



جامعة عجمان
AJMAN UNIVERSITY

مجلة

العلوم القانونية

Email: lawmagazine@ajman.ac.ae

السنة السادسة - العدد الثاني عشر - يوليو 2020

مجلة دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات الشرعية والقانونية والاقتصادية

المركز القانوني للشريك الاستراتيجي في شركات المساهمة

أنظمة (صناديق) ضمان الودائع المصرفية - دراسة قانونية مقارنة

قواعد الإسناد بين إلزامية التطبيق ومشكلة إثبات القانون الأجنبي - دراسة مقارنة

النظام القانوني للأمانة في القانون الإنكليزي - دراسة مقارنة بالوقف في
الفقه الإسلامي والقانون المقارن

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة وفق التشريعات
العقارية لإمارة دبي دراسة مقارنة

حق المستهلك في الإعلام عبر العقود الإلكترونية

تصدر عن كلية القانون - جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة

ص.ب. ٣٤٦ عجمان، الإمارات العربية المتحدة هاتف: ٠٠٩٧١٦٧٠٠٥١٣١ أو ٠٠٩٧١٦٧٠٠٥٣٢٥ فاكس: ٠٠٩٧١٦٧٠٠٥٢٧٠

ثمن العدد:

داخل الإمارات: عشرون درهماً

دول الخليج:

السعودية: عشرون ريالاً، قطر: عشرون ريالاً، الكويت: ديناران، البحرين: ديناران، عُمان: ريالان

الوطن العربي:

سبعة دولارات أمريكية أو ما يعادلها

الدول الأجنبية:

عشر دولارات أمريكية أو ما يعادلها

الاشتراك السنوي للمجلة:

نوع الاشتراك	الإمارات	الدول العربية	الدول الأجنبية	مدة الاشتراك
أفراد	35 درهما	40 درهما	20 دولار	سنة واحدة
مؤسسات	60 درهما	50 درهما	25 دولار	سنة واحدة

يُدفع الاشتراك بإحدى الطرق الآتية:

1 - شيك مصرفي لصالح مجلة العلوم القانونية مسحوب على أحد المصارف العاملة في دولة الإمارات العربية المتحدة.

2 - تحويل مصرفي لحساب كلية القانون - جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة.

رقم الحساب (IBAN) : AE17033000010493141592

سويفت كود BOMLAEAD: ويرسل صورة من إيصال التحويل إلى المجلة.

تصدر عن كلية القانون - جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة

قال تعالى:

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ
النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ
كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا

صدق الله العظيم

(سورة النساء: 58)

دولة الإمارات العربية المتحدة - جامعة عجمان - كلية القانون
مجلة علمية مُحَكَّمة " نصف سنوية " تهتم بنشر الدراسات القانونية والشرعية
السنة السادسة - العدد الثاني عشر - شهر يوليو 2020
الترقيم الدولي: ISSN: 2707 - 1081 / E - ISSN: 270 7-1073

توجه جميع المراسلات والبحوث على العنوان التالي:

أمين تحرير مجلة العلوم القانونية

جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة

ص، ب، 346 عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة

الهاتف: 00971-6-7056331

الفاكس: 00971-6-7056270

البريد الإلكتروني: lawmagazine@ajman.ac.ae

موقع المجلة على شبكة الانترنت: law. ajman.ac.ae

تصدر عن كلية القانون - جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة

الهيئة الاستشارية للمجلة

القاضي الدكتور / عبد الوهاب عبدول
رئيس المحكمة الاتحادية العليا السابق - الإمارات

معالي الأستاذ الدكتور / أحمد جمال الدين موسى
أستاذ الاقتصاد بكلية الحقوق - جامعة المنصورة
وزير التعليم السابق

الأستاذ الدكتور / رفعت العوضي
رئيس مكتب هيئة الإعجاز العلمي بالقاهرة التابع
لمنظمة المؤتمر الإسلامي

الأستاذ الدكتور / محمد المرسي زهرة
أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق - جامعة عين
شمس

العميد السابق لكلية الشريعة والقانون - جامعة
الإمارات العربية المتحدة

الأستاذ الدكتور / جاسم الشامسي
عميد كلية القانون - جامعة الإمارات العربية
المتحدة

القاضي الدكتور / جمال السميطي
مدير عام معهد دبي القضائي

هيئة التحرير

رئيس التحرير
د. عبد العزيز الحسن

نائب رئيس التحرير
د. نجلاء فليح

أمين التحرير
د. بيبير مالبه

أهداف مجلة العلوم القانونية

أهداف المجلة:

تسعى مجلة العلوم القانونية إلى تحقيق عدة أهداف، أهمها:

- 1- تعميق المعرفة بأحكام الشريعة الإسلامية والتشريعات القانونية والاقتصادية على المستوى المحلي والإقليمي والدولي.
- 2- تنمية القدرات على البحث القانوني لدى المشتغلين بالقانون داخل الدولة وخارجها.
- 3- التعاون مع كليات القانون والشريعة على المستوى المحلي والإقليمي والدولي.
- 4- تدعيم أو أصر التواصل مع كافة الأجهزة الحكومية والهيئات والمؤسسات العامة والخاصة العاملة في المجال القانوني.
- 5- تقديم العون للجهات القضائية من خلال التعليق على الأحكام والمبادئ القضائية وتحليلها.

اهتمامات المجلة:

تُعنى المجلة بنشر البحوث العلمية الرصينة في مجالات التخصص المختلفة (الشريعة والقانون والاقتصاد والمالية والإدارة العامة) والتي من شأنها أن تسهم في رقي المجتمع حضارياً والمحافظة على هويته العربية والإسلامية، وتعزيز مبدأ سيادة القانون.

قواعد النشر في المجلة:

- 1- تعهد من الباحث بأن البحث لم يسبق نشره وأنه يلتزم بالمبادرة بإخطار المجلة في حالة تقديم البحث للنشر في مجلة أخرى طالما لما تبيد المجلة رأيها في البحث.
- 2- لا يجوز نشر البحث في مجلة أخرى أو مؤتمر أو ندوة علمية أو بأي وسيلة أخرى بعد قبوله للنشر في المجلة إلا بعد الحصول على إذن كتابي من مدير التحرير.
- 3- أن يلتزم الباحث بالمنهجية العلمية والتوثيق العلمي لمادة البحث، وأن يتسم البحث بالأصالة والإضافة للمعرفة القانونية.

- 4- ألا يكون البحث مستلاً من رسالة علمية (ماجستير أو دكتوراه) نال بها الباحث درجة علمية، أو منشوراً من قبل بأية صورة من صور النشر.
- 5- ألا يتجاوز حجم البحث أربعين صفحة بما فيها قائمة المراجع وملخص البحث باللغتين العربية والإنجليزية.
- 6- تُقدّم البحوث مطبوعة بخط Simplified Arabic وتكتب العناوين الرئيسية والفرعية بالخط الأسود العريض بحجم (16)، وحجم (14) للنصوص في المتن، وبحجم (10) للهوامش في أسفل كل صفحة، ويكتب البحث على وجه واحد، مع ترك مسافة 1.15 بين السطور. وينبغي مراعاة التصحيح الدقيق في جميع النسخ.
- 7- تكون الحواشي 2.5 سم على جوانب الصفحة الأربعة.
- 8- أن يُراعى في الهوامش والترقيم والتواريخ وذكر المراجع والمؤلفين الآتي:
 - أ. أن تكون الإشارة إلى صفحات المصادر والمراجع في الهامش وليس في صلب البحث.
 - ب. أن ترقم هوامش كل صفحة على حده، ويُراعى في الترقيم الأرقام المتعارف عليها في الأسلوب العربي.
 - ج. عند ذكر الأعلام والمؤلفين يذكر اسم الشخص أولاً ثم اسم أبيه وجده ثم لقبه.
 - د. تثبت المصادر والمراجع العلمية ومؤلفوها في نهاية البحث بالترتيب الأبجدي، مع بيانات الطباعة والنشر.
- 9- يُقدّم البحث إلى المجلة بصيغة (word).
- 10- يُقدّم الباحث موجزاً لسيرته العلمية في حدود عشرة سطور في صفحة مستقلة، تتضمن: الاسم، وجهة عمله، ورتبته العلمية، وأهم أبحاثه، مع صورة شخصية حديثة.
- 11- يرسل الباحث ملخصاً لبحثه في حدود صفحة واحدة باللغتين العربية والإنجليزية على أن يتضمن الملخص عنوان البحث وأن يكون الملخص جزءاً من جسم البحث وليس منفصلاً عنه.
- 12- يتم عرض البحث على محكمين متخصصين من ذوي الكفاءة ممن يقع عليهم اختيار هيئة تحرير المجلة.
- 13- تُخطر المجلة أصحاب البحوث المقدمّة بموقفها من نشر بحوثهم على النحو التالي:

- أ. يُخَطَّر أصحاب البحوث الواردة بوصولها إلى المجلة خلال أسبوع من تاريخ الوصول.
- ب. يخطر أصحاب البحوث المقبولة بإجازة بحوثهم للنشر.
- ج. في حالة وجود ملاحظات على البحث، يُعاد البحث لمؤلفه لاستيفاء هذه الملاحظات ليكون صالحاً للنشر.
- د. يقوم الباحث بإرفاق تقرير مفصل عن التعديلات المطلوبة التي تم القيام بها، مع أهمية وضع خط تحت الإجراء المعدل على متن البحث وبلون مختلف، وذلك حتى يسهل على المحكم التحقق معها، وبيان مدى مطابقتها مع التعديل المطلوب. مع احتفاظ هيئة تحرير المجلة بالتحقق من مدى المطابقة ما بين ملاحظات المحكم المقترحة وتعديلات الباحث.
- 14- يُعْتَدَّر للباحث الذي لم توافق لجنة المحكمين على نشر بحثه دون الالتزام بإبداء الأسباب.
- 15- تحتفظ المجلة بكافة حقوق النشر.
- 16- تقدّم البحوث بإحدى اللغات الآتية: العربية أو الإنجليزية أو الفرنسية.
- 17- يجب ضبط النصوص الشرعية بشكل كامل.
- 18- أبواب المجلة مفتوحة للنشر لجميع أعضاء الهيئة التدريسية في كليات القانون، وأكاديميات الشرطة، ومراكز البحث العلمي القانوني.
- 19- إعمالاً لمبدأ حرية الرأي ونسبته لصاحبه، فإنّ ما يطرح من آراء في البحوث المنشورة بالمجلة، إنّما تعبّر عن وجهة نظر صاحبها، ولا تعبّر عن رأي المجلة أو الجامعة، ولا تكون مسؤولة عن تبعاتها.

آلية التحكيم والنشر في المجلة:

تخضع البحوث المقدّمة إلى مجلة العلوم القانونية لتقييم موضوعي، يقوم على مراحل ثلاث:

المرحلة الأولى: مرحلة استلام البحث:

يكون استلام البحث من خلال البريد الإلكتروني للمجلة، ويتم تبليغ الباحث باستلام المجلة للبحث، عن طريق رسالة إلكترونية على بريد الباحث، في مدة أقصاها أسبوع من تاريخ استلام البحث، ثم تبدأ بعد ذلك عملية مسح أولي للبحث، للتأكد من أنّ البحث مطابق لشروط النشر المعمول بها في المجلة، وكذلك التأكد من أنّ الباحث قد قام بملء جميع النماذج المطلوب تقديمها مع البحث، كنموذج إقرار الملكية الفكرية، والتعهد بأن

البحث غير منشور بمجلة علمية أخرى، أو غير مستل من رسالة جامعية.. الخ، ثم يتم بعد ذلك عرض البحث على برنامج كاشف "الاقتباسات" العلمية، للتأكد من مدى الأمانة العلمية.

المرحلة الثانية: مرحلة التحكيم: تتألف من خطوتين:

الخطوة الأولى:

يتم في هذه الخطوة عرض البحث (على نحو سري) على محكمين متخصصين من ذوي الكفاءة والخبرة في المواضيع التي تتعلق بالبحوث. ويلتزم المحكم بفحص البحث وتعبئة نموذج التحكيم واستمارة التقييم، خلال عشرين يوماً من تاريخ إرسال البحوث إليه.

الخطوة الثانية: قرار هيئة تحرير المجلة:

تقرر هيئة تحرير المجلة قبول البحث أو رفضه، بناء على نتائج تقييم المحكمين، وفي حال اختلاف تقييم المحكمين، بأن جاء أحدهما بالقبول، وجاء الآخر بالرفض، يتم إرسال البحث إلى محكم ثالث مرجح.

المرحلة الثالثة: مرحلة النشر:

إذا ما تمّ قبول البحث للنشر، يتم نشر نسخة إلكترونية منه على الموقع الإلكتروني للمجلة. أما النسخة الورقية، فيتم نشرها في العدد التالي من المجلة، ويتم إرسال إشعار للباحث بنشر البحث، وعند النشر يحق للباحث الحصول على عدد واحد من المجلة وعلى خمس نسخ مستلّة من بحثه مع العلم بأن المجلة تراعى في أولوية النشر ما يأتي:

- البحوث المرتبطة بقضايا المجتمع الإماراتي.
- تاريخ وصول البحث لرئيس تحرير المجلة.
- تنوّع موضوعات البحوث.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كلمة العدد

الحمد لله رب العالمين، نحمده سبحانه، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد، اللهم صلي وسلم وبارك عليه.

فإنه ليسرُ كلية القانون في جامعة عجمان أن تضع بين أيدي الباحثين والقراء العدد الثاني عشر من مجلة العلوم القانونية، حيث جاء هذا العدد حافلاً بالمواضيع في مجالات القانون والاقتصاد والإدارة التي تخدم في مجملها قضايا العلم والمجتمع. وسيد القارئ العزيز في طيات هذا العدد الجديد من المجلة ستة بحوث قيّمة في مجالات القانون والاقتصاد والإدارة، حيث جاء البحث الأول بعنوان: المركز القانوني للشريك الاستراتيجي في شركات المساهمة للأستاذ الدكتور زينة غانم عبد الجبار، أما البحث الثاني فقد كان بعنوان: أنظمة (صناديق) ضمان الودائع المصرفية - دراسة قانونية مقارنة للدكتورة ندى زهير الفيل، بينما جاء البحث الثالث بعنوان: قواعد الإسناد بين إلزامية التطبيق ومشكلة إثبات القانون الأجنبي - دراسة مقارنة للدكتور. أحمد الفضلي، ويأتي بعد ذلك البحث الرابع الموسوم ب: النظام القانوني للأمانة في القانون الإنكليزي - دراسة مقارنة بالوقف في الفقه الإسلامي والقانون المقارن للدكتور يونس صلاح الدين علي. في حين أن البحث الخامس كان بعنوان: الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة وفق التشريعات العقارية لإمارة دبي دراسة مقارنة للدكتور مجدي حسن خليل. ثم يأتي البحث السادس بعنوان: حق المستهلك في الإعلام عبر العقود الإلكترونية للباحث صقر إبراهيم صقر المرزوقي.

وأخيراً، لا يفوتنا أن نشكر أعضاء هيئة تحرير المجلة والهيئة الاستشارية والمدقق اللغوي والمسؤولين عن التنسيق والطباعة على جهودهم التي بذلوها من أجل إخراج هذا العدد إلى النور.

رئيس التحرير

د. عبد العزيز الحسن

المحتويات

الصفحة	الموضوع
1	المركز القانوني للشريك الاستراتيجي في شركات المساهمة د. زينة غانم عبد الجبار.
37	أنظمة (صناديق) ضمان الودائع المصرفية - دراسة قانونية مقارنة د. ندى زهير الفيل.
107	قواعد الإسناد بين إلزامية التطبيق ومشكلة إثبات القانون الأجنبي - دراسة مقارنة د. أحمد الفضلي.
142	النظام القانوني للأمانة في القانون الإنكليزي دراسة مقارنة بالوقف في الفقه الإسلامي والقانون المقارن د. يونس صلاح الدين علي.
192	الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة وفق التشريعات العقارية لإمارة دبي دراسة مقارنة د. مجدي حسن خليل.
246	حق المستهلك في الإعلام عبر العقود الإلكترونية الباحث صقر إبراهيم صقر المرزوقي

المركز القانوني للشريك الاستراتيجي في شركات المساهمة

د. زينة غانم عبد الجبار

أستاذ القانون التجاري المشارك

كلية القانون-جامعة عجمان-دولة الامارات العربية المتحدة

The Legal status of Strategic Partner in Joint Stock Companies

Dr. Zeana Ghanim Abdul Jabbar

Associate Professor of Commercial Law

Faculty of Law, University of Ajman, United Arab Emirates

الملخص

يسعى المشرع جاهدا الى دعم وتحفيز المجتمع الاستثماري عن طريق سن القوانين التي تشجع الشركات التجارية وتزيل مخاوف المستثمرين وتقضي على الخشية من مخاطر الانضمام للشركات، ويكفل هذا السعي الدؤوب من خلال البحث عن أفضل السبل وانسب الأنظمة القانونية التي تُحَفِّز المستثمر الوطني والاجنبي وتدعوه للعمل في بيئة تجارية مُطمئنة الى حد كبير.

لذا فقد تضافرت الجهود التشريعية في سبيل خلق منهج متطور يعزز دعم الاقتصاد الوطني، والخروج عن قاعدة الدعم الحكومي للمشروعات التجارية الضخمة، بشكل يدفع المستثمر الوطني والاجنبي على حد سواء لتقديم الدعم المالي للمشروعات التجارية من اجل النهوض بها وتوسعتها بشكل يضمن حسن اداءها وتحقيقها للأرباح المنشودة.

وقد كان المشرع في دولة الامارات العربية المتحدة في مقدمة المهتمين لابتنكار وسائل حديثة تعزز من قوة المشروعات التجارية وتحميها من مخاطر الافلاس الذي يهددها، وذلك في قانون الشركات الاتحادي رقم 2 لسنة 2015، حيث استحدثت فكرة "الشريك الاستراتيجي"، وذلك خروجاً عن قاعدة حق المساهمين في الأولوية بالاكنتاب باسم الشركة، دون ان يحدد المشرع المذكور الحد الأعلى لنسبة مساهمته في راس مال الشركة وهذا يعني ان ضخامة حجم مساهمته قد تؤهله في السيطرة على إدارة الشركة والتدخل في تسيير شؤونها.

فجاءت فكرة السماح لمساهمة "الشريك الاستراتيجي" في شركات المساهمة من اجل تحقيق زيادة رأس مال الشركة بهدف توسيع نطاق نشاطها او ليكون صمام الأمان الذي يحميها من الانحدار في منعطف الخسارة والافلاس.

لذلك سنتناول في هذه الدراسة ماهية الشريك الاستراتيجي، وشروطه وخصائصه والحقوق الممنوحة له، واحكام انضمامه للشركة. وأخيرا سنتوصل الى جملة من النتائج والتوصيات المنبثقة عن الدراسة والتعمق في الاحكام القانونية وبيان مدى استجابتها للواقع الفعلي لنشاط الشركات التجارية.

Abstract

The legislator strives to support and motivate the investment community by making laws that encourage commercial companies, remove investor fears and eliminate fear of the risks of participation in companies. These efforts are exerted to find the best and most appropriate legal systems that stimulate the investor and invite him to work to a large extent in a secure business environment.

From this base, the legislative efforts have come together in order to create an reformative approach to the national economy and to leave behind the governmental support base for large commercial projects. This, in such a way as to push national and foreign investors alike to provide financial support for commercial projects in order to promote them and expand them in a manner that ensures their good performance and the achievement of the desired profits.

For that reason, the legislator of the United Arab Emirates was interested in devising modern ways to firm up the strength of businesses and protect them against the risk of bankruptcy that threatens them. That was in UAE Federal Law No. 2 of 2015, which originated the idea of "the strategic partner," and was outside of the rule of the right of shareholders to a priority in the subscription of the shares of the company. The aforementioned legislator did this without specifying the maximum limit of the proportion of its contribution to the capital of the company. This means that the magnitude of the size of its contribution qualifies it to control the management of the company and interfere in the conduct of its affairs.

The idea of allowing the participation of strategic partners in joint stock companies is to increase the capital of the company with the goal of expanding the scope of its activities or to be a safety valve that protects it from decline in the curve of loss and bankruptcy.

Therefore, in this study we will discuss what strategic partnership is, its conditions and the most important advantages and disadvantages associated with joining a public shareholding company. It will then address the nature of the relationship between the strategic partner and the company and its partners.

Finally, we will arrive at a number of conclusions and recommendations emanating from the study, the deep penetration into the legal provisions and an explanation of the extent to which they correspond to the actual reality of the activities of commercial companies.

المقدمة

نستهل بحثنا بـ "بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين" أما بعد،

سنتناول في هذه الدراسة موضوع المركز القانوني للشريك الاستراتيجي في الشركات المساهمة وذلك من خلال تسليط الضوء على محاور الموضوع في العناصر الآتية:

أولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث

استحدث المشرع الاتحادي في قانون الشركات رقم 2 لسنة 2015 صوراً حديثة للوسائل التي من شأنها التأثير في نجاح وتطوير الأداء التجاري والاقتصادي للشركات المساهمة على حد سواء.

فدخل فكرة الشريك الاستراتيجي كاستثناء من قاعدة الأولوية الممنوحة للمساهمين في الشركة المساهمة عند اللجوء إلى زيادة رأسمالها اما لتوسيع مشروعها التجاري وتطويره وزيادة انتاجها او للنهوض من كبوة اقتصادية ألحقت بها خسارة فتستجد هذه الشركة بوسائل تكفل لها المعافاة من آثار تلك الخسائر.

وعليه فإن تعديل رأس مال الشركة المساهمة بزيادة رأس المال يتم اما عن طريق اصدار أسهم جديدة يكتب فيها المساهمين فتكون الأولوية لهم كما يحق لهم بيع هذا الحق لمساهم آخر او للغير بمقابل او بدونه، كما يمكن للشركة أيضا زيادة رأسمالها عن طريق ادماج الاحتياطي المخزون في رأسمالها فتنشأ أسهم جديدة تمنحها للمساهمين كل بنسبة ما يملكه من الأسهم او بزيادة القيمة الاسمية لها، وهناك وسيلة أخرى للزيادة وهي اصدار سندات القرض بدلا من الاقتراض من المصارف بفوائد عالية وبعد ذلك تحويل سندات القرض إلى أسهم فيتحول ملاك هذه السندات من دائنين مقرضين إلى مساهمين في رأسمال الشركة.⁽¹⁾

ولا تقتصر أدوات الزيادة على ما ذكر فهناك -رسمة ديون الشركة- أي تحويل ديون الشركة إلى أسهم حيث يفضل الدائن استمرارية الشركة وتطوير ادارتها عوضا عن ملاحقتها قضائيا، كما يجوز لموظفي الشركة تملك

¹ د. سوزان علي حسن، الشركات التجارية في دولة الامارات العربية المتحدة، ط2. دار النهضة العربية، 2019، ص231.

أسهم فيها من اجل زيادة وتحسين أداء الموظفين فيها وبذل الجهود الكثيفة لنجاح نشاط الشركة فلمهم صفة مزدوجة فيها كموظفين ومساهمين يملكون جزء من رأسمالها.

وخروجاً على مبدأ حق الأولوية الممنوح للمساهمين فقد سمح المشرع الاتحادي في دولة الامارات العربية المتحدة⁽²⁾ ونجح في تصدّر تبني فكرة الشريك الاستراتيجي الذي يدخل كمساهم في الشركة داعماً موقفها المالي ومعززاً لإمكاناتها الفعّالة فيقدم لها التعزيز الفني او التشغيلي او التسويقي على حد سواء.

وبسبب اهتمامه بفكرة الشريك الاستراتيجي فقد أورد تعريفاً في المادة الأولى من قانون الشركات الاتحادي رقم 2 لسنة 2015⁽³⁾ مضمونه: "الشريك الذي ينتج عن مساهمته في الشركة توفير دعم فني او تشغيلي او تسويقي للشركة بما يعود بالنفع عليها"

ثانياً: أهمية موضوع البحث

ترتبط أهمية البحث في هذا الموضوع بتسليط الضوء على الدور الذي يلعبه الشريك الاستراتيجي بعد انضمامه للشركة والاطلاع على مدى تحقيق التناسق المرتبط بمصالح الشركة المنضم اليها من جهة و مصالحه المرجوة من جهة أخرى وانعكاس كل ما ينتج عن هذا الانضمام وتأثيره على نشاط الشركة ورواج اعمالها وتوسيع نتاجها وكل ذلك يصب في مصلحة الاقتصاد الوطني وحماية رؤوس الأموال المستثمرة في هذا الجانب مما يعزز الثقة والاطمئنان في ذات المستثمر الوطني والاجنبي فيدفعهم الامر لخوض تجربة رائدة اذا أحسنت قيادات الشركة استغلالها وتوظيفها في مصلحة الشركة.

كما تكمن أهمية موضوع البحث في تسليط الضوء على موضوع حديث نسبياً وقلما تطرقت اليه الدراسات القانونية لقلّة المصادر أو انعدامها مما يساهم قدر الإمكان في إضافة مرجع متواضع يساعد على شرح القواعد المتعلقة بالشريك الاستراتيجي وشروط انضمامه للشركة المساهمة، الا ان المصادر القانونية التي سيشار اليها ما هي الا مراجع وشروحات للقواعد العامة في قانون الشركات التجارية، فنحاول الاجتهاد والتحليل قدر المستطاع من اجل الوصول الى شرح مبسّط لأحكام الشريك الاستراتيجي في الشركات المساهمة.

² قانون الشركات الاتحادي رقم 2 لسنة 2015.

³ انظر المادة الأولى من قانون الشركات الاتحادي رقم 2 لسنة 2015.

ثالثاً: مشكلة موضوع البحث

يعتبر تضارب المصالح في سيناريو حياة الشركات المساهمة من أغلب الصور انتشاراً في البيئة التجارية لا سيما من قبل الفئات المالكة للجزء الأكبر في رأسمالها فمن أوليات حقوقهم الهيمنة على إدارة الشركة والسيطرة على مقدراتها والتدخل في قراراتها، ومن أجل تحقيق توازن فعال بين المصالح المتضاربة لعامة المساهمين وبين أعضاء مجلس الإدارة لا بد من تدخّل المشرع لتحقيق نوع من التوازن من خلال تقرير القواعد اللازمة لحماية مصالح الجميع ليضمن الاستمرار في الإنتاجية والازدهار وذلك وفقاً لفلسفته القانونية ورؤيته الاقتصادية بما ينعكس إيجاباً على مؤشر بناء وتطوير الاقتصاد الوطني⁽⁴⁾.

من هنا ينطلق التساؤل عن دور الشريك الاستراتيجي في ظل ذلك الصراع في إدارة الشركة، وما هي السلطات التي منحه إياها القانون؟ وهل تمكنه العضوية في الشركة من خلال نصيب في رأس المال بشكل لا يستهان به من الهيمنة على الشركة والتدخل في إدارتها؟

بيد ان تفصيل أحكام هذا الشريك لم يحددها القانون بل ترك أمر تحديد شروط وإجراءات دخول الشريك الى هيئة الأوراق المالية والسلع، حيث أصدرت الهيئة قرارها المرقم 11 لسنة 2016 المتعلق بالنظام الخاص بطرح وإصدار أسهم الشركة المساهمة العامة، فضلاً عن القرار الوزاري المرقم 539 لسنة 2017 والخاص بضوابط الشركات المساهمة الخاصة المنفذة لأحكام قانون الشركات التجارية، إلا ان فكرة تفصيل قواعد لانضمام الشريك الاستراتيجي في نصوص مستقلة تحكم الشركات المساهمة العامة وأخرى قريبة الشبه الى حد ما تنظم احكامه في الشركات المساهمة الخاصة لا مبرر لها اذ انتفت الإشارة الى الحكمة التشريعية من هذه التفرقة في قرار هيئة الأوراق المالية وكذلك الحال في القرار الوزاري، ومع ذلك سنتناول تلك الاحكام بشكل تفصيلي لعنا نجد بعض التباين بينهما.

⁴ ادريس كركين، تعارض المصالح في شركة المساهمة دراسة مقارنة، مجلة المنبر القانوني، العدد العاشر، 2016، ص5.

رابعاً: نطاق دراسة موضوع البحث

ان إطلاق المشرع الاتحادي تجربة الشريك الاستراتيجي في الشركات المساهمة ضمن احكام قانون الشركات التجارية رقم 2 لسنة 2015 جاء عاماً فلم يخص شركة بذاتها لذا فهو يشمل الشركة المساهمة العامة والشركة المساهمة الخاصة على حد سواء، لذا سيتم التطرق الى احكامه بشكل مفصل في الشريكتين المذكورتين.

خامساً: منهجية البحث

ارتأينا اعتماد المنهجين التأصيلي والتحليلي لنصوص القانون والقواعد المنظمة لشروط دخول الشريك الاستراتيجي والضوابط اللازمة لصحة انضمامه للشركة، وقد اقتضت المصلحة العلمية استعراض ومناقشة تلك الاحكام في قانون الشركات الاتحادي وكذلك الإشارة الى مواقف القوانين في تبنيها لفكرة الشريك الاستراتيجي من عدمه، ويسلط الضوء على مدار الدراسة على احكام الشريك الاستراتيجي في كل من الشركة المساهمة العامة والمساهمة الخاصة.

سادساً: خطة البحث

المبحث الأول: ماهية الشريك الاستراتيجي

المطلب الأول: مفهوم الشريك الاستراتيجي

المطلب الثاني: خصائص الشريك الاستراتيجي

المبحث الثاني: ضوابط ممارسة الشريك الاستراتيجي لحقوقه تجاه الشركة المساهمة

المطلب الأول: الشروط الواجب توفرها في الشريك الاستراتيجي

المطلب الثاني: آثار اعلان الشريك الاستراتيجي عن رغبته للانضمام الى الشركة المساهمة

الخاتمة -النتائج والتوصيات

المبحث الأول: ماهية الشريك الاستراتيجي

من أجل الإحاطة بماهية الشريك الاستراتيجي لابد من التعرّض الى مفهومه من خلال استعراض تعريفه القانوني والفقهّي، كم سنبحث في هذا الجزء خصائص الشريك الاستراتيجي، لذا سنبيّن ذلك في مطلبين بحيث يتضمن المطلب الأول مفهوم الشريك الاستراتيجي بينما يتناول المطلب الثاني خصائص الشريك الاستراتيجي،

المطلب الأول: مفهوم الشريك الاستراتيجي

سنتكلم في هذا المطلب عن مفهوم الشريك الاستراتيجي في قانون الشركات الاتحادي كما نتطرق الى البحث عن مفهومه في بعض التشريعات العربية، وذلك في فرعين مستقلين.

الفرع الأول: مفهوم الشريك الاستراتيجي في القانون الاماراتي

عرفت المادة الأولى من قانون الشركات الاتحادي رقم 2 لسنة 2015، الشريك الاستراتيجي بأنه (5) "الشريك الذي ينتج عن مساهمته في الشركة توفير دعم فني او تشغيلي او تسويقي للشركة بما يعود بالنفع عليها". من هنا يظهر جلياً ان الشريك الاستراتيجي تنحصر إمكانيّة وجوده في الشركات المساهمة فقط سواء أكانت مساهمة عامة ام مساهمة خاصة.

حيث تظهر الرغبة لدى هذه الشركات من خلال مباشرة نشاطها بدعوة الغير لتقديم الدعم والمساندة لها من أجل توسيع نشاطها وزيادة انتاجها، ومن تلك الوسائل التي تستعين بها الشركة المساهمة هي اللجوء الى فكرة الشريك الاستراتيجي الذي يدعم نشاطها ويساهم في رواجها وتحقيق أرباحها.

ويمكن القول في هذا الصدد، ان مناط عمل الشريك الاستراتيجي يظهر في شركات الأموال وتحديدًا الشركة المساهمة التي تتسم بسعة نشاطها وضخامة رأسمالها وأحيانًا تتعدد جنسياتها -إذا كانت شركة عابرة الحدود- او جنسية المساهمين فيها الامر الذي جعلها شركات قائمة على الاعتبار المالي لا الشخصي فالغلبة فيها

⁵ عرفت المادة الأولى من قرار مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع رقم 11 لسنة 2016 الخاص بطرح وإصدار أسهم الشركات المساهمة العامة، عرّف الشريك الاستراتيجي بذات التعريف الذي جاء به قانون الشركات الاتحادي رقم 2 لسنة 2015، بينما كان القرار الوزاري رقم 539 لسنة 2017 الخاص بضوابط الشركات المساهمة الخاصة المنفذة لأحكام قانون الشركات التجارية حيث جاء القرار خالياً من تعريف الشريك الاستراتيجي.

الاعتداد برأسمالها وضخامته وتنوعه لا الاعتبار الشخصي المتعلق بسمعة المساهمين فيها وائتمانهم الشخصي⁽⁶⁾.

ولما كانت شركة التضامن من الشركات القائمة على الاعتبار الشخصي "شركات الأشخاص" فمن الصعوبة بمكان تصوّر السماح لشريك أجنبي ينضم للشركة الا بعد اجماع الشركاء إذا نص عقد الشركة على السماح بذلك، ومع ذلك يصعب تصوّر اللجوء لهذا النوع من الدعم نظرا لمحدودية نشاط الشركة الذي ينحصر في الشركات التي تمارس أنشطة تجارية صغيرة او متوسطة فضلا عن تواضع مقدار رأسمالها إذا ما قورن مع الشركات المساهمة⁽⁷⁾.

وكذلك الحال في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، التي تجمع بين سمات شركات الأموال والأشخاص إلا انه يغلب عليها الاهتمام بالجانب المالي، وهي شركات تضطلع بأنشاء وتنفيذ المشروعات الصغيرة والمتوسطة أيضا بحيث تشجّع من يروم العمل في مجال التجارة وجنّي الأرباح عن طريق تقديم رأس مال بسيط نسبيا دون ان يتحمل مخاطر خسارة الشركة إلا في حدود حصته فيها⁽⁸⁾.

واستناداً لما تقدم، فان تفسير رؤى المشرع الاتحادي في السماح للشريك الاستراتيجي الانضمام للشركة المساهمة عند الرغبة بزيادة رأسمالها ما هو الا تبرير للحكمة المتوخاة من النص وهي تقديم الدعم المالي والفني والتشغيلي للشركة المساهمة فحسب.

الفرع الثاني: مفهوم الشريك الاستراتيجي في بعض التشريعات العربية

ولعل من المفيد البحث في نصوص بعض التشريعات العربية في تناولها لفكرة الشريك الاستراتيجي، فنجد البعض منها لم يتطرق قط لهذه الوسيلة فبعد استقراء النصوص القانونية في قانون الشركات البحريني رقم 21 لسنة 2001 المعدل بالقانون رقم 1 لسنة 2018، فقد خلا من النص المباشر او الإشارة غير المباشرة الى إمكانية زيادة رأسمال الشركة عن طريق انضمام شريك استراتيجي لها.

⁶ د. طعمة صعفك الشمري، الوسيط في دراسة قانون الشركات التجارية الكويتي وتعديلاته، ط3، 1999، 259.

⁷ د. فوزي محمد سامي، الشركات التجارية في قانون دولة الامارات العربية المتحدة، ط2، مكتبة الجامعة، 2010، ص 108.

⁸ د. مصطفى الينداري أبو سعدة، قانون الشركات التجارية الاماراتي، ط1، 2017، ص 415.

المركز القانوني للشريك الاستراتيجي في شركات المساهمة

اما نظام الشركات السعودي لسنة 2015، فقد تضمن إشارة غير مباشرة-ضمنية الى حد كبير -وذلك في مضمون نص المادة 140 من النظام والتي نصت على ما يلي: "يحق للجمعية العامة غير العادية -إذا نص على ذلك في نظام الشركة الأساس-وقف العمل بحق الأولوية للمساهمين في الاكتتاب بزيادة رأس المال مقابل حصص نقدية او إعطاء الأولوية لغير المساهمين في الحالات التي تراها مناسبة لمصلحة الشركة."

ان تفسير النص المتقدم، يشير الى إمكانية القول بجواز انضمام شريك عن طريق اكتتابه بأسهم الشركة المساهمة عند زيادة رأسمال الشركة ان كان ذلك يصب في مصلحة الشركة وخروجاً عن حق الأولوية الممنوح للمساهمين في الشركة للاكتتاب باسم الزيادة، لان عبارة -إعطاء الأولوية لغير المساهمين-قابلة للتفسير بالمعنى الواسع فمن الممكن انضمام شريك من خارج الشركة تحت أي مسمى يتلاءم ومصلحة الشركة في سبيل زيادة رأسمالها وتوسيع نشاطها او لتجاوز محنة مرت بها الشركة.

ومع ذلك لم يتضمن نظام الشركات السعودي لسنة 2015 أي إشارة الى تعريف -الشريك الاستراتيجي- او شروط اكتتابه بأسهم الشركة⁽⁹⁾.

لكن لو استطلعنا ملياً موقف المشرع في دولة الكويت لرأينا ان فكرة -الشريك الاستراتيجي- لن تغيب عن ذهن المشرع المذكور، فقد لاحظنا ان قانون الشركات الكويتي رقم 1 لسنة 2016، واللائحة التنفيذية الخاصة بإصدار هذا القانون لم تتضمن نص مباشر وصريح يبنى فكرة الشريك الاستراتيجي في الشركات المساهمة، بيد ان التعمق الواسع في بنود نص المادة 159 من قانون الشركات الكويتي، والتي تتضمن طرق تغطية زيادة رأسمال الشركة نصت على: "تم تغطية زيادة رأس المال بأسهم تسدد قيمتها بأحد الطرق التالية:5- إصدار أسهم جديدة تخصص لإدخال شريك او شركاء جدد يعرضهم مجلس الإدارة وتوافق عليهم الجمعية العامة غير العادية، 6-اية طرق أخرى تنظمها اللائحة التنفيذية."

من النص المتقدم، يلاحظ جلياً عدم وجود حظر يقيد من دخول شريك جديد الى الشركة بمعنى استثناء من مبدأ الأولوية الممنوح للمساهمين القدامى أجاز القانون المذكور ان يدخل شريك جديد او أكثر ويكتتب بأسهم الزيادة معززا المركز المالي للشركة ومساهما ببناء في النهوض بنشاطها ونجاحه، وان لم يطلق عليه مصطلح

⁹ د. عبد الرحمن المحيسن، احكام رأس مال الشركة المساهمة، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، العدد2، 2013، ص17.

المركز القانوني للشريك الاستراتيجي في شركات المساهمة

صريح باسم -الشريك الاستراتيجي- الا ان التفسير الحقيقي للنص يشير الى ان هذا الشريك او الشركاء الجدد هم شركاء استراتيجيون للشركة ولا تقل اهميتهم عن أي شريك آخر فيها.

بالإضافة الى قانون الشركات الكويتي السالف ذكره فقد بحث المشرع ذاته عن وسائل جديدة تدعم فكرة تدعيم ومؤازرة الاقتصاد الوطني في مجال الشركات المساهمة العامة، اذ يرى جانب من الفقه⁽¹⁰⁾، ان غاية المشرع تنويع واردات الاقتصاد الوطني الكويتي وعدّ الائتال على الثروة النفطية كمصدر رئيسي يغدّي الاقتصاد هاجس يهدد الرؤى بعيدة المدى في ابتكار وسائل بديلة تموّل الاقتصاد الوطني عدا النفط ومشتقاته ، لذا سعت دولة الكويت أيضا من تقليص هيمنة القطاع العام تدريجيا وزيادة مساهمة القطاع الخاص وتشجيع الاستثمار الوطني والاجنبي لدعم الاقتصاد الوطني.

ولأجل تحقيق الرؤيا الوطنية للمشرع الكويتي والمتمثلة بدعم تأسيس الشركات المساهمة على أرض الواقع، فقد أصدر ومنذ العام 2008 العديد من التشريعات في هذا الصدد ومنها قانون تنظيم برامج وعمليات التخصيص رقم 37 لسنة 2010 حيث سمح المشرع للشركات المساهمة عند التأسيس ان تطرح في المزاد العلني حصة - لمستثمر استراتيجي- لا تقل عن 26% بحيث تمكنه من المشاركة في إدارة الشركة اما باقي الأسهم فإنها توزع بين جهات حكومية والعمال في الشركة والمواطنين⁽¹¹⁾.

واشارة الى ما تقدم، يمكن استنتاج مقارنة بين فكرة الشريك الاستراتيجي في قانون الشركات الاتحادي رقم 2 لسنة 2015، والمستثمر الاستراتيجي في القوانين التي رعت فكرة تأسيس الشركات المساهمة العامة في دولة الكويت وذلك وفق النقاط التالية:

1- يسمى الشريك الاستراتيجي في قانون الشركات الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة، بينما يوصف بالمستثمر الاستراتيجي في الكويت.

¹⁰ د. احمد عبد الرحمن الملحم، الشريك الاستراتيجي في شركات التخصيص تعليق في مدى صحة الفلسفة التشريعية، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، المجلد 36، العدد 1 ، 2012، ص572. موقع دار المنظومة.

¹¹ في نفس الاتجاه سار المشرع السوري حيث صدر القانون رقم 5 لسنة 2016 المتعلق بالتشاركية بين القطاعين العام والخاص، اذ عرفت المادة الأولى من القانون في فقرة التعاريف الشريك الاستراتيجي هو "الشخص الاعتباري الذي يملك في حالة وجود ائتلاف الخبرة والدراية والكفاءة الفنية والموارد الأساسية وبخاصة المالية اللازمة لتشغيل مشروع التشاركية وعليه ان يشارك في شركة المشروع بالحد الأدنى المحدد في طلب العروض".

2- تلجأ الشركة المساهمة وفقاً لقانون الشركات التجارية الاتحادي إلى ضم الشريك الاستراتيجي للشركة عند الحاجة إلى زيادة رأسمال الشركة بطرح أسهم جديدة يكتتب فيها شريك استراتيجي أو أكثر لدعم نشاط الشركة ونجاحها، بينما تلجأ الشركات المساهمة العامة في الكويت إلى المستثمر الاستراتيجي منذ تأسيس الشركة بالسماح له بشراء أسهم للشركة عن طريق المزادة العلنية بما لا يقل عن 26% من نسبة رأسمال الشركة.

3- لم يصرّح المشرع الاتحادي في قانون الشركات بإمكانية اشتراك الشريك الاستراتيجي في إدارة الشركة فظاهر النص يدل على أنه مساهم جديد في الشركة يتلقى الحقوق الناشئة عن مساهمته لا أكثر، بينما صرّحت القوانين في الكويت أن المستثمر الاستراتيجي سيكون له حق المشاركة في إدارة الشركة استناداً إلى مساهمته برأسمال الشركة بنسبة لا يستهان بها أبداً.

مما تقدم يمكن القول، أن الشريك الاستراتيجي هو الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يحق له الاكتتاب بأسهم زيادة رأسمال الشركة المساهمة العامة أو الخاصة بنسبة يقترحها مجلس إدارة الشركة المساهمة وتوافق عليها الجمعية العمومية، بما يسهم في دعم الشركة في نشاطها المالي أو الفني أو التسويقي أو التشغيلي.

المطلب الثاني: خصائص الشريك الاستراتيجي

لقد تفرد المشرع الإماراتي عن غيره من التشريعات بتخصيص نص قانوني تضمن تعريفاً محدداً لمصطلح الشريك الاستراتيجي في الشركات المساهمة العامة، مما يمكن معه استنتاج الخصائص المميزة له.

حيث جاء في نص المادة الأولى من قانون الشركات الاتحادي رقم 2 لسنة 2015 في البند الخاص بتعريف الشريك الاستراتيجي ما يلي: "الشريك الذي ينتج عن مساهمته في الشركة توفير دعم فني أو تشغيلي أو تسويقي للشركة بما يعود بالنفع عليها".

ويمكن استقراء ما بين سطور ومعاني النص المذكور الخصائص المميزة للشريك الاستراتيجي في الشركة المساهمة وذلك على النحو التالي:

أولاً: الشريك الاستراتيجي يجب ان يتمتع بصفة تاجر وهذا يستلزم حتماً التماثل او التشابه في نشاط الشريك الاستراتيجي ونشاط الشركة المساهمة التي سينضم لها او ان يكون نشاطه مكملاً لنشاطها⁽¹²⁾.

ومراعاة لإطلاق النص فلم يحدد المشرع نوع معين من الأنشطة التجارية الواردة في قانون المعاملات التجارية الاتحادي رقم 18 لسنة 1993 سواء تلك الواردة في نص المادة الخامسة منه -الاعمال التجارية الموضوعية- او الاعمال التجارية الواردة في نص المادة السادسة والتي تتعلق -بالمشروعات التجارية- وإطلاق النص يعد ميزة وحافز مثمر لانضمام الشريك الاستراتيجي الى الشركات المساهمة.

ثانياً: عدم اشتراط الجنسية الإماراتية للشريك، وهذا ينسجم مع الرؤى الاستراتيجية للمشرع الاتحادي في قانون الشركات حيث سعى جاهداً للانفتاح وتشجيع استثمار رؤوس الأموال الوطنية والأجنبية وأن يكون المناخ التجاري والاقتصادي في الدولة مناخاً جاذباً للاستثمارات الوطنية والأجنبية على حد سواء في ظل وجود التشريعات القانونية التي تتسم بالمرونة والتطور والتي تلائم مصلحة المستثمر وتوفّر البيئة المُنمّنة والمستقرة لنشاطه التجاري.

ويؤكد تلك الميزة ما تضمنته نص الفقرة "ج" من المادة 31 الواردة في قرار رئيس هيئة الأوراق المالية والسلع رقم 11 لسنة 2016 بشأن النظام الخاص بطرح وإصدار أسهم الشركات المساهمة العامة، حيث نصت على ما يلي: "يجوز أن يكون الشريك الاستراتيجي شخصاً أجنبياً بشرط ألا يؤثر دخوله كشريك استراتيجي في رأس مال الشركة أو إلى مخالفة نسب تملك المواطنين أو النظام الأساسي للشركة".

وتجدر الإشارة في هذا الموضوع الى ان نص الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون الشركات الاتحادي رقم 2 لسنة 2015 قد نصت على: "فيما عدا شركة التضامن والتوصية البسيطة التي يجب أن يكون جميع الشركاء المتضامنين في أي منها من المواطنين يجب أن يكون في كل شركة تُؤسس في الدولة شريكاً أو أكثر من المواطنين لا تقل حصته عن واحد وخمسين بالمائة من رأس مال الشركة".

¹² انظر المادة (1/224) من قانون الشركات الاتحادي رقم 2 لسنة 2015.

المركز القانوني للشريك الاستراتيجي في شركات المساهمة

ومع ذلك فقد صدر المرسوم الاتحادي رقم 19 لسنة 2018 بشأن الاستثمار الأجنبي المباشر الذي سمح للمستثمر الأجنبي في جميع القطاعات والأنشطة الاقتصادية بالدولة برفع نسبة تملك الأجانب من 49% إلى 100% في العديد من الأنشطة الاقتصادية ومنها قطاع الزراعة والصناعة والطاقة المتجددة(13).
ثالثاً: إطلاق النص يسمح بان يكون الشريك الاستراتيجي شخصاً طبيعياً او معنوياً، لا سيما ان هذه الشركات لا تقوم على الاعتبار الشخصي للشريك وانما الاعتبار المالي فحسب.

ونقترح في هذا الخصوص ان تتضمن الشروط اللازمة لدخول الشريك الاستراتيجي ان يكون متمتعاً بالائتمان المالي والسمعة التجارية وعدم تعرّض نشاطه التجاري للتعثّر او الاضطراب خلال تاريخه التجاري لضمان الغاية من انضمامه للشركة بحيث يكون عنصر إيجابي فعّال يصب في مصلحة الشركة ويقودها الى بر الأمان والنجاح.

رابعاً: المسؤولية المحدودة للشريك الاستراتيجي عن ديون الشركة المساهمة بوصفه مساهماً لا تتعدى مسؤوليته مقدار نصيبه في رأسمال الشركة. حيث يقتصر التزام المساهم في شركة المساهمة العامة والخاصة(14) على حد سواء بدفع قيمة أسهمه الى الشركة وبالتالي تتعدى مسؤولية الشركة تجاه ديون دائنيها وإذا لم يقم هذه القيمة او الباقي منها فإنه يُسأل فقط في حدود ما يملكه من أسهم دون الرجوع على أمواله الخاصة اذا منيت الشركة بخسارة معينة، وهذا ما أكدته نص المادة 105 من قانون الشركات الاتحادي التي نصت على تعريف الشركة المساهمة العامة حيث جاء في مضمونها انها: "الشركة التي ينقسم رأس مالها الى اسهم متساوية القيمة وتكون قابلة للتداول ويكتتب المؤسسون بجزء من هذه الأسهم بينما يطرح باقي الأسهم على الجمهور في اكتتاب عام، ولا يسأل المساهم فيها الا بقدر حصته في راس المال."

ولا شك ان تحديد مسؤولية الشريك في هذه الشركات تعد من المزايا التي شجعت على انتشارها مما حدا بالمستثمر الوطني او الأجنبي الى السعي من اجل توظيف أمواله في مشروعات تجارية تعمل في نطاق قواعد

¹³ د. سوزان علي حسن، مصدر سابق، ص34.

¹⁴ انظر نص المادة 255 من قانون الشركات الاتحادي والتي عرفت الشركة المساهمة الخاصة انها: "الشركة التي لا يقل عدد المساهمين فيها عن اثنين ولا يزيد على مائتي مساهم ويقسم رأسمالها الى أسهم متساوية القيمة الاسمية تدفع قيمتها بالكامل دون طرح أي منها في اكتتاب عام وذلك عن طريق التوقيع على عقد تأسيس والالتزام بأحكام هذا القانون فيما يتعلق بالتسجيل والتأسيس ولا يسأل المساهم في الشركة الا في حدود ما يملكه من أسهم فيها".

المركز القانوني للشريك الاستراتيجي في شركات المساهمة

قانونية تضمن غلبة النظام القانوني على هذه الشركات وتتغلب على فكرة الطابع التعاقدى الذي قد يفرض بعض الشروط المجحفة أحياناً في حق الشركاء⁽¹⁵⁾.

ولما كانت المسؤولية المحدودة للشريك في الشركات المساهمة عن ديون الشركة من السمات المميزة لهذه الشركات فلا شك ان تلك الميزة سيتمتع بها حتماً الشريك الاستراتيجي الذي ينضم الى الشركة بدافع الاستثمار وتنعكس إيجاباً على دخوله الى الشركة في أجواء يسودها الاطمئنان وعدم تحمّله المسؤولية عن ديون الشركة خارج إطار الأموال المستثمرة والأسهم التي اكتتبت فيها.

خامساً: عدم ظهور اسم الشريك الاستراتيجي في الاسم التجاري للشركة، حيث تستلزم إجراءات تأسيس الشركات التجارية ان يكون للشركة اسم تجاري⁽¹⁶⁾ يميزها عن غيرها من الشركات المسجلة في داخل الدولة حيث يُستمد من الغرض الذي أنشأت الشركة من اجله.

ولما كانت الشركة المساهمة العامة او الخاصة من الشركات القائمة على الاعتبار المالي وهذا ما أكد عليه القضاء في دولة الامارات العربية المتحدة⁽¹⁷⁾ فلا مناص من ظهور او تضمين اسم احد الشركاء في اسمها التجاري، سوى استخدام اسم مبتكر دال على نشاطها مع إضافة عبارة - شركة مساهمة عامة- ومع ذلك فقد أجازت المادة 106 من قانون الشركات الاتحادي ان تستمد الشركة اسمها التجاري من أسم احد المساهمين فيها عندما يكون موضوع نشاط الشركة المؤسسة استثمار براءة اختراع معينة مسجلة باسم ذلك المخترع او ان الشركة تملك او حصلت على حق استغلال متجر يحمل اسم تجاري لشخص معين واتخذت اسم المتجر اسماً لها⁽¹⁸⁾.

واستناداً الى ما تقدم، فلا يظهر اسم الشريك الاستراتيجي في الاسم التجاري للشركة، الا ان عدم وجود نص صريح يمنع تعديل اسم الشركة وتغييره بحيث يتضمن اسم الشريك الاستراتيجي سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، خاصة إذا ما كان هذا الشريك يتمتع بسمعة تجارية طيبة وأثمنان تجاري مرموق ويسمح النظام الأساسي

¹⁵ د. محمود سمير الشرفاوي القانون التجاري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1983، ص 278.

¹⁶ انظر نص المادة 12 من قانون الشركات الاتحادي.

¹⁷ انظر قرار لمحكمة النقض في أبو ظبي، الدائرة التجارية، رقم الطعن 91 في 462015، المتوفر على شبكة قوانين الشرق.

¹⁸ د. مصطفى البنداري أبو سعدة، مصدر سابق، ص 489.

المركز القانوني للشريك الاستراتيجي في شركات المساهمة

للشركة فلا بأس من إمكانية تعديل عقد الشركة وإخطار الجهات المختصة طالما ان ذلك التغيير يصب حتما في المصلحة الحالية والمستقبلية للشركة المساهمة.

سادسا: إمكانية تعدد الشريك الاستراتيجي، لم يتضمن قانون الشركات الاتحادي أي إشارة تتضمن إمكانية تعدد الشريك الاستراتيجي المنضم الى الشركة المساهمة الا ان الفقرة الأولى من المادة 31 الواردة في قرار رئيس هيئة الأوراق المالية والسلع رقم 11 لسنة 2016 بشأن النظام الخاص بطرح وإصدار أسهم الشركات المساهمة العامة نصت على ما يلي: "مع مراعاة قانون الشركات، يجوز للشركة المصدرة بموجب قرار خاص أن تزيد رأسمالها بدخول شريك استراتيجي أو أكثر كمساهم في الشركة، بالسعر المتفق عليه بين الطرفين."

ويتضمن النص المذكور ميزة مهمة تسمح بإمكانية انضمام أكثر من شريك استراتيجي سواء اكان شخصا طبيعيا ام اعتباريا، حيث تزيد تلك الميزة من فرص استثمار الشركة لتنوع الأنشطة الاقتصادية والتجارية لهذا الشريك مما يعزز فرص تطوير وتنمية نشاطها ورفع سقف الأرباح المتوقعة نتيجة دخول ذلك الشريك.

المبحث الثاني: ضوابط ممارسة الشريك الاستراتيجي لحقوقه تجاه الشركة المساهمة

نتطرق في هذا المبحث الى ضوابط ممارسة الشريك الاستراتيجي لحقوقه تجاه الشركة المساهمة فلا بد من توافر شروط معينة في الشريك الاستراتيجي التي تؤهله للانضمام الى الشركة المساهمة وما ينتج عن ذلك الانضمام من حقوق اقرها القانون ليتمتع بها.

وعليه سنتناول في هذا المبحث الشروط الواجب توفرها في الشريك الاستراتيجي في المطلب الأول بينما يخص المطلب الثاني لآثار اعلان الشريك الاستراتيجي عن رغبته للانضمام الى الشركة المساهمة.

المطلب الأول: الشروط الواجب توفرها في الشريك الاستراتيجي

نصت المادة الأولى من قانون الشركات الاتحادي رقم 2 لسنة 2015 على جملة من التعاريف المتعلقة بالمراكز القانونية المتعلقة بالشركات التجارية، وكان من ضمن تلك التعاريف "الشريك الاستراتيجي" حيث أشار النص المذكور الى ان الشريك الاستراتيجي هو "الشريك الذي ينتج عن مساهمته في الشركة توفير دعم فني أو تشغيلي أو تسويقي للشركة بما يعود بالنفع عليها".

ويلاحظ على التعريف المذكور انه لم يوضح بدقة صفات هذا الشريك سوى الوظيفة والمهام الناجمة عن انضمامه للشركة المساهمة.

بينما نصت المادة 224 من القانون ذاته على ما يلي: "1- لمجلس إدارة الشركة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدور القرار الخاص بزيادة رأس مالها لإدخال شريك استراتيجي كمساهم في الشركة أن يعرض جميع الأسهم الجديدة أو أيا منها للاكتتاب بها من قبل الشريك الاستراتيجي دون عرضها على المساهمين، وذلك بالشروط الآتية:

أ. أن يكون نشاط الشريك الاستراتيجي مماثلاً أو مكملاً لنشاط الشركة ويؤدي لمنفعة حقيقية لها...."

وعليه يمكن القول ان القانون قد قصر الشرط الواجب توافره في هذا الشريك على ان يكون النشاط التجاري او الاقتصادي المتعلق بعمله ما هو الا نشاط مماثل او قد يكون متصل اتصالا يكمل سلسلة الأنشطة التي تقوم بها الشركة المساهمة⁽¹⁹⁾، ومثال ذلك تقديم الدعم التكنولوجي مثلا الذي تحتاجه الشركة او الدعم المتعلق بتسويق وتوزيع منتجاتها في داخل او خارج الدولة كما لو كان الشريك الاستراتيجي عبارة عن شركة اعلان او وكيل توزيع او تسويق الخ.

الا أن السؤال الذي يقتضي طرحه في هذا الصدد، هل حدد المشرع طبيعة ذلك الشريك كونه شخص طبيعي ام يقتصر على الشخص الاعتباري؟ وهل تقتصر تلك الصفة على الشريك الذي يحمل صفة مواطن؟

لم يتضمن قانون الشركات الاتحادي، إجابة على التساؤل المذكور، مما حدا ببعض الفقه في تفسير عمومية النص ليشمل الشريك المواطن والاجنبي كما يمكن ان يكون شخصا طبيعيا او اعتباريا على حد سواء⁽²⁰⁾.

ومع ذلك فقد كان النظام الخاص بطرح وإصدار أسهم الشركات المساهمة العامة رقم 11 لسنة 2016 الصادر عن هيئة الأوراق المالية والسلع أكثر تفصيلا من القانون المشار اليه أعلاه اذ جاء في الفقرة الثالثة من المادة 31 منه ما يلي: 'يشترط في الشريك الاستراتيجي ما يلي:ج- يجوز أن يكون الشريك الاستراتيجي

¹⁹ د. سوزان علي حسن، مصدر سابق، ص 233..

²⁰ د. مصطفى البنداري أبو سعدة، مصدر سابق، ص 563.

شخص أجنبي بشرط ألا يؤثر دخوله كشريك الاستراتيجي في رأس مال الشركة أو إلى مخالفة نسب تملك المواطنين أو النظام الأساسي للشركة."

فيتضح أن القرار المذكور قد أطلق المجال للشريك الأجنبي ان يكون شريكاً استراتيجياً منضماً للشركة عند لجوئها لزيادة رأس المال بشرط ان لا يؤدي انضمامه المذكور الى تجاوز النسبة المقرر قانوناً بموجب نص المادة العاشرة الآتفة الذكر من قانون الشركات الاتحادي.

وتكمن حكمة المشرع من السماح بانضمام شريك استراتيجي أجنبي سواء أكان شخصاً طبيعياً ام اعتبارياً الى خلق فرص مثمرة للشركات المساهمة تدعم تطوير وتوسيع نشاطها من خلال اللجوء الى زيادة رأس مال الشركة عن طريق انضمام ذلك الشريك الذي قد يتماثل نشاطه مع نشاط الشركة المذكورة او قد يكون مكملاً له على النحو المبين سابقاً.

أما القرار الوزاري رقم (539) لسنة 2017 بشأن ضوابط الشركات المساهمة الخاصة المنفذة لأحكام قانون الشركات التجارية فقد جاء بنصوص محددة وصريحة وضّحت الشروط الذاتية التي يجب أن يتمتع بها الشريك الاستراتيجي اذ بينت المادة (38) منه وضمن عنوان -شروط دخول شريك استراتيجي بالشركة ما يلي: "أ - مع مراعاة المادتين رقمي (223، 224) من قانون الشركات، يجوز دخول شريك استراتيجي بالشركة إذا توافرت فيه الشروط التالية:

1. أن يكون شخصاً اعتبارياً.
2. ألا يكون مساهم بالشركة أو شركة تابعة مملوكة بالكامل للمساهم بالشركة أو الشركة الأم أو القابضة للمساهم بالشركة....."

ويظهر من النص المتقدم ان الشريك الاستراتيجي الذي ينضم للشركة المساهمة الخاصة يجب ان يكون شخصاً اعتبارياً حصراً، وأن يكون أجنبي عن أعضاء الشركة فلا يكون مساهماً فيها ولا مالكاً بالكامل لشركة تابعة للشركة المساهمة الخاصة فيما لو كانت شركة قابضة مثلاً.

ومما تقدم يظهر جلياً غاية المشرع بعدم السماح لأي مساهم في الشركة المساهمة الخاصة أو مساهم يملك شركة تابعة لها بان يكون شريكاً استراتيجياً من أجل توحي الحذر والنأي بمصالح الشركة بعيداً عن مصالح كبار المساهمين فيها الذين يبتغون زيادة هيمنتهم على الشركة والسيطرة على مقدراتها.

المركز القانوني للشريك الاستراتيجي في شركات المساهمة

فضلاً عما تقدم، فقد أضاف المشرع الاتحادي⁽²¹⁾ شرطاً آخر لضمان جدية انضمام هذا الشريك والتأكد من صدق النوايا المنشودة من ذلك الدخول ألا وهو أن يكون الشريك الاستراتيجي قد أصدر ميزانيتين عن سنتين مالييتين على الأقل ومع ذلك استثنى المشرع الأشخاص الاعتبارية التابعة للحكومة الاتحادية والمحلية من هذا الشرط نظراً للملاءة المالية للجهات المذكورة فضلاً عن انتفاء المخاوف التي نشدها المشرع في الأشخاص الطبيعية والاعتبارية الأخرى خارج نطاق هذه الكيانات⁽²²⁾.

وتكمن الغاية من صدور ميزانيتين لسنتين مالييتين عن نشاط الشريك الاستراتيجي سواء يمارس الشريك الاستراتيجي النشاط التجاري كتاجر فرد على هيئة محل تجاري او شركة تتمتع بشخصية اعتبارية اعترف بها القانون ضمن احكام تتعلق بتسجيل الشركات أو تأسيس الهيئات أو الجمعيات الأخرى. إذ أن إطلاق العنان لهذا النوع من الشركاء بعدم اشتراط ملاءة مالية معينة تثير بعض المخاوف من صورته انضمامه أو أهداف غير مُعلنة يبتغيها من هذا الانضمام بينما توضح الميزانية المالية شفافية وموضوعية النشاط التجاري او الاقتصادي الذي يمارسه وتعكس الرؤى المستقبلية والثمار التي يُمكن جنيها إذا انضم الى الشركة وزاد من امكانياتها المالية بزيادة رأس مالها⁽²³⁾.

ومما تقدم، ممكن تلخيص الشروط الواجب توافرها في الشريك الاستراتيجي من الناحية الشخصية هي:

- 1- أن يكون النشاط التجاري أو الاقتصادي المتعلق بعمله ما هو إلا نشاط مماثل أو قد يكون متصل اتصالاً يكمل سلسلة الأنشطة التي تقوم بها الشركة المساهمة.
- 2- يمكن أن يكون الشريك الاستراتيجي شخصاً طبيعياً او اعتبارياً على حد سواء. بينما يقتصر في الشركات المساهمة الخاصة على الشخص الاعتباري فقط.
- 3- لا يشترط صفة المواطنة في الشريك الاستراتيجي اذ سمح القانون ان يكون شخصاً وطنياً أم اجنبياً.

²¹ انظر نص المادة 224 من قانون الشركات التجارية الاتحادي.

²² في ذات الإطار انظر نص المادة 39 من القرار الوزاري رقم (539) لسنة 2017 بشأن ضوابط الشركات المساهمة الخاصة المنفذة لأحكام قانون الشركات التجارية.

²³ انظر نص المادة 31 من النظام الخاص بطرح وإصدار أسهم الشركات المساهمة العامة رقم 11 لسنة 2016 الصادر عن هيئة الأوراق المالية والسلع، والمادة 39 من القرار الوزاري رقم (539) لسنة 2017 بشأن ضوابط الشركات المساهمة الخاصة المنفذة لأحكام قانون الشركات التجارية.

4- أن يكون الشريك الاستراتيجي قد أصدر ميزانيتين عن سنتين ماليتين على الأقل.

وأخيراً في ذات السياق المذكور يشير جانب من الفقه الى ضرورة توفر الخبرة الفنية والإدارية والإمكانات المالية والأثر الواضح للفوائد الناجمة عن دخول الشريك الاستراتيجي بحيث يؤدي دخوله الى تنمية وتطوير نشاط الشركة وتقديم العون لمواجهة الصعوبات والعراقيل التي تواجهها بطريقة تؤدي الى زيادة وتطوير إنتاجية الشركة وتخفيف الجانب التنافسي لها مع أقرانها من الشركات التجارية ذات النشاط المماثل⁽²⁴⁾.

المطلب الثاني: آثار اعلان الشريك الاستراتيجي عن رغبته للانضمام الى الشركة المساهمة

ابتداءً تجدر الإشارة الى ثمة آثار تنجم عن اعلان رغبة الشريك الاستراتيجي لانضمامه الى الشركة المساهمة منها ما يتعلق بالخطوات السابقة على دخوله الى الشركة ومنها ما يترتب له من حقوق نتيجة لذلك الانضمام.

حيث نص مضمون المواد 223 و 224 من قانون الشركات الاتحادي على جملة من الاحكام تضمنت إجراءات انضمام الشريك الاستراتيجي الى الشركة وآلية اتخاذ القرار بانضمامه للشركة فضلاً عن آلية اكتتابه بالأسمه المطروحة من أجل زيادة رأس مال الشركة المساهمة وأخيراً لا بد من التطرق للحديث عن الحقوق الناجمة عن انضمامه للشركة وسيتم استعراض هذه النقاط في الفروع التالية.

الفرع الأول: إجراءات دخول الشريك الاستراتيجي

لقد استحدثت المشرع الاتحادي احكاماً جديدة في قانون الشركات التجارية رقم 2 لسنة 2015 وصنّف طرق زيادة رأس مال الشركة المساهمة، فهناك الطرق الاصلية المعروفة كإصدار الأسهم ودمج الاحتياطي، وغيرها من الطرق الأخرى في ذات الوقت نص على طرق استثنائية ومنها دخول الشريك الاستراتيجي، وهنا سنوضح مفصلاً أهم الإجراءات المتبعة لدخول هذا النوع من الشركاء للشركة.

أولاً: صدور قرار خاص من الجمعية العمومية: نصت المادة 223 من قانون الشركات الاتحادي على ما يلي "1- استثناء من أحكام المواد "195، 197، 198، 199" من هذا القانون، يجوز للشركة بموجب قرار خاص أن تزيد رأسمالها بدخول شريك استراتيجي ويصدر مجلس إدارة الهيئة قراراً يحدد شروط وإجراءات دخول الشريك

²⁴ د. رشا محمد تيسير خطاب ود. احمد فرح قاسم، الشركات التجارية في دولة الامارات العربية المتحدة، ط1، جامعة الشارقة، 2017، ص 305.

الاستراتيجي كمساهم بالشركة 2- يعرض مجلس إدارة الشركة على الجمعية العمومية دراسة تبين المنافع التي ستجنيها الشركة من إدخال الشريك الاستراتيجي كمساهم فيها .3. على الهيئة والسلطة المختصة أن ترفض مساهمة الشريك الاستراتيجي في الشركة إذا كان من شأن هذه المساهمة مخالفة قوانين الدولة أو الأنظمة المعمول بها أو الإضرار بالمصلحة العامة."

إشارة الى النص أعلاه يمكن القول إن أهم متطلبات دخول الشريك الى الشركة هو أن يصدر قرار خاص من الجمعية العمومية للشركة بالموافقة على دخول الشريك الاستراتيجي وذلك بأغلبية الأصوات الممثلة في الاجتماع ممن يمثلون ما لا يقل عن ثلاثة ارباع أسهم الشركة.

وتجدر الإشارة الى ان المادة الأولى من القانون المشار اليه قد عرّفت القرار الخاص حيث ذهبت الى القول: "القرار الخاص، القرار الصادر بأغلبية أصوات المساهمين الذين يملكون ما لا يقل عن ثلاثة أرباع الأسهم الممثلة في اجتماع الجمعية العمومية للشركة المساهمة."

وبهدف تجنّب انفراد مجلس إدارة الشركة المساهمة باتخاذ القرار بضم الشريك الاستراتيجي الى الشركة اعتبر المشرع ان مثل هذه القرارات تعد من أهم القرارات الجوهرية في نشاط الشركة ولا يكفيها القرار العادي بل لا بد من توفر أغلبية معينة لا تتحقق الاً بالقرار الخاص.

وعند اتخاذ القرار بزيادة رأس مال الشركة المساهمة لابد لمجلس الإدارة أن يُقنع المساهمين بجدوى انضمامه والفوائد التي ستعود الى الشركة بسبب ذلك الشريك، وهذا يُجنّب الشركة انضمام شريك غير مرغوب فيه او حبابه أعضاء مجلس الادارة لأسباب غير معلنة.

ولما كان المشرع الاتحادي قد ترك لهيئة الأوراق المالية والسلع ان تصدر التعليمات والشروط الخاصة بدخول الشريك الاستراتيجي فلهذه الجهة قبول أو رفض المساهمة بما ينسجم مع مواكبة الأهداف المنشودة من دخول الشريك الاستراتيجي أو رفضه إذا كان ذلك يتعارض مع المصلحة العامة التي تنتشدها القوانين والأنظمة المعمول بها في الدولة.

وتأكيدا لذلك فقد تناولت المادة 31 من النظام الخاص بطرح وإصدار أسهم الشركات المساهمة العامة رقم 11 لسنة 2016 الصادر عن هيئة الأوراق المالية والسلع -مساهمة الشريك الاستراتيجي- حيث نص تفصيل المادة

المركز القانوني للشريك الاستراتيجي في شركات المساهمة

على ما يلي: "1-مع مراعاة قانون الشركات، يجوز للشركة المُصدّرة بموجب قرار خاص أن تزيد رأسمالها بدخول شريك استراتيجي أو أكثر كمساهم في الشركة، بالسعر المتفق عليه بين الطرفين.2-يعرض مجلس الإدارة على الجمعية العمومية دراسة تبيّن كافة المنافع التي ستجنّنها الشركة المصدرة من إدخال الشريك الاستراتيجي كمساهم فيها.....".

ولم يختلف مضمون المادة المشار إليها أعلاه عما جاء في قانون الشركات الاتحادي في هذا الشأن. الا انه يلاحظ ان المادة المذكورة في القرار أضافت في نهاية النص وتحديدا في الفقرة الخامسة منها ما يلي: "لتتزم الشركة بإبرام عقد مع الشريك الاستراتيجي يوضح آليات مساهمته، وتجارجه." وهذا يعني أن بعد موافقة الجمعية العمومية بانضمام الشريك الاستراتيجي تبرم الشركة معه عقداً يُحدد حقوق والتزامات الشريك الاستراتيجي بشكل مفصل بما في ذلك آلية انسحابه من الشركة، كما يتم قيد تلك الأسهم في سجلات الشركة المساهمة حيث لا تنتقل ملكية تلك الأسهم الى أي مساهم جديد الا من تاريخ قيدها وهذا ما أكده القضاء في محمة تمييز دبي (25).

والاكتتاب هو اتفاق الشركة المساهمة الممثلة "بمجلس الإدارة الذي خولته الجمعية العمومية" مع الشريك الاستراتيجي بموجب الإعلان الذي يتولاه المجلس داعيا الراغبين من الشركاء الاستراتيجيين للاكتتاب باسمه الزيادة وفقا للشروط والضوابط المعطن عنها(26).

بينما اشارت المادة (39) من القرار الوزاري رقم (539) لسنة 2017 بشأن ضوابط الشركات المساهمة الخاصة المنفذة لأحكام قانون الشركات التجارية الى ضوابط دخول الشريك الاستراتيجي الى الشركة المساهمة الخاصة حيث نصت على ما يلي:

"يتعين لدخول شريك استراتيجي بالشركة مُراعاة الضوابط التالية:

أ- أن يقوم مجلس إدارة الشركة بتقديم طلب دخول الشريك الاستراتيجي الى الوزارة مرفقاً به ما يلي:

1. دراسة تُبيّن أسم الشريك الاستراتيجي ونشاطه والمنافع التي ستجنّنها الشركة من دخوله كمساهم فيها.
2. ميزانيتين للشريك الاستراتيجي عن سنتين مالييتين على الأقل.

²⁵ انظر قرار لمحكمة تمييز دبي، رقم الطعن 155 في 2002، المتوفر على شبكة قوانين الشرق.

²⁶ للمزيد من التفصيل حول الطبيعة القانونية للاكتتاب انظر د. سمير نصار، الشركات التجارية، القسم الثاني، ط1، المكتبة القانونية، دمشق، 2004ص114.

3. ألا تقل مساهمة الشريك الاستراتيجي عن 10% من رأسمال الشركة المُصدر.
4. أن تتضمن اتفاقية دخول الشريك الاستراتيجي بند يحظر على الشريك الاستراتيجي بيع الأسهم التي سيتم تخصيصها له كشريك استراتيجي قبل مرور سنة على الأقل تبدأ من تاريخ قيد تلك الأسهم لدى أمين سجل الأسهم.
5. مسودة إعلان دعوة الجمعية العمومية للشركة للنظر في الموافقة على دخول الشريك الاستراتيجي كمساهم بالشركة وزيادة رأسمال الشركة المُصدر بمقدار الأسهم المُصدرة له.
- ب- أن يعرض مجلس الإدارة على الجمعية العمومية دراسة تبين المنافع التي ستجنيها الشركة من إدخال الشريك الاستراتيجي كمساهم فيها وعدد الأسهم التي ستعرض على الشريك الاستراتيجي وقيمتها.
- ت- صدور قرار خاص من الجمعية العمومية بالموافقة على دخول الشريك الاستراتيجي وزيادة رأسمال الشركة المُصدر بمقدار الأسهم المُصدرة للشريك الاستراتيجي".
- والنص المتقدم يشترك في جلّه مع ما جاء به قانون الشركات الاتحادي والنظام الخاص بطرح وإصدار أسهم الشركات المساهمة العامة رقم 11 لسنة 2016 الصادر عن هيئة الأوراق المالية والسلع في الإجراءات، لكنه أضاف قيود أخرى على الشركة المساهمة الخاصة التي تلجأ الى وسيلة زيادة رأس مالها عن طريق انضمام شريك استراتيجي لها وتتلخص هذا القيود بما يلي:
- 1- ان لا تقل نسبة مساهمة الشريك الاستراتيجي في رأس مال الشركة المساهمة الخاصة عن 10% وتكمن العلة من الشرط الوارد هو ضمان الفائدة المرجوة من انضمام الشريك الى هذه الشركة التي تواجه ازمة أو تخطط لتطوير نشاطها عن طريق اللجوء الى زيادة رأس المال وهذا يحقق بالمحصلة الحيلولة للقضاء على الشكلية أو المجاملة في السماح لشريك قد لا يحقق انضمامه سوى محاباة او اتفاق معين يخطط له أعضاء مجلس الإدارة لمصلحة معينة مما يلحق اضرار حقيقية بالشركة. وتدعو المشرع الى النص صراحة في قانون الشركات الاتحادي على تحديد الحد الأعلى لنسبة مساهمته في الشركة المساهمة من اجل إحكام السيطرة على هذا النوع من الشركاء والحيلولة دون هيمنتهم على مقدرات الشركة، كتحديد نسبة لا تتجاوز 15% مثلاً.
- 2- يحظر على الشريك الاستراتيجي المنضم للشركة ان يقوم بالتصرف بأسهمه بيعا او رهنا قبل انقضاء مدة سنة من تاريخ انضمامه الذي يبدأ من تاريخ قيد تلك الأسهم لدى أمين سجل الأسهم، وذلك لضمان

جدية انضمامه للشركة والتأكد من نيته في دعم مُقدّرات الشركة مالياً وفنياً، ويبدو أن مدة السنة كحد أدنى هو نص أمر ويذكر في الاتفاقية التي تبرم معه من قبل الشركة المساهمة الخاصة وبمفهوم المخالفة فيحق للشركة زيادة تلك المدة وتوسيع الحظر بالوارد ليكون لسنتين أو أكثر مثلاً.

ثانياً: صدور قرار من هيئة الأوراق المالية والسلع والسلطة المختصة

لا يكفي صدور قرار خاص من الجمعية العمومية في الشركة المساهمة بل لابد من موافقة هيئة الأوراق المالية والسلع والسلطة المختصة عن طريق صدور قرار يسمح أو يؤيد الموافقة بدخول الشريك الاستراتيجي الى الشركة المساهمة طالما ان انضمامه يحقق الهدف المرجو من زيادة رأس مال الشركة لا سيما وان هذه المساهمة لا تتعارض مع القوانين المعمول بها في الدولة وبما يحقق المصلحة العامة بشكل فعّال، وهذا ما أكدته نص الفقرة الثالثة من المادة 223 من قانون الشركات الاتحادي⁽²⁷⁾ والتي تنص على: ".... على الهيئة والسلطة المختصة أن ترفض مساهمة الشريك الاستراتيجي في الشركة إذا كان من شأن هذه المساهمة مخالفة قوانين الدولة أو الأنظمة المعمول بها أو الإضرار بالمصلحة العامة."

