصر خارجية للاستعانة بها في تحديد موقفه من المستندات، كما أنه ليس عليه أن يتحرى عن حقيقة المستندات أو صدق ما تحتويه من بيانات.

وهذا ما أبرزته محكمة جنوه الإيطالية في ٣٠ أبريل ١٩٥٩ إذ أكدت بصورة قاطعة عدم مسؤولية البنك عن التزوير، وقضت بصحة الوفاء الصادر منه إلى المستفيد ما دامت المستندات المقدمة من المستفيد تبدو سليمة في شكلها ومطابقة من كل النواحي لما طلبه العميل الأمر بفتح الاعتماد، ويلتزم العميل عندئذ بأن يرد للبنك ما دفعه^(٧٣). وفي قضية Guarant Trust قضت المحكمة^(٧٤) باختصاص المحاكم الإيطالية إلا

(٧١) استئناف بروكسل ١٨ يونيو ١٩٣٠ سيري ١٩٣١ - ٤ - ص ١.

(٧٢) Aix, 8/2/1951, J.C.P.19512, p.332, note Shlogale, Brouxle, 18/6/1930, dalloz.Sirey, 1931- 4, p. 1, Cass.Com, 19/2/1958, J.C.P.1958, p. 796.

د/نجوى كمال أبو الخير: البنك والمصالح المتعارضة في الاعتماد المستندي، رسالتها، مرجع سابق، ص ٣٧٩. من أنصار هذا الاتجاه أيضاً: د/علي البارودي، العقود وعمليات البنوك، ١٩٦٨، ص ٣٨٥، القانون التجاري ١٩٧٥، ص ٥٢٥، بند ٤٣٢، أشتاين وبنوتو: مؤلفهما الخاص بأمان ومخاطر الاعتماد المستندي ١٩٦٤، ص ١٨٩ وما بعدها.

(٧٣) د/ زينب السيد سلامة: دور البنوك في الاعتمادات المستندية، رسالتها، مرجع سابق، ص ٢٠١.

(٧٤) د/ زينب السيد سلامة: دور البنوك في الاعتمادات المستندية، رسالتها، مرجع سابق، ص ٢٠١. وقائع القضية: كان البنك المدعي قد اشترى كمبيالة مرفقة بها مستندات الشحن وقدمها إلى البنك المدعي عليه في ليفربول الذي كان قد قبل الكمبيالة ودفع قيمتها في ميعاد الاستحقاق، وقد ثبت أن سند الشحن مزور وعندما اكتشف التزوير أقام البنك دعوى أمام محكمته أمريكية لاسترداد المبلغ الذي

أن هذه الأخيرة حكمت بأحقية المدعي في التقرير الذي طلب الحكم له ورفض طلب البنك استرداد النقود المدفوعة^(٧٥)، كذلك ما قضت به المحكمة العليا بنيويورك أن البنك غير مسؤول عن صحة أو صدق المستندات، وبالرغم من أن دور البنك إجراء التتبع الظاهري للمستندات مع شروط الاعتماد إلا أن عليه إلا يتجاهل أي علامة خطر موجودة في المستندات تتبئ بعدم صدق ما تحتويه من بيانات أو تنثير الشك حول سلامتها كما لو كان بالمستند زيادة في عباراته أو تحشير أو تعديل بأي شكل كان^(٧٦).

بينما هناك رأي آخر^(٧٧) يعارض الرأي الأول، وينكره، ويرى أصحابه: أن "القول بافتراض وقوع البنك في غلط حول سلامة المستندات غير صحيح؛ وذلك لأن الغلط لا يفترض بل يحتاج إلى إقامة الدليل عليه وقت تنفيذ الاعتماد، والأولى والأقرب إلى الواقع القول: أن البنك لاحظ عيب المستندات، ولكنه تجاوز عنه اعتقاداً منه بأن المشتري لن يأبه به^(٧٨)".

فالبنك لا يطلب منه سوى الفحص الظاهري للمستندات، صحيح أن الفحص يجب أن يكون دقيقاً، وإنما لظاهر المستندات فهو غير مطالب بتحري دقة المستندات، أو الذهاب ورائها لاكتشاف حقيقتها؛ لذلك لا يجب عليه

سبق أن دفعه.

(٧٥) د/ نجوى أبو الخير: البنك والمصالح المتعارضة، ذات الرسالة السابقة، ص ٣٨١.

(٧٦) فيصل محمود مصطفى النعيمات: مسؤولية البنوك في قبول المستندات في نظام الاعتماد المستندي (في ظل الاعراف الموحدة للاعتمادات المستندية نشرة رقم ٥٠٠ لعام ١٩٩٣م وبعض القوانين المقارنة)، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، الطبعة الاولى، ٢٠٠٥، ص ٨٥.

(٧٧) Cass. Com, 3/6/1957, Bltan-3-180, p.153, Cass. Com, 28/6/1955, J.C.P.1956, p.93, note Beaky et Cabriak.

من أنصار هذا الرأي: ستوفيليه، مقالته الخاصة بالاعتماد المستندي المنشور في commercial annexes ١٩٧٨، ص ٢٣، بند ١٣٥، بيكي وكابرياك، مجلة بنك ١٩٥٦، العدد ١٢٢، ص ٤٧٩، د/علي جمال الدين: عمليات البنوك ١٩٦٩، ص ٤٢٢، بند ٤٩٥، الاعتماد المستندي، قواعد سنة ١٩٨١، ص ٢٨٣، بند ٢٦٩.

(٧٨) د/محمد السيد يمانى: الاعتماد المستندي والطبيعة القانونية للالتزام البنك، رسالته، مرجع سابق، ص ٣٣٤، د/علي جمال الدين: الاعتماد المستندي، مرجع سابق. ص ٣٨٠، كابرياك وبيكي بالفصلية ١٩٥٦، ص ٩٢، كوردية رقم ٢١٥، ستوفيليه رقم ٤٤٨ وفي تعليق له تحت نقض ٦ مايو ١٩٧٠، ١٩٦٩-٢-١٦٢١٦، ستوفيليه مقالته الخاص بالاعتماد المستندي، ص ٢٣، بند ١٣٥ منشور في commercial Annexes ١٩٧٨م.

التعلل بالوقوع في غلط حول سلامة المستندات خاصة وأن له مهلة معقولة لفحصها، ولا تجوز مطالبته بالوفاء إلا بانتهاء هذه المدة، ولذلك لا يقبل منه أن يرجع في قبوله المستندات ولا أن يرجع على البائع مطالباً باسترداد ثمن البضاعة لسبب خاص بالمستندات^(٧٩)؛ أما إذا كان الفحص غير دقيق فهو خطأ منه عليه أن يتحملة؛ وذلك لأن من أهم الالتزامات المفروضة على البنك هو التزامه بفحص المستندات^(٨٠)، وعندما يقوم بذلك فإنه يقوم بالفحص ظاهرياً دون التدخل في الواقع الفعلي لها ولا يهتم بأن البضائع قد تم شحنها أم لا ولا يهتم فيما إذا كانت المستندات باطلة أو تنطوي على عيوب ما لم يكن هناك تزوير في المستندات المقدمة له، ولذلك فإن الفرض في تقرير عدم مسؤولية البنك المصدر للاعتماد في التزامه نابع من أن هذا التزوير غير ظاهر في المستندات أصلاً، وإلا كان الرفض لهذه المستندات من قبل البنك النتيجة الحتمية لها، ولذلك يكون البنك مسئولاً أمام العميل الأمر بفتح الاعتماد في حالة تقديم مستندات من قبل المستفيد اتضح بعد فحصها وقبولها من البنك أنها مزورة تزويراً ظاهراً^(٨١)؛ لذا فإن البنك يخضع هنا للجزاء المقرر لذلك وهو

(٧٩) جورج ماريه: الاعتماد المؤيد ١٩٥٣، ص ٤٦، بند ٢٤٢، د/علي جمال الدين: عمليات البنوك ١٩٦٩، بند ٥٣٩، مجلة القانون البحري الفرنسي ١٩٤٩، ص ٤٨٨، تعليق بيير ايمو، ويجب ملاحظة أن هذه الأحكام -عدم رجوع البنك علي المستفيد- تنطبق علي الاعتماد القابل للإلغاء، اذ بعد تنفيذ البنك لهذا الاعتماد -لا يجوز للبنك ولا للعميل الغاء أو تعديل هذا الاعتماد لأنه يأخذ حكم الاعتماد القطعي وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في ١٢ يناير ١٩٥٩، البلتان الفرنسية، القسم الثالث، بند ١٤، ص ١٢.

(٨٠) د/علي الأمير إبراهيم: مسؤولية البنك عن فحص المستندات في الاعتماد المستندي والمراحل التي تمر بها عملية الفحص طبقاً لأحكام قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والقواعد الدولية والاعراف الموحدة لعام ١٩٩٣، رسالة دكتوراة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٣٦٨. -كذلك: فيصل محمود مصطفى النعيمات، مسؤولية البنك في قبول المستندات في نظام الاعتماد المستندي، مرجع سابق، ص ٦١ وما بعدها.

(٨١) Lamy; droite du financement, crédit documentaire, Ref, Mose ajour n 4315.

أيضاً: دور البنك في فحص المستندات في الاعتماد المستندي، د/علي جمال الدين: بحث منشور بمجلة المحامي الكويتية، السنة الرابعة، العددان السادس والسابع، ١٩٧٩، ص ٢١.

إما رفض المستندات من قبل العميل الأمر بفتح الاعتماد^(٨٢) في حالة عدم حدوث أي ضرر، أو التعويض^(٨٣) للعميل إذا ترتب على تقديم المستندات إضراراً به، وهذا ما أكدته محكمة اكس الفرنسية في أحد أحكامها والتي قضت فيه بالتزام البنك قبل الوفاء للمستفيد بالتأكد من صحة الختم.

إلا أنه إذا كان البنك غير مسئول أصلاً عن تزوير طابع البريد، فإنه على العكس ملتزم بالتحقق بعناية فيما إذا كانت المستندات مطابقة بدقه لشروط الاعتماد من ناحية، وغير منطوية على تزوير واضح من ناحية أخرى، والبنك وإن كان لا يلتزم أصلاً بالتحقق من شكل المستندات وتزويرها أو صدقها ومدي صحتها^(٨٤)، فليس معني ذلك أنه ليس مسؤولاً عن مظهر الورقة المقدمة إليه، بل يجب أن يأخذ في اعتباره عند التحقق من المستندات السلامة المظهرية والشكلية للورقة، وإلا كان مسؤولاً عن ذلك^(٨٥)، ولا يستطيع البنك هنا أن يجبر العميل الأمر بفتح الاعتماد بتعويضه عما دفعه^(٨٦) والسؤال المطروح هنا عن صاحب الحق بالرجوع على المستفيد هل هو العميل الأمر أم البنك؟

في الواقع أنه استناداً لمبدأ الاستقلال في الاعتمادات المستندية فإن الأمر بفتح

(82) Cass.Com, 13/7/1994, dalloz, 1954, p. 630, Aix, 8/2/1954, J.C.P. 1954, p. 342, note Shlogal, Trib. Elsenne, 6/2/1950, dalloz, 1950, p. 323, note Maria.

وفيه قالت المحكمة (على البنك قبل أي دفع أن يتأكد من مطابقة المستندات المقدمة إليه مع تلك المحددة في الخطاب الصادر منهالي البائع المستفيد مطابقة حرفيه، فاذا وجد بينها خلافاً وجب عليه رفضها، وليس له أن يفسر تعليمات المشتري الأمر بل عليه تنفيذها حرفيه طبقاً لما يقضي به عقد فتح الاعتماد، الذي يعد من القانون الضيق بين جميع ذوي الشأن، والا جاز للمشتري الأمر أن يرفض المستندات التي يقدمها له البنك لسبب عدم مطابقتها لتلك المطلوبة).

(٨٣) يلاحظ أن دعوي التعويض تلقى على المشتري-المدعي- عبء إثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية بخلاف مباشرة حقه في ترك المستندات؛ إذ لا يلزم له إثبات ضرر ولا سببيه، وكل ما يلزم هو أن تكون المستندات غير مطابقة تماماً لتعليماته، مع ملاحظة أن الأمر يلزم في كل حالات حصوله على المستندات رغم الضرر الذي يدعي وقوعه بسبب المخالفة -وجود مخالفات بها- بدفع كامل قيمة الاعتماد ثم يطالب بعد ذلك بتعويض.

(84) De Beck, crédit documentaire, Rev Banque, 1968, p. 716.

(٨٥) د/زينب السيد سلامه: دور البنوك في الاعتمادات المستندية، رسالتها، مرجع سابق، ص ٢٠٥، ٢٠٣، ٢٠٤.

(٨٦) د/ محمد السيد اليماني: الاعتماد المستندي، رسالته، مرجع سابق، ص ٣٤٤.

الاعتماد هو صاحب الحق في الرجوع على المستفيد، وذلك لأن العقد بين البنك والمستفيد مستقل عن العلاقة التعاقدية بين البائع والمشتري، والتزام المستفيد في ذلك لا ينشأ من خطاب الاعتماد بل من العقد الأساسي^(٨٧).

لكن هل للبنك الرجوع على المستفيد الذي قدم مستندات مزورة؟ يستطيع البنك الرجوع على المستفيد على أساس المسؤولية التقصيرية وليس على أساس المسؤولية العقدية؛ لأن رجوعه على المستفيد ليس لأجل ما وفاه له من مبلغ الاعتماد بل بهدف التعويض عما أصابه من ضرر شريطة علم المستفيد بأن المستندات مزورة وإلا فإن هذا الأخير لا يعد مسؤولاً^(٨٨).

وقد يسأل البنك من قبل الأمر بفتح الاعتماد إذا ما ثبت تورطه بالتواطؤ مع المستفيد، أو أنه لا يملك القدرة والإمكانات التي تؤهله للقيام بهذه المهمة الدقيقة مما يحتم معه تعويض الأمر بفتح الاعتماد عن ذلك، وهوما ذهب إليه القضاء إذ حكم برفض طلب المشتري استرداد ثمن البضاعة من البائع بسبب عدم صحة المستندات استناداً إلى أن المستفيد قد قدم المستندات إلى البنك الذي قبلها دون تحفظ لذا يتحملها بالرغم من عدم صحتها الظاهرة؛ لأن ذلك يُعد قبولاً ضمناً منه، وتنازلاً عن حقه في الرجوع، فلا يجوز له الرجوع فيه استناداً لسبب خاص بالمستندات.

كما أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الرأي الراجح^(٨٩) ناطرة إلى أن فتح الباب أمام لبنوك للرجوع في التسوية بعد حصولها يجعل مركز المستفيد قلقاً، ويدفع البنك إلى اختلاق الأسباب للرجوع فيما دفعه مما يهدد الطمأنينة التي هي هدف الاعتماد المستندي وجوهره^(٩٠).

(٨٧) أ/ بطي احمد بن خادم: ظاهرة الغش التجاري ووسائل مكافحتها بدولة الإمارات العربية المتحدة، ندوة حول ظاهرة الغش التجاري وأثرها على الاقتصاد الوطني، غرفة تجارة وصناعة دبي، ١٩٩٤م، ص ٧٩.

(٨٨) أ/ علاء فتحي حمد وديع: اجتهادات محكمة التمييز في القضايا التجارية، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، الطبعة الأولى، ١٩٩٣م، ص ٢٢.

(٨٩) نقض تجاري ٢٨ يونيو ١٩٥٥ بالفصلية ١٩٥٦ ص ٩٢ حيث رفضت طعناً ضد الجزائر في ٢٢ نوفمبر ١٩٥٣ ونقض تجاري ٣ يونيو ١٩٥٧م.

(٩٠) قد يدعي البنك الذي أجري تسوية اعتماد فير قطعي رفضها البنك الفاتح لعدم سلامة المستندات أنه غير ملزم شخصياً إذ لم يؤيد الاعتماد، ولذا يمكنه الرجوع في هذه التسوية، لكن الصحيح أنه لا

غير أن الإنجليز وبالرغم من تأكيدهم على مبدأ نهائية تنفيذ الاعتماد بعد تقديم المستندات للبنك، وقبوله لها ثم قيامه بالوفاء للمستفيد، يعطون للبنك الحق في الرجوع عليه في بعض الحالات، مثل: أن يكون الدفع مبنياً على غلط في الواقع إلا أنه اشترط في التسوية عدم إمكان الرجوع فيها، ولكن لكي يتم هذا الرجوع يجب أن يكون هناك - فعلاً - غلط في الواقع. أي: أن المستندات المطلوبة هي المقدمة فعلاً طبقاً للاعتماد، ولكنها لا تعبر في الحقيقة عن ذلك. أي: إنها ليست مطابقة إلا في الظاهر بشرط أن يكون ذلك بدون غش من المستفيد فهو مسؤول عن هذا الغلط في الواقع ولكن دون تعمد ذلك^(٩١).

وهم يردون بذلك على الرأي القائل: بأن للبنك مهلة معقولة لفحص المستندات، وهو لا يفحصها إلا في الظاهر، قائلين: بأن هذه المدة قد لا تكون كافية للبنك، فيقع في الغلط، ويكون ذلك حتماً إذا كانت المخالفة التي بالمستندات غير ظاهرة أو خفية، أما إذا كانت واضحة فالبنك مسئول عن هذا الغلط^(٩٢)، وبالتالي لا يحق له الرجوع على المستفيد. لذلك فإنه مع سلامة قيام البنك بالوفاء نظير مستندات لم يتضح ما إذا كانت هي المطلوبة فعلاً طبقاً للاعتماد وقبولها من الناحية التجارية فإنه يمكن أن يرفض المشتري المستندات المخالفة للشروط التعاقدية، كما أن المادتين (١٣، ١٤) من القواعد ٥٠٠ الموحدة لعام ١٩٩٣ تبرران قبول المستندات في ظروف خاصة حتى ولو تكتشف فيما بعد أن هذه المستندات ليست هي المطلوبة طبقاً للاعتماد، وأنها تعيينان في الرجوع على المستفيد.

ومن ذلك يبين أن البنك الوسيط لا حاجة به إلى الرجوع على المستفيد طالما كان البنك الفاتح موسراً إذ يستطيع أن يلزمه بتلقي المستندات متى تحققت لها الشروط الواردة بالنص المتقدم (م ١٤ / أ)، والغالب ألا ينازع البنك الفاتح في صحة قبول البنك

محل للنظر في طبيعة الاعتماد في هذا الادعاء، وأنه ما دام الوفاء قد حصل في وقت لم يكن الاعتماد قد الغي أو تعدل فإن التسوية التي تمت للمستفيد تكون نهائية لا رجوع فيها. د/ علي جمال الدين: الاعتمادات المستندية، مرجع سابق، ص ٣٨١.

^(٩١) د/ علي جمال الدين: الاعتماد المستندي، قواعد سنة ١٩٨٣م، المرجع السابق، ص ٣٨١.

^(٩٢) د/ محمد السيد اليماني: الاعتماد المستندي، رسالته، مرجع سابق، ١٩٧٤م، ص ٣٤٤.

الوسيط للمستندات بحجة أنه يجب على البنك الوسيط أن يكون متأكداً من سلامة المستندات؛ لأن السعي وراء هذا التأكد يدفعه إلى تأجيل تسوية الاعتماد، وحتى يفحص المشتري بنفسه المستندات، ويقرر قبولها، وهذا يعطل الاعتماد^(٩٣)، ولذا فإن الإنجليز يرون أحقية البنك في الرجوع على المستفيد متى كان قد دفع بناءً على غلط فيما عدا ما يكون البائع استناداً إلى هذا الدفع، وظناً منه بصحة وسلامة المستندات قد تصرف على أساسه، مثلاً: دفع في نظير هذه المستندات إلى صاحبها الأصلي طبقاً لعقد بيع كان هو المشتري فيه .

أرى متفقاً مع بعض الفقه^(٩٤) أن الرأي الذي يميل إليه الإنجليز غير جدير بالترجيح. لأنه غير صحيح القول بافتراض أن البنك قد وقع في الغلط، مبررين ذلك بكون المهلة الممنوحة له قد لا تكون كافية ؛ لأن المستفيد عندما تقدم بالمستندات للبنك كان يعتقد بسلامتها، ومطابقتها لشروط الاعتماد، والبنك ليس مطلوب منه سوي الفحص الظاهري للمستندات، فإما أن يقبلها أو يرفضها أو يقبلها مع التحفظ، فإذا قبلها ليس له أن يرجع بعد ذلك، ليقول: إنه قد اكتشف عيباً بها، وإنما من الأولي والأقرب للواقع القول: أن البنك لاحظ العيب بالمستندات لكنه توقع من المشتري قبولها لأن المخالفة غير جسيمة؛ ولذلك تجاوز عنها، وأما القول بأن البنك لم ينتبه للمخالفة، وأخطأ في التزامه بالفحص، ولم يكتشف المخالفة إلا بعد رفض المشتري للمستندات بسبب مخالفتها وامتنع عن التعويض، فهذا غير مقبول، وإنما على البنك في هذه الحالة أن يتحمل نتيجة اعتقاده الخاطئ، أو نتيجة أخطائه باعتبارها من قبيل مخاطر المهنة، ولا يمكن أن يقال: إن البائع الذي قبلت مستنداته بالمخالفة عليه أن يتوقع مطالبة بالاسترداد؛ لأن قبول البنك حائلٌ دون ذلك^(٩٥).

(٩٣) د/ محمد السيد اليماني: الاعتماد المستندي، رسالته، مرجع سابق، ١٩٧٤م، ص ٣٤٤.

(٩٤) د/ زينب السيد سلامة: دور البنوك في الاعتمادات المستندية، رسالتها، مرجع سابق، ص ٢٠٣، ٢٠٤، ٢٠٥.

(٩٥) د/ عادل مصطفى: مدي استقلال التزام البنك، رسالته، مرجع سابق، ص ٢٩٧.

المبحث الثاني

طرق أخرى للرجوع على المستفيد

إذا كان التزوير عملاً مغايراً للحقيقة يلحق بالمستندات في شكلها^(٩٦)، فإن الغش هو عمل مغاير للحقيقة لكنه يلحق بالمستندات في مضمونها وهو ما أكدته المادة (١٦) من القواعد الموحدة حين أعفت البنوك من أي التزام أو مسؤوليه عن الشكل أو الكفاية أو الدقة أو الصحة أو الزيف أو الأثر القانوني لأي مستند بذل البنك العناية المطلوبة في فحصه.

فالغش هو السبب الأهم لرجوع البنك على المستفيد؛ لأنه يعطيه الحق في رفض الوفاء للأخير بالاعتماد، أي رفضه للمستندات ولو كانت سليمة شكلاً ومطابقة لشروط الاعتماد في ظاهرها لكنها في الحقيقة غير صادقة، أي مزورة ومصطنعة، وكان المستفيد على علم بذلك.

القاعدة إذاً هي أن تسوية الاعتماد تكون نهائية لا رجوع فيها بين البنك والمستفيد إلا استثناء في حالة ما يثبت حصول التسوية بناء على غش من المستفيد^(٩٧)، فالغش يعطي للبنك الحق في الامتناع عن الدفع ابتداءً، وإذا تم الدفع واكتشف الغش بعد ذلك فيحق للبنك أيضاً الرجوع على المستفيد لاسترداد ما وفاه له سداداً لقيمة الاعتماد، غير أن هناك مخاطر يتعرض لها البنك في عمليات الاعتماد وتحرمه من استرداد قيمته وهي:

أولاً- الشروط المطبوعة:

شروط الاعتماد المستندي ترد غالباً في عقد الاعتماد المبرم بين البنك الفاتح والعميل المشتري، ويغلب أيضاً أن تكون شروطاً مطبوعة (نموذجاً مطبوعاً) إلا أنه قد يتطلب من العميل وضع شروط أخرى سواء كانت هذه الشروط مصاحبة لمستندات

(٩٦) جهاد الجراح: أثر الغش في العقد الأساسي على التزام البنك بالوفاء بقيمة الاعتماد المستندي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٩٩م، ص ٧٥.

(٩٧) د/ علي جمال الدين: الاعتماد المستندي، مرجع سابق، ص ٣٨٣. حيث يري سيادته أنه، ولو كانت المستندات مزورة، وهي صورة من صور الغش فهذا لا يمنع البنك من تقديمها للمشتري ما دام التزوير متقناً لا يمكن كشفه بالفحص المطلوب من البنك عند تقديمها إليه.

أخرى، أم إن الظروف التي أحاطت بعملية فتح الاعتماد قد كشفت عنها^(٩٨)، فهل يلزم البنك بهذه الشروط عند قيامه بإرسال خطاب الاعتماد للمستفيد، أو للبنك المراسل، والذي من المفترض أن يكون متققاً فقط مع شروط عقد الاعتماد؟^(٩٩)، وهل يسأل البنك إذا لم يلتزم بهذه الشروط أمام عميله الأمر عند قيامه بفحص المستندات؟^(١٠٠).

للإجابة على هذا السؤال نعرض لخلاف عرض على محكمة النقض المصرية وكان العميل قد أقام دعوي ضد البنك الفاتح أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية^(١٠١)، حيث قامت المحكمة بنذب ثلاثة خبراء لبحث موضوع النزاع، وانتهوا إلي خطأ البنك في قبول المستندات المقدمة إليه رغم مخالفتها للشروط الواردة في الفاتورتين المذكورتين، وفي ١٩٨٣/١/٢٦ أيدت المحكمة الابتدائية المنظور أمامها النزاع موقف الخبراء المنتدبين على أن هذا القضاء لم يلقَ قبولا من طرفي النزاع فاستأنفاه، وفي ١٩٨٣/٣/٥ قضت محكمة استئناف القاهرة بتأييد الحكم المستأنف.

ثانياً- سند الشحن الإسمي:

سند الشحن البحري هو الصك الذي يصدره الناقل البحري بناء على طلب الشاحن عند شحن البضائع على متن السفينة، ويلعب سند الشحن دوراً جوهرياً في إثبات عقد النقل البحري للبضائع، وفي إثبات واقعة شحن البضائع على متن السفينة. فسند الشحن في الاعتماد المستندي قد يكون اسمياً، أي أن تسليم البضاعة المذكورة بالسند يتم إلى الشخص أو إلى الجهة المذكورة بالاسم في السند وليس إلى شخص آخر.

وقد يكون اذنياً وقد يكون لحامله، فإذا كان سند الشحن اسمياً وكان باسم العميل الأمر دون أن يسبق اسمه شرط الاذن أو الأمر كان سند الشحن اسمياً ففي هذه الحالة يتعذر على البنك أن يمارس حق الرهن على البضاعة بحيازته للمستندات، وحتى لو استخدم البنك حق الحبس على هذه المستندات، يستطيع العميل أن يحصل على نسخة

(٩٨) د/عصام فايد محمد: مسؤولية البنك، رسالته، مرجع سابق، ص ٤٠٤.

(٩٩) د/أمين ميخائيل عبد الملك: الاعتمادات المستندية، مرجع سابق، ص ١٥.

(١٠٠) أ/ أحمد غنيم: سندات الشحن البحرية في إطار الاعتمادات المستندية، مرجع سابق، ص ٥٠.

(١٠١) الدعوي رقم ٤٤٨، لسنة ١٩٨١م، تجاري كلي جنوب القاهرة. الاستئناف رقم ٨٢٨/٨٧٤ لسنة ١٠٠ قضائية، استئناف القاهرة، د/أمين ميخائيل عبد الملك: الاعتمادات المستندية، مرجع سابق، ص ١٥، كذلك الطعن رقم ١٢٢٥ لسنة ٥٤ قضائية، جلسة ٩ يوليو ١٩٩٠م، ص ٤٠٩.

ثانية من سند الشحن وإن يستلم البضاعة. ويختلف أيضاً سند الشحن عن السند للشحن وهو السند الذي يصدر من الشاحن بعد استلام البضاعة وقبل شحنها على السفينة، حيث أن السند للشحن يثبت واقعة استلام البضاعة، لكنه على خلاف سند الشحن لا يعد صكاً يثبت ملكية البضاعة^(١٠٢).

وبهذا يتضح لنا أن الاعتمادات التي تكون فيها سندات الشحن باسم العميل الأمر تكون غير مضمونة بالبضاعة، وأن هذا الأمر لا يخلو من المخاطر بالنسبة إلى البنك؛ لأن إمكانيته في حجز البضاعة وبالتالي بيعها يعد ضماناً له إذا امتنع العميل عن الدفع فإذا كان سند الشحن باسم العميل فأن ذلك سيؤدي إلى التقليل من ضمانات البنك عند امتناع العميل عن رد قيمة الاعتماد إليه، كما أنه إذا كان المطلوب سند شحن فلا يقبل أمر تسليم صادر من المستفيد ولو كان عليه توقيع الناقل أو مندوب عنه، حتى ولو كان هذا الأمر يقبل في الاعتماد، ولا يقبل في هذا الخصوص العادة التجارية في البيع^(١٠٣).

ثالثاً - إصدار سند الشحن من عدة نسخ:

إصدار سند الشحن من عدة نسخ أيضاً هو من احدي الحالات التي تسبب المخاطر بالنسبة إلى البنك^(١٠٤)؛ لأن وجود عدة نسخ من سند الشحن يجعل السند لا يقوم بوظيفته كأداة ممثلة للبضاعة بشكل يؤمن البنك كحائز للسند في ضمان حقوقه على البضاعة ولا يزاخمه فيها حملة آخرين^(١٠٥) لنفس السند فعندما تكون نسخ السند محررة لأمر البائع أو لحامله، يستطيع الحامل إذا كان سيئ النية أن يبيع البضاعة مرة ثانية عن طريق تظهير احدي نسخ السند إلي مشترثان حسن النية، أو قد يرهن البضاعة بعد بيعها وينقل سند الشحن إلي الدائن المرتهن ضماناً للدين الذي اقترضه منه، وبهذا سيفاجأ كل دائن مرتهن بمزاحمة دائن آخر يدعي أحقيته على البضاعة

(١٠٢) د/ محسن شفيق: الجديد في القواعد الدولية الخاصة بنقل البضائع بالبحر، مرجع سابق، ص ١٤٥.

(103) Trib.marselya, 25/3/1924, D 1925-2-368, p. 92, note Goterdg et Megra .

(104) A.W.Knauth; american law of ocean bills of lading, 1953, wlldiers; le connaissance maritime, 1961.

(١٠٥) أ/ أحمد حسني: عقد النقل البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١م، ص ١٣٩.

المرهونة^(١٠٦)، وبهذا يتضح لنا أن البائع يستطيع عن طريق نسخ سند الشحن أن يبيع البضاعة أو يرهنها مرات عدة للحصول على أكثر من قيمتها مما يتيح فرصه أكبر للغش والتلاعب، حيث تسهل له هذه الطريقة الحصول على الأموال التي يحتاجها، هذا فضلا عن أن تعدد النسخ تتيح للمشتري أن يتصرف بالبضاعة إلى شخص حسن النية سواء بالبيع أو بالرهن وأن يسلمها له وذلك يؤدي إلى فقدان البنك حقه على البضاعة؛ لأن هذا الشخص يستطيع أن يتمسك في مواجهة البنك بقاعدة الحياة في المنقول سند الملكية، وإن هذا الموقف بالنسبة إلى البنك يعد في غاية الخطورة والحرر، حيث إنه يهدد قدرة البنك على استرداد أمواله التي سدها للمستفيد من الاعتماد تطبيقا لنصوص الاعتماد المفتوح له، عندها يفقد البنك ضمانه مهمة في الاعتماد والمتمثلة في الحجز المنصب على البضاعة عن طريق حياة سند الشحن.

ومن هنا تأتي أهمية النص في الاعتماد على ضرورة تقديم جميع نسخ سند الشحن للبنك إذا كانت هناك نسخ عدة وخصوصا إذا كانت مرقمة وعندها يعرف البنك عدد النسخ الموجودة وينبغي عليه الحرص على مطالبة المستفيد بتقديم جميعها، وذلك من أجل التقليل من المخاطر التي يتعرض لها البنك في.

رابعاً - سند الشحن القديم:

هو مستند الشحن الذي يقدم بعد ٢١ يوم من تاريخ إصداره، وبالتالي تعدد البنوك مستند شحن قديم لا يقبل إلا إذا نصت شروط الاعتماد صراحة على جواز قبوله^(١٠٧)، لذلك فإن لتاريخ إصدار سند الشحن الكثير من الأهمية وقد يتعرض البنك لمخاطر كثيرة لو كان هناك تأخير في تاريخ السند وقدم إلى البنك وقام البنك بقبوله دون موافقة العميل على ذلك^(١٠٨)، إذ إن التأخير في تقديم سند الشحن سيتسبب عنه حتماً التأخير في استلام البضاعة بعد وصولها، وهذا يعني أن العميل سيتحمل مصاريف إضافية كمصاريف تخزين البضاعة والمحافظة عليها وغيرها من المصاريف، وقد ينتج عن هذا

(١٠٦) أ/ أحمد غنيم: سندات الشحن البحري في إطار الاعتمادات المستندية، مرجع سابق، ص ٤٥.

(١٠٧) أ/ أحمد غنيم: سند الشحن البحري في إطار الاعتمادات المستندية، مرجع سابق، ص ٤١.

(١٠٨) لأنه إذا اتضح أن التاريخ المكتوب في سند الشحن غير مطابق للواقع كان ذلك غشا يمنع من قبول المستندات، طبقا لما قضي به مجلس اللوردات في سنة ١٩٨٢، جوتردج ومجرا، طبعة ١٩٨٤، ص ١٧٩، ويفتح الباب للرجوع على المستفيد إذا كشف الغش بعد الدفع، على أساس الغلط.

التأخير تلف للبضاعة أو انتهاء مدة التأمين عليها أو انخفاض أسعارها في الأسواق أو تغير الأذواق عليها قرب انتهاء موسم استعمالها أو وصول بضائع منافسة إلي غير ذلك^(١٠٩)، وهنا يتعين على البنك أن يرفض^(١١٠) مثل هذا المستند الذي لا يلحق الضرر بعملائه فقط، وإنما يلحق الضرر بالبنك أيضاً بشكل غير مباشر، ذلك أن تلف البضاعة أو فوات موسم تصريفها يضعف من قدرة العملاء على الوفاء بالائتمان الممنوح لهم لاستيراد هذه البضاعة كما يؤثر في قدرتهم على إرجاع مبلغ الاعتماد إلي البنك في الموعد المتفق عليه، وفي هذه الحالة لا يبقى أمام البنك سوى الحجز على البضاعة التي فات موسم تصريفها.

الخاتمة

استعرضت في بحثي هذا استرداد البنك لقيمة الاعتماد من خلال فصلين: الفصل الأول بعنوان: رجوع البنك على المستفيد عن طريق التسوية المشروطة وذكرت من خلاله إنه إذا لم يتمكن المستفيد من تقديم المستندات المشترطة خلال مدة الاعتماد كاملة، مطابقة لخطاب الاعتماد فإنه يتعهد للبنك برد قيمة الاعتماد إذا لم يقبلها العميل الأمر، أو القيام بتعويض البنك عما يتعرض له من ضرر جراء قبوله مستندات مخالفة.

ثم تناولت في الفصل الثاني التسوية غير المشروطة وقلنا بأنه إذا تمسكنا بأن المستندات يجب أن تكون مطابقة لشروط الاعتماد وأن أي خلل لم يتنبه إليه البنك عند تنفيذ الاعتماد يمكن أن ينشئ حقاً لهذا الأخير للرجوع على المستفيد، فإن ذلك يعد تكريساً للتسوية غير المشروطة، وقد ساند هذا الرأي جملة من الفقهاء. وبرأينا أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار جميع مقومات الاعتماد المستندي، وخاصة التزامات الأطراف فيه، وعلى هذا الأساس يمكن القول: أن الاعتماد متى نفذ فإن علاقة البنك بالمستفيد قد انتهت، ولا يمكن للبنك على هذا النحو القيام بطلب استرجاع

(١٠٩) حياة شحاتة سليمان: مخاطر الائتمان في البنوك التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٩م، ص ٢٦٥.

(١١٠) note stoufflet Cass.Com, 16 Mai 1971, J.C.P. 1972- 11-17126.

مبلغ الاعتماد إلا في صورة إثارته لعدم مطابقة المستندات لشروط الاعتماد، وإذا لم يفعل ونفذ الاعتماد فإنه لا حق له في استرجاع مبلغ الاعتماد حتى وإن كان الاعتماد قد نفذ بطريق التسوية المشروطة.

كما تحدثت عن طرق الرجوع خارج التسوية المشروطة، وذلك من قبيل رجوع البنك على المستفيد لعدم سلامة المستندات، وفيه تحدثت عن حق البنك في الرجوع على المستفيد، إذا كانت المستندات غير سليمة، أي غير مطابقة لشروط الاعتماد. وانتهيت إلى تقرير هذا الحق على أساس أن الوفاء بالاعتماد قد تم بلا سبب، ذلك أن لكل التزام سبب وسبب الوفاء بالاعتماد هو تقديم مستندات سليمة وكاملة خلال مدة الاعتماد حتى لو تحفظ البنك على هذه المستندات.