ويذكر أن هيئة الأوراق المالية والسلع⁽²⁸⁾ قد أجازت مؤخراً بانضمام شريك استراتيجي الى عدد من الشركات التجارية حيث تم إصدار موافقة الهيئة على عدد أربع صفقات لدخول الشريك الاستراتيجي كمساهم في رأس مال الشركة المساهمة العامة، ذلك لتوفير الدعم الفني أو التشغيلي أو التسويقي للشركة بما يعود بالنفع عليها وعلى مركزها المالي وأرباحها ومؤشراتها الربحية، حيث تم فعلاً انضمام شريك استراتيجي الى الشركات الواردة على النحو التالي⁽²⁹⁾ :

1. بنك دبي الإسلامي - شركة مساهمة عامة
2. شركة شعاع كابيتال - شركة مساهمة عامة
3. الشركة العالمية للقبضة - شركة مساهمة عامة

²⁷ د. رشا محمد تيسير خطاب و د. احمد قاسم فرح، مصدر سابق، ص 199.

²⁸ في مقابلة مع الأستاذة رباب فيصل غراب مستشار قانوني في هيئة الأوراق المالية والسلع في أبو ظبي، بتاريخ 2022020.

²⁹ يمكن الاطلاع على تفاصيل شروط وصفقات دخول الشريك الاستراتيجي كمساهم في رأس مال الشركة المساهمة العامة على سوق أبو ظبي للأوراق

المالية وسوق دبي المالي <https://www.sca.gov.ae/ar/services/servicescategories/jointstockcompanies.aspx#page=1>

المركز القانوني للشريك الاستراتيجي في شركات المساهمة

قانونية تضمن غلبة النظام القانوني على هذه الشركات وتتغلب على فكرة الطابع التعاقدية الذي قد يفرض بعض الشروط المجحفة أحياناً في حق الشركاء⁽¹⁵⁾.

ولما كانت المسؤولية المحدودة للشريك في الشركات المساهمة عن ديون الشركة من السمات المميزة لهذه الشركات فلا شك ان تلك الميزة سيتمتع بها حتماً الشريك الاستراتيجي الذي ينضم الى الشركة بدافع الاستثمار وتتعاكس إيجاباً على دخوله الى الشركة في أجواء يسودها الاطمئنان وعدم تحمله المسؤولية عن ديون الشركة خارج إطار الأموال المستثمرة والأسهم التي اكتتبت فيها.

خامساً: عدم ظهور اسم الشريك الاستراتيجي في الاسم التجاري للشركة، حيث تستلزم إجراءات تأسيس الشركات التجارية ان يكون للشركة اسم تجاري⁽¹⁶⁾ يميزها عن غيرها من الشركات المسجلة في داخل الدولة حيث يُستمد من الغرض الذي أنشأت الشركة من أجله.

ولما كانت الشركة المساهمة العامة او الخاصة من الشركات القائمة على الاعتبار المالي وهذا ما أكد عليه القضاء في دولة الامارات العربية المتحدة⁽¹⁷⁾ فلا مناص من ظهور او تضمين اسم احد الشركاء في اسمها التجاري، سوى استخدام اسم مبتكر دال على نشاطها مع إضافة عبارة - شركة مساهمة عامة- ومع ذلك فقد أجازت المادة 106 من قانون الشركات الاتحادي ان تستمد الشركة اسمها التجاري من أسم احد المساهمين فيها عندما يكون موضوع نشاط الشركة المؤسسة استثمار براءة اختراع معينة مسجلة باسم ذلك المخترع او ان الشركة تملك او حصلت على حق استغلال متجر يحمل اسم تجاري لشخص معين واتخذت اسم المتجر اسماً لها⁽¹⁸⁾.

واستناداً الى ما تقدم، فلا يظهر اسم الشريك الاستراتيجي في الاسم التجاري للشركة، الا ان عدم وجود نص صريح يمنع تعديل اسم الشركة وتغييره بحيث يتضمن اسم الشريك الاستراتيجي سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، خاصة إذا ما كان هذا الشريك يتمتع بسمعة تجارية طيبة وائتمان تجاري مرموق ويسمح النظام الأساسي

¹⁵ د. محمود سمير الشرفاوي القانون التجاري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1983، ص 278.

¹⁶ انظر نص المادة 12 من قانون الشركات الاتحادي.

¹⁷ انظر قرار لمحكمة النقض في أبو ظبي، الدائرة التجارية، رقم الطعن 91 في 462015، المتوفر على شبكة قوانين الشرق.

¹⁸ د. مصطفى البنداري أبو سعدة، مصدر سابق، ص 489.

المركز القانوني للشريك الاستراتيجي في شركات المساهمة

وهذا ما أكدته نص الفقرة الثانية من المادة 224 من قانون الشركات الاتحادي⁽³¹⁾ والذي جاء بما يلي: "إذا لم يقر مجلس الإدارة بعرض الأسهم الجديدة على الشريك الاستراتيجي خلال فترة الثلاثة شهور المشار إليها في البند أولاً من هذه المادة أو إذا لم يقر الشريك الاستراتيجي بالاكتمال بهذه الأسهم خلال فترة لا تتجاوز (30) ثلاثين يوماً من تاريخ عرضها عليه اعتبر قرار الجمعية العمومية بزيادة رأس مال الشركة لإدخال الشريك الاستراتيجي كأن لم يكن"

ولما كان المشرع قد حدد المدة الواجب التزام مجلس الإدارة بها لطرح الأسهم للاكتتاب فإنه حدد في النص ذاته الزمن الممنوح للشريك الاستراتيجي - مدة الاكتتاب- للالتزام والاكتمال بأسهم الزيادة وذلك خلال مدة لا تتجاوز 30 يوماً من تاريخ العرض والآن أعتبر قرار الجمعية العمومية المتعلقة بالزيادة كأن لم يكن.

لذا يؤكد جانب من الفقه⁽³²⁾ أن تحديد مدة الاكتتاب ترد ضمن القواعد الآمرة في القانون فلا يجوز تجاوز ذلك الموعد بما يؤدي الى تعطيل وعرقلة نشاط الشركة وعليه يبقى الاكتتاب متاحاً للشريك الاستراتيجي مدة 30 يوماً فقط.

أما القرار الوزاري رقم (539) لسنة 2017 بشأن ضوابط الشركات المساهمة الخاصة المنفذة لأحكام قانون الشركات التجارية المادة (40) منه فقد تضمنت بند اكتتاب الشريك الاستراتيجي ونصت على: "أ- يتعين على مجلس إدارة الشركة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدور القرار الخاص بزيادة رأس مالها المُصدّر بإدخال شريك استراتيجي كمساهم أن يعرض الأسهم الجديدة أو أياً منها على الشريك الاستراتيجي للاكتتاب بها دون عرضها على المساهمين. ب- تصدر الأسهم الجديدة باسم الشخص الاعتباري للشريك الاستراتيجي. ت- يُعتبر قرار الجمعية العمومية بزيادة رأس مال الشركة المُصدر لإدخال الشريك الاستراتيجي كأن لم يكن، إذا تحقق أياً من الحالتين التاليتين: 1- لم يقر مجلس الإدارة بعرض الأسهم الجديدة أو أياً منها على الشريك الاستراتيجي خلال فترة الثلاثة شهور المشار إليها في البند أ من هذه المادة. 2- لم يقر الشريك الاستراتيجي بالاكتمال بالأسهم المعروضة عليه وسداد قيمتها خلال فترة لا تتجاوز (30) ثلاثون يوماً من تاريخ عرضها عليه."

³¹ تقابلها المادة 31 من النظام الخاص بطرح وإصدار أسهم الشركات المساهمة العامة رقم 11 لسنة 2016 الصادر عن هيئة الأوراق المالية والسلع

³² د. سمير نصار، مصدر سابق، ص 115.

وهذا يوافق تماماً ما ورد في المادة 224 من قانون الشركات وكذلك الحال بالنسبة للنظام الخاص بطرح وإصدار أسهم الشركات المساهمة العامة رقم 11 لسنة 2016 الصادر عن هيئة الأوراق المالية والسلع.

ثانياً: قيد أسهم زيادة رأس المال في سجلات الشركة

لم يرد في المادة 223 من قانون الشركات الاتحادي المتعلقة بمساهمة الشريك الاستراتيجي نصاً يُفصّل كيفية قيد تلك الأسهم التي يكتتب بها الشريك الاستراتيجي عند زيادة رأس مال الشركة وتبدو الحكمة في ذلك أن ما ورد من أحكام في قيد أسهم الشركة بشكل عام تسعف في الإجابة على ذلك.

أما عن النظام الخاص بطرح وإصدار أسهم الشركات المساهمة العامة رقم 11 لسنة 2016 الصادر عن هيئة الأوراق المالية والسلع فلم يرد فيه نص صريح يوضح كيفية قيد تلك الأسهم في سجلات الشركة سوى نص الفقرة الخامسة من المادة 31 منه والتي جاء في مضمونها ما يلي: "تلتزم الشركة بإبرام عقد مع الشريك الاستراتيجي يوضح آليات مساهمته، وتخارجه" وهذا يعني أن عقد الاكتتاب سيوثق حتماً في سجلات الشركة ويشير إلى عدد ومواصفات ونسبة مساهمة الشريك الاستراتيجي المنضم إليها، كما يتم تعديل عقد الشركة وفقاً لسياق الأمور المعمول بها عند حصول أي تغيير مهم في عضوية الشركة.

بينما فصّل القرار الوزاري رقم (539) لسنة 2017 بشأن ضوابط الشركات المساهمة الخاصة المنفذة لأحكام قانون الشركات التجارية موضوع قيد الأسهم الخاصة بالشريك الاستراتيجي وذلك في محتوى المادة 41 منه والتي جاءت تحت بند - قيد الأسهم الجديدة للشريك الاستراتيجي - حيث ورد فيها: "على مجلس إدارة الشركة خلال مدة أقصاها (30) ثلاثون يوماً من تاريخ استكمال إجراءات الاكتتاب بالأسهم الجديدة من قبل الشريك الاستراتيجي، أن يقدم إلى الوزارة المستندات التالية:

أ- طلب تعديل النظام الأساسي بزيادة رأس مال الشركة المُصدر بمقدار الأسهم المكتتب بها من قبل الشريك الاستراتيجي.

ب- صورة من محضر اجتماع الجمعية العمومية التي وافقت بموجب قرار خاص على دخول الشريك الاستراتيجي وزيادة رأسمال الشركة المُصدر بمقدار الأسهم المصدرة له.

ت- صورة كتاب مجلس الإدارة بعرض الأسهم الجديدة على الشريك الاستراتيجي.

- ث- صورة قرار مجلس الإدارة بالموافقة على دخول الشريك الاستراتيجي كمساهم في رأس مال الشركة المُصدر ومقدار الأسهم الجديدة المكتتب بها وقيمتها.
- ج- صورة عن عقد التأسيس والنظام الأساسي والرخصة التجارية للشريك الاستراتيجي ويستثني من ذلك الحكومة الاتحادية والمحلية بالدولة.
- ح- كتاب من مدقق حسابات الشركة موضحاً به أسم الشريك الاستراتيجي وعدد الأسهم الجديدة المكتتب بها وقيمتها، مع بيان مقدار رأس مال الشركة بعد الاكتتاب بالأسهم الجديدة.
- خ- كتاب من البنك يفيد بإيداع مبلغ الزيادة في مقدار رأس المال في حالة إذا كان الاكتتاب بالأسهم الجديدة نقداً أو تقرير التقييم إذا كان الاكتتاب بحصص عينية.
- د- أية مُستندات أخرى ترى الوزارة ضرورة تقديمها.
- ذ- سداد الرسم المقرر لنشر تعديل النظام الأساسي لدى المسجل."

ويلاحظ ان النص المتقدم قد أورد تفاصيل وشروط على الشركة المساهمة الخاصة يجب تحقيقها بهدف استكمال متطلبات انضمام الشريك الاستراتيجي اليها، والعلة في ذلك هو ضمان عدم التحايل والحد من المحاباة من قبل الشركة بتجاوز الضوابط المفروضة كي يكون زيادة رأس مال الشركة في نطاق القانون وتحت مظلة الموضوعية والشفافية منذ اتخاذ القرار بدخول الشريك الاستراتيجي وحتى قيد أسهم الزيادة في سجلات الشركة. وتجدر الإشارة الى ان أسهم الشركة المساهمة الخاصة يتم تسجيلها وقيدتها لدى امين سجل الأسهم وهي الجهة المرخص لها من قبل هيئة الأوراق المالية والسلع بتنظيم سجل أسهم الشركات المساهمة الخاصة. وهذا ما تم تأكيده في الفقرة ب من المادة 11 من القرار الوزاري رقم (539) لسنة 2017 بشأن ضوابط الشركات المساهمة الخاصة المنفذة لأحكام قانون الشركات التجارية.

الفرع الثالث: حقوق الشريك الاستراتيجي تجاه الشركة المساهمة

في خضم الحديث عن المركز القانوني للشريك الاستراتيجي واهم خصائصه وشروط انضمامه للشركة، ثمة تساؤل يُطرح في هذا الصدد الا وهو ما هي الحقوق والصلاحيات التي يمنحها له القانون؟ خاصة وان تحققت جميع ضوابط انضمامه للشركة المساهمة العامة او الخاصة على حد سواء.

يلاحظ ان قانون الشركات التجارية الاتحادي رقم 2 لسنة 2015 لم يجب على هذا التساؤل بالإضافة الى ان قرار هيئة الأوراق المالية والسلع المرقم 11 لسنة 2016 المتعلق بالنظام الخاص بطرح وإصدار أسهم الشركة المساهمة العامة، وكذلك القرار الوزاري المرقم 539 لسنة 2017 والخاص بضوابط الشركات المساهمة الخاصة المنفذة لأحكام قانون الشركات التجارية، هما أيضا لم يشيرا الى هذه المسألة الأمر الذي يدفع الى تطبيق الاحكام العامة والقواعد المنصوص عليها في قانون الشركات بشأن حقوق الشريك المساهم في الشركة بغض النظر عن مقدار مساهمته في رأس مالها.

وفي هذا المقام لا بد من الإشارة وبشكل سريع الى الحقوق التي يتمتع بها مالك السهم في الشركة المساهمة العامة او الخاصة على حد سواء واهمها، حقه في الحصول على الأرباح المتحققة وحق الأولوية في الاكتتاب عند زيادة رأس مال الشركة والحق في التصويت واقتسام موجودات الشركة فضلا عن حقه في المساهمة في إدارة اعمال الشركة سواء في عضوية الجمعية العمومية او في مجلس إدارة الشركة وغيرها من الحقوق⁽³³⁾.

حيث نصت المادة 221 من قانون الشركات الاتحادي الى جملة من الحقوق التي يتمتع بها المساهم في الشركة المساهمة والتي جاء في مضمونها ما يلي: " يثبت للمساهم في الشركة المساهمة ما يأتي:

1. جميع الحقوق المتعلقة بالسهم وعلى الأخص الحق في الحصول على نصيبه في الأرباح وموجودات الشركة عند تصفيته وحضور جلسات الجمعية العمومية والتصويت على قراراتها وذلك كله طبقاً للقيود والشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفي نظام الشركة الأساسي.
2. الحق في الاطلاع على دفاتر الشركة ووثائقها وعلى أية مستندات أو وثائق تتعلق بصفحة قامت الشركة بإبرامها مع أحد الاطراف ذات العلاقة بإذن من مجلس الإدارة أو بموجب قرار من الجمعية العمومية أو طبقاً لما ينص عليه النظام الأساسي للشركة في هذا الشأن.
3. للمحكمة أن تلزم الشركة بتقديم معلومات محددة للمساهم بما لا يتعارض مع مصالح الشركة.
4. يقع باطلاً كل قرار يصدر من مجلس الإدارة أو الجمعية العمومية للشركة يكون من شأنه المساس بحقوق المساهم المستمدة من نصوص هذا القانون أو نظام الشركة الأساسي أو يقضي بزيادة التزاماته"

³³ د. فوزي عطوي، الشركات التجارية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص167.

المركز القانوني للشريك الاستراتيجي في شركات المساهمة

وقد جاء موقف القضاء في دولة الامارات العربية المتحدة مؤيداً لتلك الحقوق⁽³⁴⁾. وقد ذكر جانب من الفقه⁽³⁵⁾ ان الحقوق الواردة بالنص المتقدم هي حقوق واردة على سبيل المثال لا الحصر وان هذه الحقوق تتنوع بين حقوق مالية وأخرى غير مالية. وعليه يكون للشريك الاستراتيجي ذات الحقوق الممنوحة للمساهم في الشركة المساهمة العامة او الخاصة ولا تقل عنها بتاتا طالما ان المشرع لم يحد او يقيّد منها في نص صريح. كما ان تلك الحقوق الممنوحة له تسمح للشريك الاستراتيجي للاشتراك في إدارة الشركة فيكون عضواً في مجلس إدارة الشركة او مديراً تنفيذياً فيها. فلا يوجد نص يحظر مشاركته في إدارة الشركة او الاطلاع على سير اعمالها لا سيما وان كانت مساهمته في رأس مال الشركة بنسبة لا يستهان بها او ان الشركة المساهمة قد استدركت انهيارها واتخذت قرار بزيادة رأس مالها عن طريق دخول هذا النوع من الشركاء. كما ان هناك تساؤل آخر في هذا المجال، مقتضاه ما مدى حرية الشريك الاستراتيجي بعد انضمامه للشركة المساهمة ان ينسحب او يبيع او يتنازل عن حصته او يرهنها للغير؟ أيضاً خلا قانون الشركات الاتحادي من أي قيد يفرض على هذا الشريك وكذلك الحال بالنسبة للقرار الصادر عن هيئة الأوراق المالية والسلع، رغم ان تقييد حرية الشريك الاستراتيجي مسألة مهمة لضمان جدية انضمامه ورغبته الصادقة في التعاون مع الشركة وتقديم الدعم الفني والتسويقي لها سيما وان قرار الشركة بالموافقة على زيادة رأس مالها وانضمام شريك استراتيجي يدل على حاجة الشركة لذلك الدعم والمساندة. حيث ان تقييد انسحابه من الشركة او تنازله او بيعه لنصيبه من الأسهم قبل مضي مدة معينة يضمن القضاء على صورية انضمامه او غايات غير مباشرة مثلا كالاطلاع على اسرار الشركة وأسماء الموردين او العملاء والحصول على معلومات معينة وبعد ذلك ينسحب بكل سلاسة دون أي قيد او شرط يفرض عليه.

³⁴ انظر قرار محكمة النقض في أبو ظبي، الدائرة التجارية، رقم الطعن، 206، في 2832011، المتوفر على شبكة قوانين الشرق.

³⁵ لمزيد من التفصيل حول حقوق المساهمين انظر د. مظفر جابر الراوي، تطبيق معايير الحوكمة وأثرها القانوني في ضمان حقوق أقلية المساهمين في الشركات المساهمة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 11، 2014، ص6.

بينما يلاحظ ان القرار الوزاري المرقم 539 لسنة 2017 الخاص بضوابط الشركات المساهمة الخاصة المنفذة لأحكام قانون الشركات التجارية قد تنبّه الى هذه الجزئية ونص على ضوابط انسحابه من الشركة كي تتحقق المصلحة المبتغاة من انضمامه حيث جاء في مضمون الفقرة الرابعة من المادة 39 منه ما يلي:

"4- أن تتضمن اتفاقية دخول الشريك الاستراتيجي بند يحظر على الشريك الاستراتيجي بيع الأسهم التي سيتم تخصيصها له كشريك استراتيجي قبل مرور سنة على الأقل تبدأ من تاريخ قيد تلك الأسهم لدى أمين سجل الأسهم....."

ووفقا للمنطق المعقول ولتحقيق اهداف الزيادة في رأس مال الشركة فان مدة السنة في اعتقادي فترة غير كافية للتأكد من حسن نية ومصادقية نوايا انضمام الشريك الاستراتيجي الى الشركة المساهمة الخاصة، وكان الاجدر ان تكون المدة لا تقل عن ثلاث سنوات من أجل ضمان تحقيق استفادة فعلية للشركة من الانضمام وتحقيق الأهداف التي دفعت الشركة الى زيادة رأس المال عن طريق هذه الوسيلة.

الخاتمة

الحمد لله ما تنهى درب ولا ختم جهد ولا تم سعي الا بفضلته الحمد لله على البلوغ ثم الحمد لله على التمام.

بعد الانتهاء من البحث في موضوع المركز القانوني للشريك الاستراتيجي في الشركات المساهمة حاولت الاحاطة بأهم المعطيات المتعلقة بالموضوع علها تكون اطلالة موجزة تقدم للدراسات القانونية خطوة تتبعها خطوات تالية من البحث في مستجدات ظهرت في البيئة التجارية بما تتلاءم مع متطلبات الواقع التجاري وتحقق رؤية المشرع من استحداث مراكز قانونية تساهم بشكل أو بآخر في توسيع وتطوير ونجاح النشاط التجاري بشكل عام دعما للاقتصاد الوطني وتحقيق الرفاهية المنشودة للعاملين في هذا القطاع.

وعليه توصلنا الى اهم النتائج والتوصيات التالية.

أولاً: النتائج

- 1- ان الشريك الاستراتيجي هو الشريك الذي ينتج عن مساهمته في الشركة توفير دعم فني او تشغيلي او تسويقي للشركة بما يعود بالنفع عليها.
- 2- تنحصر إمكانية وجود الشريك الاستراتيجي في الشركات المساهمة حصراً سواء أكانت مساهمة عامة ام مساهمة خاصة.
- 3- تعتبر فكرة الشريك الاستراتيجي استثناء من قاعدة الأولوية الممنوحة للمساهمين في الشركة المساهمة عند اللجوء الى زيادة رأسمالها اما لتوسيع مشروعها التجاري وتطويره وزيادة انتاجها او للنهوض من كيوه اقتصادية الحقت بها خسارة فتستجد هذه الشركة بوسائل تكفل لها المعافاة من آثار تلك الخسائر.
- 4- ان الشريك الاستراتيجي هو الشخص الطبيعي او الاعتباري الذي يحق له الاكتتاب باسهم زيادة رأسمال الشركة المساهمة العامة او الخاصة بنسبة يقترحها مجلس إدارة الشركة المساهمة وتوافق عليها الجمعية العمومية، بما يسهم في دعم الشركة في نشاطها المالي او الفني او التسويقي او

التشغيلي. باستثناء القرار الوزاري رقم (539) لسنة 2017 بشأن ضوابط الشركات المساهمة الخاصة المنفذة لأحكام قانون الشركات التجارية حيث حصر انضمام الشريك الاستراتيجي الى الشركة المساهمة الخاصة عندما يكون شخصاً اعتبارياً حصراً.

- 5- يكون للشريك الاستراتيجي ذات الحقوق الممنوحة للمساهم في الشركة المساهمة العامة او الخاصة ولا تقل عنها بتاتاً طالما ان المشرع لم يحد أو يقيد منها في نص صريح.
- 6- يمكن ان يكون الشريك الاستراتيجي شخصاً وطنياً أم أجنبياً بشرط ألا يؤثر دخوله كشريك استراتيجي في رأس مال الشركة إلى مخالفة نسب تملك المواطنين أو النظام الأساسي للشركة.
- 7- من الأمور المسلّم بها ان انضمام الشريك الاستراتيجي الى الشركة المساهمة يقتضي صدور قرار خاص من الجمعية العمومية للشركة بالموافقة على دخول الشريك الاستراتيجي وذلك بأغلبية الأصوات الممثلة في الاجتماع ممن يمثلون ما لا يقل عن ثلاثة ارباع أسهم الشركة.

ثانياً: التوصيات

- 1- نوصي المشرع الاتحادي بأن يشترط في الشريك الاستراتيجي أن يكون مُتمتعاً بالانتماء المالي والسمعة التجارية وعدم تعرّض نشاطه التجاري للتعنّز أو الاضطراب خلال مسيرته التجارية لضمان الغاية من انضمامه للشركة بحيث يكون عنصر إيجابي فعال يصب في مصلحة الشركة ويقودها الى بر الأمان والنجاح.
- 2- نقترح تحديد مدة معينة لضمان استمرارية الشريك الاستراتيجي في الشركة بعد انضمامه لها حيث تكون المدة لا تقل عن ثلاث سنوات مثلاً من أجل تحقيق استفادة فعلية للشركة من الانضمام وتحقيق الأهداف التي دفعت الشركة الى زيادة راس المال عن طريق هذه الوسيلة.
- 3- ندعو المشرع الى النص صراحة في قانون الشركات الاتحادي على تحديد الحد الأعلى لنسبة مساهمة الشريك الاستراتيجي في الشركة المساهمة من اجل إحكام السيطرة على هذا النوع من الشركاء والحيلولة دون هيمنتهم على مقدرات الشركة، كتحديد نسبة لا تتجاوز 15% مثلاً.

الحمد لله رب العالمين أولاً وآخراً

المصادر

أولاً: الكتب والبحوث القانونية

- 1- احمد عبد الرحمن الملحم، الشريك الاستراتيجي في شركات التخصيص تعليق في مدى صحة الفلسفة التشريعية، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، المجلد 36، العدد 1، 2012.
- 2- ادريس كركين، تعارض المصالح في شركة المساهمة-دراسة مقارنة، مجلة المنبر القانوني، العدد العاشر، 2016.
- 3- رشا محمد تيسير خطاب ود. احمد فرح قاسم، الشركات التجارية في دولة الامارات العربية المتحدة، ط1، جامعة الشارقة، 2017.
- 4- سمير نصار، الشركات التجارية، القسم الثاني، ط1، المكتبة القانونية، دمشق، 2004.
- 5- سوزان علي حسن، الشركات التجارية في دولة الامارات العربية المتحدة، ط2. دار النهضة العربية، 2019.
- 6- طعمة صعفك الشمري، الوسيط في دراسة قانون الشركات التجارية الكويتي وتعديلاته، ط3، 1999.
- 7- عبد الرحمن المحيسن، احكام رأس مال الشركة المساهمة، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، العدد 2، 2013.
- 8- فوزي عطوي، الشركات التجارية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005.
- 9- فوزي محمد سامي، الشركات التجارية في قانون دولة الامارات العربية المتحدة، ط2، مكتبة الجامعة، 2010.
- 10- محمود سمير الشرقاوي القانون التجاري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1983.
- 11- مصطفى البنداري أبو سعدة، قانون الشركات التجارية الاماراتي، ط1، 2017.
- 12- مظفر جابر الراوي، تطبيق معايير الحوكمة وأثرها القانوني في ضمان حقوق أقلية المساهمين في الشركات المساهمة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 11، 2014.

ثانياً: القوانين والقرارات

1. قانون الشركات التجارية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم 2 لسنة 2015.
 2. قرار هيئة الأوراق المالية والسلع، المرقم 11 لسنة 2016 المتعلق بالنظام الخاص بطرح وإصدار أسهم الشركة المساهمة العامة،
 3. القرار الوزاري المرقم 539 لسنة 2017 والخاص بضوابط الشركات المساهمة الخاصة المنفذة لأحكام قانون الشركات التجارية.
 4. نظام الشركات السعودي لسنة 2015.
 5. قانون الشركات الكويتي رقم 1 لسنة 2016.
- ثالثاً: قواعد البيانات الالكترونية:

1. شبكة قوانين الشرق
2. دار المنظومة

أنظمة (صناديق) ضمان الودائع المصرفية
دراسة قانونية مقارنة

د. ندى زهير الفيل
أستاذ القانون التجاري المشارك
كلية القانون - جامعة الشارقة

**Bank deposit guarantee (funds) systems
Comparative legal study**

**Dr. Nada Zuhair El-Fil
Associate Professor of Commercial Law
College of Law - University of Sharjah**

الملخص

الودائع المصرفية بطبيعتها ديون على المصارف واجبة الوفاء، وأن أي خطر يهدد هذه الودائع والثقة فيها، يشكل تهديدا مباشرا للنظام النقدي في الدولة، لذا فقد ظهرت الحاجة الى وجود نظام لضمان الودائع يعمل على توفير إمكانية تعويض فئات من المودعين وتغطية أنواع معينة من الودائع، بنسب يحددها النظام عند تعثر المصرف المودع لديه أو توقفه عن الدفع، ولأن نظام ضمان الودائع أصبح من العناصر الفعالة في التغلب على المشكلات التي تواجه المصارف وتعزز ثقة العملاء بها، فقد سارعت العديد من الدول العربية والخليجية في السنوات الأخيرة من القرن الماضي الى استحداث أنظمة خاصة لضمان الودائع المصرفية، كما توجهت الدول التي لم يكن لديها مثل هذه الأنظمة، الى التفكير الجاد بوضع وتطبيق هذه الأنظمة لحماية صغار المودعين، واستمرار الثقة بالجهاز المصرفي لديها.

وقد بينت الدراسة ان الدول العربية التي كانت محل المقارنة في هذا البحث، وإن كانت متوافقة في الأهداف والمبررات التي دفعتها الى تبني فكرة أنظمة ضمان الودائع المصرفية، إلا أنها كانت متباينة في تحديد الشكل القانوني الذي اتخذته هذه الأنظمة ومصادر تمويلها، ونطاق الودائع التي يشملها النظام او الصندوق والحالات التي ينهض فيها التزام النظام او الصندوق بأداء مبالغ الضمان المستحقة للمودعين، ومختلفة أيضا في تقرير الحد الأعلى المضمون من الودائع وفي حكم الحسابات المشتركة وكيفية ضمانها وطريقة تسديد مبلغ الضمان للمودعين.

وتم التوصل في نهاية الدراسة الى وضع صورة أولية لما يمكن ان تكون عليه القواعد القانونية لنظام ضمان الودائع المصرفية في دولة الامارات العربية المتحدة والذي من المأمول استحداثه من قبل المشرع الاماراتي في المستقبل القريب بإذن الله.

Summary

Bank deposits are inherently debts owed by banks, and that any risk that threatens these deposits and trust in them is a direct threat to the monetary system in the country, so the need for a deposit guarantee system has emerged that provides the possibility to compensate groups of depositors and cover certain types of deposits, with proportions The system determines it when the deposited bank stumbles or stops paying it, and because the deposit guarantee system has become one of the effective elements in overcoming the problems facing banks and enhancing customer confidence in them, many Arab and Gulf countries have rushed in the last years of the last century to introduce special systems to ensure Bank deposits, as countries that did not have such systems, went to serious thought about developing and implementing these systems to protect small depositors, and the continued confidence in their banking system.

The study showed that the Arab countries that were the subject of comparison in this research, although they were compatible with the goals and justifications that led them to adopt the idea of bank deposit guarantee systems, but they were different in determining the legal form taken by these systems and the sources of their financing, and the range of deposits covered by the system Or the fund and the cases in which the obligation of the system or the fund is raised to pay the security amounts due to the depositors, and also different in determining the guaranteed maximum limit of deposits and in the ruling on joint accounts, how to guarantee them, and how to pay the security amount to the depositors.

At the end of the study, a preliminary picture was reached of what the legal rules of the bank deposit guarantee system in the United Arab Emirates could be, and it is hoped that it will be developed by the UAE legislator in the near future.

المقدمة

الوديعة المصرفية عملية مصرفية تتميز بأهمية بالغة تتمثل بما تحققه من مزايا مهمة للعميل (المودع) وللمصرف (المودع لديه)؛ فبالنسبة للعميل المودع فإن الوديعة المصرفية تعد وسيلة فعالة لضمان سلامة نقوده من مخاطر الضياع والسرقة، وهي وسيلة ادخارية تمكنه من تكوين احتياطي لمواجهة ما يحمله المستقبل له من أحداث مفاجئة غير متوقعة، وتعيه في تحسين مستوى معيشته بأسلوب متزن تستطيع معه تغطية متطلبات الحياة المستقبلية، وهي أيضاً وسيلة استثمارية، لأنها توفر له فرصة التمتع بتسهيلات وخدمات مصرفية في تسوية ما عليه من ديون باستخدام الشيكات أو أوامر التحويل المصرفي.

أما بالنسبة للمصرف المودع لديه، فإن الوديعة المصرفية تمثل المصدر الرئيس لأمواله؛ إذ أنها تمكنه من الحصول على مبالغ طائلة تستطيع بواسطتها تغطية نشاطه المصرفي، لأن المصرف لا يستند الى رأس ماله فقط، بل يعتمد اعتماداً كبيراً على الأموال المودعة لديه، وهي تعد الحجر الأساس الذي يستند اليه المصرف في تحقيق الأرباح عن طريق القرض والاستثمار خاصة وإن المصرف يدفع عن المبالغ المودعة لديه فوائد أقل بكثير عن تلك التي يستوفيهها عن القروض التي يمنحها لعملائه.

وبناء على ما تقدم، وإن الودائع تمثل حقوقاً لأصحابها وديوناً واجبة التسديد على المصارف، فإن أي خطر يهدد هذه الودائع يشكل تهديداً مباشراً للنظام المصرفي، وأصبح من الضروري توافر آليات لحماية المودعين من جهة، ولحماية المصارف من التعثر والإفلاس وضمان استقرار النظام المصرفي ككل من ناحية أخرى.

ويقوم التساؤل حول الوسائل التي يمكن الاستعانة بها في حماية الودائع، خاصة وإن قدرة المصارف على القيام بنشاطها يعتمد على الثقة في قدرتها على الوفاء بالتزاماتها، الأمر الذي يشجع المودعين على الاستمرار في التعامل معها، والاحتفاظ بأرصدتهم ومدخراتهم في شكل ودائع لدى هذه المصارف وعدم التقدم لسحبها الا عند الحاجة.

ويُشار في هذا الصدد الى الدور الذي تؤديه تشريعات الدول في ضمان أموال المودعين، وذلك بتطبيق نظام قانوني خاص على المصارف⁽¹⁾ فيما يتعلق بتأسيسها وادارتها، كما يُعتبر التزام المصارف الناتج عن عقد الوديعة المصرفية برد الودائع، والتزامه بواجب السرية المصرفية أساساً قانونياً يستند اليه لضمان الودائع المصرفية، كما يضع المصرف المركزي في كل دولة نظاماً رقابياً يتم بموجبه الاطلاع على أداء المصارف، ودراسة المخاطر التي يمكن ان تتعرض لها وتقييم وضعها المالي، كما يضع خطوط أمان لها لتحافظ على مستوى سيولة معين يستطيع من خلاله أداء التزاماتها، ومواجهة سحبوات المودعين كالاتي الإلزامي والقانوني بالإضافة الى تحديد حد أدنى للملاءة المالية .

إلا أن هذه الوسائل أو التدابير لا توقف احتمالية مواجهة المصارف لمشاكل وأزمات مالية مفاجئة، الأمر الذي دفع المؤسسات المالية الدولية كصندوق النقد الدولي وبنك التسويات الدولي ولجنة بازل الى الاعتراف في عقود السنوات الأخيرة من القرن الماضي بالدور المتعاظم الذي يمكن ان تقوم به مؤسسات ضمان الودائع المخصصة بتعويض المودعين في حالة تعرض مصارفهم لصعوبات وأزمات مالية، ويؤكد هذا الدور ما أقرته المبادئ الأساسية لأنظمة ضمان الودائع الفعالة الصادرة عن الهيئة الدولية لضمان الودائع (IADI)، الصادرة في تشرين الثاني 2014⁽¹⁾ من أن: "... الأزمة المالية العالمية في 2007 - 2009 قدمت دروساً سياسية مهمة لأنظمة التأمين على الودائع، حيث أثبت تطور الأزمة أهمية الحفاظ على ثقة المودعين في النظام المالي، والدور الرئيس لمؤمن الودائع الذي يلعبه في الحفاظ على تلك الثقة...". وقد أشارت الهيئة في المبدأ رقم (6) - دور المؤمن على الودائع في التخطيط للطوارئ وإدارة الأزمات - المعايير الأساسية الى أن: مؤسسة التأمين على الودائع ليها خطط فعالة لحالات الطوارئ وسياسات إدارة الأزمات مع ضمان أنها قادرة على الاستجابة بفاعلية للخطر، كتعثر البنوك وغيرها من الأحداث"، وفي ضوء ذلك، قام الكونغرس الأمريكي في العام 1933 بالمصادقة على انشاء مؤسسة تأمين لودائع المصارف، وتتبع

¹ أنظر الهيئة الدولية لضمان الودائع، المبادئ الأساسية لأنظمة ضمان الودائع الفعالة الصادرة عن الهيئة الدولية لضمان الودائع (IADI) تشرين الثاني، 2014، ص56، متاحة على الموقع الإلكتروني: www.dif.gov.ly ولابد من الإشارة الى ان التشريعات قد تباينت في تحديد المصطلح الذي استخدمته للدلالة عن هذه الأنظمة؛ فالمرشح اللبناني استخدم مصطلح (المؤسسة الوطنية لضمان الودائع) واستخدم المرشح العماني (نظام تأمين الودائع المصرفية) بينما استخدم المرشح المغربي (الصندوق الجماعي لضمان الودائع) أما المرشح السوداني فقد استخدم (صندوق ضمان الودائع المصرفية).

أنظمة (صناديق) ضمان الودائع المصرفية

إدارة الخزانة الفيدرالية الأمريكية، وسبققتها تشيكوسلوفاكيا بإنشاء صندوق يضمن مدخرات المواطنين في العام 1924.

ثم مضت عشرات السنين دون أن تقوم الدول الأخرى بتكرار التجربة الأمريكية ذاتها، ولكن أدى انهيار بنك الاعتماد والتجارة الدولي "B.C.C.I" 1991، الى ظهور نوع جديد من المشاكل المصرفية والانهيارات المالية الضخمة، وكان لابد من التفكير الجدي بإيجاد حل عملي لمواجهة الحوادث التي تتعرض لها المصارف كتوقف عمليات المصرف او التصفية أو وضعه تحت الإدارة أو الحراسة لأي سبب، فكان الحل هو نظام ضمان الودائع المصرفية، واندفع عدد من الدول العربية التي تسير على خطى الولايات المتحدة الأمريكية في هذا الصدد الى تبني هذا الاتجاه؛ فكانت تجربة دولة لبنان التي قامت بإنشاء صندوق مماثل في سنة 1967 لغرض زيادة الثقة بالمصارف اللبنانية.

وقد شهدت منطقة الخليج العربي، تأثر عدد كبير من البنوك الخليجية فيها بأزمة بنك الاعتماد والتجارة الدولي، بسبب توقف مساهماته وأعماله الكبيرة في هذه البنوك، فأصدرت سلطنة عُمان قانون نظام تأمين الودائع المصرفية عام 1996، ثم تلاها السودان بإنشاء صندوق ضمان الودائع المصرفية عام 1995، ثم الأردن ومصر، وجميعها أنظمة حديثة نسبياً ويهدف الى توفير غطاء تأميني مناسب على الودائع المصرفية، ومعظمها يدار من قبل الحكومة².

مشكلة الدراسة

مشكلة البحث التي جاءت الدراسة لمعالجتها تنصب بالأساس على مسألة افتقاد دولة الامارات العربية المتحدة لقواعد قانونية خاصة بضمان الودائع المصرفية في الوقت الذي شهدت فيه أغلبية الدول العربية تبني فكرة حماية أموال المودعين لدى المصارف العاملة لديها بقوانين خاصة تقضي بإنشاء صناديق تختص بتقديم الدعم المالي اللازم لكل مصرف يمكن أن يمر بظروف مفاجئة تؤدي به الى التصفية عند عدم معالجتها.

² لمزيد من التفصيل في تجارب الدول العربية والأجنبية في انشاء مؤسسات وصناديق ضمان الودائع أنظر: صندوق ضمان أموال المودعين، مقالة (لمحة تاريخية عن نشوء صناديق ضمان أموال المودعين والمؤسسات المالية المماثلة)، متاحة على الموقع الإلكتروني: تأريخ زيارة الموقع 2020/1/18 http://dif.gov.ly/?page_id=7 ، د. فهد بن بجاد بن ملاخ العتيبي، تأمين الودائع المصرفية في الأنظمة العربية والأجنبية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2015، ص256267.

وبناء على ذلك ستقدم هذه الدراسة صورة واضحة للأسس التي تقوم عليها هذه الأنظمة في دول عربية هي لبنان، سلطنة عُمان، المغرب والسودان، لكي تكون تحت نظر المشرع الإماراتي عندما يشرع في إنشاء النظام أو الصندوق الذي طال انتظاره، ومما يتوجب ذكره هو ان دولة الامارات العربية المتحدة كانت قد اتخذت قراراً سيادياً، في الربع الأخير من العام 2008 ، يقضي بضمان أموال جميع المودعين في المصارف الإماراتية، إضافة الى أموال المودعين في فروع البنوك الأجنبية في الامارات بهدف حماية الجهاز المصرفي بعد وقوع الأزمة المالية العالمية وما خلفته من قلق بين أوساط المودعين في جميع أنحاء العالم، وخاصة بعد انهيار البنك الأمريكي ليمان براذر ، وقد كان لهذا القرار تأثير إيجابي اطمئن المودعون بموجبه على ودائعهم، عندما سارعت الحكومة الى ضخ 120 مليار درهم من خلال المصرف المركزي ووزارة المالية، وكان الهدف من هذا الدعم هو استمرارية الدور الذي يقوم به القطاع المصرفي.

إلا أن قيمة القروض التي قدمتها المصارف في تلك الفترة، تجاوزت قيمة الودائع بنسبة 51% وهذه النسبة أدت الى رفع أخطار السيولة لدى معظم المصارف وأثرت سلباً على مؤشرات الأمان المصرفي (3) وأزاء ذلك ظهرت مطالبات خبراء ومراقبون ماليون باستحداث قانون لضمان الودائع المصرفية بأسرع وقت ممكن للاستفادة من مزايا هذا النظام، وبالأخص قدرته على رفع مستويات الثقة بالاقتصاد والمصارف، وأيضاً لتحقيق ما تطمح اليه حكومة دولة الامارات في مجال دعم وتعزيز أداء القطاع المصرفي.

ورغم ان المشرع الإماراتي لم يصدر لحد الآن تشريعاً خاصاً بتأسيس نظام او صندوق لضمان حقوق وودائع المودعين، الا انه لم يغفل عن الاهتمام بهذا الموضوع؛ فقد تضمن في الفصل الثالث من الباب الثالث من القانون الاتحادي رقم 14 لسنة 2018 في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية، وتحت عنوان "مسؤوليات المنشآت المالية المرخصة التي تتلقى الودائع" ما يجسد الدور الرقابي الذي يمارسه المصرف المركزي تجاه المنشآت المالية المرخصة في سبيل حماية المودعين وضمان حقوقهم والمهام التي يقوم بها مركز المخاطر لديه. وذلك في المادة 89 والتي تضمنت الزام المنشآت المالية المرخصة بالامتثال لتعليمات البنك المركزي، والمادة 90 التي ألزمت مركز المخاطر بمهمة جمع وتبادل ومعالجة المعلومات

³ أنظر تفصيل القرار على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.alkhaleej.ae/economics/page/8ddce04105644427ac1f51d436b584fe> تاريخ 2019/10/18.

أنظمة (صناديق) ضمان الودائع المصرفية

الائتمانية التي يحصل عليها من المنشآت المالية المرخصة والمادة 91 تحت عنوان حماية مصالح المودعين، توجب على كل منشأة مالية مرخصة تتلقى الودائع اعداد بيان ربع سنوي بالشكل الذي يحدده المصرف المركزي، يبين فيه كافة التسهيلات الائتمانية وتسهيلات التمويل الممنوحة من هذه المنشأة، ويتم تزويد المصرف المركزي بنسخة من هذا البيان خلال 10 أيام من تأريخ كل ربع من السنة المالية أو من تأريخ تقديم الطلب من قبل المصرف المركزي، وللمصرف اذا تبين له أن تسهيلات ائتمانية او تسهيلات تمويل مُنحت من قبل المنشأة قد ينتج عنه ضررا بمصالح المودعين فإن له؛ إما الطلب من المنشأة المعنية وضع مخصصات مقابل هذه التسهيلات، أو الحظر عليها تقديم أية تسهيلات ائتمانية الى الشخص المعني، أو أن يفرض قيودا معينة على التسهيلات الممنوحة لهذا الشخص حسب ما يراه مناسباً.

ومما يعزز هدف هذه الدراسة، هو أن المشرع الإماراتي أعطى لمجلس إدارة البنك المركزي في المادة 122 من القانون الاتحادي رقم 14 لسنة 2018 في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية، الحق في اصدار نظام لضمان ودائع وحقوق مودعي المنشآت المالية المرخصة مع جواز أن يتضمن هذا النظام انشاء صندوق للتعويضات وتحديد هيكله، وان كل ما تقدم يدل على ان دولة الامارات لا زالت تأخذ بمبدأ ضمان الودائع المصرفية ضمناً، ولأجل دعوة المشرع الاماراتي الى تبني مبدأ ضمان الودائع المصرفية الصريح، ولأجل وضع تصور للقواعد القانونية التي يمكن ان يشملها نظام ضمان ودائع في دولة الامارات قُدمت هذه الدراسة.

أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة الى ما يلي:

أولاً: القاء الضوء بالتحليل والمناقشة على أنظمة ضمان الودائع المصرفية في عدد من الدول وبيان موقفها من العديد من المسائل المتعلقة بهذه الأنظمة وافضلية أي منها ليتم تقديم تصور مبسط لما يمكن ان يتضمنه نظام ضمان ودائع مصرفية لدولة الامارات، ولذا فقد عمدت هذه الدراسة الى طرح التساؤلات التالية:

1. ما المقصود بأنظمة ضمان الودائع؟

2. ما هو نوع نظام ضمان الودائع الذي يفضل اختياره ومبررات ذلك؟ وما هو الدور الذي يؤديه؟
3. ما هو الشكل القانوني الأفضل الذي يتخذه نظام ضمان الودائع؟ وما هي طبيعة العضوية فيه؟
4. ماهي مصادر تمويل نظام أنظمة ضمان الودائع؟ وماهي الودائع التي يشملها الضمان وتلك التي لا يشملها النظام بالضمان؟
5. ماهي الحالات التي ينهض فيها التزام النظام أو الصندوق بأداء المبلغ، وما هو الحد الأعلى للمبلغ المضمون من الودائع وماهي الطريقة التي يتبعها هذا النظام في تسديد مبلغ الضمان او التعويض للمودعين؟

وسيتم الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال التعرض الى تجارب عدد من الدول العربية التي نجحت في تبني أنظمة ضمان ودائع؛ وأبرزها لبنان وسلطنة عُمان والمغرب والسودان، وعلى وفق الهيكلية المحددة لهذه الدراسة.

ثانياً: إثراء المعرفة المصرفية في دولة الامارات العربية المتحدة حول أنظمة ضمان الودائع وأهميتها بالنسبة للمودعين وللمصارف، وبالتالي، توفير مرجع يساعد الباحثين في اعداد دراسات مستقبلية لاستكمال او توسيع البحث العلمي في هذا المجال.

منهجية البحث

هي دراسة تشريعية فقهية مقارنة بين عدد من القوانين العربية، اعتمدت على المناهج التالية:

- 1- المنهج الوصفي؛ لإعطاء صورة واضحة عن كل ما يتعلق بالجوانب القانونية لأنظمة ضمان الودائع؛ من حيث ظروف نشأتها في العديد من الدول، ومفهومها القانوني، وإجراءات تأسيسها والعضوية فيها، والكيفية التي يتم بها تعويض المودعين عن ودائعهم عند عجز المصارف عن الرد.
- 2- المنهج التحليلي؛ إذ سيتم تحليل النصوص التشريعية الخاصة بأنظمة ضمان الودائع في التشريعات محل هذه الدراسة، واستخلاص نتائجها، وتحديد أوجه التقارب والاختلاف بينها وصولاً الى تحديد أفضل القواعد القانونية التي يمكن ان يشملها نظام ضمان الودائع في دولة الامارات.

3- المنهج المقارن؛ ستم الدراسة بالمقارنة بين عدد من القوانين العربية لضمان الودائع في لبنان، بوصفها أول عربية قامت بإنشاء مؤسسة مختلطة لضمان الودائع، وسلطنة عُمان بوصفها أول دولة خليجية استحدثت قانون ضمان ودائع، والسودان لكونها دولة خاضت هذه التجربة بعد ان استفادت من تجارب الدول التي سبقتها في تبنى نظام ضمان الودائع، فجاءت قواعده متميزة نوعا ما عن تلك التجارب، ولكونها الوحيدة التي شملت بنظام ضمان الودائع المصارف الإسلامية، ودولة المغرب التي اختلف الصندوق الجماعي لضمان الودائع فيها عن غيره من الأنظمة بكونه لا يتمتع بالشخصية الاعتبارية من جهة، و بأدائه دورا مزدوجا لحماية المودعين؛ الأول دورا علاجيا والثاني دورا وقائيا من جهة أخرى.

هيكلية البحث

المبحث الأول/ أنظمة ضمان الودائع في الإطار المفاهيمي.

المطلب الأول/ المفهوم القانوني لأنظمة (صناديق) ضمان الودائع المصرفية.

المطلب الثاني/ التكييف القانوني لأنظمة ضمان الودائع المصرفية.

المبحث الثاني/ أنظمة ضمان الودائع في الإطار التنظيمي.

المطلب الأول/ الهيكل التنظيمي لأنظمة ضمان الودائع المصرفية

المطلب الثاني/ الهيكل المالي لأنظمة ضمان الودائع

المبحث الثالث/ أنظمة ضمان الودائع في الإطار التنفيذي.

المطلب الأول/ نطاق الودائع التي يشملها ضمان النظام أو الصندوق.

المطلب الثاني/ التزام النظام او الصندوق بأداء الضمان للمودعين.

المبحث الأول: أنظمة (صناديق) ضمان الودائع في الإطار المفاهيمي

تعتبر المصارف المكان الآمن الذي يلجأ إليه الأفراد لحفظ ورعاية أموالهم، ومن ثم استردادها في الوقت الذي يرغبون فيه، وأساس العلاقة القائمة بينهم وبين هذه المصارف إنما يقوم على الثقة والمصادقية، وأن المصارف تجد نفسها عند مواجهتها لأي من المخاطر أمام أمرين قد يصعب التوازن بينهما أولاً؛ وجوب الوفاء بالتزاماتها تجاه العملاء وثانيهما؛ الحفاظ على سلامة سمعتها لكي تضمن استمرارها في تقديم الخدمات المصرفية مستقبلاً وتبدأ بالبحث عن الوسائل التي تخرجها من الأزمة.

ولقد كان من أهم ما ترتب على الكساد الاقتصادي الذي شهده العالم في ثلاثينات القرن الماضي، أن واجهت الكثير من المصارف التجارية أزمات السيولة التي أدت إلى إفلاس الكثير منها في الدول المتقدمة وضياح أموال المودعين، ومن أجل استيعاب هذه الأزمات بدأ التفكير وبذل الجهود لوضع تدابير وآليات من شأنها حماية المودعين والمصارف من آثار هذه الأزمات، فكانت أنظمة ضمان الودائع، من بين عدد من الإجراءات التي صُممت بغرض التخفيف من حدة نتائج الأزمات المالية.

وهاجس حماية عملاء المصارف لآزم عدد غير قليل من مشرعي القوانين المصرفية الحديثة في الدول العربية؛ إذ يلاحظ في هذا المضمار أن هناك عدة دول عربية قد عملت عبر قوانينها المصرفية على إنشاء أجهزة أو صناديق تختص بتقديم الدعم المالي اللازم لكل مصرف أو مؤسسة مالية من شأنها أن تمر بظروف مفاجئة تؤدي بها إلى التصفية عند عدم معالجتها.

ولأجل التعرف على مفهوم هذه الأنظمة والكيفية التي نشأت بها، وتكييفها القانوني والمبررات التي دفعت الدول محل هذه الدراسة إلى تبنيها، ووضع قواعد قانونية لها، فقد أثرنا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين؛ الأول ونخصّسه لتحديد المفهوم القانوني لأنظمة ضمان الودائع المصرفية، والمطلب الثاني ونبيّن فيه التكيف القانوني لها.

المطلب الأول: المفهوم القانوني لأنظمة (صناديق) ضمان الودائع

يقتضي تحديد المفهوم القانوني لأنظمة ضمان الودائع، بيان المقصود بها، وظروف نشأتها في الدول التي كانت محل هذه الدراسة، ومن ثم المبررات التي دفعت الدول إلى تبنيها في النظام المصرفي لديها، وسيكون ذلك في المقاصد الثلاثة التالية:

المقصد الأول: تحديد المقصود بأنظمة ضمان الودائع

في الوقت الذي لم يحظى فيه مصطلح أنظمة أو صناديق ضمان الودائع بأي تعريف من قبل التشريعات، فإنه لقي اهتماماً كبيراً من قبل الفقه؛ فقدمت له العديد من التعاريف التي تباينت في الركائز التي اعتمدت عليها؛ كما أن بعضاً من هذه التعاريف حاولت أن توسع من فكرة ضمان الودائع والبعض الآخر ضيق منها، وذلك على وفق الدور المنوط بمؤسسات أو صناديق ضمان الودائع في كل دولة.

يذهب رأي في الفقه الى أن فكرة ضمان الودائع تتلخص في: "أن يقوم كل مصرف تجاري بدفع نسبة معينة من إجمالي الودائع الموجودة لديه الى جهة معينة (مؤسسة أو صندوق) يُنشئها البنك المركزي أو يشارك فيها، وفي حالة تعثر المصارف في رد الودائع لأصحابها، تتولى هذه الجهة القيام بمهمة رد الودائع في حدود المبالغ المشمولة بالضمان".⁽⁴⁾

ويذهب رأي آخر الى أن: "المفهوم الأساسي لنظام الضمان على الودائع ينصرف الى حماية صغار المودعين بالعملة المحلية للدولة من مخاطر إفلاس البنوك أو توقفها عن الدفع من خلال مساهمة البنوك المشتركة في النظام في صندوق للتأمين على الودائع والذي يُغذى بموجب رسوم أو اشتراكات تلتزم البنوك بسدادها أو من خلال تقرير حقوق امتياز للمودعين على حصيلة التصفية بالبنك - في حالة إفلاسه - في حدود مبالغ معينة من ودائعهم كحدود قصوى، وفي معظم الأحوال تقوم تلك الأنظمة على أساس وضع حد أقصى من ودائع العميل الواحد لدى البنك لكي يشملته التأمين، وذلك تأكيداً على الغرض الأساسي من النظام وهو حماية صغار المودعين".⁽⁵⁾

⁴ أنظر د. عبد المطلب عبد الحميد، المرجع السابق، البنوك الشاملة - عملياتها وإدارتها، الدار الجامعية، مصر، 2008، ص 79 - 80.
⁵ أنظر اتحاد المصارف العربية، مؤسسات ضمان الودائع المصرفية، مج 1، ط 1، 1992، ص 184. متاحة على الموقع الإلكتروني: 2020/1/15
<https://www.neelwafurat.com/itempage.aspx?id> وقريباً من هذا المعنى، يعبر معجم الأعمال عن فكرة ضمان الودائع بالآتي:
Protection provided usually by a government agency to depositors against risk of loss arising from failure of a bank or other depository institution. Deposit insurance is mandatory, and pays claims from a pool of funds to which every depository institution regularly contributes. However, it covers only a fixed maximum amount per account holder. Also called depository insurance
. <http://www.businessdictionary.com/definition/depositinsurance.html>

ومن الباحثين من يرى أن: "فكرة ضمان الودائع تقوم على تجميع اشتراكات مالية من عدد من المصارف ترغب في تكوين صندوق مشترك لمساعدة هذه المصارف الأعضاء عندما تتعثر مالياً لسبب اداري او ائتماني او لعوامل خارجية لا يد للمصرف المعني فيها، وفي بعض الحالات لا تقتصر موارد هذا الصندوق المشترك على المصارف الأعضاء إذ أن بعض الدول عن طريق مصارفها المركزية ووزارات الخزانة تسهم بالمال لدعم هذا الصندوق". (6)

ويذهب جانب من الباحثين الى أن نظام ضمان الودائع هو: "حماية ودائع العملاء عن طريق تعويضهم كلياً أو جزئياً، من خلال مساهمات البنوك المشتركة عادة في صندوق التأمين على الودائع، إذا ما تعرضت الودائع للخطر نتيجة تعثر البنوك المودعة لديه وتوقفه عن الدفع، ويمول هذا الصندوق بموجب رسوم أو اشتراكات أو مساهمات تلتزم البنوك الأعضاء بسدادها الأمر الذي يؤدي الى تعزيز الثقة في الجهاز المصرفي وعدم ترك هذه الثقة للصدفة أو للظروف الطارئة". (7)

ومن الباحثين من ركز على مصطلح المؤسسات التي تقوم بضمان الودائع؛ فذهب الى أنها: "تنظيم إداري يهدف إلى زيادة الثقة في المصارف والمؤسسات المالية التي تحتفظ بمدخرات الأفراد من خلال الاعتماد على اشتراكات أعضائه".

أو هي: "التنظيم الإداري الذي لا يهدف إلى الربح وإنما يهدف إلى زيادة الثقة في المصارف والمؤسسات المالية الأخرى التي تحتفظ بمدخرات أفراد المجتمع، ليتمكن هذه المؤسسات من زيادة حصيلتها من موارد المجتمع بغية تنميتها وتثميرها لصالح المجتمع ويعتمد هذا التنظيم الإداري على اشتراكات أعضائه من المصارف، كما يعتمد على دعم الدولة له". (8)

ويلاحظ على التعاريف المتقدم ذكرها ما يلي:

⁶ أنظر د. عثمان بابكر احمد، نظام ضمان الودائع لدى المصارف الإسلامية، بحث رقم 54، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، السعودية، 2000، ص27.

⁷ أنظر د. علي بلعوز، حسينية بن بوعلي، عبد الكريم قندوز، مداخل مبتكرة لحل مشاكل التعثر المصرفي - نظام حماية الودائع والحوكمة، الملتقى العلمي الدولي، جامعة ورقلة، أبريل 2009 متاح على الموقع الإلكتروني: تاريخ زيارة الموقع 2020/1/17 <https://islamfin.yoo7.com/t1861topic>

⁸ أنظر د. محمد الخلايلة، ضمان الودائع المصرفية في المصارف الإسلامية - مشروع قانون معدل لقانون مؤسسة ضمان الودائع الأردنية نموذجاً، مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني: www.aliftaa.jo تاريخ الزيارة 2019/12/23.

1. لم يكن من بينها تعريفاً جامعاً مانعاً لفكرة ضمان الودائع، وإنما كانت في مجموعها عبارة عن تعاريف وصفية أنصبت على توضيح مضمون عملية ضمان الودائع المصرفية عند تعثر المصرف المشترك في الصندوق والكيفية التي تتم بها.

2. لم يحدد أي منها - وربما قد يكون السبب في ذلك أنها تعاريف غلب عليها الطابع الاقتصادي - الطبيعة القانونية للعلاقة التي تربط المصارف التجارية المشاركة في الصندوق مع الجهة المؤسسة للصندوق والتي على الأغلب يكون البنك المركزي في الدولة التي أنشئ فيها الصندوق؟ وهل يمكن وصف هذه العلاقة بأنها عقد تأمين تكافلي أم تأمين تجاري؟

3. جاء في التعريف الثاني أن (...تلتزم البنوك بسدادها أو من خلال تقرير حقوق امتياز للمودعين على حصيلة التصفية بالبنك)، واعتقد ان هذه العبارة لا تتوافق مع القواعد العامة لتصفية المصارف، إذ أن الآثار التي تترتب على ذلك هي الآثار ذاتها، التي تترتب على شهر الإفلاس فلا يحق لأي دائن ان يحصل على امتياز على أموال المصرف، كما لا يحق وفقاً للقواعد العامة ترتيب حقوق امتياز إلا بنص قانوني.

4. وجاء في التعريف الثاني أيضاً أن الأنظمة أو الصناديق تعمل على وضع حد أقصى من ودائع العميل الواحد لدى المصرف المتعثر لكي يشملته التأمين؛ لكن لم يوضح الأسس التي يمكن اعتمادها في تحديد الحد الأقصى.

5. لم تبيّن هذه التعاريف عما إذا كان الانضمام الى أنظمة أو صناديق ضمان الودائع إجبارياً أم اختيارياً؟

ويمكن تعريف صناديق ضمان الودائع بأنها: "أوعية لتجميع المساهمات المالية المقدمة من قبل الدولة ممثلة بوزارة المالية والبنك المركزي والمصارف العاملة فيها، تستهدف بدون ربح تعويض المودعين كلياً أو جزئياً عن ودائعهم عند عجز مصارفهم عن ردها بسبب تعثرها أو توقفها عن الدفع، وذلك من أجل تعزيز الثقة بالجهاز المصرفي".

المقصد الثاني/ نشأة أنظمة أو صناديق ضمان الودائع في الدول محل الدراسة

عالمياً، ظهر أول نظام لضمان الودائع المصرفية في العام 1829 في ولاية نيويورك الأمريكية، لغرض تأمين أوراق النقد والودائع، ثم أعقبها ولايات أخرى قامت بإنشاء نظم مماثلة، ولكن مع بداية ثلاثينات

أنظمة (صناديق) ضمان الودائع المصرفية

القرن الماضي فشلت هذه النظم؛ لأنها كانت تفتقر الى السيولة اللازمة ولعدم مقدرتها على إلزام المصارف المشتركة فيها بتقديم رأسمال كاف، هذا بالإضافة الى رداءة المواسم الزراعية والأزمات المالية التي مرت على العالم والتي كان لها أثر واضح في عجز المصارف عن الوفاء بديونها وإفلاس العديد منها، فأصبح ذلك عبئاً ثقیلاً على أنظمة ضمان الودائع المصرفية، إذ كان ينقصها ما يسمى (المقرض الأخير) ففي حينها لم يكن البنك المركزي الأمريكي قد أنشئ بعد.⁽⁹⁾

وإذا كانت الولايات المتحدة الأمريكية قد تمكنت من إنشاء نظام قومي لضمان الودائع، فإن تشيكوسلوفاكيا تعتبر أول دولة تُنشئ نظاماً متطوراً لحماية الودائع والقروض وكان ذلك في عام 1926 حيث أنشأت صندوقين خاصين تقوم وزارة المالية بإدارتهما؛ أحدهما "صندوق الضمان الخاص" لمساعدة المصارف على استعادة خسائرها الناشئة من الحرب العالمية الأولى، و"صندوق الضمان العام" لتشجيع الادخار بما يؤدي الى سلامة الودائع ومساعدة المصارف على التطور.

وفي عام 1933م صادق الكونغرس الأمريكي على قانون المصارف، والذي بموجبه أنشئت المؤسسة الفيدرالية للتأمين على الودائع (Federal Deposit Insurance corporation) في عام 1934، لكي تدير نظام التأمين على الودائع.⁽¹⁰⁾

وفي عقدي الستينات والسبعينات من القرن الماضي وعقب أزمات مصرفية، أنشأت عدداً من الدول الاخرى نظم حماية الودائع؛ فيعد أن أقامت تركيا في عام 1960 صندوق تصفية المصارف، بدأت العديد من الدول الأوروبية ودول العالم الثالث بالسير على نهجها في موضوع حماية المودعين، فأنشأت صندوقاً لحماية أموال المودعين كل من ألمانيا في عام 1974 وبريطانيا في عام 1979 وفي فرنسا في عام 1985 وذلك عقب انهيار البنك السعودي الفرنسي.⁽¹¹⁾

⁹ أنظر محمد علي شلهوب، شؤون النقود وأعمال البنوك، شعاع للنشر والعلوم، سورية، حلب، ط1، 2007، ص278، صندوق ضمان أموال المودعين، مقالة (لمحة تاريخية عن نشوء صناديق ضمان أموال المودعين والمؤسسات المالية المماثلة)، متاحة على الموقع الإلكتروني: تاريخ زيارة الموقع http://dif.gov.ly/?page_id=7 2020/1/18

¹⁰ أنظر صندوق ضمان أموال المودعين، مقالة (مقارنة أنظمة مؤسسات ضمان الودائع المصرفية في بعض الدول)، متاحة على الموقع الإلكتروني: http://dif.gov.ly/?page_id=7 تاريخ زيارة الموقع 2020/1/18، ولمزيد من التفصيل في المؤسسة الفيدرالية للتأمين على الودائع (FDIC) أنظر توماس ماير، جيمس إس دوسينيري، روبرت زد ألبير، النقود والبنوك والاقتصاد، ترجمة: السيد أحمد عبد الخالق، مراجعة: أحمد بديع بليح، دار المريخ للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الإنجليزية، 2002م، ص148.

¹¹ أنظر مصباح الطيب، صندوق ضمان الودائع النقدية مقارنة أنظمة مؤسسات ضمان الودائع المصرفية في بعض الدول، مقال متاح على الموقع الإلكتروني: www.bankofsudan.org تاريخ زيارة الموقع 2020/1/18

أما عربياً؛ فتعتبر لبنان أول دولة قامت بإحداث نظام لحماية الودائع النقدية في سنة 1967، دفعها الى ذلك أزمة بنك أنترا التي حصلت في عام 1966، فصدر قانون 67/28 في 1967/5/9، والذي تضمن أحكاماً تتعلق بالمصارف المتوقفة عن الدفع، وأنشأ لجنة الرقابة على المصارف والهيئة المصرفية العليا، كما أنشأ المؤسسة الوطنية لضمان الودائع، وذلك لغرض زيادة الثقة في المصارف اللبنانية وتدعيم جاذبيتها كمنطقة جاذبة للودائع الأجنبية. (12)

وفي منطقة الخليج العربي، ذهب رأي الى القول بأن: "...التفكير بمسألة ضمان الودائع المصرفية وحماية حقوق المودعين فيها قد بدأ على وجه الخصوص بعد انهيار بنك الاعتماد والتجارة الدولي (BCCI) في عام 1991، لأن هذا البنك كانت له فروع كثيرة منتشرة في أغلب دول الخليج إضافة لأعماله ومساهماته الكبيرة المؤثرة في حياة عدة بنوك خليجية، وبسبب تدخل السلطات الرقابية على البنك في أوروبا وقراراتها الصادرة تجاهه، فقد حدثت له هزة كبيرة أدت الى انهيار فروع في الخليج". (13)

ولقد كانت سلطنة عمان من الدول الرائدة في المنطقة في هذا المجال، خاصة وأن لبنك الاعتماد والتجارة الدولي وجميع فروع وجود مؤثر في السلطنة؛ إضافة لمساهمته الكبيرة في بعض البنوك العُمانية الوطنية في ذلك الوقت حيث صدر المرسوم السلطاني ذي الرقم 95/9 لسنة 1995 الخاص بنظام تأمين الودائع المصرفية، ليكون نظاماً تأمينياً قائماً على قواعد محددة، وقد حرص المشرع العُماني على مراجعة مكونات هذا النظام بما في ذلك تحديد نطاق التغطية التأمينية بما يتوافق مع أفضل المعايير الدولية في هذا الخصوص. (14)

أما في المغرب؛ فإن المشرع هناك لم يؤسس لإنشاء نظام ضمان الودائع إلا في عام 1993، عندما استحدث بموجب ظهير 6 يوليو 1993 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها، مؤسسة يكون الهدف منها حماية المودعين والبنك مما قد يلحق هذا الأخير من صعوبات مالية قد تؤدي به الى التصفية وضمان سير الجهاز البنكي على أحسن وجه، والمحافظة على سمعة السوق البنكية المغربية، وهذه المؤسسة

¹² أنظر د. مالك عبلا، قوانين المصارف (دراسة حول المصرف المركزي والمصارف التجارية والمتخصصة والإسلامية والمؤسسات المالية والصرافة ومكافحة تبيض الأموال - دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2006، ص263، محمد علي شلهوب، المرجع السابق، ص278.

¹³ د. عبد القادر ورسمه غالب، قوانين وممارسات البنوك والأعمال التجارية، هيئة شؤون الإعلام، البحرين، 2015، ص365.

¹⁴ إدارة البنك المركزي العماني، نظام تأمين الودائع المصرفية، ط1، 2012، ص5.

أنظمة (صناديق) ضمان الودائع المصرفية

جاءت في شكل صندوق جماعي لضمان الودائع البنكية، الذي تأثر بكثرة التعديلات التي طالت القانون البنكي المغربي. (15)

ولكن منذ إنشائه في عام 1993، لم يُسجل أي تدخل لنظام ضمان الودائع في المغرب بهدف تعويض المودعين، إذ يتم تدبير ضمان الودائع من طرف الشركة المغربية لتدبير صناديق ضمان الودائع البنكية، وهي شركة مساهمة تأسست في شهر مايو 2015 تطبيقاً لمقتضيات القانون رقم 12 - 103 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها بتاريخ 24 ديسمبر 2014. (16)

أما دولة السودان؛ فقد شهدت تشعب مهام الجهاز المصرفي فيها منذ سبعينيات القرن الماضي، إذ ازداد التمويل الذي تمنحه المصارف السودانية في مجال التجارة الخارجية ودخلت مجال تمويل الزراعة والصناعة، مستخدمة بذلك ودائع عملائها، مما دعا ذلك إلى ضرورة إيجاد آليات للمحافظة على سلامة الجهاز المصرفي، ثم برزت في أوائل الثمانينات فكرة ضمان الودائع المصرفية وتمت دراسة الموضوع وقُدّم لمجلس الوزراء بشأنه مشروع قانون وتم إقراره مبدئياً، وعندما تم إعلان تطبيق القوانين الإسلامية عام 1983 جرت محاولة لتعديل بعض مواد المشروع ليواكب القوانين الجديدة، إلا أنه تقرر إيقاف المشروع، ولم يعاد النظر في هذا الأمر إلا في أكتوبر 1997 بعد أن تم انتهاج سياسة التحرر الاقتصادي وما يصاحبها عادة من مخاطر على الجهاز المصرفي وعلى وجه الخصوص ودائع الجمهور، عندها تم تشكيل لجنة فنية في بنك السودان المركزي للنظر من جديد في تأسيس مؤسسة لضمان الودائع المصرفية، وأصبح الأمر أكثر جدية بسبب الآثار السلبية التي تعرض لها مودعو فرع بنك الاعتماد والتجارة بالخرطوم بعد تصفية الفرع، وتضمنت الدراسة التي تقدمت بها اللجنة التأكيد مجدداً على جدوى إنشاء المؤسسة وبعد أن تم مراجعة الدراسة في الدوائر العليا، تم تعيين إدارة تنفيذية للمشروع أكملت مراجعته مع مختلف الجهات ومنها وزارة المالية التي أبدت موافقتها في أغسطس 1994، وأخيراً تمت إجازة المشروع بموجب قانون خاص في 6/2/1996 وصادق عليه رئيس الجمهورية في 17/2/1996. (17)

¹⁵ أنظر د. عبد العزيز البازيدي، دور صندوق ضمان الودائع في تعويض المودعين في ضوء القانون رقم 12 - 103 الخاص بمؤسسة الائتمان متاح

على الموقع الإلكتروني التالي: <https://frssiwa.blogspot.com> تاريخ زيارة الموقع 2020/1/2.

¹⁶ أنظر أهمية نظام ضمان الودائع، الشركة المغربية لتدبير صناديق ضمان الودائع، مقال متاحة على الموقع الإلكتروني :

<https://sgfg.ma/ar> تاريخ زيارة الموقع 2019/10/18

¹⁷ أنظر د. فهد بن بجاد بن ملافخ العتيبي، المرجع السابق، ص 259.

المقصد الثالث/ المبررات التي دفعت الدول الى إنشاء أنظمة ضمان الودائع

على الرغم من تعدد واختلاف الدراسات التي بحثت في صياغة المبررات التي كانت وراء تبني الدول لأنظمة ضمان الودائع المصرفية، إلا أنها تتركز إجمالاً حول ما يلي:

أولاً/ المبرر المنطقي؛ زيادة الثقة بالنظام المصرفي في الدولة فوجود أنظمة ضمان الودائع من شأنه أن يؤدي الى تخفيض المخاطر النظامية في القطاع المصرفي، وأبرز هذه المخاطر فقدان الثقة بالمصرف في حالة انهياره، ويحصل ذلك بمجرد انتشار حالة الذعر بين المودعين واسراعهم بسحب أموالهم خشية فقدانها، مما قد يؤدي ذلك الى انهيار مصارف لم تكن تواجه اية مشاكل قبل بدء الازمة، ومن المؤكد ستضطر المصارف الى سحب قروضها لمواجهة طلبات عملائها المودعين، ومن ثم التراجع في النشاطات الاقتصادية الإنتاجية. (18)

ثانياً/ المبرر القانوني والمهني؛ فبعد أن كانت الدولة - من خلال البنك المركزي أو وزارة المالية - تتولى عملية ضمان وودائع المصارف المتعثرة أو المتوقفة عن الدفع (ضمان الودائع الضمني)، فإنها لم تعد تقبل بذلك، إذ من غير الممكن أخلاقياً وقانونياً ومالياً أن تُعفى المصارف من تحمل المخاطر الناجمة عن اخطائها، لذا فإنه يتوجب عليها تحمل مسؤوليتها بأن تلتزم باستقطاع نسبة من وداائعها، ومن ثم تحويلها بشكل دوري ومننظم الى مؤسسة أو صندوق ضمان وودائع يتولى ادارتها البنك المركزي أو السلطنة النقدية، إذ سيجبر هذا الاستقطاع المصارف على تجنب الأخطاء التي كانت تصدر من إدارتها اعتماداً على ضمان الودائع الضمني الذي كانت تمارسه الدولة كما تقدم. (19)

ثالثاً/ المبرر الاحترازي؛ ويتمثل بحماية المودعين بوصفهم الفئة التي تسعى للحصول على مختلف الخدمات المصرفية، ففي الوقت الذي تريد فيه الاطمئنان على أموالها المودعة لدى المصرف بأن تكون بمنأى عن تحمل أية خسارة، فإنها غير مستعدة تماماً لتفهم وتقدير الظروف الخاصة بالمصرف، وغير قادرة على تقييم مدى وجود مشاكل أو مخاطر تكتنف عمله، ففي السابق عندما كانت المصارف تتعرض للأزمات المالية تتدخل الحكومة فوراً وتقوم بضخ الأموال في خزائن هذه المصارف، ومن هذه الأموال الحكومية التي يتم ضخها يتم منح المودعين تعويضاً جزئياً لما تعرضوا له من خسائر مالية وتستمر بذلك حتى ينهض

¹⁸ أنظر أسماء بلعربي، دور نظام ضمان الودائع في التقليل من التعثر المصرفي، رسالة ماجستير، جامعة البوادي، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، 2015 2016، ص26.

¹⁹ أنظر ياسر باسم محمد، أثر إنشاء المؤسسة الفلسطينية لضمان الودائع على تطور الودائع - دراسة ميدانية على البنوك الإسلامية العاملة في فلسطين، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2015، ص 42.

أنظمة (صناديق) ضمان الودائع المصرفية

المصرف المعني من كيوته، لأن انهيار القطاع المصرفي يعني انهيار الاقتصاد الوطني، كانهيار بنك الاعتماد والتجارة الدولي (BCCI) في عام 1991 في لندن، وما صاحبه من انهيارات متتالية للعديد من المصارف والشركات والمؤسسات المالية وحتى خزائن بعض الدول المساهمة في هذا البنك او المصارف المتأثرة. (20)

وتطبيقاً لذلك؛ فقد اعتبرت المؤسسة الوطنية لضمان الودائع في لبنان من الركائز الأساسية في ضمان حقوق المودعين، الى جانب عدد من الركائز الأخرى التي يوفرها القانون اللبناني للمودعين وهي:

1. نظام القطاع المصرفي الذي أثبت قدرته ومناعته منذ قيامه.
 2. قانون السرية المصرفية الذي تمكن في فترات معينة من استقطاب الودائع اللبنانية والأجنبية بأحجام كبيرة.
 3. وأيضاً الضمانة التي قررها المرسوم ذي الرقم 77/10 الذي يطلب من مصرف لبنان المركزي مدّ المصارف المتعثرة بالسيولة اللازمة حفاظاً على ودائع المواطنين. (21)
- كما قامت سلطنة عُمان بإدخال نظام ضمان الودائع بموجب المرسوم السلطاني رقم 9 لسنة 1995 من أجل توفير غطاء تأميني لجميع الودائع المصرفية - باستثناء تلك التي حددها المرسوم والتي سوف نبينها لاحقاً - الى جانب تعزيز الاستقرار المالي وهو ما يؤدي الى دعم ثقة الجمهور في القطاع المصرفي وتشجيع المزيد من الادخار.

وصرح المشرع المغربي؛ بانه: " رغبة في حماية مصالح المودعين وضمان سير الجهاز البنكي على أحسن وجه والمحافظة على سمعة السوق البنكية المغربية فسوف يحدث:

1. صندوق جماعي لضمان الودائع وذلك دون الإخلال بالأجهزة التي يكون لها نفس الغرض وتوجد على صعيد بعض مؤسسات الائتمان.
2. نظام جماعي للدعم المالي لمؤسسات الائتمان التي تتلقى أموالاً من الجمهور وتعرضها صعوبات". (22)

²⁰ أنظر مقال (حماية الودائع المصرفية) متاحة على الموقع الإلكتروني: <https://makkahnewspaper.com/article/623011> تاريخ الزيارة 2019/12/5.

²¹ أنظر د. مالك عيلا، المرجع السابق، ص 165166.

²² إدارة البنك المركزي العماني، نظام تأمين الودائع المصرفية، ط1، 2012، ص4.

وجاء صندوق ضمان الودائع المصرفية السوداني ليحقق ما يلي: "

- (1) ضمان الودائع بالمصارف المضمونة.
- (2) حماية حقوق المودعين واستقرار وسلامة المصارف المضمونة وتدعيم الثقة فيها.
- (3) جبر الأضرار عند وقوعها بتعاون وتكافل بين السلطات النقدية والمصارف والمودعين أنفسهم.

المطلب الثاني/ التكييف القانوني لأنظمة ضمان الودائع

على الرغم من المبررات التي كانت سببا في وجود ودعم فكرة حماية الودائع المصرفية، إلا أنها وقعت كأى نظام قانوني آخر بين التأييد والمعارضة؛ وقد استند كل منهما الى أسس متعددة، كشف البعض منها عن الطبيعة القانونية لهذه الأنظمة، ولم يشك خبراء في أن ضمان الودائع المصرفية لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق من تطبيقات عقد التأمين العادي، بينما أشارت بعض الدراسات الى أنه يعد نوعاً من التطبيقات التعاونية.

ان ما تقدم يدفعا الى التساؤل عن التكييف القانوني المناسب الذي يمكن أن يعطى لأنظمة ضمان الودائع؟ وما هو موقف التشريعات محل المقارنة في هذه الدراسة من هذه المسألة؟ والإجابة عن هذا التساؤل تفرض علينا بيان الأسس التي استند اليها كل من المؤيدين والمعارضين لفكرة تأمين الودائع، ليتضح لنا من خلالها وبشكل جليّ المزايا التي دفعت العديد من الدول الى إنشاء مؤسسات أو صناديق لضمان الودائع، وأيضاً المخاطر التي ينطوي عليها الأخذ بهذه الأنظمة، وسيكون ذلك في المقصد الأول، ويخصص المقصد الثاني للأراء التي اعتبرت أن نظام ضمان الودائع لا يخرج عن كونه نظام تأميني أو تطبيق تعاوني، أما موقف التشريعات محل المقارنة في هذه الدراسة من الطبيعة القانونية لأنظمة ضمان الودائع، فسوف نتعرض له لاحقاً، عند حديثنا عن تأسيس أنظمة ضمان الودائع في المبحث الثاني.

المقصد الأول/ أنظمة ضمان الودائع بين التأييد والمعارضة

أولاً/ تأييد وجود أنظمة ضمان الودائع؛ معظم البنوك المركزية والمؤسسات المصرفية التي تواجه عادة صعوبات في منافسة غيرها من المصارف الأكبر حجماً أو المصارف الأجنبية في عملية استقطاب الودائع

أنظر المادة 56 من ظهير شريف رقم 1.93.147 صادر في 6 يوليو 1993.

من الجمهور تؤيد إنشاء أنظمة أو صناديق ضمان الودائع، ومؤدى هذا التأييد هو: أن التطور الذي شمل متطلبات الحياة الاقتصادية الحديثة جعل للمصارف وأنشطتها المصرفية، دورا كبيرا في تنشيط وتنمية الاقتصاد الوطني، وأن من شأن أي خلل أو ضعف يصيبها، سيطال تأثيره ليشمل المستهلكين والمستثمرين وأصحاب الودائع وغيرهم.

والمبررات التي يمكن الاستناد إليها في هذا التأييد تتلخص بالآتي:

1. كثرة وتكرار حالات الإفلاس التي أصابت عددا من المصارف في الدول النامية.
 2. للبنوك المركزية مصلحة أساسية في وجود مؤسسات أو صناديق لضمان الودائع، إذ أن هذه المؤسسات تعد في حكم شركات التأمين التي تقوم بتوزيع المخاطر وتعمل على تخفيف العبء الواقع على كاهل البنوك المركزية، والذي يتأتى من كون البنوك المركزية مدعوة لإقراض أي مصرف يواجه صعوبات مالية حتى تتمكن من تجاوزها انطلاقاً من قاعدة المساعدة قبل الانهيار التام والوقاية خير من العلاج.⁽²³⁾
 3. أهمية الوديعة المصرفية كونها أداة رئيسية من أدوات تسوية المدفوعات في النظام النقدي.
 4. الدور المتعاظم للجهاز المصرفي في الحياة الاقتصادية يفرض على الدولة رعاية سلامته واستقراره بوسائل أقوى من تدابير الرقابة التي تباشرها البنوك المركزية.
 5. خلق نوع من التكافل والتعاون بين المصارف من جهة - ومن ثم المودعين الذين سيحصلون على فوائد أقل على وديعتهم مقابل التخلص من المخاطر - والسلطة النقدية من جهة أخرى، مما يؤدي الى تخفيض العبء عن كاهل البنوك المركزية في حالات فشل المصارف مالياً.⁽²⁴⁾
- ثانياً/ معارضة وجود أنظمة ضمان الودائع؛ ذهب بعض الباحثين الى أنه: لا ضرورة لوجود نظام خاص بضمان الودائع، وأنه يمكن للمصارف أن توفر معاملات مصرفية آمنة من شأنها الحفاظ على ثقة المودعين بالجهاز المصرفي، كما ترى أن نظام التأمين على الودائع غير ضروري وغير مرغوب فيه للأسباب التالية:

²³ في هذا المعنى تقريباً أنظر د. عبد القادر ورسمه غالب، المرجع السابق، ص 368، رأفت على الأعرج، مدى أهمية نظام الودائع في تدعيم شبكة الأمان المالي - دراسة ميدانية على الجهاز المصرفي الفلسطيني، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، كلية التجارة، غزة، 2009، ص 50.

²⁴ أنظر د. عثمان بابكر احمد، المرجع السابق، ص 20 - 21.

1. التكاليف المالية لأنظمة ضمان الودائع والتي يتحملها المودعون والمستثمرون في المصارف، إضافة الى ان هذه الأنظمة ترتب حالة من عدم المساواة بين المصارف الكبيرة التي تدفع اشتراكاتها، وعلى الأغلب انها لا تتعرض لأزمات مالية، وبين المصارف الصغيرة التي تدفع اشتراكات مالية قليلة، الا انها تتعرض لأزمات مالية أكثر مما تتعرض له المصارف الكبيرة.
 2. إن إنشاء مؤسسات ضمان الودائع قد يدفع إدارات المصارف الى الإهمال والتراخي في بذل أقصى درجات الرقابة على مجالات ووسائل توظيف ودائعها، نتيجة اعتمادها على أنظمة أو صناديق ضمان الودائع في رد الودائع لأصحابها في حالة تعرضها للفشل المالي.
 3. احتمالية وقوع تداخل ما بين صلاحيات مؤسسات ضمان الودائع في حال إقرار وجودها، مع سلطات وسياسات الرقابة التي تطبقها المصارف المركزية لأجل سلامة الجهاز المصرفي.⁽²⁵⁾
- نعتمد أن الأسباب التي استند اليها المعارضون قد تبدو ضعيفة في مواجهة المزايا التي تحققها أنظمة ضمان الودائع؛ فالتكاليف المالية التي تحدثوا عن أنها تزيد من أعباء المودعين والمقترضين، قد لا تكون ذات أهمية لو قورنت بالمخاطرة التي يواجهها هؤلاء عند وقوع حالات الفشل المالي الذي تتعرض له المصارف، ولو كانت مسألة التكاليف المالية أمراً مؤثراً فعلاً، لما بادرت الدول المعروفة بتقدم نظمها المصرفية، الى الإسراع في إنشاء مؤسسات أو صناديق لضمان الودائع، واننا نجد في هذه الأنظمة او الصناديق وسائل فعالة لدعم المركز المالي للمصارف التي تعتمد بشكل أساسي على أموال الودائع في أنشطتها الاستثمارية، كما أن قيام البنوك المركزية وهي جهات حكومية بإنشاء وإدارة هذه الأنظمة أو الصناديق وإخضاعها لرقابتها، يساعد على تحقيق الاستقرار الاقتصادي، ويُشعر المودعين بالاطمئنان على أموالهم اذا ما علموا ان هذه الأنظمة او الصناديق ستقوم بتعويض خساراتهم عند وقوع أية أزمة مالية.
- ومع ذلك؛ فانه لا يمكن اغفال الآثار السلبية التي من الممكن ان تترافق مع تطبيق أنظمة ضمان الودائع على استقرار القطاع المصرفي والنظام المالي والاقتصادي ككل، إلا أن هذه الآثار يمكن الحد من أغلبها إذا ما تم أخذها بنظر الاعتبار عند تصميم هذه الأنظمة، ومن هذه الآثار:

²⁵ أنظر د. عثمان بابكر احمد، المرجع السابق، ص 20 - 21، زكريا الدوري، يسري السامرائي، البنوك المركزية والسياسات النقدية، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة العربية، 2006، ص 150.

1. وجود نوع من المخاطر تسمى بالمخاطر المعنوية؛ تنشأ عن شعور المودعين بعدم وجود مخاطر ائتمانية مرتبطة بعمليات الإيداع لدى أي مصرف، مما يؤدي الى زوال الفروق بين المصارف ذات مستويات المخاطر المختلفة، ثم ينعكس ذلك على سلوك المودعين وسلوك موظفي المصرف؛ فالمودعون سيتجهون الى المصارف التي تدفع أعلى سعر فائدة على الودائع، وينتج عن ذلك تقليل مستوى الانضباط بالسوق، أما موظفي المصرف فوجود أنظمة ضمان الودائع يولد لديهم شعور بالاطمئنان بأنها صمّام الأمان لعملائهم وأنها ستتحمّل تغطية أية خسائر تنشأ عن قرارات صادرة عنهم.⁽²⁶⁾

2. العضوية في أنظمة ضمان الودائع قد تثبت للمصارف الضعيفة منها أكثر من المصارف القوية؛ وذلك لان المصارف القوية تتخفف فيها نسبة التعرض للمخاطر، وهو ما يدفعها الى العزوف عن الانضمام الى عضوية أي نظام ضمان ودايع يتقاضى رسوم عضوية بشكل لا يتناسب مع مخاطر المصرف، ومن ثم ستقتصر العضوية في هذا النظام على المصارف الضعيفة، مما يخلق صعوبة في تمويل النظام ذاته.

3. قد يكون لأنظمة ضمان الودائع تأثير سلبي على كفاءة توزيع الأصول المالية؛ إذ أن المصارف المنضمة الى أنظمة نظام الودائع تتلقى دعماً حكومياً على شكل ضمانات حكومية تساعد على جذب الودائع بأسعار فوائد أقل من المستوى الضروري في حال غياب ضمان الودائع، وتمكنها من تحمل مستويات أعلى من المخاطر دون الخشية من خسارة مصادر التمويل عبر الودائع.⁽²⁷⁾

المقصد الثاني/ أنظمة ضمان الودائع نوع من التأمين التعاوني

ذهب جانب آخر من الباحثين الى أن: "ضمان الودائع المصرفية لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق من حزمة تطبيقات عقود التأمين التي تهدف عادة الى تعويض الشخص المضمون عن الخسائر التي يتعرض لها في الأموال والممتلكات والسلع، أو عن الخسائر والأضرار البشرية سواء في معرض ممارسة النشاطات

²⁶ أنظر ياسر باسم محمد حمد، المرجع السابق، ص4950.

²⁷ أنظر في تفصيل هذه الآثار أسماء بلعربي، المرجع السابق، ص 36 - 38، رأفت علي الأعرج، المرجع السابق، ص 65 - 70، ياسر باسم محمد حمد، المرجع السابق، ص4950.

أنظمة (صناديق) ضمان الودائع المصرفية

الاقتصادية أو في حالات التعرض الى أضرار من جراء أحداث غير متوقعة"، وفي حالة ضمان الودائع المصرفية فإن هذا النوع من التأمين يتميز ببعض الأمور منها:

1. المضمون في أنظمة ضمان الودائع هو ليس فرداً أو مؤسسة أو شركة أو جماعة معينة، بل هو المجتمع عامة وبصفة خاصة فئة صغار المودعين الذين لا يمتلكون المعلومات الكافية عن المراكز المالية للمصارف التي يودعون أموالهم فيها.

2. لا تستهدف أنظمة ضمان الودائع تحقيق الربح من الجهة الضامنة - البنوك المركزية على الأغلب - وهذه الجهة لا تسعى في أنشطتها الى تحقيق الربح، وهي لا تتقاضى أي دعم مالي أو ضرائب من الجهاز المصرفي، بل أن الغاية الأساسية لعملية الضمان هي تعزيز ثقة الجمهور بالنظام المصرفي وزيادة الاستقرار المالي.

3. تقوم أنظمة ضمان الودائع على فلسفة التكامل بين كل من المصارف ومعها المودعين الذين سيحصلون على فوائد أقل على ودائعهم مقابل التخلص من المخاطر وبين السلطة النقدية - وبالتالي الاقتصاد الوطني بأكمله، لأن ذلك سيجنب جميع المواطنين حالات الخوف عند وقوع الأزمة المالية - مقابل الموارد الحقيقية التي ستخصص لإدارة أنظمة الضمان.⁽²⁸⁾

ووفقاً لما تقدم، يمكن القول بأن أنظمة أو صناديق ضمان الودائع قد تقترب في مفهومها من هيئات التأمين التعاوني في بعض الجوانب ولكنها تختلف عنها في جوانب أخرى، فهي تقترب من هيئات التأمين التعاوني من حيث انها تقوم على مبدأ التعاون بين المصارف المرخصة بعمليات الإيداع، كما أنها كأنظمة التأمين التعاوني تُعدّ لأوقات الرخاء احتياطاً لمنع الوصول الى الأزمات، إلا أنها تختلف عن هيئات التأمين التعاوني من حيث:

أن صناديق أو أنظمة ضمان الودائع يُشترط أن تسهم في تأسيسها الدولة. ⁽²⁹⁾ - يمثلها البنك المركزي - وجميع المصارف المرخصة باستلام الودائع من الجمهور والتي قد تتعرض لمخاطر الازمات المالية، في حين لا يشترط مساهمة الدولة في تأسيس هيئات التأمين التعاوني، كما ان مساهمة كل مصرف في رأسمال

²⁸ د. فهد بن بجاد بن ملاح العتيبي، المرجع السابق، ص 273.

²⁹ أنظر المواد 12 من قانون المؤسسة الوطنية لضمان الودائع في لبنان 67/28 الصادر في 1967/5/9

النظام او الصندوق تحدد بمبلغ مقطوع يتولى المشرع تحديد طريقة ووقت أدائه - وستتولى بيان ذلك لاحقاً-
(30).

أما في هيئات التأمين التعاوني، فإن من يتولى تحديد هذه المساهمة هم المؤمن لهم وهم المالكون لها وهم الذين يديرونها وهم الذين ينتفعون من خدماتها، كما أن هذه المساهمات أو الأقساط التي يدفعها المؤمن لهم قد تكون متغيرة حسب نتائج أعمال كل سنة.(31)

كما أن الانضمام الى أنظمة وصناديق ضمان الودائع يعد إلزامياً للمصارف في معظم التشريعات،(32) ، في حين تكون العضوية في هيئات التأمين التكافلي اختيارية مفتوحة وتقتصر على المؤمن لهم المالكون لها الذين يديرونها وينتفعون من خدماتها.(33)

ويذهب جانب من الفقه الى: "اعتبار صناديق التأمين على الودائع المصرفية، صورة من صور المؤسسات العامة، وهذه المؤسسات العامة قد تكون مرفقية على أساس أن كلا منها يدير مرفقاً عاماً معيناً، أو مصلحة حيث تباشر مصلحة عامة معينة، مستقلة عن الإدارة المركزية للدولة، ومن أمثلتها الجامعات الحكومية وهيئة البريد والإذاعة والتلفزيون والموائى، وجميع هذه الهيئات تصدر قرارات إدارية فردية قابلة للطعن أمام القضاء الإداري".(34)

ويمكن القول بأن أنظمة ضمان الودائع لها طبيعة قانونية خاصة، فقد أثار تأسيسها في المجالين القانون والمصرفي تساؤلات عديدة، وذلك بسبب غرابة التكوين القانوني لهذه الأنظمة من عدة جوانب منها؛ انها تنشأ في اغلب التشريعات العربية بمقتضى تشريع، وتهدف الى تحقيق مصلحة عامة ومنها انها تتمتع بعدد من الصلاحيات، وترتبط في معاملاتها بالسلطة النقدية والبنك المركزي في الدولة، كما ترتبط في

³⁰ أنظر م/12 من قانون المؤسسة الوطنية لضمان الودائع في لبنان 67/28 الصادر في 1967/5/9، م/5 من نظام تأمين الودائع المصرفية العماني رقم 9 لسنة 1995، م/14 من قانون صندوق ضمان الودائع المصرفية لسنة 1996 السوداني، م/58 من ظهير شريف رقم 1.93.147 صادر في 6 يوليو 1993.

³¹ أنظر في تفصيل ذلك د. أنس محمد عبد الغفار، المفهوم القانوني للتأمين التعاوني - دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الامارات، 2014، ص84 - 87.

³² أنظر م/12 من قانون المؤسسة الوطنية لضمان الودائع في لبنان 67/28 الصادر في 1967/5/9، م/4 من نظام تأمين الودائع المصرفية العماني رقم 9 لسنة 1995، م/14 من قانون صندوق ضمان الودائع المصرفية لسنة 1996 السوداني، م/58 من ظهير شريف رقم 1.93.147 صادر في 6 يوليو 1993.

³³ أنظر في تفصيل ذلك د. أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص85.

³⁴ أنظر د. رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري، دار النهضة العربية، 1997، ص33.

معاملاتها مع المصارف التجارية، وأنها أيضا تتميز عن الشركات التجارية التي تتخذ شكل الشركة المساهمة في غاية انشائها، فغاية الشركات التجارية هي تنفيذ المشروع الذي قامت من أجله لتحقيق الأرباح، وفي الوقت نفسه لا يُنكر انها تتضمن مفهوم التأمين التعاوني من حيث ان المصارف الأعضاء في هذه الأنظمة تساهم جميعاً في تحمل كلفة تصفية المصارف المتعثرة.

المبحث الثاني/ أنظمة (صناديق) ضمان الودائع في الإطار التنظيمي

التعرض لأنظمة ضمان الودائع في اطارها المفاهيمي كشف لنا عن أهمية الدور الذي يمكن أن تؤديه أنظمة ضمان الودائع في حماية المودعين واستقرار وسلامة المصارف المضمونة وتدعيم الثقة فيها، غير أن هذه الأهمية لا تتجسد حقيقة الا إذا تعرفنا على الجوانب القانونية لتنظيمها؛ الشكل الذي يمكن أن تتخذه وكيفية إدارتها والعضوية فيها وتحديد مواردها المالية، ولذلك فأنا سننعمد الى بيان هذه الجوانب في التشريعات محل هذه الدراسة لتتوصل الى معرفة النظام الأمثل لحماية الودائع وبالتالي اعتماده في تصميم نظام ضمان الودائع لدولة الامارات، وقبل كل ذلك يكون من الضروري التعرف الى بيان أنواع أنظمة ضمان الودائع المصرفية للتعرف على الأنسب منها لدولة الامارات وعلى التوالي:

المطلب الاول/ الهيكل التنظيمي لأنظمة ضمان الودائع المصرفية

التعرض للأحكام القانونية التي قررتها التشريعات محل الدراسة، لتأسيس أنظمة أو صناديق ضمان الودائع لديها، تفرض علينا الرجوع الى النصوص القانونية الخاصة بهذه التشريعات والتعرف على الشكل القانوني الذي اتخذته عند التأسيس والأغراض المراد تحقيقها من تأسيسها وشروط العضوية فيها، والجهة التي تقوم بإدارتها وسيكون ذلك في المقصد الثاني إذ سيخصّص المقصد الأول لبيان أنواع أنظمة ضمان الودائع.

المقصد الأول/ أنواع أنظمة (صناديق) ضمان الودائع المصرفية؛ يتوقف تصميم أي نظام ضمان ودائع قادر على حماية النظام المالي عند وقوع الأزمات التالية، على اتخاذ قرار صائب باختيار النوع الصحيح من أنظمة ضمان الودائع، وقد تبنت أغلبية الدول أنظمة ضمان يتم من خلالها حماية أموال المودعين، ولكن أيا كان النظام الذي تبنته الدولة، فهو إما أن يكون ضماناً واضحاً وصريحاً ومحدداً وذلك إذا كان هناك نظام للتأمين على الودائع، وإما أن يكون ضمنيّاً، بمعنى أن السلطة النقدية أو الحكومة تضمن أموال المودعين، إذ

أنظمة (صناديق) ضمان الودائع المصرفية

لا يوجد في الدولة نظام مطبق للتأمين على الودائع، وكلا النظامين يعملان على تحقيق الاستقرار في الجهاز المصرفي وحماية صغار المودعين عند تعثر أحد المصارف أو إفلاسها، كما أنهما يتبعان الإجراءات ذاتها لعلاج وضع المصارف المتعثرة كذلك الإجراءات الخاصة بدفع التعويضات الى المودعين.⁽³⁵⁾

فما مضمون هذين النظامين، وما هي مزايا وعيوب كل منهما؟

أولاً: أنظمة الضمان الضمنية للودائع؛ بمقتضى هذه الأنظمة تقدم الحكومة هذه الحماية للمودعين، ليس لأنها ملزمة قانونياً بعمل ذلك، ولكن لأنها تعتقد أن في هذه الخطوة تحقيقاً لأهداف السياسة العامة، ويدفعها الى ذلك شعورها بالمسؤولية عن الخسائر التي لا بد من استيعابها والمشاركة في حمايتها، وهو ما أخذت به دولة الامارات العربية المتحدة، ومما يدل على ذلك قيامها - وهو ما ذكرناه في مقدمة البحث - في الربع الأخير من العام 2008، وأثر انهيار البنك الأمريكي ليمان براذر بضمان أموال جميع المودعين في المصارف الإماراتية، إضافة الى أموال المودعين في فروع البنوك الأجنبية في الامارات بهدف حماية الجهاز المصرفي، فقد عمدت الى وضع ما يزيد عن 133 مليار درهم اماراتي تحت تصرف المصرف المركزي كاحتياطي لاستخدامه في تعويض أموال جميع المودعين في البنوك الإماراتية وفي فروع البنوك الأجنبية في الإمارات، بهدف حماية الجهاز المصرفي واطمئنان المودعين على مدخراتهم.⁽³⁶⁾

ومن الجدير بالذكر هو أن الحماية التي تقدمها الحكومات بمقتضى هذا النوع من الأنظمة هي حماية تقديرية يمكن أن تظهر بطرق أساسية ثلاث وهي:

1. الدفع بشكل مباشر للمودعين أو ترتيب طريقة دفع ودائع هذا المصرف من خلال مصرف آخر؛ وذلك في حالة إغلاق مصرف مفلس.⁽³⁷⁾

2. الدمج المصرفي أو ما يسمى (افتراض الإيداع)؛ إذ يمكن أن تلجأ الحكومة الى دمج المصرف ذو المشكلة مع مصرف آخر؛ ويقصد بالدمج: " إدماج البنك الفاشل مع بنك معروف يتحمل

³⁵ أنظر د. نبيل حشاد، أنظمة التأمين على الودائع وحماية المودعين - التجارب والدروس المستفادة، المعهد العربي للدراسات المالية والمصرفية، 1994، ص297.

³⁶ أنظر مقال (ضمان الودائع في البنوك الإماراتية قرار سيادي) متاح على الموقع الإلكتروني:

http://www.alkhaleej.ae/economics/page/8ddce04105644427ac1f51 زيارة الموقع 2019/11/13

³⁷ أنظر رأفت الأعرج، المرجع السابق، ص53.

المسؤولية تجاه كل المودعين بغض النظر عن الحجم".⁽³⁸⁾ ويعرف المشرع اللبناني المصرف المندمج في المادة/1 من قانون تسهيل اندماج المصارف رقم 192 في 1993/1/4 بأنه: "المصرف الذي يزول من الوجود وفقا للإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون، وفي هذه الحالة تضم جميع موجوداته وحقوقه ومطلوباته والتزاماته الى موجودات وحقوق ومطلوبات والتزامات مصرف آخر يسمى المصرف الدامج". ويتم ذلك عن طريق إمداد المصرف برأسمال أو امتلاك بعض أو كل الأصول غير العاملة للمصرف بقيمتها الدفترية، وكلا الطريقتين تمنح المصرف فرصة البدء من جديد بمحفظه نظيفة.⁽³⁹⁾

ثانياً: أنظمة الضمان الصريحة للودائع؛ حماية الودائع في هذا النوع من الأنظمة يعتمد على وجود قانون خاص لضمان الودائع يبين إجراءات عمل النظام ويحدد بشكل خاص نوع المؤسسات المالية والودائع المشمولة بالتأمين، وشكل العضوية والحجم الأقصى للودائع الذي يتم تأمينه، وكيفية تمويل النظام إضافة الى الأدوات التي يستخدمها النظام في حال فشل المصرف. وعدد كبير من الدول التي عكفت على حماية الودائع بمقتضى قانون خاص منها؛ البرتغال والسويد وكندا وإيطاليا والبرازيل وأستراليا وتشيلي والبحرين والدول التي كانت تشريعاتها محل هذه الدراسة. وعمان ولبنان والمغرب والسودان.

ولكن التساؤل قد يثور بشأن أفضلية أي من النظامين؟ فما هو النظام الأفضل لحماية المودعين، نظام حماية الودائع الصريح ام الضمني؟ الإجابة على وجه الدقة تقتضي بيان مزايا وعيوب كل منهما وهي كالآتي:

1- يتميز نظام الحماية الصريح بأنه أكثر كفاءة من نظام الحماية الضمني، من حيث سرعة تعويض المودعين والتدخل عند وقوع حالات تعثر المصارف، كما أنه يقدم حماية أفضل من الحماية التي يقدمها النظام الضمني، لأنه قد خُصص أصلاً لتحقيق هذا الهدف، فهو يتكفل بنقل جزء كبير من عبء حالات إفلاس المصارف الى المصارف نفسها، من خلال الاعتماد على مجموع الأقساط التي يدفعونها، في حين تستفيد المصارف في نظام الحماية الضمني دون أن تدفع مقابل،⁽⁴⁰⁾ ، وقد أثبتت التجارب أن

³⁸ لمزيد من التفصيل أنظر توماس ماير، جيمس إس دوسينيري، روبرت زد أنبير، المرجع السابق، ص 149، وللتعرف على مبررات وأنواع الدمج المصرفي أنظر أنطون الناشف، خليل الهندي، العمليات المصرفية والسوق المالية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، 1998، ص 170-171.

³⁹ أنظر رأفت الأعرج، المرجع السابق، ص 53-54.

⁴⁰ أنظر د. نبيل حشاد، المرجع السابق، ص 298.

الدول التي طبقت نظاماً صريحاً لحماية الودائع، استطاعت إدارة الأزمة بدرجة أكثر كفاءةً من الدول التي طبقت نظام التأمين على الودائع الضمني. (41)

2- يقرر نظام حماية الودائع الصريح التزاماً قانونياً لحماية المودعين إلى حد التأمين (سقف التغطية)، بينما لا يتقرر مثل هذا الالتزام في ظل نظام الحماية الضمني، لأن الحماية تقع ضمن اختصاص الحكومة التقديري. (42)

ولكن يعاب على نظام حماية الودائع الصريح، أنه قد يشجع المصارف على استخدام أموالها في الأنشطة المصرفية بدرجة كبيرة، إذ ستكون مطمئنة إلى أن نظام حماية الودائع سيقوم بحماية المودعين في حالة إفلاسها أو مواجهتها لأزمة مالية، بينما لا يتحقق ذلك للمصرف في ظل نظام حماية ضمني، كما أنه يحمل في طياته تكلفة لأنه يضمن تقديم تعويضات محددة، أما في نظام حماية الودائع الضمني، فإن الحكومة تقدم تعويضات تراها مناسبة وتكون في الغالب غير مكلفة مقارنة بما يقدمه النظام الصريح. (43)

دولة الامارات العربية المتحدة اعتمدت نظاماً ضمناً لحماية الودائع؛ - فهي تُعد ضمان الودائع من أعمال السيادة، وأن الدولة هي التي تضمن الودائع، وهو ما فعلته في الأزمة المالية العالمية التي حصلت عام 2008.

المقصد الثاني/ الشكل القانوني لأنظمة (صناديق) ضمان الودائع المصرفية؛ تباينت التشريعات محل الدراسة في اختيار الشكل القانوني لتأسيس أنظمة ضمان الودائع، واختلفت المسميات التي أطلقتها على هذه الأنظمة أو الصناديق، كما أنها اختلفت في تحديد طريقة إدارة هذه الأنظمة أو الصناديق وشروط العضوية وسنعمد إلى توضيح هذه الجوانب في التشريعات العربية التي تنصب عليها هذه الدراسة وذلك على وفق الآتي:

أولاً: المشرع اللبناني؛ جعل من نظام ضمان الودائع مؤسسة مختلطة، تسهم فيها الدولة وجميع المصارف العاملة في لبنان، وتعرف هذه المؤسسة باسم " المؤسسة الوطنية لضمان الودائع"، ويكون مركزها بيروت وتكون أسهمها أسمية وغير قابلة للتنازل عنها. (44) ، وهي "مؤسسة حكومية مصرفية تمول باشتراكات سنوية إلزامية

41 أنظر رأفت الأعرج، المرجع السابق، ص56.

42 أنظر د. نبيل حشاد، المرجع السابق، ص298.

43 أنظر رأفت الأعرج، المرجع السابق، ص56.

44 أنظر م/12 من قانون المؤسسة الوطنية لضمان الودائع رقم 67/28 لسنة 1967

من المصارف والدولة مناصفة"،⁽⁴⁵⁾ ويدير هذه المؤسسة مجلس إدارة مكون من سبعة أعضاء أربعة منهم يمثلون المصارف ويُنتخبون من قبلها، وثلاثة يمثلون الدولة ويُعينون بمرسوم كما تعيّن الحكومة مفوضاً لها لدى المؤسسة لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد له حق إعادة المداولة في القرارات، ويُتخذ في هذه الحالة القرار النهائي بأغلبية خمسة أصوات، ولا يحق لمفوض الحكومة الاعتراض على القرارات المتعلقة بانتخاب رئيس مجلس الإدارة ونائبه.⁽⁴⁶⁾

وغاية الضمان الذي تحققه المؤسسة لأصحاب الودائع المصرفية، هو تعزيز الثقة بالمصارف وتحسين أوضاعهم المالية والاجتماعية، وخصائص هذا الضمان تتلخص بأنه؛ لا يغطي قيمة الودائع المصرفية كاملة، ولا يستحق إلا عند توقف المصرف عن الدفع، ويتم بمقتضاه توزيع المخاطر على الجميع من مصارف ومودعين.⁽⁴⁷⁾

ثانياً: **المشرع العُماني**؛ أدرج صندوق التأمين على الودائع ضمن إدارات البنك المركزي؛ إذ يتولى البنك المركزي إنشاء صندوق يسمى "صندوق تأمين الودائع المصرفية، ويعهد بعملية إدارته للجنة الإدارة، ويتم إيداع جميع الأموال الخاصة بنظام تأمين الودائع المصرفية في الصندوق.⁽⁴⁸⁾ كما أوجب على كل المصارف المرخصة من البنك المركزي لاستلام الودائع، الانضمام كأعضاء في نظام تأمين الودائع المصرفية والخضوع لإحكام نظام تأمين الودائع المصرفية.⁽⁴⁹⁾، ويكون الصندوق تحت إدارة ورقابة البنك المركزي العُماني مالياً وإدارياً، ويحدد مجلس محافظي البنك المركزي العُماني السياسة العامة لإدارة الصندوق، وتشمل استثمار موارد الصندوق ومنح الرئيس التنفيذي للبنك المركزي سلطة تشكيل لجنة لإدارة الصندوق، وتتكون اللجنة من خمسة أعضاء يكون ثلاثة منهم من موظفي البنك المركزي بدرجة لا تقل عن مدير دائرة والأعلى منهم رئيساً للجنة، ويكون اثنان من أعضاء اللجنة من مسؤولي المصارف الأعضاء.⁽⁵⁰⁾

⁴⁵ أنظر د. فهد بن بجاد بن ملافح العتيبي، المرجع السابق، ص 257

⁴⁶ أنظر م/13 من قانون المؤسسة الوطنية لضمان الودائع رقم 67/28 لسنة 1967 ولتفصيل أكثر أنظر د. أسامة إسماعيل عجروس، قوانين المصارف والنقود في لبنان، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 110.

⁴⁷ أنظر د. فهد بن بجاد بن ملافح العتيبي، المرجع السابق، ص 258.

⁴⁸ م/3 من نظام تأمين الودائع المصرفية العُماني رقم 9 لسنة 1995.

⁴⁹ م/4 من نظام تأمين الودائع المصرفية العُماني رقم 9 لسنة 1995.

⁵⁰ إدارة البنك المركزي العُماني، نظام تأمين الودائع المصرفية، المرجع السابق، ص 10.

والتأمين يتم توفيره للمودعين تلقائياً ودون مقابل، ويهدف الصندوق من خلال هذا التأمين الى: " تحويل عبء تعويض المودعين من الحكومة الى نظام مستقل قائم على أساس التحصيل المسبق - حيث يتم تجميع الأموال مسبقاً من المصارف الأعضاء، كما أنه يضمن تكافؤ الفرص للمصارف المتفاوتة الأحجام لتتنافس على الأنواع المختلفة من الودائع، وبالتالي زيادة ثقة الجمهور في المصارف.(51)

ثالثاً: المشرع المغربي؛ من اجل حماية مصالح المودعين وضمان سير الجهاز البنكي على أحسن وجه والمحافظة على سمعة السوق البنكية المغربية؛ فقد تم استحداث نظامين أولهما: صندوق جماعي لضمان الودائع دون الاخلال بالأجهزة التي يكون لها نفس الغرض وتوجد على صعيد بعض مؤسسات الائتمان، وثانيهما: نظام جماعي للدعم المالي لمؤسسات الائتمان التي تتلقى أموال من الجمهور وتعرضها صعوبات.(52) ، كما أنه أوجب على جميع مؤسسات الائتمان (المصارف) التي تتلقى أموالاً من الجمهور ان تساهم في تمويل الصندوق الجماعي لضمان الودائع، وهذا يعني أن العضوية المقررة في الصندوق تعتبر الزامية بالنسبة لجميع المصارف المغربية، بدليل أنه استعمل عبارة "يجب على جميع مؤسسات الائتمان ...". (53) .

ويذهب جانب من الفقه في هذا الصدد الى أن "المشرع المغربي يكون قد تبنى موقفاً سليماً، حينما جعل العضوية الزامية بالصندوق الجماعي لضمان الودائع، وذلك لضمان الحصول على موارد مالية مرتفعة من خلال المساهمات التي تدفعها المصارف من جهة، ولتحقيق الغاية المتوخاة من إحداثه من جهة أخرى". (54)

وأغراض الصندوق الجماعي لضمان الودائع تتلخص في: القيام في نطاق خطة التقويم، بمنح مساعدات لمؤسسات الائتمان (المصارف) التي تتلقى أموالاً من الجمهور وتعرضها صعوبات أولاً، وتعويض أصحاب الودائع الموضوعة بمؤسسات الائتمان التي وقعت تصفيتها"(55)

⁵¹ إدارة البنك المركزي العماني، نظام تأمين الودائع المصرفية، المرجع السابق، ص8.

⁵² أنظر م/ 56 من ظهير شريف رقم 1.93.147 صادر في 6 يوليو 1993 معتبر بمثابة قانون يتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبة

⁵³ أنظر م/ 58 من ظهير شريف رقم 1.93.147 صادر في 6 يوليو 1993.

⁵⁴ أنظر د. عبد العزيز البازيزي، المرجع السابق، متاح على الموقع الإلكتروني التالي: <https://frssiwa.blogspot.com>

⁵⁵ أنظر م/ 57 من ظهير شريف رقم 1.93.147 صادر في 6 يوليو 1993.

وعلى وزير المالية بعد موافقة لجنة مؤسسات الائتمان تحديد إجراءات تطبيق ما تقدم من أحكام، وكذلك تحديد الأحكام المتعلقة بسير الصندوق وادارته ويتولى ادارة الصندوق والي بنك المغرب.⁽⁵⁶⁾

وبالفعل أصدر وزير المالية القرار رقم 95 - 2445 في 29 فبراير 1996، حدّد فيه الإجراءات والقواعد التي يتم من خلالها تسيير وتنظيم الصندوق من طرف والي بنك المغرب، وهو نفس المقتضى الذي حافظت عليه المادة 132 من قانون 12-103 المعدل للقانون البنكي لسنة 2006 ولكن عن طريق جهاز جديد يتخذ شكل شركة مساهمة - الشركة المغربية لتدبير صناديق ضمان الودائع المصرفية - تتولى عملية الإشراف على الصندوق وتساهم في تسوية صعوبات مؤسسات الائتمان وفقاً لما يحدده بنك المغرب. ⁽⁵⁷⁾ ، وقد أعطى المشرع المغربي والي البنك المركزي المغربي إدارة الصندوق وتسيير شؤونه، ⁽⁵⁸⁾ ، مما دفع رأي في الفقه الى القول بأنه: " هذا الصندوق وعلى الرغم من تمتعه ببعض الحقوق وتحمله في مقابل ذلك بالالتزامات من خلال قيامه بتزويد مؤسسات الائتمان التي تعترضها صعوبات بالمساعدات المالية اللازمة لتمكينها من تجاوز هذه الصعوبات، فإن ذلك لا يمكن أن يرقى به الى مصاف الأشخاص الاعتبارية بالمعنى القانوني المتعارف عليه، ذلك أن إدارة وتسيير الصندوق المذكور لا تمارس من قبل جهاز قانوني مستقل خاص به، بل تتم من قبل والي بنك المغرب الذي يخضع بدوره في العديد من تصرفاته المتعلقة بتشغيل هذا الصندوق لموافقة وزير المالية، فالصندوق الجماعي لضمان الودائع لا يعدو أن يكون سوى حساب خاص تساهم مؤسسات الائتمان - المصارف - من جهة في تغذيته بالموارد المالية اللازمة لتمويله، وذلك عن طريق الاشتراكات السنوية التي تدفعها في هذا الإطار، وتتولى السلطة النقدية من جهة أخرى أمر تشغيله في نطاق الأغراض التي أنشئ من أجلها".⁽⁵⁹⁾

رابعاً: المشرع السوداني؛ أنشأ نظاماً لضمان الودائع يسمى صندوق ضمان الودائع المصرفية، ومقره الرئيسي في الخرطوم وله أن ينشئ فروعاً أو وكالات في ولايات السودان الأخرى، ⁽⁶⁰⁾ ، ويكون لهذا الصندوق هيئة

⁵⁶ أنظر م / 60 من ظهير شريف رقم 1.93.147 صادر في 6 يوليو 1993.

⁵⁷ أنظر د. عبد العزيز البايدي، المرجع السابق، متاح على الموقع الالكتروني التالي: <https://frssiwa.blogspot.com>

⁵⁸ أنظر الفقرة الأخيرة م / 61 من ظهير شريف رقم 1.93.147 صادر في 6 يوليو 1993.

⁵⁹ أنظر د. محمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي - دراسة تحليلية نقدية في ضوء القانون المغربي والقانون المقارن والاجتهاد القضائي ونشرات غرفة التجارة الدولية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 2001، ص 207 - 211.

⁶⁰ أنظر م / 4 من قانون صندوق ضمان الودائع المصرفية السوداني لسنة 1996

مستقلة ذات شخصية اعتبارية، والأعضاء في الصندوق هم جميع المصارف (تتضمن فروع المصارف الأجنبية) العاملة بالبلاد والمرخص لها بمزاولة العمل المصرفي، فعضوية صندوق ضمان الودائع المصرفية إلزامية. (61) ، وينفق المشرع السوداني مع التشريع العماني في أنه جعل ضمان الودائع المصرفية يتم تلقائياً ودون أي مقابل، بل تدخل الوديعة في نطاق التغطية دون تقديم طلب، ومن جهة أخرى أنه شمل في نظام ضمان الودائع المصرفية، الودائع بالمصارف الإسلامية أيضاً.

وإدارة الصندوق تتم من قبل مجلس يُشكل برئاسة المحافظ أو نائبه، وعضوية كل من مدير عام ووكيل وزارة المالية والاقتصاد، ومدير عام الإدارة العامة للرقابة على المصارف والمؤسسات المالية وثلاثة أعضاء من ذوي الكفاءة والمعرفة بالعمل المصرفي يتم ترشيحهم بوساطة اتحاد المصارف السوداني ووافق عليهم أعضاء البنك، وشخصان من ذوي الكفاءة والخبرة يختارهما وزير المالية والاقتصاد الوطني الاتحادي. (62) ، ويقوم الصندوق بتسجيل المصارف المنضمة وأي مصرف جديد بعد حصوله على الترخيص بمزاولة العمل المصرفي في السودان بعد صدور هذا القانون. (63)

ومن ضمن الأغراض التي حدد المشرع للصندوق هي: "1. ضمان الودائع وحماية حقوق المودعين في المصارف المضمونة وسلامتها وتدعيم الثقة فيها، والمصارف المضمونة ... 2. جبر الأضرار عند وقوعها بتعاون وتكافل بين السلطات النقدية والمصارف والمودعين أنفسهم...". (64)

يتبين لنا مما تقدم أن كل من التشريعات محل المقارنة في هذه الدراسة، اجتمعت على ان يكون لأنظمة أو صناديق ضمان الودائع شخصية اعتبارية، سواء كانت في صورة مؤسسة حكومية كما هو الحال في لبنان او في صورة هيئة مستقلة كما هو الحال في السودان، او في شكل هيئة تدرج ضمن إدارات البنك المركزي كما هو الحال في سلطنة عمان، كما ان هذه التشريعات عهدت في إدارة هذه الأنظمة او الصناديق الى مجلس إدارة يتكون من عضوية موظفين أو مجلس محافظين، ولم يجد عن ذلك سوى المشرع المغربي الذي لم يعطي للصندوق الجماعي لضمان الودائع شخصية اعتبارية، واكل مهام ادارته الى والي بنك المغرب، ونرى ان جميع هذه التشريعات لم تكن موفقة في اختيار الشكل القانوني لأنظمة ضمان الودائع لديها، لأن

⁶¹ أنظر م/ 15 ف 1 من قانون صندوق ضمان الودائع المصرفية السوداني لسنة 1996.

⁶² أنظر م/ 7 ف 1 من قانون صندوق ضمان الودائع المصرفية السوداني لسنة 1996.

⁶³ أنظر م/ 15 ف 2 من قانون صندوق ضمان الودائع المصرفية السوداني لسنة 1996.

⁶⁴ أنظر م/ 5 من قانون صندوق ضمان الودائع المصرفية السوداني لسنة 1996.

جعل الأخيرة مؤسسة حكومية بحثة فذلك يؤدي الى ارهاق الحكومة وزيادة اعبائها، كما أن جعلها في شكل هيئة مستقلة غير مرتبطة بالحكومة ما يؤدي الى عدم قدرتها على مساندة ودعم المصارف الأعضاء فيها عند مواجهتها لأي أزمة، ونعتقد انه كان من الأفضل أن تتبنى هذه التشريعات موقفا وسطا عند اختيار الشكل القانوني لصندوق ضمان الودائع؛ فيتم منح الصندوق الشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة وفي الوقت نفسه، جعل الصندوق إدارة من ادارات البنك المركزي في الدولة، وأن يتم ادارته من قبل مجلس يتأسسه محافظ البنك المركزي، وتبرير ذلك هو ان اعتراف المشرع بالشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة للصندوق معناه التزام هذا الصندوق برد أموال المودعين بعيدا عن تدخل من البنك المركزي، اما القول بجعله من ضمن إدارات البنك المركزي، فالغرض منه هو أن يكون الأخير الكفيل الضامن للصندوق في مواجهة المصارف الأعضاء في الصندوق، عند تعثرها او عجزها عن أداء التزاماتها، فعلم المودعين بارتباط الصندوق بجهة حكومية هي البنك المركزي من شأنه ان يطمئن المودعين على ودائعهم ولا يضطروهم الى الإسراع في سحبها لمجرد توقف تعثر مصارفهم او عجزها عن تنفيذ التزاماتها تجاههم، ومن ثم تحقيق اهداف الصندوق او نظام ضمان الودائع وأهمها دعم الجهاز المصرفي و تعزيز ثقة جمهور العملاء، وهو ما نتمنى على المشرع الاماراتي الأخذ به عند وضع التشريع الخاص بنظام ضمان الودائع.

المطلب الثاني/ الهيكل المالي لأنظمة ضمان الودائع

أهم المبررات التي دفعت الدول الى انشاء أنظمة ضمان الودائع، هو حماية المودعين وتعزيز ثقتهم بانها ستوفر لودائعهم الحماية اللازمة ضد المخاطر والأزمات التي من المحتمل ان تواجهها المصارف، والقضاء على أي سبب يدفعهم الى سحب هذه الودائع، وتحقيق هذه الأهداف يحتاج لأن يكون لهذه الأنظمة قدر كافي من الأموال تمكنها من دفع تعويضات للمودعين عند افلاس المصارف او مواجهتها لأي ازمة مالية، فمن الذي يسهم في تكوين أموال أو موارد النظام؟ وكيف يتم استثمار أموال هذه الأنظمة؟ وما مقدار مساهمات المصارف الأعضاء في النظام او الصندوق؟ وما هو الحكم لو تأخر أو تخلف المصرف العضو عن تسديد مساهمته للصندوق؟ سيتم الإجابة عن هذه التساؤلات في المقصدين التاليين:

المقصد الأول/ تمويل أنظمة ضمان الودائع؛ تتنوع مصادر تمويل أنظمة ضمان الودائع وتختلف وفقا للإمكانات والأهداف المرجوة من هذه الأنظمة، هذه الإمكانيات والأهداف تختلف من دولة الى أخرى، وبناء

أنظمة (صناديق) ضمان الودائع المصرفية

على ذلك فقد اختلفت التشريعات في تحديد مصادر التمويل ونسب مساهمة كل مصدر في تكوين رأسمال أنظمة ضمان الودائع لديها ووسائل استثمار أمواله، وهو ما سيوضح في الفقرات التالية:

أولاً: المشرع اللبناني؛ حدد مساهمة كل مصرف من المصارف العاملة في لبنان بمبلغ مقطوع قدره (100000) ليرة لبنانية⁽⁶⁵⁾، أي بما يعادل (31000) دولار أمريكي وبمساهمة الدولة بمبلغ يعادل مجموع مساهمات المصارف، ومساهمة المصارف في المؤسسة اجبارية كما ذكرنا سابقاً، وقد حدد بموجب مرسوم يصدر عن مجلس الوزراء رسم ضمان سنوي في السنوات الثلاث الأولى بمقدار (2) بالآف من مجموع الودائع في نهاية كل عام وتم تخفيض الرسم الى (1.5) واحد ونصف بالآف، وبعد ان انكشفت الودائع بالعملة اللبنانية وارتفعت بالعملة الأجنبية انخفض الرسم الى (0.5) نصف من واحد بالآف، في عام 1987، والى ثلث من واحد بالآف في عام 1988 ويتحدد الرسم سنوياً وفقاً لتكيفية الودائع؛ فكلما زاد الحجم بالعملة اللبنانية وتدنّى بالعملة الأجنبية زاد الرسم السنوي والعكس صحيح، فالمؤسسة اللبنانية تضمن الوديعة اللبنانية فقط وتستوفي الرسم عن مجموع الودائع بالعملة الوطنية والعملات الأجنبية، وتدفع الدولة سنوياً للمؤسسة مبلغاً يعادل مجموع حصيلة الرسم السنوي المفروض على جميع المصارف ويتبين من ذلك ان المؤسسة تستوفي رسوماً منذ ان يتم تأسيسها،⁽⁶⁶⁾

وعندما صدر القانون رقم 110 لسنة 1991 بشأن إصلاح الوضع المصرفي، تم تعديل ضمان الودائع بحيث أصبحت (5000000) خمسة ملايين ليرة لبنانية، وتشمل كافة الودائع سواء أكانت بالعملة اللبنانية ام بغيرها من العملات بغض النظر عن تاريخ قيدها.⁽⁶⁷⁾

وقد اقترحت لجنة تطوير المؤسسة الوطنية لضمان الودائع في لبنان ان يُرفع الحد الأعلى لضمان الوديعة الى (10000000) عشرة ملايين ليرة لبنانية.⁽⁶⁸⁾

⁶⁵ انظر م/12 من قانون المؤسسة الوطنية لضمان الودائع رقم 67/28 لسنة 1967.

⁶⁶ انظر د. فهد بن بجاد بن ملاخ العتيبي، المرجع السابق، ص 257-258.

⁶⁷ انظر د. مالك عبلا، المرجع السابق، ص 265.

⁶⁸ انظر د. فهد بن بجاد بن ملاخ العتيبي، المرجع السابق، ص 258.

ثانياً: **المشرع العُماني**؛ أخضع نظام تأمين الودائع المصرفية لإشراف البنك المركزي من الناحيتين المالية والإدارية، وأوجب على المصارف المرخصة من البنك المركزي لاستلام الودائع الانضمام الى عضوية هذا النظام، وقرر إيداع كل الأموال الخاصة به في الصندوق.⁽⁶⁹⁾

ولكن كيف تتكون أموال الصندوق؟ تحدد المادة/ 5 ف (أ) من نظام تأمين الودائع المصرفية العُماني رقم 9 لسنة 1995، مقدار المساهمات الأولية في رأس مال الصندوق بمقدار (10000000) ريال عُماني يدفع البنك المركزي منها (5000000) ريال عماني وتدفع المصارف الأعضاء باقي المبلغ على قسطين وفقاً لما يقرره مجلس المحافظين الذي يحدد مساهمات العضوية الواجبة الدفع من قبل أي مصرف مرخص يصبح عضواً في النظام بعد تاريخ العمل به، كما يجوز للمجلس ان يطلب من المصارف الأعضاء مساهمات إضافية يتم تحديدها من قبله.⁽⁷⁰⁾

أما من حيث الأقساط التي يتوجب على المصارف الأعضاء أداءها للصندوق؛ فقد الزمنها المادة/7 من نظام تأمين الودائع المذكور بأداء قسط يتراوح 0.01% الى 0.05% من القيمة الإجمالية للودائع، ولمجلس المحافظين تغيير قيمة القسط، ويساهم البنك المركزي في موعد أقصاه نهاية مارس من كل عام بقسط تأمين يعادل 50% من إجمالي الأقساط السنوية التي تساهم بها البنوك الأعضاء.

ثالثاً: المشرع المغربي؛ أوجب على جميع مؤسسات الائتمان (المصارف) العاملة في المغرب التي تتلقى أموالاً من الجمهور ان تساهم في تمويل الصندوق الجماعي لضمان الودائع بدفع اشتراك سنوي يتناسب والودائع المودعة لديها، ويحدد مبلغه بقرار يصدره وزير المالية بعد موافقة لجنة مؤسسات الائتمان، ولا يمكن أن يزيد مبلغ الاشتراك على (0.25%) من مبلغ الودائع.⁽⁷¹⁾

ولأهمية الموضوع فقد صدر عن وزير المالية والاستثمارات الخارجية تطبيقاً لأحكام المادة/61 من القانون البنكي المغربي،⁽⁷²⁾ قرار برقم 95-2445 بتاريخ 29 فبراير 1996 ليحدد الأسس التي يتم على

⁶⁹ أنظر م/ 3 و 4 من نظام تأمين الودائع المصرفية العُماني رقم 9 لسنة 1995.

⁷⁰ أنظر م/ 6 من نظام تأمين الودائع المصرفية العُماني رقم 9 لسنة 1995.

⁷¹ أنظر م/ 58 من ظهير شريف رقم 1.93.147 صادر في 6 يوليو 1993.

⁷² فقد جاء في هذه المادة انه: "يحدد وزير المالية بعد موافقة لجنة مؤسسات الائتمان إجراءات تطبيق الاحكام الواردة في المواد 57 60 والاحكام المنطقة بالصندوق".

أنظمة (صناديق) ضمان الودائع المصرفية

ضوئها دفع المصارف مساهماتها في تمويل الصندوق الجماعي لضمان الودائع وتعيين الأسلوب الذي تدفع فيه هذه المساهمات، وذلك على وفق الآتي:

1- اعتمدت المادة الأولى من القرار على الودائع النقدية فقط في احتساب الاشتراكات السنوية الواجب على المصارف دفعها لتمويل الصندوق.

2- اقتصر أيضاً على الودائع لدى الطلب والودائع لأجل الموضوعة أو المحررة بالدرهم أو بالدرهم القابل للتحويل أو بالعملات الأجنبية والمودعة لدى المصرف المعني بالأمر من قبل العملاء المقيمين بالمغرب وغير المقيمين به، إذ أن نسبة الاشتراكات السنوية المذكورة - (0.25%) من مبلغ الودائع - تطبق على المعدل الشهري للودائع النقدية التي يتلقاها كل مصرف خلال السنة المالية السابقة للسنة التي برسمها يتم دفع هذه الاشتراكات.⁽⁷³⁾

بعد التعرف على موقف المشرع المغربي من مسألة موارد الصندوق الجماعي لضمان الودائع ونسبة اشتراكات المصارف فيه، فقد أثرنا تسجيل الملاحظات التالية:

1- نسبة الاشتراك السنوي في الصندوق الجماعي لضمان الودائع المحددة بمقتضى المادة الثانية من قرار وزير المالية المذكور، يعد مرتفعاً بالمقارنة مع النسب المطبقة في هذا المجال في الدول الأخرى، مثل سلطنة عُمان التي يتراوح نسبة الاشتراك في صندوق ضمان الودائع ما بين 0.01% إلى 0.05% من القيمة الإجمالية للودائع، والسودان الذي حدد نسبة مساهمة المصارف المضمونة ب (0,002) بالألف سنوياً من جملة الودائع الجارية والادخار وحسابات الاستثمار، ثم يقوم كل من الحكومة والبنك المركزي بدفع 10% من مجموع مساهمة هذه المصارف، كما أننا نتوقع أن دفع المصارف لاشتراكات سنوية منتظمة في الصندوق، قد ينطوي على تجميد لمبالغ ليست بالقليلة قد لا يتم استخدامها إلا بعد مرور عدة سنوات، في حين أنها تعد مهمة جداً للنشاط اليومي لهذه المصارف. وإذا كان تبرير ارتفاع نسبة اشتراك المصارف في الصندوق الجماعي لضمان الودائع هو أن الصندوق يؤدي وظيفتين؛ أولهما: تعويض أصحاب الودائع الموضوعة بالمصارف التي تتم تصفيتها، وثانيها: منح مساعدات مالية للمؤسسات البنكية التي تعترضها صعوبات، فإننا نرد على ذلك بأنه كان يُفترض أن يقرر المشرع المغربي مساهمة بنك المغرب في تمويل الصندوق كما فعل المشرع السوداني،

⁷³ أنظر د. محمد لفروجي، المرجع السابق، ص 201.

لتمكينه من تحقيق الأغراض التي قام من أجلها، لا أن يُثقل كاهل المصارف بدفع اشتراكات بهذه النسب المرتفعة.

2- على خلاف أنظمة ضمان الودائع في لبنان وسلطنة عُمان والسودان - كما سيتبين لنا بعد قليل - فإن الموارد المالية لصندوق الودائع البنكية المغربي تقتصر على الاشتراكات السنوية التي تدفعها المصارف للمساهمة في تمويله وفق النسب التي حددتها المادة/ 2 من قرار وزير المالية والاقتصاد 95-2445 المذكور، وهو ما يجعل هذه الموارد دون المستوى الذي يساعده على مواجهة الالتزامات التي يمكن ان تفرض عليه، منها مثلاً مطالبة الصندوق باعتماد نسبة معينة من أموال الصندوق كحد أدنى لتعويض المودعين لا يجوز النزول عنه، أيا كان مقدار الأموال المتوفرة به.⁽⁷⁴⁾

3- لم يُبين المشرع المغربي أوجه استثمار أموال الصندوق كما فعل كل من المشرع اللبناني والعُماني والسوداني.

4- ورَبَّ ملاحظة أخيرة يمكن ان نوردتها في هذا الصدد وهي؛ أن الصندوق الجماعي لضمان الودائع في المغرب بالوضع الذي هو عليه؛ قد لا يمتلك القدرة الكافية التي تمكنه من حماية المصارف الأعضاء في الصندوق، ومن ثم حماية ودائع عملاء هذه المصارف وضمان تعويضهم عن ودائعهم كاملة، ونرى ضرورة أن يعاد النظر في البُنيان القانوني للصندوق، بحيث تكون له شخصية اعتبارية ويدار من قبل لجنة إدارية بما يمكنه من أداء وظائفه التي أنشئ من أجلها واستثمار أموال الصندوق وتنويع مصادر تمويله.

رابعاً: المشرع السوداني؛ حرص على شمول جميع المصارف بعضوية صندوق ضمان الودائع المصرفية، بما فيها فروع المصارف الأجنبية وأي مصرف جديد بعد حصوله على الترخيص بمزاولة العمل المصرفي في السودان،⁽⁷⁵⁾ وألزم الصندوق بإخطار جميع هذه المصارف كتابياً، بالطريقة التي تحسب بها المساهمة السنوية المستحقة على المصرف وتحديد المساهمة في رأس مال الصندوق وكيفية سدادها وفق أحكام قانون⁽⁷⁶⁾

⁷⁴ أنظر د. محمد لفروجي، المرجع السابق، ص 239 - 240.

⁷⁵ أنظر م/ 15 من قانون صندوق ضمان الودائع المصرفية السوداني لسنة 1996.

⁷⁶ أنظر م/ 16 ف2 من قانون صندوق ضمان الودائع المصرفية السوداني لسنة 1996.

يتكون رأسمال الصندوق من مجموع ما يلي:

1. مساهمة الحكومة والتي تدفعها وزارة المالية وقدرها (25000000) خمسة وعشرون مليون دينار سوداني.
2. مساهمة البنك المركزي في السودان وقدرها (40000000) أربعون مليون دينار سوداني.
3. مساهمات المصارف الأعضاء في الصندوق والبالغ قدرها (1000000) واحد مليون دينار سوداني لكل مصرف مسجل في عضوية الصندوق وبغض النظر عن حجم ودائعه على أن تدفع هذه المساهمة عند إخطار المصرف بالتسجيل.⁽⁷⁷⁾
4. وتدفع المصارف الأعضاء مساهماتها السنوية الى الصندوق على وفق نسبة مئوية قدرها (002) بالألف من متوسط جملة ودائعها الجارية والادخارية، ويضاف هذا المبلغ الى حساب محفظة التكافل لضمان الودائع الجارية والادخارية، كما تدفع هذه المصارف النسبة المئوية نفسها سنويا من متوسط جملة حسابات الاستثمار ويضاف هذا المبلغ الى حساب محفظة التكافل لجبر حالات الإعسار المالي النهائي، ويدفع أصحاب حسابات الاستثمار النسبة المئوية ذاتها أي (0.002) بالألف من متوسط جملة ودائعهم الاستثمارية، ويضاف الى حساب محفظة التكافل لضمان ودائع الاستثمار ثم يدفع كل من الحكومة وبنك السودان 10% من مجموع هذه المساهمات، وموقف المشرع السوداني في تقرير مشاركة الحكومة وبنك السودان المصارف الأعضاء بتمويل الصندوق يشابه موقف المشرع اللبناني، سوى أن مساهمة الحكومة في لبنان يجب أن تكون بمبلغ يعادل مجموع مساهمات المصارف وليس 10% فقط. ونرى بأن إلزام المشرع السوداني أصحاب ودائع الاستثمار بدفع مساهمة سنوية بنسبة محددة من متوسط جملة الودائع، يُعد تعسفا في حق المودعين الذين سيجدون أنفسهم ملزمين بالمساهمة في تمويل صندوق ضمان الودائع.

ولقد جاءت المادة/23 من قانون صندوق ضمان الودائع المصرفية السوداني، لتؤكد على مكونات رأسمال الصندوق، فبيّنت أن الموارد المالية للصندوق تتكون من:

1. رأسمال الصندوق والذي يتكون من مساهمة بنك السودان ووزارة مالية والمصارف الأعضاء

في الصندوق بالمبالغ المذكورة قبل قليل.

⁷⁷ أنظر م/ 22 ف1 من قانون صندوق ضمان الودائع المصرفية السوداني لسنة 1996.

2. عوائد استثمار أموال الصندوق؛ إذ يحق للصندوق استثمار أمواله الفائضة أو غير الموظفة وفقاً لمقتضيات السلامة المالية. (78)

3. وأي موارد أخرى يوافق عليها مجلس إدارة الصندوق.

وبخلاف الصندوق الجماعي لضمان الودائع في المغرب الذي يؤدي الوظيفتين العلاجية والوقائية على الرغم من أن تكوين رأسماله يعتمد على مساهمات المصارف الأعضاء في الصندوق، فإن الدراسة وجدت ان صندوق ضمان الودائع السوداني يؤدي دورا علاجيا فقط في ظل تعدد مصادر تمويله وتنوعها، إلا ان المشرع السوداني قرر له دورا وقائيا أيضا عندما أعطاه الحق في طلب البيانات والمعلومات اللازمة لدراسة المراكز المالية للمصارف المضمونة من البنك المركزي، وأن يطلب منه أيضاً إجراء مراجعة خاصة لأي مصرف عضو كذلك يحق له أن يطلب من البنك المركزي تفتيش دفاتر حسابات أي مصرف من المصارف الأعضاء في الصندوق. (79)

هذا ويختلف صندوق ضمان الودائع في السودان عن كل أنظمة ضمان الودائع في التشريعات محل هذه الدراسة كونه قد بُني على التكافل بين الحكومة ممثلة بوزارة المالية وبنك السودان والمصارف العاملة وأصحاب ودائع الاستثمار أنفسهم.

ويبدو لنا مما تقدم اهتمام التشريعات محل المقارنة اهتماماً كبيراً بالتعرض ضمن قواعدها القانونية الى تحديد الجهات التي تسهم في تمويل أنظمة او صناديق ضمان الودائع، وكانت حريصة جدا على بيان نسب المساهمة بمبالغ مقطوعة ونسب رسوم الضمان السنوي، إلا أنها لم تقرر بنص صريح الطريقة التي يتم بمقتضاها تسديد المساهمات؟ لكن الذي يتضح لنا عمليا هو ان هذه المساهمات تصنف الى فئتين؛ الأولى: وتُدفع عند تأسيس النظام او الصندوق ولمرة واحدة فقط، والغاية منها هي توفير قدر من المبالغ تكفي لمواجهة أية خسائر يحتمل ان يصاب بها الصندوق في بداية هذا التأسيس، وللمحافظة على هيبته امام جمهور العملاء، خاصة وان الصندوق تعده أغلب التشريعات هيئة مستقلة او على الأقل هيئة ملحقة بالمصرف المركزي إداريا ومالياً.

⁷⁸ أنظر م/ 6 ف د من قانون صندوق ضمان الودائع المصرفية السوداني لسنة 1996.

⁷⁹ أنظر م/ 6 ف - ه، و، ز، ح من قانون صندوق ضمان الودائع المصرفية السوداني لسنة 1996.

أنظمة (صناديق) ضمان الودائع المصرفية

أما الفئة الثانية: فهي الأقساط السنوية؛ فقد حددت جميع التشريعات تقريبا ومنها التشريعات محل المقارنة - كما سنرى - الحد الأعلى الذي تشمله تغطية الصندوق وحمايته لكل مودع، وليس هناك معيار موحد بل يستقل كل تشريع بتحديدده.

وحرى بنا ان نتساءل عن مجموع الأموال التي سيتم تجميعها لدى الصندوق والمتأتية من المساهمات السنوية المسددة من قبل المصارف الأعضاء، هل تبقى مكدسة في الصندوق ام يتم استثمارها على النطاق المحلي او يفضل استثمارها على النطاق العالمي؟

يقرر قانون المؤسسة الوطنية لضمان الودائع في لبنان استثمار هذه الأموال في العقارات وسندات الخزينة، اما المشرع العُماني فقد أجاز في المادة /7 من اللائحة التنفيذية رقم 95/5/39 لقانون تأمين الودائع المصرفية استثمار موارد الصندوق في المجالات الآتية:

1-سندات التنمية وغيرها من الأوراق المالية التي تصدرها الحكومة وتضمنها بالكامل، وذلك بما لا يتجاوز 50% من موارد الصندوق.

2-الأسهم والسندات المطروحة في سوق مسقط للأوراق المالية والتي تمثل استثماراً مضموناً في نظر المجلس بما لا يتجاوز (ثلث) موارد الصندوق.

وفي جميع الأحوال يجب ألا يتجاوز الاستثمار في هاتين الحالتين معا 70% من موارد الصندوق.

3-الأوراق المالية التي تصدرها الحكومات الأجنبية أو البنوك المركزية بما لا يتجاوز (ثلث) موارد الصندوق.

4-الأسهم والسندات التي تصدرها المؤسسات المالية الدولية ذات السمعة المالية الممتازة بما لا يتجاوز (ثلث) موارد الصندوق.

5-الودائع لدى البنوك.

اما كل من التشريعين السوداني والمغربي فإنهما لم يحددا مجالات استثمار أموال الصندوق، وندعوها الى ان يحدوا حدو كل من المشرعين اللبناني والعُماني في هذا الشأن.

ولأجل أن تضمن أنظمة او صناديق ضمان الودائع تنوع مصادر استغلال أموالها وتمييزها بما يجعلها قادرة على تجاوز كل الأزمات والظروف الصعبة التي تواجهها، ولكيلا يفاجأ المودعين بمحدودية أموال الصندوق والمبالغ التي ستدفع لهم، فإننا نرى ان يضاف الى أوجه الاستغلال المقررة في كل من التشريعين اللبناني

والعُماني لهذه الأموال، إقراضها لجهات حكومية، وعلّة ذلك ان الحكومة تكون حريصة على كفالة حقوق المواطنين ومنهم عملاء المصارف.

المقصد الثاني/ تأخر أو تخلف المصرف العضو في النظام او الصندوق عن تسديد القسط

ما هو الحكم لو تأخر أو تخلف أي مصرف عضو في نظام أو صندوق ضمان الودائع عن تسديد القسط الذي يمثل مساهمته في الصندوق؟ ما هو موقف التشريعات محل المقارنة في هذه الدراسة من المسألة؟ تباينت مواقف التشريعات محل الدراسة في شأن الإجراءات المتخذة في مواجهة المصرف الذي لم يتم بتسديد مساهمته في صندوق ضمان الودائع وذلك على وفق الآتي:

أولاً: المشرع اللبناني؛ حدد معدل الرسم السنوي المتوجب على المصارف العاملة في لبنان دفعه للمؤسسة الوطنية لضمان الودائع بمقدار واحد بالألف من مجموع الحسابات الدائنة لكل من هذه المصارف، إلا أنه لم يقر أي نص قانوني يبيّن فيه الجزاء المترتب على تلكؤ هذه المصارف في التسديد ضمن المهل المحددة، وهو ما يشهده الواقع فعلاً في لبنان، مما قد يؤدي الى اضعاف إمكانات المؤسسة الوطنية لضمان الودائع كما ذهب الى ذلك رأي في الفقه.⁽⁸⁰⁾

ثانياً: المشرع العُماني؛ أعطى للبنك المركزي عند تأخر أي مصرف عن دفع مساهمة العضوية، الحق في تحصيل فائدة عن فترة التأخير في سدادها تعادل أعلى معدل سعر فائدة على الودائع او وفقاً للمعدل الذي يحدده البنك المركزي.

وفي حالة تخلف المصرف عن دفع المساهمة او الفوائد في موعدها بالرغم من اخطاره، يجوز تحصيل المبالغ المطلوبة بالخصم من حساب المقاصة الخاص بالبنك لدى البنك المركزي.⁽⁸¹⁾

ثالثاً: المشرع السوداني؛ قبل ان يحدد الإجراء المتخذ في مواجهة المصرف الذي يتخلف عن دفع المساهمة، فإنه بيّن في البند - أ - ف2 - م/24 من قانون صندوق ضمان الودائع المصرفية السوداني لسنة 1996 الميعاد الذي تُحسب فيه مساهمات المصارف وهو نهاية الشهر الأخير من السنة الميلادية، وأن يتم دفعها كاملة خلال شهر يناير من كل عام، ثم قرر بأنه؛ إذا فشل أي مصرف في سداد مساهمته السنوية عليها في الموعد المحدد، يصبح للصندوق الحق في أن يطلب من بنك السودان خصم المبلغ المتأخر سداًه من

⁸⁰ أنظر د. مالك عبلا، المرجع السابق، ص265.

⁸¹ أنظر م/ 9 من نظام تأمين الودائع المصرفية العُماني رقم 9 لسنة 1995.

حساب ذلك المصرف لديه بالإضافة الى رسم إضافي بالقدر والكيفية التي يحددها الصندوق وإضافة هذه المبالغ لحسابه لدى بنك السودان واخطار المصرف المعني بذلك.⁽⁸²⁾

يلاحظ مبدئياً ان الجزاء المترتب على تخلف المصرف العضو في الصندوق عن أداء مساهمته، يتمثل لدى المشرعين العُماني والسوداني بخصم مبلغ المساهمة من حساب المصرف الموجود لدى البنك المركزي، إلا أن المشرع السوداني أضاف الى مبلغ المساهمة المخصوم رسم إضافي يحدده الصندوق هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه وعلى خلاف المشرع العُماني، لم يعالج مسألة التأخير في أداء المساهمة، وقد يكون قصد المشرع من ذلك هو تطبيق ما تقرره القواعد العامة عند تأخر المدين عن تسديد ما بذمته من دين، ولم يضع كلا من التشريعين العماني والسوداني جزاءات تأديبية في هذا الصدد كما صرح بذلك المشرع المغربي على وفق ما يلي:

رابعاً: المشرع المغربي؛ يضع مؤسسة الائتمان (المصرف) عند عدم دفعه للمساهمات السنوية الواجبة عليه في حساب الصندوق الجماعي لضمان الودائع تحت طائلة العقوبات التأديبية المنصوص عليها في المادة/72 من القانون البنكي المغربي، والتي تخول والي بنك المغرب توجيه انذار الى المصرف المخالف بعد اعدار مديره بوجوب الالتزام بالأحكام القانونية لتمويل الصندوق، وإذا ظل الإنذار دون جدوى، جاز لوالي بنك المغرب ان يقترح على وزير المالية بعد موافقة لجنة مؤسسات الائتمان الأمر بسحب رخصة الاعتماد من المصرف المعني.

المبحث الثالث/ أنظمة أو صناديق ضمان الودائع في الإطار التنفيذي

الغاية التي دفعت العديد من التشريعات - ومنها التشريعات التي كانت محل الدراسة في هذا البحث - الى انشاء أنظمة أو صناديق ضمان الودائع هو حرصها على توفير غطاء تأميني مناسب على الودائع المصرفية وحماية أصحابها، وتشجيعهم على الادخار وتعزيز الثقة بالجهاز المصرفي ومساعدة المصارف في التغلب على الأزمات المالية التي تواجهها وتمكينها من العودة الى وضعها الطبيعي الذي كانت عليه قبل تلك الأزمات.

⁸² انظر م/ 24 ف 4 من قانون صندوق ضمان الودائع المصرفية السوداني لسنة 1996.

إلا أن هذه الغاية لن تتحقق الا إذا قامت هذه الأنظمة او الصناديق بتنفيذ مهمتها المرسومة لها والمتمثلة بضمان أو تعويض المودعين الذين تعرضت مصارفهم لأي خسائر مالية، وعجزت عن إعادة وداائعهم إليهم.

إن قيام هذه الأنظمة أو الصناديق بتنفيذ مهمتها يطرح العديد من التساؤلات منها؛ ماهي الودائع التي يتم تغطيتها من قبل النظام أو الصندوق؟ وما هي الودائع التي لا يتم تغطيتها من قبل الصندوق؟ ماهي المجالات التي يتدخل فيها النظام أو الصندوق ليسدد الضمان؟ وماهي الطريقة التي يُسدد فيها الصندوق مبلغ الضمان، هل يكون ذلك وفق مرحلة واحدة ام وفق مرحلتين؟ وما هو الحد الأعلى للمبلغ الذي يلتزم به الصندوق بالضمان؟ وما هو حكم الحسابات المشتركة وكيف تعاملت التشريعات - محل الدراسة - مع الأشخاص الذين لديهم عدة حسابات في المصرف الواحد؟ لغرض الإجابة على جميع هذه التساؤلات فإننا سنتناول أنظمة ضمان الودائع في إطارها التنفيذي على وفق الآتي:

المطلب الأول/ نطاق الودائع التي يشملها ضمان النظام أو الصندوق

نتعرض في هذا المطلب للودائع التي يشملها النظام او الصندوق بالتعويض وتلك التي لا يشملها الضمان والحد الأعلى للضمان الذي تتكفل به أنظمة أو صناديق ضمان الودائع في التشريعات محل هذه الدراسة، وذلك في المقاصد التالية:

المقصد الأول/ الودائع المشمولة بضمان النظام أو الصندوق؛ وقد كانت في التشريعات محل الدراسة كالاتي:
أولاً: المشرع اللبناني؛ تضمن المؤسسة لدى المصارف العاملة في لبنان الودائع بالعملة اللبنانية أيًا كانت أجال هذه الودائع أو أنواعها؛ وداائع لدى الطلب او لأجل أو وداائع استثمارية، ويشمل الضمان أيضاً بمبلغ 30000 ليرة لبنانية أصلاً وفائدة، مجموع حسابات الودائع العائدة لمودع واحد لدى أي مصرف، ويُعتبر مركز المصرف وفروعه مؤسسة واحدة.⁽⁸³⁾

ثانياً: المشرع العُماني؛ حدد الودائع المؤهلة للتغطية بالآتي:

1- وداائع الادخار (التوفير).

2- الحسابات الجارية.

3- وداائع تحت الطلب.

⁸³ أنظر م/14 من قانون المؤسسة الوطنية لضمان الودائع رقم 67/28 لسنة 1967.

4- الودائع لإجل.

5- ودايع الحكومة.

6- ودايع صناديق الائتمان والنقاع وأية ودايع أخرى لها ذات الطبيعة.

7- أية ودايع أخرى مماثلة للودائع أعلاه يتم تحديدها من قبل البنك المركزي العُماني.⁽⁸⁴⁾

ثالثاً: المشرع المغربي؛ أدخل في نطاق ضمان الصندوق وفقاً للمادة 131 من القانون رقم 103-12

المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-14-193 بتاريخ 24 /12/ 2014 وتماشياً مع الممارسات الدولية، جميع ودايع الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين المقيمين وغير المقيمين، سواء كانت محررة بالدرهم أو بالعملات الأجنبية، ويشمل الضمان أيضاً جميع أنواع الودائع بما في ذلك الودائع تحت الطلب وودائع الادخار، والحسابات الجارية وودائع لأجل.

رابعاً: المشرع السوداني؛ يشمل ضمان صندوق الودائع المصرفية السوداني بصورة تلقائية، وبدون مقابل ودايع المصارف الإسلامية والتقليدية والودائع المشمولة حالياً بالضمان؛ هي الودائع الجارية والادخارية والاستثمارية.⁽⁸⁵⁾

المقصد الثاني/ الودائع غير المشمولة بضمان النظام أو الصندوق؛ وقد كانت في التشريعات محل الدراسة كالاتي:

أولاً: المشرع اللبناني؛ لا يشمل بالضمان الودائع في فروع المصرف في الخارج، كما تُستثنى من الضمان الحسابات العائدة لرؤساء وأعضاء مجالس إدارة المصارف والمدراء ومراقبي الحسابات وزوجات الأشخاص المذكورين وأصولهم وفروعهم لدى المصرف الذي ينتمون اليه.⁽⁸⁶⁾

ثانياً: المشرع العُماني؛ أخرج الودائع التالية من نطاق الضمان:

1- الودائع بين المصارف.