وإن كان هناك رأي آخر يعارض ما انتهيت إليه ويرى أن القول بافتراض وقوع البنك في غلط حول سلامة المستندات غير صحيح؛ وذلك لأن الغلط لا يفترض بل يحتاج إلى إقامة الدليل عليه وقت تنفيذ الاعتماد والأولى والأقرب إلى الواقع القول: إن البنك لاحظ عيب المستندات، لكنه تجاوز عنه اعتقاداً منه بأن المشتري لن يأبه به.

وبذلك نكون قد انتهينا من استعراض خاتمة البحث والآن ننقل لبيان توصيات البحث على النحو الآتي:

النتائج والتوصيات:

أولاً- النتائج:

- إن أهم التزام يقع على عاتق البنك اتجاه عميله هو قيامه بفحص المستندات المقدمة له من قبل المستفيد، إذ يتوقف على حسن تنفيذ هذا الالتزام اقتناع العميل واطمئنانه إلى أن البنك قد حقق له النتيجة المرجوة من فتح الاعتماد.
- إجازة الرجوع للبنك على المستفيد بعد الوفاء كلما تبين عدم مطابقة المستندات يؤدي إلى إعفاء البنوك كلياً من مسؤوليتها عن فحص المستندات، وينقل عبء هذه المسؤولية إلى عاتق المستفيد، ويلغي بذلك أهم التزام ملقي على كاهل البنوك في عقد الاعتماد، وهو الالتزام بالفحص قبل الوفاء للمستفيد، ومن ناحية أخرى يجعل مركز المستفيد قلقاً يتوقف على إرادة العميل من المستندات، ففي حال رفضها من قبله

ينهار الوفاء، ويصبح المستفيد في موقف معقد لا يحسد عليه، وهي الصعوبة التي ابتكرت نظام الاعتماد غير القابل للرجوع فيه.

• إن البنك لا يحاسب على تنفيذ الاعتماد ولو اتضح أن البضاعة غير مطابقة للمستندات، ما دامت المستندات مطابقة للتعليمات الواردة بخطاب الاعتماد، إلا إذا كان هناك غش من البائع وكان البنك يعلمه.

• إن البنك إذا ما اختار الوفاء بالاعتماد رغم مخالفة المستندات، فعليه أن يعلم المشتري بذلك ويطلب منه ضماناً وموافقة صريحة حتى يتجنب مخاطر رفضه للمستندات المخالفة لاحقاً.

ثانياً- التوصيات:

• أرى أنه لابد وأن يتوخى العميل الأمر بفتح الاعتماد الدقة والوضوح في نقل تعليماته للبنك بخصوص فحص المستندات التي ينبغي أن تكون طبق الأصل من العقد الأساسي المبرم بينه وبين المستفيد حتى لا يتذرع البنك سيء النية في حال ورود تعليمات غامضة أو غير واضحة للتوصل من المسؤولية والقائها على عاتق العميل، كما يجب ألا يدخر البنك أي جهد في الرجوع على العميل لأي غموض يلف المستندات المقدمة من البائع حتى لا يقع تحت طائلة المسؤولية. مع التأكيد بأفضلية وجود نموذج موحد لكافة البنوك لعقد فتح الاعتماد المستندي درءاً لأي تضارب قد يحصل عند التنفيذ.

• يشترط صدور نسخة واحدة فقط من سند الشحن حتى لا يمكن تسليمها إلا إلى البنك مع المستندات جميعاً، أو أن يتم تقديم جميع النسخ التي اشترطها العميل الأمر من المستفيد للبنك حتى تكون كلها تحت حيازته. لذلك يجب على المشتري أن يشترط في عقد الاعتماد تسليم جميع نسخ سند الشحن كاملة إلى البنك المنفذ للاعتماد، ومنها إلى العميل الأمر ليتسلم بها البضاعة لتفادي خطر الغش أو الشحن الناقص ويشترط الأمر على البائع تقديم شهادات بالوزن والمصدر والنوع والتحليل الكيماوية.... إلخ.

المراجع

أولاً- المراجع باللغة العربية:

أ- المراجع العامة:

- (١) د/ أحمد زيادات، إبراهيم العموش: الوجيز في التشريعات التجارية الأردنية، عمان، ١٩٩٩.
- (٢) د/ بسام حامد الطراونة: تظهير الأوراق التجارية، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م.
- (٣) د/ أحمد حسني: البيوع البحرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط٢، ١٩٨٣م.
- (٤) توفيق بن نصر: القانون البنكي التونسي، الدار المغاربية للطباعة والنشر، تونس، ٢٠٠٩م.
- (٥) د/ علاء فتحي حمد وديع: اجتهادات محكمة التمييز في القضايا التجارية، وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ١٩٩٣.
- (٦) د/ على البارودي: العقود التجارية وعمليات البنوك، ط٢، ١٩٦٨، القانون التجاري، ط ١٩٧٥م.
- (٧) د/ فياض ملقي القضاة: شرح القانون التجاري الأردني (الأوراق التجارية)، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
- (٨) د/ نبيل محمد صبيح: خطاب الضمان الدولي، باريس، ط ١٩٨٩م.
- (٩) د/ محسن شفيق: الجديد في القواعد الدولية الخاصة بنقل البضائع بالبحر، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

ب- المراجع المتخصصة:

- (١) د/ أحمد غنيم: سندات الشحن البحري في إطار الاعتمادات المستندية من الوجهة البنكية والقانونية والعملية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م.
- (٢) د/ حسين فتحي عثمان: دروس في عمليات البنوك في ضوء قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، ط ٢٠٠١م.
- (٣) د/ رضا السيد عبد الحميد: النظام البنكي وعمليات البنوك، مكتبة جامعة عين شمس، ط ١٩٩٠م.
- (٤) د/ سميحة القليوبي: الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١٩٨٨م.
- (٥) د/ طالب حسن موسي: الموجز في قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٧م.
- (٦) د/ على جمال الدين عوض: الاعتمادات المستندية دراسة لقواعد ١٩٨٣م، دار

- النهضة العربية، القاهرة، ط ١٩٨٩م.
- (٧) د/ على جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ط ١٩٨١م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- (٨) د/ فيصل محمود مصطفى النعيمات: مسؤولية البنوك في قبول المستندات في نظام الاعتماد المستندي (في ظل الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية نشرة رقم ٥٠٠ لعام ١٩٩٣م وبعض القوانين المقارنة)، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى ٢٠٠٥م.
- (٩) د/ محيي الدين إسماعيل علم الدين: موسوعة أعمال البنوك من الناحية القانونية والعملية، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م.
- ج- الرسائل:**
- (١) أكرم إبراهيم حمدان: مسؤولية البنك المصدر في الاعتماد المستندي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، عمان، الأردن، ١٩٩٩م.
- (٢) جهاد الجراح: أثر الغش في العقد الأساسي على التزام البنك بالوفاء بقيمة الاعتماد المستندي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٩٩م.
- (٣) د/ حياة شحاتة سليمان: مخاطر الائتمان في البنوك التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٩م.
- (٤) د/ زينب السيد سلامة: دور البنوك في الاعتمادات المستندية من الوجهة القانونية، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية ١٩٨٣م.
- (٥) د/ عادل إبراهيم مصطفى: مدي استقلال التزام البنك في خطاب الضمان والاعتمادات المستندية، رسالة دكتوراه، القاهرة، ط ١٩٩٧م.
- (٦) د/ على الأمير إبراهيم: كيفية فحص المستندات في الاعتماد المستندي والمراحل التي تمر بها عملية الفحص طبقاً لأحكام قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والقواعد الدولية والأعراف الموحدة لعام ١٩٩٣، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م.
- (٧) د/ عصام فايد محمد: مسؤولية البنك عن فحص المستندات في الاعتماد المستندي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٧م.
- (٨) د/ عبد الله سلمان الضمور: دور الاعتماد المستندي في تنفيذ عقد البيع سيف في التشريع الأردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، عمان، الأردن، ١٩٩٩م.
- (٩) د/ محمد السيد يمانى: الاعتماد المستندي والطبيعة القانونية لالتزام البنك، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٧٤م.

١٠) د/ نجوى أبو الخير: البنك والمصالح المتعارضة في الاعتماد المستندي، دراسة للفقهاء والقضاء المقارن، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م.

د-المقالات والبحوث القانونية:

١) د/ بطي أحمد بن خادم: ظاهرة الغش التجاري ووسائل مكافحتها بدولة الإمارات العربية المتحدة، ندوة حول ظاهرة الغش التجاري وأثرها على الاقتصاد الوطني، غرفة تجارة وصناعة دبي، ١٩٩٤م.

٢) ستوفيلية: مقالته الخاصة بالاعتماد المستندي، منشور في دائرة المعارف التجارية، ١٩٧٣م.

٣) د/ عبد الله السلوفاني: رجوع البنك على المستفيد بعد تنفيذ الاعتماد المستندي الغير قابل للرجوع فيه، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد ٥٢، السنة ٢٦، أكتوبر ٢٠١٢م.

٤) د/ نبيل محمد صبيح: مسؤولية البنك عن فحص المستندات. بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة ٣٨، يناير ١٩٩٦م.

٥) د/ ياسر أبو حمور: الجزاء المترتب على قبول البنك مستندات غير مطابقة، بحث منشور في مجلة البنوك في الأردن، المجلد التاسع عشر، العددان الرابع والخامس، جمعية البنوك في الأردن، عمان، ٢٠٠٠م.

ه-مطبوعات معهد الدراسات المصرفية بالقاهرة:

١) أ/ إبراهيم صدقيه: تأييد الاعتمادات المستندية، معهد الدراسات البنكية، البنك المركزي المصري، ١٩٦٢م.

٢) د/ أمين ميخائيل عبد الملك: الاعتمادات المستندية، طبع معهد الدراسات البنكية ١٩٦١م.

٣) أ/ محمود محمد فهمي: الاعتمادات المستندية، طبع معهد الدراسات البنكية ١٩٦٠م.

و-المجلات:

١) مجلة الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري.

٢) مجلة المحاماة تصدر عن نقابة المحامين بالقاهرة.

٣) مجلة المحاماة السورية تصدر عن نقابة المحامين السورية.

٤) مجلة العلوم القانونية والاقتصادية تصدر عن كلية الحقوق جامعة عين شمس.

٥) مجلة القانون والاقتصاد تصدر عن كلية الحقوق جامعة القاهرة.

٦) مجلة إدارة قضايا الحكومة تصدر عن هيئة قضايا الحكومة.

٧) مجلة اقتصاديات الإمارات تصدر في دولة الإمارات العربية المتحدة.

٨) مجلة الرائد العربي مجلة سورية.
٩) المجلة العربية للفقهاء والقضاء تصدر عن الأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب.

- ١٠) مجلة الحقوق الكويتية تصدر في دولة الكويت.
١١) مجلة مؤتة للبحوث والدراسات تصدر في المملكة الأردنية الهاشمية.
١٢) دائرة المعارف التجارية
١٣) مجلة البحوث القانونية والاقتصادية تصدر عن كلية الحقوق بني سويف.
١٤) مجلة المحامي الكويتية تصدر عن نقابة المحامين الكويتية.
ز - مجموعات الأحكام والقوانين:

- ١) استئناف اكس في ٢٩ يونيو ١٩٧١م، مجله بنك الفرنسية ١٩٧٢م.
٢) استئناف امستردام ١٦ مايو ١٩٦٣ Rev-Banque ١٩٦٣ مع تعليق مؤيد لليزون.
٣) استئناف باريس ١٦ يونيو ١٩٥٠ المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٥١. تعليق شولج J. C. P ١٩٥٠ بند ٥٩١٠ مذكرة المحامي العام Guno وجازيت ١٩٥٠م.
٤) استئناف باريس ١٩ يناير ١٩٥٢ المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٥٢م، وجازيت ١٩٥٢ العدد ٣، ٤ س ٢٨٦. - استئناف اكس ٨ فبراير ١٩٥١ المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٥١م القسم ٢، تعيق شولج.
٥) استئناف باريس ٢٢ أكتوبر ١٩٤٩، دالوز ١٩٤٩، ٣٠ مايو تجاري ١٩٥٦م، البلتان المدنية القسم الثالث.
٦) المحكمة الكندية العليا في ٥ مارس ١٩٨٧م دالوز ١٩٨٨م أخبار سريعة، تعليق قاسير.

- ٧) النص العربي والانجليزي والفرنسي لنصوص لائحة قواعد الاعتمادات المستندية، نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٤٠٠ المنفذة من أول أكتوبر ١٩٨٤م، مشار إليها د/على جمال الدين: الاعتمادات المستندية، طبعة ١٩٨٣.
٨) دائرة الأمور المستعجلة ٧ مارس ١٩٤٩، مجلة بنك الفرنسية ١٩٤٩م العدد ٣٥.
٩) قضاء النقض التجاري، د/أحمد محمود حسني، ١٩٩٠م، الأحكام التي أصدرتها محكمة النقض في المدة من أكتوبر ١٩٨٢ إلى يونيو ١٩٨٩م.
١٠) قضاء النقض التجاري، د/أحمد محمود حسني، ٢٠٠٠م، المبادئ التي قررتها محكمة النقض في ثمانية وستين عاما من ١٩٣١ إلى ١٩٩٩م.
١١) لائحة قواعد الاعتمادات المستندية ٤٠٠ لسنة ١٩٨٣م، ٥٠٠ لسنة ١٩٩٣، والمنفذة أول ١٩٩٤، ٦٠٠ لسنة ٢٠٠٧م.
١٢) مجموعة أحكام محكمة النقض في المسائل المدنية والتجارية، إصدار المكتب

الفني لمحكمة النقض المصرية.

(١٣) محكمة الأمور المستعجلة بالقاهرة في ١٥/٢/١٩٦٠. القضية رقم ٤١٧ لسنة ١٩٦٠. المجموعة الرسمية، العدد الأول، السنة ٦٠، ١٩٦٣م.

(١٤) محكمة باريس ٢٦ يونيو ١٩٥٠ تعليق المحامي العام Guneo، مجلة بنك ١٩٤٩، الدائرة المستعجلة بمحكمة باريس في ٧ مارس ١٩٤٩م.

ح-المواقع الالكترونية:

(١) أ/ عبد الحميد أبو موسى: معالجة الديون المتعسرة، مقاله منشوره على شبكة الانترنت على الموقع الآتي:

<https://www.ik.ahram.org><last visited 22/2/2003

(٢) أ/ شرفاوى ايدير: ضمانات القروض، مقاله منشوره على شبكة الانترنت على الموقع الآتي:

www.Elakpar.Com. last visited 27/9/2006

(٣) أ/ نعمان حافظ سلمان: أهمية الاعتمادات المستنديه والإجراءات القياسية للرقابة والتفتيش، بحث منشور على البريد الالكتروني:

[W.W.W.numan.muna Yahoo. Com.](http://W.W.W.numan.munaYahoo.Com)

ثانياً- المراجع الأجنبية:

- 1) Charles pantoux, credits documentairs, Banque, 1967.
- 2) Charley hannoun ،Réflex ion Surly Distinction Delafraud et de l'Abusdans Legerities A première demand.
- 3) Dr. kameron al-salihi. commercial papers and banking transaction in tha Bahrain law of commerce. bahrain university. 2003.
- 4) E.P.Ellinger, singapora conferences in international Buisness law current Developments in international trade finance .
- 5) Eiscman et Bontoux; Le crédit documentaire, dans Le commerce extérieur. L.G.D.J. paris 1991.1972.
- 6) Fabia.etb.safa.code de commerce an note,unive rsite saint joseph. Tome.1995.
- 7) G.Marias, de Crédit Comfirmé en Matière documentaire L.G.D.J.1953.
- 8) Gavalda et Stofflet, notes sous larret de la cour de cassation 14 oct 1981, J.C.P.1982-11-19815.
- 9) Georges Ripert et R, Roblet, Traite de Droit Commercial,Lgdj.Tome2,11 Ed,paris1988.
- 10) GeorgesMarais, Credit Conformed en matiere documentaire, Librairs general de droit et Jurhsprudence, parhs, deuxieme, edition,1993, n. 15.

إبرام العقد الإداري الإلكتروني وتسوية المنازعات الناشئة عنه

الدكتور/ حماده عبدالعزيز عبدالحميد عيسى*

الدكتور/ عمر عبد الحفيظ أحمد عمر**

المخلص:

يعد العقد الإداري الإلكتروني من العقود ذات الأهمية البالغة في عصرنا الحالي وذلك نتيجة للتطور التكنولوجي الحادث في عصرنا الحالي مما أضحت لازماً على جهة الإدارة مواكبة ذلك التطور؛ وعلى ذلك نتناول في هذا البحث ماهية العقد الإداري الإلكتروني، وذلك ببيان مفهومه وخصائصه؛ والتي من أهمها، أنه يتم إبرامه بالوسائل الإلكترونية، وأنه يتم إبرامه عن بعد، وأنه يتسم بالطابع الدولي، وأنه متميز من حيث طرق الإثبات والوفاء والتفويض، ثم تناول البحث المعيار المميز للعقد الإداري الإلكتروني، حيث يوجد معيارين وهما؛ المعيار العضوي أو الشكلي، والمعيار الموضوعي أو المادي، ثم بين البحث وسائل إبرام العقد الإداري الإلكتروني والتي تنقسم إلى وسائل تقليدية ووسائل حديثة، وتتمثل الوسائل التقليدية في الممارسة والاتفاق المباشر، وأسلوب التفاوض التنافسي، أما الوسائل الحديثة لإبرام العقد الإداري الإلكتروني فتتمثل في الميزات الإلكترونية.

ثم بين البحث طرق تسوية منازعات العقد الإداري الإلكتروني والتي تنقسم إلى الطرق القضائية لتسوية منازعات العقد الإداري، وإلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد الإداري، وفي الطرق القضائية تناول البحث طبيعة اختصاص القضاء الإداري في منازعات العقد الإداري الإلكتروني، ثم بين سلطات القاضي الإداري في الدعاوى الناشئة عن التعاقد الإداري الإلكتروني، أما عن التحكيم فقد تناول البحث مفهومه ومدى أهميته في تسوية منازعات العقود الإدارية الإلكترونية، ثم بين الموقف التشريعي من التحكيم في منازعات العقد الإداري الإلكتروني.

وأخيراً اختتمت الدراسة بجملة من التوصيات والنتائج، أهمها ضرورة وضع تشريع خاص للعقد الإداري الإلكتروني بمختلف جوانبه، وكذلك ضرورة العمل على إنشاء وتطوير مراكز ومؤسسات تحكيم الكترونية وطنية وعربية متخصصة بالفصل فيما يثار من منازعات إلكترونية.

الكلمات المفتاحية: عقد - إداري - إلكتروني - وسائل - إبرام - تسوية - منازعات.

* دكتوراه في الحقوق - جامعة الإسكندرية - جمهورية مصر العربية.