2- المصارف تحت التسوية.

⁸⁴ أنظر م / 6 من نظام تأمين الودائع المصرفية العُماني رقم 9 لسنة 1995.

⁸⁵ أنظر الزلال أحمد مكاي، التكيف الفقهي والقانوني لضمان الودائع المصرفية - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الخرطوم، 2006، ص 64 68.

⁸⁶ أنظر د. أسامة إسماعيل عجروس، المرجع السابق، ص 111.

- 3-ودائع أعضاء مجلس الإدارة والتنفيذيين الأوائل ومديري الاستثمار والائتمان في المصارف الأعضاء وأفراد عائلاتهم.
- 4-ودائع المدققين الخارجيين ومدراء التدقيق الداخلي في المصارف الأعضاء وأفراد عائلاتهم.
- 5-ودائع الشركات الأم والفروع والمرتبطة والمشاركة في المصرف العضو.
- 6-ودائع الأشخاص الذين لا يمكن التعرف على هوياتهم.
- 7-الودائع التي يعتبر البنك المركزي ان الحصول عليها قد تم بطريقة مخالفة للقانون او ترتبط بأمور غير قانونية. (87)

ثالثاً: المشرع المغربي؛ استنتى من نطاق ضمان الصندوق ما يتلقاه المصرف من المصارف الأخرى والشركات التابعة لها من ودائع، وودائع أعضاء أجهزة إدارتها ورقابتها وتسييرها، والمساهمين فيها الذين يملكون 5 % على الأقل من حقوق التصويت،(88)

ويعتقد أن من شأن ذلك أن يؤدي إلى حماية أكبر للمودعين، طالما أنه سيتم استبعاد عدد من المودعين من الاستفادة من موارد الصندوق، كما يذهب رأي في الفقه الى ان المشرع العُماني أدرج ودائع الأشخاص المجهولين، ولكن لا يقصد أن يكون من ضمنهم أصحاب الودائع الذين يكفون وكلاء عنهم بفتح وإدارة حساباتهم، ولا أصحاب الودائع الرقمية التي لا يعرف صاحبها الا مدير المصرف واشخاص محددين ممن حوله.(89)

رابعاً: المشرع السوداني؛ حدد الودائع التي لا تشمل بضمن الصندوق وهي:

- أ- الودائع المحجوزة كضمان أو تأمين لعمليات مصرفية.
- ب-ودائع رئيس وأعضاء مجلس الإدارة والمديرين العامين لأي مصرف مضمون.
- ت-ودائع أي مساهمين يتضح للصندوق تحملهم لأية مسؤولية بالنسبة لعدم سلامة أوضاع المصرف المعني.

⁸⁷ أنظر م/ 6 من نظام تأمين الودائع المصرفية العُماني رقم 9 لسنة 1995.

⁸⁸ أنظر م/ 131 من القانون رقم 12103 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 193141 بتاريخ 24 /12/ 2014.

⁸⁹ أنظر د. محي الدين إسماعيل علم الدين، أساليب ضمان وتأمين الودائع البنكية - دراسة عالمية في 32 دولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص110.

- ث-ودائع المحاسبين القانونيين المعنيين لمراجعة حسابات المصرف المعني .
ج-ودائع الأزواج والأولاد القُصّر للأشخاص المشار إليهم في (أ) و (ب).
ح-أية ودائع يقرر المجلس أنه قد تم الحصول عليها بوسائل غير قانونية.
خ- أي شركة يمتلك المصرف أكبر عدد من أسهمها .
د- أي ودائع أخرى يرى مجلس إدارة الصندوق استثناءها. (90)
ويتبين مما تقدم الآتي:

1- حرصت التشريعات محل هذه الدراسة على تحديد الحد الأعلى لمبلغ الضمان المستحق للمودع بمبلغ معين، إلا أن المشرع المغربي قام بتحديد ذلك في ضوء إمكانيات الصندوق، وقرر المشرع السوداني ضرورة تعديل هذا الحد ومراجعته بصورة دورية وحسب الموارد المالية للصندوق، وهو ما نؤيد الأخذ به في نظام ضمان الودائع المراد تصميمه لدولة الامارات، إذ سيسهم ذلك في زيادة عدد المودعين الذين يتم ضمان ودائعهم.

2- قضت هذه التشريعات بتغطية الودائع المحلية والأجنبية، ماعدا المشرع العُماني الذي قصر الضمان على الودائع المحلية فقط، ونرى أفضلية أن يمتد نطاق ضمان الصندوق ليشمل الودائع الأجنبية، لأن ذلك يشجع أصحاب رؤوس الأموال الأجنبية على إيداع أموالهم في المصارف المحلية، وأن النمو الكبير في أرصدة النقد الأجنبي لدى هذه المصارف يؤدي الى ارتفاع صافي احتياطات النقد الأجنبي لدى القطاع المصرفي، مما يُشكل مؤشرا على متانة القطاع المصرفي وقوة العملة الوطنية واستقرار الاقتصاد الوطني للدولة.(91)

3- اتفقت التشريعات على استبعاد ودائع عدد من فئات المودعين من ضمان النظام او الصندوق، ومنهم ودائع رئيس وأعضاء مجلس الإدارة والمديرين العامين لأي مصرف مضمون وودائع الأزواج والأولاد القُصّر لهؤلاء الأشخاص، وودائع المحاسبين القانونيين المعنيين لمراجعة حسابات المصرف المعني والودائع

⁹⁰ انظر م/ 17 ف 2 من قانون صندوق ضمان الودائع المصرفية السوداني لسنة 1996.

⁹¹ أنظر الامارات: احتياطي النقد الأجنبي في القطاع المصرفي يرتفع الى 477 مليار درهم، مقالة متاحة على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.albawaba.com/ar>

المتحصل عليها بما يخالف القانون، ونعتقد أن الفلسفة من حرمان هذه الودائع من التعويض واضحة... ونؤيد النص على استبعاد هذه الودائع من الضمان في نظام ضمان الودائع المراد تصميمه لدولة الامارات. كما يلاحظ ان كل من التشريعين العُماني والسوداني انهما قد توسعا في تحديد الودائع غير المشمولة بالضمان رغم انها جاءت على سبيل الاستثناء، ومعلوم انه لا يجوز التوسع في الاستثناءات بشكل يطغى على الأصل وهو الضمان.

المطلب الثاني/ التزام النظام او الصندوق بأداء الضمان للمودعين.

نحاول في هذا المطلب أن نبين عددا من الأحكام التي تتعلق بتنفيذ النظام او الصندوق لالتزامه بأداء مبالغ الضمان للمودعين، فقد تنشأ عددا من التساؤلات الواجب طرحها في نطاق هذا الالتزام منها؛ ماهي الحالات التي ينهض فيها التزام النظام او الصندوق بإداء الضمان او التعويض في مواجهة المودعين؟ وكيف يتم تسديد مبلغ الضمان او التعويض، وما هو الحد الأعلى للمبلغ المضمون؟ وما هو حكم الحسابات المشتركة وكيف يتم ضمانها هل يطبق بشأنها الحد الأعلى للضمان؟ لأجل الإجابة على ذلك فقد آثرنا تقسيم هذا المطلب الى المقصدين التاليين:

المقصد الأول/ الحالات التي ينهض فيها التزام النظام او الصندوق بأداء مبالغ الضمان المستحقة للمودعين؛ ولأجل إعطاء صورة واضحة عنها فقد آثرنا بيان أحكامها في التشريعات محل الدراسة:

أولاً: المشرع اللبناني؛ في حال توقف المصرف المضمون عن الدفع، تدفع المؤسسة الوطنية لضمان الودائع المبالغ المضمونة بموجب قانون المؤسسة الوطنية لضمان الودائع رقم 67/28 لسنة 1967 لأصحابها وتحل محلهم في حقوقهم كافة، والتوقف عن الدفع يقصد به توقف التاجر أو امتناعه عن دفع الديون التجارية في مواعيد استحقاقها... (92)

ويعد المصرف متوقفاً عن الدفع إذا:

1. أعلن المصرف بنفسه عن توقفه عن الدفع.
2. لم يسدد ديناً عليه لمصرف آخر في موعد استحقاقه.
3. سحب شيكاً على مصرف آخر وثبت عدم وجود رصيد كافي.

⁹² أنظر د. بشار حكمت ملكاوي، الإفلاس التجاري في قانون دولة الامارات العربية المتحدة، مكتبة الجامعة، الشارقة، ط1، 2013، ص52، أنظر أنطوان الناشف، خليل الهندي، المرجع السابق، ص 166.

4. لم يوفر المبالغ الكافية لتغطية رصيد معين ناتج عن عمليات غرفة المقاصة. (93)
ثم يتم وضع المصرف المتوقف عن الدفع تحت التصفية إذا تأكد بأنه لم يعد قادراً على الاستمرار
بنشاطه، وتصدر المحكمة قرارها بالتصفية. (94)

ثانياً/ المشرع العُماني؛ قرر انه في حالة تصفية أو وقف عمليات أي مصرف أو بدء إجراءات الإدارة
القانونية بناء على قرار مجلس المحافظين، ينهض دور نظام ضمان الودائع ليقوم بتسديد المبالغ المستحقة
للمودعين على وفق القواعد التالية:

1. يتم خصم جميع نفقات إدارة نظام تأمين الودائع من الصندوق. (95)
2. عند حساب الوديعة الصافية بالنسبة لأي حساب وديعة، تستقطع كل التزامات المودع من
حسابه لدى المصرف العضو.
3. تحدد الوديعة الصافية الخاصة بودائع صناديق الائتمان وصناديق المعاشات وأية صناديق
أخرى من ذات النوع على وفق الطبيعة الفعلية لهذه الودائع والظروف المتعلقة بكل حالة. (96)
4. وفقاً للمادة/13 من نظام تأمين الودائع المصرفية العُماني؛ تُعامل الودائع لأجل أو الحقوق
أو الالتزامات المستقبلية، على أنها موجودة وكأن الوديعة واجبة السداد عند الطلب أو حلول موعد استحقاق
الحقوق أو الالتزامات في التأريخ المحدد من قبل البنك المركزي العُماني، ويُقصد بهذا التأريخ بمقتضى
المادة 15 من نظام تأمين الودائع المصرفية العُماني هو تأريخ حدوث تصفية المصرف المضمون او
توقفه عن الدفع أو بدء إجراءات الإدارة القانونية بشأنه، وان ما يؤكد هذا المعنى هو مضمون المادة/8
من اللائحة رقم ب م 95/5/39 اللائحة التنفيذية لقانون نظام تأمين الودائع المصرفية التي اقتضت ان
يتم تحديد كيفية تعويض المودعين وفقاً للنظام في ذات التأريخ الذي يصدر فيه قرار مجلس محافظي
البنك المركزي بإيقاف العمل المصرفي.

ثالثاً: المشرع المغربي؛ أعطى للصندوق الجماعي لضمان الودائع مجالين للتدخل في نطاق توفير
الحماية اللازمة للمودعين؛ المجال الأول ويتمثل بتقديم المساعدات المالية للمصارف التي تمر بظروف صعبة،

⁹³ انظر م/ 2 من قانون رقم 2 في 16/1/1967 بشأن اخضاع المصارف التي تتوقف عن الدفع لأحكام خاصة.

⁹⁴ أنظر د. بشار حكمت ملكاوي، المرجع السابق، ص146.

⁹⁵ أنظر م/11 ف - ب من نظام تأمين الودائع المصرفية العُماني رقم 9 لسنة 1995.

⁹⁶ أنظر المادة/13 ف - ب من نظام تأمين الودائع المصرفية العُماني.

إلا أن المشرع اكتفى فقط بإقرار حق المصارف في الحصول على المساعدات المالية من هذا الصندوق، وترك لوزير المالية بواسطة قرارات يصدرها، أمر تحديد مبلغ هذه المساعدات لكل مصرف وكيفية تقديمها.⁽⁹⁷⁾ ويذهب رأي في الفقه الى ان: "ترك أمر تحديد حجم المساعدات المالية لقرار فردي لاحق لوزير المالية يعد مقبولاً من الناحيتين المالية والاقتصادية فقد يكون وقت تعرض أحد المصارف لأزمة مالية قد يختلف عن الوقت الذي قد يتعرض فيه مصرف آخر لذلك، وأن أسباب الأزمة وطبيعتها ودرجة خطورتها وتأثيرها على التوازن المالي للمصرف المعني قد تختلف عن أي مصرف آخر".⁽⁹⁸⁾.

أما المجال الثاني؛ فيتمثل بما عبرت عنه المادة 57 من ظهير شريف رقم 1.93.147 صادر في 6 يوليو 1993 ومضمونها: "ان الغرض من الصندوق الجماعي لضمان الودائع ... تعويض أصحاب الودائع الموضوعة بمؤسسات الائتمان التي وقعت تصفيتها، من دون تحديد لأي حالة بعينها، وهو ما يفيد أنه يمكن للمودعين الاستفادة من التعويضات التي يمنحها الصندوق الجماعي بصرف النظر عن السبب الذي أدى الى تصفية البنك المودع لديه.

و قد يُفسّر ترك أمر تحديد حجم المساعدات لوزير المالية الى الرغبة في توسيع مفهوم التصفية لتشمل كل تصفية تترتب على سحب رخصة الاعتماد من المصرف نتيجة الأسباب المبينة في المواد 55 و71 و72 و77 من ظهير شريف رقم 1.93.147 صادر في 6 يوليو 1993، إضافة الى كل تصفية مهما كانت طبيعتها، أي سواء كانت تصفية إدارية أو تصفية قضائية ويرتكز هذا الرأي على ما يقرره بعض القوانين المقارنة ذات التشريعات البنكية الحديثة والمشابهة للقانون البنكي المغربي، كما هو الحال في فرنسا؛ فعندما تم الإعلان عن تصفية الفرع الفرنسي لبنك الاعتماد والتجارة الدولية قضائياً بتاريخ 1992/7/23، فإنه سُمح لأصحاب الودائع الموضوعة بالمصرف الذي يوضع في حالة تصفية قضائية، أن يحصلوا على تعويضات من النظام الجماعي لضمان الودائع الذي تديره الجمعية الفرنسية للبنوك.⁽⁹⁹⁾

⁹⁷ انظر م/ 57 من ظهير شريف رقم 1.93.147 صادر في 6 يوليو 1993 معتبر بمثابة قانون يتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها.

⁹⁸ انظر د. محمد لفروجي، المرجع السابق، ص 213 - 216.

⁹⁹ انظر د. محمد لفروجي، المرجع السابق، ص 213 - 216.

رابعاً: أما المشرع السوداني؛ فقد رتب الحالات التي يتحقق فيها التزام الصندوق بأداء مبلغ الضمان بالشكل التالي:

1. يُلزم الصندوق عند حل أو تصفية أي مصرف مضمون، أن يدفع لكل مودع في ذلك المصرف مبلغاً يساوي الحد المضمون بموجب أحكام المادة 18 من صندوق ضمان الودائع المصرفية السوداني لعام 1996- والتي سنبينها بالتفصيل في المقصد الثاني من هذا المطلب.
2. في حالة أي مصرف مضمون وُضِع بشأنه مشروع للتسوية أو إعادة التشكيل أو الدمج، وتمت إجازة ذلك المشروع بوساطة الجهة المختصة، وكان هذا المشروع يتضمن تقاضي كل مودع في تأريخ سريان المشروع مبلغاً يقل عن المبلغ المضمون بموجب المادة 18، فإن الصندوق يلتزم بدفع مبلغ يساوي الفرق بين المبلغ الذي حدده المشروع وأصل الوديعة أو الفرق بين المبلغ المضمون والمبلغ الذي حدده المشروع أيهما أقل.

المقصد الثاني / الحد الأعلى المضمون من الودائع؛ رب تساؤل قد يُطرح في هذا الجانب وهو هل ان النظام او الصندوق يلتزم بتغطية كامل مبلغ الوديعة للمودع؟

تباينت التشريعات محل الدراسة في تحديد الحد الأعلى للضمان بالنسبة لكل مودع، فليس هناك معيار موحد يتم تطبيقه، إلا ان معظمها يهدف الى ان يغطي الحد الأعلى نسبة كبيرة من المودعين ونسبة أصغر من قيم او حجم الودائع المضمونة، ونذكر في الصدد ان دراسات أجراها صندوق النقد الدولي خلصت الى مبدأ عام مؤداه: (انه من المناسب أن يكون الحد الأعلى للمبلغ المضمون من الودائع بمقدار مثل او مثلي متوسط نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي...); في السودان مثلاً يبلغ الحد الأعلى المضمون للودائع الجارية والادخارية نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي،⁽¹⁰⁰⁾ ويختلف هذا الحد من تشريع الى تشريع آخر وذلك على ما سيتم بيانه في الفقرات التالية:

أولاً: المشرع اللبناني؛ تضمن المؤسسة الوطنية لضمان الودائع في لبنان، الودائع بالعملة اللبنانية أياً كان نوعها أو آجالها، ويشمل الضمان لغاية مبلغ 30000 ثلاثين الف ليرة لبنانية أصلاً وفائدة، مجموع حسابات الودائع العائدة لمودع واحد لدى أي مصرف، ثم صدر القانون رقم 88/15 بتاريخ 1988/4/20

¹⁰⁰ أنظر د. فهد بن بجاد بن ملافخ العتيبي، المرجع السابق، ص304305.

الذي حاول ان يفصل دور هذا الضمان ويرفع قيمته بما يتلاءم مع التضخم الحاصل والأوضاع المستجدة، إلا أنه لم يوسع من حجم هذا الضمان ليشمل جميع الودائع بما يعادل قيمتها بالليرة اللبنانية، وأكد على الدور الذي قرره المادة/ 14 للمؤسسة الوطنية، والذي يتحدد بضمان الودائع من حيث رأس المال والفوائد بالعملة اللبنانية فقط، ويكون ذلك عند تصفية المصرف وحتى سقف المليون ليرة لبنانية في كل مصرف على حدة.

وفي 1991/11/7 صدر القانون 91/110 وبموجب المادة/1 (اصلاح النظام المصرفي) تم تعديل الضمان المذكور ليصبح مبلغ (5000000) خمسة ملايين ليرة لبنانية، ولتشمل الودائع كافة بالعملة اللبنانية او غيرها من العملات، فأصبح مضمون المادة/ 14: "تضمن المؤسسة الوطنية لضمان الودائع ودائع المصارف التي ستوضع اليد عليها تنفيذاً لأحكام هذا القانون والتي أُعلن أو سيعُعلن توقفها عن الدفع قبل 1993/12/31"، وفقاً لما يلي: "الودائع بالعملة اللبنانية حتى مبلغ خمسة ملايين ليرة لبنانية، وكذلك وضمن المدة المحددة أعلاه الودائع بالعملات الأجنبية لما يعادل مبلغ خمسة ملايين ليرة لبنانية بحسب سعر صرف العملة الأجنبية بتاريخ إعلان توقف المصرف عن الدفع أو قرار وضع اليد ومهما بلغت القيمة الاجمالية لمجموع الودائع لدى المصرف الواحد".⁽¹⁰¹⁾

ثانياً: المشرع العُماني؛ يوجب بان لا يتجاوز صافي المبلغ المدفوع لأي مودع (20000) عشرين ألف ريال عماني من الوديعة الصافية للمصرف الواحد،⁽¹⁰²⁾

ثالثاً: المشرع المغربي؛ حددت المادة/ 60 من القانون البنكي المغربي التعويض المستحق للمودع سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً بعد تصفية المصرف بمبلغ لا يزيد عن (50000) درهم وبحسب ما تسمح به إمكانيات الصندوق، وبغض النظر عن حجم أموال المودع المودعة لدى المصرف الذي تتم تصفيته. ومع ذلك فإن المادة/ 8 من قرار وزير المالية والاستثمارات الخارجية المتعلق بالصندوق الجماعي لضمان الودائع في المغرب رقم 95- 2445 الصادر في 29/فبراير/ 1996 تقضي بأنه: "إذا تبين ان موارد الصندوق لا تكفي لمنح كل مودع التعويض المستحق له في حدود مبلغ ودائعه مطروحة منها القروض التي تكون قد منحت إياه، فإن التعويض يساوي المبلغ المذكور مضروباً في نسبة مئوية محصل عليها برد موارد الصندوق الى مجموع الودائع الممكن إرجاعها من غير أن يزيد ذلك على مبلغ 50000 درهم".

¹⁰¹ أنظر د. مالك عبلا، المرجع السابق، ص265.

¹⁰² أنظر م/12 من نظام تأمين الودائع المصرفية العُماني رقم 9 لسنة 1995.

أنظمة (صناديق) ضمان الودائع المصرفية

رابعاً: **المشروع السوداني**؛ الحد الأعلى الذي حدده لضمان الودائع يتم مراجعته وتعديله بصورة دورية حسب الموارد المالية للصندوق لتغطية أكبر عدد من المودعين؛ فالحد الأعلى لضمان الودائع الجارية والادخارية هو (150000) دينار أي بتغطية قدرها 85.7% من أصحاب الودائع الجارية والادخارية، وللودائع الاستثمارية (200000) ديناري بنسبة 71.6% من أصحاب الودائع الاستثمارية، ولا يجوز ترتيب ضمان إضافي إذا كانت الوديعة تفوق حدود التغطية، لأن ضمان الودائع المصرفية يختلف عن التأمين العادي كالتأمين على الممتلكات أو التأمين على الحياة بكونه ضمان للودائع المصرفية بحد أعلى يُدفع بواسطة السلطات الحكومية عن طريق الصندوق. (103)

ولقد أصبحت المؤسسة الوطنية بعد القانون رقم 91/110 "اصلاح الوضع المصرفي" تضمن ودائع المصارف التي ستوضع اليد عليها او التي أعلن أو سيعلن توقفها عن الدفع قبل 1993/12/31 بالعملة اللبنانية حتى مبلغ خمسة ملايين ليرة لبنانية، كذلك وضمن المدة المحددة أعلاه الودائع بالعملات الأجنبية لما يعادل مبلغ خمسة ملايين ليرة لبنانية بحسب سعر صرف العملة الأجنبية بتاريخ اعلان توقف المصرف عن الدفع أو قرار وضع اليد ومهما بلغت القيمة الاجمالية لمجموع الودائع لدى المصرف الواحد، في حين لا تضمن المؤسسة الودائع في فروع المصرف في الخارج. (104)

ويتم التسديد على مرحلتين، حيث تدفع المؤسسة من أصل الضمان او التعويض مبلغ (1500000) مليون وخمسمائة ألف ليرة لبنانية فور صدور قرار اعلان التوقف عن الدفع أو قرار وضع اليد، وتدفع الرصيد الباقي إما نقسيّاً، وإما عن طريق سندات خزينة.

المقصد الثالث/ حكم الحسابات المشتركة وكيف يتم ضمانها هل يطبق بشأنها الحد الأعلى للضمان؟
تقاربت مواقف التشريعات محل الدراسة في حكم هذه المسألة، إلا أنها تباينت في طريقة تنظيمها على وفق ما يلي:

أولاً: أعتبر كل من المشرعين اللبناني والمغربي؛ أي شخص طبيعي كان أو اعتباري يملك في المصرف الواحد، حسابات متعددة مدينة أو دائنة أيّاً كانت آجالها او العملة المحررة بها، بمثابة المودع الواحد فيما يخص التعويض أو الضمان المستحق له، عند تصفية المصرف المودع لديه، ويعد بمثابة المودع الواحد

¹⁰³ أنظر الزلال أحمد مكاري، المرجع السابق، ص 64 – 68.

¹⁰⁴ أنظر د. مالك عيلا، المرجع السابق، ص 265.

أنظمة (صناديق) ضمان الودائع المصرفية

أيضاً، أصحاب الحساب المشترك مهما بلغ عددهم وأصحاب الحساب الذي يكون قد تحول الى شركة قبل أو بعد وضع المصرف المودع لديه في حالة تصفية. (105)

وينص المشرع اللبناني على اجراء مقاصة بين مجموع الحسابات الدائنة للمودع المذكور وحساباته المدينة وجميع التزاماته تجاه المصرف ولا يتقاضى سوى رصيده الدائن لدى المصرف لغاية مبلغ (30000) ليرة لبنانية.

ثانياً: وعالج المشرع العُماني حالة الحساب المشترك بين شخصين أو أكثر فقرر توزيع مبلغ الضمان بينهم كل بنسبة حصته في الحساب، وإذا كانت حصصهم غير محددة اعتبرت هذه الحصص متساوية على الا يزيد مجموع ما يقبضه الشخص الواحد على الحد الأعلى لمبلغ الضمان إذا كان له حساب آخر لدى المصرف نفسه، إلا أنه لم يعالج حالة امتلاك الشخص لأكثر من حساب وديعة لدى مصرف واحد ولم يتطرق أيضاً لحسابات الودائع العائدة لشركة، (106) ، ولا يعدو ان يكون هذا الحكم سوى تطبيق لإحكام المادة (347) من قانون التجارة العُماني رقم 55 لسنة 1990، وبدورنا ندعو المشرع العُماني الى اعتماد الحكم الذي قرره كل من المشرعين اللبناني والمغربي.

ثالثاً: أما المشرع السوداني؛ فقد أوجب على ألا يزيد ما يدفعه الصندوق للمودع عن جملة ودائعه الموجودة لدى المصرف المضمون في تأريخ صدور أمر الحل أو التصفية عن الحد الأعلى المقرر للتعويض او الضمان المتقدم ذكره. (107)، ويُؤخذ على المشرع السوداني، انه لم يعالج حالة الحساب المشترك كما فعل المشرع اللبناني والمغربي والعُماني.

ويتبين مما تقدم الآتي:

1. حرصت التشريعات محل هذه الدراسة على تحديد الحد الأعلى لمبلغ الضمان المستحق للمودع بمبلغ معين، إلا أن المشرع المغربي قام بتحديد ذلك في ضوء إمكانيات الصندوق، وقرر المشرع السوداني ضرورة تعديل هذا الحد ومراجعتة بصورة دورية وحسب الموارد المالية للصندوق، وهو ما نؤيد

¹⁰⁵ أنظر م/ 6 من قرار وزير المالية والاستثمارات الخارجية المتعلق بالصندوق الجماعي لضمان الودائع في المغرب رقم 2445 95 الصادر في 29/فبراير/ 1996، م/14 من قانون المؤسسة الوطنية لضمان الودائع رقم 67/28 لسنة 1967.

¹⁰⁶ أنظر (م/ 15 ف - و) من نظام تأمين الودائع المصرفية العُماني رقم 9 لسنة 1995.

¹⁰⁷ أنظر م/ 19 ف 1 من قانون صندوق ضمان الودائع المصرفية السوداني لسنة 1996.

الأخذ به في نظام ضمان الودائع المراد تصميمه لدولة الامارات، إذ سيسهم ذلك في زيادة عدد المودعين الذين يتم ضمان ودائعهم.

2. قضت هذه التشريعات بتغطية الودائع المحلية والأجنبية، ماعدا المشرع العُماني الذي قصر الضمان على الودائع المحلية فقط، ونرى أفضلية أن يمتد نطاق ضمان الصندوق ليشمل الودائع الأجنبية، لأن ذلك يشجع أصحاب رؤوس الأموال الأجنبية على إيداع أموالهم في المصارف المحلية، وأن النمو الكبير في أرصدة النقد الأجنبي لدى هذه المصارف يؤدي الى ارتفاع صافي احتياطات النقد الأجنبي لدى القطاع المصرفي، مما يُشكل مؤشرا على متانة القطاع المصرفي وقوة العملة الوطنية واستقرار الاقتصاد الوطني للدولة. (108)

3. اتفقت التشريعات على استبعاد ودائع عدد من فئات المودعين من ضمان النظام او الصندوق، ومنهم ودائع رئيس وأعضاء مجلس الإدارة والمديرين العامين لأي مصرف مضمون وودائع الأزواج والأولاد القُصّر لهؤلاء الأشخاص، وودائع المحاسبين القانونيين المعيّنين لمراجعة حسابات المصرف المعني والودائع المتحصل عليها بما يخالف القانون، ونعتقد أن الفلسفة من حرمان هذه الودائع من التعويض واضحة... ونؤيد النص على استبعاد هذه الودائع من الضمان في نظام ضمان الودائع المراد تصميمه لدولة الامارات.

4. كما يلاحظ ان كل من التشريعين العُماني والسوداني قد توسعا في تحديد الودائع غير المشمولة بالضمان رغم انها جاءت على سبيل الاستثناء، ومعلوم انه لا يجوز التوسع في الاستثناءات بشكل يطغى على الأصل وهو الضمان. المقصد الرابع / طريقة تسديد مبلغ الضمان او التعويض للمودعين. إذا كان موقف التشريعات محل المقارنة متقارب من جهة الحالات التي ينهض فيها التزام النظام او الصندوق بالوفاء بمبلغ الضمان، فإنها تباينت في طريقة تسديد هذا المبلغ، وهو ما سوف توضحه الفقرات التالية:

اولا: المشرع اللبناني؛ المؤسسة الوطنية لضمان الودائع، تضمن ودائع المصارف التي يتم تصفيتهها او وضع اليد عليها بالعملة اللبنانية حتى مبلغ 5000000 خمسة ملايين ليرة لبنانية، وأيضا الودائع بالعملات

¹⁰⁸ أنظر الامارات: احتياطي النقد الأجنبي في القطاع المصرفي يرتفع الى 477 مليار درهم، المرجع السابق، مقالة متاحة على الموقع الإلكتروني التالي: <https://www.albawaba.com/ar>

أنظمة (صناديق) ضمان الودائع المصرفية

الأجنبية لما يعادل مبلغ 5000000 خمسة ملايين ليرة لبنانية حسب سعر صرف العملة الاجنبية بتاريخ اعلان توقف المصرف عن الدفع أو قرار وضع اليد، مهما بلغت القيمة الإجمالية لمجموع الودائع، وتقوم بتسديد هذه المبالغ على مرحلتين؛ تدفع المؤسسة من أصل الضمان المذكور (5000000) حتى مبلغ (1500000) مليون وخمسمائة ليرة لبنانية فور صدور قرار إعلان التوقف عن الدفع أو قرار وضع اليد، ويدفع الرصيد الباقي إما تقسيطاً وإما عن طريق سندات خزينة.

ثانياً: المشرع العُماني؛ يتوجب على كل مصرف يتعرض للتصفية او وقف أعماله بناء على قرار من مجلس المحافظين أن يقوم باتخاذ الخطوات العاجلة لحساب المبلغ المستحق لكل مودع وأرسال قائمة بالمبالغ المستحقة للبنك المركزي وفقاً للطريقة التي يحددها. (109) فإذا اتضح للبنك المركزي ان هذا المصرف لم يتمكن من اعداد قائمة بالدفعات المستحقة خلال أسبوع من تأريخ صدور قرار الإيقاف، يجوز للبنك المركزي تكليف فريق عمل من العاملين به او تعيين شركة محاسبة قانونية مؤهلة او تكليف أي مصرف عضو آخر بإعداد القائمة المذكورة. (110)

1. يحدد مجلس المحافظين كيفية وتأريخ السداد للمودع، ويتم التسديد في أسرع وقت ممكن. (111)

2. يحصل المودع على صافي المبلغ المستحق له بموجب قانون تأمين الودائع المصرفية، بعد أن يوقع على إقرار بتنازله للصندوق عن المبالغ المستحقة له لدى المصرف العضو، في حدود ما حصل عليه من الصندوق. (112)

ثالثاً: المشرع المغربي؛ قرر منح أصحاب الودائع ما يستحقونه من تعويض بعد تصفية المصرف المضمون، في حدود مبلغ لا يزيد على 50000 درهم لكل مودع شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً، ولكن بحسب ما تسمح به إمكانات الصندوق وموارده. وقد حدد قرار وزير المالية والاستثمارات الخارجية رقم 2445.95 الصادر في 29/فبراير/1996 كيفية تسديد التعويض وذلك على وفق الآتي:

¹⁰⁹ أنظر المادة/ 15 ف - ب من نظام تأمين الودائع المصرفية العُماني.

¹¹⁰ أنظر المادة/ 8 ف - د من اللائحة التنفيذية لقانون تأمين الودائع المصرفية رقم ب م 39/5/95.

¹¹¹ أنظر المادة/ 15 ف - ج من نظام تأمين الودائع المصرفية العُماني.

¹¹² أنظر المادة/ 15 ف - هـ من نظام تأمين الودائع المصرفية العُماني.

1. تُحصر موارد الصندوق التي يمكن تخصيصها لمنح التعويضات المستحقة لأصحاب الودائع يوم تصفية المصرف المضمون، ثم يضاف عائد توظيفها (استثمارها) الى مجموع المساهمات السنوية، بعد ذلك تُطرح منه المساعدات الممنوحة من قبل المصارف التي تعترضها صعوبات.

2. إذا تبين ان موارد الصندوق لا تكفي لمنح كل مودع التعويض المستحق له في حدود مبلغ ودائعه مطروحة منه القروض التي تكون قد مُنحت إياه، فإن التعويض يساوي المبلغ المذكور مضروباً في نسبة مئوية محصّل عليها برد موارد الصندوق المشار إليها في النقطة 1 أعلاه الى مجموع الودائع الممكن ارجاعها من غير أن يزيد ذلك على مبلغ 50000 درهم.

3. يحدد لأصحاب الودائع، - باستثناء الحالة التي يوجد فيها قوة قاهرة - أجل 6 أشهر من تأريخ تصفية المصرف المضمون لتقديم طلبات التعويض مشفوعة بجميع الوثائق، وبالأخص آخر كشف للحساب يثبت ودائعهم، ويحق للمصفي إلزامهم الإدلاء بكل وثيقة أخرى يرى انها لازمة لبحث طلبات التعويض.

4. أخيراً، يتوجب على المصفي بناء على إذن من وزير المالية والاستثمارات الخارجية بتسديد التعويضات خلال 12 شهرا من تأريخ تصفية المصرف المضمون. (113)

وعلى ذلك يكون المشرع المغربي قد تفرد عن جميع التشريعات محل المقارنة في هذه الدراسة من حيث أن تسديد الحد الأعلى لمبلغ التعويض المستحق لأصحاب الودائع، يكون في حدود الإمكانيات المنوفرة لدى الصندوق في تاريخ إعلان تصفية المصرف المضمون، وهذا يعني أنه يمكن أن ينزل عن حده الأعلى المتمثل في (50000) ألف درهم.

رابعاً: المشرع السوداني؛ تكفلت المادة/ 20 من قانون صندوق ضمان الودائع المصرفية، ببيان الطريقة التي يتبعها الصندوق في تسديد مبالغ الضمان او التعويضات للمودعين وهي بالشكل الآتي:

1. عند حل أو تصفية أي مصرف مضمون، يتوجب على مجلس إدارة الصندوق خلال 30 يوماً من تسلم أعماله ان يقدم للصندوق قائمة بودائع كل مودع والمبالغ الخاضعة للمقاصة.

2. يدفع الصندوق للمصفي خلال 60 يوم من تسلم تلك القائمة، كل المبالغ التي يتعين دفعها بموجب المادة 18 المذكورة سلفاً.

¹¹³ أنظر المواد 7 و8 و9 و10 من قرار وزير المالية والاستثمارات الخارجية المتعلق بالصندوق الجماعي لضمان الودائع في المغرب رقم 95 2445 الصادر في 29/فبراير/ 1996.

3. على المصفي أن يدفع المبالغ المقررة لأصحاب الودائع كل على حدة.
4. عند دمج أو ضم أي مصرف مضمون، يعتبر ذلك المصرف متوقفاً عن الدفع، ويكون الصندوق في هذه الحالة مسؤولاً عن الدفع للمودعين في ذلك المصرف وفق أحكام المادة 19 المتقدم ذكرها، ويجب على المصرف المحول اليه في حالة الدمج أو الضم أو المصرف المضمون في الحالات الأخرى أن يقدم للصندوق خلال 30 يوم من تأريخ بدء العمل في ذلك المشروع قائمة بودائع المودعين كلاً على حدة والمبالغ المدفوعة او المضافة، او تلك التي يمكن اعتبارها مدفوعة تحت ذلك المشروع.
5. يتوجب على الصندوق أن يدفع للمصرف المحول إليه أو الذي تمت تصفيته حسبما يكون الحال خلال 60 يوماً من تأريخ استلامه للقائمة المشار إليها في النقطة I المبلغ الواجب سداده للمودعين بموجب أحكام المادة 18 المتقدم ذكرها.

ولدى مطالعتنا لموقف التشريعات محل الدراسة المتقدم من مسألة التزام الصندوق بأداء مبلغ الضمان للمودعين، يتبين لنا أنها كانت حريصة على بيان الحالات التي ينهض فيها التزام النظام او الصندوق بأداء مبالغ الضمان المستحقة للمودعين والحد الأعلى المضمون من الودائع وحكم الحسابات المشتركة وكيف يتم ضمانها، وطريقة تسديد مبلغ الضمان او التعويض للمودعين، إلا انها لم تعالج مدى إمكانية رجوع الصندوق على المصرف العضو لاستيفاء ما تم دفعه للمودع؛ ولأن التزام الصندوق تجاه المصرف العضو لا يخرج عن كونه نوع من التأمين او الكفالة؛ فإذا اعتبرنا هذا الالتزام نوع من التأمين، فان القواعد العامة تقرر أن عقد التأمين هو عقد ذو صفة تعويضية يهدف الى قيام المؤمن (صندوق ضمان الودائع) بتعويض المتضرر (المودع) عن الضرر الذي يلحقه من جراء تحقق الخطر (عجز المصرف المتعثر أو تسديد ديونه) عن رد الوديعة ولكن يقتصر تعويضه في حدود الضرر (قيمة الوديعة) دون ان يجاوز ذلك، وبأداء الصندوق مبلغ الوديعة الى المودع فإنه يحل قانوناً محل المودع في الرجوع على المؤمن له (المصرف المتعثر) بمقدار ما دفعه للمودع¹¹⁴.

أما إذا اعتبرنا التزام الصندوق صورة من صور الكفالة؛ فالقواعد العامة تقرر ان الكفيل (صندوق ضمان الودائع) إذا أوفى الكفيل مبلغ الوديعة للدائن (المودع) فإنه يكون في حكم من أوفى دين غيره، وان من أوفى

¹¹⁴ أنظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج7، مج2، عقود الغرر (عقد المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص 411 و425 و486.

أنظمة (صناديق) ضمان الودائع المصرفية

دين غيره فإنه وفقا للقواعد العامة يرجع على المدين الأصلي (المصرف المتعثر او المتوقف عن تسديد ديونه) بإحدى دعويين؛ إما بالدعوى الشخصية أو دعوى الحلول، الا ان الصندوق يجب ان يخطر المصرف المدين قبل رد مبلغ الوديعة الى المودع، وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد أوفى مبلغ الوديعة أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسبابا تقضي ببطان التزامه او انقضاؤه¹¹⁵.

والحقيقة ان ما تقدم قد يقودنا الى تساؤل آخر وهو هل يمكن للمودع مطالبة صندوق ضمان الودائع مباشرة بقيمة الوديعة؟

لم تعالج أي من التشريعات محل الدراسة هذه المسألة، الا ان القواعد العامة تجيز للدائن (المودع) مطالبة الكفيل (الصندوق) بشرط ان أن يكون قد سبق ذلك بمطالبة المدين الأصلي (المصرف المتعثر او المتوقف عن تسديد ديونه)، وتبدو أهمية هذا الحكم في انه يسد الطريق امام المودع عندما يريد اختيار الطريق الأيسر ويطالب الصندوق أولا بقيمة الوديعة والفوائد والتعويض دون الرجوع على المصرف المودع لديه¹¹⁶.

¹¹⁵ انظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج10(التأمينات الشخصية والعينية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص 107 - 109.

¹¹⁶ انظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج10(التأمينات الشخصية والعينية)، ص 26.

الخاتمة

بعد أن تعرضنا لأنظمة ضمان الودائع في الدول التي كانت محل البحث، وتحليل النصوص التشريعية المنظمة لها، فقد أثرنا ان نقدم النتائج والتوصيات التالية:
أولاً/ النتائج وتحدد بالآتي:

1. دولة الامارات العربية المتحدة، لا زالت تأخذ بمبدأ ضمان الودائع المصرفية ضمنياً، رغم أن المشرع الاماراتي قد أجاز لمجلس ادارة المصرف المركزي في المادة/122 من القانون الاتحادي رقم 14 لسنة 2018 في شان المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية ان يصدر نظاماً لضمان ودائع وحقوق مودعي المنشآت المالية المرخصة، وأن يتضمن هذا النظام إنشاء صندوق للتعويضات وتحديد هيكله.
2. لم يكن من بين التعاريف التي قدمت لأنظمة ضمان الودائع، تعريفاً جامعاً مانعاً لفكرة ضمان الودائع، وإنما كانت في مجموعها عبارة عن تعاريف وصفية أنصبت على توضيح مضمون عملية ضمان الودائع المصرفية عند تعثر المصرف المشترك في الصندوق والكيفية التي تتم بها.
3. أنظمة ضمان الودائع التي تتبعها الدول في حماية المودعين على نوعين؛ وكلاهما يعملان على تحقيق استقرار الجهاز المصرفي وحماية صغار المودعين عند تعثر أحد المصارف او افلاسها، كما أنها تتبعان الإجراءات ذاتها لعلاج وضع المصارف المتعثرة والإجراءات الخاصة بدفع التعويض، إلا أن أنظمة الضمان الصريحة التي تعتمد على وجود قانون خاص، تميزت بأنها أكثر كفاءة من حيث سرعة تعويض المودعين والتدخل عند وقوع حالات تعثر المصارف، وبناء على ذلك فقد اوصينا المشرع الاماراتي بضرورة اصدار تشريع خاص بضمان الودائع المصرفية.
4. تباينت التشريعات محل الدراسة في الشكل القانوني الذي اتخذته أنظمة ضمان الودائع فيها؛ ففي لبنان تأسس نظام ضمان الودائع في صورة مؤسسة مختلطة، تسهم فيها الدولة وجميع المصارف العاملة في لبنان، وتعرف هذه المؤسسة باسم " المؤسسة الوطنية لضمان الودائع"، اما المشرع العُماني فقد أدرج صندوق التأمين على الودائع ضمن إدارات البنك المركزي، وجعل المشرع السوداني صندوق ضمان الودائع المصرفية هيئة مستقلة ذات شخصية اعتبارية، وتفرد المشرع المغربي عن التشريعات محل المقارنة من

أنظمة (صناديق) ضمان الودائع المصرفية

حيث أنه استحدثت نظامين أولهما، صندوق جماعي لضمان الودائع دون الاخلال بالأجهزة التي يكون لها نفس الغرض وتوجد على صعيد بعض مؤسسات الائتمان وثانيهما؛ نظام جماعي للدعم المالي لمؤسسات الائتمان التي تتلقى أموال من الجمهور وتعرضها صعوبات، كما أنه لم يعطٍ للصندوق شخصية اعتبارية، وأوكل مهام ادارته الى والي بنك المغرب.

5. اهتمت التشريعات محل المقارنة اهتماماً كبيراً بالنص على الجهات التي تسهم في تمويل صناديق ضمان الودائع، والأغراض التي جاء لتحقيقها، وكانت حريصة جداً على بيان نسب المساهمة بمبالغ مقطوعة ونسب رسوم الضمان السنوي، إلا أنها لم تقرر بنص صريح الطريقة التي يتم بمقتضاها تسديد المساهمات.

6. يهدف الضمان او التعويض الذي تقرره أنظمة ضمان الودائع الى تعويض أصحاب الودائع عن ودائعهم عند عجز المصارف العضوة في النظام او الصندوق أو افلاسها ويتميز بأنه؛ لا يغطي قيمة الودائع المصرفية كاملة ولا يستحق إلا عند توقف المصرف عن الدفع ويتم بمقتضاه توزيع المخاطر على الجميع من مصارف ومودعين.

7. حرصت التشريعات محل المقارنة على بيان الحالات التي ينهض فيها التزام النظام او الصندوق بأداء مبالغ الضمان المستحقة للمودعين والحد الأعلى المضمون من الودائع وحكم الحسابات المشتركة وكيف يتم ضمانها، وطريقة تسديد مبلغ الضمان او التعويض للمودعين، إلا انها لم تعالج مدى إمكانية رجوع الصندوق على المصرف العضو لاستيفاء ما تم دفعه للمودع، ولم تعالج أيضاً حق المودع في مطالبة صندوق ضمان الودائع مباشرة بقيمة الوديعة عند تعثر المصرف المودع لديه أو افلاسه.

8. على الرغم من ضرورة وجود نظام لضمان الودائع في كل دولة تحرص على حماية استقرار جهازها المصرفي وتعزيز ثقة المودعين بمصارفهم، إلا أنه لا يجوز للمصارف الاعتماد عليه كاستراتيجية مستقبلية وحيدة يتم اللجوء اليها عند مواجهة اية أزمة مالية، بل عليها ان تسعى ومنذ تأسيسها الى تبنى وسائل تدعيم وتنمية ودائعها، مما يؤدي بدوره الى تنمية أنشطتها ككل، ومن هذه الوسائل استحداث اوعية ادخارية جديدة، وابتكار خدمات مصرفية جديدة، أو تقديم خدمات مصرفية بأتعاب قليلة نسبياً.

ثانياً/ التوصيات

ارتأينا في نهاية هذه الدراسة ما يلي:

1. أن تصنيف التشريعات محل الدراسة الى أوجه استغلال موارد نظام او صندوق ضمان الودائع المقررة لديها، وجها آخر يتمثل بالإقراض لجهات حكومية، لأجل أن تضمن تنويع مصادر استغلال أموالها وتميبتها بما يجعلها قادرة على تجاوز كل الأزمات والظروف الصعبة التي تواجهها.
2. أن تتبنى التشريعات عند تأسيسها نظام او صندوق لضمان الودائع موقفاً وسطاً عند اختيار الشكل القانوني لصندوق ضمان الودائع؛ فيتم منح الصندوق الشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة وفي الوقت نفسه، جعل الصندوق إدارة من ادارات البنك المركزي في الدولة، وأن يتم ادارته من قبل مجلس يترأسه محافظ البنك المركزي، للتبريرات التي قدمناها في البحث ولأن علم المودعين بارتباط الصندوق بجهة حكومية هي البنك المركزي من شأنه ان يطمئن المودعين على ودائعهم ولا يضطرهم الى الإسراع في سحبها لمجرد توقف تعثر مصارفهم او عجزها عن تنفيذ التزاماتها تجاههم.
3. أثرتنا أن نقدم تصوراً مبسطاً لنظام ضمان ودائع مصرفية نأمل ان يعين المشرع الاماراتي عندما يشرع في وضع هذا النظام بصورة هذا النظام يمكن ان تكون على وفق الآتي:

أولاً/ من حيث الشكل القانوني لنظام ضمان الودائع ؛ يمكن الأخذ بما توجه اليه المشرع العُماني، الذي عهد الى البنك المركزي العُماني بتأسيس الصندوق والإشراف عليه مالياً وادارياً، ونؤيد قيام المصرف المركزي في دولة الامارات بتأسيس مؤسسة مالية لها تسمى "مؤسسة ضمان ودائع وحقوق مودعي المنشآت المالية"، وأن يقرر لها شخصية اعتبارية وميزانية مستقلة، خاصة وان المادة / 44 من القانون الاتحادي رقم 14 لسنة 2018 في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية:" توجب على المصرف المركزي اتخاذ كافة التدابير التي يراها مناسبة للحفاظ على سير عمليات المنشآت المالية المرخصة التي تتلقى الودائع بشكل سليم وفعال...، كما أن المادة/ 49 من القانون ذاته تقرر بأن:" للمصرف المركزي في سبيل تحقيق أهدافه وتنفيذاً لمهامه المنصوص عليها ... أن يؤسس بمفرده او يشترك مع أية جهة أخرى في تأسيس شركات أو مؤسسات تجارية أو مالية أو لأغراض محددة داخل الدولة ..."، ونضيف الى ذلك أن البنك المركزي هو بنك الحكومة ويمتلك خبرة وقدرة على إدارة الصندوق وهو يرتبط بالمصارف العاملة في الدولة مباشرة بما يسهل أمور تواصله مع هذه المصارف، كما أن في ذلك تخفيف عن كاهل ميزانية الحكومة من خلال نقل عبء تعويض المودعين منها الى نظام مستقل لتأمين الودائع.

ونعتقد بأن إعطاء الصندوق شخصية اعتبارية وميزانية مالية مستقلة؛ يفيد التزام هذا الصندوق برد أموال المودعين دون تدخل البنك المركزي، أما الإبقاء على أنه إدارة من ضمن إدارات البنك، فيعني أن الأخير هو الضامن لأموال المودعين.

ثانياً/ من حيث إدارة نظام الضمان؛ ويتم ذلك من خلال مجلس إدارة يتأهله محافظ المصرف المركزي، ويقوم باختيار أعضاؤه، ويضع النظام الأساسي للصندوق.

ثالثاً/ من حيث تحديد الغرض من انشاء النظام؛ أن يكون للنظام دوراً وقائياً وعلاجياً لضمان حقوق المودعين، أي ألا يقتصر على تعويض أصحاب الودائع عند وقوع أزمة مالية أو انتظار افلاس المصارف فقط، بل يجب ان يكون له دوراً رقابياً يتمثل بالحد من أخطار الوقوع في الإفلاس، إذ يكون بإمكانه معاينة المخاطر التي يواجهها المصرف وإمكاناته المالية، ويتحرى في حساباته، ويتدخل في الفترة التي تسبق توقف المصرف عن الدفع، وهو ما تفرد به صندوق تأمين الودائع في السودان - كما سبق القول- إذ يقوم بدراسة المراكز المالية للمصارف وتحليلها بصورة مستمرة والعمل على تقييمها ومعالجتها بالتنسيق مع بنك السودان المركزي، ويلتزم بدفع تعويض لأصحاب الودائع، عند تصفية المصرف المعني، ولا بد من الإشارة هنا أولاً إلى الدور الرقابي للمصرف المركزي وفق ما قرره المشرع الاماراتي في القانون الاتحادي رقم 14 لسنة 2018 في هذا الجانب؛ فالمادة 91 ف1 توجب على كل منشأة مالية مرخصة تتلقى الودائع اعداد بيان ربع سنوي بالشكل الذي يحدده المصرف المركزي، يبين فيه كافة التسهيلات الائتمانية وتسهيلات التمويل الممنوحة من هذه المنشأة، ويتم تزويد المصرف المركزي بنسخة من هذا البيان خلال 10 أيام من تأريخ كل ربع من السنة المالية أو من تأريخ تقديم الطلب من قبل المصرف المركزي، وللمصرف اذا تبين له أن تسهيلات ائتمانية او تسهيلات تمويل منحت من قبل المنشأة قد ينتج عنه ضرراً بمصالح المودعين فإن له: إما الطلب من المنشأة المعنية وضع مخصّصات مقابل هذه التسهيلات، أو الحظر عليها تقديم أية تسهيلات ائتمانية الى الشخص المعني، أو أن يفرض قيوداً معينة على التسهيلات الممنوحة لهذا الشخص حسب ما يراه مناسباً، وثانياً؛ ما يقوم به مركز المخاطر لدى المصرف المركزي المنصوص عليه في المادة/ 90 من القانون الاتحادي رقم 14 لسنة 2018، الذي يتولى مهام جمع وتبادل ومعالجة المعلومات الائتمانية التي يحصل عليها من المنشآت المالية المرخصة أو أي طرف يراه المصرف المركزي ضرورياً في الدولة...".

ولذا فإننا نقترح ان نُنقل الى النظام عند تأسيسه مهام مركز المخاطر وكذلك المهام التي أجاز المشرع الاماراتي للمصرف المركزي المادة/ 89 ف2 من القانون الاتحادي رقم 14 لسنة 2018، أتخاذها تجاه المنشآت المالية المرخصة التي تتلقى الودائع، حيث جاء فيها: " للمصرف المركزي أن يتخذ كافة التدابير والإجراءات اللازمة وأن يستخدم الوسائل التي من شأنها تأمين سير العمل في المنشآت المالية المرخصة التي تتلقى الودائع على وجه سليم ..."، بوصف أن هذا النظام سيكون الجهة الوحيدة التي تتولى عملية رقابة المنشآت المالية المرخصة بشأن الودائع وكذلك ضمان حقوق مودعيها.

رابعاً/ من حيث العضوية في نظام الضمان ؛ ولأننا وجدنا بان إلزامية العضوية في نظام ضمان الودائع من شأنها ان تؤدي الى اتساع قاعدة الضمان ويمنع المصارف القوية من الخروج من هذه العضوية في الظروف التي يكون النظام او الصندوق بحاجة الى رؤوس أموال جديدة أو تمويل إضافي، لذا فإنه نأمل أن تكون العضوية في النظام عند وضعه لدولة الامارات الزامية بالنسبة لجميع ما يشمله مصطلح " المنشآت المالية المرخص " من البنوك والمؤسسات المالية الأخرى المرخصة وفقاً لأحكام القانون الاتحادي رقم 14 لسنة 2018 لممارسة نشاط أو أكثر من الأنشطة المالية المرخصة، وتشمل تلك التي تمارس كافة أو جزء من أعمالها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وتكون تلك المنشآت إما مؤسسة داخل الدولة أو في مناطق اختصاص أخرى أو لها فروع أو شركات تابعة أو مكاتب تمثيل داخل.

اما فروع المصارف الإماراتية العاملة خارج دولة الامارات؛ فإنها لا تسجل في الصندوق إذ يفترض بحسب تقديرنا، انها ستتضم الى أي صندوق ضمان ودائع في الدولة الأم. وبديهيًا فإن جميع المصارف التي تنضم الى المؤسسة ستكون من شركات المساهمة العامة؛ إذ لا يجوز لغيرها في دولة الامارات مزاوله العمليات المصرفية ومنها تلقي الودائع من العملاء، وهو ما قرره المادة 11ف4 من القانون الاتحادي رقم 2 لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية.

خامساً/ من حيث تمويل النظام؛ أن تسهم الدولة في التمويل، وهوما انتهجه كل من المشرع اللبناني والعُماني والسوداني، بالإضافة الى مساهمات المصارف، لأن مساهمة الحكومة من شأنها بلا شك ان تدعم قدرة النظام او الصندوق في أداء التزاماته تجاه المصارف الأعضاء، وتسهم في توزيع المخاطر ويخلق نوع من التوازن في تحملها، والدليل على ذلك ان الصندوق الجماعي لضمان الودائع في المغرب الذي اعتمد في التمويل على مساهمات المصارف الأعضاء، لم يتمكن من حماية ودائع عملاء المصارف الأعضاء وتعويضهم

عن ودائعهم كاملة، فأُنشئت الشركة المغربية لتدبير ضمان الودائع لكي تتدخل عندما تكون أموال الصندوق الجماعي غير كافية لتعويض المودعين، ومع ذلك فإننا نقترح أن تُحصر مساهمة الحكومة في مرحلة التأسيس.

سابقاً/ نوصي المشرع الاماراتي بما يلي:

9. ان يعالج بنصوص صريحة عددا من المسائل التي لم تُلَقَّ اهتمام التشريعات التي كانت محل الدراسة؛ منها الأوجه التي يتم من خلالها استثمار أموال النظام، وأيضا تحديد المصادر التمويلية الاستثنائية للنظام في حالة عدم كفاية أمواله المتاحة لتعويض المودعين، والجزاء المترتب على تخلف المصرف العضو في النظام تسديد مساهمته، وأيضا حكم الحالة التي لا يقتنع فيها المودع بمبلغ الضمان الذي قرره النظام، هل بالإمكان الرجوع الى القضاء من عدمه.

10. بيان ماهية الحالات التي يتدخل فيها النظام لتنفيذ التزاماته في مواجهة المودعين، وطريقة التسديد، والودائع التي يشملها الضمان وتلك التي لا يشملها الضمان وذلك على وفق ما قرره كل من المشرع اللبناني والعُماني والسوداني.

11. النص على الأخذ بما قرره المشرع العُماني في ضمان الحساب المشترك، حيث قضى بتوزيع مبلغ الضمان بين أصحابه كل بنسبة حصته في الحساب.

المراجع

أولا/ المؤلفات

1. د. أسامة إسماعيل عجروس، قوانين المصارف والنقود في لبنان، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
2. د. أنس محمد عبد الغفار، المفهوم القانوني للتأمين التعاوني - دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الامارات، 2014.
3. أنطوان الناشف، خليل الهندي، العمليات المصرفية والسوق المالية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس- لبنان، 1998.
4. د. بشار حكمت ملكاوي، الإفلاس التجاري في قانون دولة الامارات العربية المتحدة، مكتبة الجامعة، الشارقة، ط1، 2013.
5. توماس ماير، جيمس إس دوسينبري، روبرت زد ألبير، النقود والبنوك والاقتصاد، ترجمة: السيد أحمد عبد الخالق، مراجعة: أحمد بديع بليح، دار المريخ للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الإنجليزية، 2002.
6. د. رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري، دار النهضة العربية، 1997.
7. زكريا الدوري، يسري السامرائي، البنوك المركزية والسياسات النقدية، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة العربية، 2006.
8. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج7، مج2، عقود الغرر (عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.
9. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج10 (التأمينات الشخصية والعينية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.

10. د. عبد القادر ورسمه غالب، قوانين وممارسات البنوك والأعمال التجارية، هيئة شؤون الإعلام، البحرين، 2015.
10. د. عبد المطلب عبد الحميد، المرجع السابق، البنوك الشاملة - عملياتها وإدارتها، الدار الجامعية، مصر، 2008.
11. د. فهد بن بجاد بن ملافح العتيبي، تأمين الودائع المصرفية في الأنظمة العربية والأجنبية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2015.
12. د. مالك عبلا، قوانين المصارف (دراسة حول المصرف المركزي والمصارف التجارية والمتخصصة والإسلامية والمؤسسات المالية والصرافة ومكافحة تبييض الأموال - دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2006.
13. محمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي - دراسة تحليلية نقدية في ضوء القانون المغربي والقانون المقارن والاجتهاد القضائي ونشرات غرفة التجارة الدولية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 2001.
14. محمد علي شلهوب، شؤون النقود وأعمال البنوك، شعاع للنشر والعلوم، سورية، حلب، ط1، 2007.
15. د. محي الدين إسماعيل علم الدين، أساليب ضمان وتأمين الودائع البنكية - دراسة عالمية في 32 دولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

ثانياً/ الرسائل العلمية

16. أسماء بلعربي، دور نظام ضمان الودائع في التقليل من التعثر المصرفي، رسالة ماجستير، جامعة البواقي، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، 2015-2016.

17. رأفت على الأعرح، مدى أهمية نظام الودائع في تدعيم شبكة الأمان المالي - دراسة ميدانية على الجهاز المصرفي الفلسطيني، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، كلية التجارة، غزة، 2009.
18. الزلال أحمد مكوي، التكيف الفقهي والقانوني لضمان الودائع المصرفية - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الخرطوم، 2006.
19. ياسر باسم محمد حمد، أثر إنشاء المؤسسة الفلسطينية لضمان الودائع على تطور الودائع - دراسة ميدانية على البنوك الإسلامية العاملة في فلسطين، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2015.

ثالثاً/ البحوث

20. د. عبد العزيز البايدي، دور صندوق ضمان الودائع في تعويض المودعين في ضوء القانون رقم 12 - 103 الخاص بمؤسسة الائتمان متاح على الموقع الإلكتروني التالي:
<https://frssiwa.blogspot.com>
21. د. عثمان بابكر احمد، نظام ضمان الودائع لدى المصارف الإسلامية، بحث رقم 54، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، السعودية، 2000.
22. د. علي بلعزوز، حسينة بن بوعلي، عبد الكريم قندوز، مداخل مبتكرة لحل مشاكل التعثر المصرفي - نظام حماية الودائع والحوكمة، الملتقى العلمي الدولي، جامعة ورقلة، أبريل 2009 متاح على الموقع الإلكتروني:
<https://islamfin.yoo7.com/t1861-topic>
23. د. محمد الخلايلة، ضمان الودائع المصرفية في المصارف الإسلامية - مشروع قانون معدل لقانون مؤسسة ضمان الودائع الأردنية نموذجاً، مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني:
www.aliftaa.jo

24. د. نبيل حشّاد، أنظمة التأمين على الودائع وحماية المودعين - التجارب والدروس المستفادة، المعهد العربي للدراسات المالية والمصرفية، 1994.

رابعاً/المقالات

25. مصباح الطيب، صندوق ضمان الودائع النقدية - مقارنة أنظمة مؤسسات ضمان الودائع المصرفية في بعض الدول، www.bankofsudan.org

26. لمحة تاريخية عن نشوء صناديق ضمان أموال المودعين والمؤسسات المالية المماثلة)، http://dif.gov.ly/?page_id=7

27. اتحاد المصارف العربية، مؤسسات ضمان الودائع المصرفية، مج1، ط1، 1992. <https://www.neelwafurat.com/itempage.aspx?id>

28. صندوق ضمان أموال المودعين، (مقارنة أنظمة مؤسسات ضمان الودائع المصرفية في بعض الدول) http://dif.gov.ly/?page_id=7

29. مظاهر حماية حقوق الزبناء في ظل القانون البنكي المغربي - ملحق بحكم قضائي في باب المسؤولية مع التعليق، www.marocdroit.com

30. (أهمية نظام ضمان الودائع، الشركة المغربية لتدبير صناديق ضمان الودائع)، <https://sgfg.ma/ar>

31. (حماية الودائع المصرفية)، <https://makkahnewspaper.com/article/623011>

32. (ضمان الودائع في البنوك الإماراتية قرار سيادي)، <http://www.alkhaleej.ae/economics/page/8ddce041-0564-4427-ac1f-51>

33. الامارات: احتياطي النقد الأجنبي في القطاع المصرفي يرتفع الى 477 مليار درهم،
<https://www.albawaba.com/ar>
34. م ع ج م الأعمم ال،
<http://www.businessdictionary.com/definition/deposit-insuranc.html>

سادساً/ التشريعات واللوائح التنفيذية والقرارات

35. قانون المؤسسة الوطنية لضمان الودائع في لبنان 67/28 الصادر في
1967/5/9.
36. نظام تأمين الودائع المصرفية العُماني رقم 9 لسنة 1995 ولائحته التنفيذية رقم ب
م 95/5/39.
37. قانون صندوق ضمان الودائع المصرفية السوداني لسنة 1996.
38. ظهير شريف رقم 1.93.147 صادر في 6 يوليو 1993 المغربي (معتبر بمثابة
قانون يتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها).
39. القانون المغربي رقم 12-103 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في
حكمها الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 14-193-1 بتاريخ 24 /12/ 2014.
40. قرار وزير المالية والاستثمارات الخارجية المتعلق بالصندوق الجماعي لضمان
الودائع في المغرب رقم 95- 2445 الصادر في 29/فبراير/ 1996.
41. القانون الاتحادي رقم 14 لسنة 2018 في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت
والأنشطة المالية.

قواعد الإسناد بين إلزامية التطبيق ومشكلة إثبات القانون الأجنبي
دراسة مقارنة

الدكتور أحمد الفضلي
أستاذ القانون الدولي الخاص المشارك
كلية القانون - جامعة عجمان

**Attribution rules between mandatory application and the
problem of establishing foreign law
"A comparative study"**

**Dr. Ahmed Al-Fadhli
Associate Professor of Private International Law
College of Law - Ajman University**

ملخص البحث

تُعدّ قواعد الإسناد، المعيار الأساسي في حلّ النزاعات المشوبة بعنصر أجنبي في مجال العلاقات الدولية الخاصة. فقد وضعت هذه القواعد لمساعدة القضاة في تحديد أي القوانين الأكثر ملاءمة؛ ليطبّق على النزاع طالما كان النزاع مشوباً بعنصر أجنبي، إلا أنّ الخلاف حول مدى إلزامية تلك القواعد قلّ من أهمية تلك القواعد؛ إذ اعتبر البعض أنّ القاضي غير ملزم بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، وجعل الموضوع مرتبطاً بطلب الأطراف. وقد بيّنت الدراسة أنّ الاتجاه القائل بإلزامية قواعد الإسناد وتأييد بعض الأحكام القضائية المقارنة هو الأولي بالاتباع، وأنّ مسألة اعتبار القانون الأجنبي الواجب التطبيق مجرد واقعة لا يطبقها القاضي من تلقاء نفسه، بل يجب على الخصوم إثباته وتقديم الدليل عليه، غير مرتبطة بإلزامية إعمال قواعد الإسناد من قبل القاضي ومن تلقاء نفسه. وخلصت الدراسة إلى تأييد وجهة النظر القائلة باعتبار القانون الأجنبي المشار إلى اختصاصه من قبل قاعدة الإسناد، قانوناً ملزماً يتوجب على القاضي تطبيقه من تلقاء نفسه.

الكلمات المفتاحية: دولي خاص، تنازع القوانين، العنصر الأجنبي، قانون القاضي، العلاقة القانونية.

Abstract

The rules of attribution are the main criterion in resolving disputes involving foreign elements in the field of special international relations. Some considered that the judge was not obliged to enforce the attribution rule on his own and to make the matter linked to the parties' request. And that the question of considering the applicable foreign law as a mere fact is not applied by the judge on his own, but that the litigants must prove it and provide evidence of it, is not linked to the mandatory enforcement of the rules of attribution by the judge and his own. The study concluded to support the view that the foreign law referred to His competence by the rule of attribution is a binding law that the judge must apply on his own initiative.

–key words: Private international law, conflict of laws, foreign element, judge's law, legal relationship.

المقدمة

عندما يعرض نزاع أمام القضاء، فإنّ المهمة الأساسية للقاضي تقوم على أساس تطبيق أحكام القانون على هذا النزاع. ولكن ماذا لو كان هذا النزاع مشوباً بعنصر أجنبي؟ فهل يكون تطبيق القاضي لأحكام القانون على هذا النزاع بنفس الطريقة؟ تعدّ قواعد الإسناد معيار الفصل بين النزاعات الداخلية البحتة والنزاعات ذات العنصر الأجنبي، فمن الطبيعي أنّه عندما يعرض نزاع أمام القاضي الوطني، ويتبيّن له وجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية المطروحة أمامه، أنّه سيلجأ إلى قواعد الإسناد الوطنية؛ لترشده إلى القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع. ومن ثمّ يقوم القاضي بتطبيق أحكام القانون الذي أشارت إليه تلك القواعد سواء كان القانون الوطني أم قانوناً أجنبياً، إلا أنّنا نرى في بعض الأحيان أنّ القاضي قد يتجاهل وجود قواعد الإسناد الوطنية، ويقوم بتطبيق أحكام قانونه مباشرة على النزاع غير آبه بوجود العنصر الأجنبي في النزاع المطروح أمامه، ويربط ذلك بحجّة أنّ القانون الأجنبي مجرد واقعة ويتعين على الأطراف التمسك به وإثباته، ممّا يثير العديد من التساؤلات في هذا الموضوع. فما الفائدة إذن من وجود قواعد الإسناد، أم أنّ هذه القواعد وضعت ليتمّ إعمالها فقط عندما يطالب الأطراف أو أحدهما بذلك؟ وما هي الحكمة من وجود قواعد تعالج المسائل التي تتزاحم فيها القوانين المختلفة، ما دام أنّنا لن نعملها إلا عند مطالبة الأطراف بذلك؟ وهل يوجد في الأنظمة القانونية والقضائية ما يسمح للأطراف الإملاء على القاضي، أن يلجأ لتطبيق نصّ قانوني معيّن وإقصاء آخر؟ أليس في ذلك تدخلاً في عمل السلطة القضائية؟

ومن جهة أخرى تدور مشكلة البحث حول مدى إلزامية قواعد الإسناد أمام القضاء الوطني في ظلّ الاتجاهات المختلفة في هذا الإطار، فهناك من يفرّق بين قواعد الإسناد نفسها حيث يعتبر بعضها ملزماً، وبعضها الآخر غير ملزم، حسب الموضوع الذي تتكلم عنه. وحتى أنّ هناك من يربط الإلزامية من عدمها في إشارة تلك القاعدة باختصاص القانون الأجنبي أم القانون الوطني، فلا يكون القاضي ملزماً بإعمالها إلا إذا كانت تشير إلى تطبيق قانون القاضي الوطني فحسب، وأنّنا نرى أنّه لا مجال للربط بين موضوع إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق وفقاً لما تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية، وبين إلزامية اللجوء ابتداءً إلى قاعدة الإسناد في حال وجود عنصر أجنبي في النزاع.

قواعد الإسناد بين إلزامية التطبيق ومشكلة إثبات القانون الأجنبي

وللاجابة على التساؤلات السابقة، ولمعالجة المشكلة المتعلقة بمدى إلزامية قواعد الإسناد أمام القضاء الوطني وطبيعة القانون الأجنبي الذي تشير باختصاصه، وتحديد على من يقع عبء إثباته، والحلول الممكنة في حال عدم إمكانية اثباته، ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية قاعدة الإسناد

المبحث الثاني: مدى إلزامية أعمال قواعد الإسناد في القضاء والفقهاء

المبحث الثالث: إثبات القانون الأجنبي واجب التطبيق

وقد اتبعنا المنهج المقارن في هذه الدراسة مع التركيز على الوضع في دولة الإمارات العربية المتحدة.

المبحث الأول: ماهية قاعدة الإسناد

يستلزم الخوض في هذا الموضوع، التعرّض لذاتية قاعدة الإسناد التي تعتبر المعيار الأساس لمشكلات تنازع القوانين، ممّا دعانا إلى أن نستعرض في هذا المبحث تعريف قاعدة الإسناد ودلالاته في المطلب الأول، ومن ثمّ نستعرض عناصر قاعدة الإسناد وخصائصها في المطلب الثاني، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف قاعدة الإسناد ودلالاته

هناك أهمية خاصة لتعريف قاعدة الإسناد؛ لكونها تختلف نسبياً عن غيرها من القواعد القانونية، وتتصف بخصائص تميّزها عن غيرها من عدّة جهات. فقد تمّ تعريف قاعدة الإسناد (1) أنّها: "قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنية، تسري على العلاقات الخاصة الدولية؛ لتصطفي أكثر القوانين ملاءمة لتنظيم تلك العلاقات، حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها".

¹ د. احمد عبد الكريم سلامة، تأملات في ماهية قاعدة التنازع، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 51، لسنة 1995، ص 97.

قواعد الإسناد بين إلزامية التطبيق ومشكلة إثبات القانون الأجنبي

ويمكن تعريفها أيضاً بأنها(2): "القاعدة التي تحدّد- بالنظر إلى صياغتها المزدوجة- حالات تطبيق القانون الوطني وحالات تطبيق القانون الأجنبي". وتُعرّف كذلك بأنها: "القواعد التي يجب على القاضي الوطني اتباعها في تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل التي يمكن أن يثور بصدها تنازع بين قوانين الدول(3).

ونعرّفها كذلك بأنها: "القاعدة القانونية التي تسند النزاع المشوب بعنصر أجنبي إلى أكثر القوانين ملاءمة لحلّ هذا النزاع، سواء كان قانون القاضي الوطني أم قانون دولة أجنبية".

ومن خلال تلك التعريفات التي تُعدّ الأكثر دقة لقاعدة الإسناد، نستعرض دلالات هذه التعريفات، ويمكن توضيحها على النحو الآتي:

أولاً: أنها قاعدة قانونية صادرة عن السلطة التشريعية المختصة في كل دولة، ممّا يفيد أنها قاعدة قانونية ملزمة يجب على القاضي تطبيقها وإلا ترتبت عليه مسؤولية قانونية (4).

ثانياً: أنها وضعت من أجل معالجة مسائل محدّدة، وهي المسائل التي تحتوي على عنصر أجنبي على الأقل، ممّا يدلّ على أنها لا تنطبق على النزاعات أو المسائل الوطنية البحتة، فهي متعلقة بالمسائل ذات الطابع الدولي الخاص. ويترتب على ذلك أنّ قاعدة الإسناد لها طابع نوعي، أي أنها مرتبطة بالعلاقات ذات الطابع الدولي، ممّا يفيد عدم جواز تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الوطني ابتداءً على ذلك النوع من النزاعات الذي هو من مهام قاعدة الإسناد(5).

ثالثاً: أنها لا تعالج النزاعات بشكل موضوعي، وإنما هي وضعت لإرشاد القاضي إلى القانون الأكثر ملاءمة لحلّ النزاع، هذا من وجهة نظر المشرّع الوطني. فالمشرّع عندما يصيغ قاعدة الإسناد في مجال معين، فإنّه يرى أنّ أكثر القوانين ملاءمة لحلّ مسألة معيّنة في هذا المجال، يكون القانون الذي تشير إليه القاعدة من خلال ضابط معين مرتبط بهذا المجال بالذات. فالنزاعات المتعلقة بالأحوال الشخصية مثلاً، يرى بعض المشرّعين أنّ أكثر القوانين ملاءمة للتطبيق عليها هو القانون الشخصي للفرد "الجنسية أو الموطن" بغضّ

2. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الهيئة العامة للكتاب، 1986، ص 141.

3. د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، ط5، مطبعة جامعة دمشق، 1986، ص 166.

4. د. أحمد عبد الكريم سلامة، تأملات في ماهية قاعدة التنازع، المرجع السابق ص 99.

5. راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، تأملات في ماهية قاعدة التنازع، المرجع السابق ص 102.

قواعد الإسناد بين إلزامية التطبيق ومشكلة إثبات القانون الأجنبي

النظر عن كون هذا القانون قانون وطنياً أم أجنبياً. وهذا ما يؤكد أنّ قاعدة الإسناد هي قاعدة مجردة تعتمد على معيار أنسب القوانين لحكم النزاع، وبالتالي على القاضي تطبيق أحكام هذا القانون بغض النظر عن كونه قانون القاضي أم قانون دولة أجنبية، فقاعدة الإسناد ذاتها لا يوجد بها حلّ للنزاع.

رابعاً : قابلية أكثر من قانون للتطبيق على العلاقة القانونية، حيث يبرز دور قاعدة الإسناد بالمفاضلة بين القوانين المتراحمة القابلة للتطبيق على المنازعة سواء كانت تلك القوانين قوانين وضعية أو قواعد موضوعية ذات نشأة تلقائية، مثل القواعد التي تنظم المعاملات التجارية الدولية. فهنا يعود الفضل لقواعد الإسناد للإشارة إلى تلك القوانين أو القواعد التي تدخل العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي في مجال سريانها(6).

وتكون هناك وظيفة قانونية تقوم بها قاعدة الإسناد تتمثل بالأمور التالية:

1- مشاركة كل دولة في تنظيم الروابط والعلاقات التي تتم بين الأفراد عبر الحدود، أي تحدّد نصيب مشاركة كل دولة في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية.

2- تحقيق الأمان في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية، وذلك عن طريق اختيار القانون الملائم لذلك التنظيم، حتى لو كان هذا القانون قانوناً أجنبياً وليس وطنياً.

3- تبرير تطبيق القانون الأجنبي، فقاعدة الإسناد تقدم التبرير القانوني المقبول لتطبيق قانون دولة أجنبية من طرف القاضي الوطني بالأفضلية على قانونه الوطني، وبالتالي هي تعكس تسامح المشرع الوطني في قبوله لتطبيق قانون آخر غير قانونه الوطني في العلاقات ذات العنصر الأجنبي(7).

وأخيراً، يمكن القول أنّ هناك أهمية بالغة لوجود هذا النوع من القواعد القانونية، لمعالجة النزاعات ذات العنصر الأجنبي في كل نظام قانوني، فلا يمكن الاستغناء عنها ومعالجة القضايا المشوبة بعنصر أجنبي بنفس الطريقة التي تعالج بها القضايا الوطنية البحتة التي تخلو من العنصر الأجنبي.

6 د. أحمد عبد الكريم سلامة، نفس المرجع السابق ص 104.

7 راجع: د. حسن علي كاظم، قواعد الإسناد وآليات التطبيق في العراق، بحث منشور في مجلة أهل البيت، جامعة أهل البيت، العراق، 2016، العدد 20، ص 309.