** دكتوراه في الحقوق - جامعة الإسكندرية - جمهورية مصر العربية.



Conclusion of the Electronic Administrative Contract And the Settlement of Disputes Arising from it

Dr. Hamada Abdel Aziz Abdel Hamid Issa*

Dr. Omar Abdel Hafeiz Ahmed Omar**

Abstract:

The electronic administrative contract is one of the most important contracts in our time, as a result of the technological development occurring in our current age, which has made it necessary for the administration to keep pace with that development; Accordingly, we discuss in this research the nature of the electronic administrative contract, by explaining its concept and characteristics; The most important of which is that it is concluded by electronic means, that it is concluded remotely, that it is international in nature, and that it is distinguished in terms of methods of proof, fulfillment and implementation. The organic or formal criterion, and the objective or material criterion, then the research showed the means of concluding the electronic administrative contract, which is divided into traditional means and modern means, and the traditional means are represented in practice and direct agreement, and the method of competitive dialogue, and the modern means of concluding the electronic administrative contract are represented in electronic more.

Then the research showed the methods of settling electronic administrative contract disputes, which are divided into judicial methods for settling administrative contract disputes, and arbitration as a means of settling disputes arising from the administrative contract. In judicial methods, the research dealt with the nature of the administrative judiciary's jurisdiction in electronic administrative contract disputes, then between the authorities of the administrative judge in cases arising from electronic administrative contract. Electronic administrative contract disputes.

Finally, the study concluded with a number of recommendations and results, the most important of which is the need to develop a special legislation for the electronic administrative contract in its various aspects, as well as the need to work on establishing and developing national and Arab electronic arbitration centers and institutions specialized in adjudicating electronic disputes raised.

Keywords: Contract – Administrative – Electronic – Means – Conclusion – Settlement – Disputes.

*PhD in Law, Alexandria University, Egypt.

** PhD in Law, Alexandria University, Egypt.

المقدمة

إن تطور الحياة في شتى مناحيها قد شمل جميع المعاملات التي تبرمها الجهات العمومية، حيث اتسمت هذه المعاملات بطابع السرعة لتنفيذها من خلال الوسائل الإلكترونية، فبعد أن كانت العقود تتم بالطريقة التقليدية؛ بجلوس المتعاقدين في مجلس واحد وتبادل الألفاظ الدالة على الإيجاب والقبول قولاً أو كتابة أصبحت معظم الجهات العمومية أو حتى الأفراد يتجهون إلى استخدام الوسائل الإلكترونية عند إبرامهم لعقودهم، فنتاج التطور التقني في مجال إبرام العقود بشكل عام والإدارية بشكل خاص، كان لابد له من أن يخلق تحدياً جديداً أمام النظم القانونية والفقهية القائمة حول بيان ماهية العقد الإداري الإلكتروني، ووسائل إبرامه، وكيفية تسوية المنازعات الناشئة عنه بصورة تتفق مع التطور الحادث ومع استخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة في إبرامه وتنفيذه.

فالعقد الإداري الإلكتروني كأحد تصرفات الإدارة القانونية لا يخرج عن مفهومه التقليدي إلا بمقدار تأثره بالطابع الإلكتروني كنموذج مستحدث من خلال استخدام الوسائط الإلكترونية^(١).

لذا سيكون لإدخال وسائل الاتصال الحديثة إلى ساحة العقود الإدارية أثر إيجابي على سير العملية التعاقدية ويعزز مفهوم المبادئ الحاكمة له، وهذا ما سوف نتناوله في هذا البحث من خلال بيان ماهية العقد الإداري الإلكتروني، ثم بيان وسائل إبرام العقد الإداري الإلكتروني، ثم بيان طرق تسوية منازعات العقد الإداري الإلكتروني.

أهداف البحث:

- ١- بيان مفهوم العقد الإداري الإلكتروني.
- ٢- إبراز خصائص العقد الإداري الإلكتروني.
- ٣- إبراز المعيار المميز للعقد الإداري الإلكتروني.

(١) صفاء فتوح جمعة، العقد الإداري الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، المنصورة، سنة ٢٠١٤م، ص ٩.

٤- بيان وسائل إبرام العقد الإداري الإلكتروني.

٥- بيان طرق تسوية منازعات العقد الإداري الإلكتروني، سواء الطرق القضائية أو التحكيم.

منهج البحث:

اتبعنا في إعداد بحثنا هذا المنهج التحليلي الوصفي.

خطة البحث:

قمنا بتقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية العقد الإداري الإلكتروني

المبحث الثاني: وسائل إبرام العقد الإداري الإلكتروني

المبحث الثالث: طرق تسوية منازعات العقد الإداري الإلكتروني.

المبحث الأول

ماهية العقد الإداري الإلكتروني

نتناول في هذا المبحث ماهية العقد الإداري الإلكتروني وذلك من خلال بيان مفهوم العقد الإداري الإلكتروني ثم إبراز أهم خصائصه المميزة له، وأخيرا بيان المعيار المميز للعقد الإداري الإلكتروني، وذلك في ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري الإلكتروني.

المطلب الثاني: خصائص العقد الإداري الإلكتروني.

المطلب الثالث: المعيار المميز للعقد الإداري الإلكتروني.

المطلب الأول

مفهوم العقد الإداري الإلكتروني

من خلال هذا المطلب نتناول بالدراسة مفهوم العقد الإلكتروني بصفة عامة، ثم نبرز مفهوم العقد الإداري الإلكتروني على وجه الخصوص، وذلك على النحو الآتي:

أولاً- مفهوم العقد الإلكتروني:

يعد العقد الأداة الرئيسية للتبادل التجاري، كما يعد إحدى الوسائل الأساسية للتنظيم الاجتماعي^(٢)، وكثيراً ما تنتج الإدارة إلى الأسلوب التعاقدى لتحقيق أهدافها. ونتيجة للتطور الحادث في شتى المجالات بسبب الثورة التكنولوجية الهائلة؛ يعد العقد الإلكتروني من العقود المهمة التي وقف عندها الفقه لدراسته ومعرفة تفاصيله، وتأسيساً على ذلك فإن الفقه عموماً ذكر تعريفات متعددة لهذا العقد. فقد عرفه البعض بأنه "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل"^(٣). وعرفه البعض بأنه "العقد الإلكتروني بأنه اتفاق يبرم وينفذ جزئياً وكلياً عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، بقصد إنشاء التزامات تعاقدية، وذلك بإيجاب وقبول يمكن التعبير عنهما من خلال ذات الوسيط"^(٤). كما تم تعريفه بأنه "هو اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل"^(٥).

ثانياً- مفهوم العقد الإداري الإلكتروني:

أما العقد الإداري الإلكتروني، فتم تعريفه بعدة تعريفات، نذكر منها: فقد عرفه البعض بأنه: "العقد الذي تبرمه الدولة مع دولة أخرى أو شخص معنوي عام أو شخص من أشخاص القانون الخاص أصالة، أو عن طريق تفويض صريح أو ضمني من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة المرفق العام وتسييره عن طريق شبكة

(2) M. H. Sinkondo, La nation de contrat administrative: acte unilateral ou contrat civil de l'administration. R.T.D.C, 1993, P.254.

(3) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م، ص ١٢.

(4) ماجد راغب الحلو، العقد الإداري الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٧م، ص ٤٥.

(5) سلامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، المنعقد في دولة الإمارات العربية المتحدة، عام ٢٠٠٠م، ص ٣٩.

الإنترنت، وذلك بتضمين العقد شروط استثنائية غير مألوفة في المعاملات الإلكترونية في القانون الخاص^(٦).

إلا أنه يلاحظ على هذا المفهوم، أنه لم يبين أثر الصفة الإلكترونية المستحدثة وفيما إذا كانت وسائل الاتصال الحديثة قادرة على الانخراط في صلب المفهوم التقليدي للعقد الإداري لتحقيق معناه المراد أو لا.

وقد عرفه باحثون آخرون بأنه: "العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام"^(٧).

ومن هذا المفهوم نستنتج أن العقد الإداري الإلكتروني، هو صورة مستحدثة للعقد الإداري وليس صورة من صوره، فهو ذات العقد الإداري المألوف مع النظر إلى اختلاف وسيلة إبرامه.

فالعقد الإداري الإلكتروني هو ذات العقد الإداري الذي تبرمه الإدارة من خلال العالم الافتراضي كنتيجة لتحويلها نحو اللامركزية في ممارسة أعمالها وإبرامها لتصرفاتها القانونية، فهو ثمرة من ثمار الإدارة العامة الإلكترونية^(٨).

وتم تعريفه على أنه " اتفاق يتم إبرامه أو تنفيذه أو كليهما معاً عن بعد بواسطة الوسائل الإلكترونية بين أحد أشخاص القانون العام وشخص آخر عام أو خاص يتعهد بمقتضاه هذا الأخير بإدارة مرفق عام أو تسييره أو المساهمة في تسييره، أو تنفيذ مهامه مقابل ثمن معين أو قابل للتعيين على أن تلجأ الإدارة العامة إلى استخدام وسائل

(٦) رحيمة الصغير، ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة ٢٠٠٧م، ص ٥٤.

(٧) فيصل الشوابكة، النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد ٢١، العدد الثاني، يونيو ٢٠١٣م، ص ٣٣٩.

(٨) حمدي سليمان القبيلات، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد ٣٤ (ملحق)، سنة ٢٠٠٧م، ص ٦٥٩.

القانون العام في إبرام العقد، وذلك بتضمينه شرطاً أو شروطاً استثنائية غير مألوفة في المعاملات الإلكترونية في القانون الخاص^(٩).

والباحث يؤيد التعريف الأخير لما فيه من شمول ووضوح، حيث نص على أنه عقد بين أحد أشخاص القانون العام وبين شخص خاص، ولا شك أنها سمة مميزة للعقد الإداري، ثم أبرز التعريف أن موضوع العقد هو إدارة المرفق العام، وأخيراً بين التعريف وجود شروط غير مألوفة في المعاملات الإلكترونية التي يحكمها القانون الخاص.

المطلب الثاني

خصائص العقد الإداري الإلكتروني

أولاً- يتم إبرامه بالوسائل الإلكترونية:

يتميز العقد الإلكتروني بإبرامه عن طريق الوسائل الإلكترونية، وهذه الخاصية تعد أهم ما يميز العقد الإلكتروني عن باقي العقود التقليدية، فهما لا يختلفان من حيث الموضوع أو الأطراف، بل من حيث طريقة الإبرام ووسائل الإثبات، إذ يمكن أن يرد محل العقد على كافة الأشياء والخدمات التي يجوز التعامل بها، أما عن أطرافه فهم أنفسهم في أي عقد آخر، فهم مستهلكون أو مستأجرون أو مقدمو خدمات أو بائعون، فضلاً عن أنه يتم إبرام العقد بين الأفراد والأشخاص المعنوية العامة من مؤسسات وهيئات عامة^(١٠).

ثانياً- يتم إبرامه عن بعد:

تتسم العقود الإلكترونية بأنها نوع خاص من العقود التي تتم عن بعد، حيث أن أهم ما يميز العقد الذي يبرم عن بعد بأنه ينتفي فيه الحضور المادي للأطراف ويتم نقل

(٩) هاني عبد الرحمن غانم، أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة الأزهر، غزة، المجلد ١٩، عدد خاص بمؤتمر كلية الحقوق الخامس، ص ٥٠٠، ٤٩٩.

(١٠) محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة ٢٠٠٣م، ص ١٩، ماجد راغب الحلو، العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٤٥.

الإيجاب والقبول فيه بوسائل سمعية وبصرية مثل التلفاز أو المناتيل، فضلاً عن ذلك فإن عنصر الزمن يتلاشى في العقد عن بعد فتكون بصدد تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان^(١١).

ويتميز التعاقد عبر الإنترنت بصفة التفاعلية بين الأطراف، حيث يسمح فيها بحوار مفتوح بين الأطراف، مما أدى إلى وجود اتجاه فقهي يذهب إلى اعتبار أن تلك العقود لا تتم بين غائبين الا في المكان فقط، بينما تتم بين حاضرين في الزمان^(١٢).

ثالثاً- يتسم بالطابع الدولي:

من سمات العقد الإلكتروني أنه يتميز بالطابع الدولي، كون أن وسيلة إبرامه السائدة هي شبكة الإنترنت التي تشترك بها غالبية دول العالم، وهذه السمة تثير الكثير من المسائل القانونية كمعرفة القانون الواجب التطبيق، فضلاً عن المحكمة المختصة بمنازعات إبرام العقد الإلكتروني^(١٣).

رابعاً- تميزه من حيث الإثبات والوفاء والتنفيذ:

يتميز العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي بالإثبات والوفاء، إذ يمكن أن يتم إثبات العقد الإلكتروني عبر التوقيع الإلكتروني، والمحرم الإلكتروني، فضلاً عن أنه يمكن استعمال وسائل الدفع الإلكترونية للوفاء بالثمن من ذلك مثلاً البطاقات البنكية والأوراق التجارية الإلكترونية والنقود الإلكترونية^(١٤).

(١١) نزار حازم الديمولوجي، التعاقد عن طريق شبكة المعلومات العالمية (الإنترنت)، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الموصل، كلية القانون، ٢٠٠٢، ص ٣٠.

(١٢) فاروق محمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، سنة ٢٠٠٢م، ص ٦٠.

(١٣) فيصل الشوابكة، النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٣٤٠.

(١٤) نزار حازم الديمولوجي، التعاقد عن طريق شبكة المعلومات العالمية (الإنترنت)، مرجع سابق، ص ٣٠.

كما أن تنفيذ العقد الإلكتروني يتميز عن تنفيذ العقد العادي، إذ يمكن أن يتم هذا العقد وينفذ عبر شبكة الإنترنت، إذ أصبح هناك إمكانية للتسليم المعنوي للمنتجات أو تسليمها مثل برامج الحاسوب والاستشارات الطبية^(١٥).

المطلب الثالث

المعيار المميز للعقد الإداري الإلكتروني

أولاً- المعيار العضوي (الشكلي):

استقر الفقه والقضاء في فرنسا ومصر على تعريف العقد الإداري بأنه: "العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص"^(١٦).

وإذا كانت القواعد العامة في هذا المعيار توجب وجود الشخص المعنوي العام في العقد، إلا أن القضاء الإداري في فرنسا ومصر لم يعد يتشدد في شرط إبرام الشخص العام للعقد بذاته وأخذ يقر بإمكانية إبرامه من خلال شخص آخر بالوكالة، وفي السنوات الأخيرة ذهب القضاء الإداري في فرنسا خطوة أبعد بإقراره إمكانية إبرام العقد من قبل أشخاص من أشخاص القانون الخاص بالإنابة الضمنية عن شخص معنوي عام إذا كان شخص القانون الخاص قد تعاقد لحساب الشخص العام كما لو كان مخولاً بذلك^(١٧).

(١٥) نزار حازم الدملاجي، التعاقد عن طريق شبكة المعلومات العالمية (الإنترنت)، مرجع سابق، ص ٢٤.

(١٦) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، جامعة عين شمس، سنة ١٩٨٤م، ص ٣.

(١٧) ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، جامعة الموصل، سنة ١٩٩٦م، ص ٢٢٥.

وتأسيساً على ذلك فإن الشخص المعنوي العام الممثل بالدولة أو أحد مؤسساتها، أو أحد أشخاص القانون الخاص بموجب الوكالة الصريحة أو الضمنية يمكنه إبرام العقد الإداري الإلكتروني من خلال استخدامه لشبكة الإنترنت، وبالتالي فإن المعيار العضوي لتمييز العقد الإداري عن العقد المدني لا يشكل صعوبة في تحديد طبيعة هذا العقد، لكون أن التوجيهات الأوربية الخاصة بإبرام العقود الإدارية الصادرة في عام ٢٠٠٤م، قد أعطت مفهوماً آخر للشخص المسؤول عن العقد وأطلقت عليه تسمية السلطات المتعاقدة ليشمل على غرار القواعد العامة في إبرام العقود الإدارية الدولة أو أحد مؤسساتها، فضلاً عن وكيل الشخص المعنوي العام^(١٨).

ونظراً لخصوصية التوجيهات الأوربية لكونها تتسم بالطابع الدولي، وبالتالي إمكانية إبرام العقود الإدارية بين دول العالم وبين الدول الأوربية، فقد كان قانون العقود الإدارية في فرنسا متأثراً إلى حد ما بهذه التوجيهات، وهذا ما يتضح من خلال نص المادة الثانية إذ أشارت إلى إمكانية إبرام الدولة لعقود إدارية مع دولة أو دول عدة في مجال الأشغال والخدمات^(١٩).

وبالتالي لا توجد صعوبة في الوقت الحاضر في تحديد العقد الإداري الإلكتروني عن طريق هذا المعيار، ففي ظل العولمة والتدويل أصبح من الممكن للدول وأشخاص القانون العام فضلاً عن أشخاص القانون الخاص بموجب وكالة صريحة أو ضمنية إبرام العقد الإداري الإلكتروني^(٢٠).

(١٨) تتمثل هذه التوجيهات في المرسوم رقم ٢٠٠٤-١٨ الخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام عقود الأشغال والخدمات والتوريد، وكذلك الحال للمرسوم رقم ٢٠٠٤-١٧ الخاص بإجراءات إبرام عقود المياه والطاقة.

(١٩) قيدير عبد القادر صالح، إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثباته، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١٠، العدد ٣٧، سنة ٢٠٠٨م، ص ١٥٥.

(٢٠) د. ماجد راغب الحلو، العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٥٢.

ثانياً- المعيار الموضوعي(المادي):

إن ما يميز العقد الإداري الإلكتروني عن العقود التقليدية هو في طريقة إبرام لكونه يتم عبر الوسائط الإلكترونية، وبالتالي فإن السؤال الذي يطرح نفسه هل أن تلك الوسائط تؤثر في مضمون العقد وجوهره؟ للإجابة عن هذا التساؤل نقول إن العقد الإلكتروني يتفق مع العقد التقليدي من حيث الأركان والآثار، وبالتالي فإن تلك الوسائط لا تؤثر في مضمون العقد وجوهره.

وبالتالي فإن التوجيهات الأوربية الخاصة بإبرام العقود الإدارية لاسيما التوجيه الأوربي رقم (٢٠٠٤-١٨) فيما يتعلق باتصال العقد بتنظيم وإدارة المرافق العامة في تحديد العقد الإداري قد خص عقد التوريد وعقد الأشغال وعقد الخدمات بالإبرام عن طريق وسائط الكترونية، كما أكد عليها قانون العقود الإدارية الفرنسية فضلاً عن مجلس الدولة الفرنسي^(٢١).