المطلب الثاني: عناصر قاعدة الإسناد

إنّ عملية تحديد القانون الواجب التطبيق تتطلب إعمالاً لقواعد الإسناد الوطنية، ممّا يستوجب توضيح كيفية إعمال قواعد الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق. وذلك يتطلب بالضرورة تحليل قاعدة الإسناد والتعرّف على عناصرها، وتوضيح كل عنصر من هذه العناصر؛ ليتسنى لنا معرفة المراحل التي تمرّ بها عملية تحديد القانون الواجب التطبيق على كل حالة. فكلّ قاعدة من قواعد الإسناد بشكل عام تتكون من ثلاثة عناصر على النحو الآتي :

1- مضمون الفكرة المسندة : (موضوع الفكرة)

إنّ مضمون الفكرة المسندة في قواعد الإسناد يتعلّق بالحالة المعروضة على القاضي الوطني والمشوية بعنصر أجنبي، مثل شكل الزواج ، الأهلية ، الميراث...إلخ.

وقد تضم قاعدة الإسناد الواحدة أكثر من فكرة مسندة، فالمشرّع الإماراتي مثلاً جمع بين حالة الشخص وأهليته معاً في فكرة واحدة وذلك في المادة (11) فقرة (1) من قانون المعاملات المدنية؛ إذ ورد فيها: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم....".

2- ضابط الإسناد أو ظرف الإسناد :

وهو المعيار الذي يتخذه المشرّع الوطني للتعرف إلى القانون الواجب التطبيق، والجدير بالذكر أنّه يجب مراعاة أن يكون ضابط الإسناد متصلاً بالعنصر الرئيسي في المركز القانوني، مثل الجنسية أو الموطن أو مكان الإبرام...إلخ.

وأحياناً ينصّ المشرّع الوطني في قاعدة الإسناد على ضابط إسناد مزدوج يؤدي إلى تطبيق قانونين معاً يتساويان في صلتها بالعلاقة القانونية. ومن أمثلة ذلك ما نصّ عليه المشرّع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية على خضوع الشروط الموضوعية للزواج لقانون كل من الزوجين في المادة (12) فقرة (1) "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين" تطابق المادة (13) فقرة (1) أردني، ومعظم التشريعات العربية تنصّ على ذلك أيضاً.

قواعد الإسناد بين إلزامية التطبيق ومشكلة إثبات القانون الأجنبي

وقد تتضمن قاعدة الإسناد عدّة ظروف أو ضوابط إسناد. ومن ثمّ تحدّد عدّة قوانين للنظر في النزاع، ويكون المقصود تطبيق قانون إحداها، مثل ما نصّ عليه قانون المعاملات المدنية في المادة "17 فقره 4" من قانون المعاملات المدنية في إخضاع صحة الوصية من الناحية الشكلية لقانون جنسية الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي أنشئت به الوصية.

وقد تمتد العلاقة القانونية فترة من الزمن، وقد يتغير ضابط الإسناد؛ لذا يتعين تحديد الوقت الذي يمتد فيه بضابط الإسناد. فعلى سبيل المثال إذا أخذ بضابط جنسية الزوج بالنسبة لتحديد القانون المختص بآثار الزواج التي كان يتمتع بها وقت إبرام الزواج، فهل يعتدّ بجنسيته عند إبرام الزواج أم بجنسيته المكتسبة بشكل لاحق؟ وقد أشار القانون الإماراتي بأنّه فيما يتعلق بآثار الزواج يعتدّ بجنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وذلك في المادة (13) فقرة (1) من قانون المعاملات المدنية.

إذن، يُعدّ ضابط الإسناد همزة الوصل بين الفكرة المسندة والقانون المسند إليه، ويكون المرشد للقانون الذي يطبّق على الحالة المعروضة.

3- القانون المسند إليه : (القانون الواجب التطبيق)

بعد بيان مضمون الفكرة المسندة وضوابط الإسناد المختلفة، لا بدّ من تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الفكرة من خلال الضوابط المبينة، ويكون القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد هو القانون الواجب التطبيق. فهو يشكل العنصر الثالث من عناصر قاعدة الإسناد، ومن الضروري أن يكون القانون المختص قانون دولة معينة ثبت لها كيان الدولة وفقاً لأحكام القانون الدولي العام، وتكون دولة القاضي معترفة بها. وقد يكون القانون المسند إليه هو قانون القاضي المرفوع أمامه النزاع أيضاً، فليس دائماً يكون القانون الواجب التطبيق قانون لدولة اجنبية(8).

أما فيما يتعلق بخصائص قاعدة الإسناد، فقد تكون هذه الخصائص التي تميّز قاعدة الإسناد عن غيرها من القواعد القانونية الأخرى خصائص إيجابية، وقد تكون سلبية، فمن هذه الخصائص:

8 انظر د. أحمد محمود الفضلي، أحكام القانون الدولي الخاص الإماراتي، دار النهضة العربية، دبي، 201

قواعد الإسناد بين إلزامية التطبيق ومشكلة إثبات القانون الأجنبي

1- خاصية التجريد: والمقصود بأن قاعدة الإسناد قاعدة مجردة، أي أنها لا تشير إلى قانون معين بذاته، وإنما تحدد معياراً معيناً قبل حدوث أي نزاع، يرى فيه المشرع أنه الأكثر ملاءمة للانطباق على المنازعات في مجال معين، مثل تحديد معيار الموقع في النزاعات المتعلقة بالعقار. وهذا التجريد كما يرى البعض (9) - بحق - لا يعني الحيادية، فتحديد معيار معين قد يكون الهدف منه حماية مصالح خاصة للأطراف مثل تحديد معيار الإرادة في مجالات العقود الدولية، وقد يكون بهدف حماية المصلحة العليا للمجتمع وتحقيق أهداف السياسة التشريعية للدولة، مثل الدول المصدرة للسكان تأخذ بمعيار الجنسية، والدول المستوردة للسكان تأخذ بمعيار الموطن.

2- خاصية الإرشاد: أي أن قاعدة الإسناد قاعدة إرشادية فقط، فهي لا تقوم بحل المنازعة أمام القضاء، وإنما فقط تقوم بإرشاد القاضي إلى القانون الذي يوجد به الحل للنزاع، فهذه هي مهمتها. فالبرغم من أنها لا تحل النزاع إلا أن دورها بالغ الأهمية، حيث أنه من دونها لا يمكن معرفة أكثر القوانين ملاءمة لحل النزاع.

3- خاصية التعقيد: يرى البعض (10) أن قواعد الإسناد تقوم على منهج معقد، كون عملية إعمالها تتطلب جهداً ومراحل متعددة من التكيف إلى تحديد القاعدة المختصة، ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق وتفسيره، بالإضافة إلى احتمالية أن يشير هذا القانون الواجب التطبيق إلى قانون دولة أخرى، وهكذا...

4- عدم تحقيق العدالة: من المعلوم أن الهدف الأساسي من وضع أية قاعدة قانونية هو تحقيق العدالة، ويرى البعض (11) أن قاعدة الإسناد قد لا تؤدي إلى تحقيق العدالة في بعض الفروض. فقد نجد أن القانون الواجب التطبيق لا يتوافق مع توقعات الأطراف خاصة في حال الأخذ بالإحالة، وقد يسيء القاضي تفسير أحكام القانون الأجنبي.

9 د. أحمد عبد الكريم سلامة، تأملات في ماهية قاعدة التنازع، المرجع السابق ص 131.

10 د. مصطفى محمد الباز، منهج قواعد التنازع في فض المنازعات الدولية الخاصة، دراسة انتقادية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الأول، 2008، ص 230.

11 للمزيد راجع: د. مصطفى محمد الباز، نفس المرجع السابق، ص 231.

المبحث الثاني: مدى إلزامية قواعد الإسناد في القضاء والفقهاء

نستعرض في هذا المبحث الاتجاهات المختلفة في مدى اعتبار قواعد الإسناد الوطنية ملزمة أمام القاضي، بمعنى أنه يجوز له عدم الاعتداد بها والتوجه لتطبيق القواعد الوطنية على الرغم من وجود عنصر أجنبي في النزاع المطروح أمامه. ولعلّ من أبرز تلك الاتجاهات موقف القضاء والفقهاء الفرنسي بشكل خاص، والأوروبي بشكل عام، ومن ثمّ موقف القضاء والفقهاء العربي في هذا الإطار مع التركيز على الوضع في دولة الإمارات العربية المتحدة.

وبناء على ذلك تمّ تقسيم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: موقف القضاء والفقهاء في فرنسا

المطلب الثاني: موقف القضاء والفقهاء في بعض الدول الأوروبية الأخرى

المطلب الثالث: موقف القضاء والفقهاء في بعض الدول العربية

المطلب الأول: موقف القضاء والفقهاء في فرنسا

تبنت القضاء الفرنسي في البداية موقف عدم إلزامية قواعد الإسناد في حال إشارتها بتطبيق قانون أجنبي، وذلك في الحكم الصادر عام 1959 والمعروف بـ"حكم بيسبال"، حيث قرّر القاضي الفرنسي تطبيق القانون الفرنسي في قضية تتعلق بزوجين يحملان الجنسية الإسبانية دون الاعتداد بقاعدة الإسناد الفرنسية التي تشير بتطبيق القانون الإسباني. وقد ورد في حيثيات الحكم: "إنّ قواعد الإسناد الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام على الأقل حين تشير باختصاص قانون أجنبي، بمعنى أنّ على الخصوم التمسك بتطبيق هذا القانون، وعلى ذلك فلا ينعي على قضاة الموضوع، عدم تطبيقهم للقانون الأجنبي من تلقاء أنفسهم".

قواعد الإسناد بين إلزامية التطبيق ومشكلة إثبات القانون الأجنبي

وهناك حكم آخر معروف باسم حكم "شيموني" صادر عام 1960م، قرّرت فيه المحكمة أنه يمكن للقضاة في محكمة الاستئناف، البحث عن مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق من تلقاء أنفسهم دون تمسك الأطراف بتطبيقه (12).

مما يفيد توجّه القضاء الفرنسي نحو منح السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إلى قواعد الإسناد عندما تشير بتطبيق القانون الأجنبي في حال عدم تمسك الخصوم باللجوء إليها، أمّا في حال تمسك الخصوم بها، فيلزم القاضي بإعمالها.

لا شك أنّ هذا التوجّه في القضاء الفرنسي لاقى انتقاداً شديداً من الفقه (13) على النحو الآتي:

1- إن ترك مسألة إعمال قواعد الإسناد من عدمها لسلطة القاضي التقديرية من شأنها أن تؤدي إلى ربط نتيجة الحكم بأهواء القاضي ورغباته الخاصة.

2- إن تعليق استخدام قواعد الإسناد بشكل إلزامي على تمسك الأطراف بها، سيسهل عملية التحايل على القانون. فهم إن أرادوا تطبيق القانون الأجنبي تمسكوا بقاعدة الإسناد، وإن لم تكن أحكام القانون الأجنبي تتوافق مع مصالحهم الخاصة، امتنعوا عن إثارتها.

3- حتى في حالة اعتبار قاعدة الإسناد ليست من النظام العام، لا يعني عدم تطبيقها من قبل القاضي في حال عدم تمسك الخصوم بها، وإنما يجب إعمالها طالما أنّهم لم يتفقوا على استبعادها (14).

وقد لوحظ تطوّر إيجابي مثير للانتباه في موقف القضاء الفرنسي في مرحلة لاحقة، ألزم فيها قضاة الموضوع بإعمال قواعد الإسناد رغم عدم تمسك الخصوم بها. فقد صدر حكم لمحكمة النقض في عام 1988م، تمّ فيه نقض الحكم الذي لم يعمل فيه قاضي الموضوع قاعدة الإسناد الوطنية التي تشير إلى تطبيق قانون أجنبي لعدم تمسك الخصوم بها، ويزرت ذلك الحكم بوجود إعمال قاضي الموضوع قاعدة الإسناد الوطنية عملاً بحكم

12 راجع هذه الأحكام لدى د. أشرف محمد وفا، استبعاد تطبيق قاعدة التنازع باتفاق الأطراف، المجلة المصرية للقانون الدولي، 2004، ص 68 في الهامش.

13 راجع: رزان السعيد، رسالة ماجستير بعنوان إلزامية قواعد الإسناد في القانون الجزائري، جامعة العربي بن مهيدي، 2015-2016، ص 59.

14 د. أشرف محمد وفا، المرجع السابق، ص 69.

قواعد الإسناد بين إلزامية التطبيق ومشكلة إثبات القانون الأجنبي

المادة 12 من قانون المرافعات الفرنسي التي توجب على القاضي أن يفصل في المنازعة المطروحة أمامه وفقاً للقواعد القانونية الواجبة الإعمال(15)

لكنّ التطور الإيجابي في موقف القضاء الفرنسي لم يستمر طويلاً، فقد حدث تراجع جزئي في موقف محكمة النقض الفرنسية بعد ذلك في أحكام أخرى قيّدت فيها إلزامية إعمال قواعد الإسناد الوطنية بقيد مرتبط بكون موضوع الفكرة الذي تتناوله قاعدة الإسناد. فإذا كان موضوع الفكرة من المسائل التي يملك الأطراف التصرف بها، مثل الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية ومعظم مسائل الأموال، فتكون قاعدة الإسناد غير إلزامية، ولا يمكن إعمالها إلا في حالة التمسك بها من قبل الأطراف. أما لو كان موضوع الفكرة في قاعدة الإسناد تتناول مسألة من المسائل التي لا يملك الأطراف حق التصرف بها، مثل مسائل الأحوال الشخصية، فتعدّ قاعدة الإسناد هنا ملزمة، ويجب على قاضي الموضوع إعمالها من تلقاء نفسه بغض النظر عن تمسك الخصوم بها من عدمه(16).

وقد تعرّض هذا التوجّه - بحق - لانتقادات شديدة من الفقه(17) على النحو الآتي:

- يرى البعض أنّ معيار قابلية الحقوق للتصرف من عدمه ليس له علاقة بألية تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية ولا بمدى إلزاميتها، طالما أنّ القاعدة يرتبط تطبيقها بدولية النزاع المطروح أمام القضاء، سواء كان لدى الأطراف التصرف في الحقوق التي تتضمنها أم لم تكن تلك الحقوق قابلة للتصرف.

- حتى أنّ البعض يقول بناء على هذه الفكرة، أنّه يمكن أيضاً أن لا يتمكن القاضي الفرنسي من تطبيق قانونه الوطني مادامت الحقوق التي تتضمنها قاعدة الإسناد قابلة للتصرف بها من قبل الأطراف، وذلك في حالة عدم تمسكهم بقاعدة الإسناد(18).

15 cass. Civ. 18 octobre. 1988 in : Bernard Anciale et Yves Lequette : Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé. Paris. 1999. op.cit..p.585.

16 د. حسام أسامة شعبان، معاملة القانون الأجنبي أمام القضاء البحريني، دراسة مقارنة في ضوء التوجهات الفقهية والقضائية المعاصرة في القانون الدولي الخاص، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، الجزء الأول- العدد التاسع عشر، 2017، ص 205.

17 راجع : حسام أسامة شعبان، نفس المرجع السابق، ص 199.

18 راجع: Lequette (Y): les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé. Paris. 2001. op. cit. p. 734.

قواعد الإسناد بين إلزامية التطبيق ومشكلة إثبات القانون الأجنبي

- ويؤكد البعض (19) أنّ تبرير القضاء الفرنسي لفكرة قابلية الحقوق للتصرف غير مقنع؛ لكونها مسألة تتعلق بالأطراف، وليس لها علاقة بالتزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي، فمن غير المنطقي تعليق هذه المسألة على إرادة الأطراف.

وبناء على منطوية تلك الانتقادات يؤيد الباحث القول: بأنه من الأفضل التزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه بغض النظر عن الحقوق القابلة للتصرف أو غير القابلة للتصرف.

المطلب الثاني: موقف القضاء والفقهاء في بعض الدول الأوروبية الأخرى

نتعرض في هذا المطلب إلى موقف القضاء والفقهاء في كل من بلجيكا والنمسا وسويسرا؛ لكون القضاء في تلك الدول متعرضاً بشكل واضح لموضوع مدى إلزامية قاعدة الإسناد الوطنية، والتزام القاضي في أعمالها رغم عدم تمسك الخصوم بها، وذلك على النحو الآتي:

أ: الوضع في بلجيكا:

لم يكن الوضع في بلجيكا المجاورة لفرنسا مشابه لها فيما يتعلق في موقف القضاء البلجيكي الذي يضي على قاعدة الإسناد الوطنية صفة الإلزام، رغم عدم وجود نصّ في القانون البلجيكي يتعلق بمدى إلزامية قواعد الإسناد الوطنية. فقد قرّرت محكمة النقض البلجيكية في حكم لها عام 1980م، جعل أعمال قاعدة التنازع البلجيكية ملزماً على القاضي من تلقاء نفسه، وإلزامه بتطبيق القانون الذي تشير إليه هذه القاعدة دون تكليف الخصوم بإثباته. بالإضافة إلى ذلك، فقد قضت محكمة النقض البلجيكية في حكم آخر عام 1995م (20) بتطبيق القانون المغربي على زوجين مغربيين أبرما زواجهما في المغرب دون أن يطلب منهما القاضي إثبات القانون المغربي ودون أن يتمسكا بتطبيق القانون المغربي. فهذا الالتزام يقع على عاتق القاضي من تلقاء نفسه.

19 أنظر: Batiffol et Lagarde: Droit international privé. tome 1. 8 edition.LGDJ. Paris. 1993.p 535.

20 راجع هذه الأحكام لدى: د. اشرف محمد وفا، المرجع السابق، ص84.

قواعد الإسناد بين إلزامية التطبيق ومشكلة إثبات القانون الأجنبي

ب: الوضع في النمسا:

يشابه الوضع في القضاء النمساوي نظيره البلجيكي، حيث يعتبر القضاء النمساوي أنّ قواعد الإسناد قواعد أمرّة وملزمة للقاضي من تلقاء نفسه، باعتبارها قواعد تحدّد القانون الواجب التطبيق في النزاعات ذات العنصر الاجنبي؛ إذ يتمّ النظر إلى مسألة تطبيق القانون الأجنبي على أنّها مسألة قانون، وليست مسألة وقائع، على اعتبار أنّه من غير المعقول أنّ يتمّ إخضاع واقعة ما أمام القضاء إلى واقعة أخرى وهي القانون الأجنبي(21). ويتربّث على مسألة اعتبار القانون الأجنبي قانوناً، وليس واقعة، مبدأ عام يفيد أنّ على القاضي أن يعمل قاعدة التنازع من تلقاء نفسه بغضّ النظر عن القانون الذي تشير إليه سواء كان وطنياً أم أجنبياً.

ج: الوضع في سويسرا:

القضاء في سويسرا أيضاً يسير باتجاه التزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه(22)، وذلك تطبيقاً لما ورد في القانون الدولي الخاص السويسري الصادر عام 1988م، الذي يلزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية والبحث عن مضمونه.

وخلصه ذلك تبيّن لنا أنّ الاتجاه الغالب يعدّ مسألة إعمال قواعد الإسناد من قبل القاضي من تلقاء نفسه مسألة إلزامية غير مرتبطة بتمسك أو عدم تمسك الخصوم بها، أو بتطبيق القانون الأجنبي الذي قد تشير إليه. وتبرير ذلك لدى الفقه يتمثل -بحق- في ما يلي:

أولاً: أنّ أساس القوة الإلزامية لقاعدة الإسناد، ينبع من كونها قاعدة وطنية. فالقاضي ملتزم بتطبيق القواعد القانونية الوطنية بشكل عام، وعندما يكون النزاع مشوباً بعنصر أجنبي، يتمّ اللجوء إلى قواعد الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق، سواء كان قانون القاضي أم القانون الأجنبي(23).

21 راجع: Fritz Schwind: Les problemes actuels poses par L'application des lois etrageres en droit international prive autrichien. Travaux de l'instut de droit compare' . LGDJ. Paris. 1988.p 121.

22 راجع: د. اشرف محمد وفا، المرجع السابق، ص90 في الهامش.

23 د. احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 99.

قواعد الإسناد بين إلزامية التطبيق ومشكلة إثبات القانون الأجنبي

ثانياً: أن أساس القوة الإلزامية لقواعد الإسناد يتمثل في كونها تتعلق بالنظام العام في ذاتها، وليست في كونها تشير إلى قانون أجنبي أو القانون الوطني، بحيث يجب على القاضي إعمالها من تلقاء نفسه(24)، إذ أنّ الحقيقة، كما يقرّر فقه القانون الدولي الخاص، أنّ كافة قواعد الإسناد تتعلق بالنظام العام من دون استثناء(25)؛ لأنّ هذه القواعد تصدر عن جملة اعتبارات خاصة ترتبط بسياسة التشريع. إخضاع المشرّع مسألة معينة من مسائل القانون الخاص لقانون معين، إنّما يكون بناءً على اعتقادٍ منه بأنّ هذا القانون هو أصلح القوانين لحكم تلك المسألة في الوضع الذي تكون فيه منطوية على عنصر أجنبي.

فقد ينظر المشرّع إلى القانون الواجب التطبيق بوصفه أكثر القوانين إيفاءً بمقتضيات العدالة، أو أقرها على تحقيق إحدى المصالح الحيوية للدولة، أو أن يكون في تطبيق هذا القانون توفير للأمان القانوني المتمثل في الحفاظ على توقعات الأفراد في علاقاتهم الدولية، ومن ثمّ تحقيق الاستقرار لتلك العلاقات ونموّها عبر الحدود(26).

ثالثاً: أنّ صياغة نصوص قواعد الإسناد في القوانين تؤكد بأنّ المشرّع قد ألزم القاضي بتطبيق قواعد الإسناد من تلقاء نفسه. فقد استعملت عبارات مثل "يرجع في، تُطبّق، تخضع، تُتبع، تُعين المحكمة"، وهي عبارات تفيد صيغة الإلزام، إضافة إلى استعمال كلمة "يسري"، فهذه العبارات الصريحة تلزم القاضي بأن يُعمل قاعدة الإسناد وأن يطبق القانون الأجنبي الذي تشير باختصاصه بصورة تلقائية، ولو لم يطلب منه الخصوم القيام بذلك؛ إذ أنّ تطبيق القانون الأجنبي هو امتثال من قِبَل القاضي لحكم القانون الوطني(27).

24 رزان السعيد، المرجع السابق، ص63

25 د. سعيد يوسف البستاني. القانون الدولي الخاص (تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية). ط1. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. 2004. ص193 .

26 ميثم فليح حسن، طبيعة قواعد الإسناد- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بابل، 1999، ص68.

27 ميثم فليح حسن، نفس المرجع السابق، ص69.

المطلب الثالث: موقف القضاء والفقهاء في بعض الدول العربية

نتعرّض في هذا المطلب إلى موقف بعض التشريعات العربية من خلال التعرّض إلى موقف القضاء والفقهاء في تلك الدول، لكونه لا يوجد نصّ صريح في تلك القوانين يبيّن مدى إلزامية قواعد الإسناد. وسيتمّ التركيز في هذا الإطار على الموقف في الإمارات العربية المتحدة، وبعض التعرّض للموقف في كل من مصر والجزائر؛ وذلك على النحو التالي:

أ: الوضع في مصر:

في ظلّ عدم وجود نصّ صريح في القانون المصري يبيّن مدى إلزامية قواعد الإسناد المصرية أمام القاضي المصري، فإنّ القضاء في مصر يسير من خلال بعض القرارات باتجاه غير مستقر حول اعتبار قواعد الإسناد المصرية ملزمة أم غير ملزمة، ذلك أنّ هذا القضاء لم يتصدّ بشكل صريح أو بصورة عامة لبحث مدى التزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد الوطنية. ولكن مع ذلك فقد تعرّضت محكمة النقض المصرية (28) في أحد أحكامها لبحث مدى القوة الإلزامية لإحدى قواعد الإسناد، وذلك في نزاع يتعلق بتطبيق المادة 14 من القانون المدني المصري؛ إذ أقرت المحكمة في قرارها المؤرخ 17 نوفمبر 1960م مبداءً قوامه أنّ (نصّ المادة 14 من القانون المدني نصّ أمر متعلق بالنظام العام يسري بأثر فوري).

ومع أنّ محكمة النقض المصرية قد خطت فيما بعد خطوة كبيرة نحو إلزام القاضي بإعمال قواعد الإسناد من تلقاء نفسه، وتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه هذه القواعد، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 6 فبراير 1984م (29). وهذا القرار ألزمت المحكمة فيه القاضي بتطبيق القانون الأجنبي في حالة ما إذا كان عالماً بمضمون ذلك القانون أو كان علمه به مُفترضاً، وهو ما يعني أنّ القاضي ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، إن أشارت هذه القاعدة باختصاص أحد القوانين الأجنبية، ما لم يكن القاضي يجهل أحكام القانون الأجنبي المشار إليه.

28 الحكم منشور في مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة 11، رقم 91، ص 583.

29 طعن رقم 83 لسنة 49 القضائية.

قواعد الإسناد بين إلزامية التطبيق ومشكلة إثبات القانون الأجنبي

ويؤخذ على هذا القرار أنه ربط إلزامية قاعدة الإسناد الوطنية بما تشير إليه من قانون واجب التطبيق. فإذا أشارت إلى قانون أجنبي يجهله القاضي الوطني، فإن القاضي هنا غير ملزم بإعمالها، ويمكنه في هذه الحالة تطبيق القواعد الوطنية. ونرى أن هذا فيه إخلالاً بالأسس التشريعية التي وضعت من أجلها قواعد الإسناد، ولا يمكن قبول تبرير جهل القاضي الوطني بأحكام القانون الأجنبي لعدم إعمال قاعدة الإسناد الوطنية، مما يؤكد عدم وجود استقرار في القضاء المصري حول إلزامية قواعد الإسناد أمام القاضي المصري.

أما بالنسبة لموقف الفقه المصري، فإنه يميل بشكل عام إلى الاتجاه الذي يرى إلزامية قواعد الإسناد، فيقول في هذا الصدد الدكتور السنهوري: "على القاضي إذا أمره قانونه الوطني بتطبيق أحكام قانون أجنبي أن يعتبر أحكام القانون الأجنبي جزءاً من قانونه الوطني، ويكون في تطبيقه لأحكام القانون الأجنبي كما في تطبيقه لقواعد الإسناد التي أمرته بتطبيق هذه الأحكام خاضعاً لرقابة محكمة النقض(30)". وهناك رأي في الفقه المصري يرى: أن القاضي يبقى ملزماً بإعمال قاعدة الإسناد حتى لو اتفق الأطراف صراحة على استبعادها، لكونها تشير إلى قانون أجنبي وتمسكوا بتطبيق القانون الوطني؛ ذلك لأن قواعد الإسناد تتعلق بالنظام العام في جميع الأحوال لكونها تهدف إلى تطبيق أنسب القوانين لحكم المسألة المعروضة وفقاً للسياسة التشريعية التي يرمي إلى تحقيقها المشرع الوطني. وبالتالي لا يجوز للأفراد، الخروج على قواعد الإسناد والاتفاق على مخالفة أحكامها، مثل أن يتفق الأطراف على خضوع أهليتهم لقانون موطنهم في الوقت الذي تنص فيه قاعدة الإسناد على خضوعها لقانون الجنسية(31). وهناك رأي آخر يرى: أنه لا يجوز السماح للأفراد بالاتفاق على استبعاد قواعد الإسناد؛ لأن الهدف الأساسي لقواعد الإسناد ليس تحقيق المصالح الخاصة للأفراد، وإنما كفالة قيام كل نظام قانوني بحكم المسائل الوثيقة الصلة به والتي هو أقدر من غيره عن حكمها، مما يفيد أن القاضي المصري ملزم بتطبيق قواعد الإسناد من تلقاء نفسه(32). وذهب جانب آخر من الفقه المصري إلى أن القاضي، وإن كان ملزماً بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، إلا أنه لا يلتزم بتطبيق القانون الأجنبي الذي

30 د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بشكل عام، الجزء 2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 55.
31 د. سامية راشد. قاعدة الإسناد أمام القضاء، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس. مجلد 14- العدد 2، 1972، ص 396، د. هشام علي صادق. مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1972، ص 148.
32 أنظر: د. سامية راشد، المرجع السابق، ص 399-400.

قواعد الإسناد بين إلزامية التطبيق ومشكلة إثبات القانون الأجنبي

تشير إليه القاعدة. فقاعدة الإسناد تلزم القاضي فقط بأن يطلب من الخصوم إثبات القانون الأجنبي الذي يتضح أنه هو القانون المختص من دون أن تلزمه بالبحث عن أحكامه(33).

ب: الوضع في الجزائر:

لا يوجد هناك نص صريح في القانون الجزائري يبيّن مدى إلزامية قواعد الإسناد أمام القاضي الجزائري، غير أنّ العبارات الواردة في قواعد الإسناد الجزائرية وردت بصيغة الأمر مثل عبارات: يسري، يطبق، تخضع. وهذه العبارات تفيد الإلزامية، إلا أن المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصّت في الفقرة السادسة منها على أنه: "لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالية:6- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة"، ممّا جعل البعض(34) يقول إنّ تفسير هذا النص يشير إلى أنّ قواعد الإسناد الجزائرية المتعلقة بالأحوال الشخصية تعتبر ملزمة للقاضي حيث تخضع لرقابة محكمة النقض، إلا أنّنا نرى أنّ النصّ السابق يفيد أنّه في حالة تطبيق القانون الأجنبي من قبل القاضي الجزائري، فإنّه يخضع لرقابة محكمة النقض في تطبيقه للقانون الأجنبي. أمّا في حالة عدم لجوء القاضي من الأساس إلى إعمال قاعدة الإسناد المتعلقة في مجال الأحوال الشخصية، فهل يمكن نقض الحكم على أساس هذا النص؟ نعتقد أنّ الإجابة ستكون بالنفي إذ أنّ هذا النص يتناول مسألة لاحقة لإعمال قواعد الإسناد، ولا يمكن الاعتماد عليه في تحديد مدى إلزامية قواعد الإسناد الجزائرية من عدمها.

وفيما يتعلق بالقضاء الجزائري، هناك حكم للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية في 17 نوفمبر (35)1990 نقضت فيه حكم محكمة بجاية الصادر في 14 أبريل 1987، حيث جاء بالنقض: "من المقرر قانوناً أنّه يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خطأ في تطبيق القانون. ولما كان من الثابت أنّ المحكمة اعتمدت القانون الفرنسي دون مراعاة قانون الهالك أو الموصي باعتباره جزائرياً مسلماً، تكون قد أخطأت في تطبيق القانون".

33 د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين" دار المعارف بمصر، 1957، ص 160.

34 د. رزان السعيد، المرجع السابق، ص 78 وما بعدها.

35 راجع هذا الحكم عند رزان السعيد، المرجع السابق، ص 82.

قواعد الإسناد بين إلزامية التطبيق ومشكلة إثبات القانون الأجنبي

لا شكّ في أنّ الحكم السابق يفيد توجه القضاء الجزائري نحو إلزام القاضي بإعمال قواعد الإسناد من تلقاء نفسه بغض النظر عن تمسك الخصوم بها من عدمه، وبعدّ هذا التوجه إيجابياً من قبل القضاء الجزائري خاصة في ظلّ الرأي الغالب (36) باعتبار قواعد الإسناد ذات صفة إلزامية بالنسبة للقاضي الوطني، كما سنرى لدى الفقه الجزائري، حيث يرى الدكتور عمر بليمامي بأنّ: "وظيفة القاضي هي تطبيق القانون، وما دامت قواعد الإسناد قد أشارت بتطبيق قانون اجنبي معين، فعلى القاضي الانصياع إلى تطبيق أوامر مشرّعه".

ويقول الدكتور الطيب زروتي: "القاضي مدعو لتطبيق قواعد الإسناد من تلقاء نفسه إذا توافرت شروط إعمالها، والسبب في ذلك أنّه روعي في وضع قواعد التنازع، اعتبارات خاصة تتعلق بسياسة التشريع الذي يهّم المصلحة العامة ويتصل بالنظام العام، وهو ما يؤكد ضرورة تطبيقها تلقائياً".

ج: الوضع في الإمارات:

يبدو من الطبيعي أنّه عندما يُعرّض على القاضي الوطني نزاع مشوب بعنصر أجنبي في مجال القانون الخاص أن يتجه القاضي مباشرة إلى قواعد الإسناد الوطنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع، إلا أنّ هذا الأمر قد لا يتمّ من قبل القاضي الإماراتي بشكل دائم، على اعتبار أنّ القاضي الإماراتي غير ملزم باللجوء إلى قواعد الإسناد الوطنية، وإنّما الأمر اختياري بالنسبة له، أو أنّه يمكن أن يلجأ إليها في حال طلب الخصم الأجنبي ذلك، ممّا يؤدي إلى القول أنّ قواعد الإسناد إختيارية وليست إلزامية .

يثور تساؤل عن سبب هذا الاتجاه، مع أنّه من خلال الاطلاع على صيغة قواعد الإسناد يتضح أنّها ذات طابع إلزامي، وأنّ الغالبية العظمى من الفقه (37) ترى إلزامية قواعد الإسناد، ولا توجد إلا قلة قليلة تعتبر أنّ قواعد الإسناد غير ملزمة، وهل أن المشرّع الإماراتي أخذ بوجهة نظر الرأي الضعيف في هذا الموضوع ؟

في الواقع أنّ ما أثار هذه الشبهة هو نصّ قانوني ورد في الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي مفاده: "تسري أحكام هذا القانون على جميع مواطني دولة الإمارات العربية المتحدة ما لم

36 راجع هذه الآراء عند رزان السعيد، المرجع السابق، ص 87.

37 راجع د. أحمد محمود الفضلي، المرجع السابق، ص 59.

تكن لغير المسلمين منهم أحكام خاصة بطائفتهم وملتهم، كما تسري أحكامه على غيرالمواطنين ما لم يتمسك أحدهم بتطبيق قانونه".

يتضح فعلا من هذا النص أنّ القاضي الإماراتي يستطيع أن يطبق ابتداء، أحكام قانون الأحوال الشخصية على المسلمين من الأجانب حصراً دون غير المسلمين؛ لكون غير المسلمين من المواطنين غير خاضعين لأحكام هذا القانون، فمن باب أولى عدم خضوع الأجانب من غير المسلمين لأحكامه. ولكنّ القاضي الإماراتي ملزم بتطبيق القانون الأجنبي في حال تمسك الأجنبي بتطبيق قانونه في مسائل الأحوال الشخصية.

وهل هذا يعني أنّ موقف المشرع الإماراتي، قد اتجه إلى الأخذ بعدم إلزامية قواعد الإسناد كما يرى البعض(38)

؟

من الواضح أنّ المشرع الإماراتي من خلال إدراج هذا النصّ في قانون الأحوال الشخصية، إنّما أراد توفير حماية أكبر للأجنبي بتطبيق أحكام القانون الوطني عليه باعتبار أنّه مسلم. وبالتالي، فإنّ أحكام القانون الإماراتي مستمدة من الفقه الإسلامي، وفي حال رأى الأجنبي أنّ من مصلحته تطبيق أحكام قانونه بدلاً من أحكام قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، فقد أجاز له المشرع طلب ذلك.

ونعتقد أنّ ذلك لا يعني بأيّ حال من الأحوال أنّ المشرع الإماراتي تبنّى الإتجاه الذي يرى بعدم إلزامية قواعد الإسناد. فماذا لو كان النزاع غير متعلق بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية كالالتزامات التعاقدية أو غير التعاقدية أو المسائل المالية أو التجارية، أو حتى في مجال الأحوال الشخصية لغير المسلمين فلا يوجد نصّ يجيز للقاضي الإماراتي تطبيق أحكام القانون الوطني بدلاً من اللجوء إلى قواعد الإسناد، ممّا يدلّ ويشكل جازم على أنّ قواعد الإسناد الوطنية في الإمارات قواعد ملزمة. ويجب على القاضي اللجوء إليها عند ما يعرض أمامه نزاع مشوب بعنصر أجنبي، وأنّ ما ورد في المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية والمشار إليها سابقاً، إنّما هو استثناء لا يمكن تعميمه على جميع قواعد الإسناد. فهو فقط محدود في حالة كان النزاع متعلقاً بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية لأطراف من المسلمين الأجانب، وحتى في هذه الحالة، نرى أنّه من

38 د. أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، مطبعة الجامعة، الشارقة، 2012، ص315.

قواعد الإسناد بين إلزامية التطبيق ومشكلة إثبات القانون الأجنبي

الأفضل أن يلجأ القاضي الوطني إلى قواعد الإسناد، خاصة أن قواعد الإسناد في مجال الأحوال الشخصية عادة ما تشير إلى جنسية الشخص.

ونوصي المشرّع الإماراتي بإلغاء تلك العبارة طالما أنه يوجد نصوص في قواعد الإسناد تعالج الموضوع بشكل أفضل، وحتى لا تثار الشبهة في موقف المشرّع الإماراتي من إلزامية قواعد الإسناد بشكل عام.

أما فيما يتعلق بموقف القضاء الإماراتي، فقد صدرت العديد من الأحكام القضائية من المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز دبي في هذا الموضوع، منها ما صدر عن المحكمة الاتحادية العليا (39) حكم مفاده:

"قواعد الإسناد لا تتعلق بالنظام العام، ذلك أن الأصل هو تطبيق قانون القاضي، فيتعين على الخصوم أن يتمسكوا أمام محكمة الموضوع بتطبيق القانون الأجنبي الذي تحدده قاعدة الإسناد. وعليهم في هذه الحالة أن يقدموا الدليل على تضمّنه القاعدة القانونية المراد تطبيقها، لما كان ذلك وكان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بتطبيق القانون الهندي ولم يقدم الدليل عليه، وإنما طلب وكيله من المحكمة في جلسة 93/5/4 "تطبيق حكم الله بتحقيق الشقاق بينهما (أي الخصمين وذلك) بتعيين حكيمين" ممّا مفاده أنه ارتضى تطبيق حكم الشريعة الإسلامية في النزاع وإلا لما طلب تعيين حكيمين، ولطلب تطبيق أحكام القانون الهندي ممّا يجعل نعيه غير قائم على أساس". وفي حكم آخر ورد في قرار المحكمة (40) "لما كان فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا حول أثر تخلف إذن الولي على صحة عقد الزواج، فبينما يذهب فريق ومنهم المالكية إلى أن الزواج بدون إذن الولي باطل، ويتربت على تخلفه تعزيز الزوجين، وشهود العقد؛ ويذهب فريق آخر، ومنهم الحنفية إلى أن إذن الولي ليس شرطاً لصحة الزواج. وكان المعتبر في الأخذ بمذهب معين دون آخر، هو ما يقرّه ولى الأمر بموجب قانون يصدره، أو أية أداة دستورية أخرى مناسبة. وكانت قواعد الإسناد المقررة في قانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1985 والتي تحدّد القانون الواجب التطبيق على عقد الزواج من حيث الشروط الموضوعية لصحته، توجب الرجوع إلى قانون كلّ من الزوجين وقت انعقاد الزواج (المادة 1/12 من القانون المشار إليه). وكان البادي من الأوراق أن الزوجين في العقد موضوع النزاع أجنبيان؛ إذ تحمل الزوجة (المطعون ضدها الأولى) الجنسية الباكستانية، وأمّا الزوج (المطعون ضده الثاني) فلا يحمل

39 دولة الإمارات العربية المتحدة، المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 68 لسنة 15 قضائية، بتاريخ 8 - 1 - 1994

40 دولة الإمارات العربية المتحدة، المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الجزائية، الطعن رقم 41 لسنة 18 قضائية، بتاريخ 15 - 7 - 1996

جنسية ما. ولما كان كل ما تقدم، فإن الرجوع في تحديد المذهب الواجب الإلتباع بشأن الأثر المترتب على تخلف إذن الولي بالزواج، يكون للقانون الباكستاني، وإذ صدر الحكم المطعون فيه ومن قبله الحكم المستأنف دون تحرى المذهب الواجب الأخذ به في نطاق الدعوى، فإنه يكون قد اخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه، وعلى أن يكون مع النقض الإحالة".

وفي حكم أحدث أكدت المحكمة الاتحادية العليا على موقفها حتى في مجال قواعد الإسناد المتعلقة بالعقود حيث قرّرت (41): "وحيث إنّ الطاعن ينعى بالسبب الأول وبالوجه الأول من السبب الثاني على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبب؛ إذ لم يطبق القانون اللبناني على موضوع الدعوى الذي يحكم العلاقة بينه والمطعون ضده بالمخالفة لنص المادتين 19، 27 من قانون المعاملات المدنية رغم أنّ العاقدين يحملان الجنسية اللبنانية وأبرما العقد في لبنان وحدداً مكان تنفيذه ببلدة سن الفيل بها وفقاً للثابت بالكمبيالة وعدم مخالفة أحكام القانون اللبناني للنظام العام والأداب بما يعيبه ويستوجب نقضه. وحيث إنّ هذا النعي غير مقبول؛ ذلك إنّ من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنّ القانون الأجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة مادية يجب على الخصوم إقامة الدليل عليه؛ وإذ كان الطاعن لم يقدم دليلاً من القانون اللبناني الذي يتمسك بتطبيقه على موضوع الدعوى أمام محكمة الموضوع بدرجتها، فإنّ إعمال المحكمة لقانون دولة الإمارات باعتبار أنّه الواجب التطبيق ما دام قد تعذر إثبات القانون الأجنبي، يكون صحيحاً. ومن ثمّ، فإنّ النعي لا يكون مقبولاً".

ومن أحكام محكمة تمييز دبي (42) "مبدأ 1: من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنّ قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية بشأن بيان القانون الأجنبي الواجب التطبيق في دعاوى الأجنبي هي من المسائل المتعلقة بالنظام العام، ويلتزم القاضى الوطني بأن يقوم - من تلقاء نفسه - ودون توقف على طلب الخصوم أو اتفاقهم بإعمال قاعدة الإسناد الواردة بالقانون الوطني، وبالبحث عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق - متى كان للخصم الأجنبي قانون قائم وقت نشوء المركز القانوني المطلوب تطبيق قانونه عليه.

41 طعن رقم 610 لسنة 20 ق و 70 لسنة 21 القضائية، صادر بتاريخ 2000/6/6.

42 الطعن رقم 9 لسنة 2003 قضائية بتاريخ 2003-04-19 مكتب في 14 رقم الجزء 1 رقم الصفحة 459 [تمييز الحكم والإحالة].

مبدأ 2: كان يتعين على المحكمة أن تسعى للحصول على نسخة معتمدة بما ورد بنصوص هذا القانون بشأن حضانة الصغار. وإذ هي لم تفعل، فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

وفي حكم آخر لها قررت (43) : مبدأ 1 نصوص المواد 1/13، 25، 28 من قانون المعاملات المدنية تدلّ مجتمعة على أنّ قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية بشأن بيان القانون الأجنبي الواجب التطبيق في دعاوي الأجنبي، هي من المسائل المتعلقة بالنظام العام، ويلتزم القاضي الوطني بأن يقوم من تلقاء نفسه ودون توقف على طلب الخصوم أو اتفاقهم بإعمال قاعدة الإسناد الواردة في القانون الوطني وبإلحاح عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي تعينه هذه القاعدة؛ إذ يستمد منها صفة الإلزام وطبيعته القانونية أمام القاضي...".

وفي حكم آخر (44) قرّرت: "لا يجوز للمحكمة الالتجاء إلى القانون الوطني في هذه الحالة لمجرد أنّ المدعي الأجنبي طالب الحضانة، لم يقدم قانونه الأجنبي الواجب التطبيق، بل يتعين عليها التحقق من تعذر إثبات وجود هذا القانون أو تعذر تحديد مدلوله لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أنّ المطعون ضده برازيلي الجنسية حسبما هو ثابت بعقد الزواج المؤرخ 1992/4/28، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بتطبيق قانون دولة الإمارات العربية لمجرد أن القنصلية البرازيلية تقاعست في الردّ على خطاب المحكمة بتزويدها بالقانون الواجب التطبيق دون أن تتحقق من تعذر إثبات وجود هذا القانون أو تعذر تحديد مدلوله، فإنّه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

يتّضح من خلال الأحكام السابقة، عدم وجود موقف موحد لدى القضاء الإماراتي حول إلزامية قواعد الإسناد وتعلّقها بالنظام العام من عدمه، ويعود ذلك إلى عدم وجود نصّ في القانون الإماراتي يحسم هذا الموضوع. ونرى أنّه لا بدّ من حسم الموضوع في التشريع الإماراتي، وفقاً للرأي الراجح باعتبار أعمال قواعد الإسناد ملزم بالنسبة للقاضي من تلقاء نفسه، وإلغاء نصّ المادة 1 فقرة 2 من قانون الأحوال الشخصية حتى لا تثار الشبهات حول موقف المشرّع من مدى إلزامية قواعد الإسناد. ونلاحظ أنّ أحكام محكمة تمييز دبي التي اعتبرت قواعد الإسناد المتعلقة بالأحوال الشخصية من النظام العام، ورغم تأييدنا لهذا الاتجاه، إلا أنّه يتعارض مع النصّ المشار إليه في قانون الأحوال الشخصية.

43 الطعن رقم 55 لسنة 2004 قضائية بتاريخ 2005-06-26 مكتب فني 16 رقم الجزء 1 رقم الصفحة 1363 [تمييز الحكم والإحالة]

44 الطعن رقم 24 لسنة 2005 قضائية بتاريخ 2005-06-26 مكتب فني 16 رقم الجزء 1 رقم الصفحة 1390 [تمييز الحكم والإحالة]

المبحث الثالث: إثبات القانون الأجنبي واجب التطبيق

عندما يتم إعمال قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، فإنها قد تشير إلى اختصاص قانون القاضي الوطني باعتباره القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح، وقد تشير إلى اختصاص قانون أجنبي. فالمقصود بالقانون الأجنبي: "مجموعة القواعد التي تصدر عن سلطة التشريع في بلد أجنبي، (45. وتتصف بالإلزام سواء كانت مدونة أم عرفية")

ولا تعدّ قوانين الدولة المضمومة أجنبية بالنسبة للدولة الضامة، حيث تعتبر تلك القوانين إذا لم تغيرها الدولة الضامة، وقوانين وطنية تابعة لها. أما فيما يتعلق بضرورة الاعتراف السياسي بدولة، يراد تطبيق أحكام قوانينها في الدولة التي لا تعترف بها سياسياً؛ فإنّ الرأي الراجح في الفقه: أنّ الاعتراف السياسي لا علاقة له بالنظم القانونية التي يتوقف تطبيقها في الخارج على الوجود الفعلي لدولة تمارس اختصاصات سلطتها بشكل مستمر وطبيعي(46).

لكننا نرى: أنّه لا يمكن لدولة ما تطبيق أحكام قوانين دولة أخرى لا تعترف بها أصلاً، فكيف لها أن تعترف بقوانينها، وتقوم بتطبيقها وهي لا تعترف بالدولة ذاتها.

فإذا ما أشارت قواعد الإسناد إلى اختصاص قانون القاضي الوطني، فلا تثور إشكالات في تطبيق أحكام هذا القانون. أما إذا أشارت قواعد الإسناد إلى اختصاص قانون أجنبي، فإنّ ذلك يثير عدة تساؤلات حول تطبيق أحكام هذا القانون الأجنبي، ومن أهمّها تحديد طبيعة القانون الأجنبي، وعلى من يقع عبء التعرف على أحكامه. للإجابة على تلك التساؤلات، تمّ تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: موقف الفقه من طبيعة القانون الأجنبي عند تطبيقه من قبل القاضي الوطني

المطلب الثاني: موقف القضاء من طبيعة القانون الأجنبي عند تطبيقه من قبل القاضي الوطني

45 أنظر: د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص: دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص 249.

46 للمزيد راجع: د. حسن الهداوي، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 1997، ص 209.

المطلب الأول: موقف الفقه من طبيعة القانون الأجنبي عند تطبيقه من قبل القاضي الوطني

إذا أشارت قواعد الإسناد باختصاص قانون اجنبي معين، فلا بد أولاً من القيام بإثبات هذا القانون، ومن ثم يتم الفصل في النزاع من خلاله. فعلى من يقع عبء إثبات هذا القانون الأجنبي الواجب التطبيق، على القاضي أم على الخصوم؟

اختلف فقهاء القانون الدولي الخاص في هذا الموضوع، وذلك على ثلاثة اتجاهات:

الأول: اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة:

يرى هذا الاتجاه أنّ القاعدة القانونية حتى تكون ملزمة، لا بد أن يتوافر بها عنصران وهما: عنصر المضمون، وعنصر الإلزام. وبناءً على ذلك، فإنّ القانون الأجنبي يحتوي على عنصر المضمون فقط، فهو غير ملزم للقاضي الوطني، وبالتالي فإنّه يفقد عنصر الإلزام بالنسبة له. وهذا يؤدي بالضرورة إلى اعتبار القانون الأجنبي مجرد وقائع يقع عبء اثباتها على الخصوم(47)، بالإضافة إلى أنّ تكليف القاضي بالبحث عن القانون الأجنبي يعدّ تكليفاً بمستحيل؛ لكونه لا يستطع البحث في مضمون القوانين الأجنبية(48). ويرى البعض(49) أنّ القاضي لا يقوم بتطبيق القانون الأجنبي؛ لأنّه لا يستطيع أن يأتمر بأمر مشرّع دولة أجنبية، ولا يمكن تطبيق قاعدة قانونية تنتمي إلى نظام قانوني آخر، بمعنى أنّه لا يمكن إضفاء الصفة القانونية على أيّ قاعدة طالما كانت هذه القاعدة أجنبية عن النظام القانوني الذي يتبع له القاضي الوطني.

وهناك من يرجع اعتبار القانون الأجنبي مجرد وقائع، إلى أنّ قاعدة الإسناد الوطنية التي تشير بتطبيق قانون أجنبي تؤدي إلى إدماج القانون الأجنبي في النظام القانوني الوطني، ولكن مع احتفاظ هذه القواعد باعتبارها عمل صادر عن السلطات الأجنبية، ممّا يرتب على القاضي اعتبارها من الوقائع التي لا يلزم القاضي بتطبيقها من تلقاء نفسه، وإنّما يقع عبء إثباتها على الخصوم.

1 انظر: د. أحمد محمود الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، دار فنديل للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص173.

2 للمزيد من التفصيل أنظر: أمل صوراني، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة حلب، سوريا، 2013، ص16 وما بعدها.

49 راجع د. سامية راشد، المرجع السابق، ص79.

قواعد الإسناد بين إلزامية التطبيق ومشكلة إثبات القانون الأجنبي

وقد تعرّض هذا الاتجاه إلى النقد (50) -بحق- إذ لا يمكن التسليم بإدماج قواعد قانونية صادرة عن سلطة أجنبية ضمن القانون الوطني لدولة القاضي مع احتفاظها بصفتها الأجنبية؛ لأنها تبقى بالنهاية غريبة عن النظام القانوني المراد إدماجها فيه.

وهناك العديد من الأسباب (51) التي أدت إلى جعل البعض يؤيد الاتجاه المنادي باعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة، منها: أن القانون الأجنبي يصدر عن مشرّع لا سلطان له على القاضي الوطني الذي لا يأمر إلا بأوامر مشرّعه. واستناداً لقاعدة وجوب علم القاضي بالقانون من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، والقانون الأجنبي لا ينشر بالجريدة الرسمية الوطنية، مما سيؤدي إلى عدم إلزام القاضي الوطني بالعلم بالقوانين الأجنبية. ومنها أيضاً اعتبار قواعد الإسناد ليست من النظام العام على الأقل في الأحوال التي تشير فيها باختصاص قانون أجنبي، بالإضافة إلى صعوبة قيام المحكمة العليا في الدولة بمراقبة تطبيق القانون الأجنبي وتفسير قواعده مما قد يؤدي إلى الخطأ في تطبيقه على النحو الذي قصده المشرّع الأجنبي الذي وضعها.

الثاني: اعتبار القانون الأجنبي المختص قانوناً ملزماً:

يرى الاتجاه الغالب في الفقه (52): أنه في حال إشارة قواعد الإسناد الوطنية إلى اختصاص قانون أجنبي، فإنّ هذا القانون يعدّ قانوناً ملزماً بمنزلة القانون الوطني، على أساس أنّ عنصر الإلزام يعود إلى هذا القانون الأجنبي من خلال أمر قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيقه، فيجب على القاضي الوطني الانصياع إلى هذا الأمر والقيام بتطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية. ويترتب على ذلك أنّ عبء إثبات هذا القانون يقع على عاتق القاضي وليس الخصوم (53).

وهناك من يبرّر اعتبار القانون الأجنبي قانوناً ملزماً يتوجب على القاضي تطبيقه من تلقاء نفسه، وفقاً لمقتضيات العدالة واعتبارات اجتماعية أخرى، وأنّ الإحساس النفسي للقاضي لا يتغير فيما إذا كان يطبق القانون الوطني

50 د. سامية راشد، نفس المرجع السابق، ص 81.

51 للمزيد راجع د. إبراهيم صالح الصرايرة، ود. علاء محمد الفواعير، مهمة إثبات القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وفقاً للتشريع الأردني، بحث منشور في مجلة دراسات - علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، مجلد 43، ملحق 3، 2016، ص 1254.

(3) انظر د. عز الدين عبدالله، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 574 وما بعدها.

(4) انظر: د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، الطبعة الرابعة، 2005، ص 261.

قواعد الإسناد بين إلزامية التطبيق ومشكلة إثبات القانون الأجنبي

أو القانون الأجنبي. ورغم أنّ هناك صعوبات لا يمكن إنكارها يواجهها القاضي في معرض تطبيقه للقانون الأجنبي إلا أنّه يجب عدم الاستسلام لتلك الصعوبات، حتى لا يتخلى القاضي عن التزامه بتطبيق أوامر قاعدة الإسناد الوطنية، على أساس أنّ التزام القاضي بذلك أمر تقتضيه القواعد العامة في قوانين المرافعات والتي تلزم القاضي بتطبيق أحكام القانون على النزاع المطروح أمامه، دون حاجة إلى تمسك الخصوم بأحكامه أو التزامهم بالكشف عن مضمونه (54).

الثالث: الاتجاه التوفيقي (المختلط):

يرى أنصار (55) هذا الاتجاه أنّ القانون الأجنبي يبقى محتفظاً بصفته القانونية أمام القضاء الوطني، إلا أنّه يعامل معاملة مختلفة عن القانون الوطني، فيتّم النظر إليه على أنّه قانون إلا أنّ القاضي الوطني غير ملزم بالبحث عن مضمونه. وإمّا يكون له البحث عن مضمونه إذا أمكن، بغضّ النظر عن تمسك أحد الخصوم به أم لا، وإلا فإنّه يكلف الخصوم بإثباته، بمعنى أنّه يمكنه طلب المساعدة من الخصوم في حالة عدم تمكّنه من البحث عن مضمون القانون الأجنبي. ولكن ذلك لا يعني بحال من الأحوال إعفاء القاضي من البحث عن مضمون القانون الأجنبي، ويكون التزام القاضي في هذه الحالة ببذل عناية، وليس تحقيق نتيجة من تلقاء نفسه على اعتبار عدم إمكانية علم القاضي بمضمون قوانين كافة الدول، وتكليفه بذلك قد يعدّ تكليفاً بمستحيل. فقد تتحقّق النتيجة من خلال طلب مساعدة الخصوم بإثبات القانون الأجنبي، عند عدم مقدرة القاضي من التعرف على أحكام القانون الأجنبي، وفي حال عدم تمكّن القاضي والخصوم من إثبات القانون الأجنبي، يتمّ تطبيق القانون الوطني حتى لا تترك المنازعة دون حلّ. وهذا ما سار عليه القضاء الفرنسي لاحقاً، كما سيتمّ توضيحه عند الحديث عن موقف القضاء من طبيعة القانون الأجنبي، وكذلك يمكن تبرير بعض أحكام القضاء المصري وفقاً لهذا الاتجاه، ويتشابه موقف مؤيدي (56) هذا الاتجاه مع فكرة العرف الذي يعدّ بمنزلة القانون إلا أنّه يمكن للقاضي طلب مساعدة الأطراف في إثباته. ووفقاً لهذا الاتجاه تخضع أحكام المحكمة لرقابة تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره.

54 أنظر: د. إبراهيم صالح الصرايرة ود. علاء الفواعير، المرجع السابق، ص 1255.

55 راجع: د. حسام أسامة شعبان، المرجع السابق، ص 219 و د. إبراهيم صالح الصرايرة ود. علاء الفواعير، المرجع السابق، ص 1256.

56 أنظر: د. سامية راشد، المرجع السابق، ص 71 وما بعدها وأمل صوراني، المرجع السابق، ص 65.

المطلب الثاني: موقف القضاء من طبيعة القانون الأجنبي عند تطبيقه من قبل القاضي الوطني

لقد تنوّعت الأحكام القضائية في الدول المختلفة، حتى في الدولة الواحدة نرى بأنّ بعض الأحكام تعتبر القانون الأجنبي مجرد وقائع يجب إثباتها من قبل الخصوم، ثمّ تعود في أحكام أخرى وتعتبره قانوناً، وتلزم القاضي بإثبات مضمونه.

يشار هنا إلى محكمة النقض الفرنسية (57) التي أصدرت حكماً في مجال الالتزامات التعاقدية عام 1988م، مفاده: أنّ عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي يقع على الطرف الذي يتمسك بتطبيقه. وهذا يعود إلى اعتبار القانون الفرنسي، القانون الأجنبي مسألة وقائع.

لكنّ هذه المحكمة عادت وقرّرت في حكم آخر لها عام 1998م في قضية تعرف باسم "لافازا"، حيث اعتبرت المحكمة أنّ القانون الأجنبي يعتبر قانوناً، وأنّ القاضي ملزم بتطبيقه مثلما يقع عليه الالتزام بتطبيق القانون الفرنسي (58).

وقد تعرّضت محكمة النقض المصرية لهذا الموضوع في حكم لها (59) مفاده: "إنّ التمسك بتشريع أجنبي أمام هذه المحكمة، لا يعدو أن يكون واقعة يجب إقامة الدليل عليها...". ، إلا أنّ محكمة النقض المصرية قد استجابت للاتجاهات الحديثة التي تدعو إلى اعتبار القانون الأجنبي مسألة قانون. ولكنّ هذه الاستجابة كانت نسبية، حيث أصدرت هذه المحكمة قراراً في عام 1984م، أنّ القانون الأجنبي يعتبر قانوناً يقع على القاضي عبء اثباته، إلا أنّ هذا الأمر يشترط أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق قد استقى أحكامه من القانون المصري، أو أن يكون القانون المصري قد استقى أحكامه من هذا القانون الواجب التطبيق. أمّا في حالة ما إذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق غريباً عن القانون المصري، فلا يقع على القاضي عبء اثباته؛ وإنّما على الخصوم (60).

(1) راجع هذا الحكم عند أمل صوراني، ص 22

58 راجع هذا الحكم عند أمل صوراني، ص 67 الهامش رقم 2

59 راجع هذا الحكم لدى: د. هشام صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007، 234.

60 راجع: حسام أسامة شعبان، المرجع السابق، ص 220.

قواعد الإسناد بين إلزامية التطبيق ومشكلة إثبات القانون الأجنبي

ويشار أيضاً إلى حكم محكمة تمييز دبي (61) المتعلق بدعوى نفقة زوجية أقامتها الزوجة التي تحمل الجنسية المصرية على زوجها الذي يحمل الجنسية الأردنية، وقد صدر الحكم لها بذلك إلا أنها استأنفت الحكم على اعتبار أن المبلغ المحكوم لها به لا يتناسب مع دخل زوجها الكبير. وفعلاً قامت محكمة الاستئناف بزيادة مبلغ النفقة، فطعن الزوج بهذا الحكم بالتمييز على أساس الخطأ في تطبيق القانون والقصور بالتسبيب.

فرفضت محكمة التمييز الطعن استناداً إلى العديد من الأسباب التي تؤكد أنها اتجهت إلى اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة، يجب على الخصم إثباته. وقد ورد في حيثيات الحكم: "وحيث أن هذا النعي في غير محله؛ ذلك أن الثابت من وثيقة الزواج أن الزوج أردني وأن الزوجة مصرية، مما كان مقتضاه تطبيق قانون المكلف بالنفقة، وهو الزوج وفقاً لنصّ الفقرة الأولى من المادة (13) من تقنين المعاملات المدنية، ولما كان القانون الأجنبي يجب على الزوج إثباته، وقد خلت الأوراق من ذلك؛ فيتعين تطبيق القانون الوطني، وهو مذهب المالكية طبقاً للمادة (28) من قانون المعاملات المدنية".

وهناك حكم آخر لمحكمة تمييز دبي صادر في 18-2-1995م، وقد جاء فيه: "إنّ القانون الأجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة مادية يقيم الخصوم الدليل عليها، وتستأنس محكمة الموضوع في تفسيرها للقوانين الأجنبية وهي تخضع في هذا الشأن لرقابة محكمة التمييز (62). وحكمت أيضاً المحكمة الاتحادية العليا (63) بتطبيق القانون الإماراتي على مسائل الحضانة، رغم أن الزوج قطري الجنسية بحجة أنه لم يتمسك بتطبيق قانون جنسيته، وقد جاء في حيثيات الحكم: "إنّ الأصل هو تطبيق قانون القاضي، وأنه يتعين على الخصوم أن يتمسكوا أمام محكمة الموضوع بتطبيق القانون الأجنبي الذي تحدده قاعدة الإسناد، وعليهم في هذه الحالة أن يقدموا الدليل على تضمينه القاعدة القانونية المراد تطبيقها؛ لأنّ القانون الأجنبي يعدّ واقعة يجب إقامة الدليل عليها، وإلا طبق القاضي قانونه".

- (1) الطعن رقم (30) لسنة 1993م، منشور في مجلة القضاء والتشريع، العدد (5)، 1997م ص525 وما بعدها.
- (2) الحكم غير منشور ومشار إليه في مؤلف د. عوض الله شبيه الحمد السيد، أحكام تتعارض القوانين وتتعارض الإختصاص القضائي الدولي في القانون الإماراتي، مطابع البيان التجارية، دبي - الإمارات العربية المتحدة، 2001، ص123.
- (3) طعن رقم (278) لسنة 24 القضائية، صدر بتاريخ 26-4-2003م.

قواعد الإسناد بين إلزامية التطبيق ومشكلة إثبات القانون الأجنبي

يبدو جلياً - في ظلّ عدم وجود نصّ تشريعي - توجه القضاء الإماراتي إلى تبني رأي الاتجاه الأول الذي يرى باعتبار القانون الأجنبي الواجب التطبيق مجرد وقائع يجب على الخصم اثباتها، فإننا لا نؤيد هذا الاتجاه، وإنما نفضّل الاتجاه الثاني للأسباب التالية:

1- إنّ الحجة الأولى التي يستند إليها أنصار الإتجاه الأول، تقوم على أنّ إلزام القاضي بالتعرّف على أحكام القوانين يعدّ تكليفاً بمستحيل(64) لا تتلاءم مع الوضع في العصر الحالي، حيث إنّ هذه المسألة ليست مستحيلة في ظلّ وجود وسائل الإتصال والتواصل الحديثة التي تمكّن القاضي من الاطلاع على أحكام أي قانون في العالم دون بذل الكثير من الجهد، بالإضافة إلى امكانية التواصل مع السفارات والقنصليات في دولة القاضي للمساعدة في الحصول على أحكام القانون الواجب التطبيق.

2- إنّ من الناحية القانونية، لا يصحّ أن نقول لا يمكننا تطبيق أحكام القانون الأجنبي الذي أمرتنا قواعد الإسناد الوطنية بتطبيقه، بحجة أنّ الخصم لم يقدّم إثباته، مما يتيح المجال للأفراد من التهرب من القانون الواجب التطبيق بغية تطبيق قانون القاضي، إذا كان يتلاءم مع مصالحهم الخاصة، وذلك من خلال التقصير المتعمد في إثبات القانون الأجنبي، خاصة أنّ المشرّع الإماراتي قد نصّ على أنّه في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي، فإنّ القانون الإماراتي هو الذي يُطبّق (65).

نقول: مع أنّنا مع الأخذ بالاتجاه الثاني للأسباب السابقة، فإننا نتمنى على المشرّع الإماراتي أن لا يبقى ملتزم الصمت تجاه هذا الأمر، ويورد نصّاً يعالج هذا الموضوع، حتى لا يبقى الأمر محصوراً في القضاء؛ لأنّ هناك احتمالية أن تتجه بعض أحكام القضاء الإماراتي إلى الأخذ بالرأي الثاني في أحكام لاحقة(66)، مما سيؤدي إلى تعارض في الأحكام، ويكون سبب حدوث ذلك، عدم وجود نصّ تشريعي يعالج هذا الموضوع. وحبذا لو اتخذ المشرّع الإماراتي موقفاً حاسماً مع الاتجاه الثاني، وهو الاتجاه الغالب فقهاً، ويشير إلى أنّ القانون الأجنبي قانون ملزم، ويتوجب على القاضي إثباته.

(1) انظر د. أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص 369.

(2) تنص المادة (28) على أنه: "يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة إذا تعذر إثبات وجود القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو تحديد مدلوله".

(3) وفعلاً هناك حكم لمحكمة تمييز دبي جعل تطبيق قواعد الإسناد في مجال الأحوال الشخصية من النظام العام ونقض حكم محكمة الموضوع لتطبيقها القانون الوطني رغم أن الزوج ألماني الجنسية. طعن رقم (55) لسنة 2004، تاريخ الجلسة 26-6-2005م.

الخاتمة:

وتحتوي الخاتمة على أهم النتائج والتوصيات من خلال هذه الدراسة على النحو التالي:

أولاً: النتائج:

- 1- إنّ هناك أهمية بالغة لوجود هذا النوع من القواعد القانونية - قواعد الإسناد - لمعالجة النزاعات ذات العنصر الأجنبي في كل نظام قانوني. فلا يمكن الاستغناء عنها ومعالجة القضايا المشوبة بعنصر أجنبي بنفس الطريقة التي تعالج بها القضايا الوطنية البحتة التي تخلو من العنصر الأجنبي.
- 2- عدم استقرار القضاء في كل من فرنسا ومصر والإمارات على موقف ثابت من إلزامية إعمال قواعد الإسناد الوطنية. فتارة نرى أحكام تدلّ على إلزاميتها، وتارة أخرى تكون الأحكام دالة على عدم إلزاميتها.
- 3- عدم وجود نصوص صريحة ومباشرة في التشريعات المقارنة على إلزامية أو عدم إلزامية إعمال قواعد الإسناد أمام القضاء الوطني.
- 4- إنّ هناك شبه إجماع في الفقه المقارن على إلزامية إعمال قواعد الإسناد من قبل القاضي الوطني عند توافر العنصر الأجنبي من تلقاء نفسه.
- 5- إنّ الرأي الغالب في الفقه المقارن يرى باعتبار القانون الأجنبي الواجب التطبيق قانوناً ملزماً، وبالتالي يقع عبء إثباته على القاضي بالدرجة الأولى.
- 6- تضارب أحكام القضاء في الإمارات حول طبيعة القانون الأجنبي؛ إذ نرى في بعض الأحكام أنّ القضاء يعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة، وفي أحكام أخرى يعتبر القانون الأجنبي الذي تشير إليه قواعد الإسناد قانوناً، يجب على القاضي تطبيقه من تلقاء نفسه.
- 7- وجود خلط لدى القضاء الإماراتي في بعض الأحكام بين موضوع إلزامية قواعد الإسناد، وإثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

ثانياً: التوصيات:

من خلال الدراسة يوصي الباحث بما يأتي:

- 1- نوصي المشرع الإماراتي من خلال ما توصلنا إليه في هذه الدراسة بإلغاء عجز الفقرة 2 من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية الاتحادي: "كما تسري أحكامه على غير المواطنين ما لم يتمسك أحدهم بتطبيق قانونه"، حتى لا يكون ذلك النص تبريراً لاعتبار قواعد الإسناد الإماراتية غير ملزمة.
- 2- رغم القناعة التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة بإلزامية قاعد الإسناد، إلا أننا نظراً لوجود تضارب لدى القضاء في ذلك، فإننا نوصي التشريعات المقارنة وخاصة التشريع الإماراتي بإيراد نص صريح بوجوب التزام القاضي الوطني بإعمال قاعدة الإسناد الوطنية من تلقاء نفسه عند توافر العنصر الأجنبي في العلاقة المطروحة أمامه، بغض النظر عن إشارتها بتطبيق القانون الوطني أم القانون الأجنبي.
- 3- نتمنى على المشرع الإماراتي تحديد موقف صريح من موضوع من طبيعة القانون الأجنبي عندما تشير باختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية، وعدم ترك الموضوع لاجتهاد القضاء حرصاً على استقرار المعاملات وتوحيد الأحكام. وحبذا لو كان الموقف التشريعي باتجاه الرأي الفقهي الراجح باعتبار القانون الأجنبي المشار إليه من قبل قاعدة الإسناد الوطنية قانوناً ملزماً، وليس مجرد واقعة.

المراجع العربية:

- 1- إبراهيم صالح الصرايرة ود. علاء محمد الفواعير، مهمة إثبات القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وفقاً للتشريع الأردني، مجلة دراسات - علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، مجلد 43، ملحق 3، 2016.
- 2- أحمد عبد الكريم سلامة، تأملات في ماهية قاعدة التنازع، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 51، لسنة 1995.
- 3- أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، مطبعة الجامعة، الشارقة، 2012.
- 4- أحمد محمود الفضلي، أحكام القانون الدولي الخاص الإماراتي، دار النهضة العربية، دبي، 2017.
- 5- أحمد محمود الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، دار قنديل للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.
- 6- أشرف محمد وفا، استبعاد تطبيق قاعدة التنازع باتفاق الأطراف، المجلة المصرية للقانون الدولي، 2004.
- 7- أمل صوراني، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة حلب، سوريا، 2013.
- 8- حسام أسامة شعبان، معاملة القانون الأجنبي أمام القضاء البحريني، دراسة مقارنة في ضوء التوجهات الفقهية والقضائية المعاصرة في القانون الدولي الخاص، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، الجزء الأول - العدد التاسع عشر، 2017.
- 9- حسن الهداوي، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 1997.
- 10- حسن علي كاظم، قواعد الإسناد وآليات التطبيق في العراق، مجلة أهل البيت، جامعة أهل البيت، العراق، 2016، العدد 20.
- 11- رزان السعيد، رسالة ماجستير بعنوان إلزامية قواعد الإسناد في القانون الجزائري، جامعة العربي بن مهيدي، 2015-2016.

قواعد الإسناد بين إلزامية التطبيق ومشكلة إثبات القانون الأجنبي

- 12- سامية راشد. قاعدة الإسناد أمام القضاء، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس. مجلد 14- العدد2، 1972.
- 13- سعيد يوسف البستاني. القانون الدولي الخاص (تطور وتعدد طرق حلّ النزاعات الخاصة الدولية). ط1. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. 2004.
- 14- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بشكل عام، الجزء2، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- 15- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الهيئة العامة للكتاب، 1986.
- 16- عوض الله شبيه الحمد السيد، أحكام تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي في القانون الإماراتي، مطابع البيان التجارية ، دبي _ الإمارات العربية المتحدة، 2001.
- 17- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، دار وائل للنشر والتوزيع، عمّان - الأردن، الطبعة الرابعة، 2005.
- 18- فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، ط5، مطبعة جامعة دمشق، 1986.
- 19- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص: دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.
- 20- مصطفى محمد الباز، منهج قواعد التنازع في فض المنازعات الدولية الخاصة، دراسة انتقادية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الأول، 2008.
- 21- منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص " تنازع القوانين " دار المعارف بمصر، 1957.
- 22- ميثم فليح حسن، طبيعة قواعد الإسناد- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بابل، 1999.
- 23- هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007.

قواعد الإسناد بين إلزامية التطبيق ومشكلة إثبات القانون الأجنبي

24- هشام علي صادق. مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1972.

المراجع الأجنبية:

- Bernard Ancle et Yers lequette : Grands arrest de la jurisprudence francaise de droit international prive.paris.1999

-Batiffol et Lagarde: Droit international prive. tome 1. 8 edition.LGDJ. Paris.
1993

-Fritz Schwind: Les problems actuels poses par L'application des lois etrageres en droit international prive autrichien. Travaux de l'instut de droit compare' .
LGDJ. Paris.

1988

-Lequette (Y): les grands arrêts de la jurisprudence francaise de droit international prive. Edition. Dalloz . 2001

النظام القانوني للأمانة في القانون الإنكليزي
دراسة مقارنة بالوقف في الفقه الإسلامي والقانون المقارن

د. يونس صلاح الدين علي
أستاذ القانون الخاص المساعد
كلية القانون والعلاقات الدولية والدبلوماسية
جامعة جيهان الخاصة - دولة العراق

**The Legal System of the Trust in the English Law/ A
Comparative Study with the Mortmain (Waqf) in the Islamic
Jurisprudence and the Comparative Law**

**Dr. Yunus Salahuddin Ali
Assistant Professor of Private Law
College of Law, International Relations and Diplomacy
Cihan Private University - State of Iraq**

الملخص

تُعدّ الأمانة في القانون الإنكليزي نظاماً قانونياً إنصافياً، يستند على مبادئ العدالة والإنصاف، ويدخل ضمن نطاق قانون الأحكام العام الإنكليزي غير المكتوب ذي الأصل العرفي، الذي استقى مبادئه من السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية، ومن قواعد العدالة والإنصاف أولاً، ثمّ من التشريعات الصادرة لاحقاً. ويمكن هذا النظام القانوني، الأمين من التمتع بمركز المالك القانوني للمال، بعد قيام المالك الأصلي أو واهب المال بنقل ملكيته إليه. وترتّب الأمانة التزاماً إنصافياً على عاتق الأمين بإدارة أموال الأمانة واستثمارها لمصلحة المستفيد. ويتمثل محلّ الأمانة بأموال غير منقولة أو عقارات يخصّصها مالكها الأصلي لمصلحة المستفيد من الأمانة. وبالمقابل فقد عرّف الفقه الإسلامي الوقف ونظّمه تنظيمًا دقيقاً، وعدّه حبساً للعين على حكم ملك الله تعالى، كما نظّم القانون المقارن المتمثل في هذه الدراسة بالقانونين الإماراتي والعراقي الوقف، وعدّه قانون المعاملات المدنية الإماراتي الإتحادي رقم (5) لسنة 1985، والقانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 حقاً من الحقوق العينية الأصلية.

Abstract

The Trust is considered as an equitable legal system, resting on the principles of equity, and included within the English common law of customary origins, which is unwritten and based upon judicial precedents of the English courts, equity and later legislations. This system enables the trustee to enjoy the position of the legal estate owner of the property, after being transferred to him by the original owner or the settlor. The trust imposes an equitable obligation on the trustee to administer and invest the trust property for the sake of the beneficiary. The subject-matter of the trust is represented by immovables or real estates allotted by the real owner for the sake of beneficiary from the trust. The Islamic jurisprudence recognized the mortmain (Waqf) and regulated it precisely, and considered it as a retention of the thing in the shape of ownership of the Almighty Allah. The comparative law, represented in this study by both the United Arab Emirates and Iraqi law, also

regulated the mortmain (Waqf), and the Federal civil transactions law No. 5 of 1985 of the United Arab Emirates and the Iraqi civil law No.40 of 195, regarded it as a type of real rights.

المقدمة

أولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث: تُعدّ الأمانة في القانون الإنكليزي نظاماً قانونياً إنصافياً، يستند على مبادئ العدالة والإنصاف، يتمتع بمقتضاها الأمين بمركز المالك القانوني للمال، بعد قيام المالك الأصلي أو واهب المال بنقل ملكيته إليه. ويلتزم الأمين التزاماً إنصافياً بالتصرف بحسن نية في المال الموضوع في الأمانة وإدارته لمصلحة شخص آخر هو المستفيد الذي يتمتع بحق عيني على ذلك المال، هو حق الانتفاع أو المنفعة، الذي أقرته له قواعد العدالة والإنصاف. ولكنه لا يرقى إلى مستوى الملك التام أو حق الملكية المطلقة. وترد الأمانة في القانون الإنكليزي على العقارات التي يخصّصها مالكوها الأصلي لمصلحة المستفيد. وتتمثل الأمانة في القانون الإنكليزي بمؤسسة إنصافية تضطلع بإدارة الأموال لمصلحة المستفيد. وعلى الرغم من تعدّد النظريات التي تؤسس للتأصيل القانوني لنظام الأمانة، إلا أنّ البعض من الفقه الإنكليزي يرى أنّ أصلها يرجع إلى نظام الوقف والثابت في الفقه الإسلامي الجليل. فقد عرّف الفقه الإسلامي الوقف ونظّمه تنظيماً دقيقاً، وعدّه حبساً للعين على حكم ملك الله تعالى، أو على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة. وأجاز أحياناً انتقال الملك في الموقوف إلى الموقوف عليه، مع عدم قدرته على التصرف فيه. كما عني القانون الإماراتي عناية كبيرة بالوقف ونظّمه في قوانين خاصة من أبرزها القانون الإماراتي الاتحادي رقم (5) لسنة 2018 بشأن الوقف، وقانون تنظيم الوقف والهبة في إمارة دبي رقم (14) لسنة 2017، وقانون الوقف في إمارة الشارقة رقم (8) لسنة 2018. وعدّ قانون المعاملات المدنية الإماراتي الاتحادي رقم (5) لسنة 1985، والقانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 الوقف، حقاً من الحقوق العينية الأصلية.

ثانياً: أسباب اختيار موضوع البحث: إنّ السبب الرئيس في اختيار موضوع البحث، هو محاولة الاستفادة من الإتجاهات التي تبناها القضاء الإنكليزي، والمتمثلة بالسوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية، وكذلك التشريعات الإنكليزية فيما يتعلق بالنظام القانوني للأمانة.

ثالثاً: أهمية البحث: تكمن أهمية البحث في الاستفادة من توجه القانون الإنكليزي في تطبيق بعض الأحكام الخاصة بالأمانة، ولا سيما فيما يتعلق بالمرونة الكبيرة فيما يتعلق ببيع العقار الموضوع في الأمانة، وإلزام مشتري العقار بها. فضلاً عن الأمانة التقديرية.

رابعاً: مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث في القصور الذي اعترى موقف القانونيين الإماراتي والعراقي في عدم إجازة بيع العقار الموقوف، إلا إذا خيف عليه من الهلاك أو تعطلت منافعه، بمقتضى الفقرة الأولى (ج) من المادة (24) من القانون الإماراتي الإتحادي رقم (5) لسنة 2018 بشأن الوقف، أو في حالة خرابه وعدم إمكانية الانتفاع به، بمقتضى الفقرة (ز) من المادة (22) من قانون تنظيم الوقف والهبة في إمارة دبي رقم (14) لسنة 2017. في الوقت الذي اتسم فيه القانون الإنكليزي بقدر أكبر من المرونة، عندما سمح بانتقال ملكية العقار الموضوع في الأمانة إلى المشتري مع التزامه بها، إذا كان عالمياً بوجود الأمانة علماً يقينياً، أو علماً حكماً أو افتراضياً، بأنه كان من المفروض أن يعلم بوجودها، ومدى إمكانية تطبيق هذه القاعدة على الوقف، والسماح ببيع العقار الموقوف، حتى وإن لم يكن قد تعرّض للخراب، والزام مشتريه بالتقيد بحبس العين إلى حين انتهاء مدة الوقف، أو تحقق الغرض المحدد منه، أو رجوع الواقف عنه، مما يسمح بتداول العقار الموقوف وزيادة قيمته، مع بقاءه موقوفاً، فضلاً عن خلو القانونيين المقارنين الإماراتي والعراقي من فكرة الوقف التقديري. وذلك على غرار الأمانة التقديرية التي يتمتع بمقتضاها الأمين بسلطة تقديرية تمكنه من بيع العقار، متى ما رأى أنّ ذلك مصلحة أو أنّ الظروف تضطره إلى ذلك، أو عندما يكون من الصعوبة تحديد الحقوق التي يتمتع بها المستفيد، فيتمتع الأمين بسلطة تقديرية واسعة في تحديد الحقوق والمنافع التي يتمتع بها المستفيد التقديري.

خامساً: نطاق البحث: يتسع نطاق هذه الدراسة ليشمل البحث في مفهوم الأمانة في القانون الإنكليزي، من حيث تعريفها وتطورها التاريخي وأطرافها وطبيعتها القانونية، ثم الآثار القانونية المترتبة عليها، ومقارنة موقف القانون الإنكليزي بموقف الفقه الإسلامي والقانون المقارن المتمثل في هذه الدراسة بالقانونيين الإماراتي والعراقي.

سادساً: منهجية البحث: وللوصول إلى الغايات المرجوة من البحث، فقد انتهجت الدراسة منهج البحث القانوني المقارن، بإجراء تحليل قانوني لموضوع الأمانة في القانون الإنكليزي، ومقارنتها بموقف الفقه الإسلامي والقانون المقارن المتمثل بالقانونيين الإماراتي والعراقي.

سابعاً: خطة البحث: في ضوء ما تقدّم، فقد توزّعت هذه الدراسة على مبحثين، كما يأتي:

المبحث الأول: ماهية نظام الأمانة

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على نظام الأمانة

المبحث الأول: ماهية نظام الأمانة

لقد كان النظام القانوني للأمانة وليد مبادئ العدالة والإنصاف؛ لغرض إدارة الأموال والمحافظة عليها⁽¹⁾، ثم صار أحد النظم القانونية الراسخة في قانون الأحكام العام الإنكليزي (Common Law) غير المكتوب ذي الأصل العرفي⁽²⁾ الذي إستقى مبادئه من السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية أولاً⁽³⁾، ومن قواعد العدالة والإنصاف⁽⁴⁾، ثم من التشريعات الصادرة لاحقاً⁽⁵⁾. لذا فإن دراسة ماهية الأمانة تستلزم منا بادية ذي بدء، تعريفها، ثم بيان تطورها التاريخي في القانون الإنكليزي، وأطرافها، وطبيعتها القانونية، مع مقارنتها بموقف الفقه الإسلامي والقانون المقارن، كما يأتي:

المطلب الأول: تعريف الأمانة

يُعدّ نظام الأمانة (Trusts) من أهم النتائج المترتبة على مبادئ العدالة والإنصاف، وتعني الأمانة الثقة والإئتمان. وقد أسس القانون الإنكليزي على هذا المعنى مفهوماً من مفاهيمه الجوهرية التي لا نظير لها في قوانين البلاد الرومانية الجرمانية⁽⁶⁾. ويعرّف رأي في الفقه الإنكليزي⁽⁷⁾ الأمانة (Trust) بأنها فرض التزم إنصافي (Imposition of an Equitable Obligation) على شخص

¹ Chris Davies. Property Law Guidebook. Second Edition. Oxford University Press. 2015. P.5.

² ولغرض توضيح الفرق بين قانون الأحكام العام Common law وبين مبادئ العدالة والإنصاف Equity، فإنه يمكن القول بأن قانون الأحكام العام هو المنهج القانوني الذي تكون في إنكلترا بجهد قضاء المحاكم الملكية منذ الغزو النورماندي عام 1066، ويمثل مجموعة القواعد القانونية الملزمة. وتشتمل عائلة قانون الأحكام العام على القانون الإنكليزي الذي يعتبر هذا القانون أصلاً له، كما تشتمل مع التحفظ ببعض الاستثناءات- على قوانين جميع البلاد التي تتكلم اللغة الإنكليزية، كما كان تأثيره كبيراً في البلاد الأخرى التي كانت أو التي ما زالت ترتبط بروابط سياسية بإنكلترا. أما مبادئ العدالة والإنصاف فهي مجموعة القواعد التي أقرتها وطبقتها محكمة المستشار في القرنين الخامس عشر والسادس عشر؛ لسد الثغرات في قانون الأحكام العام، وإتمام نواقصه، وإصلاح ما كان يظهر فيه من عيوب. ويرجع أصل العدالة إلى العصور الوسطى، حين كان الناس ينظرون إلى الملك على أنه الملاذ الأخير للعدالة، إذا تذر اللجوء إلى المحاكم الملكية، أو كان تطبيق أحكامها لا يكفل تحقيق الإنصاف أو كان جائراً، فكان تدخل الملك يعدّ مشروعاً في كل حالة يقف فيها القانون عاجزاً عن إحقاق الحق. ومع أنّ قواعد العدالة كانت قد إمتزجت بقانون الأحكام العام، منذ صدور قانون التنظيم القضائي في عامي 1873 و 1875، فإنّ التمييز بينهما مازال يعدّ أساساً حتى الآن. وإذا تعارضت أحكام القانون الشامل أو ما يعرف بقانون الأحكام العام مع أحكام العدالة، فينبغي أن تكون الأولوية لأحكام العدالة. لمزيد من التفصيل ينظر د. عبد السلام الترماني. القانون المقارن المناهج القانونية الكبرى المعاصرة. مطبوعات جامعة الكويت. الطبعة الثانية. 1982. ص 177 و 203 و 204 و 208.

³ د. حسان عبد الغني الخطيب، القانون العام، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص 7

⁴ John Cartwright, Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer, Second Edition, Hart Publishing Ltd, 2013, P.4.

⁵ Cathy J. Okrent. Torts and personal injury law, Fifth Edition, DELMAR, 2015. P.3

⁶ د. عبد السلام الترماني. مصدر سابق. ص 209.

⁷ Alastair Hudson. Equity and Trusts. Sixth Edition. Routledge. Cavendish. Taylor & Francis Group. London and New York. 2010. P.43.

يتمتع بمركز المالك القانوني للمال (The Legal Owner of Property) ويدعى بالأمين (Trustee) الذي يلتزم بالتصرف بحسن نية في المال لمصلحة شخص آخر، يدعى بالمستفيد (Beneficiary) الذي يتمتع بحق انتفاعي (Beneficial Interest) على ذلك المال أقرته قواعد العدالة والإنصاف. كما يعرفها فقيه إنكليزي آخر (8) بقوله: إن الأمانة إذا نظرنا إليها من حيث وظيفتها، فهي آلية يمكن عن طريقها لأحد الأشخاص الذي يعرف بالأمين (Trustee)، إدارة الأموال لمصلحة شخص آخر يعرف بالمستفيد (Beneficiary) أو المنتفع من الأمانة (Cestui que Trust) (9). فيلتزم بإدارة الأموال لمصلحة المستفيد (Beneficiary) التي تتألف من عقارات يرصدها المالك أو يخصصها لمصلحة المستفيد بعد وفاته (أي بعد وفاة المالك) (10). كما عرّفها السير (Sir Arthur Underhill) بأنها (11) التزام إنصافي (Equitable Obligation) يفرض على شخص يعرف بالأمين، يلتزم بمقتضاها بإدارة أموال يمتلكها، وتتميز عن أمواله الخاصة (Private Property)، ولمصلحة شخص آخر يعرف بالمستفيد. وعرّفت أيضاً بأنها مؤسسة إنصافية (Equitable Institution) تلزم الأمين بإدارة الأموال لمصلحة المستفيد من الأمانة (Cestuis que trust)، وتُنشأ إما صراحة بإرادة واهب المال، أو ضمناً بحكم المحكمة أو بقوة القانون، وتكون الأمانة في هذه الأحوال ناتجة عن حكم المحكمة أو بقوة القانون أو افتراضية. والمسألة الجوهرية التي يمكن استخلاصها من هذه التعاريف هي أن الأمانة تُعدّ مؤسسة إنصافية تضطلع بإدارة الأموال لمصلحة المستفيد، ويُفرض بمقتضاها التزام إنصافي على عاتقه. ولم يتبين من هذه التعاريف ذلك الالتزام الذي يفرض على الأمين، والذي يمليه الضمير (Obligation of Conscience) ويشكّل جوهر الأمانة (12)، على الرغم من أن فقيهاً إنكليزياً آخر (13) يرى بأن فكرة الضمير الحيّ تدخل ضمناً ضمن نطاق الالتزام الإنصافي. ويتطلب تطبيق هذا النظام قيام الطرف (A) بنقل ملكية المال للطرف الآخر (B)، على أساس قيام الأخير بإستعمال المال لمصلحة الطرف الثالث

8 Rojer J. Smith. Property Law. Property Law. Eighth Edition. PEARSON Education Limited. London. 2014. P.29.

9 James Karp & Elliot Klayman. Real Estate Law. Fifth Edition. Dearborn Financial Publishing Inc. 2003. P.620.

10 د.مجيد حميد العنبيكي. المدخل إلى دراسة النظام القانوني الإنكليزي. بغداد، وزارة العدل، منشورات الدائرة القانونية. 1990. ص218.

11 Alastair Hudson. op. Cit. P.60.

12 Alison Clarke & Paul Kohler. Property Law, Commentary and Materials. First Edition. Cambridge University Press. 2005. P.316.

13 Alastair Hudson. op. Cit. P.60.

(C). ويُعدّ الطرف (B) هو المالك القانوني للمال (Legal Owner)، ولا يلتزم بأي التزام تجاه الطرف الثالث (C)، على الرغم من وجود عقد بين الطرف (A) والطرف (B)؛ لأنّ مبدأ خصوصية العقد (Privity of Contract)، أو ما يعرف بنسبية أثر العقد بين الطرفين (A) و (B)، يحول دون إمكانية قيام الطرف الثالث (C) بإقامة الدعوى على الطرف (B)، إلا أنّ من الأمور المناهضة للضمير (Unconscionable) أن يستحوذ الطرف (B) على حق الإنتفاع من المال (Right to benefit from property) أو يستأثر به لنفسه؛ لأنّ ذلك يُعدّ منافياً لمضمون العقد المبرم بينه وبين الطرف (A). وعلى هذا الأساس فقد فرض المستشار (1٤) (Chancellor) التزاماً على عاتق الطرف (B) باستعمال المال لمصلحة الطرف الثالث (C). ويمكن لهذا الأخير أن يطلب تنفيذ ذلك الالتزام مباشرة، إلا أنّه ومن جانب، فإن أقرّ المستشار (Chancellor) للطرف (B) بملكته (Ownership) للمال، ولم ينكر عليه تلك الملكية، ولكن الطرف (B) يُجبر من جانب آخر على تحويل جميع المنافع المترتبة على المال إلى الطرف الثالث (C). وقد أطلق على هذا الشكل الأولي أو المبكر من أشكال الأمانة حقّ الإستعمال (The Use) الذي أقرته المحاكم الإنكليزية منذ مطلع القرن الخامس عشر. أمّا في الفقه الإسلامي فقد عرّف جانب (1٥) من هذا الفقه الجليل الوقف بأنّه حبس المملوك عن التمليك للغير. وعرّف أيضاً (1٦) بأنّه حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة ويكون بمنزلة العارية، أو حبس العين على حكم ملك الله تعالى، وصرف منفعتها على من أحب (1٧). وعرّف بأنّه حبس مال يمكن

١٤ يقصد بالمستشار رئيس القضاة أو قاضي القضاة الذي يرأس شعبة القضاة المطلق أو الإصافي Chancery Division في محكمة العدالة المطلقة. لمزيد من التفصيل ينظر آدموند س ملكا. شرح القانون الإنكليزي في ثمانية أجزاء. الطبعة الأولى. مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية. ١٩٥٤. ص٤٤٢. كما كان المستشار متقناً بالتقافتين الكنسية والرومانية العريقة، وقد ساعدته ثقافته الواسعة على تقرير ما يراه صالحاً وعادلاً في القضايا التي عرضت عليه. وكان يصدر قراراته مسترشداً بوجي الضمير متحرراً بالعدل. وكان قد وضع بذلك أساس ما صار يعرف لاحقاً بمحكمة المستشار أو محكمة الضمير أو محكمة العدل Court of Chancery. لمزيد من التفصيل ينظر د. عبد السلام الترماني. مصدر سابق. ص٢٠٣.

١٥ شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء الثاني عشر، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٩، ص٢٧.

١٦ علي بن أبي بكر المرغيناني برهان الدين أبو الحسن، الهداية شرح بداية المبتدئ مع شرح العلامة عبد الحي للكنوي، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - باكستان، ١٤١٧ هـ، ص٤٢٦. ينظر أيضاً علاء الدين أبي بكر من مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الثامن الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣، ص٣٨٥. وكمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح القدير على الهداية، شرح بداية المبتدئ، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢، ص١٩٠.

١٧ زين الدين ابن نجيم الحنف، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ومعه الحواشي المسماة منحة الخالق على البحر الرائق، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٧، ص٢٠٢.

الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود(18)، أو هو إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً(19). ويتبين من هذه التعاريف أن الوقف هو الحبس(20)، وهما لفظان مترادفان لغةً، ويطلق الحبس على كل ما جرى وقفه(21). ويصح أن يكون الموقوف عليه إنساناً أو غيره، كالمساجد والمدارس، كما يصح على الموجود والمعدوم، والمعين والمجهول، والمسلم والذمي(22)، والقريب والبعيد(23)، إلا أنه لا يصح الوقف على النفس؛ لأنه تمليك، فلا يصح أن يتملكه لنفسه من نفسه(24). وينبغي أن يكون محل الوقف مالاً متقوماً، سواء أكان عقاراً أم منقولاً يجوز التعامل فيه(25). أما بالنسبة إلى القانون الإماراتي فقد عرّفت الوقف المادة الأولى من القانون الإماراتي رقم (5) لسنة 2018 بشأن الوقف بأنه: (تسييل منفعة بمفردها أو تسييل منفعة مع حبس أصل العين الموقوفة والحفاظ عليها من الضياع)، وعرّفته المادة الثانية من قانون تنظيم الوقف والهبة في إمارة دبي رقم (14) لسنة 2017 الوقف بأنه: (تعميم المنفعة مع الحفاظ على أصل الملك الموقوف من الضياع)(26). أما القانون العراقي فقد عرّفت الفقرة الرابعة من المادة الأولى من قانون إدارة الأوقاف العراقي رقم (64) لسنة 1966 الوقف بأنه: (العين التي كانت ملكاً فوقفت إلى جهة من الجهات ويشمل العقار الموقوف). ويلاحظ على هذا التعريف أنه خلط بين الوقف والملك الموقوف،

- 18 شمس الدين بن محمد الخطيب الشربيني، معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000، ص522. ينظر أيضاً محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع الرياض، 2006، ص241. وشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه، الجزء الخامس، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص358.
- 19 أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998، ص368. ينظر أيضاً محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي الحطاب أبو عبد الله، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار الرضوان، نواكشوط، موريتانيا، 2010، ص223.
- 20 محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2013، ص608.
- 21 محمد الخرشي أبو عبد الله - علي العدوي، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية العدوي، الجزء السابع، الطبعة الثانية، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، 1317 هـ، ص78.
- 22 فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، وبهامشه حاشية الثلبي، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق مصر، 1314 هـ، ص124.
- 23 محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية، مصدر سابق، ص608.
- 24 محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004، ص1128.
- 25 محمد أمين بن عمر عابدين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء السادس، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص522.
- 26 وعرفته المادة الأولى من قانون الوقف في إمارة الشارقة رقم 8 لسنة 2018 بأنه: حبس الأصل وتسييل المنفعة.

خلافاً للقانون الإماراتي الإتحادي رقم (5) لسنة 2018 بشأن الوقف، وقانون تنظيم الوقف والهبة في إمارة دبي رقم (14) لسنة 2017، الذين ميّزا بينهما؛ إذ عرّف الأول الموقوف بأنه: (ما صحّ أن يكون محلاً لعقد الوقف، سواء الأعيان أو المنافع أو الحقوق)، وعرّف الثاني الملك الموقوف بأنه: (الأموال والأشياء التي تعود ملكيتها أو حق التصرف بها للواقف، وتشمل دونما حصر الأموال المنقولة وغير المنقولة والأسهم والحصص والسندات والأوراق المالية وحق الانتفاع والإجارة وغيرها من الحقوق الشخصية والعينية والمعنوية الأخرى التي يجوز وقفها)(27). كما عرّفت المادة السادسة من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (43) لسنة 1971 الأوقاف الصحيحة بأنها تلك (التي كانت مملوكة ثم أوقفت إلى جهة من الجهات بمسوغات شرعية). وبمقارنة موقف القانون الإنكليزي بموقف الفقه الإسلامي والقانون المقارن يتبيّن لنا أنّ القانون الإنكليزي الذي تبنّى نظام الأمانة يتشابه مع موقف الفقه الإسلامي والقانون المقارن الذين أخذوا بنظام الوقف، من حيث أنّ الغاية من هذين النظامين هي إدارة الأموال لمصلحة شخص أو جهة معينة. أمّا الاختلاف فيكمن في أنّ الأمانة في القانون الإنكليزي هي التزام إنصافي يفرض على الأمين لإدارة أموال الأمانة لمصلحة المستفيد(28)، أمّا الوقف في الفقه الإسلامي والقانون المقارن فهو حبس مال معين والحفاظ عليه من الضياع، وتسهيل أو تعميم منفعته. ونرجح في هذا الخصوص موقف الفقه الإسلامي والقانون المقارن على موقف القانون الإنكليزي، ونعدّه أكثر وضوحاً في بيان ماهية وقف الأموال والمنافع المرجوة منه وغاياته.

المطلب الثاني: التطور التاريخي لنظام الأمانة

يُعدّ النظام القانوني للأمانة (Trust) من أهم النظم القانونية التي نشأت عن قواعد العدالة والإنصاف (Equity)، وقد صار هذا النظام من النظم المميّزة في القانون الإنكليزي، بحيث صار يعبر عن طريقة التفكير الإنكليزية. ويمكن تلخيص الفكرة التي يقوم عليها النظام القانوني للأمانة في القانون الإنكليزي بأنها تقوم على حيلة قانونية (Legal Trick) تمكّن أكثر من شخص اكتساب حقوق على نفس المال وفي نفس الوقت. فهذا النظام القانوني يسمح بتقسيم ملكية مال الأمانة (Division in the Ownership of the Trust Property) بين الأمين (Trustee) والمستفيد (Beneficiary)، ممّا يلزم الأمين بالتصرف لمصلحة المستفيد من الأمانة، وذلك فيما يتعلق بإدارة أموال الأمانة(29). ويرى

27 وعرفته المادة الأولى من قانون الوقف في إمارة الشارقة رقم 8 لسنة 2018 بأنه: مال الوقف المتقوم سواء كان عقاراً أو منقولاً أو منفعة.

28 د. عبد السلام الترماني. مصدر سابق. ص 191.

29 د. عبد السلام الترماني. المصدر نفسه. ص 210.

جانِب من الفقه الإنكليزي(30) بأنَّ هناك العديد من النظريات التي يسعى الفقه الإنكليزي من ورائها إلى التأسيس التاريخي لهذا النظام القانوني، إلا أنَّ من أهم هذه النظريات هو ما سوف نستعرضه الآن: إذ ترى النظرية الأولى بأنَّ الأصل التاريخي لنظام الأمانة، يرجع إلى القرن الثاني عشر الميلادي، وبالتحديد عند اندلاع ما كان يعرف بالحروب الدينية (Religious wars) التي دارت في مطلع ذلك القرن، عندما أبحر النبلاء المسيحيون من جميع أنحاء أوروبا إلى الشرق الأوسط لشنَّ الحملات الصليبية (Crusades). وقد أُبتدِع هذا النظام القانوني لحماية أموال المقاتل أو المحارب (Warrior) الذي يغادر إنكلترا ويغيب عنها لبضع سنين، فيحتاج إلى من يعتني بأرضه أثناء غيابه. فكان من الضروري آنذاك أن يكون الشخص الذي يكلف بالاعتناء بأرض ذلك المحارب متمتعاً بكل سلطات المالك القانوني (Legal Owner) للأرض لتقرير كيفية حراثة الأرض وزراعتها كلّها أو جزء منها، وتحصيل الضرائب الناجمة عنها. كما كان ذلك النظام يسمح للمحارب استرداد جميع حقوق الملكية (Rights of Ownership) على الأرض، فيما لو عاد حياً من الحرب. ومن هنا نشأت فكرة الملكية المجزأة على المال (The Idea of Split Ownership of the Property) التي تعني بأنَّ كلاً من المحارب والشخص القائم بإدارة الأرض كانا يعاملان معاملة مثيلة من بعضهما البعض، وعلى نحو يثير الدهشة والاستغراب، من لدن كلّ من محاكم الإنصاف (Courts of Equity) ومحاكم قانون الأحكام العام (Common Law Courts). فكانت محاكم الإنصاف تعامل المحارب كمالك للأرض (Owner of the Land)، في الوقت الذي كانت فيه محاكم قانون الأحكام العام تعامل الشخص القائم بإدارة الأرض والاعتناء بها كمالك للأرض أيضاً. وهذا يعني وجود شخصين يتمتعان بحقوق متشابهة مع بعضها البعض من جانب، ومختلفة من جانب آخر، وعلى نفس المال وفي نفس الوقت. فكان المحارب يتمتع بحقوق الملكية (Property Rights) التي لا تعترف بها سوى محاكم الإنصاف، فضلاً عن تمتعه بحقوق إنصافية (Equitable Interests) على العقار. أمّا الشخص القائم بإدارة الأرض والاعتناء بها، فكان يتمتع بحقوق تعترف بها محاكم الأحكام العام، ومن أبرزها حق الملكية القانونية (Legal Title). أما النظرية الثانية فتذهب إلى أنَّ الغرض من إنشاء نظام الأمانة هو لمصلحة الرهبان الفرنسيين (Franciscan Monks) الذين قطعوا عهداً على أنفسهم بأن يحيوا حياة الفقر والزهد والتقشّف والتبتّل، ممّا يحول دون قدرتهم على امتلاك الأموال، ولا سيما العقارية منها. وبالنتيجة، إذا ما أراد أي شخص

30 Alastair Hudson. op. Cit. P.41.

التبرّع بأموال لمصلحة هؤلاء الرهبان، فقد كان من الضروري تنصيب شخص ثالث لإدارتها لمصلحتهم؛ لأن التعاليم الدينية كانت تحظر قيامهم بإدارتها بأنفسهم. وقد وضع نظام الأمانة لضمان استعمال تلك الأموال، ولا سيما العقارية منها لمصلحة أولئك الرهبان، في الوقت الذي لم يكن يسمح فيه للشخص الثالث استعمال تلك الأموال لمصلحته هو شخصياً، ومن هذا المنطلق فقد فرضت الالتزامات الخاصة بالوصاية (Obligations of Trusteeship) على ذلك الشخص الثالث الذي يرضى تلك الأموال. أما النظرية الثالثة فترى بأن نظام الأمانة يرجع أصله إلى نظام الوقف (Waqf) في الفقه الإسلامي، وهو وسيلة ابتدعها الفقهاء المسلمون، لإدارة الأموال التي يرصدها أحد أفراد الأسرة لمصلحة أفراد الأسرة الآخرين؛ وذلك لغرض الخير أو البرّ (Charity) والإحسان (Benevolence). ويرجّح هذا الجانب من الفقه الإنكليزي⁽³¹⁾ أن تكون هذه النظريات الثلاث قد ساهمت بمجموعها في نشوء نظام الأمانة الإنكليزي وتطوره. ففي الوقت الذي ظهرت فيه الحاجة لنشوء نظام الأمانة لحماية أموال المحاربين الصليبيين وإدارتها أثناء غيابهم، فقد جلب من عاد منهم إلى إنكلترا بعد إنتهاء الحروب الصليبية، المفاهيم الأساسية لنظام الوقف السائد في الفقه الإسلامي وساهم في نشرها في إنكلترا، كما ساهم الرهبان الفرنسيون في تطور نظام الأمانة من جانبهم أيضاً.

المطلب الثالث: أطراف الأمانة الصريحة في القانون الإنكليزي

تعبّر الأمانة الصريحة (Express Trust) في القانون الإنكليزي عن علاقة ثلاثية الأطراف⁽³²⁾، تنشأ عندما يقوم المالك المطلق للمال (Absolute Owner of Property)، أو واهب المال (Settlor) أو مُنشئ الأمانة⁽³³⁾، بنقل الملكية القانونية (Legal Title) للمال إلى شخص يدي بالأمين (Trustee)؛ للمحافظة عليه أو لحفظه في أمانة لمصلحة شخص آخر يعرف بالمستفيد (Identified Beneficiary)⁽³⁴⁾. وتتجسد هذه العلاقة الثلاثية بثلاث علاقات فرعية هي: علاقة واهب

31 Alastair Hudson ibid. P.42.

32 Samantha Hepburn, Principles of Property Law, Second Edition, Cavendish Publishing, London, 2001, P.92.

33 د. عبد السلام الترماني، مصدر سابق، ص 209.

34 Kevin Gray and Susan Francis Gray. Elements of Land Law. Fifth Edition. Oxford University Press. 2009. P.820.

المال بالأمين، وعلاقة الأمين بالمستفيد، وعلاقة واهب المال بالمستفيد(35)، وكما هو مبين في المخطط أدناه.

وسوف نتناول بالتفصيل هذه الأطراف الثلاثة للتعرف عن كثب عن هذه العلاقات التي تنشأ بينها، مع مقارنتها بالعلاقات الناشئة عن الوقف في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، كما يأتي:

الفرع الأول: واهب المال

الطرف الأول من أطراف الأمانة الصريحة هو واهب المال (Settlor) الذي يُعدّ صاحب الملكية المطلقة (Absolute Title) على ذلك المال قبل نشوء الأمانة(36). فإذا لم يكن الشخص الذي يمارس دور الواهب متمتعاً بالملكية المطلقة على المال الذي تقرّر وضعه تحت الأمانة، فإنّ ذلك يعني عدم قدرته على إنشاء أمانة صحيحة على ذلك المال (Valid Trust). ويتطلب نقل الملكية القانونية للمال من واهبه إلى الأمين بعض الشكليات (Formalities) من أبرزها صدور إعلان صحيح (Valid Declaration) بالأمانة(37). ومنذ صدور ذلك الإعلان يكتسب المستفيد حقاً إنصافياً على أموال الأمانة (Trust Fund). وبمجرد إعلان الأمانة إعلاناً صحيحاً، فإنّ واهب المال (Settlor) يتوقف عن ممارسة أي دور فاعل في نظام الأمانة. فعلى سبيل المثال لو كان واهب المال امرأة أعلنت عن أمانة لإدارة أموال معينة قبل زواجها، وذلك لمصلحتها شخصياً ولمصلحة زوجها وأولادها المستقبليين (Prospective Children) فلو باء زواجها بالفشل أو إنتهى مصيره بالطلاق، فلا تتمتع بوصفها واهباً للمال بمكنة حلّ الأمانة واسترداد أموالها (Trust Property). فالقاعدة العامة تقضي أنّه بمجرد نشوء الأمانة، فإنّه لا يمكن التعدي على أموالها، والاستثناء الوحيد على هذه القاعدة هو امكانية احتفاظ الواهب لنفسه بسلطات معينة (Specific Authority) بمقتضى بنود الأمانة (Terms of Trust) تمكّنه من حلّ الأمانة أو إنهاؤها، وفي مثل هذه الحالة يمكنه التصرف كأمين أو حتى كمستفيد من أموال الأمانة، ولكن ليس بصفته واهباً للمال. فبنود الأمانة غالباً ما تكون نافذة، مالم تكن مخالفة لقواعد النظام العام (Rules of Public Policy)(38). أمّا في الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة المتأثرة به، فإنّ واهب

35 Douglas Wood, Paul Chynoweth, Julie Adshear & Jim Mason. Law and the Built Environment. Second Edition. WILEY-BLACKWELL. West Sussex. 2011. P.194.

36 E. H Burn and J. Cartwright. Cheshire and Burn's Modern law of Real Property. Seventeenth Edition. Oxford University Press. 2006.P.903.

37 Samantha Hepburn. op. Cit. P.92.

38 Alastair Hudson. op. Cit. P.48.

المال يتمثل بالواقف الذي يشترط أن يكون من أهل التبرعات(39)، بأن يكون بالغاً، عاقلاً، حراً، ذي أهلية كاملة غير محجور عليه لسفه أو لغفلة(40)؛ وذلك لأنّ الوقف من التبرعات والإسقاطات(41). كما يُعدّ الواقف ركناً من الأركان المادية الأربعة للوقف، فضلاً عن المال الموقوف والجهة الموقوف عليها والصيغة(42)، وينبغي أن لا يكون مريضاً مرض الموت(43). ويجوز عند الحنفية أن يكون في مرض الموت، إلا أنه يجوز للورثة إبطال ما زاد على الثلث(44). وعرفت المادة الأولى من القانون الإماراتي الاتحادي رقم (5) لسنة 2018 بشأن الوقف، الواقف بأنه (مالك أصل العين الموقوفة التي حبسها، سواء كان شخصاً طبيعياً، مسلماً كان أم غير مسلم أو شخصاً اعتبارياً)، وعرفت المادة الثانية من قانون تنظيم الوقف والهيئة في إمارة دبي رقم (14) لسنة 2017 بأنه (من يحبس الملك الموقوف من خلال الوقف بهدف تسبيل منفعة لفائدة أي فرد أو فئة أو جهة أو مبادرة أو مشروع(45)). واشترطت الفقرة الأولى من المادة الخامسة من القانون الإماراتي الاتحادي بشأن الوقف، في الواقف أن يكون كامل الأهلية، مالكاً للمال المراد وقفه أو له حقّ وقفه، وألا يكون مديناً بدين سابق على الوقف. كما إشتراطت الفقرتان الأولى والثانية من المادة الحادية عشرة من قانون تنظيم الوقف والهيئة في إمارة دبي في الواقف، أن يكون كامل الأهلية(46)، غير محظور عليه التبرع، ومالكاً للمال المراد وقفه، أو له حقّ التصرف فيه قانوناً. ويتشابه موقف القانون الإنكليزي مع موقف الفقه الإسلامي والقانون المقارن من حيث أنّ كلاً من واهب المال (Settlor) والواقف يُعدّ مالك المال الأصلي.

الفرع الثاني: الأمين

39 شمس الدين بن محمد الخطيب الشريبي، مغني المحتاج، ج3، مصدر سابق، ص523. ينظر أيضاً حسام المعاني النعمان الثاني برهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر ابن الشيخ علي الطرابلسي الحنفي، الإسعاف في أحكام الأوقاف، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، 1981، ص14.

40 محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، 1972، ص113.

41 د.حفي إسماعيل الندوي، الوقف في الشريعة والقانون، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016، ص47.

42 شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه، الجزء الخامس، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2003، ص359. ينظر أيضاً مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الأوقاف، الطبعة الأولى، دار عمار عمان، الأردن، 1997، ص38.

43 د.محمد عبید عبد الله الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1977، ص311.

44 حسام المعاني النعمان الثاني برهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر ابن الشيخ علي الطرابلسي الحنفي، الإسعاف. المصدر السابق، ص14.

45 وعرفته المادة الأولى من قانون الوقف في إمارة الشارقة رقم 8 لسنة 2018 بأنه المالك للعين أو المنفعة التي حبسها.

46 ينظر بنفس المعنى تقريباً الفقرة الأولى من المادة الحادية عشرة من قانون الوقف في إمارة الشارقة رقم 8 لسنة 2018.

عند نشوء الأمانة وصيرورتها صحيحة نافذة، فإن الملكية القانونية على أموال الأمانة (Legal Title in the Trust Property) ينبغي أن تنتقل إلى الأمين(47) الذي يضعها في الأمانة ويحافظ عليها لمصلحة المستفيدين(48). فعلى سبيل المثال لو وُضِعَ في الأمانة مبلغ قدره ألف جنيه في صيغة حساب مصرفي جارٍ (Current Bank Account) فإن الملكية القانونية لذلك الرصيد تنتقل إلى الأمين، وهذا يعني بأن اسم الأمين هو الذي سيظهر في دفتر الصكوك فالأمين يتمتع بسلطة نقل أو تحويل أي مبلغ من المبالغ المودعة في ذلك الحساب. وغالباً ما يبرم الأمين عقداً مع المصرف يتعلق بإدارة الرصيد، وبإمكانه مقاضاة المصرف إذا صدر عنه أي إهمال (Negligence) في إدارة الرصيد وحفظه، كما يتمتع الأمين بكل الحقوق المقررة له بمقتضى قانون الأحكام العام (Common Law). وفي حالة حدوث أية خصومة بين الأمانة والأغيار فإنه ينبغي على الأمين، إقامة الدعوى بوصفه صاحب حق الملكية القانونية على أموال الأمانة (Legal Titleholder in the Trust Property)، أي حق الملكية التامة والمطلقة القانونية؛ وعلى هذا الأساس يكون الأمين هو المالك القانوني للأموال (Legal Owner of Property) (49). ويرى أحد الفقهاء الإنكليز(50) بأن هذا المصطلح القانوني هو مصطلح فني يقصد به انتقال جميع الحقوق المقررة بمقتضى قانون الأحكام العام (Common Law Rights) وأصولتها للأمين، ومن أبرزها حق الملكية القانونية (Legal Title)(51). وهذا يعني بأن الأمين لا يكتسب حقاً انتفاعياً أو حقاً عينياً أخرى على المال الموضوع في الأمانة، وبعبارة أخرى فإن المستفيد (Beneficiary) من الأمانة هو الذي يكتسب حقوق الإنتفاع والحقوق العينية الأخرى، عدا حق الملكية على المال الموضوع في الأمانة الذي يؤول إلى الأمين. وإذا مات الأمين أو فقد أهليته، فيجوز للمحكمة أن تعين أميناً آخر بدلاً عنه، مالم يكن واهب المال أو مُنْشِئ الأمانة قد عين حين إنشائها خلفاً للأمين(52). أما في الفقه الإسلامي، فإن الأمين يتمثل بالناظر لأموال الوقف، الذي يشترط

47 Samantha Hepburn. op. Cit . P.76.

48 Alastair Hudson. op. Cit. P.49.

49 Richard Card, John Murdoch, Sandi Murdoch. Real Estate Management Law. Seventh Edition. Oxford University Press.2011.P.475.

50 Alastair Hudson. op. Cit . P.49.

51 Trustee is a person who holds legal title to property of a trust and who is responsible to administer the terms of the trust agreement for the benefit of the trust beneficiaries. Daniel F. Hinkel. Practical Real Estate Law. Sixth Edition.west Legal Studies. New York. 2007. P.541.

52 د.عبد السلام الترماني. مصدر سابق. ص211.

فيه الإسلام والتكليف وكفاية التصرف والخبرة والقوة؛ لأنه مكلف شرعاً بحفظ الوقف، فإن لم يكن الناظر متصفاً بهذه الصفات، فلا يمكنه حفظ الوقف(53). ويُعد الناظر وكيلاً عن الواقف في حياته ووصياً له بعد موته، إذا كان قد عهد إليه ولاية هذه الصدقة في حياته وبعد موته(54). وبالنسبة إلى القانون المقارن فقد أُطلق عليه القانون الإماراتي تسمية ناظر الوقف، وعزفته المادة الأولى من القانون الإماراتي، اتحاد رقم (5) لسنة 2018 بشأن الوقف، بأنه: (السلطة المختصة أو الشخص الطبيعي أو الاعتباري المكلف، من الواقف أو بموجب أحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية، بالإشراف على إدارة الوقف والقيام على شؤونه وتنظيمه إدارياً ومالياً سواء كان واحداً أو أكثر)؛ كما عزفته المادة الثانية من قانون تنظيم الوقف والهبة في إمارة دبي رقم (14) لسنة 2017 بأنه: (الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يتم اختياره لإدارة الوقف)(55). واشترطت المادة (18) من هذا القانون في الناظر أن يكون كامل الأهلية، وحسن السيرة والسلوك، غير محكوم عليه في جريمة مُخلّة بالشرف أو الأمانة، ما لم يكن قد رُد إليه اعتباره وأن يكون قادراً على إدارة الوقف وفقاً لشروط الواقف(56). وأطلق عليه القانون العراقي تسمية متولي الوقف(57)، وعدته المادة الرابعة من نظام المتولين رقم (46) لسنة 1970 مسؤولاً عن إدارة الوقف؛ إذ نصت على أنّ (المتولي مسؤول عن إدارة الوقف بموجب شرط الواقف، ووفق الأحكام الشرعية والقوانين والأنظمة، ويشمل ذلك الوصي في الوصايا التي تخرج مخرج الوقف). وقد فرضت عليه المادة الخامسة من هذا النظام العديد من الواجبات، من أبرزها: مراقبة الموقوفات وصيانتها ومنع التجاوز عليها ورفعها، وتسجيل الوقييات والإعلامات والحجج وسندات الطابو والخرائط والوثائق الأخرى المتعلقة بالوقف. ويتشابه موقف القانون الإنكليزي مع موقف الفقه الإسلامي والقانون المقارن من حيث أنّ كلاً من الأمين وناظر الوقف يلتزمان بإدارة الأموال الموضوعة في الأمانة أو الموقوفة والمحافظة عليها، إلا

53 منصور بن يونس بن إدريس البهوتي. شرح منتهى الإرادات دقائق أولي النهى لشرح المنتهى. الجزء الرابع. مؤسسة الرسالة ناشرون. 2000. ص358.

54 أبو بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. أحكام الأوقاف. مكتبة الثقافة الدينية القاهرة. بدون سنة النشر. ص25.

55 وعرفته المادة الأولى من قانون الوقف في إمارة الشارقة رقم 8 لسنة 2018 بأنه الشخص الاعتباري أو الطبيعي المكلف بالإشراف على الوقف في إسهاد الوقف، سواء كان واحداً أو أكثر.

56 كما حددت المادة 37 من قانون الوقف في إمارة الشارقة رقم 8 لسنة 2018 الشروط الواجب توافرها في الناظر. ونصت على يشترط فيمن يتولى النظارة على الأوقاف أن يكون: 1- مسلماً عاقلاً رشيداً. 2- قادراً على إدارة الوقف ورعاية شؤونه. 3- غير محكوم عليه في حد أو جنابة أو جريمة مخلّة بالشرف أو الأمانة ولو رد إليه اعتباره ما لم يكن هو الواقف نفسه. ويجوز أن يعهد إلى شخص اعتباري نظارة الوقف بموافقة الدائرة إذا كان مؤهلاً لإدارة الوقف.

57 فتية كريم سلطان. متولي الوقف بين الشرعية والقانون. بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية. المجلد الأول. العدد-26-2011. ص147.

أن وجه الإختلاف هو أنّ الملكية القانونية لأموال الأمانة تنتقل إلى الأمين؛ ليتمكن من المحافظة عليها لمصلحة المستفيد، ما دام قد تسلّم المال أو انتقل إليه بالطريق القانوني(58)، في الوقت الذي لا تنتقل فيه ملكية الوقف في الفقه الاسلامي، والقانون المقارن إلى ناظر الوقف، ولكن تقتصر مهمته في المحافظة عليه، وتبقى العين محبوسة على حكم ملك الله تعالى، أو تبقى على ملك الواقف، أو تنتقل إلى ملك الموقوف عليه.

الفرع الثالث: المستفيد

أما الطرف الثالث وهو المستفيد فتتقرر حقوقه بمقتضى بنود الأمانة (Specific Terms of the Trust) وطبيعتها؛ إذ يتمتع المستفيد بحق إلزام الأمين على تنفيذ بنود الأمانة. فالمسألة الجوهرية في قانون الأمانة الإنكليزي (The Law of Trusts) هي وجود شخص أو مجموعة أشخاص، تقضي المحكمة بتنفيذ الأمانة لمصلحتهم، ويتمتع المستفيد بحقوق عينية (Proprietary Rights) على أموال الأمانة(59). وهذا يعني بأنّ الحقّ الإنصافي الذي يتمتع به المستفيد يشكل جزءاً من أموال المستفيد نفسه (Beneficiary's Estate)، وليس جزءاً من المال الشخصي للأمين (Trustee's Personal Estate). فعلى سبيل المثال لو تعرّض الأمين للإعسار (Insolvency) فإنّ أموال الأمانة (Trust Property) تبقى خالصة للمستفيد، ولا يجري توزيعها على دائني الأمين. أما لو تمّ رفع يد الأمين عن أموال الأمانة بسبب الإخلال بالأمانة (Breach of Trust)، فيتمتع المستفيد في مثل هذه الحالة بحقّ الحصول على التعويض من الأمين شخصياً لجبر الضرر الذي تعرض له(60). ويتقدم هذا الحقّ في التعويض الإنصافي (Equitable Compensation) على جميع الحقوق العينية (Proprietary Rights) التي يتمتع بها المستفيد، على الرغم من أنّ الحقوق العينية التي يتمتع بها المستفيد تتسم بمنحه حقي التتبع والتقدم على أية أموال أخرى تحلّ محل المال الأصلي للأمانة (Original Trust Property) وتكون بديلاً عنه، وكذلك في مواجهة جميع الأشخاص الذين ساهموا في الإخلال بالأمانة، حتى وإن لم يكونوا أمناء عليها. كما ينبغي التمييز بين الحقوق المكتسبة (Vested Rights) للمستفيد وبين الحقوق الأخرى المعلقة على حدوث حادثة معينة (Rights Contingent on some Eventuality) تُصنّف عليها في بنود الأمانة (Terms of the Trust)، فيمقتضى سلطة التعيين التي

58 د.عبد السلام الترماني. مصدر سابق. ص206.

59 Kevin Gray and Susan Francis Gray. op. Cit . P.820.

60 Alastair Hudson. op. Cit . P.54.

يتمتع بها الأمين، فإنّ المستفيد لا يتمتع بأي حقّ مكتسب على أموال الأمانة، إلى أن يمارس الأمين سلطته في التعيين لمصلحة المستفيد، وقبل ذلك يكون حقّ المستفيد مجرد أمل غير نافذ (Unenforceable Hope)، يتوقف على قيام الأمين بممارسة سلطته في التعيين لمصلحة المستفيد. ولا تمنح سلطة التعيين كذلك المستفيد، حقاً على أي مبلغ نقدي معين، وكل ما تمنحه أيضاً مجرد أمل غير نافذ في ممارسة صاحب السلطة لسلطته في التعيين والإختيار. وعلى الرغم من أن المستفيد لا يكتسب أيضاً وفقاً للأمانة التقديرية (Discretionary Trust)، حقاً مكتسباً (Vested Rights) على أي مال من أموال الأمانة، إلى أن يمارس الأمين سلطته التقديرية لمصلحته، إلا أنه يكتسب حقاً شخصياً (Personal Right) مشتركاً مع باقي المستفيدين⁽⁶¹⁾، يتمثل بالتزام الأمين بالتقيد ببند الأمانة، فحقّ المستفيد بمقتضى الأمانة التقديرية، يتمثل بالزام الأمين برعاية مصالحه والسهر على حفظها. وقد تمخض عن السابقة القضائية التي تمخضت عن قضية (Suanders v Vautier 1841) (Beneficiary's 4Beav.115) مبدأ من أهم المبادئ التي حددت طبيعة تمتع المستفيد بحقوقه (Entitlement) وتتلخص وقائع⁽⁶²⁾ هذه القضية بأنّ المستفيد من حق الملكية الوارد على أموال الأمانة كان يمثل المستفيد المجرد أو الوحيد (Bare or Sole Beneficiary) منها، بعد أن ترك له والده أسهماً في شركة (Stock in a Company). وقد نصّت الوصية على جمع دخل الأسهم واستثماره، حتى يبلغ الولد سن الخامسة والعشرين من عمره إلا أنه عند بلوغه سنّ الرشد (Attaining Majority Sui Juris)، وكمال أهليته (Sui Juris) بإكماله الحادية والعشرين من عمره، فقد طالب المستفيد بإنهاء الأمانة، وردّ الملكية القانونية (Legal Title) على أموالها إليه، فاستجابت المحكمة لطلب المستفيد، وقضت في حكمها بحقه في استرداد تلك الأموال. وقد استنتجت المحكمة بأنّ نية الموصي (Testator)، قد اتجهت إلى استرداد المستفيد لتلك الأموال في نهاية الأمر، وكل ما في الأمر أن سعى إلى تأجيل موعد ذلك الاسترداد. وجاء في حكم المحكمة بأنّ المستفيد عندما يصبح كامل الأهلية (Sui Juris)، فإنّ بمقدوره إصدار التوجيهات إلى الأمين لإنهاء الأمانة، وتسليمه أموال الأمانة (Trust Property)، واسترداد حقوق الانتفاع (Beneficial Interests) عليها؛ وذلك لكي يتمكن المستفيد من استرداد الملكية المطلقة على أموال الأمانة (Trust Fund). وقد تمخّض عن الحكم الصادر في هذه

61 Richard Card, John Murdoch, Sandi Murdoch. op. Cit .P.476.

62 لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://www.lawteacher.net/cases/saunders-v-vautier.php>

القضية، مبدأ مهم مؤداه أنّ أفضل حق يمكن أن يتمتع به المستفيد هو حقّه في فرض السيطرة على أموال الأمانة، وتوجيه الأمين، وبالطريقة التي يراها مناسبة للقيام بذلك، إلا أنّ ما يتعلق بالأمانة التقديرية، فإنّ من الصعوبة بمكان معرفة ما إذا كان بمقدور المستفيد أن يمارس هذه السلطة قبل أن تعيّن له الأموال الموضوعة في الأمانة. أمّا لو كان هناك احتمال زيادة عدد المستفيدين الذي يمكن إضافتهم في المستقبل إلى نفس فئة المستفيدين، أو احتفاظ الأمين بسلطاته على أموال الأمانة، فإنّ ذلك يعني عدم قدرة المستفيد على اكتساب الحقوق وفقاً للمبدأ الذي تمخضت عنه هذه القضية (Suanders v Vautier Principle). وعلى العكس من ذلك فلو نصّت البنود الواردة في سند الأمانة (Terms of the Trust Instrument) على عدم إمكانية إضافة مستفيدين آخرين في المستقبل، أو طلب من الأمين إنهاء الأمانة، ففي مثل هذه الأحوال يكون بمقدور المستفيد ممارسة حقوقه وفقاً لمبدأ (Suanders v Vautier Principle). وبصرف النظر عن السلطات التي منحها هذا المبدأ للمستفيد، فإنّ حقه بمقتضى الأمانة ولا سيما التقديرية منها، يتمثل بالزام الأمين بتنفيذ التزاماته وفقاً لبنود الأمانة. وهذا لا يعني أنّ بمقدور المستفيدين توجيه الأمين لإصدار القرار الذي يرى المستفيد أن من الضروري إصداره، أو التحكم بفحوى هذا القرار، إلا أن من حق المستفيد أن يطلب من المحكمة فرض الرقابة على طريقة إصدار تلك القرارات(63). أمّا في الفقه الإسلامي فإنّ المستفيد يتمثل بالموقوف عليه الذي يشترط أن يكون جهة بر؛ لأنّ الأصل في شرعية الوقف أن يكون صدقةً يتقرب بها العبد إلى الله تعالى، فلا يصحّ الوقف إلا على برّ ومعروف كالمساجد والفقراء والأقارب، فالقصد من الوقف هو القرية فلا يجوز أن يخصص لجهة معصية(64)؛ إذ تفقد شرط القرية. كما يشترط أن تكون الجهة الموقوف عليها غير منقطعة أي لا يجوز بحكم العادة انقراضها(65)، وهذا معناه تأييد الوقف، فيكون وجود الموقوف عليه مستمراً ليتحقق من خلال بقائه معنى الصدقة الجارية من الوقف(66)، وهو ما يعرف بشرط الديمومة. وأن يكون الموقوف عليه جهةً يصحّ ملكها والتملك لها(67)، يستوي في ذلك أنّ ملكية العين الموقوفة تنتقل إلى حكم ملك الله تعالى، أو تبقى على ملك الواقف، أو تنتقل إلى ملك الموقوف عليه(68). فالغاية

63 Alastair Hudson. op. Cit . P.56.

64 إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي أبو إسحاق. المهذب في فقه الإمام الشافعي. الجزء الثالث، المعاملات المالية والسبق وإحياء الموت والوقف والهيئات والوصايا. الطبعة الأولى. دار القلم، دمشق. 1996. ص674.

65 د.محمد عبيد عبد الله الكبيسي. ج1. مصدر سابق. ص413.

66 مصطفى أحمد الزرقا. أحكام الأوقاف. مصدر سابق. ص67.

67 د.محمد عبيد عبد الله الكبيسي. ج1. مصدر سابق. ص396.

68 د.محمد عبيد عبد الله الكبيسي. ج1. المصدر نفسه. ص455.

من الوقف تملك منافعه للموقوف عليه، وطالما كانت غلة الوقف مملوكة، فلا يصحّ إلا فيما يصحّ له الملك. هذا في حالة انتقال ملكية الموقوف إلى حكم ملك الله، أو بقائها على حكم ملك الواقف. أما انتقال الملك إلى الموقوف عليه، فأساسه أنّ الوقف تملك للعين ومنفعتها، فلا يصحّ على من لا يملك. وعرفت المادة الأولى من القانون الإماراتي الاتحادي رقم (5) لسنة 2018 بشأن الوقف، الموقوف عليه بأنه: (المستحقّ لصرف ريع الوقف عليه، سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً أو مبادرة أو مشروعاً أو من غيرهم). أما المادة الثانية من قانون تنظيم الوقف والهيئة في إمارة دبي رقم (14) لسنة 2017، فقد أطلقت على الموقوف عليه تسمية الموقوف له، وعرفته بأنه: (أي فرد أو فئة أو جهة يتمّ تخصيص الانتفاع بالوقف أو عوائده لصالحهم)(69). واشترطت الفقرة الأولى من المادة الثالثة عشرة من هذا القانون أن يكون الموقوف له معيّناً، فإذا لم يتمّ الواقف بتعيينه، عُدم معيّناً في الفقهاء؛ إذ نصّت على أنه: (يشترط في الموقوف له: أن يكون معيّناً، فإذا لم يُعيّن الواقف أعتبّر الموقوف له معيّناً في الفقهاء، ويكون للواقف إلى حين موته تعيين موقوف له آخر. فإذا مات ولم يُعيّن استمر صرف عوائد الوقف على الفقهاء). واشترطت فيه الفقرة الثالثة من هذه المادة أن يكون موجوداً أو محتمل الوجود في المستقبل. كما أجازت للواقف أن ينقل حال حياته عوائد الوقف من موقوف له إلى آخر، فالموقوف عليهم، وعلى وجه العموم، هم جميع أبواب البر والخير، وهي متعددة لا تتقطع(70). أما القانون العراقي، فقد استعمل مصطلحاً آخر للتعبير عن الموقوف له أو الموقوف عليه وهو "المرتزق"؛ إذ عرفت الفقرة (د) من المادة الأولى من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (1) لسنة 1955 المعدل بالقانون رقم (41) لسنة 2009، "المرتزقة" بأنهم: (المشروط لهم الاستحقاق في غلة الوقف، حسب شرط الواقف أو التعامل - عند فقده - حين نفاذ هذا المرسوم).

ويتشابه موقف القانون الإنكليزي مع موقف الفقه الإسلامي والقانون المقارن من حيث أنّ المستفيد من الأمانة يتمتّع بحقوق عينية عليها، كما يمكن أن تنتقل ملكية العين الموقوفة إلى الموقوف عليه. ويختلف موقف القانون الإنكليزي عن موقف الفقه الإسلامي من حيث أنّ المستفيد قد يكون أي شخص أو فئة معينة، خلافاً للموقوف عليه في الفقه الإسلامي الذي يشترط أن يكون جهة برّ، إلا أنّ موقف القانون

69 أما المادة الأولى من قانون الوقف في إمارة الشارقة رقم 8 لسنة 2018 فقد استعملت تسمية الموقوف عليه، وعرفته بأنه: المستحقّ لصرف المنافع عليه سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً أو من غيرهم.

70 سعيد سليمان العقيد وحسن محمد الرفاعي. الاستثمار الوقفي في التطبيق المعاصر. وقف متابعي الخط المباشر بإمارة الشارقة. نموذجاً. مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية. ربيع الثاني 1404 هـ، ديسمبر 2018 م. المجلد الخامس عشر. العدد الثاني. جامعة الشارقة. ص 290.

الإنكليزي يتشابه مع موقف القانون المقارن من هذه الناحية؛ إذ أنّ كليهما أجاز أن يكون المستفيد أو الموقوف عليه فرداً أو فئة أو جهة معينة.

المطلب الرابع: الطبيعة القانونية للأمانة

تُعدّ الأمانة حقاً من الحقوق العينية (Trust as a Proprietary Interest) في القانون الإنكليزي، ويلتزم بمقتضاها الأمين (Trustee) بإدارة الأموال لمصلحة المستفيد (Beneficiary) من عقار (71)، يرصده المالك أو يخصّصه لمصلحته بعد وفاته (72). ولا تُعدّ الأمانة، وكأصل عام، عقداً في القانون الإنكليزي، فالعقد (Contract) هو اتفاق ثنائي (Bilateral Agreement) بين طرفين، ينتج عن ارتباط الإيجاب (Offer) الصادر عن أحدهما بقبول (Acceptance) الآخر، مع تبادل الطرفين لمقابل الالتزام بالوعد (Consideration). أمّا الأمانة الصريحة (Express Trust) فتتّشأ بالتصرف بالإرادة المنفردة (Unilateral act) من جانب واهب المال (Settlor) يتمثل بإعلان الأمانة (73) (Declaration of the Trust). ولا يوجد هناك عقد بين واهب المال والأمين في الظروف العادية إلا أنّ العقد قد ينعقد في بعض الحالات الاستثنائية، إذا كان الأمين مهنيّاً أو محترفاً (Professional Trustee)، كأن يكون مصرفاً (Bank) أو محامياً (Solicitor)، ففي مثل هذه الحالة غالباً ما يطلب الأمين من واهب المال أجراً لقاء قيامه بدوره كأمين على الأمانة. وهنا تتشأ الأمانة ويرافقها إبرام عقد في نفس الوقت بين واهب المال والأمين، إلا أنّ هذا العقد لا يكون جزءاً من الأمانة، ولكنه يمثّل عقداً تبعياً أو فرعياً (Collateral Contract). وتترتب على العقد آثار تتمثل بالالتزامات الشخصية (Personal Obligations) التي تنشأ بين الطرفين المتعاقدين، وعلى هذا الأساس يكون بإمكانهما مقاضاة بعضهما البعض للمطالبة بالتعويض على أساس الإخلال بالعقد (Breach of Contract)، أو للمطالبة بالتنفيذ العيني (Specific Performance) للعقد، فالحقّ في التعويض (Right to Damages) ينشأ عن العقد نفسه بمقتضى قواعد قانون الأحكام العام (Common Law). أمّا في الأمانة، فإنّ الالتزامات الشخصية تنشأ بين الأمين والمستفيد لإدارة أموال الأمانة (Trust Fund)، والتي تقع على عاتق الأمين، ويكون الأخير مسؤولاً تجاه المستفيد عن أموال الأمانة، ويلتزم بالمحافظة عليها وإعادتها إلى مكانها

71 Barlow Burke and Joseph Snoe. Property. Fifth Edition. Wolters Kluwer. New York. 2016. P.105. See also Kevin Gray and Susan Francis Gray. op. Cit . P.820.

72 د.مجيد حميد العنبي. مصدر سابق. ص218.

73 Samantha Hepburn. op. Cit . P.92.

الطبيعي، فضلاً عن تعويض المستفيد إذا كان هناك أي إخلال بالأمانة (Breach of Trust). وعلى الرغم من التشابه بين النظامين فيما يتعلق بالالتزامات الشخصية التي تنشأ على عاتق الأطراف في هذين النظامين، فإنّ هناك ثلاثة اختلافات بين العقد والأمانة وهي: أولاً: تنشأ عن الأمانة، حقوق ملكية (Proprietary Rights) لمصلحة المستفيد، ولا يتصوّر نشوؤها في ظل العقد، حتى وإن كان اشتراطاً لمصلحة الغير. ثانياً: تترتب الالتزامات الناشئة عن العقد عن النية المشتركة (Common Intention) للطرفين، أمّا الالتزامات الناشئة عن الأمانة (Trust Obligations) فتترتب، وكأصل عام، عن قواعد العدالة والإنصاف (Equity) التي تملّي مبادئها على ضمير الأمين (Conscience of the Trustee). أمّا الأمانة الصريحة فتنشأ، وكما أشرنا سابقاً، بالتصرف بالإرادة المنفردة من جانب واهب المال يتمثل بإعلان الأمانة، وهذا يعني أيضاً بأنّ الالتزامات المترتبة عليها تنشأ بالإرادة المنفردة للأمين. ثالثاً: تفرض الأمانة التزامات أساسها الثقة (Fiduciary Obligations) على عاتق الأمين لإدارة أموال الأمانة، أمّا الالتزامات المترتبة على العقد، فليست مبناهما الثقة عموماً ولكنها تنشأ عن النية المشتركة للطرفين(74). أمّا في الفقه الإسلامي فقد اختلفت مذاهب هذا الفقه الجليل في طبيعة الوقف بين التبرع والإسقاط، فهو من التبرعات المنذوبة(75)، على أساس أنّه تبرّع بمنفعة العين للموقوف عليه من دون رقيبتها، فهو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة(76)، أمّا كونه إسقاطاً أي إسقاط ملك، فهو ينشأ بالإرادة المنفردة وبإيجاب الواقف ومن دون قبول الطرف الآخر، فالواقف يسقط حق ملكيته من العين الموقوفة دون تملكها لأحد، وحبسها ومنع التصرف فيها، ورصد منافعها وثمارها للموقوف عليه(77). أما اشتراط صدور القبول عن الموقوف عليه، فقد أجمع الفقهاء على اختلاف مذاهبهم على عدم اشتراط القبول، إذا كان الموقوف عليه غير معيّن، كالمساجد والمستشفيات والفقراء والمساكين(78). فيكفي لإنشاء الوقف التعبير عن الإرادة بالالتزام من جانب واحد، ومن دون الحاجة إلى قبول الجانب

74 Alastair Hudson. op. Cit . P.68.

75 شمس الدين محمد عرفة الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لأبي البركات أحمد الدردير. الجزء الرابع. دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه. دون سنة نشر. ص75.

76 أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي. كنز الدقائق في الفقه الحنفي. الطبعة الأولى. دار البشائر الإسلامية. بيروت لبنان. 2011. ص403. ينظر أيضاً محمد أمين بن عمر عابدين الشهير بابن عابدين. رد المحتار. مصدر سابق. ج.6. ص519.

77 مصطفى أحمد الزرقا. أحكام الأوقاف. مصدر سابق. ص37.

78 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة. المغني. الجزء الثامن. الطبعة الثالثة. دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع. الرياض. 1997. ص187.

الآخر(79)، فلا يشترط قبول مستحقه؛ لأنه قد يكون غير موجود أو لا يتصور منه القبول كالمسجد(80)، أو غير معين كالفقراء(81)، خلافاً للرأي السائد لدى البعض من فقهاء الشيعة الإمامية الذين نظروا إلى الوقف كعقد يشترط لتمامه القبول في جميع الأحوال، سواء أكان الموقوف عليه جهة عامة كالمساجد والفقراء أم خاصة. ويتولى القبول عن الجهة العامة الناظر أو الحاكم(82). أما إذا كان الموقوف عليه معيناً، فقد اشترط الشافعية لزوم القبول لصحة الوقف. وذهب الحنابلة إلى اشتراط القبول؛ لأنه تبرع لآدمي معين(83)، وإذا كان لغير آدمي معين أو لمسجد لم تقتصر على القبول(84). وفي المذهب المالكي، فإنّ القبول ليس شرطاً لإنشاء الوقف ولا لزمه، وليس بشرط لاستحقاق الموقوف عليه، إذا لم يكن الموقوف عليه آدمياً معيناً؛ أما إذا كان آدمياً معيناً، فإنّ القبول يُعد شرطاً لاستحقاق الموقوف عليه، إذا لم يبلغ الرشد؛ لأنه بمنزلة المعين الأهل للقبول؛ فإن لم يكن أهلاً كالصغير والمجنون، قيل له وليه(85). أما في المذهب الحنفي، فإنّ قبول الموقوف عليه للوقف ليس شرطاً، إذا صدر لأقوام غير معينين كالفقراء والمساكين؛ وإذا صدر الوقف لشخص معين وجعل آخره للفقراء يشترط قبوله في حقه(86). أما بالنسبة إلى القانون المقارن فقد عدّ القانونان الإماراتي والعراقي الوقف حقاً من الحقوق العينية الأصلية المنفردة عن حق الملكية(87)، التي تقوم بذاتها من دون أن تستند في وجودها إلى حق آخر تتبعه(88)، وتتحدد على سبيل الحصر(89)، وتمنح صاحبها إما كامل الحقوق من استعمال واستغلال وتصرف، أو

79 محمد أبو زهرة. محاضرات في الوقف. مصدر سابق. ص49.

80 شمس الدين محمد عرفة الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4. مصدر سابق. ص88.

81 محمد أمين بن عمر عابدين الشهير بابن عابدين. رد المحتار على الدر المختار. ج6. ص525.

82 د.محمد عبيد عبد الله الكبيسي. ج1. مصدر سابق. ص165.

83 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة. المغني. ج8. مصدر سابق. ص187.

84 محمد أبو زهرة. محاضرات في الوقف. مصدر سابق. ص51.

85 شمس الدين محمد عرفة الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج4. مصدر سابق. ص88.

86 حسام المعاني النعمان الثاني برهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر ابن الشيخ علي الطرابلسي الحنفي. الإيعاف. المصدر السابق. ص21.

87 د.طارق كاظم عجيل. الحقوق العينية الأصلية. الجزء الأول. حق الملكية. دار السنهوري. بيروت لبنان. 2019. ص13.

88 د.علي هادي العبيدي. الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية دراسة مقارنة. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن. 1999. ص8.

89 د.عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثامن. حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية. منشأة المعارف بالإسكندرية. 2004. ص190. ينظر أيضاً د. درع حماد عبد. الحقوق العينية الأصلية. حق الملكية والحقوق المنفردة عنها. دار السنهوري. بيروت لبنان. 2018. ص12.

بعضها فحسب(90)؛ إذ نصّت الفقرة الأولى من المادة (110) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي الإتحادي رقم (5) لسنة 1985 بأنّ (الحقوق العينية الأصلية هي حقّ الملكية والتصرف والانتفاع والاستعمال والسكنى والقرار (المساحة) وحقوق الارتفاق والوقف وما يعتبر كذلك بنص القانون). ونصّت الفقرة الأولى من المادة (68) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 بأنّ (الحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحقّ الإجارة الطويلة). وعلى هذا الأساس فإنّ الوقف يُعدّ نوعاً من أنواع الحقوق العينية العقارية بوجه عام، ولا يصحّ تصنيفه كأحد المواضيع التي تعالجها قوانين الأحوال الشخصية(91)، إلا أنّ محكمة تمييز العراق عدّت دعاوى الوقف من الدعاوى الشرعية ذات الطبيعة الخاصة، وجاء في أحد أحكامها(92) بأنّ (دعاوى الوقف من الدعاوى الشرعية ذات الطبيعة الخاصة التي لا تكون حقاً خالصاً للأفراد، بل إنّها تتعلق بنظام الحسبة الذي يعطي الحقّ لدائرة الأوقاف في مخاصمة أي متولٍ في وقف ذري أو وقف خيري أو وقف مشترك في حدود حصة الوقف، ولدائرة الوقف الحق بإقامة الدعوى ضد أي متولٍ تظهر من حساباته أو تصرفاته ما يشكل ضرراً للوقف). كما يبدو من الفقرة (أ) من المادة الخامسة من قانون تنظيم الوقف والهيبة في إمارة دبي رقم (14) لسنة 2017 بأنّ القانون الإماراتي عدّ الوقف إسقاطاً ينشأ بالإرادة المنفردة للواقف؛ إذ نصّت هذه الفقرة على أن (ينعقد الوقف بإرادة الواقف المُعتبرة قانوناً بموجب إسهاد الوقف، والمُقيد في السجل)(93). وقد تطلبت الفقرة الأولى من المادة الثامنة من هذا القانون قبول الموقوف له المعين بذاته كشرط لصحة الوقف؛ إذ نصّت على أنّه (يُشترط لصحة الوقف قبول الموقوف له المعين بذاته، فإذا كان قاصراً أو محجوراً عليه قبل عنه وليّه أو وصيّيه)(94). أمّا إذا كان الموقوف له جهة غير محددة أو لا يتصور صدور القبول

90 د. هبة الزحيلي. العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني. دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر دمشق. الطبعة الأولى. 1987. ص343.

91 د. حقي إسماعيل النداوي. الوقف في الشريعة والقانون. منشورات زين الحقوقية بيروت لبنان. 2016. ص75.

92 حكم محكمة تمييز العراق ذي الرقم 109/ الهيئة الموسعة المدنية / 2011 في 2011/12/25 منشور في مجلة التشريع والقضاء. السنة السابعة. العدد الأول كانون الثاني-حزيران 2015. ص247

93 وتبينت الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون الوقف في إمارة الشارقة رقم 8 لسنة 2018 نفس الاتجاه وتطلبت نشوء الوقف بتعبير الواقف باللفظ أو بالكتابة، ونصت على أن ينشأ الوقف بتعبير الواقف باللفظ أو بالكتابة فإن كان الواقف عاجزاً عنهما فبالإشارة المفهومة، ويصح بالفعل مع القرينة الدالة على قصد الوقف مع مراعاة أحكام المواد «7» «15» «22» من هذا القانون.

94 وتبينت المادة التاسعة من قانون الوقف في إمارة الشارقة رقم 8 لسنة 2018 نفس الاتجاه تقريباً، عندما نصت على أنه لا يشترط القبول في صحة الوقف ولا في الاستحقاق إلا إذا كان الموقوف عليه معيناً أو جهة لها من يمثلها قانوناً فيشترط القبول للاستحقاق، فإن لم يقبل الموقوف عليه انتقل الاستحقاق لمن يليه متى وجد فإن لم يوجد كان الوقف خيرياً.

منه، فلا تتوقف صحة الوقف على قبوله، وهو ما قضت به الفقرة الثانية من هذه المادة، ونصت على أنه (لا يُشترط لصحة الوقف قبول الموقوف له إذا كان جهة غير مُحدّدة أو لا يُتصوّر صدور القبول منه)، إلا أن المادة الأولى من القانون الإماراتي الاتحادي رقم (5) لسنة 2018 بشأن الوقف، حسمت الجدل الدائر بشأن نشوء الوقف، واشترطت نشوءه عن طريق العقد، وذلك عند تعريفها للموقوف؛ إذ نصت على أن الموقوف هو (ما صحّ أن يكون محلاً لعقد الوقف، سواء الأعيان أو المنافع أو الحقوق). كما اتجه القضاء العراقي إلى تكييف الوقف كإسقاط، وهو ما يتبيّن من حكم محكمة تمييز العراق الذي جاء فيه (95) بأنّ (الوقف يلزم بمجرد القول؛ لأنّه إسقاط للملك لا إلى مالك، فلا يحتاج إلى حكم أو قبض أو تسليم، بخلاف الصدقة المنجزة؛ لأنّها إخراج من ملك إلى مالك فتححتاج إلى قبض العين، وهذا هو الراجح المفتى به وعليه العمل). ويتشابه موقف القانون الإنكليزي مع موقف الفقه الإسلامي والقانون المقارن من حيث أنّه يُعدّ تصرفاً ينشأ بالإرادة المنفردة في القانون الإنكليزي، وهو إسقاط أي إسقاط ملك ينشأ بالإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي. كما يتشابه نظام الأمانة الإنكليزي مع نظام الوقف الإسلامي من حيث أنّ الغرض من كليهما يكون غرضاً خيراً (96)، إلا أنّ موقف القانون الإنكليزي يختلف عن جانب من الفقه الإسلامي والقانون المقارن محل الدراسة، من حيث أنّ الأمانة تنشأ أولاً بالإرادة المنفردة، يرافقها إبرام عقد في نفس الوقت بين واهب المال والأمين، إلا أنّ هذا العقد لا يكون جزءاً من الأمانة، ولكنه يُعدّ عقداً تبعياً أو فرعياً، في الوقت الذي اشترط فيه ذلك الجانب من الفقه الإسلامي والقانون المقارن نشوء الوقف عن طريق عقد أطلق عليه "عقد الوقف". ويتشابه موقف القانون الإنكليزي مع موقف القانون المقارن محل الدراسة (القانونان الإماراتي والعراقي) من حيث أنّ كليهما عدّ الأمانة والوقف حقاً من الحقوق العينية. ونرجح موقف الفقه الإسلامي على القانون الإنكليزي، فيما يتعلق بتحديد طبيعة الوقف؛ إذ كان أكثر شمولاً وتنوعاً مع إختلاف مذاهبه، وذلك من حيث كونه تبرعاً أو إسقاطاً، وكذلك من حيث اشتراط صدور القبول عن الموقوف عليه أو عدم اشتراطه.

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على نظام الأمانة

تترتب على الأمانة في القانون الإنكليزي ثلاثة آثار جوهرية هي: فرض الأمانة التزام إنصافي يمليه الضمير على عاتق الأمين، وترتيبها لحقوق عينية للمستفيد والتزامات شخصية على عاتق الأمين الذي

95 حكم محكمة تمييز العراق ذي الرقم 171/مدنية أولى /77 في 1977/5/31 منشور في مجموعة الأحكام العدلية التي تصدرها وزارة العدل. بغداد. السنة الثامنة. العدد الثاني. 1977. ص82.
96 د. عبد السلام الترماني. مصدر سابق. ص209.

تنتقل إليه الملكية القانونية التامة والمطلقة للمال، والتزام مشتري العقار الموضوع في الأمانة بها. وسوف نبحث في هذه الآثار كما يأتي:

المطلب الأول: الالتزام الإنصافي المبني على ضمير الأمين

إنّ الأثر الأول للأمانة هو فرضها التزام إنصافي (Equitable Obligation) يمليه ضمير الأمين (Conscience of the Trustee). فمصدر التزام الأمين هو قواعد العدالة والإنصاف (Equity) التي تملئ عليه التصرف بضمير حي (Good Conscience)، إمّا نتيجة قيام الواهب بإنشاء أمانة صريحة يترتب عليها التزامه بالامتثال لبنود الأمانة بضمير حي، أو عندما ترى المحكمة أنّ من الملائم فرض الأمانة في ظروف تستوجب فرضها وإلا تصرّف الأمين بخلاف ذلك على نحو منافي للضمير (Unconscionably). ويفسر أحد الفقهاء الإنكليز (97) العبارة التي تقول بأنّ قواعد العدالة والإنصاف تفرض أثراً شخصياً (In Personam)، أنّ ذلك يعني بأنّ الأثر الذي تملئ به يترتب في ضمير الشخص. ويترتب على ذلك أيضاً النظر إلى الأمانة كمؤسسة إنصافية (Equitable Institution) وهذا يعني بأنّ الأمين يستلم أموال الأمانة في ظروف يكون فيها من المنافي للضمير الحي رفض الالتزام ببند الأمانة. وعلى هذا الأساس واستناداً إلى ما سبق، فإنّ الأمانة في القانون الإنكليزي تتبع من مصدرين هما واهب المال والمحكمة فبالنسبة إلى واهب المال، فإنّ بإمكانه إنشاء الأمانة بضمير حي، عندما نتجه نيته إلى ذلك. وإذا ما تمّ ذلك فإنّ قواعد العدالة والإنصاف تكون الرقيب على ضميره، ولا تسمح له بالتصرف على نحو منافي لبند الأمانة (Terms of Trust)، أو بالتصرف بضمير غير حي (Bad Conscience). كما يمكن للمحكمة أنّ تفرض الأمانة بدلاً عن واهب المال، عندما ترى بأنّه ومن المنافي للضمير أن تسمح للشخص الذي اكتسب حقوقاً للملكية بمقتضى قانون الأحكام العام (Common Law Rights in Property)، أن يستمر في وضع اليد على الأموال، من دون اتخاذ أي إجراء قضائي ضده. وقد أشار القاضي اللورد (Browne-Wilkinson) إلى هذا النوع من الأمانات بالأمانة الحكيمة (Constructive Trust) التي تفرض على الشخص بسبب سلوكه المنافي للضمير (Unconscionable Conduct) (98)، وفي مثل هذه الحالة يؤدي هذا الشخص دور الوصاية (Trusteeship) الذي تفرضه عليه المحكمة ويلتزم بالتزامات الأمين، وكما أشرنا سابقاً فإنّ قواعد العدالة والإنصاف تفرض أثرها الشخصي على المدعى عليه؛ لتقرير ما إذا كان يتصرف بضمير حي أم لا. ويلتزم الأمين بالعديد من الواجبات، من أبرزها المحافظة على الشيء الموضوع في الأمانة واستغلاله

97 Alastair Hudson. op. Cit . P.59.

98 Alison Clarke, Paul Kohler. op. Cit . P.316.

واستثماره(99)، وإدارته لمصلحة المستفيدين(100)، ولا سيما المبالغ النقدية (Capital Money) الناشئة عن ريع أو غلة العقار(101). أمّا في الفقه الإسلامي فيلتزم ناظر الوقف أو متوليه بوظيفة حفظ أعيان الوقف، وعمارته وإيجارها وزراعتها، وتحصيل ريعها من إجرة أو زرع أو ثمر والمخاصمة فيها(102). وأجاز بعض الفقهاء المسلمين إجارة الوقف ثلاث سنين من غير فصل بين الدار والأرض(103)، كما أجازوا للناظر إجارة الوقف إجارة طويلة بعقود مترادفة كل عقد على سنة. ويلتزم ناظر الوقف بمقتضى المادة (15) من القانون الإماراتي الاتحادي رقم (5) لسنة 2018 بشأن الوقف(104)، التقيد بشروط الواقف، متى كان الشرط صحيحاً، والمحافظة على الموقوف من الهلاك والتلف، وإدارة الوقف واستعماله فيما أعد له، وعمارته والمحافظة على نمائه، وصيانتته وتوزيع منافعه على مستحقيه، وبذل العناية اللازمة من أجل إنماء الموقوف واستثماره بنفسه أو أن يعهد إلى شخص آخر يتوافر فيه شروط الناظر من ذوي الخبرة والاختصاص بذلك، وعدم التصرف في الموقوف إلا إذا كانت هناك مصلحة في المحافظة عليه، وبعد الحصول على موافقة خطية بذلك من السلطة المختصة، وإلا اعتبر التصرف باطلاً. كما حددت

99 Elizabeth Cooke. Modern Studies in Property Law. Volume 4. HART Publishing. 2007 .P.24.

100 Samantha Hepburn. op. Cit . P.92.

101 Barbara Bogusz and Rojer Saxton. Land Law text Cases and Materials. Fourth Edition. Oxford university Press. 2015. P.200.