أما الاستاذ الفرنسي Thierry Revet فيرى أنه طالما يتم إبرام العقد الإلكتروني من خلال وسيط إلكتروني الذي لا يتدخل في جوهر العقد الإداري، وبالتالي فإنه لا يوجد ما يمنع من إمكانية وجود عقود إدارية تحتوي على شروط استثنائية أو تخضع لنظام قانوني استثنائي خاص يميزها عن العقود التقليدية، الأمر الذي يعني إمكانية التعاقد عن طريق الإحالة إلى عقود نموذجية تضعها الجهة الإدارية على موقعها الإلكتروني للسماح للمتعاقد الآخر بمعرفة شروط العقد^(٢٢).

وفي الواقع ولصعوبة تحديد معايير العقد الإداري الإلكتروني لكون كما ذكرنا سلفاً له طبيعة خاصة على خلاف العقد الإلكتروني الذي يحمل خصائص العقد الإداري من جهة، وخصائص العقد الإلكتروني من جهة أخرى، ولحل هذه الإشكالية نرى ضرورة اللجوء إلى القضاء الإداري لتحديد الطبيعة الخاصة لهذا العقد.

^(٢١) محمد المتولي، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٤م، ص ٣.

^(٢٢) د. ماجد راغب الحلو، العقد الإداري الإلكتروني، المرجع السابق، ص ٥٢.

المبحث الثاني

وسائل إبرام العقد الإداري الإلكتروني

رسم المشرع لجهة الإدارة أساليب محددة على سبيل الحصر وهي بصدد إبرام العقود التي تكون طرفاً فيها ينبغي عليها أن تسلكها، وتعد قيداً على حرية الإدارة في مجال إبرام العقود واختيار المتعاقد معها، وسواء تم إبرام العقود بالطرق التقليدية أو الإلكترونية، فإن الإدارة لا تتمتع بالحرية في اختيار الشخص الذي ترغب في التعاقد معه، وبذلك فإن الرضائية في نطاق العقد الإداري لا يمكن أن تمارس إلا ضمن نطاق معد مسبقاً من جانب المشرع^(٢٣).

ويهدف هذا التقيد التشريعي إلى إدراك هدفين: الأول هو تحقيق أكبر قدر من الوفر المالي للخزانة العامة، والثاني هو مراعاة المصلحة الإدارية، وذلك تبعاً يستلزم تمكين جهة الإدارة من اختيار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة التي تحرص على تحقيقها^(٢٤). وعلى ذلك سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول الوسائل التقليدية لإبرام العقد الإداري الإلكتروني، في حين نخصص المطلب الثاني للوسائل الحديثة في إبرام العقد الإداري الإلكتروني، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

الوسائل التقليدية لإبرام العقد الإداري الإلكتروني

تتمثل الوسائل التقليدية لإبرام العقد الإداري الإلكتروني في أسلوب الممارسة، أسلوب الاتفاق المباشر، أسلوب التفاوض التنافسي، وسوف نتناولهم بالتفصيل اللازم، وذلك على النحو الآتي:

(23) M. Guibal, De la liberté des personnes publiques de choisir la technique de choix de leurs cocontractants, J.C.P, Ed E, 1987, No 27, p.9.

(24) محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٠م، ص ٩٩.

أولاً- الممارسة كوسيلة لإبرام العقد الإداري الإلكتروني:

يعد هذا الأسلوب الذي تتبعه الإدارة من الاستثناءات التي ترد على القاعدة العامة في التعاقد بطريق المناقصة، وبهذا الأسلوب تقوم الإدارة بالتفاوض مع عدد من الأفراد والشركات للتعرف على أسعارهم لكي تختار من بينهم من تتعاقد معه، وتتمتع في ذلك بحرية كبيرة على خلاف الحال بالنسبة إلى التعاقد بطريق المناقصة.

والممارسة قد تكون عامة وقد تكون محدودة، فتكون عامة حين تقوم الإدارة بالإعلان عن الممارسة حتى تستطيع أن تتفاوض مع عدد كبير من المتنافسين، وتكون محدودة عندما تقتصر الإدارة المفاوضة على عدد محدد تختاره، وقد تكون الممارسة داخلية، تتم داخل البلاد، وقد تكون خارجية عندما تتم خارجها^(٢٥)، ويتقرر التعاقد من سلطة الاعتماد المختصة بقرار مسبب وذلك في حالات معينة تنص عليها القوانين.

ويتم الإعلان عن الممارسة على غرار الإعلان الخاص بالمناقصة العامة، وبالتالي يقتضي الأمر الإعلان عن الممارسة في صحيفة أو صحيفتين واسعتي الانتشار، كما يجوز الإعلان في وسائل الإعلام الأخرى بشرط موافقة السلطة المختصة، وفي شأن الممارسات المحدودة فإن القاعدة العامة هو توجيه الدعوة إلى أكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط موضوع الممارسة والمقيدين بسجل الموردين والمقاولين، لكي يقدموا عروضهم، وذلك بواسطة البريد الموصى عليه بعلم الوصول^(٢٦).

وفي العقد الإداري الإلكتروني فإن الإعلان عن الممارسة يمكن التعرف عليه في فرنسا من خلال نص المادة (٢) من المرسوم رقم ٦٩٢-٢٠٠٢ إذ يتم في موقع النشرة الرسمية لإعلانات العقود الإدارية، وفي موقع الشخص المعنوي المسؤول عن العقد^(٢٧).

(٢٥) محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري - العقد الإداري)، مكتبة الهداية، سنة ١٩٨٩م، ص ٣٧٩.

(٢٦) قياد عبد القادر صالح، إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثباته، مرجع سابق، ص ١٦٦.

(٢٧) Delphine Kessler: Le contrat administrative face à l'électronique D.E.A. Droit de l'Internet - Université du paris I, Panthéon - Sorbonne- 2002, P.63.

أما بالنسبة إلى تقديم العطاءات في الممارسة فإنه وتأسيساً على مبدأ حرية المنافسة الذي يحكم إجراءات إبرام العقود الإدارية فإن الأمر يتطلب أن يتوجه جميع المقاولين والموردين، الذين تتوفر فيهم الشروط القانونية بالتقدم إلى جهة الإدارة بعطاءاتهم، وفي مجال العقد الإداري الإلكتروني، فإنه واستناداً للأحكام المنصوص عليها في المادتين (١٣١٦ و ١٣١٦-٤) من القانون المدني الفرنسي فإن تقديم العطاءات يكون إما عن طريق الوسائط الإلكترونية أو عن طريق البريد العادي، ومهما تكن الوسيلة فيجب أن تكون العطاءات موقعة سواء من أصحابها أو من الممثل القانوني عن طريق التوقيع الإلكتروني في حالة اختيار أسلوب الوسائط الإلكترونية^(٢٨).

ولخصوصية العقد الإداري الإلكتروني فإنه من الطبيعي في مجال تقديم العطاءات أن يخضع لنظام خاص يتميز عن إجراءات إبرام العقود الإدارية التقليدية، أما بشأن البت في العطاءات فإن القواعد العامة هي التي تطبق في هذا المجال، وبالتالي فإنه بعد الإعلان عن الممارسة وتقديم العطاءات عبر شبكة الإنترنت يقوم الشخص المعنوي العام بنشر قائمة المرشحين المقبولة عروضهم على شبكة الإنترنت، ثم التفاوض معهم للوصول إلى أفضل العروض فنياً ومالياً، وفي مجال إرساء الممارسة ولكون القوانين لم تشر إلى هذه الحالة، الأمر الذي يقتضي العودة إلى القواعد العامة^(٢٩).

وبالتالي فإن انعقاد العقد الإداري الإلكتروني يكون بعلم وصول أخطار السلطة المختصة بإبرام العقود الإدارية إلى المرشح المقبول، وتأكيد به وصول هذا القبول من طرف الجهات المختصة بتوثيق العقود وهي مقدم خدمة التوثيق حسب التوجيهات الأوروبية، والقانون الفرنسي، وبالتالي يكمن دور هذه الجهة في توثيق العقد الإداري الإلكتروني، وإعطائه الحجية القانونية لها ليكون حجة على الجميع.

(٢٨) ماجد راغب الحلو، العقد الإداري الإلكتروني، المرجع السابق، ص ٩٧.

(٢٩) ماجد راغب الحلو، العقد الإداري الإلكتروني، المرجع السابق، ص ١٠٤.

ثانياً- أسلوب الاتفاق المباشر لإبرام العقد الإداري الإلكتروني:

وفقاً لهذا الأسلوب تقوم الإدارة بالتعاقد مباشرةً مع شخص معين أو شركة معينة بدون الالتزام بإجراءات مسبقة كما هو الحال بالنسبة للمناقصة أو الممارسة، ويشترك هذا الأسلوب مع أسلوب الممارسة في كونه استثناء عن الأصل العام في التعاقد بطريق المناقصة، وفي أن الإدارة تتمتع بصده بحرية كبيرة في اختيار التعاقد معها لا يقيد بها في ذلك سوى اعتبارات الصالح العام^(٣٠).

وفيما يخص العقد الإداري الإلكتروني فإن هذا الأسلوب يتناسب مع طبيعة هذا العقد وبالتالي لا يعد هذا الأسلوب عائقاً لإبرام العقد الإداري الإلكتروني، ولا سيما وأن هذا الأسلوب يكون بعيداً عن الإجراءات المعقدة التي تحكم الممارسات كما أشرنا إلى ذلك سلفاً، فالمادة (٣٤) من قانون العقود الإدارية في فرنسا تعطي للإدارة حرية في الإعلان عن العقد، وإن أعلنت عن ذلك، فإنه يتم طبقاً لإجراءات الإعلان عن الممارسة المحدودة.

وتلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب في حالات الاستعجال، وكذلك في حالة رغبة الإدارة في القيام بدراسات أو تجارب معينة قبل تحديد صورة العقد النهائية^(٣١).

والجدير بالملاحظة أن أسلوب الاتفاق المباشر مع أحد المرشحين لا يتم على وفق توصيات لجنة البت إلى السلطة المختصة، وإنما يتم مباشرةً بين الشخص العام والمرشح، وذلك بإعلان إيجابه الإلكتروني من خلال شبكة الويب أو البريد الإلكتروني، وتقوم الإدارة بعدها بالتفاوض مع المتعاقد بإرسال القبول من خلال الوسيط الإلكتروني، فينعقد العقد بمجرد علم المرشح بذلك^(٣٢).

(٣٠) محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري - العقد الإداري)، مرجع سابق، ص ٣٨٣، ٣٨٤.

(٣١) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٨٨.

(٣٢) ماجد راغب الحلو، العقد الإداري الإلكتروني، المرجع السابق، ص ١٠٨.

ثالثاً- أسلوب التفاوض التنافسي لإبرام العقد الإداري الإلكتروني:

ويقصد بهذا الأسلوب أن تقيم الإدارة الراغبة في التعاقد منافسة بين عدة مرشحين على وفق قواعد تعدها مقدماً مع ترتيب المتقدمين، ولكن بدون إلزام بالنسبة إلى الإدارة، فالإدارة في هذا الأسلوب لها مطلق الحرية في أن تختار الأفراد الذين تسمح لهم بالاشتراك في المنافسة.

أما بالنسبة إلى إجراءات التفاوض والبت فهو شبيه بالإجراءات الخاصة بالممارسة المحدودة، وبالتالي يتم التفاوض عن طريق البريد الإلكتروني أو شبكة الويب إلا أن عروض المرشحين تقدم إلى الإدارة بعد إجراء المنافسة، حيث تطلب الإدارة من المرشح الذي استطاع أن يحصل على رضاها تقديم عرضه لتقديم بشأنه تقريراً إلى لجنة خاصة خلال (١٥) يوماً بعد غلق التنافس، وبعد اعتماد السلطة المختصة لقرار اللجنة، يتم العقد بأخطار قبول اللجنة المختصة لإيجاب المرشح عن طريق البريد الإلكتروني^(٣٣).

المطلب الثاني

الوسائل الحديثة لإبرام العقد الإداري الإلكتروني

(المزايدات الإلكترونية)

أولاً- تعريف المزايدات الإلكترونية:

يقصد بالمزايدات الإلكترونية ذلك الإجراء الذي يتقدم بموجبه المرشح لإبرام العقد الإداري بعبء الثمن عن طريق وسيط الكتروني، وفي مدة زمنية يحددها الشخص العام ويعلم بها مسبقاً جميع المرشحين^(٣٤).

وبالتالي فإن هذا النوع من المزايدات لا يختلف عن المزايدات العلنية المعروفة في القانون المدني، من خلال التنافس بين المرشحين على منقولات معينة وأثمان مختلفة تكون في جلسة علنية يعرفها جميع الموردين، في حين تختلف مع المزايدات

(٣٣) ماجد راغب الحلو، العقد الإداري الإلكتروني، المرجع السابق، ص ١١٠.

(٣٤) المادة (١٢) من التوجيه الأوربي رقم ٢٠٠٤-١٨.

الإلكترونية بأنها مُنصبّة على عقود التوريد^(٣٥)، وترتد الإدارة الحصول على ثمن أقل لتوريد منقولاتها، الأمر الذي دعا الفقه الفرنسي إلى تسمية هذا النوع من المزادات بالمزادات الإلكترونية المعكوسة^(٣٦).

ولقد ظهر هذا النوع من المزادات لأول مرة في هولندا، إذ يتقدم المرشحون بعطاءاتهم في مظاريف مغلقة وبطريقة سرية إلى الإدارة، ويقوم بالإعلان عن بدء المزاد العلني عن طريق شبكة الإنترنت، ثم يبدأ التنافس بينهم حتى التوصل إلى الثمن الأقل ورسوا المزاد على ذلك. كما يتوجب على الإدارة في أسلوب المزادات الإلكترونية إتباع جميع الإجراءات الخاصة بالإعلان عن المزايدة، فضلاً عن إتباع إجراءات الممارسات والتحاور التنافسي والاتفاق المباشر^(٣٧).

ثانياً- إجراءات المزايدة الإلكترونية:

تكمن إجراءات المزايدة الإلكترونية من خلال التزام الإدارة بالإعلان عن المزايدة عن طريق شبكة الإنترنت، يتضمن هذا الإعلان موضوع المزايدة، مع ضرورة ذكر كل المعلومات والشروط الفنية والقانونية ولاسيما المدة التي تجري المزايدة خلالها، فضلاً عن تاريخ بدء المزايدة والتمن المبدئي للعقد^(٣٨).

أما إذا كانت المزايدة محدودة، فيتطلب الأمر القيام بنشر قائمة المرشحين على شبكة الإنترنت، أما بالنسبة إلى تقديم العطاءات فإنه وتأسيساً لهذا الأسلوب فإن الأمر يستوجب إرسال المرشحين توقيعاتهم الإلكترونية، ويجب على الإدارة توفير الحماية لهذه التوقيعات، التي يجب أن تكون مطابقة للشروط المنصوص عليها في المواد (١٣١٦ و ١٣١٦-٤) من القانون المدني الفرنسي.

(٣٥) فاروق أحمد خماس ومحمد عبدالله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، كلية القانون، جامعة الموصل، ١٩٩٢م، ص ٥٥.

(٣٦) ماجد راغب الحلو، العقد الإداري الإلكتروني، المرجع السابق، ص ١١٤.

(٣٧) قيدر عبد القادر صالح، إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثباته، مرجع سابق، ص ١٦٩.

(٣٨) راجع نص المادة (٥٤) من التوجيه الأوروبي رقم ٢٠٠٤-١٨.

وبعد ذلك تجري المزايدة، ويتوجب على الإدارة إعلام جميع المرشحين بعروض الثمن المقدمة في كل مرحلة في مراحل المزايدة، وبعد ذلك يتم ترتيب الموردين من الثمن الأعلى إلى الثمن الأقل، دون أن تعرف هويتهم في كراسة الشروط، فضلاً عن ذلك فإنه يجوز تمديد المدة القانونية للمزايدة بشرط أن ينص على ذلك في كراسة الشروط الخاصة بالمزايدة الإلكترونية مع بيان أسباب التمديد وكيفية طلب التمديد من المرشحين، وتستطيع الإدارة غلق باب التنافس من خلال التوصل إلى العطاء الأفضل من الناحية المالية والفنية، وعدم وجود عطاءات جديدة تحقق الغاية من المنافسة، وأخيراً يمكن للإدارة غلق باب التنافس إما بتحديد مدة معينة للمزايدة في كراسة الشروط أو في الخطابات التي يرسلها إلى المرشحين في مرحلة الإعلان عن المزايدة، ويعد الإيجاب المقدم من طرف المرشح الفائز بمثابة الإيجاب الإلكتروني، الذي يجب أن يتطابق مع القبول الذي يكون باعتماد السلطة المختصة بإبرام العقد الإداري، وإخاطر المتعاقد معها من خلال الوسيط الإلكتروني^(٣٩).

ومن جانبنا نرى أن هذا الأسلوب ينسجم وخصوصية العقد الإداري الإلكتروني، كونه يحقق القواعد العامة المتبعة في إبرام العقود الإدارية كمبدأ عدم التمييز ومبدأ حرية المنافسة ومبدأ السرية، فضلاً عن أن هذا الأسلوب يحقق مبدأ التفاوض السائد في إجراءات العقود الإدارية على وفق أحكام التوجيهات الأوروبية وقانون العقود الإدارية ولاسيما في فرنسا.

المبحث الثالث

طرق تسوية منازعات العقد الإداري الإلكتروني

من المحتمل أن ينشأ عن العقد الإداري الإلكتروني بعض المنازعات بين الجهة الإدارية والمتعاقد معها، سواء كانت هذه المنازعات متعلقة بإبرام العقد أو تنفيذه، ويعد القضاء الإداري صاحب الولاية العامة للفصل في المنازعات المتعلقة بالعقد، وتمتد سلطات القضاء الإداري في المراحل السابقة على إبرام العقد حتى تمام تنفيذه، بل تمتد

(٣٩) ماجد راغب الحلو، العقد الإداري الإلكتروني، المرجع السابق، ص ١١٨، ١١٩.

في بعض الأحيان إلى ما بعد تمام تنفيذه، وتتنوع هذه السلطات تبعاً لنوع الدعوى وطبيعة المنازعة^(٤٠).

وبجانب الاختصاص القضائي العام هناك وسائل أخرى لتسوية المنازعات أبرزها التحكيم الذي يحظى باهتمام بالغ على المستوى الدولي؛ نظراً لما يتمتع به من مزايا خصوصاً في العقد ذات الطابع الدولي، فأبرمت بشأنه العديد من الاتفاقيات الدولية، وأنشئت له مراكز دائمة إقليمية أو دولية.

وفي هذا المبحث الأخير من الدراسة نناقش الاختصاص القضائي فيما يتعلق بالعقود الإدارية بشكل عام، ونتطرق إلى توضيح أثر الوسائل الإلكترونية في التعجيل في إجراءات وإنهاء الخصومة، وذلك في مطلب أول، أما المطلب الثاني فنوضح فيه ماهية التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

المطلب الأول: الطرق القضائية لتسوية منازعات العقد الإداري الإلكتروني.

المطلب الثاني: تسوية المنازعات الناشئة عن العقد عن طريق التحكيم.

المطلب الأول

الطرق القضائية لتسوية منازعات العقد الإداري الإلكتروني

يعد القضاء الإداري صاحب الولاية العامة للفصل في منازعات العقد الإداري، ويمثل القضاء الإداري في مصر وفرنسا جهة قضائية هي مجلس الدولة، ونبين في هذا المطلب طبيعة اختصاص القضاء الإداري المتمثل في مجلس الدولة ثم توضح مدى سلطات القاضي الإداري في دعاوى الناشئة عن العقود الإدارية الإلكترونية.

(٤٠) جاسم محمد الحوطي، النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني في التشريع الكويتي، رسالة دكتوراه، كلية حقوق، جامعة الاسكندرية، سنة ٢٠١٨م، ص ٣١٤.

أولاً- طبيعة اختصاص القضاء الإداري في منازعات العقد الإداري الإلكتروني:

تختلف طبيعة اختصاص القضاء الإداري في الفصل في منازعات العقود الإدارية بحسب طبيعة الدعوى، فبعض الدعاوى من اختصاص القضاء الكامل، أما قضاء الإلغاء فينעד الاختصاص في الدعاوى المتعلقة بالقرارات القابلة للانفصال عن العقد.

وقد ظهرت نظرية العقد الإداري بشكل جلي في آخر القرن التاسع عشر، فقد كان المعيار المتبع في توزيع الاختصاص بين المحاكم القضائية العادية والقضاء الإداري يرتكز على فكرة السيادة أو السلطة، فالمنازعات التي تتعلق بأعمال السلطة هي وحدها التي يختص بها القضاء الإداري، أما التصرفات العادية فإنها تترك لاختصاص المحاكم العادية، ووفقاً لهذه النظرية التي سادت حتى مطلع القرن العشرين كانت العقود التي تبرمها الإدارة تعد من قبيل التصرفات العادية التي تندرج في اختصاص المحاكم القضائية، وكانت المحاكم القضائية تطبق عليها بطبيعة الحال قواعد القانون الخاص.

واستثناء من تلك القاعدة، نص المشرع الفرنسي على اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في المنازعات المتعلقة ببعض العقود التي تبرمها الإدارة، وقد أطلق الفقهاء على تلك العقود تسمية "العقود الإدارية بتحديد القانون" لأن اختصاص القضاء الإداري بتلك العقود يرجع إلى إرادة المشرع^(٤١).

وقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي فكرة جديدة مؤداها أن أصبح للعقود الإدارية طبيعة ذاتية، تجعل منها عقوداً خاضعة لنظام قانوني متميز ينبع من القانون العام، ومن ثم إضفاء نوع من المرونة على نوعية هذه العقود، بحيث لم تعد محصورة في ذلك العدد الحصري من العقود التي سماها المشرع عقوداً خاضعة لاختصاص القضاء الإداري، بل ليشمل اختصاصه كل عقد ينطبق عليه تلك الأحكام، ويشمل هذا الاختصاص كل ما يرتبط بهذه العقود، ويتفرع عنها من منازعات^(٤٢).

(٤١) CHARLES DEBBASCH, JEAN-CLAUDE RICCI, contentieux administratif, 8 eme edition, dalloz, 2001, p.209.

(٤٢) وقد صاغ القضاء الإداري الفرنسي بصورة تدريجية بطيئة بعض الأحكام التي كان لها الدور الأساسي في تأكيد وجود نظام القانون العام وتوسيع نطاقه، ففي حكم Blanco الشهير الصادر من

كما توالى النصوص الدستورية في الدساتير المصرية المتعاقبة لتؤكد هذا الاختصاص المحجوز حصرياً لمجلس الدولة المصري دون غيره في نظر منازعات العقود الإدارية وأخرها ما ورد في نص المادة (١٩٠) من الدستور المصري الحالي - دستور عام ٢٠١٤م- والذي نص على أن "مجلس الدولة هو جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه، كما يختص بالفصل في الدعاوى والطعون التأديبية، ويتولى وحده الإفتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون، ومراجعة وصياغة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية ومراجعة مشروعات العقود التي تكون الدولة، أو إحدى الهيئات العامة طرفاً فيها، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى".

وخلاصة ما سبق، يتضح أن الاختصاص الحصري والشامل للقضاء الإداري الكامل في كل من مصر وفرنسا، يختص بأصل المنازعة وما يتفرع عنها من منازعات موضوعية ومستعجلة، وهذه النصوص تسري بلا شك على العقد الإداري الذي تم إبرامه أو تنفيذه إلكترونياً.

أما الطعن بالإلغاء لا يكون إلا ضد القرارات الإدارية، وقد جرى قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر على تعريف القرار الإداري بأنه: "إفصاح جهة الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح في الشكل الذي يتطلبه

محكمة التنازع الفرنسية في ٨ فبراير ١٨٧٣م، حيث ورد: أن مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تسببها للأفراد بفعل الأشخاص الذين تستخدمهم في المرفق العام، لا يمكن أن تحكمها المبادئ التي يقررها التقنين المدني لتنظيم الروابط بين الأفراد بعضهم البعض، وإن هذه المسؤولية ليست عامة ولا مطلقة، بل لها قواعدها الخاصة التي تتغير تبعاً لحاجات المرفق، ولضرورة التوفيق بين حقوق الدولة والحقوق الخاصة. يراجع في ذلك الأستاذ جى بريان، أحكام المبادئ فى القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة د. أحمد يسري، منشأة المعارف، الاسكندرية، عام ١٩٩١م، ص ١٩٠.

القانون بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً، وكان الباعث عليه تحقيق مصلحة عامة^(٤٣).

والقرارات الإدارية تُعد مستقلة عن العقد الإداري وتتفصل عنه، ويجوز الطعن فيه استقلالاً عن العقد في المواعيد والشروط المقررة للطعن بالإلغاء^(٤٤)، وإن كانت تسهم -القرارات الإدارية- في تكوين العقد وتستهدف إتمامه، فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنياً وإدارياً وتتفصل عنه، ومن ثم يجوز لذوي الشأن الطعن فيه بالإلغاء استقلالاً، ويكون الاختصاص بنظر طلب الإلغاء معقوداً لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها^(٤٥).

وعلى عدم خضوع القرارات المنفصلة عن العقد الإداري لاختصاص قاضي العقد بنظرها بولاية القضاء الكامل، أن تلك القرارات باعتبارها تمهد لإبرام العقد الإداري ولم يكن هذا العقد قد انعقد حال صدورهما، الأمر الذي يخضعها لقضاء المشروعية باعتبارها قرارات إدارية أصدرتها الإدارة بآرائها المنفردة^(٤٦).

^(٤٣) كما يعد امتناع الإدارة عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح بمنزلة قرار إداري سلبي يجوز الطعن عليه بالإلغاء، وأن يكون مناط ذلك أن تكون هناك ثمة قاعدة قانونية عامة تقرر حقاً أو مركزاً قانونياً لاكتساب هذا الحق أو المركز القانوني بحيث يكون تدخل الإدارة بتقرير أمراً واجباً عليها متى طلب منها ذلك، ويكون تخلفها عنه بمنزلة امتناع عن أداء هذا الواجب بما يشكل مخالفة قانونية، فإذا لم يكن إصدار مثل هذا القرار واجباً عليها أو يخرج عن اختصاصها فإن امتناعها عن إصداره لا يشكل قراراً سلبياً ما يقبل الطعن عليه بالإلغاء، حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم ٤٧٠٢ لسنة ٤٨ ق، جلسة ٢٠٠٣/٥/٣، منشور بمجلة هيئة قضايا الدولة لسنة ٤٧ العدد ١٨٨، ص ١٢٢.

^(٤٤) د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، النظرية العامة للقرارات الإدارية في التشريع الإداري الكويتي، دراسة تطبيقية لأسس ومبادئ القرارات الإدارية وتطبيقاتها في الكويت، مشتملة على آراء الفقه وأحكام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٤، ص ١٣٤.

^(٤٥) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم ٣٢٠ بتاريخ ١٩٧٥/٤/٥، لسنة ١٧ ق.ع.
^(٤٦) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة ٢٠٠٥م، ص ٢٣٩.

هذا وقد اتجه المشرع المصري لاستحداث مكتب لشكاوى التعاقدات العمومية التابع لوزير المالية مباشرة والذي يتولى طبقاً لنص المادة (٥) من قانون التعاقدات رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م تلقي الشكاوى المتعلقة بأي مخالفة لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية وفحصها واتخاذ قرار في شأنها دون مقابل، مالم تتطلب دراستها خبرات فنية متخصصة تمكنه من البت فيها، وتكون قرارته ملزمة لطرفي الشكوى، ويجب على الجهة الإدارية تنفيذ القرار خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام من تاريخ تسلمه ودون أن يخل ذلك بحق مقدم الشكوى في اللجوء إلى القضاء، وألزمت ذات المادة المكتب بنشر نتيجة ما ينتهي إليه فحصه للشكاوى المقدمة له على بوابة التعاقدات العامة^(٤٧).

يتضح مما سبق، إتاحة الشكوى والتظلم من القرار الإداري والنشر الوجوبي له، ومن ثم يتيح للإدارة تصحيح الإجراءات التي قد تكون باطلة، مما يحد من الطعون على القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد، كما أن النشر الإلكتروني على المواقع الرسمية لما انتهت إليه السلطات المتظلم إليها، تتيح الطعن على القرارات-إذا ما ارتأى صاحب المصلحة في الطعن ذلك-في مواعيده-دون امتداد المواعيد لعدم ثبوت العلم اليقيني لأصحاب الشأن.

ثانياً- سلطات القاضي الإداري في الدعاوى الناشئة عن التعاقد الإداري الإلكتروني:

تتعدد سلطات القاضي الإداري في المنازعات الناشئة عن العقد، بحسب نوع الدعوى المنظورة، فسلطاته في دعوى البطلان المؤسسة على عيوب الإرادة والتي تهدم بنيان العقد تختلف عن سلطاته في الرقابة على الجزاءات الموقعة من الجهة الإدارية على المتعاقد حال تقصيره، فالقاضي في دعوى البطلان يتمتع بسلطات واسعة تتفق مع طبيعة النزاع، وتتفق سلطات القاضي في خصوص المنازعات التي تثار بشأن العقد الإداري لاتصافه بغييب من عيوب الرضا (الغلط أو التدليس أو الإكراه)، أو العيوب المتعلقة بمحل العقد وسببه، يكون الفصل فيها من اختصاص ولاية قاضي العقد،

(٤٧) د. جاسم محمد الحوطي، النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني في التشريع الكويتي، مرجع سابق، ص ٣٣٣.

الذي له الحق في إبطال العقد إذا ثبت لديه توفر هذا العيب في إرادة المتعاقد مع الإدارة، وكذا كل ما يعيب العقد من عيوب في محل الالتزام، كاتصافه بعدم التعيين، وقد يكون محل الالتزام غير مشروع^(٤٨).

فإذا ما ثبت لقاضي العقد هذا الأمر كان لازماً عليه الحكم ببطلان العقد وكذا تعويض الطرف الآخر الذي أصيب من جراء الإلغاء للعقد، وكذلك عيب السبب فقد يكون سبب التعاقد غير مشروع وإن كان هذا نادراً، فيحكم قاضي العقد ببطلان العقد، فضلاً عن تعويض المتعاقد، إذا كان البطلان بسبب الجهة الإدارية المتعاقدة.

ومن الجدير بالذكر في هذا الشأن أن المشرع الفرنسي قد تخطى عن فكرتي المحل والسبب، وأتى ببديل عنهما يتمثل في فكرة جديدة، وهي فكرة مضمون العقد، ويتضح أن فكرة "مضمون العقد" والتي أتى بها المشرع الفرنسي كبديل عن المحل والسبب، أي أن المشرع أعاد تنظيم أحكام المحل والسبب دون تسميتها، مع الأخذ في الاعتبار ما لحق بهما من تطور قضائي، يبدو بذلك قانون العقود الفرنسي الجديد أكثر اتساقاً وتناغماً مع قوانين الدول الأوروبية^(٤٩).

لذلك ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى القول بشأن ما جاء بمرسوم تعديل قانون العقود الصادر رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ بخصوص "مضمون العقد" أنه تحديد شكلي أكثر منه تحديد حقيقي، ذلك أنه إذا كانت كلمة السبب قد اختفت من القاموس العقدي، فقد بقيت وظائف السبب وجوهره كما هي، وبمعنى آخر فإذا كان السبب قد أختفي، أو ألغى كمصطلح فقد بقيت وظائفه وتم تقنينه^(٥٠).

(٤٨) يوسف إبراهيم اليتامي، أسلوب المناقصة في إبرام العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق-جامعة طنطا، سنة ٢٠١١م، ص ١٩٨.

(٤٩) D.MAINGY, DEFENSE,, critique et illustration de certains points du projet de reforme du droit des contrats dalloz, 2009.p.308.

(٥٠) FAYEZ HAGE CHHINE, comment LA reforme sera accueillie au liban et dans les pays arabes qui ont ete influences code civil de 1804, in la reforme du droit des contrats en france regards croises franco- libbanais, collque. U.s.e.k. kaslik, vendredi 11 mars 2016, p.17.

وللإدارة سلطات جزائية لإجبار المتعاقد المقصر على تنفيذ العقد الإداري بالكفاءة والمدة المتفق عليها، ولكن هذه السلطات ليست طليقة من القيود، بل لها حدود وتمارسها السلطة المتعاقدة تحت رقابة القضاء الإداري الذي يراقب مشروعية وملائمة هذا الجزاء^(٥١).

ومن أبرز المشاكل التي تقع في مجال التقاضي هي مشكلة الإعلانات القضائية وما يترتب عليها من تأجيل للجلسات وتراخي البت في الخصومة لعدم صحة الإعلان إذا ما تم بالشكل التقليدي، وما استحدثه المشرع المصري، ويظهر في توجهه لاستعمال الوسائل الإلكترونية لأقصى مدى في التعجيل من إجراءات التقاضي وسرعة البت في القضايا، أي استغلال الوسائل الإلكترونية لتحقيق مفهوم العدالة الناجزة.

ومفهوم العدالة الناجزة أصبح التزاماً يقع على عاتق الدولة، فالوسائل الإلكترونية كما لها بالغ الأثر في التعجيل من إجراءات التعاقد والتي أخذ بها ونظمها المشرع المصري في قانون تنظيم التعاقدات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م، يجب أن يكون لها ذات الأثر في التعجيل من إجراءات التقاضي حال وجود منازعة من المنازعات.

ووضع مبدأ العدالة الناجزة موضع التنفيذ يبدو أيسر في الدعاوى الإدارية من دعاوى القضاء العادي، فالقاعدة الغالبة هي هيمنة المذكرات والوثائق المكتوبة، أما المرافعات الشفوية فدورها بالتالي ثانوي، وهذا على عكس المرافعات المدنية، وقد ترتب على هذه الصيغة الكتابية للإجراءات أمام محاكم القضاء الإداري.

وقد صدر حكم من مجلس الدولة الفرنسي، تتجلى أهميته كونه من أوائل الأحكام التي صدرت عنه في شأن إلزام القضاء الإداري بتحقيق العدالة الناجزة، والمعاقبة على طول مدة الإجراءات القضائية أمام محاكم القضاء الإداري بمنح تعويضات مناسبة لذوي الشأن المتضررين من ذلك.

(٥١) د. عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة ٢٠١٢م، ص ١٧٨.

والواقع أن مجلس الدولة الفرنسي لم يأخذ على عاتقه المبادرة بالدفع في هذا الاتجاه القضائي الجديد نسبياً إلا بضغط من أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي طفقت تحكم على الجمهورية الفرنسية بغرامات باهظة جراء عدم الالتزام بتحقيق العدالة الناجزة للمتقاضين⁽⁵²⁾.

وجدير بالذكر أن تقدير معقولية المدة التي تم اتخاذها إبان نظر الدعوى إنما يتم على هدى مجموعة من المعايير التي وضعتها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، منها على سبيل المثال طبيعة الدعوى وموضوعها ومدى تعقيد المسائل القانونية المطروحة فيها وما إذا كان التأخر النسبي في الفصل فيها يترتب عليه زوال مصلحة المدعي وغيرها⁽⁵³⁾.

المطلب الثاني

تسوية المنازعات الناشئة عن العقد عن طريق التحكيم

يتزايد الاتجاه العالمي نحو التحكيم باعتباره الضامن الأساسي للعقود خاصة ذات الطابع الدولي منها، وترجع الحكمة من الاتجاه إلى هذا النظام للمزايا التي ينفرد بها، ولعل من أبرزها سرعة وسرية حسم النزاع، وتتأكد أهمية التحكيم في النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي لتكلفتها الضخمة وطول فترة تنفيذها، وارتباطها بمشاريع البنية التي لا غنى عنها في كافة دول العلم، ولإلقاء الضوء حول التحكيم وأهميته في العقود الإدارية الإلكترونية، نوضح أولاً ماهية التحكيم في العقود الإدارية وأنواعه، ثم نبين مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية، وذلك على النحو الآتي:

⁽⁵²⁾ CONSEIL D'ETAT, ASSEMBLE'E, du 28 juin 2002, garde des sceaux minister. Dela justice c, magiera 239575, publié au recueil lebon.

⁽⁵³⁾ ABDELMOHSEN SHEHA, le de'lat raisonnable de jugement: une part indissociable delta justice, m'moire du master dispense' conjointement par l'e cole nationale d'adminstrattion(ana) et l'universite' de Strasbourg, juillet 2014, p.22.

أولاً- مفهوم التحكيم ومدى أهميته في تسوية منازعات العقود الإدارية الإلكترونية: التحكيم عرفته مجلة الأحكام الدولية في المادة (١٧٩٠) بأنه: "اتخاذ المتخاصمين شخصاً آخر برضاها لفصل خصومتها ودعواهما". وعرف جانب من الفقه التحكيم بأنه عبارة عن نظام قضائي خاص، يختار فيه الأطراف قضاتهم، ويعتمدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب، بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ، أو نشأت بالفعل بينهم، بخصوص علاقاتهم التعاقدية وغير التعاقدية، والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم وفقاً لمقتضيات القانون والعدالة، وإصدار قرار قضائي ملزم لهم^(٥٤).