102 أبو بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. مصدر سابق. ص25.

103 حسام المعاني النعمان الثاني برهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر ابن الشيخ علي الطرابلسي الحنفي. الإسعاف. المصدر السابق. ص68.

104 نصّت المادة الخامسة عشرة من القانون الإماراتي الاتحادي رقم 5 لسنة 2018 على أنه 1- يجب على الناظر الالتزام بما يأتي : التقيد بشروط الواقف متى كان الشرط صحيحاً. 2- المحافظة على الموقوف من الهلاك والتلف، ويكون اصلاحه والمحافظة عليه مقدماً على صرف عوائده على الموقوف عليه. 3- إدارة الوقف واستعماله فيما أعد له، وعمارته والمحافظة على نمائه، وصيانتته وتوزيع منافعه على مستحقيه وفقاً لما هو منصوص عليه في إسهاد الوقف وهذا القانون ولائحته التنفيذية 4- بذل العناية اللازمة من أجل إنماء الموقوف واستثماره بنفسه أو أن يعهد إلى شخص آخر يتوافر فيه شروط الناظر من ذوي الخبرة والاختصاص بذلك متى كان مأذوناً له بذلك في إسهاد الوقف أو عقد النظارة. 5- عدم التصرف في الموقوف إلا إذا كانت هناك مصلحة في المحافظة عليه، وبعد الحصول على موافقة خطية بذلك من السلطة المختصة، وإلا اعتبر التصرف باطلاً. 6- عدم تأجير الموقوف أو استغلاله بأقل من أجره المثل 7- إعداد السجلات المحاسبية والمستندات المالية والاحتفاظ بها ورفع التقارير بحالة الوقف إلى الجهة المحددة في إسهاد الوقف، وذلك وفقاً للقواعد والاجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون. 8- إيداع عوائد الوقف في حساب مصرفي في أي من المصارف المرخصة في الدولة باسم الوقف 9- أي التزامات أخرى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

المادة التاسعة عشرة(105) من قانون تنظيم الوقف والهبة في إمارة دبي رقم (14) لسنة 2017 التزامات ناظر الوقف بالمحافظة على الملك الموقوف وإدارته، وتوزيع منافعه على مستحقيه، والحرص على بذل العناية اللازمة لتطويع الملك الموقوف، واستغلاله وإدارته استعماله فيما أُعِدَّ له، وإيداع عوائده في حساب بأحد المصارف المُرخَّصة في الدولة باسم الوقف(106). وأجازت المادة الحادية عشرة من قانون إدارة الأوقاف العراقي رقم (64) لسنة 1966 للمتولي شراء الأملاك أو تعميمها أو ترميمها أو إنشاء المباني، كما يلتزم المتولي بتسديد ديون الوقف، وعدم الاستدانة على الوقف(107). وتُعدّ أعمال الحفظ والصيانة من أعمال الإدارة المعتادة التي ترمي إلى استغلال الشيء من دون المساس بأصله(108)، وتتفق مع الاستعمال الذي أُعدَّ له الشيء(109)، وذلك وفقاً للفقرة الأولى من المادة (105) من القانون المدني العراقي التي نصّت على أنّ (عقود الإدارة الصادرة من الوصي في مال الصغير تكون صحيحة نافذة ولو كانت بغبن يسير، ويعتبر من عقود الإدارة بوجه خاص الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق وإيفاء الديون وبيع المحصولات الزراعية وبيع المنقول الذي يسرع إليه التلف والنفقة على الصغير). كما عدّت المادة (21) من قانون تنظيم الوقف والهبة في إمارة

105 نصّت المادة التاسعة عشرة من قانون تنظيم الوقف والهبة في إمارة دبي رقم 14 لسنة 2017 على أنه يجب على الناظر الالتزام بما يلي :

1- شروط الواقف زماناً ومكاناً. 2-المحافظة على الملك الموقوف من الهلاك والتلف، ويُعتبر إصلاح الملك الموقوف، والمحافظة عليه مُقَدِّماً على صرف عوائده على الموقوف له. 3-إدارة الوقف، والمحافظة عليه وتوزيع منافعه على مُستحقيه، وفقاً لما هو منصوص عليه في إسهاد الوقف وهذا القانون والقرارات الصادرة عن المؤسسة. 4- الحرص على بذل العناية اللازمة لإتمام الملك الموقوف واستثماره بنفسه أو أن يعهد إلى أي شخص آخر من ذوي الخبرة والاختصاص بذلك. 5- عدم التصرف بالملك الموقوف تصرفاً ناقلاً للملكية أو بترتيب رهن عليه إلا إذا كانت هناك مصلحة في المحافظة عليه، وبعد الحصول على موافقة الواقف أو المحكمة المختصة على ذلك، والا اعتُبر التصرف باطلاً. 6- استغلال الملك الموقوف وإدارته واستعماله فيما أُعدَّ له. 7- عدم تأجير الملك الموقوف أو استغلاله بأقل من أجر المثل أو عوائده. 8- إعداد الموازنة السنوية للوقف، وإعداد الحساب الختامي في نهاية كل سنة مالية، وإعداد السجلات المحاسبية والمُستندات المالية والاحتفاظ بها، ورفع التقارير المالية اللازمة بحالة الوقف للواقف أو من يختاره في إسهاد الوقف أو للمؤسسة، بحسب الأحوال، وفقاً لإسهاد الوقف والقواعد والإجراءات التي تعتمدها المؤسسة في هذا الشأن. 9- إيداع عوائد الوقف في حساب بأحد المصارف المُرخَّصة في الدولة باسم الوقف. 10- صرف عوائد الوقف في مصارفه وفق ما اشترطه الواقف وما تقتضيه المصلحة. 11- أداء الالتزامات الواجبة على الوقف من ديون واستحقاقات في حدود المصلحة. 12- مُباشرة التصرفات التي نصّ عليها الواقف في إسهاد الوقف متى كان الاشتراط صحيحاً.

106 وبالمقابل حددت المادة 38 من قانون الوقف في إمارة الشارقة رقم 8 لسنة 2018 ولجبات الناظر وعدته أميناً على الوقف وأمواله ووكيلاً عن المستحقين، ونصت على أنه 1- يعتبر الناظر أميناً على الوقف وأمواله ووكيلاً عن المستحقين وممثلاً شرعياً لهم أمام الآخرين. 2- يشرف الناظر على حماية الوقف ورعايته وعمارته وبإصلاحه واستغلاله وبيع غلاته وصرف ما اجتمع عنده فيما شرطه الواقف وفق شروطه المعبّرة شرعاً وما تقتضيه المصلحة.

107 سالم روضان الموسوي. أحكام التولية ومحاسبة المتولين على الوقف دراسة معززة بتطبيقات قضائية. مكتبة صباح بغداد. 2019. ص216.

108 د.عبد المجيد الحكيم. الموجز في شرح القانون المدني. الجزء الأول في مصادر الالتزام. مع المقارنة بالفقه الإسلامي. شركة الطبع والنشر الأهلية. بغداد. 1963. ص104.

109 د.عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1967، ص209.

دبي رقم (14) لسنة 2017 الناظر أميناً على الوقف، وجعلته مسؤولاً عما ينشأ عن تقصيره الجسيم أو تعديّه أو إهماله نحو الوقف وعوائده(110). وتنهض مسؤوليته وفقاً للقواعد العامة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي الاتحادي رقم (5) لسنة 1985 على أساس الإضرار، وبمقتضى المادة (282) منه، والتي نصّت على أنّ كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر). والإضرار هو مجاوزة الحدّ الواجب الوقوف عنده أو التقصير عن الحدّ الواجب الوصول إليه في الفعل أو الامتناع مما يترتب عليه الضرر(111). ويتسم الإضرار بطبيعته الموضوعية ولا يستند على أي أساس شخصي، فلا يقوم على أساس إدراك مرتكب الفعل الضار وتمييزه(112)، ويشتمل على الفعل السلبي كالتقصير أو عدم التحرز، وكذلك الفعل الإيجابي، كما يتراوح بين الفعل العمد ومجرد الإهمال(113). أما القانون المدني العراقي فقد أقام المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع في الأعمال الشخصية على أساس فكرة التعدي والتعمد(114)، وليس على أساس فكرة الخطأ، مستمداً أحكامها من الفقه الإسلامي مع بعض التحوير(115). والتعدي لا يقابل الخطأ بركنيه المادي والمعنوي، ولكنه يتمثل بركنه المادي فحسب(116)؛ إذ نصّت الفقرة الأولى من المادة (186) من القانون المدني العراقي على أنه: (إذا أتلّف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسببا يكون ضامنا إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدّى)، كما وضع قاعدة عامة تحكم المسؤولية المدنية الناجمة عن الفعل الضار بمقتضى المادة (204) منه، التي نصّت على أنّ (كل تعدّد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض). ويتشابه موقف القانون الإنكليزي مع موقف الفقه الإسلامي والقانون المقارن من

110 نصّت المادة الحادية والعشرين من قانون تنظيم الوقف والهيبة في إمارة دبي رقم 14 لسنة 2017 على أنه: يُعتبر الناظر أميناً على الوقف ومُتمثلاً له أمام الغير، ولا يُقبل قوله في الصرف على شؤون الوقف أو على الموقوف له إلا بسند عدا ما جرى العرف على عدم أخذ سند به، كما يكون الناظر مسؤولاً عما ينشأ عن تقصيره الجسيم أو تعديّه أو إهماله نحو الوقف وعوائده.

111 د. عدنان سرحان، المصادر غير الإرادية للالتزام للحق الشخصي - الفعل الضار - الفعل النافع - القانون - في قانون المعاملات المدنية الإماراتي وفقاً لأصوله من الفقه الإسلامي. دراسة معززة بأحدث توجهات القضاء الإماراتي. الطبعة الأولى. مطبعة الجامعة. الشارقة. 2010. ص 18.

112 د. فاروق الأباصيري، أحكام المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي. مكتبة الجامعة الشارقة. الطبعة الأولى. 2010. ص 18 ينظر أيضاً د. عدنان سرحان. مصدر سابق. ص 19

113 د. منحة محمد محمود عبد العال. نظرة تحليلية لأحكام المسؤولية عن الفعل الضار في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة. الطبعة الأولى. المركز القومي للإصدارات القانونية. 2010. ص 27.

114 د. جبار صابر طه، أساس المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع بين الخطأ والضرر، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الكتب القانونية، 2010، ص 383.

115 د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الأول في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، ط 2، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1963، ص 443.

116 د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، ط 1، منشورات جامعة جيهان الخاصة، أربيل، 2011، ص 680.

حيث التزام الأمين بالمحافظة على الأموال الموضوعة في الأمانة، فضلاً عن التزام ناظر الوقف أو متوليه بحفظ أعيان الوقف وعمارتها.

المطلب الثاني: الحقوق العينية للمستفيد والالتزامات الشخصية الواقعة على الأمين

أما الأثر الثاني المهم المترتب على الأمانة، فيتمثل بالأثر المزدوج الذي تفرضه على المال محل الأمانة، ويتمثل هذا الأثر، بعبارة أدق، في حق يقابله التزام؛ إذ يتمتع المستفيد من الأمانة بحقوق عينية (Property Rights) على أموال الأمانة، يقابله التزام شخصي (Personal Obligation) يفرض على الأمين بإدارة أموال الأمانة لمصلحة المستفيد. ويستند الأساس القانوني للأمانة على مجموعة من قواعد قانون الملكية (Property Law Rules) والالتزامات الشخصية، وقد علق القاضي للورد (Browne-Wilkinson) على مظاهر الملكية والحقوق العينية (Proprietary Aspects) التي تنتم بها الأمانة في حكم مجلس اللوردات الصادر في قضية (Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington London Borough Council. LBC.HL 1996). إنّه يشترط لنشوء الأمانة وجود مال قابل للتعين (Identifiable Trust Property)، فإذا لم تكن الأمانة قائمة فلا توجد هناك إلا دعوى شخصية (Personal Claim) لاسترداد المبالغ الشخصية (117). فإذا إتجهت نية واهب المال إلى إنشاء الأمانة دون أن تكون هناك أموال في وقت إنشائها، فلا سيبل حينئذٍ إلى إنشاء أمانة صحيحة (Valid Trust). فإذا ما نشأت الأمانة صحيحة نافذة، فإنّ أول ما يلتزم به الأمين هو القيام بتعيين أموال الأمانة وتعيين المستفيدين منها. ولا يتمتع الأمين بأية حقوق منفعة (Beneficial Interests) على أموال الأمانة، إلا إذا كان أحد أفراد فئة المستفيدين منها. وينبغي عليه أيضاً الالتزام ببودها. أما المستفيدون فيكتسبون حقوقاً عينية (Property Rights) على أموال الأمانة (118)، فإذا لم يوجد مستفيد من الأمانة، فإنّها تكون باطلة أيضاً. أما الطريقة التي ينبغي أن يتصرف فيها الأمين في أداء واجباته المبنية على الثقة (Fiduciary Duties) تجاه المستفيدين، فإنّها تتمّ بأدائه للالتزامات

117 لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني: <https://swarb.co.uk/westdeutsche-landesbank-girozentrale-v-islington-london-borough-council-hl-22-may-1996/>

118 كان قانون الأحكام العام Common law ينظر إلى حق المستفيد من الأمانة كحق شخصي، ولا يعده مالاً بل مجرد دائن والأمين هو المدين. ولكن الأمر اختلف بعد أن تدخلت مبادئ العدالة لضمان حقوقه، فقد صارت ملكية أموال الأمانة تعود إلى الأمين والمستفيد معاً. فملكية الأمين على أموال الأمانة هي ملكية قانون أما ملكية المستفيد فهي ملكية عدالة. وعلى هذا الأساس يلتزم الأمين وهو المالك القانوني بممارسة حقه في إدارة المال لمصلحة المستفيد، وهو المالك بحكم العدالة. وهناك بعض الآراء الفقهية التي انتهجت مذهباً وسطاً وعدت حق المنفع حقاً هجيناً، أو مزيجاً من حقين متكافئين، فهو ليس حقاً شخصياً خالصاً وليس عينياً خالصاً. لمزيد من التفصيل ينظر د. عبد السلام الترماني. مصدر سابق. ص 211.

الشخصية الإنصافية (Personal Obligation)، وتكون الالتزامات إنصافية؛ لأنّ قواعد الإنصاف هي التي تقرّر حقوق المستفيدين، وهي كما أشرنا حقوق عينية (Property Rights) على أموال الأمانة(119). أما السبب الذي يضيفي على الالتزامات، الطابع الشخصي أي أنّها تكون شخصية، فهو لضمان حقوق المستفيدين على أموال الأمانة وحمايتها، فلو كانت حقوق المستفيدين متصلة بأموال الأمانة، فإنّ ذلك يعني ضياع حقوق المستفيدين أو فقدانهم لحقوقهم، إذا فقدت أموال الأمانة أو هلكت أو تعرّضت للضياع، فلغرض حماية حقوق المستفيدين، يلتزم الأمانة بالتزامات شخصية تجاه المستفيدين لتعويضهم عن قيمة أموال الأمانة، في حالة ارتكابهم أي إخلال بالأمانة (Breach of Trust)؛ وبذلك يمكن تفسير معنى الالتزام الشخصي للأمانة، أي أنّه يكون مسؤولاً شخصياً عن أي فقد أو هلاك أو ضياع لأموال الأمانة. وبطبيعة الحال، فإنّ الحقّ العيني الذي يتمنّع به المستفيد على أموال الأمانة هو حقّ عيني أصلي (Right in Rem)، بشرط أن يكون متمتعاً بالمركز القانوني الصحيح للمستفيد من الأمانة(120)، ويكون الأمين ملتزماً التزاماً شخصياً تجاه المستفيد، فيتمنّع الأخير بحقّ شخصي (Right in Personam). وهذا يعني بأنّ الأمين يكون مسؤولاً عن دفع نوعين من التعويض للمستفيد، الأول: هو التعويض الذي يدفع على أساس قواعد قانون الأحكام العام (Common Law) نتيجة الإخلال بالعقد أو ارتكاب خطأ مدني (Tort)، والثاني: التعويض الإنصافي الذي يدفع على أساس الإخلال بالأمانة، أي الإخلال بالالتزامات المفروضة عليه لإدارة أموال الأمانة؛ لذا فإنّه ينبغي على المستفيد، إذا ما أراد إثبات حقوقه على الأمانة، أن يثبت مسألتين، الأولى: إثبات وضع الأموال في الأمانة لإثبات الحقّ العيني (Right in Rem) على أموال الأمانة. والثانية: إثبات إخلال الأمين بالأمانة لإثبات الحقّ الشخصي (Right in Personam) أي الحقّ في التعويض(121). ولأهمية نظام الأمانة في الحفاظ على أموال الأمين، فإنّه يمكن توضيحها بالمثال الآتي: لنفترض أنّ (A) أبرم عقداً مع (B) فرض بمقتضاه التزامات مبنية على الثقة (Fiduciary Obligations) على (B)، فإذا ما واجه (A) مخاطر نتيجة إمكانية تعرض (B) للإعسار (Insolvency) بسبب إخلاله بالتزاماته المبنية على الثقة، فقد لا يتمكن (A) من الحصول على أي تعويض نقدي إذا ما أعسر (B). وخلافاً لذلك لو (A) كان مستفيداً من أمانة، وكان (B) أميناً عليها، فإنّه بإمكان المستفيد (A) الحصول على تعويضات من أموال الأمانة،

119 Alastair Hudson. op. Cit . P.61.

120 Rojer J. Smith. Property Law: Cases and Materials. Fifth Edition. Pearson Education Limited. Essex England. 2012 .P.18.

121 Alastair Hudson. op. Cit. P.62.

نتيجة إخلال الأمين بالتزاماته، حتى وإن أعسر الأمين (B). وهكذا يتبين أنه من الأفضل للمستفيد استرداد أموال الأمانة التي ربما تكون قد ازدادت قيمتها، بدلاً عن إقامة الدعوى الشخصية على الأمين لاسترداد التعويض؛ وذلك لما ذكرنا سابقاً، أن الأمانة سواء أكانت صريحة كانت أم ضمنية تترتب عليها حقوق عينية (Property Rights) للمستفيد. أما إذا تعرضت قيمة أموال الأمانة للتناقص، فإنه يكون من المفضل للمستفيد، المطالبة بالتعويض النقدي (Monetary Compensation) المساوي لقيمة الخسارة في أموال الأمانة. ومن هذا المنطلق فقد ظهرت الفكرة القائلة بأن الأمانة ليست إلا شكلاً من أشكال الالتزامات الشخصية (Personal Obligations) المفروضة على عاتق الأمين، كما تُعدّ في نفس الوقت، مصدراً لإنشاء الحقوق العينية (Property Rights) للمستفيد. وإذا كان القانون الإنكليزي قد منح الأمين (Trustee) حق الملكية القانونية على أموال الأمانة، ورتب للمستفيد حقوقاً عينية عليها، من أبرزها حق الانتفاع أو المنفعة، فإن الفقه الإسلامي - كما رأينا سابقاً - لجأ إلى الوقف كوسيلة لحبس العين الموقوفة على حكم ملك الله تعالى، وصرف منفعتها على من أحب (122). فجوهر الوقف هو تملك المنفعة للموقوف عليه (123)، في مقابل حبس العين عن تملكها لأحد من الناس (124)، فالوقف سبب يزيل ملك الواقف، فينتقل الملك إلى الله تعالى، وهو إزالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القرية (125). ويذهب رأي من هذا الفقه الجليل بأن ملك الواقف لا يزول عنه؛ لأنه تصدق بالغلة، وهذا لا يستدعي زوال أصل الملك، فالمال الموقوف لا يخرج من ملك الواقف، ولا يدخل في ملك الموقوف عليه؛ لأنه لو دخل في ملك الأخير لنفذ بيعة كسائر أملاكه (126). وذهب رأي آخر من الفقه إلى جواز انتقال الملك في الموقوف إلى الموقوف عليه (127)، وحبسها على ملكه، ولكن لا يحق له التصرف فيه. أما في القانون المقارن فقد قضت الفقرة الثانية من المادة العاشرة من القانون الإماراتي الاتحادي رقم (5) لسنة 2018 بشأن الوقف، بانتقال ملكية الملك الموقوف وحيازته إلى الوقف؛ إذ نصت على أنه (يترتب على

122 زين الدين ابن نجيم الحنفي. البحر الرائق، ج.8. مصدر سابق. ص.202.

123 محمد أبو زهرة. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية. دار الفكر العربي القاهرة. 1969. ص.74.

124 د.وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته، الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتدرجها، وفهرسة ألفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية. الجزء الخامس. الطبعة الثانية. دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر. دمشق. 1985. ص.494.

125 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة. المغني. ج.8. مصدر سابق. ص.188.

126 كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن همام الحنفي. شرح فتح القدير. ج.6. مصدر سابق. ص.193 و195.

127 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة. المغني على الشرح الكبير. الجزء السادس. دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع. بدون سنة نشر. ص.189.

قيد الوقف في السجل ما يأتي: انتقال ملكية الموقوف وحيازته إلى الوقف، ولا يجوز التصرف فيه طيلة مدة الوقف بأي نوع من أنواع التصرفات الناقلة للملكية أو المقيدة للانتفاع بعوائده، كالبيع أو الرهن أو الهبة). كما أوردت الفقرة الفرعية الثانية من الفقرة (ب) من المادة (16) من قانون تنظيم الوقف والهبة في إمارة دبي رقم (14) لسنة 2017 نفس الحكم، وسمحت بانتقال ملكية الملك الموقوف وحيازته إلى الوقف الذي يكتسب الشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي والإداري، وحقّ التقاضي بهذه الصفة. ويمثل هذا الاتجاه، التصوير القانوني الحديث للوقف، وتُعدّ بمقتضاه الملكية الناشئة عن الوقف ملكية منفعة للمستحقين من جانب، وملكية رقبة للشخص المعنوي الذي ينشأ عن الوقف من جانب آخر (128). وقد تبنت الفقرة الأولى من المادة (256) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (43) لسنة 1971 اتجاهها سمحت فيه بتسجيل العقار الموقوف باسم الجهة الواقفة في دائرة التسجيل العقاري (129)، ونصت على أن (يسجل الوقف الوارد على حقّ الملكية العقارية المسجل بالاستناد إلى حجة شرعية أو حكم قضائي حائز درجة البتات وقابل للتنفيذ دون أخذ الإقرار وفق ما يلي: I- باسم الجهة الواقفة والموقوف عليها مع ذكر نوع الوقف وشروطه والمتولي، إن كان من الاوقاف الملحقة). أما الفقرة الأولى من المادة (277) من هذا القانون فقد أجازت بتسجيل العقار الموقوف باسم الجهة الموقوف عليها وبذلك تكون قد سمحت بانتقال ملكية الموقوف وحبسها على ملك الجهة الموقوف عليها، ولا يحقّ لها التصرف فيه (130)؛ إذ نصت على أنه (إذا وقع تصحيح الصنف عيناً أو نقداً على أرض موقوفة وفقاً غير صحيح، فإنّ تسجيل الأرض المصحح صنفها يتم على الوجه الآتي: I- وفقاً صحيحاً باسم الجهة التي أوقف عليها حقّ التصرف أو حقّ التصرف مع الرسوم والاعشار، إذا كان الوقف منصباً على حقّ التصرف أو حقّ التصرف مع الرسوم والاعشار). ويتشابه موقف القانون الإنكليزي مع موقف جانب من الفقه الإسلامي من حيث ترتيب الأمانة لحقوق عينية للمستفيد في القانون الإنكليزي الذي يقابله رأي في الفقه الإسلامي، يرى بأنّ ملك الواقف لا يزول عنه، ولا يخرج المال الموقوف من ملكه لأنّه تصدّق بالغلّة؛ وهذا لا يستدعي زوال أصل الملك. وفي هذا يختلف موقف القانون الإنكليزي عن موقف جانب آخر من الفقه الإسلامي الذي يرى بأنّ الوقف هو سبب يزيل ملك الواقف، فينتقل الملك إلى الله تعالى، أو يجوز انتقال الملك في الموقوف إلى الموقوف عليه. وهو بذلك يختلف أيضاً عن موقف القانون

128 محمد طه البشير ود. غني حسون طه. الحقوق العينية. الجزء الأول. الحقوق العينية الأصلية. وزارة التعليم العالي. بغداد. 1982، ص 26.

129 مصطفى مجيد. شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971. الجزء الثالث. العاتك لصناعة الكتاب القاهرة. 2008. ص 178.

130 محمد رافع يونس محمد. أركان الوقف وشروطه دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين العربية. بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدرها كلية الحقوق جامعة الموصل. المجلد 11. العدد 40. السنة 14. آذار 2009. ص 163.

المقارن الذي قضى بانتقال ملكية المال الموقوف إلى الوقف، كما قضى جانب آخر من القانون المقارن بانتقال ملكية الموقوف وحبسها على ملك الجهة الموقوف عليها.

المطلب الثالث: التزام مشتري العقار بالأمانة

منحت المادة الرابعة عشرة من تشريع الأمانات العقارية وتعيين الأمانة لعام 1996 (The Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996) of المحاكم الإنكليزية سلطة تقديرية واسعة للإشراف على أعمال ووظائف الأمانة، ولا سيما إذا تعلّق الأمر ببيع العقار (Sale of Land) (131)؛ إذ نصّت على أنّه (1) -يمكن لأيّ شخص يكون أميناً على عقار، أو له حقّ أو مصلحة في المال الخاضع للأمانة العقارية أن يتقدم بطلب للمحكمة، لتصدر له أمراً بمقتضى هذه المادة أو استناداً عليها. 2- وعند تقديم الطلب لاستصدار مثل هذا الأمر بمقتضى هذه المادة أو إستناداً عليها، فإنّه يمكن للمحكمة أن تصدر أمراً -يتعلق بممارسة الأمانة لأية وظيفة من وظائفهم (بما في ذلك الأمر الخاص بإعفائهم من أي التزام يفرض عليهم الحصول على موافقة أي شخص يكون على اتصال بممارستهم لأية وظيفة من وظائفهم، أو الحصول على مشورته)، أو ب- يعلن عن طبيعة ونطاق حقّ الشخص على المال الخاضع للأمانة العقارية وكما تراه المحكمة ملائماً. 3- وقد لا تصدر المحكمة بمقتضى هذه المادة أمراً يتعلق بتعيين أو تنصيب الأمانة أو عزلهم. 4- ويمكن ممارسة السلطات التي تمنحها المحكمة بمقتضى هذه المادة بناء على الطلب، سواء أجرى تقديمه قبل سريان القانون أم بعده (132). وقد كان السؤال المطروح على القضاء الإنكليزي ومنذ أمد بعيد هو: لماذا ينبغي النظر إلى حقوق المنفعة أو الانتفاع (Beneficial Rights) التي يتمنّع بها المستفيد كحقوق عينية تلزم الخلف (Successor) تجاه الأمين؟ للإجابة عن ذلك يرى المستشار (Chancellor) بأنّ المشتري الذي يكون عالماً بوجود الأمانة، فإنّه يكون ملتزماً بها، وبخلاف ذلك فإنّه يُعدّ مخالفاً بالتزامه، كما أنّ البيع غير المرخص به

131 Louise Tee. Land Law, Issues Debates, Policy. Routledge Taylor & Francis Group. London. 2014. P.148.

132 Section-14- 1 Any person who is a trustee of land or has an interest in property subject to a trust of land may make an application to the court for an order under this section. 2 On an application for an order under this section the court may make any such order—a relating to the exercise by the trustees of any of their functions including an order relieving them of any obligation to obtain the consent of, or to consult, any person in connection with the exercise of any of their functions, or b declaring the nature or extent of a person's interest in property subject to the trust, as the court thinks fit. 3The court may not under this section make any order as to the appointment or removal of trustees. 4The powers conferred on the court by this section are exercisable on an application whether it is made before or after the commencement of this Act.

(Unauthorized sale) يُعدّ إخلالاً من جانب الأمين بالأمانة، فالالتزام المشتري بالأمانة هو التزام تلميذ عليه قواعد الضمير (Conscience). وقد نشأ هذا الالتزام منذ مطلع القرن السادس عشر (133)، ثم جرى توسيع نطاق فئات الأشخاص الذين يلتزمون بالأمانة بعد ذلك، إلا أنّ وجود الإخطار (Notice) صار أمراً جوهرياً لالتزام فئة المشتريين (Class of Purchasers). ويُصنّف الإخطار إلى ثلاثة أنواع: الأول هو الإخطار الحقيقي أو الفعلي (Actual Notice)، والثاني هو الإخطار الحكمي (Constructive Notice)، أما الثالث فهو الإخطار الضمني (Imputed Notice). فبالنسبة إلى النوع الأول، فإنّه يُعدّ متحققاً إذا كان المشتري يعلم علم اليقين بوجود الأمانة، أما النوع الثاني فيتحقق حكماً أو افتراضياً، أي أنّ المشتري كان سيعلم بوجود الأمانة، فيما لو أُجريت التحريات أو التحقيقات المناسبة (Proper Investigations)، ويتحقق النوع الثالث إذا تمّ الإخطار عن طريق وكيل (Agent) كالمحامي التحضيري (Solicitor) الذي يكلف بإعداد أوراق الدعوى ومذكراتها والذي يختلف عن محامي المرافعة (Barrister). ثم وضعت قاعدة أخرى على قدر كبير من الأهمية في القرن العشرين مؤداها: أنّ كل شخص ينبغي أن يلتزم بالأمانة سوى المشتري الذي تؤلّ إليه الملكية القانونية من دون إخطار (Purchaser of a Legal Estate without Notice)؛ لأنّ الأساس القانوني لذلك يكمن في الملكية القانونية التي تستند على الحياة المكتسبة للملكية، وليس على عملية الشراء بحد ذاتها (Legal Estate Based upon Adverse Possession, Rather Than Purchase). فالشخص المتمتع بالملكية القانونية لا يحتاج إلى إخطار عادةً، ولا يصنّف ضمن أية فئة من الفئات التي تلتزم بالحقوق الإنصافية (Equitable Interests)، إلا أنه على الرغم من ذلك يمكن القول بأنّ من السهولة بمكان تفعيل هذا النوع من الحقوق ومنحها قوة النفاذ. إنّ الأساس القانوني لهذا التفعيل أو النفاذ يرجع إلى سلوك المشتري المنافي للضمير (Unconscionable Conduct of the Purchaser) الذي فسح المجال لظهور القاعدة القاضية بالزام أي شخص باستثناء المشتري المتمتع بالملكية القانونية من دون إخطار (Purchaser of a Legal Estate without Notice). ويرى أحد الفقهاء الإنكليز (134) بأنّ الحقوق الإنصافية (Equitable Interests) غالباً ما تتسم بالطابع الشخصي؛ لذا فإنّها لا تلزم المشتري تلقائياً كما هو الحال بالنسبة إلى الحقوق القانونية (Legal Interests)، وذلك لأنّ الآثار المترتبة على الحقوق الإنصافية تختلف عن الآثار المترتبة على الحقوق القانونية. وعلى هذا الأساس فإنّه يمكن

133 Rojer J. Smith. Property Law. op. Cit. P.31.

134 Rojer J. Smith. Property Law. ibid. P.32.

التوصل إلى إستنتاج مؤداه أنّ الحقوق الإنصافية غالباً ما تتفدّ في مواجهة الخلف الذي تؤول إليه الملكية (Successor in Title)، ومن هذا المنطلق فإنّه يمكن وصفها بالحقوق العينية (Proprietary Interests). وهناك سمة أخرى مختلفة للطبيعة الشخصية لحق المستفيد (Beneficiary's Interest) تكمن في طبيعة الجزاءات أو المعالجات (Remedies) المتاحة، ففي الوقت الذي يمكن فيه للمستشار (Chancellor) أن يتدخّل بإصدار أمر ضد شخص ما، فإنّه لا ينكر حقّ الملكية على الأمين (Ownership of the Trustee)، إلا أنّه بإمكانه إصدار الأمر للأمين باستعمال المال لمصلحة المستفيد (Beneficiary). ويتمتع المستفيد في ظل القانون الإنكليزي المعاصر بحقوق إنصافية على العقار (Equitable interests in the Land)(135)، تتمثل بحقوق عينية، ولا سيّما حقوق المنفعة أو الانتفاع، إلا أنّ كلّ ما كان يتمتّع به في السابق مجرد معالجات شخصية ضد الأمين (Personal Remedies against the Trustee)، ولا تعني الطبيعة الشخصية للمعالجات عدم تأثر المشتري، إلا أنّها تشير إلى الطبيعة القانونية للمعالجات فحسب. وهو ما يظهر بوضوح في الأحوال التي تفرض فيها الأمانة التقديرية (Discretionary Trust) أو المبنية على السلطة التقديرية (Discretionary Power) للأمين، والتي يكون من الصعوبة فيها تحديد الحقوق التي يتمتّع بها المستفيد التقديري (Discretionary Beneficiary)، أي الشخص الذي يتوقف تمتّعه بالحقوق على السلطة التقديرية للأمين(136). فعلى سبيل المثال يمكن للأمين أن يمارس سلطته التقديرية في بيع المنزل الموضوع في الأمانة للمحافظة عليه لمصلحة المستفيدين، إذا منحه بنود الأمانة (Terms of Trust) سلطة تقديرية في بيع المنزل، في حالة رغبة المستفيدين من الانتقال إلى مكان آخر. فإذا كان قد جرى بادية ذي بدء وضع المنزل الأصلي في الأمانة، فعند بيعه يتمّ وضع عائدات البيع مكانه في الأمانة، ثمّ يجري لاحقاً وضع المنزل الجديد الذي اشتراه الأمين في الأمانة بدلاً عن عائدات البيع وهكذا(137)، إلا أنّ من حسن الحظ في هذه المسألة هو عدم ضرورة التحديد الدقيق لطبيعة الحقوق التي يتمتّع بها المستفيد (The Nature of the Beneficiary's Rights). وهو ما قضت به المحكمة في حكمها الصادر في قضية (Baker v Archer-Shee:HL.1927) التي تلخص وقائعها(138) بإنشاء أمانة مبنية على وصية

135 Samantha Hepburn. op. Cit . P.76.

136 Samantha Hepburn. Ibid. P.91.

137 Alastair Hudson. op. Cit . P.50.

138 لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني: https://library.cronerico.uk/cch_uk/btc/11-749

(Will Trust) في الولايات المتحدة الأمريكية لمصلحة سيّدة مقيمة في المملكة المتحدة، وكانت المستفيدة الوحيدة من حقّ ملكية عقارية عمرية مدى حياتها فحسب (Beneficiary of a Life Estate, or the Sole Life Tenant). أمّا الأمين فكان مقيماً في الولايات المتحدة، وكانت أموال الأمانة (Trust Fund) التي في عهدة الأمين تتكون من أموال كائنة في البلاد الأجنبية (Foreign Property) قوامها سندات مالية (Securities) وأسهم وحصص (Stocks and shares)، وكان الأمين يتمتّع بمقتضى الأمانة بسلطات واسعة تمكّنه من بيع الأموال وإعادة إستثمارها. وقد اعتاد الأمين على دفع الربح الناتج عن أموال الأمانة إلى المستفيدة في أحد المصارف الكائنة في الولايات المتحدة الأمريكية، إلا أنّ نزاعاً ثار لاحقاً حول طبيعة أموال الأمانة التي تؤوّل إلى المستفيدة، وأنها أموال كائنة في بلاد أجنبية لا يحقّ للمستفيدة الحصول عليها، إلا إذا جرى تحويلها إلى المملكة المتحدة فقضت المحكمة في حكمها بأنّ الأموال التي يحقّ للمستفيدة الحصول عليها تتألف من سندات مالية وأسهم وحصص. كما أحوّلت المحكمة الملف الخاص بالقضية إلى مجموعة من المفوضين الخصوصيين (Special Commissioners) لبيان التوصيف القانوني الدقيق لتلك الأموال، وقرّر مجلس اللوردات بأغلبية 2/3 أحقية المستفيدة بالتمتع بأموال الأمانة وأرصدها (Trust Assets)، وقرّر أيضاً بأنّ الأمين هو مجرد وكيل (Agent) في نقل تلك الأموال وتسليمها. أمّا بالنسبة إلى موقف الفقه الإسلامي من مسألة بيع المال الموقوف، فقد تشدّد في هذه المسألة ولم يُجزّ بيعه، حتى وإن هلك أو صار خرباً، إلا في حالة واحدة، وهي إذا كان المال الموقوف عقاراً مجاوراً لمسجد أو طريق عام، فيجوز بيعه لغرض توسعة المسجد إذا ضاق بالمصلين، أو توسيع طريق المسلمين (139). وقد أجاز المذهب الحنفي استبدال الوقف عن طريق أخذ عين أخرى مكان العين؛ لكي لا تبقى الأعيان الموقوفة خربةً أو مهجورة (140). أمّا في القانون المقارن فقد أجازت الفقرة الأولى (ج) من المادة (24) من القانون الإماراتي الإتحادي رقم (5) لسنة 2018 بشأن الوقف، بيع الموقوف إذا خيف عليه من الهلاك، ولم تكن هناك جهة تتفق عليه؛ إذ نصّت على أنّه (يجوز للناظر بإذن الواقف أو بإذن من المحكمة المختصة، حسب الأحوال، القيام بما ياتي: بيع الوقف أو استبداله، بشرط ألا توجد جهة تتفق عليه، وخيف عليه من الهلاك أو تعطلت منافعه، وصار لا ينتفع به فيما حبس من أجله، ويتعين في هذه الحالة شراء أعيان جديدة بمال البديل تحل محل الأعيان المباعة أو المستبدلة، واستثمارها في وجه من وجوه الاستثمار الجائزة قانوناً، وصرف

139 محمد الخرشى أبو عبد الله - علي العدوي. شرح الخرشى على مختصر سيدي خليل. ج7. مصدر سابق. ص95.

140 د.محمد عبيد عبد الله الكبيسي. ج2. مصدر سابق. ص9.

غلاته في مصارف الوقف الأصلي). كما أجازت الفقرة (ز) من المادة (22) من قانون تنظيم الوقف والهبة في إمارة دبي رقم (14) لسنة 2017 بيع المال الموقوف إذا كان عقاراً تعرّض للهلاك أو الخراب، ولم يُعدّ من الممكن الإنتفاع به؛ إذ نصّت على أنّه (يجوز بيع الوقف إذا كان عقاراً واستبداله إذا خرب ولم يُعدّ صالحاً للإنتفاع به، على أن يُجعل ثمنه في مثله). وأجازت الفقرة (ح) من نفس المادة لناظر الوقف شراء أعيان جديدة بمال البديل تحلّ محل الأعيان المستبدلة وذلك بإذن من الواقف أو المحكمة المختصة، ونصّت على أنّه (يجوز لناظر بإذن من الواقف أو المحكمة المختصة شراء أعيان جديدة بمال البديل تحلّ محل الأعيان المُستبدلة أو استثمارها في وجه من وجوه الاستثمار الجائزة شرعاً، وصرف غلاته في مصارف الوقف الأصلي). أما القانون العراقي فقد خلا من أي نصّ يسمح ببيع الوقف؛ إذ أجازت المادة الحادية عشرة من قانون إدارة الأوقاف العراقي رقم (64) لسنة 1966 السالفة الذكر لمتولي الوقف، شراء الأملاك أو تعميمها أو ترميمها أو إنشاء المباني فحسب، إلا أنّ الفقرة الأولى من المادة السادسة من هذا القانون أجازت استبدال الموقوف الذي تحقّق المصلحة في استبداله بعقار، إذا كان ذلك أنفع للوقف؛ إذ نصّت على أنّ (للديوان وللمتولي استبدال الموقوف الذي تحقّق المصلحة في استبداله بعقار أو بنقد أيهما أنفع للوقف، ويتمّ ذلك بقرار من المجلس وموافقة مجلس الوزراء). وقد سارت محكمة التمييز الإتحادية في نفس الاتجاه وسمحت باستبدال الموقوف من دون حاجة إلى الحصول على حجة شرعية من المحكمة الشرعية(141).

ويختلف موقف القانون الإنكليزي عن موقف الفقه الإسلامي والقانون المقارن من حيث أنّه سمح بانتقال ملكية العقار الموضوع في الأمانة إلى المشتري مع التزامه بها، إذا كان عالمياً بوجود الأمانة علماً يقينياً، أو علماً حكماً أو افتراضياً بأنّه كان من المفروض أن يعلم بوجودها، ومدى إمكانية تطبيق هذه القاعدة على الوقف، والسماح ببيع العقار الموقوف حتى وإن لم يكن قد تعرض للخراب، خلافاً للفقه الإسلامي

141 حكم محكمة تمييز العراق الاتحادية رقم 1326/استبدال عقار موقوف/2009 في 4/16/2009 منشور على الموقع الإلكتروني لمجلس القضاء الأعلى <https://www.hjc.iq/qview.1180> , وجاء فيه لدى التدقيق والمداولة ظهر أنّ قرار محكمة المواد الشخصية في العمارة موضوع التفتيحات التمييزية التلقائية المرقم 2/مواد شخصية/2007 في 29/1/2009 غير صحيح ومخالف للقانون، لأن المحكمة وإن كانت المحكمة قد اتبعت قرار النقض التمييزي عدد 3049 هيئة مدنية عقار 2008 الصادر بتاريخ 2008/11/12 واطلعت على آخر صورة قيد للعقار، إلا أنّها لم تلاحظ أنّ قانون إدارة الأوقاف رقم 64 لسنة 1966 قد حدد بالمادة السادسة 1/ من الجهة المختصة باستبدال الموقوف دون حاجة إلى الحصول على حجة شرعية من المحكمة الشرعية بذلك وإنّ التعليمات رقم 1 لسنة 1970 المشار إليها بقرار النقض السابق عدد 687/مدنية عقار/2008 وتاريخ 2008/4/7 قد بينت على وجه التفصيل كيفية استبدال العقار للموقوف بعقار آخر أو بنقد أيهما أنفع، وإنّ الاستبدال يتمّ على قرار من المجلس وموافقة الرئيس الأعلى لديوان الأوقاف دون الحاجة إلى حجة شرعية من المحكمة المختصة مما يقتضي رد طلب حجة الإذن ببيع العقار الموقوف واستبداله بعقار. لذلك قرر نقض القرار موضوع الدعوى التمييزية التلقائية وإعادة الإضبارة إلى محكمتها للسبر فيها على ضوء ما تقدم على أن يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في 20/ربيع الثاني/1430 هـ الموافق 2009/4/16م.

والقانون المقارن الذي لم يجز بيع العقار الموقوف، إلا إذا تعرض للهلاك أو الخراب أو خيف عليه منهما. لا، بل أنّ جانباً آخر من الفقه الإسلامي تشدّد في مسألة بيع العقار الموقوف ولم يُجزه، حتى وإن هلك أو صار خرباً، إلا إذا كان مجاوراً لمسجد أو طريق عام، فأجاز بيعه لغرض توسعة المسجد إذا ضاق بالمصلين، أو لتوسيع طريق المسلمين. ونرجّح موقف القانون الإنكليزي على موقف الفقه الإسلامي والقانون المقارن، من حيث إمكانية بيع العقار الموضوع في الأمانة؛ لأنه اتسم بقدر أكبر من المرونة، عندما سمح بانتقال ملكية ذلك العقار إلى المشتري مع إنترامه بها، إذا كان عالمياً بوجود الأمانة علماً يقينياً، أو علماً حكماً أو افتراضياً بأن كان من المفروض أن يعلم بوجودها، في الوقت الذي تشدّد فيه الفقه الإسلامي والقانون المقارن في هذه المسألة، ولم يُجز بيعه، حتى وإن هلك أو صار خرباً، كما لم يُجز القانون المقارن بيعه، إلا إذا تعرّض للهلاك أو الخراب، أو خيف عليه منهما.

الخاتمة

- بعد الانتهاء من دراسة موضوع البحث في متن هذه الدراسة، فقد خصّصنا الخاتمة لبيان أهمّ النتائج التي توصلنا إليها فضلاً عن بعض التوصيات التي نراها ضرورية، كما يأتي:
- أولاً: النتائج: وقد توصلت الدراسة إلى النتائج الآتية:
1. تُعدّ الأمانة في القانون الإنكليزي نظاماً قانونياً إنصافياً، يستند على مبادئ العدالة والإنصاف، يتمتع بمقتضاها الأمين بمركز المالك القانوني للمال.
 2. وتُعرّف الأمانة في القانون الإنكليزي بأنها فرض التزام إنصافي على شخص يتمتع بمركز المالك القانوني للمال ويدعى بالأمين الذي يلتزم بالتصرف بحسن نية بالمال لمصلحة شخص آخر يدعى بالمستفيد الذي يتمتع بحق انتفاعي أو منفعة على ذلك المال بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف.
 3. ظهرت ثلاث نظريات لتحديد الأصل التاريخي لنظام الأمانة في القانون الإنكليزي: فبمقتضى النظرية الأولى فقد كانت الضرورات وراء ابتكار هذا النظام القانوني لحماية أموال المقاتلين الذين يغادرون إنكلترا ويغيبون عنها لبضع سنين لغرض المشاركة في الحملات الصليبية. والثانية فتعزو نشوء نظام الأمانة لمصلحة الرهبان الفرنسيين الذين قطعوا عهداً على أنفسهم بأن يحيوا حياة الفقر والزهد والتقشف والتبخل، ممّا يحول دون قدرتهم على امتلاك الأموال ولا سيما العقارية منها. أما النظرية الثالثة فتذهب إلى أنّ نظام الأمانة مستمدّ من نظام الوقف السائد في الفقه الإسلامي.
 4. تنشأ عن الأمانة في القانون الإنكليزي، علاقة ثلاثية الأطراف بين واهب المال أو مالكة والأمين والمستفيد: فهي تنشأ عندما يقوم المالك المطلق للمال الذي يعرف بواهب المال بنقل الملكية القانونية للمال إلى شخص يدعى بالأمين للمحافظة عليه أو حفظه في أمانة لمصلحة شخص آخر يعرف بالمستفيد.
 5. تُعدّ الأمانة حقاً من حقوق الملكية في القانون الإنكليزي، يلتزم بمقتضاها الأمين بإدارة الأموال لمصلحة المستفيد من عقار، يرصده المالك أو يخصّصه لمصلحته بعد وفاته، ولا تُعدّ عقداً، بل تنشأ بتصرف بالإرادة المنفردة من واهب المال، يتمثل بقيامه بإعلان الأمانة.
 6. اختلفت مذاهب الفقه الإسلامي في طبيعة الوقف بين التبرع والإسقاط الذي ينشأ بالإرادة المنفردة. أمّا اشتراط صدور القبول عن الموقوف عليه، فقد أجمع الفقهاء على اختلاف مذاهبهم على عدم اشتراط القبول، إذا كان الموقوف عليه غير معين. أمّا إذا كان الموقوف عليه معيناً، فقد كان لمذاهب الفقه الإسلامي في ذلك تفصيل ذكرناه في متن الدراسة.

7. عدّ قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985، والقانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 الوقف حقاً من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية.
8. تترتب على الأمانة في القانون الإنكليزي ثلاثة آثار جوهرية، وهي: فرض الأمانة التزام إنصافي يمليه الضمير على عاتق الأمين، وترتيبها لحقوق عينية للمستفيد والتزامات شخصية على عاتق الأمين الذي تنتقل إليه الملكية القانونية التامة والمطلقة للمال، والتزام مشتري العقار الموضوع في الأمانة بها.
9. عرّف القانون الإنكليزي فكرة الأمانة التقديرية التي يتمنّع بمقتضاها الأمين بسلطة تقديرية تمكّنه من بيع العقار الموضوع في الأمانة، متى ما رأى في ذلك مصلحة أو أنّ الظروف تضطرّه إلى ذلك، أو عندما يكون من الصعوبة تحديد حقوق المستفيد، فيتمنّع الأمين بسلطة تقديرية في تحديد الحقوق التي يتمتع بها المستفيد التقديري.
10. في الوقت الذي سمح فيه القانون الإنكليزي بانتقال الملكية القانونية التامة والمطلقة للعقار الموضوع في الأمانة إلى الأمين، في مقابل تمتع المستفيد بحقوق المنفعة أو الانتفاع المترتبة على الأمانة، فقد ذهب الفقه الإسلامي إلى ثلاثة اتجاهات فيما يتعلق بأبلولة ملكية المال الموقوف: الأول حبس العين الموقوفة على حكم ملك الله تعالى، وصرف منفعتها للجهة الموقوف عليها. والثاني بقاؤها في ملك الواقف؛ لأنّ الوقف تصدّق بالغلّة، فلا يستوجب زوال ملك الواقف عنه. والثالث انتقال الملك في الموقوف إلى الموقوف عليه، وحبسها على ملكه، ولكن لا يحقّ له التصرف فيه.
11. سمحت الفقرة الثانية من المادة العاشرة من القانون الإماراتي الإتحادي رقم (5) لسنة 2018 بشأن الوقف، وكذلك الفقرة الفرعية الثانية من الفقرة (ب) من المادة (16) من قانون تنظيم الوقف والهبة في إمارة دبي رقم (14) لسنة 2017، بانتقال ملكية الملك الموقوف وحيازته إلى الوقف الذي يكتسب الشخصية الاعتبارية. أما قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (43) لسنة 1971، فقد سمح بتسجيل العقار الموقوف تارةً باسم الجهة الواقفة، وتارةً أخرى باسم الجهة الموقوف عليها.
12. كما تبين لنا من دراسة موضوع البحث، وجود قصور اعترى موقف القانونين الإماراتي والعراقي في عدم إجازة بيع العقار الموقوف، إلا إذا خيف عليه من الهلاك أو تعطلت منافعه، بمقتضى الفقرة الأولى (ج) من المادة (24) من القانون الإماراتي الإتحادي رقم (5) لسنة 2018 بشأن الوقف، أو في حالة خرابه وعدم إمكانية الانتفاع به، بمقتضى الفقرة (ز) من المادة (22) من قانون تنظيم الوقف والهبة في إمارة دبي رقم (14) لسنة 2017، فضلاً عن قانون إدارة الأوقاف العراقي رقم (64) لسنة 1966 الذي جاء خالياً من أي نصّ بهذا الشأن، في الوقت الذي اتسم فيه القانون الإنكليزي بقدر أكبر من المرونة،

عندما سمح بانتقال ملكية العقار الموضوع في الأمانة إلى المشتري مع التزامه بها إذا كان عالمياً بوجود الأمانة علماً يقينياً، أو علماً حكماً أو افتراضياً بأن كان من المفروض أن يعلم بوجودها. ثانياً: التوصيات: بعد الانتهاء من عرض النتائج التي توصلت إليها الدراسة، فإننا نقترح التوصيات الآتية:

1. نصي المشرعين الإماراتي والعراقي بتبني فكرة السماح ببيع العقار الموضوع في الأمانة المعروفة في القانون الإنكليزي؛ لما تتسم به من مرونة في تداول العقارات، وتطبيقها على الوقف وإلزام مشتري العقار بها، إذا كان عالمياً بوجود الوقف علماً يقينياً، أو علماً حكماً أو افتراضياً بأن كان من المفروض أن يعلم بوجوده، وإلزام مشتريه بالتقيد بحبس العين إلى حين انتهاء مدة الوقف، أو تحقق الغرض المحدد منه، أو رجوع الواقف عنه. وعليه، فإننا نقترح النص الآتي: (تنتقل ملكية العقار المبيع الموقوف إلى المشتري، إذا كان عالمياً بوجود الوقف علماً يقينياً، أو علماً حكماً أو افتراضياً بأن كان من المفروض أن يعلم بوجوده، ويلتزم بالتقيد ببنود الوقف، وبما يضمن ديمومة انتفاع الجهة الموقوف لها بمنافع العقار الموقوف، إلى حين انتهاء مدة الوقف، أو تحقق الغرض المحدد منه، أو رجوع الواقف عنه).

2. ونقترح على المشرعين الإماراتي والعراقي، تبني فكرة الأمانة التقديرية السائدة في القانون الإنكليزي، وتطبيقها على الوقف؛ لمنح ناظر الوقف أو متوليه سلطة تقديرية واسعة تمكنه من بيع العقار، متى ما رأى أن في ذلك مصلحة أو أن الظروف تضطره إلى ذلك، أو عندما يكون من الصعوبة تحديد الحقوق التي يتمتع بها المستفيد، فيتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تحديد الحقوق التي يتمتع بها المستفيد. وعليه، فإننا نقترح النص الآتي: (يتمتع ناظر الوقف أو متوليه بسلطة تقديرية واسعة تمكنه من بيع العقار، إذا كان في ذلك مصلحة للجهة الموقوف عليها، أو اضطرته الظروف إلى ذلك، ومن تحديد الحقوق والمنافع التي تتمتع بها تلك الجهة، في الأحوال التي يكون من الصعوبة تحديدها).

المصادر

أولاً: المصادر باللغة العربية.

أ. كتب الفقه الإسلامي

1. إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي أبو إسحاق. المهذب في فقه الإمام الشافعي. الجزء الثالث، المعاملات المالية والسبق وإحياء الموات والوقف والهيئات والوصايا. الطبعة الأولى. دار القلم. دمشق. 1996.
2. أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي. كنز الدقائق في الفقه الحنفي. دار البشائر الإسلامية. بيروت لبنان. 2011.
3. أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي. البهجة في شرح التحفة. الجزء الثاني. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية بيروت. لبنان. 1998.
4. أبو بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. أحكام الأوقاف. مكتبة الثقافة الدينية القاهرة. بدون سنة نشر.
5. حسام المعاني النعمان الثاني برهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر ابن الشيخ علي الطرابلسي الحنفي. الإسعاف في أحكام الأوقاف. دار الرائد العربي بيروت لبنان. 1981.
6. زين الدين ابن نجيم الحنفي. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ومعه الحواشي المسماة منحة الخالق على البحر الرائق. الجزء الثامن. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية بيروت. لبنان. 1997.
7. شمس الدين السرخسي. المبسوط. الجزء الثاني عشر. دار المعرفة بيروت. 1989.
8. شمس الدين بن محمد الخطيب الشربيني. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. الجزء الثالث. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. 2000.
9. شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه. الجزء الخامس. الطبعة الثالثة. دار الكتب العلمية. بيروت. 2003.
10. شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه. الجزء الخامس. دار الكتب العلمية بيروت. 2003.
11. شمس الدين محمد عرفة الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لأبي البركات أحمد الدردير. الجزء الرابع. دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه. دون سنة نشر.

12. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. الجزء الثامن. الطبعة الثانية. دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. 2003.
13. علي بن أبي بكر المرغيناني برهان الدين أبو الحسن. الهداية شرح بداية المبتدئ مع شرح العلامة عبد الحي اللكنوي. الجزء الرابع. الطبعة الأولى. إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - باكستان. 1417 هـ.
14. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وبهامشه حاشية الشلبي. الجزء الثالث. الطبعة الأولى. المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق مصر. 1314 هـ.
15. كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بإبن همام الحنفي. شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدئ. الجزء السادس. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية بيروت لبنان. 2002.
16. محمد أبو زهرة. محاضرات في الوقف. دار الفكر العربي القاهرة. 1972.
17. محمد الخرخشي أبو عبد الله - علي العدوي. شرح الخرخشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي. الجزء السابع. الطبعة الثانية. المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر. 1317 هـ.
18. محمد أمين بن عمر عابدين الشهير بإبن عابدين. رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار. الجزء السادس. طبعة خاصة. دار عالم الكتب. الرياض. 2003.
19. محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي. القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية. الطبعة الأولى. دار إبن حزم. بيروت لبنان. 2013.
20. محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني. سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام. الجزء الثالث. الطبعة الأولى. مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض. 2006.
21. محمد بن علي بن محمد الشوكاني. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار. بيت الأفكار الدولية. لبنان. 2004.
22. د. محمد عبيد عبد الله الكبيسي. أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية. الجزء الأول. مطبعة الإرشاد بغداد. 1977.
23. مصطفى أحمد الزرقا. أحكام الأوقاف. الطبعة الأولى. دار عمار عمان الأردن. 1997.
24. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي. شرح منتهى الإرادات دقائق أولي النهى لشرح المنتهى. الجزء الرابع. مؤسسة الرسالة ناشرون. 2000.
25. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة. المغني على الشرح الكبير. الجزء السادس. دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع. بدون سنة نشر.

26. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة. المغني. الجزء الثامن. الطبعة الثالثة. دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع. الرياض. 1997.
27. د. وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته، الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها، وفهرسة ألفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية. الجزء الخامس. الطبعة الثانية. دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر. دمشق. 1985.
- ب. الكتب القانونية.
1. د. جبار صابر طه، أساس المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع بين الخطأ والضرر، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الكتب القانونية، 2010.
2. د. حسان عبد الغني الخطيب، القانون العام، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.
3. د. حقي إسماعيل النداوي. الوقف في الشريعة والقانون. منشورات زين الحقوقية بيروت لبنان. 2016.
4. د. درع حماد عبد. الحقوق العينية الأصلية. حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها. دار السنهوري. بيروت. 2018.
5. سالم روضان الموسوي. أحكام التولية ومحاسبة المتولين على الوقف دراسة معززة بتطبيقات قضائية. مكتبة صباح بغداد. 2019.
6. د. طارق كاظم عجيل. الحقوق العينية الأصلية. الجزء الأول. حق الملكية. دار السنهوري. بيروت. 2019.
7. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثامن. حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية. منشأة المعارف بالإسكندرية. 2004.
8. د. عبد السلام الترماني. القانون المقارن المناهج القانونية الكبرى المعاصرة. مطبوعات جامعة الكويت. الطبعة الثانية. 1982.
9. د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1967.
10. د. عبد المجيد الحكيم. الموجز في شرح القانون المدني. الجزء الأول في مصادر الالتزام. مع المقارنة بالفقه الإسلامي. شركة الطبع والنشر الأهلية. بغداد. 1963.

11. د. عدنان سرحان، المصادر غير الإرادية للالتزام (الحق الشخصي) - الفعل الضار - الفعل النافع - القانون - في قانون المعاملات المدنية الإماراتي وفقاً لأصوله من الفقه الإسلامي. دراسة معززة بأحدث توجهات القضاء الإماراتي. الطبعة الأولى. مطبعة الجامعة. الشارقة. 2010.
12. د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، ج1، مصادر الالتزام، الذاكرة للنشر والتوزيع، 2011.
13. د. علي هادي العبيدي. الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية دراسة مقارنة. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن. 1999.
14. د. فاروق الأباصيري. أحكام المسؤولية التصيرية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي. مكتبة الجامعة الشارقة. الطبعة الأولى. 2010.
15. محمد طه البشير ود. غني حسون طه. الحقوق العينية. الجزء الأول. الحقوق العينية الأصلية. بغداد. 1982.
16. د. مجيد حميد العنكي. المدخل إلى دراسة النظام القانوني الإنكليزي. وزارة العدل الدائرة القانونية. بغداد. 1990.
17. د. مدحت محمد محمود عبد العال. نظرة تحليلية لأحكام المسؤولية عن الفعل الضار في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة. الطبعة الأولى. المركز القومي للإصدارات القانونية. 2010.
18. مصطفى مجيد. شرح قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971. الجزء الثالث. دار العاتك القاهرة. 2008.
19. د. وهبة الزحيلي. العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني. دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر دمشق. الطبعة الأولى. 1987.
- ج- مجموعات أحكام القضاء.
1. مجلة التشريع والقضاء. السنة السابعة. العدد الأول (كانون الثاني-حزيران) 2015.
2. مجموعة الأحكام العدلية التي تصدرها وزارة العدل. بغداد. السنة الثامنة. العدد الثاني. 1977.
- د- البحوث.
- 1- سعيد سليمان العقيد وحسن محمد الرفاعي. الإستثمار الوقفي في التطبيق المعاصر. وقف متابعي الخط المباشر بإمارة الشارقة. نموذجاً. بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات
- مجلة العلوم القانونية - العدد الثاني عشر - يوليو 2020

الإسلامية. ربيع الثاني 1404 هـ، ديسمبر 2018 م. المجلد الخامس عشر. العدد الثاني. جامعة الشارقة

2- قتيبة كريم سلطان. متولي الوقف بين الشريعة والقانون. بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية. المجلد الأول. العدد-26-2011.

3- محمد رافع يونس محمد. أركان الوقف وشروطه دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين العربية. بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق جامعة الموصل. المجلد 11. العدد 40. السنة 14. آذار 2009.

هـ- القوانين.

1. القانون الإماراتي الإتحادي رقم (5) لسنة 2018 بشأن الوقف.
2. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
3. قانون إدارة الأوقاف العراقي رقم (64) لسنة 1966.
4. قانون المعاملات المدنية الإماراتي الإتحادي رقم (5) لسنة 1985.
5. قانون تنظيم الوقف والهيئة في إمارة دبي رقم (14) لسنة 2017.
6. قانون الوقف في إمارة الشارقة رقم (8) لسنة 2018.
7. مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (1) لسنة 1955 المعدل بالقانون رقم (41) لسنة 2009.
8. نظام المتولين رقم (46) لسنة 1970.

ثانياً: المصادر باللغة الإنكليزية.

First: Books.

1. Alastair Hudson. Equity and Trusts. Sixth Edition. Routledge. Cavendish. Taylor & Francis Group. London and New York. 2010.
2. Alison Clarke & Paul Kohler. Property Law, Commentary and Materials. First Edition. Cambridge University Press. 2005.
3. Barbara Bogusz and Rojer Saxton. Land Law text Cases and Materials. Fourth Edition. Oxford University Press. 2015.
4. Barlow Burke and Joseph Snoe. Property .Fifth Edition. Wolters Kluwer. New York. 2016.

5. Cathy J. Okrent. Torts and personal injury law, Fifth Edition, DELMAR, 2015.
6. Chris Davies. Property Law Guidebook. Second Edition. Oxford University Press. 2015.
7. Daniel F. Hinkel. Essentials of Practical Real Estate Law. Sixth Edition. CENGAGE Learning. 2016.
8. Douglas Wood, Paul Chynoweth, Julie Adshead & Jim Mason. Law and the Built Environment .Second Edition. WILEY-BLACKWELL. West Sussex. 2011.
9. E. H Burn and J. Cartwright. Cheshire and Burn's Modern law of Real Property. Seventeenth Edition. Oxford University Press. 2006.
10. Elizabeth Cooke. Modern Studies in Property Law. Volume 4. HART Publishing. 2007.
11. James Karp & Elliot Klayman. Real Estate Law. Fifth Edition. Dearborn Financial Publishing Inc. 2003.
12. John Cartwright, Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer, Second Edition, Hart Publishing Ltd, 2013.
13. Kevin Gray and Susan Francis Gray. Elements of Land Law. Fifth Edition. Oxford University Press. 2009.
14. Louise Tee. Land Law, Issues Debates, Policy. Routledge. London. 2014.
15. Richard Card, John Murdoch, Sandi Murdoch. Real Estate Management Law. Seventh Edition. Oxford University Press. 2011.
16. Rojer J. Smith. Property Law. Eighth Edition. PEARSON. London. 2014.
17. Rojer J. Smith. Property Law: Cases and Materials. Fifth Edition. Pearson Education Limited. Essex England. 2012.

18. Samantha Hepburn. Principles Of Property Law. Second Edition. Cavendish Publishing. London. 2001.

Second: Laws

-The Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996.

Third: Internet websites

1- <https://swarb.co.uk/westdeutsche-landesbank-girozentrale-v-islington-london-borough-council-hl-22-may-1996/>

2- https://library.cronerico.uk/cch_uk/btc/11-tc-749

3- <https://www.hjc.iq/qview.1180/>

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة
وفق التشريعات العقارية لإمارة دبي
دراسة مقارنة

د. مجدي حسن خليل
أستاذ القانون المدني المشارك
كلية القانون - جامعة عجمان

**Special legal guarantees for property buyers on the map
According to the real estate legislation of the Emirate of Dubai
Comparative study**

**Dr. Magdy Hassan Khalil
Associate Professor of Civil Law
Faculty of Law, University of Ajman, United Arab Emirates**

ملخص البحث

يتناول البحث دراسة معمقة لموضوع "الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة وفق التشريعات العقارية لإمارة دبي - دراسة مقارنة"، كآلية مستحدثة للتعاقد في السوق العقاري. وقد تم تقسيم البحث إلى مقدمة وثلاث مباحث وخاتمة. أما المقدمة فقد تناولت بالبيان معنى التطوير العقاري، وأطرافه، وأهمية البحث، وإشكاليته، ومنهجيته، وخطته. وجاء المبحث الأول ليتناول ماهية بيع العقار على الخارطة من حيث مفهومه وتكييفه. وجاء المبحث الثاني ليعرض الضمانات القانونية الوقائية لمشتري العقار على الخارطة في مرحلة ما قبل إنجاز الوحدة العقارية. ثم جاء المبحث الثالث ليعرض الضمانات القانونية العلاجية لمشتري العقار على الخارطة في مرحلة ما بعد إنجاز الوحدة العقارية أو حتى في حالة عدم إنجازها كلياً أو جزئياً. ثم جاءت الخاتمة بتوصيات البحث.

Research Summary

The research deals with an in-depth study of the topic of "the legal guarantees of property buyers on the map according to the real estate legislation of the Emirate of Dubai – a comparative study", as a new mechanism for contracting in the real estate market. The research has been divided into an introduction, three topics, and a conclusion. As for the introduction, it addressed the statement the meaning of real estate development, its parties, the importance of research, its problem, methodology and plan. The first topic came to address the sale of real estate on the map in terms of its concept and its adaptation. The second topic came to present the preventive legal guarantees for the property buyer on the map in the stage before the completion of the real estate unit. Then the third topic came to offer remedial legal guarantees for the property buyer on the map in the post-completion phase of the real estate unit, or even if it was not completed in whole or in part. Then the conclusion came with research recommendations.

مقدمة

مما لا شك فيه أن إجازة قانون المعاملات المدنية الإماراتي إبرام عقود المعاوضات التي ترد على الشيء المستقبل طالما انتفى عنها الغرر⁽¹⁾، قد وفر للمتعاملين في مجال البيوع العقارية (بائعون - مستهلكون) مظلة شرعية تحمي معاملاتهم إذا ما وردت على عقار مستقبل أو ما اصطلح على تسميته "العقار تحت الإنشاء" أو "العقار على الخارطة" أو "العقار في طور الإنجاز" أو "العقار على التصاميم".

ويعتبر بيع العقار على الخارطة إحدى الآليات المستحدثة التي يستخدمها المطور العقاري لتمويل مشروعاته، ويقصد به بيع عقار قبل الشروع في إنشائه أو قبل اكتمال إنشائه، حيث يلتزم البائع فيه بنقل ملكية العقار للمشتري - بعد تمام إنشائه - في الأجل المتفق عليه، وبالمواصفات المحددة، مقابل التزام المشتري بسداد ثمن العقار خلال مدة تشييده على هينات دفعات مخصصة من ثمنه وفق مستوى التقدم في أعمال إنشاء الوحدة العقارية. وهكذا يحقق بيع العقار على الخارطة مصلحة كل من طرفيه (المطور العقاري - مشتري العقار) فيستطيع البائع (المطور العقاري) تمويل اقتصاديات مشروعه العقاري من خلال هذه الدفعات المالية التي يسدها المشتري، وفي ذات الوقت يجد المستهلك العقاري (مشتري العقار على الخارطة) في هذه الآلية وسيلة ناجعة يتغلب بها على قصور قدراته المالية عن سداد ثمن الوحدة العقارية دفعة واحدة، حيث يكون دفع ثمن الوحدة على أقساط متتابعة وفق مستوى التقدم في أعمال إنشائها.

ولبيع العقار على الخارطة قصة ترجع أصولها لفكرة التطوير العقاري كنظام قانوني، ويقصد بالتطوير العقاري "مشاريع تشييد البنايات المتعددة الطوابق أو المجمعات للأغراض السكنية أو التجارية"⁽²⁾. فبعد أن كان المسرح العقاري يشمل المالك من ناحية والمهندس أو المقاول من ناحية أخرى، اتسع المسرح العقاري لشخصية جديدة تسهم إلى حد كبير في مجال التنمية العقارية، وهي شخصية المطور العقاري أو القائم بعمليات التطوير العقاري، والذي عرفه المشرع المحلي لإمارة دبي بأنه "الشخص الطبيعي أو المعنوي المرخص له بمزاولة نشاط شراء وبيع العقارات بغرض تطويرها ويشمل المطور الرئيسي أو الفرعي"⁽³⁾. بينما عرف ذات المشرع المطور

¹ تنص المادة 1/202 معاملات مدنية إتحادي إماراتي على أنه 'يجوز أن يكون محلاً للمعاوضات المالية الشيء المستقبل إذا انتفى الغرر'

² المادة 2 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم (8) لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

³ المادة 2 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم (8) لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

الرئيسي بأنه "كل من يرخص لممارسة أعمال تطوير العقارات في الإمارة وبيع وحداتها للغير"، كما عرف المطور الفرعي بأنه "كل من يطور جزءاً من مشروع عقاري عائد لمطور رئيسي بموجب اتفاق بينهما"⁽⁴⁾ فال تطوير العقاري هو سلسلة من العمليات المتعاقبة تبدأ بتحديد المطور العقاري للأرض التي سيقم عليها مشروعه⁽⁵⁾ (إما بشراء المطور الأرض من مالكها، إما بدخوله في شراكة مع مالك الأرض (فرداً كان أو شخصاً معنوياً) بحيث يساهم المطور العقاري بعمليات التشييد ويساهم مالك الأرض بملكيتها للأرض، ويتفق الشريكان على حصول كل منهما على نسبة من وحدات المشروع العقاري للتصرف فيها بمعرفته ولحسابه). ويعقب هذه المرحلة مرحلة وضع التصاميم التي يتم التشييد وفقاً لها توطئة للحصول على التراخيص اللازمة⁽⁶⁾، ثم تأتي مرحلة تمويل المشروع العقاري، وهو يتحقق: إما بقرض بنكي، وإما بمشاركة الغير عن طريق السماح له بامتلاك أسهم في المشروع العقاري، وإما عن طريق بيع الوحدات العقارية للمشروع على الخارطة وقبل اكتمال إنشائها والتحصل على دفعات من أثمان هذه الوحدات خلال عمليات التشييد. ثم تأتي مرحلة تشييد المشروع العقاري، وهي تنقسم لمرحلتين متعاقبتين: أولهما تجهيز البنية الأساسية للأرض التي سيقام عليها المشروع بما يستلزمه ذلك من توصيل تمديدات عمومية لشبكات المياه والكهرباء والصرف الصحي، وثانيهما تشييد الوحدات العقارية بما يستلزمه ذلك من أعمال الخرسانة والبناء والتشطيب. يلي ذلك مرحلة التسويق العقاري التي هي مزيج من التوازن بين رغبات المستهلكين في المجال العقاري وبين مستويات إنجاز الوحدات العقارية في المشروع، بما يمكن المطور من تسويق هذه الوحدات بما يلي حاجات هؤلاء المستهلكين، وفي الأجل وبالتمن المناسبين اللذين يحققان هامش ربح مناسب للمطور العقاري. ثم تأتي مرحلة الترويج من خلال الإعلان عن بيع وتأجير الوحدات العقارية للمستهلكين من خلال الإعلانات والمنشورات والعروض التسويقية.

⁴ المادة 2 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم (9) لسنة 2009 بتعديل بعض أحكام القانون رقم (13) لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

⁵ تنص المادة 4 من القانون رقم (13) لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي على أنه "لا يجوز للمطور الرئيسي أو الفرعي البدء في تنفيذ المشروع أو بيع وحداته على الخارطة قبل استلام الأرض التي سيقام عليها المشروع..".

⁶ تنص المادة 4 من القانون رقم (13) لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي على أنه "لا يجوز للمطور الرئيسي أو الفرعي البدء في تنفيذ المشروع أو بيع وحداته على الخارطة قبل استلام الأرض التي سيقام عليها المشروع، والحصول على الموافقات اللازمة من الجهات المختصة بالإمارة....".

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

ومن بين أدوات تمويل مشروعات التطوير العقاري سنركز في بحثنا هذا على آلية بيع الوحدات العقارية على الخارطة، وسنستعرض من خلال هذه الآلية الضمانات القانونية الخاصة لمشتري هذه الوحدات العقارية. ومن ثم فلن نتعرض للضمانات القانونية التي قررتها القواعد العامة كضمان البائع (المطور العقاري) للتعرض سواء كان تعرضاً شخصياً أو تعرضاً من الغير، ولا ضمان العيوب الخفية، ولا الضمان العشري عن تدهم البناء وعبويه⁽⁷⁾، ولا ضمان تسليم المبيع المطابق، مكتفين بشأن هذه الضمانات العامة بما كتب فيها من أبحاث ومؤلفات عامة. وسنقصر تناولنا على ما قرره التشريعات العقارية لإمارة دبي من ضمانات خاصة للمشتري لضمان حقوقه الناشئة عن عقد بيع العقار على الخارطة.

ورغم تعدد المصطلحات التي أطلقت على هذا الصنف من البيوع، فقد استخدم المشرع الإماراتي المحلي في إمارة دبي في مجمل تشريعاته العقارية مصطلح محدد هو (بيع العقار على الخارطة)⁽⁸⁾ دون المصطلحات المرادفة الأخرى⁽⁹⁾، وعرفه بأنه "بيع الوحدات العقارية المفروزة على الخارطة، أو التي تكون في طور الإنشاء، أو التي لم يكتمل إنشاؤها"⁽¹⁰⁾.

⁷ حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، شرح قانون المعاملات المدنية الإماراتي - العقود المسماة - عقد المقاوله، دار النهضة العربية بمصر ودار النهضة العلمية بالإمارات، 2020، ص 272 وما بعدها.

⁸ القانون رقم (19) لسنة 2017 والقانون رقم (9) لسنة 2009 المُعدَّان لبعض أحكام القانون رقم (13) لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي، القانون رقم (8) لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي، أما المشرع المحلي لإمارة أبو ظبي فقد استخدم مصطلح "البيع على المخطط" حسبما ورد في المادة 1 في القانون رقم 3 لسنة 2015 في شأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي. كذلك اتبع المنظم السعودي نفس التسمية (بيع أو تأجير وحدات عقارية على الخارطة) راجع قرار مجلس الوزراء السعودي رقم (1-220) بتاريخ 9-3-1439هـ الموافق 27-11-2017م بناءً على الضوابط المتعلقة ببيع أو تأجير وحدات عقارية على الخارطة الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (536) وتاريخ 4-12-1437هـ. ويقترب مما سبق المشرع البحريني الذي استخدم مصطلح "بيع العقار على الخريطة" بموجب القانون رقم 27 لسنة 2017 في شأن تنظيم القطاع العقاري المنشور في الجريدة الرسمية رقم 3325 بتاريخ 3 أغسطس 2017.

⁹ استخدم المشرع الجزائري مصطلح بيع العقار على التصاميم راجع القانون الجزائري رقم (4) لسنة 2011 بشأن قواعد تنظيم نشاط الترقية العقارية المنشور بالجريدة الرسمية عدد 14 والصادرة في 6 مارس 2011، بينما استخدم المشرع المغربي مصطلح بيع العقار في طور الإنجاز راجع الظهير الشريف رقم 1.02.309 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 44.00 المتمم بموجبه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون للالتزامات والعقود المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 7/11/2002 الصفحة 3183. أما المشرع الفرنسي فقد أسماه بيع العقار تحت الإنشاء راجع المادة 1-261 من قانون البناء والسكن code de la construction et de l'habitation المعدل بموجب القانون رقم 872 لسنة 2006 حيث ورد مصطلح (La vente d'immeuble à construire).