كما ذهب جانب من الفقه الفرنسي أن التحكيم نظاماً قانونياً يهدف إلى تسوية النزاع بين الأطراف بواسطة شخص أو أكثر، يطلق عليه اسم محكم، على أن يكون ذلك بمقتضى قرار، أو حكم ملزم لأطراف النزاع، وتستمد هيئة التحكيم سلطاتها من إرادة الأطراف، شريطة أن تكون هذه الغرادة أقرها القانون واعترف بها^(٥٥). ويرى جانب من الفقه بأن التحكيم لا يعدو إلا أن يكون نوعاً من أنواع العدالة الخاصة أساسه وركيزته هو اتفاق أطراف الخصومة التحكيمية على ذلك، بحيث تكون مهمة المحكم مهمة قضائية، تهدف إلى حسم النزاع^(٥٦). وعرف المشرع المصري التحكيم بأنه: "اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ، أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"^(٥٧).

(٥٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٦م، ص ١٩.

(55) ROGER. PARROT, INSTITUTIONS JUDICIAIRES, 10E ED, MONTCHRESTIEN, 2002, P.57.

(56) JEAN BAPTISTE RACINEM l'arbitrage commercial international et l'ordre public, l.g.d.j, 1999, p.2.

(٥٧) الفقرة الاولى من المادة العاشرة من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية.

كما عرفت المحكمة الإدارية العليا المصرية التحكيم بأنه: "اتفاق على طرح النزاع على شخص معين، أو أشخاص معينين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"^(٥٨). كما عرفته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بأنه: "الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر؛ ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة به، وذلك بحكم ملزم للخصوم"^(٥٩).

وعلى ذلك فالتحكيم يقوم أساساً على مبدأ الإرادة، بمعنى أنه يجب أن تكون لإرادة الخصوم شأن فيه، بحيث إذا محيت هذه الإرادة فلا يعتبر تحكيمياً وإنما هو قضاء دولة، إلا أن هذه الإرادة لا بد أن يقرها المشرع ويجيز للخصوم اللجوء للتحكيم، ومتى وضحت هذه الإرادة وفق الشكل الذي يتطلبه القانون التزم الخصوم بحسم النزاع عن طريق التحكيم ويلتزمون بحكمه^(٦٠).

ومما تقدم يتضح أن لاتفاق التحكيم أثر سلبي وأثر إيجابي، فитرتب على اتفاق التحكيم التزام أطراف النزاع الذي نشأ بينهم على المحكم أو المحكمين الذين تم اختيارهم للفصل فيه والتزام أطراف النزاع بالبدء في إجراءات التحكيم، أو الاستمرار فيه في حالة بدؤه، ويكون للمحكمين بموجب هذا الاتفاق سلطة الفصل في النزاع^(٦١).

ومما تجدر الإشارة إليه أن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لتسوية نزاع ما، يتم إفرغه في إحدى صورتين أولهما ما يسمى بشرط التحكيم، وثانيها يطلق عليه مشاركة التحكيم.

(٥٨) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ ق، بتاريخ ١٨ يناير لسنة ١٩٩٤م.

(٥٩) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، في الأول من يوليو ١٩٨٩، بجلسة ١٧/٥/١٩٨٩م، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في العقود الإدارية في أربعين عاماً من أول أكتوبر ١٩٥٥ حتى آخر ديسمبر ١٩٩٥، ص ١٤٣.

(٦٠) د. جاسم محمد الحوطي، النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني في التشريع الكويتي، مرجع سابق، ص ٣٦٠.

(٦١) BERNARD FILLION DUFOULEUR, PHILIPPE LE BOULANGER, Le nouveau droit égyptien de l'arbitrage, 1994. P.673.

١ - شرط التحكيم:

شرط التحكيم هو اتفاق بمقتضاه يتفق طرفين على أن ما قد ينشأ بينهما من نزاع بشأن علاقة قانونية معينة يفصل فيه بواسطة التحكيم، فشرط التحكيم يكون الاتفاق عليه سابقاً على نشوء النزاع بين الطرفين، لذلك يطلق على شرط التحكيم لفظ الشرط؛ لأنه يرد غالباً في العقد الأصلي، بحيث يكون شرطاً ضمن باقي شروط العقد، سواء أكان عقداً مدنياً أم تجارياً أم إدارياً^(٦٢).

وأشارت إلى شرط التحكيم الفقرة ٣ من المادة (١٠) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، لذلك يعد شرط التحكيم مستقلاً عن العقد الذي ورد به، ومن ثم فلا يؤدي بطلان شرط التحكيم، وهذا الأمر يرتب اختصاص المحكم بسلطة النظر في المنازعات المتصلة ببطلان هذا العقد، حيث إن المحكم لا يستمد ولايته من العقد الباطل، وإنما من شرط التحكيم المستقل عنه^(٦٣).

٢ - مشاركة التحكيم:

مشاركة التحكيم تعنى اتفاقيات لاحقة على قيام النزاع، وعلى ذلك فإن شرط التحكيم يتعلق بنزاع محتمل لم تتحدد ملامحه، بينما المشاركة تتعلق بنزاع قائم فعلاً يحيط أطرافه بكل جوانبه^(٦٤)، وعلى ذلك مشاركة التحكيم هي الاتفاق الذي تم بين أطراف العلاقة القانونية بعد قيام النزاع بينهما لعرض هذا النزاع على التحكيم، فمشاركة التحكيم لا يتم الاتفاق عليها إلا بعد قيام نزاع محدد، ولا يتصور بداهة إبرام مشاركة تحكيم بشأن نزاع قبل قيامه، وإلا كانت باطلة.

(٦٢) د. فتحى والى، قانون التحكيم فى المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة ٢٠١٤م، ص ١٠٠.

(٦٣) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٧م، ص ١٩٥.

(٦٤) د. جابر جاد نصار، التحكيم فى العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٧م، ص ٢٧.

لذلك تعد مشاركة التحكيم بمثابة اتفاق لاحق على العقد، يبرمه الأطراف منفصلاً عن العقد الأصلي، وبموجبه يتم اللجوء إلى التحكيم للفصل في نزاع قائم فعلاً بصدور هذا العقد.

ويجب التأكيد على أهمية صياغة اتفاق التحكيم، سواء في صورة شرط أو مشاركة، فهو يكتسب أهمية بالغة في مجال تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، من حيث الوقوف على إرادة الأطراف المتنازعة، فكثير من المشكلات قد تعترض عملية التحكيم، ويرجع مصدرها إلى سوء صياغة اتفاق التحكيم أو غموضه، أو الخلل الذي يحدث عند ترجمة اتفاق التحكيم إلى لغة أخرى بعد حدوث النزاع^(٦٥).

أهمية التحكيم:

من أهم أسباب اللجوء إلى التحكيم عموماً وفي منازعات العقود الإدارية على وجه الخصوص، ما يأتي:

- ١- تقليل المصروفات التي تتفق على حل المنازعات.
 - ٢- تعقد موضوعات المنازعات الحديثة وما تثيره من مسائل علمية وتقنية.
 - ٣- وجود اتفاقية دولية بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين، وهي اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها لعام ١٩٥٨م.
- وبناء على ما سبق، تظهر مزايا التحكيم كنظام لسرعة البت في الدعاوى الناشئة عن العقود الإدارية خصوصاً عقود الإنشاءات مع المقاولين الأجانب، فضلاً عن تقليل مصروفات التأخير التي قد تنشأ حال قيام خصومة ناشئة عن عقد إداري تراخي البت فيها لسبب أو لآخر، وفيما يلي نستعرض أنواع التحكيم في المنازعات الإدارية.

- أنواع التحكيم في منازعات العقد الإداري الإلكتروني:

يمكن تقسيم التحكيم إلى أنواع عدة بحسب الزاوية التي ينظر إليها، أو المعيار الذي يعتمد عليه كأساس للفرقة بين كل نوع أو نظام تحكيمي، حيث يوجد تحكيم إجباري

(٦٥) د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٤م، ص ٤٦.

وأخر اختياري، وتحكيم مؤسسي وتحكيم حر، وتحكيم وطني وتحكيم دولي، وتحكيم تقليدي وتحكيم إلكتروني، ونستعرض فيما يلي هذه الأنواع:

١ - التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري:

الأصل في التحكيم أنه اختياري^(٦٦)، بمعنى أن أطراف النزاع يملكون اللجوء إليه لفض المنازعات الناشئة بينهم، أو عدم اللجوء إليه، ورفع دعوى قضائية أمام قضاء الدولة، أو اللجوء إلى وسيلة أخرى من وسائل فض المنازعات، فإذا اتفق طرفا العقد على حل منازعاتهم المتعلقة به عن طريق التحكيم، فإنه لا يجوز لأحدهما اللجوء إلى القضاء بشأن أي منازعة من المنازعات المتفق على التحكيم بشأنها، ويجب على المحكمة عند رفع الأمر إليها الحكم بعد قبول الدعوى المعروضة على التحكيم^(٦٧).

أما التحكيم الإجباري، فهو ذلك التحكيم الذي ينظمه المشرع بمقتضى نص قانوني، ويفرض على الخصوم اللجوء إليه في حالة نشوء خلاف بينهم، ومن ثم لا تكون لإرادتهم وجود في اللجوء إليه أو عدم اللجوء إليه، وليس لإرادتهم اختيار المحكمين أو القانون الواجب التطبيق أو إجراءاته^(٦٨).

٢ - التحكيم الوطني والتحكيم الدولي:

يعد التحكيم داخلياً أو وطنياً إذا اتصل في جميع عناصره بدولة واحدة، من حيث موضوع النزاع وجنسية الخصوم والمحكمين ومكان انعقاد التحكيم، والقانون الواجب التطبيق من الناحية الإجرائية والموضوعية، ففي هذه الحالة لا توجد ثمة خلاف؛

(٦٦) د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٠م، ص ١٢.

(٦٧) د. يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٠١.

(٦٨) د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص ١٥.

فالقانون الداخلي أو الوطني هو الواجب التطبيق، وهو الذي يحكم العلاقة من بدايتها إلى نهايتها^(٦٩).

أما التحكيم الدولي، فقد تباينت الآراء الفقهية بشأن وضع معيار محدد للتفرقة بين نوعي التحكيم الوطني والدولي، فاتجه رأى ناحية الأخذ بالمعيار الاجرائي، وهناك المعيار الاقتصادي ويرى جانب من الفقه في هذا الاتجاه بأنه مقدمات لعالمية نظام التحكيم واستقلاله كنظام قضائي ذاتي لمنازعات التجارة الدولية مستقل عن النظم القانونية الوطنية بما يرسخ وجوده وبالتالي مسيرته في دعم حرية التجارة الدولية.

وقد اتجه غالبية الفقه الفرنسي إلى إرساء دعائم المعيار الاقتصادي منذ عام ١٩٢٧م، وهذا المعيار الذي يقوم على مبدأ عبور أموال من دولة إلى دولة أخرى، ولا يزال القضاء الفرنسي مخلصاً لهذا الاتجاه في أحكامه المتعاقبة والتي نذكر منها حكم محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ ٢٤/٤/١٩٩٢م، والتي قضت بأن الطابع الداخلي أو الدولي للتحكيم لا يعتمد على القانون الواجب التطبيق أو على الإجراءات، أو على أرادة الأطراف، ولكن على طبيعة العملية الاقتصادية التي هي أصل النزاع^(٧٠).

٣- التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي:

التحكيم المؤسسي هو الذي يتم في إطار مراكز التحكيم ومؤسساته الدائمة، حيث يتفق الأطراف على خضوع النزاع إلى مراكز ومؤسسات التحكيم الوطنية أو الدولية^(٧١)، والتحكيم المؤسسي تخضع فيه الدعوى التحكيمية بين الجهة الإدارية والمتعاقد معها لنظام جهة خاصة، حيث تقوم بالفصل في النزاع مؤسسة، أو هيئة، أو منظمة، تنشأ للقيام بالتحكيم.

^(٦٩) على سليمان الطماوي، التحكيم في العقود الإدارية في النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٣، ص ٢٦٧.

^(٧٠) J.M JACQUET, P. DE'LEBECQUE, droit du commerce international dalloz, 3e ed, 2014, p.475.

^(٧١) د. محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة ٢٠٠٣م، ص ٣٧٢.

أما التحكيم الحر، فمعناه أن تقوم الجهة الإدارية مع المتعاقد معها بتحديد إجراءات التحكيم من مهل ومواعيد، كما تقوم الجهة الإدارية مع المتعاقد معها بتعيين المحكمين وعزلهم وردهم، وتحديد جميع الإجراءات اللازم إتباعها للفصل في الدعوى التحكيمية في ظل قانون التحكيم^(٧٢).

٤- التحكيم التقليدي والتحكيم الإلكتروني:

التحكيم التقليدي هو الذي تكون فيه الجلسات التحكيمية وتبادل المستندات المتعلقة بالنزاع فضلاً عن صياغة اتفاق التحكيم تتم بالطريقة التقليدية، أي بالورق من ناحية التحرير والصياغة، وكذلك الحضور المادي للأطراف في الجلسات والترافع وتقديم المذكرات على الورق بشكل تقليدي.

أما تعريف التحكيم الإلكتروني، فقد ذهب رأى فقهي إلى أن التحكيم الإلكتروني: "عبارة عن اتفاق الطرفين على تسوية النزاع القائم بينهما أو المحتمل قيامه في المستقبل بالالتجاء إلى التحكيم باستخدام شبكة الإنترنت"^(٧٣).

وذهب رأى آخر إلى: "أنه التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة الإنترنت، وفق قواعد خاصة دون الحاجة إلى النقاء أطراف النزاع والمحكمين في مكان معين"^(٧٤).

(٧٢) د. عبد الحميد الشورابي، التحكيم والتصالح في التشريعات المقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، عام ١٩٩٦م، ص ٢٤.

(٧٣) د. عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الإلكتروني، دراسة مقارنة لقواعد جمعية التحكيم الأمريكية وتنظيم محكمة القضاء في ضوء المبادئ العامة للتحكيم التقليدي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٩م، ص ٥٣.

(٧٤) أسامة إدريس بيد الله، التحكيم الإلكتروني، ماهيته وإجراءاته، بحث منشور على الانترنت، على الرابط التالي، تاريخ الزيارة ٢٠ سبتمبر ٢٠٢١م (الساعة الثامنة مساءً).

[https://ebook.univeyes.com/6505/pdf-](https://ebook.univeyes.com/6505/pdf-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AD%D9%83%D9%8A%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%84%D9%83%D8%AA%D8%B1%D9%88%D9%86%D9%8A-%D8%A3%D8%B3%D8%A7%D9%85%D8%A9-%D8%A8%D9%8A%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D9%84%D9%87)

[-
%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AD%D9%83%D9%8A%D9%85-
%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%84%D9%83%D8%AA%D8%B1%D9%
88%D9%86%D9%8A-%D8%A3%D8%B3%D8%A7%D9%85%D8%A9-
%D8%A8%D9%8A%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D9%84%D9%87](https://ebook.univeyes.com/6505/pdf-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AD%D9%83%D9%8A%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%84%D9%83%D8%AA%D8%B1%D9%88%D9%86%D9%8A-%D8%A3%D8%B3%D8%A7%D9%85%D8%A9-%D8%A8%D9%8A%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D9%84%D9%87)

وعلى الرغم من اتفاق التعريفات الفقهية السابقة على أن التحكيم الإلكتروني يتم في استعمال الوسائل الإلكترونية باتفاق أو إجراءات التحكيم، فإن الفقه قد اختلف حول ما إذا كان يلزم أن تتم جميع مراحل التحكيم بدءاً من اتفاق التحكيم حتى تسوية المنازعة كلياً عبر الوسائل الإلكترونية حتى يمكن أن يوصف بوصف التحكيم الإلكتروني، أم يمكن اعتباره كذلك ولو لم تجر بعض مراحله عبر الوسائل الإلكترونية^(٧٥).

وأما عن أهم مزايا التحكيم الإلكتروني فهي السرية، وسرعة الإنجاز والبت في الخصومة، واجتتاب الأطراف سلبيات طرح نزاعهم أمام الجمهور على عكس المحاكم العادية التي تخضع لمبدأ علانية المحاكمة. كما تتعزز السرية في التحكيم الإلكتروني حيث يتم استخدام أحدث طرق التشفير للحفاظ على خصوصية أطراف النزاع التحكيمي، والتحكيم الإلكتروني يتميز بعدم التزام الأطراف بالانتقال من بلد إلى آخر من أجل حضور الجلسات وتبادل الوثائق والمستندات، ويتم تبادل المستندات في التحكيم إلكترونياً بطريقة فورية وآلية على شبكة المعلومات الدولية، سرعة إصدار القرارات التحكيمية، لسهولة الإجراءات حيث يتم تقديم المستندات والأوراق بالبريد الإلكتروني.

وقد اتجهت بعض المنظمات والهيئات المعنية بالتحكيم في إطار سعيها لتطوير التحكيم الإلكتروني إلى الاستجابة لمقتضيات استخدام الوسائل الإلكترونية في الاتصال بين أشخاص التحكيم الإلكتروني، فنجد أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "اليونسترال" قد أصدرت اتفاقية متعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية سنة ٢٠٠٥م^(٧٦).

(75) LODDER, A.R.8 VREESWIJK, G.A.W.2004.on line arbitration services at aturning point. Icc international court of arbitration bulletin 2004, p.22.

(٧٦) د. جاسم محمد الحوطي، النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني في التشريع الكويتي، مرجع سابق، ص ٣٧٦.

ومما سبق يتضح أن التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن التحكيم بصورته التقليدية إلا من حيث توظيف الوسائل التي هيأتها ثورة المعلومات والاتصالات الحديثة في كافة مراحل عملية التحكيم، بدءاً من الاتفاق عليه ومروراً بإجراءاته وانتهاءً بصدر حكم فيه.

وبعد ان وضعنا أنواع الحكيم بشكل عام، لابد أن نوضح ونبين مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية في التشريعات وذلك على النحو التالي

ثانياً- الموقف التشريعي من التحكيم في منازعات العقد الإداري الإلكتروني:

ظل تنظيم التحكيم ضمن نصوص قانون الإجراءات المدنية حتى أواخر القرن العشرين، ولم يفرد له المشرع المصري تنظيم قانون خاص إلا في عام ١٩٩٤م، وذلك بمقتضى القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية^(٧٧).

ورغم صدور هذا القانون المنظم للتحكيم إلا أنه لم يقطع خلافاً كان قائماً في الفقه المصري حول مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية، حيث لم ينص القانون المشار إليه صراحة على خضوع العقود الإدارية للتحكيم مما أثار الخلاف بين الفقهاء في ذلك الأمر^(٧٨).

فذهب اتجاه فقهي مناهض للتحكيم في العقود الإدارية إلى منعه، نظراً لأن قانون التحكيم لم يتضمن نصاً صريحاً يقضى بجواز اللجوء للتحكيم لحسم هذه المنازعات، ولا يجوز استثناء المنازعات المتعلقة بهذه العقود من الخضوع للقضاء الإداري إلا بمقتضى

(٧٧) د. يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق، ص ١١٤.

(٧٨) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٥٧.

نص تشريعي صريح^(٧٩)، وأن الأخذ بجواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية، يتعارض مع نصوص الدستور ومجلس الدولة.

كما استند هذا الاتجاه الفقهي إلى اعتبارات السيادة، حيث أن التحكيم يعد في حقيقته سلباً وعدواناً على اختصاص القضاء الوطن الذي يمثل مظهراً أساسياً لسيادة الدولة^(٨٠).

أما الاتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية فقد أُستند إلى عمومية النص في المادة الأولى واتفاق ذلك مع القاعدة الأصولية التي تقضي بأن: "العام على الإطلاق مالم يخصص"، ولا اجتهد مع وضوح النص^(٨١). كما أن التحكيم في العقود الإدارية ليس فيه تعارض أو مساس بسيادة الدولة؛ فهو لا يتضمن بالضرورة استبعاد القانون الوطني دائماً، فيمكن للدولة ولغيرها من الأشخاص العامة أن تشترط بموافقة المتعاقد تطبيق القانون الإداري^(٨٢).

وحجة أخرى أضافها هذا الاتجاه وهي أن المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة نفسه رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢م، أشارت ضمناً إلى إمكانية وجود تحكيم في العقد الإداري حينما نصت على: ".... ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح

^(٧٩) د. جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٥م، ص ١٠٨.

^(٨٠) د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ٢٠٠٥م، ص ٧٩.

^(٨١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة تحليلية تطبيقية، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة ٢٠١١م، ص ١٠٨.

^(٨٢) د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٥٩.

الدولة أن تبرم أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها عن خمسة آلاف جنيه بغير استثناء إدارة الفتوى المختصة^(٨٣).

أمام هذا الخلاف الفقهي بشأن التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فقد تدخل المشرع بتعديل المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بإضافة فقرة ثانية بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧م تنص على أنه وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة إلى لأشخاص الاعتبارية ولا يجوز التفويض في ذلك^(٨٤).

وبذلك يكون المشرع المصري في تعديله لقانون التحكيم يكون قد حسم الخلاف حول التحكيم في العقود الإدارية بكافة أنواعها سواء كانت العقود الإدارية داخلية أم كانت دولية^(٨٥) إلا إنه قيد ذلك بقيددين:

الأول- ضرورة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة:

أجاز المشرع التحكيم في العقود الإدارية، بعد موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه في الأشخاص الاعتبارية العامة، كما أن يجب أن تكون الموافقة كتابية، طبقاً لنص المادة (١٢) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، ويرجع السبب في ذلك إلى ضرورة أن يهدف اتفاق التحكيم إلى تحقيق الصالح العام، ويرى جانب من الفقه، أن اشتراط موافقة الوزير أو من يتولى اختصاصه قد يكون كافياً لبعض العقود الإدارية، ولكنه ليس كافياً بالنسبة إلى العقود الإدارية الأخرى، والتي تتصل باستغلال موارد

(٨٣) د. محمد رفعت عبد الوهاب، بحث بعنوان التحكيم في العقود الإدارية، منشور بمجلة البحوث والدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق-جامعة الاسكندرية، ص ٤٧١.

(٨٤) الجريدة الرسمية للوقائع المصرية، العدد ٢٠ الصادر في ١٥/٣/١٩٩٧م.

(٨٥) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة تحليلية تطبيقية، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة ٢٠١١م، ص ١١٦.

الدولة الطبيعية وعقود التنمية ونقل التكنولوجيا وغيرها من العقود التي تتصل بالمصالح العليا للدولة، والتي كان يجب أن يشترط لإدراج التحكيم فيها موافقة مجلس الوزراء وذلك أدعى للحيلة^(٨٦).

الثاني - حظر التفويض في هذا الاختصاص:

حظر المشرع على الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة،

أن يفوض غيره في ذلك، إككاماً وضبطاً للمسألة، ولعل هذا الحظر كما اوضحته اللجنة المشتركة للشئون الدستورية والتشريعية بمجلس الشعب... تقديراً لخطورته ولاعتبارات الصالح العام وباعتبار أن الوزير يمثل الدولة في وزارته.

وأجاز المشرع المصري مؤخراً في المادة (٩١) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م، لطرفي العقد في حالة حدوث خلاف أثناء تنفيذه، وقبل اللجوء للقضاء أو التحكيم بحسب الأحوال، الاتفاق على تسويته عن طريق التوفيق أو الوساطة، وذلك إذا تضمنت شروط الطرح أو العقد جواز ذلك، وبموافقة السلطة المختصة مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، كما يجوز للمتعاقد اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة إخلال الجهة الإدارية بشروط العقد^(٨٧).

كما أن الاحكام بين العقود الإدارية التقليدية لا تختلف عن العقود الإدارية الإلكترونية، بأن الوسائل الإلكترونية لها أثر في أخذ الموافقة الكتابية من الوزير أو من يقوم مقامه بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة، فطبقاً لقانون التوقيع الإلكتروني

(٨٦) د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٩٩.

(٨٧) د. على سليمان الطماوى، التحكيم فى العقود الإدارية فى النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٣م، ص ٣٣٣.

المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م، والذي ساوى بين الكتابة والمحركات التقليدية ونظيراتها الإلكترونية، يمكن أخذ الموافقة الكتابية وتبادل المحركات يكون عبر المراسلات الإلكترونية المعتمدة بين الجهات المختصة، مع وجوب ارتباطها بالتوقيع الإلكتروني المعتمد من الوزير أو من يقوم مقامه. بالإضافة إلى أن حجية التوقيع الإلكتروني تسهم بشكل حاسم في التغلب على كثير من الصعوبات المتعلقة بعنصر الاختصاص، لأنه لن يكون من صلاحيات أي موظف في الجهاز الإداري للدولة إصدار قرارات إدارية لا تدخل في اختصاصه، ما لم يكن بمقدوره التوقيع عليها^(٨٨).

هذا وقد اتجه المشرع المصري في القانون الجديد إلى جواز الاتفاق على تسوية المنازعات العقدية بصورة ودية وسريعة، ترضى جميع الأطراف حتى لا يتعطل إنجاز الأعمال في توقيتها المحدد، حيث نصت المادة (٩١) من القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م بشأن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة على أنه: "يجوز لطرفي العقد في حالة حدوث خلاف أثناء تنفيذه، وقبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم بحسب الأحوال، الاتفاق على تسويته عن طريق التوفيق أو الوساطة، وذلك إذا تضمنت شروط الطرح أو العقد جواز ذلك وبموافقة السلطة المختصة مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد. كما يجوز للمتعاقد اللجوء للقضاء للمطالبة بالتعويض في حالة إصابته بضرر نتيجة إخلال الجهة الإدارية بما تتضمنه شروط العقد، ويتفق عليه الطرفان وفقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م".

(٨٨) د. جاسم محمد الحوطي، النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني في التشريع الكويتي، مرجع سابق، ص ٣٩١.

الخاتمة

وفي ختام دراستنا هذه؛ فإن البحث خلص إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً- النتائج:

١- من أهم الخصائص المميزة للعقد الإداري الإلكتروني؛ إبرامه عن بعد وعبر الوسائل الإلكترونية.

٢- يتم إثبات العقد الإلكتروني عبر التوقيع الإلكتروني، والمحرر الإلكتروني، ويتميز بوسائل الدفع الإلكترونية مثل البطاقات البنكية.

٣- يعد أسلوب المزايدات الإلكترونية من أهم أساليب إبرام العقد الإداري لكونها تشمل القواعد العامة الموجودة في القانون المدني، وإجراءات العقود الإلكترونية، فضلاً عن القواعد العامة الخاصة بإبرام العقود الإدارية.

٤- تبرز أهمية التحكيم في النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي لتكلفتها الضخمة وطول فترة تنفيذها، وارتباطها بمشاريع البنية التي لا غنى عنها في كافة دول العالم.

٥- من أهم مزايا التحكيم الإلكتروني السرية، وسرعة الإنجاز والبت في الخصومة، واجتذاب الأطراف سلبيات طرح نزاعهم أمام الجمهور على عكس المحاكم العادية التي تخضع لمبدأ علانية المحاكمة.

ثانياً- التوصيات:

١- توصي الدراسة بضرورة وضع تشريع خاص للعقد الإداري الإلكتروني بمختلف جوانبه من أجل التأكيد على حقوق المتعاملين في مجال التعاقدات الإلكترونية، وعدم الاكتفاء ببعض المواد القانونية في نصوص متفرقة.

٢- توصي الدراسة بضرورة العمل على إجراء مراجعة دورية شاملة للضمانات القانونية التي تحيط بالإجراءات المتبعة في إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثباته بما يعمل على تعزيز الثقة في سلامة وصحة تلك الإجراءات، وذلك للعمل على إعطاء العقود الإدارية الإلكترونية مصداقية لدى المتعاقدين والمتعاملين بها.

- ٣- توصي الدراسة بضرورة تبني كليات القانون في الجامعات في البلاد العربية لمناهج دراسة تتعلق بالنظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني ضمن المناهج الدراسية بها، بإعتبارها مسألة معاصرة لمواكبة التطور والمستجدات القانونية.
- ٤- توصي الدراسة بتنظيم تشريع مستقل خاص بالتحكيم الإلكتروني، ويفرد فيه جزء خاص بالتحكيم في المنازعات الناشئة عن العقد الإداري الإلكتروني.
- ٥- توصي الدراسة بضرورة العمل على إنشاء وتطوير مراكز ومؤسسات تحكيم الكترونية وطنية وعربية متخصصة بالفصل فيما يثار من منازعات إلكترونية كغيرها من المؤسسات الدولية، ومجهزة بكافة الوسائل التكنولوجية الحديثة للاتصال والتواصل مع العالم الخارجي الافتراضي، يعمل بها محكمين يتمتعون بمؤهلات ومهارات مهنية وتقنية ولديهم خبرات فيما يعرض عليهم من منازعات العقود الإدارية الإلكترونية وغيرها من التعاقدات والمعاملات الإلكترونية، ويكونوا محل ثقة من قبل الخصوم.

المراجع

أولاً- الكتب:

- ١- أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٦م.
- ٢- جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٧م.
- ٣- جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ٢٠٠٥م.
- ٤- جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٥م.
- ٥- جى بريان، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة د. أحمد يسري، منشأة المعارف، الاسكندرية، عام ١٩٩١م.

- ٦- رحيمة الصغير، ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة ٢٠٠٧م.
- ٧- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، جامعة عين شمس، ١٩٨٤م.
- ٨- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م.
- ٩- صفاء فتوح جمعة، العقد الإداري الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، المنصورة، سنة ٢٠١٤م.
- ١٠- طارق عبد الرؤوف صالح رزق، النظرية العامة للقرارات الإدارية في التشريع الإداري الكويتي، دراسة تطبيقية لأسس ومبادئ القرارات الإدارية وتطبيقاتها في الكويت، مشتملة على آراء الفقه وأحكام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٤م.
- ١١- عبد الحميد الشورابي، التحكيم والتصالح في التشريعات المقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، عام ١٩٩٦م.
- ١٢- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة تحليلية تطبيقية، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة ٢٠١١م.
- ١٣- عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة ٢٠١٢م.
- ١٤- عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الإلكتروني، دراسة مقارنة لقواعد جمعية التحكيم الأمريكية وتنظيم محكمة القضاء في ضوء المبادئ العامة للتحكيم التقليدي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٩م.
- ١٥- عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠٠٦م.
- ١٦- على سليمان الطماوي، التحكيم في العقود الإدارية في النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٣م.

- ١٧- فاروق أحمد خماس ومحمد عبدالله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، كلية القانون، جامعة الموصل، ١٩٩٢م.
- ١٨- فاروق محمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، سنة ٢٠٠٢م.
- ١٩- فتحي والي، قانون التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة ٢٠١٤م.
- ٢٠- ماجد راغب الحلو، العقد الإداري الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٧م.
- ٢١- ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، جامعة الموصل، ١٩٩٦م.
- ٢٢- محسن شفيق، التحكيم التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٧م.
- ٢٣- محمد المتولي، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م.
- ٢٤- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة ٢٠٠٣م.
- ٢٥- محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة ٢٠٠٥م.
- ٢٦- محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة ٢٠٠٣م.
- ٢٧- محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري - العقد الإداري)، مكتبة الهداية، سنة ١٩٨٩م.
- ٢٨- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٠م.
- ٢٩- ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٤م.
- ٣٠- يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م.

ثانياً- الرسائل العلمية:

- ١- جاسم محمد الحوطي، النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني في التشريع الكويتي، رسالة دكتوراة، كلية حقوق، جامعة الاسكندرية، سنة ٢٠١٨م.
- ٢- نزار حازم الدملاجي، التعاقد عن طريق شبكة المعلومات العالمية (الإنترنت)، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الموصل، كلية القانون، ٢٠٠٢م.
- ٣- يوسف إبراهيم اليتامي، اسلوب المناقصة في إبرام العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق-جامعة طنطا، سنة ٢٠١١م.

ثالثاً- البحوث العلمية:

- ١- أسامة إدريس بيد الله، التحكيم الإلكتروني، ماهيته وإجراءاته؟ بحث منشور على الإنترنت.
- ٢- حمدي سليمان القبيلات، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد ٣٤ (ملحق)، سنة ٢٠٠٧م.
- ٣- سلامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، المنعقد في الإمارات العربية المتحدة، سنة ٢٠٠٠م.
- ٤- محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٠م.
- ٥- محمد رفعت عبد الوهاب، بحث بعنوان التحكيم في العقود الإدارية، منشور بمجلة البحوث والدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق-جامعة الاسكندرية، العدد الثاني ٢٠١٠م.
- ٦- فيصل الشوابكة، النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد ٢١، العدد الثاني، يونيو ٢٠١٣م.
- ٧- قيدار عبد القادر صالح، إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثباته، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١٠، العدد ٣٧، سنة ٢٠٠٨م.

٨- هاني عبد الرحمن غانم، أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة الأزهر، غزة، المجلد ١٩، عدد خاص بمؤتمر كلية الحقوق الخامس.

رابعاً- الأحكام القضائية:

١- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ ق، بتاريخ ١٨ يناير لسنة ١٩٩٤م.

٢- حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم ٣٢٠ بتاريخ ٥/٤/١٩٧٥م، لسنة ١٧ ق.ع.

٣- الطعن رقم ٤٧٠٢ لسنة ٤٨ ق، جلسة ٣/٥/٢٠٠٣م، منشور بمجلة هيئة قضايا الدولة لسنة ٤٧ العدد ١٨٨.

٤- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، في الاول من يوليو ١٩٨٩م، بجلطة ١٧/٥/١٩٨٩م، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في العقود الإدارية في أربعين عاماً من أول أكتوبر ١٩٥٥ حتى آخر ديسمبر ١٩٩٥م.

خامساً- المراجع الاجنبية:

1- ABDELMOHSEN SHEHA, le de'lat raisonnable de juement: une part indissociable delta justice, memoire du master dispense conjointement par l'e cole nationale d'adminstrattion (ana) et l'universite' de Strasbourg, juillet 2014

2- BERNARD FILLION DUFOULEUR, PHILIPPE LE BOULANGER. Le nouveau droit egyptien de larbitrageren.an, 1994.

3- CHARLES DEBBASCH, JEAN-CLAUDE RICCI, contentieux administratif. 8 eme edition 8em ed dalloz, 2001

4- CONSEIL D'ETAT, ASSEMBLE'E, du 28 juin 2002, garde des sceaux minister. Dela justice c, magiera 239575, publie' au recueil lebon.

5- Delphine Kessler: Le contrat administrative face á l'électronique D.E.A.–Droit de l'Internet – Université du paris I, Panthéon – Sorbonne- 2002

6- D.MAINGY, DEFENSE,, critique et illustration de certains points du projet de reforme du droit des contrats dalloz, 2009

7- FAYEZ HAGE CHHINE, comment LA reforme sera accueillie au liban et dans les pays arabes qui ont ete influences code civil de 1804, in la reforme du droit des contrats en france regards croises franco- libbanais, collque. U.s.e.k. kaslik, vendredi 11 mars 2016

8- JEAN BAPTISTE RACINEM l'arbitrage commercial international et l'ordre public, l.g.d.j, 1999

9- J.M JACQUET, P. DE'LEBECQUE, droit du commerce international dallos, 3e 2014.

10- LODDER, A.R.8 VREESWIJK, G.A.W.2004.on line arbitration services at aturning point. Icc international court of arbitration bulletin 2004

11- M. Guibal, De la liberté des personnes publiques de choisir la technique de choix de leurs cocontractants, J.C.P, Ed E, 1987.

12- M. H. Sinkondo, La nation de contrat administrative: acte unilateral ou contrat civil de l'administration. R.T.D.C, 1993.

13- ROGER. PARROT, institutions judiciaires. 10eed, montchrestien, 2002.









المعهد العالي للقضاء
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

Journal Of Jurisprudence And Legal Studies

Specialized & Refereed Scientific Journal (Quarterly)
Issued by the Higher Judicial Institute
Sultanate of Oman

In This Issue:

- **Fiqh Record with Ibadi in the Second Century of the Islamic Calender
The Writings of Abu Ghanim Al-Khurasani as Model**
Dr. Ibahim Rashid Saif Alghammari - Dr. Aisha Mabrook Hamood Alqannobi
- **National Courts Jurisdiction over International Crimes and the
Challenges to its Operationalization (Comparative Study)**
Dr. Ahmad Mohamad Omar Alomar
- **International Criminal Protection of Religious Beliefs**
Dr. Mohammad Elsaid Abdulshafie Elkozaa
- **Legal Guarantees to Protect the Ownership of the Foreign Investor and its
Relationship to the Crime of Tax Evasion (Comparative Analytical Study)**
Dr. Hussain Said Saif Al-Ghafri - Dr. Hamada Mohmed Abd-Elaty Nasr
- **Conditional Settlement and the Bank's Recovery Methods for Letter of Credit**
Dr. Maher Elsaid Mohamed Gabr
- **Conclusion of the Electronic Administrative Contract and the Settlement
of Disputes Arising from it**
Dr. Hamada Abdel Aziz Abdel Hamid Issa - Dr. Omar Abdel Hafeiz Ahmed Omar