¹⁰ المادة 2 من القانون رقم (9) لسنة 2009 بتعديل بعض أحكام القانون رقم (13) لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي. وكان القانون رقم (13) لسنة 2008 قبل تعديله يُعرّف البيع على الخارطة بأنه "بيع الوحدات العقارية المفروزة على الخارطة، أو التي تكون في طور الإنشاء، أو التي لم يكتمل إنشاؤها". ومن ثم ينحصر التعديل في تعريف بيع العقار على الخارطة في كل من القانونين: رقم (13) لسنة 2008 ورقم

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

أهمية البحث:

ترجع أهمية موضوع البحث لحدائثة التشريعات المنظمة لموضوع التطوير العقاري عموماً، وما ينطوي عليه من قصور في ضمانات مشتري العقار على الخارطة باعتبار أن هذا المشتري هو الحلقة الأضعف في العلاقات التعاقدية في المجال العقاري، حيث يسدد المشتري ثمن المبيع قبل وجوده أي وهو لازال مالياً مستقبلاً. بل يعتبر النقص التشريعي للتنظيم القانوني لعقد بيع العقارات على الخارطة سمة غالبية في معظم الدول العربية، وبحيث يمكن القول بأن الدول المنظمة لهذا الموضوع هي استثناء⁽¹¹⁾ على الأصل، ويؤكد هذه الرؤية صدور تشريعات إماراتية حديثة تواجه هذا القصور وتحاول حماية المستهلك في المجال العقاري⁽¹²⁾.

إشكاليات البحث:

لما كان بيع العقار على الخارطة يمثل خطورة واضحة على حقوق المشتري من عدة جوانب: أولها، عدم يقين المشتري باكتمال العقار إنشائياً مما يمهد لتسليمه إليه، وثانيها، عدم وجود ضمانات كافية تكفل حقوق المشتري المالية في حال تعثر المطور العقاري في استكمال العقار إنشائياً، وثالثها، عدم قدرة المشتري على تسجيل العقار الذي اشتراه ونقل ملكيته إليه قبل أن يكتمل إنشاؤه. لهذا يحاول البحث الإجابة عن التساؤل بشأن مدى كفاية الضمانات التشريعية المقررة لمشتري العقار على الخارطة ليحمي بها نفسه من هذه المخاوف التي تهدد حقوقه الناشئة عن عقد بيع العقار على الخارطة.

ومن ثم سيحاول هذا البحث الإجابة عن التساؤل الرئيسي التالي: إلى أي مدى وفّق المشرع المحلي في إمارة دبي في توفير ضمانات كافية لحماية مشتري العقار على الخارطة في مواجهة المطور؟ وسنجيب على هذا التساؤل من خلال الرد على التساؤلات الفرعية التالية:

- هل من ضوابط لحصر ممارسة مهنة التطوير العقاري على أشخاص قانونية تتسم بالاحترافية والشفافية؟

(9) لسنة 2009 في أن القانون الأخير (المعدّل) قد حذف من التعريف المعدّل عبارة (أو التي تكون في طور الإنشاء) منعاً للتكرار، حيث إن الوحدات العقارية في طور الإنشاء هي نفسها الوحدات العقارية التي لم يكتمل إنشاؤها بعد.

¹¹ تنحصر الدول العربية المنظمة لموضوع التطوير العقاري وعقد بيع العقارات على الخارطة في كل من: دولة الإمارات العربية المتحدة (بموجب تشريعات محلية في كل من إمارة: دبي - أبو ظبي - الشارقة - عجمان - أم القيوين - رأس الخيمة)، المملكة العربية السعودية، البحرين، قطر، الجزائر، المغرب.

¹² على سبيل المثال القانون المحلي رقم 19 لسنة 2017 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبني في إمارة دبي، كذلك القانون المحلي لإمارة دبي رقم 4 لسنة 2019 بشأن مؤسسة التنظيم العقاري، أيضاً القانون المحلي رقم 6 لسنة 2019 بشأن ملكية العقارات المشتركة في إمارة دبي، كذلك قرار المجلس التنفيذي لإمارة الشارقة رقم 34 لسنة 2018 بشأن بيع الوحدات العقارية في إمارة الشارقة.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

- هل من ضوابط لإعلان المطور العقاري عن بيع وحدات عقارية على الخارطة؟
- هل يضمن القانون جدية المطور العقاري في تنفيذ مشروعاته؟
- هل توجد آلية لضمان مدفوعات مشتري العقار على الخارطة حتى يستلم وحدته بعد تمام إنجازها؟
- هل توجد آلية لضمان مدفوعات مشتري العقار على الخارطة في حالة تعذر استكمال المطور لمشروعه العقاري؟
- ما هي الآلية التي تضمن انتقال ملكية العقار المُباع على الخارطة، للمشتري؟
- ما هي الآلية التي يحمي بها المشتري نفسه من مطالبات المطور في حالة زيادة مساحة الوحدة عما هو متعاقد عليه؟ وما هي الآلية التي يحمي بها مدفوعاته في حالة نقصان مساحة الوحدة عما هو متعاقد عليه؟
- ما هي ضمانات المشتري لحماية حقه في استرداد مدفوعاته أو جزء منها إذا ما أخل بالتزاماته تجاه المطور وتمسك الأخير بفسخ العقد؟

منهج البحث:

اتبعتنا في البحث المنهج التحليلي لضرورة التعرف على الأحكام القانونية من خلال تحليل نصوص التشريعات العقارية المختلفة لإمارة دبي والتي تنظم بيع العقارات على الخارطة، والتركيز على ما تتضمنه من نقاط قوة لصالح المشتري، والتنبيه لنقاط الضعف في هذه النصوص والتي لا تسعف المشتري بحماية حقيقية وأكيدة. كما سنستعين في الدراسة بالمنهج المقارن لمقارنة النصوص التشريعية العقارية لإمارة دبي، بنظائرها من النصوص التشريعية في الإمارات الأخرى (بخلاف إمارة دبي)، وبنظائرها من النصوص في الدول الأخرى.

خطة البحث:

سيتم تقسيم خطة البحث وفقاً للتالي:

المبحث الأول - ماهية بيع العقار على الخارطة

المبحث الثاني - الضمانات الوقائية لمشتري العقار على الخارطة

المبحث الثالث - الضمانات العلاجية لمشتري العقار على الخارطة

المبحث الأول : ماهية بيع العقار على الخارطة

نعرض في هذا المبحث لماهية بيع العقار على الخارطة من خلال مطلبين، في المطلب الأول نستعرض مفهوم عقد بيع العقار على الخارطة، وفي المطلب الثاني نبحت تكيف هذا العقد.

المطلب الأول: مفهوم عقد بيع العقار على الخارطة

نستوضح في هذا المطلب جوانب عقد بيع العقار على الخارطة تعريفاً، وخصائصاً، كلاً في فرع مستقل.

الفرع الأول: تعريف عقد بيع العقار على الخارطة

*التعريف التشريعي: رغم أن التعريف ليس من مسؤوليات المشرع ولا من اهتماماته، إلا أن المشرع في الدول التي نظمت عقد بيع العقار على الخارطة - ولحداثة هذا التنظيم - ارتأى أن يولي عقد بيع العقار على الخارطة اهتماماً خاصاً، ووضع له تعريفاً يجليه ويضع له إطاراً مميزاً له عن عقد بيع العقار عموماً. وباستعراض هذه التعريفات نجد أنها تتفاوت فيما بينها في عمق رؤيتها لهذا العقد وأركانه المميزة، فبينما نجد المشرع المحلي في إمارة دبي عرّف البيع على الخارطة بأنه "بيع الوحدات العقارية المفروزة على الخارطة أو التي لم يكتمل إنشاؤها"⁽¹³⁾، ويعيب هذا التعريف أن إيجازه أخل بتبنيانه⁽¹⁴⁾، فانحصر تركيزه في بيان محل عقد بيع العقار على الخارطة، دون إيضاح بقية الأركان والعناصر المميزة لهذا العقد كالثمن ومدة الإنجاز. أما المشرع المحلي لإمارة أبو ظبي فقد عرف البيع على المخطط بأنه العقد الذي يتم بموجبه منح المشتري حقوقاً عقارية على وحدة عقارية مقترحة على مخطط الطبقات أو مخطط المجمع⁽¹⁵⁾، وهو تعريف انشغل بآثار العقد أكثر من

¹³ المادة 2 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم (9) لسنة 2009 بتعديل بعض أحكام القانون رقم (13) لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

¹⁴ نون يونس صالح وعلي سلمان صالح مهدي، مفهوم عقد بيع العقار على التصميم الهندسي وتكييفه القانوني - دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (1)، المجلد (1)، العدد (1)، الجزء (2)، أيلول 2016، ص295.

¹⁵ المادة 1 من القانون المحلي لإمارة أبو ظبي رقم (3) لسنة 2015 في شأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي.

انشغاله بماهيته. كما نظم المشرع المحلي في إمارة عجمان⁽¹⁶⁾ وإمارة الشارقة⁽¹⁷⁾ وإمارة أم القيوين⁽¹⁸⁾ وإمارة رأس الخيمة⁽¹⁹⁾، عقد البيع على الخارطة دون تعريفه. أما المشرع الجزائري فقد عرف عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء بأنه العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنائيات من طرف المُرقّي العقاري لفائدة المُكْتَب موازاة مع تقدم الأشغال. وفي المقابل، يلتزم المُكْتَب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز⁽²⁰⁾. ونلاحظ على تعريف المشرع الجزائري أنه أغفل التزام المطور العقاري بإنجاز البناء خلال المدة المحددة، مما قد يدفع المطور إلى التهاون في إنجاز البناء وتسليمه للمشتري⁽²¹⁾. أما المشرع البحريني فقد عرف عقد بيع العقار على الخريطة بأنه بيع الوحدات العقارية المفردة على الخريطة قبل إنشائها أو اكتمال بنائها⁽²²⁾، ويؤخذ على هذا التعريف أنه انشغل بمحل العقد وغفل عن أركانه آثاره.

وعلى خلاف موقف التشريعات السابقة التي عرّفت عقد بيع العقار على الخارطة أو الخريطة أو المخطط أو التصاميم، التزم المنظم السعودي المبدأ العام في تفادي التعريفات التشريعية وترك أمرها للاجتهادات الفقهية.

*التعريف الفقهي: أما الفقه وهو المعنى الأول بتعريف المصطلحات، فقد تعددت تعريفاته لعقد بيع العقار على الخارطة، فمنهم من عرّفه بأنه عقد بيع لوحدة عقارية لم يتم إنشاؤها أو شرع المالك في بنائها ولم تكتمل، وفق تصميم هندسي معين حُدّدت أوصافه في العقد، بحيث يتفق كل من طرفي العقد على أن يقوم المشتري بدفع ثمن الوحدة بشروط سداد يتفق عليها الطرفان، تراعي نسب التقدم في إنجاز الوحدة العقارية، في حين يقوم

¹⁶ أشارت المادة 2 من المرسوم الأميري لحاكم إمارة عجمان رقم 8 لسنة 2008 بشأن تنظيم الملكية المشتركة في المشروعات العقارية والبنائيات الاستثمارية والمعدل بموجب المرسوم الأميري رقم 12 لسنة 2008، إلى مصطلح (الوحدات العقارية على الخارطة) ضمن تعريفها لمصطلح "حساب الضمان".

¹⁷ أشارت المادة 1 من قرار المجلس التنفيذي لإمارة الشارقة رقم 34 لسنة 2018 بشأن بيع الوحدات العقارية في إمارة الشارقة، إلى مصطلح "الوحدات المقترحة على مخطط معتمد" ضمن تعريفها لمصطلح "الوحدة العقارية".

¹⁸ أشارت المادة 2 من القانون المحلي لإمارة أم القيوين رقم 3 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة أم القيوين، إلى مصطلح (الوحدات العقارية على الخارطة) ضمن تعريفها لمصطلح "حساب الضمان".

¹⁹ أشارت المادة 1 من القانون المحلي لإمارة رأس الخيمة رقم 22 لسنة 2008 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة رأس الخيمة، إلى مصطلح (الوحدات على الخارطة) ضمن تعريفها لمصطلح "حساب الضمان".

²⁰ المادة 28 من القانون الجزائري رقم (4) لسنة 2011 بشأن قواعد تنظيم نشاط الترقية العقارية.

²¹ حمداني داني، النظام القانوني لعقد بيع العقار على التصاميم في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة ألكلي محند بولحاج - البويرة، 2013، ص8. كتفي شهناز والبطراوي سلاف، عقد البيع بناء على التصاميم في ظل القانون 11/04، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة 8 ماي 1945، قلمة، الجزائر، 2018/2019 ص9.

²² المادة 1 من القانون البحريني رقم (27) لسنة 2017 في شأن تنظيم القطاع العقاري.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

البائع بتسليم الوحدة بالمواصفات وفي الأجل المتفق عليه⁽²³⁾، ونلاحظ على هذا التعريف أنه تفتقر إلى وجه للتعريفات التشريعية من انتقادات، فلم يحصر اهتمامه بمحل العقد، غافلاً عن أركانه وآثاره، ولم يركز على آثار العقد متجاهلاً محله وآثاره، فأحاط التعريف بمحل العقد، وأركانه، وآثاره. ومن ثم يعتبر هذا التعريف إلى حد كبير جامعاً مانعاً فتضمن تحديداً لمحل العقد، وأركانه وآثاره. وملاحظتنا الوحيدة على هذا التعريف أنه أغفل الإشارة إلى أن سداد ثمن العقار يكون حصراً في حساب الضمان. وعرفه البعض الآخر بأنه عقد يمتلكه بموجبه المشتري عقاراً لم يبدأ البائع ببنائه بعد أو لم يكمل بناؤه حين التعاقد، وفيه يتعهد البائع ببناء العقار المتفق على مواصفاته خلال المدة المتفق عليها مقابل تعهد الأخير بدفع أقساط الثمن في مواعيدها⁽²⁴⁾، ونلاحظ على هذا التعريف أنه حصر التزامات البائع ببناء العقار المتفق على مواصفاته خلال المدة المتفق عليها، ولم يشر لالتزامه بنقل ملكيته إلى المشتري. كما نلاحظ على هذا التعريف أنه أشار لالتزام المشتري بدفع الثمن إشارة موجزة إيجازاً مخلصاً، فاكتفى بقوله "تعهد الأخير بدفع أقساط الثمن في مواعيدها"، دون التأكيد على أن سداد هذا الثمن يكون على دفعات، في حساب الضمان، ويراعى فيها نسب التقدم في إنجاز العقار. كما عرّف رأي ثالث عقد بيع العقار تحت الإنشاء بأنه العقد الذي يرد على محل لم يتم إنشاؤه بعد، بموجب هذا العقد يتعهد البائع بإنشاء عقار معين أو وحدة وفقاً لنماذج معينة تحددها وثائق العقد، كما يتعهد بنقل ملكية هذا العقار إلى المكتتب وتسليمه إياه⁽²⁵⁾، ويعيب هذا الرأي أنه صب كل اهتمامه في التعريف بتحديد التزامات البائع: بناء الوحدة العقارية، نقل ملكيتها، تسليمها. بينما تجاهل تماماً التزام المشتري بدفع ثمن الوحدة على هيئة دفعات، تسدد في حساب الضمان، وتراعى في سدادها نسب التقدم في إنجازها. كما نلاحظ على هذا التعريف أنه وسّع من محل العقد بشكل مطلق بقوله "عقد يرد على محل لم يتم إنشاؤه بعد"، فلم يحصر محل العقد في صورة الوحدة العقارية، بل عممه ومدّه لكل محل لم يتم إنشاؤه بعد، وإن كان هذا الرأي قد عالج هذا الخلل في التعريف، حين ذكر عبارة "بإنشاء عقار معين أو وحدة". وذهب رأي آخر إلى تعريف عقد بيع العقار على الخارطة بأنه بيع لعقار لم يشيد بعد، فيلتزم البائع بتشييده ونقل ملكيته إلى المشتري بأشكال مختلفة

²³ ولاء الدين محمد إبراهيم، التطوير العقاري - دراسة مقارنة، منشورات دائرة القضاء في أبو ظبي، 2014، ص 72 وما بعدها.

²⁴ ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخارطة وتكييفه القانوني، مجلة الشريعة والقانون - كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 26، العدد 49، يناير 2012، ص 231.

²⁵ سمير عبد السميع الأودن، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، مكتبة الإشعاع الفني، مصر، 2011، ص 8.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

حسب نوع البيع⁽²⁶⁾. ونلاحظ على هذا التعريف أنه عرف عقد بيع العقار على الخارطة بتحديد محله وتحديد التزامات البائع، وغفل عن التزامات المشتري وأهمها التزامه بدفع ثمن العقار في صورة دفعات تسدد في حساب الضمان، ويراعى في سدادها نسب التقدم في إنجاز الوحدة العقارية. كما عرفه رأي آخر بأنه عقد بيع محله عقار لم ينجز بعد أو في طور الإنجاز يلتزم بتشييده البائع مالك المشروع في الأجل المحدد بالعقد وبالمواصفات المتفق عليها وأن ينقل ملكيته للمشتري الذي يلتزم بأن يدفع للبائع ثمن نقدي يدفع على شكل أقساط دورية بحسب التقدم في أعمال البناء⁽²⁷⁾، ونلاحظ على هذا التعريف رغم شموليته لمحل العقد، ولالتزامات كل من طرفيه (البائع المشتري)، أنه غفل عن تحديد آلية دفع الثمن، وكون المشتري يسدد أقساط الثمن في حساب الضمان. بينما عرفه رأي فقهي بأنه العقد الذي يرد على عقار غير مبني أو في طور البناء يلتزم بموجبه المرقي العقاري بنقل ملكيته إلى المشتري بعد إتمام إنجازة خلال الأجل المتفق عليه ومطابقا للتصاميم المتفق عليها، في مقابل التزام المشتري بدفع الثمن على دفعات تحدد قيمتها وأجال دفعها حسب مراحل تقدم الأشغال⁽²⁸⁾. ويعيب هذا الرأي ما عاب سابقه من تجاهل الإشارة إلى أن سداد ثمن الوحدة العقارية يكون في حساب الضمان.

ومن مجمل هذه التعريفات يتضح أن الفقه في تعريفه لعقد بيع العقار على الخارطة قد ركز على الالتزامات التي يرتبها هذا العقد على عاتق أطرافه (المطور - المشتري)، وإن جاءت بعض هذه التعريفات أكثر إحاطة بهذا العقد فشملت التزامات أطرافه وخصائصه المميزة من حيث ارتباط دفع الثمن على دفعات بحسب مراحل التقدم في أعمال الإنشاءات، ولهذا نرى أن نعرّف عقد بيع العقار على الخارطة بأنه عقد بيع لوحدة عقارية لم يتم إنشاؤها بعد أو هي في طور الإنشاء، يلتزم البائع بتسليمها ونقل ملكيتها كاملة للإنشاء، في الموعد، ووفق التصميم الهندسي المتفق عليه في العقد، مقابل التزام المشتري بدفع ثمنها في حساب الضمان، بشروط سداد يتفق عليها الطرفان، تراعى نسب التقدم في إنجازها.

²⁶ قاشي علال، التزامات المرقي العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصاميم، حلقة علمية حول الترقية العقارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة قاصدي بن مزياح ورقلة، الجزائر، 2012، ص2.

²⁷ سبيل جعفر حاجي عمر، ضمانات عقد بيع المباني قيد الإنشاء - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، 2014، ص27.

²⁸ بوسنة إيمان، الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد خيضر - بسكرة، الجزائر، 2017/2016، ص330.

الفرع الثاني: خصائص عقد بيع العقار على الخارطة

يتميز عقد بيع العقار على الخارطة بنوعين من الخصائص، أما الأولى فهي خصائص تُميز عقد بيع العقار على الخارطة عن غيره من عقود البيع عموماً، وأما الخصائص الثانية فهي تُميزه عن غيره من عقود بيع العقارات خصوصاً. وسنحاول استعراض هاتين الطائفتين من خصائص هذا العقد فيما يلي:

أولاً - الخصائص العامة لعقد بيع العقار على الخارطة

ينفق عقد بيع العقار على الخارطة مع عقود البيع عموماً بطائفة من السمات والخصائص، نبينها فيما يلي:

1 - عقد مسمى: فعقد بيع العقار على الخارطة نظمه المشرع المحلي في بعض الإمارات من دولة الإمارات العربية المتحدة مثل إمارة دبي وإمارة أبو ظبي وإمارة الشارقة وإمارة عجمان وإمارة أم القيوين وإمارة رأس الخيمة، ووضع له نصوصاً قانونية خاصة تنظم أحكامه⁽²⁹⁾، ومن ثم فعند النزاع بين أطرافه يطبق القاضي على هذا العقد نصوصه القانونية الخاصة بداءة، فإذا لم يجد فيها معالجة لمسألة ما، أخضعها لحكم القواعد العامة في العقود. وإذا كانت بعض القوانين المحلية الإماراتية⁽³⁰⁾ - ورغم تنظيمها لهذا العقد - لم تضع تعريفاً له، فليس هذا نقصاً يعييبها، إذ من المعروف أن التعريف ليس من اختصاص المشرعين، بل هو من اجتهادات الفقهاء، وإنما عمل المشرع هو التنظيم القانوني فحسب، وهو ما تحقق بموجب عدة تشريعات محلية إماراتية.

2 - عقد معاوضة لا يقوم على الاعتبار الشخصي: فبائع العقار على الخارطة ومشتريه يؤدي كل منهما للآخر أداء يعاوض به أداء الطرف الآخر. فكل طرف في عقد بيع العقار على الخارطة يكون دائناً للطرف الآخر ومديناً له في ذات الوقت. وهذه الطبيعة تنفي عن هذا العقد كونه من عقود الاعتبار الشخصي التي

²⁹ ونأمل من المشرع الإماراتي الاتحادي أن يطور التنظيم القانوني لعقد بيع العقار على الخارطة وينقل به من مجال التنظيم التشريعي المحلي إلى مجال التنظيم التشريعي الاتحادي نظراً لأهمية الدور الذي يلعبه هذا العقد في مجال التطوير العقاري بدولة الإمارات العربية المتحدة، لاسيما وأن تعدد التشريعات المحلية يؤكد الرؤية الموحدة لقيمة ومكانة هذا العقد المستحدث.

³⁰ عرفت تشريعات كل من إماراتي دبي وأبو ظبي مصطلح "عقد بيع العقار على الخارطة أو المخطط"، بينما لم يرد تعريف لهذا العقد في تشريعات كل من إمارة أم القيوين وإمارة رأس الخيمة وإمارة الشارقة وإمارة عجمان.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

تكون ملحوظة فيها شخصية المتعاقد على مستوى انعقاد العقد وتنفيذه، فينعقد العقد لاعتبارات اقتصادية بحتة لا تتأثر بشخصية المتعاقد⁽³¹⁾.

3 - عقد ملزم للجانبين: فهو عقد يرتب التزامات على عاتق كل من طرفيه. أما البائع فيلتزم باستكمال إنشاء العقار وفق المواصفات المتفق عليها، ونقل ملكيته للمشتري، وتسليمه، وضمانه عيوباً واستحقاقاً، بينما يلتزم المشتري بسداد الثمن على دفعات وفقاً لتقدم العمل في الإنشاءات، ويلتزم باستلام العقار.

4 - عقد فوري مبراخي التنفيذ: يعد عقد بيع العقار على الخارطة من العقود الفورية لأن الزمن لا يعد عنصراً جوهرياً فيه، فاللتزام كل طرف في العقد لا يتأثر بزيادة أو نقصاناً بمضي الزمن. ولا يقدر في الطبيعة الفورية لهذا العقد، الاتفاق على تراخي تنفيذ التزامات كل طرف، سواء تراخي البائع في تشييد البناء وتسليمه أو تراخي المشتري في دفع الثمن. فتدخل الزمن في هذا العقد يعتبر عنصراً عرضياً وليس عنصراً أصيلاً في العقد. فثمن العقار لا يزيد ولا ينقص بتراخي تسليمه، كما أن العقار محل التسليم لا يختلف بزيادة أو نقصاناً - سواء في المساحة أو المواصفات - بتراخي تسليمه لما بعد اكتمال انشائه⁽³²⁾.

5 - عقد محدد: ففي عقد بيع العقار على الخارطة تتحدد التزامات طرفي العقد منذ لحظة انعقاده، ولا مجال للاحتتمالية أو الغرر في تقدير هذه الالتزامات كما أو كيفاً. فمواصفات العقار محل العقد وتاريخ تسليمه، وثمن العقار وقدر كل دفعة من دفعاته، تكون محددة وبدقة من وقت التعاقد⁽³³⁾.

³¹ حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول (المصادر الإرادية للالتزام)، بدون ناشر، الطبعة الثالثة 2000، ص 61 وما بعدها.

³² موزة سويد سالم السعيد، بيع العقار على الخارطة وفق قوانين دولة الإمارات العربية المتحدة - دراسة مقارنة، أطروحة ماجستير، جامعة الإمارات العربية المتحدة، سنة 2018، ص 34 وما بعدها. بوسنة حسام الدين، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، أطروحة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد خيضر - بسكرة، الجزائر، 2016-2017، ص 13. علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء - دراسة قانونية مقارنة، منشورات زين الحقوقية، 2011، ص 24 وما بعدها. مصور فاطمة الزهرة، التزامات المرفي العقاري في البيع على التصاميم بين الأزمة والإصلاح، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية تصدر عن معهد العلوم القانونية والإدارية المركز الجامعي أحمد بن يحيى الوترسي تيمسبيلت، العدد الثالث، يونيو 2017، الجزائر، ص 102. لدغم شيكوش عبد الرزاق وقطوش فوزي، التزامات المرفي العقاري والضمانات المقررة للمشتري في عقد البيع على التصاميم، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد بوضياف - المسيلة، الجزائر، السنة 2017/2016، ص 12. عكس ذلك، زردودي صونية، نقل الملكية في عقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أكلي محند أولحاج - البويرة، 2017/2016، ص 16.

³³ لعور ريم رفيعة، عقد البيع على التصاميم في القانون الجزائري والقانون الفرنسي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة وهران (2)، 2019/2018، ص 18.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

6 - عقد شكلي: يعتبر عقد بيع العقار على الخارطة عقداً شكلياً، لا يكفي لانعقاده مجرد توافر الرضاء والمحل والسبب، بل يلزم إضافة لذلك توفر الشكلية التي استلزمها القانون⁽³⁴⁾. وقد تأكدت شكلية عقد البيع العقاري عموماً في إمارة دبي بموجب المادة رقم (9) من القانون المحلي رقم (7) لسنة 2006 بشأن التسجيل العقاري في إمارة دبي والتي تنص على أن (يجب أن تسجل في السجل العقاري جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق عقاري أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لتلك التصرفات، ولا يعتد بهذه التصرفات إلا بتسجيلها في السجل العقاري). ثم تأكدت هذه الخاصية (خاصية شكلية عقد البيع العقاري) بصدد عقد بيع العقار على الخارطة خصوصاً بموجب نص الفقرة الأولى من المادة رقم (3) من القانون المحلي رقم (13) لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي التي نصت على أن "تسجل في السجل العقاري المبدئي جميع التصرفات التي ترد على الوحدات العقارية المباعة على الخارطة، ويقع باطلاً البيع وغيره من التصرفات القانونية الناقلة أو المقيدة للملكية أو أي من الحقوق المنفردة عنها إذا لم يتم تسجيل هذه التصرفات في ذلك السجل"⁽³⁵⁾. ويستفاد مما سبق أن الرضاء في عقد بيع العقار على الخارطة يجب توافره في الشكل المحدد في القانون المشار إليه وإلا وقع باطلاً. وقد التزم المشرع المحلي لإمارة الشارقة نفس النهج باعتبار عقد بيع العقار على الخارطة عقداً شكلياً بحسب نص المادتين رقم (2) ورقم (9) من قرار المجلس التنفيذي لإمارة الشارقة رقم (34) لسنة 2018 بشأن بيع الوحدات العقارية في إمارة الشارقة، حيث تنص المادة (2) على أنه "تختص الدائرة (دائرة التسجيل العقاري في إمارة الشارقة) بما يلي: ... (5) اعتماد نموذج عقد البيع المبدئي للوحدات العقارية لكل مشروع تطوير عقاري والمُعدّ من قبل المطور. ...". بينما تنص المادة (9) على أنه "..... على المطور والمشتري عند تسجيل الوحدات العقارية الالتزام بالضوابط الآتية: ... (3) يقع على عائق طرفي عقد البيع المبدئي تصديقه فور انعقاده لدى الدائرة (دائرة التسجيل العقاري في إمارة الشارقة) ... (4) لا تكتسب عقود البيع المبدئية التي لم تصدق لدى الدائرة حُجة في مواجهة الدائرة والآخرين". ويستفاد مما سبق أن عقد بيع العقار على الخارطة في إمارة الشارقة يدون في نموذج مُعدّ لذلك من

³⁴ سليمان راشد سليمان علي العابد الكعبي، عقد بيع العقار على الخارطة وفق تشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة وقضائها، أطروحة ماجستير، كلية القانون - جامعة عجمان، 2015/2014، ص58 وما بعدها. موزة سويد سالم السعيد، مرجع سابق، ص25 وما بعدها. دنون بويس صالح وعلي سلمان صالح مهدي، مرجع سابق، ص301 وما بعدها.

³⁵ عرفت المادة 2 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم (9) لسنة 2009 بتعديل بعض أحكام القانون رقم (13) لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي، "السجل العقاري المبدئي" بأنه (مجموعة الوثائق المحررة أو المحفوظة خطياً أو الكترونياً بالسجل الإلكتروني لدى الدائرة (أي دائرة الأراضي والأموال بإمارة دبي) التي تثبت فيها عقود بيع العقارات وغيرها من التصرفات القانونية على الخارطة قبل نقلها إلى السجل العقاري).

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

قبل المطور العقاري، ومُعتمد من قبل دائرة التسجيل العقاري في إمارة الشارقة. فإذا لم يتم التصديق على عقد البيع المبدئي فور انعقاده لدى دائرة التسجيل العقاري في الإمارة يكون باطلاً ولا يكون له حجية سواء في مواجهة الدائرة أو الغير⁽³⁶⁾.

ورغم اعتراض البعض بأن شكلية العقود عموماً تعرقل سرعة المعاملات، إلا أن هذه الشكلية في مجال بيع العقارات على الخارطة وحيث محل العقد مالملاً مستقبلاً، تعد ضماناً هامة لحماية المشتري من خلال صياغة واضحة ومحددة لشروط التعاقد.

7 - عقد مساومة: فعقد بيع العقار على الخارطة لا تتوافر فيه سمات عقود الإذعان عموماً، فهو لا يتعلق بسلعة (الوحدة العقارية) محل احتكار أو محل منافسة محدودة، بل هي محل منافسة قوية تتفاوت فيها شروط التعاقد من مطور لآخر، ومن مشروع عقاري لآخر لدى ذات المطور⁽³⁷⁾. أما المنظم السعودي فقد كان واضحاً في انحيازه لمصلحة الطرف الضعيف في عقد بيع العقار على الخارطة من خلال تقنين نموذج استرشادي لعقد بيع الوحدات العقارية على الخارطة⁽³⁸⁾.

8 - عقد من عقود الاستهلاك: فصفة مشتري العقار على الخارطة كمُستهلك تلعب دوراً هاماً في تحديد الالتزامات والحقوق التي تترتب على العقد، لتوفير حماية خاصة له في مواجهة المُنتج أو الحرفي بصفة عامة، تتمثل في الزام المُنتج أو الحرفي بتبصير المستهلك، وفي تشديد مسؤولية المنتج أو الحرفي في مواجهة المستهلك.

³⁶ وهو ما نعرض له بالتفصيل ضمن المبحث الثالث من البحث تحت عنوان "الضمانات العلاجية لمشتري العقار على الخارطة".
³⁷ بوجنان نسيمه ديدن، عقد البيع بناء على التصاميم، أطروحة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، الجزائر، 2008/2009، ص 14. دنون يونس صالح وعلي سلمان صالح مهدي، مرجع سابق، ص 307 وما بعدها. عكس ذلك، محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء - دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي والفرنسي، الطبعة الأولى، مطبعة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1989، ص 102 وما بعدها. سهام مسكر، بيع العقار بناء على التصاميم في الترقية العقارية، أطروحة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة البليدة، الجزائر، 2006/2005، ص 22. بوسته إيمان، مرجع سابق، ص 334 وما بعدها. بلختار فاطمة، البيوع السكنية على التصاميم على ضوء التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر، 2019/2018، ص 12.

³⁸ يتضمن هذا العقد الاسترشادي 23 بنداً وسبعة ملاحق، أما بنود العقد فتتعلق ببيانات كل من: العقد، والمطور، والمشتري، والمشروع، وبيانات صك المشروع، وبيانات الوحدة، والبيانات المالية، وضمانات الوحدة، والتمهيد، وملحقات العقد، ومحل العقد، وتسليم الوحدة، والتزامات المطور، والتزامات المشتري، والضمان والصيانة، والإخلال، والقوة القاهرة، وتعديلات مساحة الوحدة، والتنازل، وأحكام عامة، والإخطارات، والمنازعات، بالإضافة لبند للشروط الاختيارية. ومرفق بهذ العقد الاسترشادي سبعة ملاحق تتعلق: بمخطط الوحدة، ومواصفات الوحدة، وجدول الدفعات، ونموذج للاتحة جمعية الملاك، ونموذج إشعار حلول الدفعة، ونموذج إخطار بموعد الإفرغ، ونموذج محضر تسليم وحدة وملحقاتها.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

9 - عقد ناقل للملكية: فأهم ما يميز عقود البيع عموماً، وبيع العقارات خصوصاً هو كونها عقوداً ناقلة لملكية المبيع من البائع (المطور) إلى المشتري، ولم يكنف المشرع المحلي في إمارة دبي بأن تنتقل ملكية العقار المبيع على الخارطة بمجرد توافر عقد البيع بأركانه الأربعة بما فيها التسجيل الاعتيادي الذي ينطبق على عقد بيع العقار عموماً، بل جعل عقد بيع العقار على الخارطة له خصوصيته فيما يتعلق بانتقال الملكية، وقرر أن انتقال الملكية في عقد بيع العقار على الخارطة يتم على مرحلتين: مرحلة التسجيل المبدئي ومرحلة التسجيل النهائي⁽³⁹⁾.

ثانياً - الخصائص الخاصة لعقد بيع العقار على الخارطة

يتفق عقد بيع العقار على الخارطة مع غيره من عقود بيع العقارات بطائفة من السمات والخصائص، نبيها فيما يلي:

1 - عقد يقتصر إبرامه على البائع الذي يتمتع بصفة المطور العقاري: فبيع العقارات على الخارطة عملية يباشرها الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يكتسب صفة المطور العقاري⁽⁴⁰⁾. وقد عرّف المشرع "المطور العقاري" بأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي المرخص له بمزاولة نشاط شراء وبيع العقارات بغرض تطويرها ويشمل المطور الرئيسي أو الفرعي. بينما عرّف "المطور الرئيسي" بأنه كل من يرخص لممارسة أعمال تطوير العقارات في الإمارة وبيع وحداتها للغير، كما عرّف "المطور الفرعي" بأنه كل من يطور جزءاً من مشروع عقاري عائد لمطور رئيسي بموجب اتفاق بينهما⁽⁴¹⁾. وتعدّ دائرة الأراضي والأملاك بإمارة دبي سجلاً خاصاً يسمى "سجل المطورين العقاريين" تقيّد فيه أسماء المطورين المرخص لهم بمزاولة نشاط التطوير العقاري بالإمارة، ولا يجوز لأي مطور مزاولة ذلك النشاط ما لم يكن مقيداً في ذلك السجل ومرخصاً من الجهات المختصة، وفق الشروط التي تصدرها بهذا الشأن⁽⁴²⁾.

³⁹ وهو ما سنعرض له بالتفصيل ضمن المبحث الثالث من البحث باعتبار أن انتقال ملكية العقار المباع على الخارطة للمشتري هو إحدى ضماناته العلاجية في مواجهة المطور العقاري.

⁴⁰ لعور ريم رفيعه، مرجع سابق، ص 24 وما بعدها.

⁴¹ المادة 2 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم (8) لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

⁴² المادة 4 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم (8) لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

2 - عقد يقتصر محله على العقارات المستقبلية: إن محل عقد بيع العقار على الخارطة يرد على بيع وحدة عقارية مفرزة على الخارطة أي لم تنشأ أو لم يكتمل إنشاؤها⁽⁴³⁾. فالوحدة العقارية محل العقد إما أنها لم تنشأ وقت التعاقد، أو نشأت ولكن لم يكتمل تشييدها بعد، وهو ما اصطلح على تسميته بالعقار أو المال المستقبلي. وقد اشترط القانون لصحة عقود المعاوضات التي ترد على مثل هذا النوع من الأموال نفي الغرر⁽⁴⁴⁾، ومتى انتفى الغرر، فلا يهيم بعد ذلك الغرض من العقار المستقبلي سواء كان لغرض السكني أو لغرض تجاري أو صناعي. أما نفي الغرر فقد حدد القانون سبيله من خلال التعاقد على اشتراطات معينة تبصر المشتري بمحل العقد، وفي هذا الشأن قرر المشرع المحلي لإمارة دبي أن التصاميم المعمارية والمخططات الهندسية المبدئية المعتمدة من الجهات المختصة والمطور الرئيسي تعتبر مرفقا لازما لطلب فتح حساب الضمان الذي يقدمه المطور الراغب في بيع وحدات على الخارطة⁽⁴⁵⁾، باعتبار أن هذا المرفق يمكّن المشتري من الاطلاع على محل العقد وإن كان في صورة نظرية أي مجرد مخطط هندسي. أما لو ورد العقد على عقار اكتمل إنشاؤه وقت التعاقد فيكون العقد بيعاً عادياً خاضعاً للقواعد العامة.

3 - عقد يتضمن تسهيلات وجوبية في سداد الثمن: لما كان استحداث عقد بيع العقار على الخارطة مقصوداً به توفير تقنية تعاقد جديدة للراغب في شراء وحدة عقارية وتنقصه السيولة اللازمة لسداد ثمنها دفعة واحدة، فتنسج له هذه التقنية المستحدثة بشراء وحدة عقارية من خلال ثمن يتم الوفاء به على دفعات. وتعتبر هذه الآلية في سداد الثمن من خصائص عقد بيع العقار على الخارطة. ويتضح من استعراض موقف التشريعات العقارية بإمارة أبو ظبي⁽⁴⁶⁾ أنها تؤكد هذه الخاصية حيث تنص على أن سداد ثمن الوحدة العقارية المباعة على المخطط يكون على دفعات حسب نسب الإنجاز الفعلي لأعمال التشييد والبناء، ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك مع المطور. كذلك كان المشرع المحلي لإمارة الشارقة⁽⁴⁷⁾ صريحا في تأكيد هذه الخاصية حيث نص على أن يقوم المشتري بسداد الثمن على دفعات تتناسب مع ما يتم إنجازه من مراحل العمل بمشروع التطوير

⁴³ المادة 2 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم (9) لسنة 2009 بتعديل بعض أحكام القانون رقم (13) لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي. حمداني داني، مرجع سابق، ص13.

⁴⁴ المادة 1/202 من قانون المعاملات المدنية الاتحادي الإماراتي رقم (5) لسنة 1985، المعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987.

⁴⁵ المادة 6 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم (8) لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

⁴⁶ المادة 2/15 من القانون المحلي لإمارة أبو ظبي رقم 3 لسنة 2015 في شأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي.

⁴⁷ الفقرتان 1 و 2 من المادة (9) من قرار المجلس التنفيذي لإمارة الشارقة رقم (34) لسنة 2018 بشأن بيع الوحدات العقارية في إمارة الشارقة.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

العقاري، ويكون دفع الدفعة الأولى مقيد بنسبة معينة كأن تكون في حدود نسبة 20% من قيمة الوحدة العقارية، ما لم يتفق على غير ذلك بين المطور العقاري ومشتري العقار على الخارطة، وعلى خلاف عقود بيع العقار عموماً التي يكون سداد الثمن فيها محلاً لاتفاق المتعاقدين (البائع والمشتري)، وسواء اتفقا على سداده دفعة واحدة أو مقسماً، أو حتى سداده على دفعات بحسب تقدم أعمال الإنشاءات. نفس النهج اتبعه المشرع المحلي لإمارة عجمان⁽⁴⁸⁾ مؤكداً خاصية التسهيلات في سداد ثمن الوحدة العقارية المباعة على الخارطة حيث نص على أنه يلتزم المطور العقاري بأن تكون دفعات ثمن شراء الوحدة العقارية متناسبة مع ما يتم إنجازه من تشييد البناية الاستثمارية المعنية وفقاً لبرنامج التنفيذ المقدم من المطور العقاري لدائرة الأراضي والأملاك في إمارة عجمان. ورغم أن التشريعات العقارية المحلية لإمارة دبي لم تشر صراحة لهذه الخاصية من خصائص عقد بيع العقار على الخارطة عند تعريفها للمقصود بالبيع على الخارطة⁽⁴⁹⁾، إلا أنه يمكن استنتاج هذه الخاصية ضمناً من خلال المادة 3 من القانون المحلي رقم 8 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي والتي تنص على أنه "تسري أحكام هذا القانون على المطور الذي يقوم ببيع وحدات على الخارطة في مشاريع التطوير العقاري بالإمارة واستلام دفعات من المشترين أو الممولين مقابل ذلك"، ومن خلال ما قضى به القانون المحلي لإمارة دبي رقم 19 لسنة 2017 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي حيث يضع حلولاً للخلاف بين المطور والمشتري حيثما يتخلف الأخير عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية تجاه المطور، فيسمح للمطور العقاري - وبحسب نسبة إنجاز الوحدة العقارية المباعة على الخارطة - بالاحتفاظ "بكامل المبالغ المسددة له مع مطالبة المشتري بسداد ما تبقى من قيمة العقد"، بما يعني أن المشتري لم يكن قد سدد الثمن دفعة واحدة، بل على دفعات. كما يمكن الاستدلال على هذه الخاصية في التشريعات العقارية بإمارة دبي من خلال المادة 20 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي التي تنص على أنه "يجوز للمشتري اللجوء إلى المحكمة المختصة لطلب فسخ العلاقة التعاقدية بينه وبين المطور في أي من الحالات الآتية: 2...- إذا امتنع المطور عن ربط الدفعات بمراحل الإنجاز الإنشائية المقترحة من قبل المؤسسة (مؤسسة

⁴⁸ الفقرة 3 من المادة (14) من المرسوم الأميري لحاكم إمارة عجمان رقم (8) لسنة 2008 بشأن تنظيم الملكية المشتركة في المشروعات العقارية والبنائيات الاستثمارية.

⁴⁹ عرفت المادة 2 من القانون رقم 9 لسنة 2009 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي بقولها "يبيع الوحدات العقارية المفروزة على الخارطة أو التي لم يكتمل إنشاؤها".

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

التنظيم العقاري). ويستنتج من هذه النصوص أيضا وبطريقة ضمنية بأن المشتري يدفع ثمن بيع العقار على الخارطة في صورة دفعات، ترتبط بمراحل الإنجاز الإنشائية⁽⁵⁰⁾. لهذا نهيب بالمشروع إعادة تعريف البيع على الخارطة بما يفصح صراحة عن سداد ثمن الوحدة العقارية المباعة على الخارطة في صورة دفعات، وربط سداد هذه الدفعات بتقدم مراحل الإنجاز الإنشائية.

4 - عقد يتمتع فيه المشتري بضمانات قانونية خاصة: فيتميز عقد بيع العقار على الخارطة عن عقد بيع العقار التقليدي، في أن التشريعات العقارية المنظمة للتطوير العقاري قد وفرت ضمانات قانونية خاصة للمشتري في العقد الأول، لا يتمتع بها المشتري في العقد الثاني والذي يقتصر على الاستفادة من الضمانات القانونية المقررة في القواعد العامة (مثل ضمان العيوب الخفية، وضمن التعرض والاستحقاق، والضمن العشري، وضمن المطابقة). وبناء على ذلك، يستفيد مشتري العقار على الخارطة من طائفتين من الضمانات الخاصة: الطائفة الأولى هي ضمانات وقائية تنقرر للمشتري في الفترة قبل إنشاء العقار، والطائفة الثانية هي ضمانات علاجية مقررة للمشتري في الفترة بعد إنجاز العقار⁽⁵¹⁾.

المطلب الثاني: تكييف عقد بيع العقار على الخارطة

تبدو أهمية تكييف عقد بيع العقار على الخارطة من جهة تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق عليه، باعتبارها القواعد القانونية المتصلة بتكييفه القانوني. ولما كان عقد بيع العقار على الخارطة عقد حديث النشأة نسبياً، فقد أثار خلافاً بين الفقهاء بشأن طبيعته، وتراوحت أقوالهم في شأن تكييفه بين وصفه بالبيع، وبين اعتباره عقد مفاوضة، بينما ذهب بعضهم إلى تكييفه بأنه عقد وكالة، وأخيراً توجه البعض لاعتباره عقد من طبيعة خاصة له استقلالته، وذلك على التفصيل التالي:

⁵⁰ صالح أحمد الهيبي، حقوق والتزامات المطور العقاري في القانون القطري (دراسة في قانون تنظيم التطوير العقاري رقم 6 لسنة 2014 مقارنة بتشريعات دولة الإمارات)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 2، السنة الخامسة، العدد التسلسلي 18، يونيو 2017، ص359.

⁵¹ دنون يونس صالح وعلي سلمان صالح مهدي، مرجع سابق، ص320. لعور ريم رقيعه، مرجع سابق، ص25. زردودي صونية، مرجع سابق، ص17. وهو ما سنبجته بالتفصيل في المبحث الثاني والثالث من البحث.

الرأي الأول - عقد بيع العقار على الخارطة هو عقد بيع

يرى جانب من الفقه⁽⁵²⁾ أن عقد بيع العقار على الخارطة هو في حقيقته عقد بيع، والحقيقة التي لا يمكن نكرانها أن عقد بيع العقار على الخارطة وعقد بيع العقار الاعتيادي⁽⁵³⁾ يشتهان من عدة أوجه:

أولاً - من حيث ورود كل منهما على عقار، فيرد كل من عقد بيع العقار على الخارطة وعقد بيع العقار الاعتيادي على عقار، إلا أن التشابه بين العقدين يتوقف عند هذا الحد، وبعدها يبدأ العقدان في التنافر والتمييز. أما عقد بيع العقار الاعتيادي فينصب على عقار تام البناء، أو حتى غير مكتمل البناء ولكن البائع يبيعه بحالته ولا يلتزم بإتمام بنائه، ويظل العقد بيعاً اعتيادياً طالما ورد على عقار مكتمل البناء ولو كان البائع يحمل صفة المطور العقاري، وحتى لو أوسع المتعاقدان على هذا العقد صفة "البيع على الخارطة"، ذلك أن عقد بيع العقار على الخارطة لا يرد إلا على عقار تحت الإنشاء، سواء كان لم يُبنى بعد أو بُدئ في بنائه ولكن لم يتم البناء، ويتعهد البائع بإنجاز بنائه خلال مواعيد محددة، وتسليمه مكتملاً للمشتري⁽⁵⁴⁾.

ثانياً - من حيث الالتزام الرئيسي الذي يربته كل من العقدين، فكل من عقد بيع العقار على الخارطة وعقد بيع العقار الاعتيادي يرتبان التزاماً رئيسياً على البائع أو المطور بنقل ملكية العقار للمشتري. ولكن بعد هذا الشبه يتميز العقدان عن بعضهما بأنه إذا كان عقد بيع العقار الاعتيادي يقتصر على الالتزام الرئيسي المشار إليه، فإن عقد بيع العقار على الخارطة لا يصح أن تغفل فيه التزاماً رئيسياً آخر يقع على المطور العقاري مضمونه إنجاز المشروع⁽⁵⁵⁾، ومثل هذا الالتزام الأخير لا نظير له في عقد بيع العقار الاعتيادي. كما أن وقت تحقق

⁵² محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاول، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 22. ولاء الدين محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 77.

⁵³ عرفت المادة 489 معاملات مدنية إماراتي البيع بأنه "البيع هو مبادلة مال غير نقدي بمال نقدي".

⁵⁴ عز الدين زوية، خصوصية عقد بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي (عقد بيع عقار موجود وقت التعاقد)، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجريبي، الملتقى الوطني حول إشكاليات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر المنعقد يومي 17 و 18 فبراير 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد خيضر - بسكرة، الجزائر، ص 50 وما بعدها. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 50. دنون يونس صالح وعلي سلمان صالح مهدي، مرجع سابق، ص 332 وما بعدها.

⁵⁵ إبراهيم عثمان بلال، تملك العقارات تحت الإنشاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، مصر، 2001، ص 83. شعوة مهدي، تطور المركز القانوني للمرفي العقاري الخاص في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة، الجزائر، 2014/2015، ص 162. ولاء الدين محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 77 حيث يُقرب بين عقد البيع على الخارطة وعقد البيع بالأممذج الذي نظمته المشرع الإماراتي في المادتين 492 و 493 معاملات مدنية باعتبار أن هذا النوع من البيوع يتعلق ببيع القيميات، التي تتعين برؤيتها أو برؤية رسوماً وتصاميمها، ويجب أن يكون العقار الذي يسلمه البائع للمشتري وفق الأممذج ومطابقاً له، فإن تفاوتاً كان للمشتري بالخيار بين قبول العقار أو رده. ولما كان العقار

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

الالتزام الرئيسي يختلف في كل من العقدين، فبينما تنتقل ملكية العقار في عقد البيع الاعتيادي فور تسجيل العقد، فإن انتقال الملكية في عقد بيع العقار على الخارطة يتم على مرحلتين: مرحلة التسجيل المبدئي ثم مرحلة التسجيل النهائي⁽⁵⁶⁾.

ثالثاً - من حيث طبيعة كل من العقدين، فكل من عقد بيع العقار على الخارطة وعقد بيع العقار الاعتيادي في إمارة دبي (وفق القانون المحلي لإمارة دبي رقم 7 لسنة 2006 بشأن التسجيل العقاري في إمارة دبي) هما من العقود الشكلية، (بخلاف طبيعة عقد بيع العقار الاعتيادي في التشريعات الاتحادية لدولة الإمارات العربية المتحدة ووفقاً للتشريعات المحلية في بقية إمارات الدولة حيث يعتبر عقداً رضائياً، والشكلية مطلوبة فقط لترتيب أثر العقد في نقل ملكية العقار المبيع⁽⁵⁷⁾).

رابعاً - من حيث طبيعة القواعد القانونية النازمة للعقد: فكل من عقد بيع العقار على الخارطة وعقد بيع العقار الاعتيادي يخضع لقواعد قانونية وضعها المشرع لتنظيم العلاقة بين الأطراف، ولكن بينما تتحلّى القواعد القانونية النازمة لعقد بيع العقار الاعتيادي بصفة القواعد المكملّة التي تجيز للمتعاقدین الاتفاق على خلاف أحكامها، فإن القواعد النازمة لعقد بيع العقار على الخارطة تكتسي بالصفة الأمرّة التي لا تسمح للمتعاقدین بالاتفاق على أحكام تخالفها، وإلا صارت اتفاقاتهما باطلة، بل وتقتضي عندئذ توقيع جزاءات جنائية على المخالف⁽⁵⁸⁾.

خامساً - من حيث وجود ثمن نقدي يقابل التزام البائع بنقل الملكية: يشتهب العقدان في أن كلاهما يفرض على مشتري العقار ثمناً نقدياً لملكية العقار المعقود عليه، إلا أنهما يختلفان من حيث آلية الوفاء بهذا الثمن النقدي. ففي عقد البيع العقاري الاعتيادي يكون الوفاء بالثمن للبائع مباشرة بحسب الأصل، ويكون ذلك عند التعاقد

من القيميّات، ويمكن تعيينه برؤية مخططاته، فيكون عقد البيع على الخارطة كالبيع بالأمودج، ولا يعتبر المطور العقاري قد أوفى بالتزامه إلا بتسليم عقار مكتمل الإنشاء مطابقاً للخرائط والمخططات.

⁵⁶ وهو ما سنبحثه بالتفصيل في المبحث الثالث من البحث.

⁵⁷ بخلاف كافة إمارات دولة الإمارات العربية المتحدة، يعتبر عقد بيع العقار الاعتيادي في إمارة دبي عقداً شكلياً بموجب القانون المحلي لإمارة دبي بشأن التسجيل العقاري رقم (7) لسنة 2006، فالتسجيل المقرر في هذا القانون ليس شرطاً لنقل الملكية، إنما هو ركن من أركان عقد بيع العقار الاعتيادي، بدونه يبطل العقد، حيث يقع باطلاً أي اتفاق أو تصرف يتم بالمخالفة لأحكامه كما قضت المادة 9 والمادة 26 منه.

⁵⁸ راجع الجزاءات الجنائية المنصوص عليها في المادة 16 من قانون رقم (8) لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

وقبل استلام العقار المبيع، ما لم يتفق على غير ذلك⁽⁵⁹⁾، ومن ثم يجوز لدائني البائع الحجز على هذا الثمن كأحد عناصر الذمة المالية لمدينهم، بينما يكون الوفاء بالثمن في عقد بيع العقار على الخارطة وفق آلية خاصة: (أ) تربط بين سداد دفعاته وتقدم مستويات إنجاز الأعمال، (ب) تفرض على المشتري أن يكون الوفاء بالدفعات ليس للمطور العقاري مباشرة، بل في حساب خاص يسمى "حساب الضمان"⁽⁶⁰⁾، (ج) توفر حماية خاصة للثمن من مخاطر الحجز عليه من قبل دائني المطور العقاري⁽⁶¹⁾.

سادساً - من حيث جزاء إخلال المشتري بالتزاماته التعاقدية: يشتهر كل من عقد بيع العقار الاعتيادي وعقد بيع العقار على الخارطة، في أن كل منهما يرتب جزاء على إخلال المشتري بالتزاماته الناشئة عن العقد، إلا أن العقدين يفتقران في طبيعة الجزاء: أما عقد بيع العقار الاعتيادي فيرتب للبائع حقا في طلب التنفيذ العيني، أو الفسخ، مع التعويض. بينما لا يملك المطور العقاري في عقد بيع العقار على الخارطة إذا ما أخل المشتري بالتزاماته، سوى التمسك بالفسخ مع التعويض، ولا مجال لطلب التنفيذ العيني باعتبار أن البناء في هذا العقد لازال في طور البناء⁽⁶²⁾. وقد وضع المشرع نظاما خاصا في عقد بيع العقار على الخارطة لحماية كل من المشتري والبائع (المطور العقاري) إذا ما أخل أحدهما بالتزاماته، وذلك على النحو التالي⁽⁶³⁾:

أما حماية المشتري، فنتحقق من خلال التأكد من ادعاء المطور العقاري إخلال المشتري بالتزاماته الناشئة عن العقد، فقد وضع المشرع آلية للتحقق من صدق هذا الادعاء، بإلزام المطور العقاري بإخطار دائرة الأراضي والأملاك بتوصيف واقعة الإخلال وفق النموذج المعد لدى الدائرة في هذا الشأن، وتكون مسؤولية التحقق من صحة ادعاء المطور بشأن إخلال المشتري بالتزاماته التعاقدية، مُلقى على عاتق دائرة الأراضي والأملاك.

أما حماية المطور العقاري، فتتأتى من خلال قيام الدائرة - بعد التحقق من وقوع مخالفة للعقد - بتخيير المشتري إما بالوفاء بالتزاماته التعاقدية المُخل بها في غضون 30 يوما من تاريخ إخطاره خطيا، إما بإجراء

⁵⁹ المادة 556 معاملات مدنية إماراتي.

⁶⁰ المادة 2 والمادة 7 من القانون رقم 8 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي، المادة 20 من قرار المجلس التنفيذي رقم 6 لسنة 2010 باعتماد اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي. ذنون يونس صالح وعلي سلمان صالح مهدي، مرجع سابق، ص 336.

⁶¹ المادة 9 من القانون رقم 8 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

⁶² حمداني داني، مرجع سابق، ص 14.

⁶³ المادة 1 من القانون رقم 19 لسنة 2017 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

تسوية ودية بين الطرفين (المطور العقاري والمشتري) إن أمكن وإثباتها بملحق عقد يوقع عليه الطرفين المتنازعين. فإن انقضت مهلة الـ 30 يوماً دون تنفيذ المشتري لأحد الخيارين المشار إليهما (تنفيذ التزاماته التعاقدية أو إتمام تسوية ودية)، تصدر دائرة الأراضي والأملاك وثيقة رسمية لصالح المطور العقاري تقرر فيها التزام الأخير بالإجراءات المقررة بإخطار الدائرة بشأن مخالفة العقد، وتحدد فيها أيضاً نسب إنجاز الوحدة العقارية محل المخالفة، وبموجب هذه الوثيقة يحق للمطور العقاري - وبحسب نسب الإنجاز - اتخاذ تدابير معينة لكفالة حقوقه تجاه المشتري ودون حاجة للجوء إلى القضاء أو التحكيم⁽⁶⁴⁾.

الرأي الثاني - عقد بيع العقار على الخارطة هو عقد مقاولة

لما كان عقد بيع العقار على الخارطة يشتهر بعقد المقاول⁽⁶⁵⁾ في أن الالتزام الرئيسي الواقع على المطور (الالتزام بإتمام بناء العقار على الخارطة ونقل ملكيته للمشتري) يقترب من الالتزام الرئيسي الواقع على المقاول، ألا وهو إنجاز العمل المنفق عليه وفقاً لشروط العقد⁽⁶⁶⁾ وباستقلالية في إنجازها عن صاحب العمل⁽⁶⁷⁾، فذهب رأي⁽⁶⁸⁾ إلى تكييف عقد بيع العقار على الخارطة بأنه عقد مقاولة.

ولبيان وجه الشبه بين عقد بيع العقار على الخارطة وعقد المقاول، يجب إيضاح أن لعقد المقاول صورتان⁽⁶⁹⁾: الأولى حيث يتعهد المقاول بتقديم العمل والمواد، والثانية حيث يقتصر المقاول على تقديم العمل بينما يقدم صاحب العمل المواد. ويشتهر عقد البيع على الخارطة بعقد المقاول حصراً في الحالة حيث يقدم المطور العمل

⁶⁴ راجع التدابير الواردة في المادة 4 من القانون رقم 19 لسنة 2017 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي، وهو ما سنعرضه بالتفصيل ص 46 من البحث وما بعدها.

⁶⁵ عرفت المادة 872 معاملات مدنية إماراتي المقاول بأنها "المقاوله عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر".

⁶⁶ المادة 877 معاملات مدنية إماراتي.

⁶⁷ بعكس تبعية العامل لصاحب العمل في عقد العمل، راجع المادة 897 معاملات مدنية إماراتي، والمادة 1 من قانون العمل الاتحادي رقم 8 لسنة 1980.

⁶⁸ محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 27.

⁶⁹ تنص المادة 873 معاملات مدنية إماراتي على أنه "1- يجوز أن يقتصر الاتفاق في عقد المقاوله على أن يتعهد المقاول بتقديم العمل، على أن يقدم صاحب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله. 2- كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم المادة والعمل".

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

والمواد بمشتملاتها (من أرض ومواد بناء)، بينما يتلاشى وجه الشبه بينهما حيث يقدم المطور العمل والمواد دون الأرض، أو يقدم العمل فحسب دون الأرض ودون المواد التي يتلقاها من صاحب العمل⁽⁷⁰⁾.

ولكن حتى في الحالة التي يشتبه فيها عقد البيع على الخارطة بعقد المقاولة حصراً في الفرض حيث يقدم المطور العمل والمواد بمشتملاتها (من أرض ومواد بناء)، نجد أن التباين بينهما واضح في كون عقد المقاولة يلقي بالتزام رئيسي على المفاوض بإنجاز العمل، بينما في عقد بيع العقار على الخارطة يوجد التزام رئيسي آخر على المطور العقاري - بخلاف الالتزام بإنجاز العمل - ألا وهو الالتزام بنقل ملكية العقار بعد اكتمال إنشائه⁽⁷¹⁾.

ومن جهة ثانية، نلاحظ التباين بين عقد البيع على الخارطة وعقد المقاولة من حيث إنه في عقد المقاولة يتعهد بإنجاز العمل "مقاول"، كائناً من كان، ودون اشتراطات خاصة فيه، أما المفاوض الملتزم بنقل ملكية العقار على الخارطة بعد اكتمال بنائه يجب أن يمتحن مهنة "التطوير العقاري"، وإلا كان العقد مقاولاً⁽⁷²⁾، وبمعنى آخر لا يعتبر عقد بيع عقار على الخارطة الحالة حيث يقدم مقاول لا يمتحن التطوير العقاري، العمل والمواد بمشتملاتها (أي شاملة الأرض ومواد البناء)، حيث إن المشرع قصر أهلية نقل ملكية العقار على الخارطة بعد اكتمال بنائه، على المفاوض الذي تتوفر فيه شروط "المطور العقاري" دون غيره من المفاوضين⁽⁷³⁾.

ومن جهة ثالثة، يفترق عقد البيع على الخارطة عن عقد المقاولة، باعتبار أن الأخير يجب أن يتحدد فيه مدة إنجاز العمل، وإلا جاز للمفاوض أن يتم العمل في المدة المعقولة حسب أعراف المهنة⁽⁷⁴⁾. بينما لا ينعقد بيع العقار على الخارطة إلا بتحديد أجل لإنجاز المشروع.

⁷⁰ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 97. عز الدين زوية، مرجع سابق، ص 48 وما بعدها.

⁷¹ شعبان عياشي، عقد البيع بناء على التصاميم - دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي، أطروحة دكتوراه دولة، كلية الحقوق - جامعة قسنطينة، 2012/2011، ص 34. بوسنة إيمان، مرجع سابق، ص 332. ولاء الدين محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 76. بلمختار فاطمة، مرجع سابق، ص 7.

⁷² بوسنة حسام الدين، مرجع سابق، ص 17.

⁷³ المادتان 3 و 4 و 1/16 من القانون رقم 8 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي. بوسنة إيمان، مرجع سابق، ص 332.

لعور ريم ربيعة، مرجع سابق، ص 24 و 25.

⁷⁴ محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 64. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، مرجع سابق (عقد المقاولة)، ص 210 وما بعدها.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

ومن جهة رابعة، يختلف عقد بيع العقار على الخارطة عن عقد المقاول، في كون الأخير يمكن لصاحب العمل التحلل منه بالإرادة المنفردة إذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة ومرهقة له⁽⁷⁵⁾، مع تعويض المقاول. أما عقد بيع العقار على الخارطة فهو عقد لازم لا يجوز فيه للمشتري، ولا للمطور العقاري، أن يفسخه بإرادته المنفردة.

الرأي الثالث - عقد بيع العقار على الخارطة هو عقد وكالة

يرى بعض الفقه⁽⁷⁶⁾ تشابه كل من عقد بيع العقار على الخارطة وعقد الوكالة⁽⁷⁷⁾ (الذي نظمته المشرع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية في المواد من 924 إلى 961) من حيث ورود كل منهما على عمل يؤديه البائع والوكيل في كل من العقدين لصالح المتعاقد الآخر (سواء كان المشتري في عقد بيع العقار على الخارطة أو كان الموكل في عقد الوكالة). فإتمام المطور العقاري مشروعه لصالح مشتري الوحدات العقارية على الخارطة هو بمثابة تنفيذ لوكالة فيما بينه وبينهم، فكأن مشتري الوحدة العقارية على الخارطة قد منح توكيلاً للمطور العقاري بإتمام عمليات متعددة لصالحه: تبدأ بشراء الأرض التي يقام عليها المشروع، وشراء مواد البناء، وإعداد رسوم العقار، والحصول على تراخيص البناء، والتعاقد مع المقاولين المنفذين للمشروع، ومتابعة أعمال الإنجاز، حتى تسليم الوحدات العقارية بعد إتمامها.

إلا أن التشابه بين العقدين - عقد الوكالة وعقد بيع العقار على الخارطة - يتوقف عند هذا الحد، وبعدها يفترق العقدان ويتميزا عن بعضهما. أما عقد الوكالة فيرد على التصرفات القانونية بصفة أصلية ولا يشمل الأعمال المادية إلا بصفة عرضية ويقدر ضرورة إنجاز التصرفات القانونية الموكل فيها، بينما عقد بيع العقار على الخارطة يرد فقط على الأعمال المادية ولا يشمل من الأعمال القانونية إلا القدر الضروري اللازم إجرائها لإتمام الأعمال المادية⁽⁷⁸⁾. كما أن عقد الوكالة من العقود غير اللازمة التي يجوز لأي من طرفيها فسخها بإرادته

⁷⁵ المادة 2/886 معاملات مدنية إتحادي. راجع حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، مرجع سابق (عقد المقاول)، ص 480 وما بعدها. موزة سويد سالم السويدي، مرجع سابق، ص 47.

⁷⁶ عبد الرزاق حسين بس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء (شروطها - نطلق تطبيقها - الضمانات المستحدثة فيها - دراسة مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى، بدون ناشر، بدون سنة نشر، ص 543 حيث يقول "ويمارس الممول العقاري، أو متعهد البناء، مهنته عن طريق إبرام عقد تمويل عقاري يبرمه مع رب العمل هو - كما يبدو من المادة 1831 - 1 سالف الذكر - عقد مختلط من مقاول ووكالة مأجورة".

⁷⁷ عرفت المادة 924 معاملات مدنية إماراتي عقد الوكالة بأنه "الوكالة عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم".

⁷⁸ لدغم شيكوش عبد الرزاق وقطوش فوزي، مرجع سابق، ص 15.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

المنفردة ولو قبل إنجاز الوكيل لوكالته، بينما عقد بيع العقار على الخارطة هو عقد لازم لا يصح لأي من طرفيه إنهائه بإرادته المنفردة، إلا إذا أخل أحد طرفيه بالتزاماته التعاقدية مما يبرر طلب الفسخ.

الرأي الرابع - عقد بيع العقار على الخارطة هو صورة خاصة من صور عقد البيع العقاري

إزاء الانتقادات التي وجهت إلى كل التكييفات السابقة التي حاول الفقه إسباغها على عقد بيع العقار على الخارطة، متمسكاً في ذلك شبيهاً بين جانب أو أكثر من جوانب هذا العقد مع العقود المسماة الأخرى، نرى - فيمن يرى⁽⁷⁹⁾ - أن عقد بيع العقار على الخارطة هو عقد له طبيعة خاصة، فلا تتفق أحكامه مع أحكام عقود البيع الأخرى من كل الجوانب، وإن تشابهت مع بعضها. كما لا تتطابق أحكامه مع أحكام عقود بيع العقارات التقليدية من كل الزوايا، وإن تلامست مع بعضها. فالراجح أن عقد بيع العقار على الخارطة هو عقد بيع عقار له خصوصيته⁽⁸⁰⁾، ولو لم يكن الأمر كذلك لما احتاج المشرع أن يولي هذا العقد عناية خاصة من خلال صياغة أحكام قانونية منفردة تنظم العلاقة بين أطرافه، ولاكتفي بتطبيق القواعد المتعلقة بالعقد الأكثر شبيهاً به. إن خصوصية عقد بيع العقار على الخارطة تأتي من ملابسات استحداثه كتقنية من تقنيات التطوير العقاري، فقبل هذا النشاط المستحدث - نسبياً - ما وجد هذا العقد، وغير متصور إبرام هذا العقد خارج نطاق التطوير العقاري. إذن فعقد بيع العقار على الخارطة يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمفهوم التطوير العقاري، ويدور في إطاره، ويجعل من هذا العقد أداة لضمان تحقيق إطار منضبط لممارسة نشاط التطوير العقاري⁽⁸¹⁾.

وفي هذا الصدد، نؤكد أن خصوصية عقد بيع العقار على الخارطة هي الدافع الرئيسي لتنظيم المشرع له بأحكام قانونية خاصة، فمتلماً فعل المشرع في قانون المعاملات المدنية الاتحادي حين نظم صوراً خاصة لعقود بيع لها أحكامها المتميزة عن أحكام عقد البيع التقليدي تحت عنوان "بيوع مختلفة"، فأورد المشرع المدني الاتحادي تنظيمًا مستقلاً لكل من⁽⁸²⁾: بيع السلم - بيع فضاء الأرض أو البناء - بيع الجزاف - بيوع الآجال

⁷⁹ ولاء الدين محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 76 وما بعدها، حيث يرى أن عقد البيع على الخارطة أقرب ما يكون إلى البيع بالأمثوز الذي نظمه المشرع الإماراتي في المادتين 492 و 493 معاملات مدنية. بوسنة إيمان، مرجع سابق، ص 334.

⁸⁰ بوجنان نسيمه دين، مرجع سابق، ص 18. حمداني داني، مرجع سابق، ص 17. سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص 47.
⁸¹ مديحة خنوفة، الضمانات القانونية للمشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، أطروحة ماجستير - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي - الجزائر، 2014 - 2015، ص 16.

⁸² المواد من 568 إلى 606 معاملات مدنية اتحادي إماراتي. راجع في هذه الصور الخاصة لعقد البيع: وهبة الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، دار الفكر بدمشق، سوريا، الطبعة السادسة، 2007، ص 99 وما بعدها.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

- بيع العينة - بيع الطعام وغيره قبل قبضه - بيع الثمار - بيع الأرض المزروعة والمبذورة - صورة من بيع النخل والشجر - بيع ما مأكوله في جوفه - بيع المخارجه - البيع في مرض الموت - بيع النائب لنفسه - بيع ملك الغير. وهكذا، نرجح أن التنظيم القانوني الإماراتي لعقد بيع العقار على الخارطة الوارد ضمن التشريعات العقارية الإماراتية قد جاء باعتبار هذا العقد صورة خاصة من عقد البيع.

المبحث الثاني: الضمانات الوقائية لمشتري العقار على الخارطة

مما لا شك فيه أن التعامل في السوق العقاري يثير لدى المشتري العديد من المخاوف، قد يبدو أهمها التزامه بالوفاء بالثمن⁽⁸³⁾. وتبدو خطورة هذا الالتزام على المشتري من عدة جوانب، أولها من حيث كون المشتري يوفي بثمن عقار مستقبل، فالعقار الذي يشتريه - وقت التعاقد - ليس مبنياً مكتمل الوجود، وإنما هو عقار تحت الإنشاء، وقد لا يتم إنشاؤه!! وثانيها أن المشتري يدفع ثمن العقار على هيئة دفعات⁽⁸⁴⁾، مما يضعه موضع المغامر بأمواله، فيفقد العاجل (الثمن النقدي) بالأجل (العقار)، إذا ما تأخر المطور عن استكمال بناء الوحدة العقارية. ولما كانت السوق العقارية الآمنة هي خير دعابة لجذب واستقطاب عملاء لهذه السوق، فقد حرص المشرع المحلي في إمارة دبي على وضع طائفة من الضمانات الخاصة - بخلاف ما هو مقرر له من ضمانات وفق القواعد العامة - التي تكفل الأمان للراغبين في شراء عقارات على الخارطة، وهم مقدمون على التعامل في سوق التطوير العقاري، في مرحلة ما قبل تشييد الوحدة العقارية. فمما لا شك فيه أن المشتري في سوق التطوير العقاري وهو يُقدم على التعاقد على شراء عقار على الخارطة تتنابه هواجس ومخاوف لا حصر لها عن: مدى حرفية البائع (المطور العقاري) في ممارسة مهنة التطوير العقاري، ومدى ملاءته التي تمكنه من استيعاب أية اضطرابات بالسوق العقاري، وقدر شفافيته في الإعلان عن منتجاته العقارية، ومدى جدية هذا المطور في إنجاز مشروعه العقاري، ومدى أمانته في الحرص على ضمان ما يقدمه المشتري من دفعات من ثمن وحدته العقارية، وسنحاول فيما يلي دراسة هذه الضمانات الوقائية:

⁸³ تنص المادة 503 معاملات مدنية اتحادي على أنه "الثمن ما تراضى عليه المتعاقدان في مقابلة المبيع سواء زاد على القيمة أو قل، والقيمة هي ما قوم به الشيء من غير زيادة ولا نقصان".

⁸⁴ تنص المادة 3 من القانون رقم (8) لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي على أنه "تسري أحكام هذا القانون على المطور الذي يقوم ببيع وحدات على الخارطة في مشاريع التطوير العقاري بالإمارة واستلام دفعات من المشتريين أو الممولين مقابل ذلك".

أولاً - قصر ممارسة مهنة التطوير العقاري على المطورين العقاريين المحترفين:

في ظل غياب تنظيم تشريعي لمهنة المطور العقاري، تسلل أشخاص ليسوا محل ثقة إلى السوق العقاري وامتحنوا مهنة المطور العقاري، مما ترتب عليه أن عَجَّت هذه السوق بالمنازعات فيما بين المتعاملين، مما أفقد هذه السوق مصداقيتها لفترة من الزمن. وعلاجاً لهذا الخلل حرص المشرع على ضمان التعاملات في سوق التطوير العقاري، من خلال استلزام شروط معينة فيمن يمارس مهنة التطوير العقاري، تكفل بث الأمان لدى المتعامل في هذه السوق. فسمح المشرع المحلي لإمارة دبي⁽⁸⁵⁾ لكل من الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري بممارسة مهنة التطوير العقاري، وذلك على النحو التالي:

1- المطور العقاري شخصاً طبيعياً: وهنا يكون المطور العقاري فرداً مستقلاً يمارس مهنة التطوير العقاري بهدف تحقيق الربح، ويُسأل مسؤولية قانونية شخصية عن الإخلال بالتزاماته المتعلقة بهذا النشاط تجاه الغير⁽⁸⁶⁾. ويشترط في هذا الشخص ليمارس هذه المهنة أن يكون مرخصاً له بمزاولة نشاط شراء وبيع العقارات بغرض تطويرها.

2- المطور العقاري شخصاً اعتبارياً: الغالب في الأحوال أن يكون المطور العقاري شخصاً اعتبارياً خاصاً في صورة شركة تجارية، إلا أن المشرع لم يحدد للمطور العقاري "الشركة" نوعاً بعينه من أنواع الشركات للتقييد به

⁸⁵ المادة 2 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 8 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي، تنص على أن "المطور: الشخص الطبيعي أو المعنوي المرخص له بمزاولة نشاط شراء وبيع العقارات بغرض تطويرها ويشمل المطور الرئيسي أو الفرعي". ويتفق هذا مع موقف القانون المحلي لإمارة أبو ظبي رقم 3 لسنة 2015 في شأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي حيث عرفت المادة 1 منه مصطلح "الشخص" كلما ورد في نص بالقانون بأنه "الشخص الطبيعي أو الشخص الاعتباري". وهو نفس موقف القانون المحلي لإمارة أم القيوين رقم 3 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة أم القيوين حيث عرفت مصطلح "المطور" بأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي المرخص له بالانتفاع بالعقار وفق القوانين والتشريعات السارية بالإمارة واستثماره وتطويره بغرض التنازل عنه نظير مقابل مادي ويشمل المطور الرئيسي والفرعي". وهو نفس موقف المادة 1 من المرسوم الأميري لحاكم رأس الخيمة رقم 22 لسنة 2008 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة رأس الخيمة التي عرفت المطور بأنه "الشخص الطبيعي أو المعنوي المرخص له بمزاولة نشاط شراء وبيع العقارات بغرض تطويرها ويشمل المطور الرئيسي والفرعي". كما يتفق مع موقف المرسوم الأميري لإمارة عجمان رقم 8 لسنة 2008 بشأن تنظيم الملكية المشتركة في المشروعات العقارية والبنائات الاستثمارية حيث عرفت مصطلح المطور العقاري بأنه "يقصد به أي شخص طبيعي أو شركة تجارية أو مؤسسة عامة مرخص لها من الحاكم، أو من ينوب عنه، للقيام بتطوير وتشبيد مشروع عقاري في إمارة عجمان وفقاً لأحكام هذا المرسوم". وعلى خلاف ذلك، قصرت التشريعات العقارية في إمارة الشارقة أعمال التطوير العقاري على الشخص الاعتباري دون الشخص الطبيعي، حيث عرفت المادة 1 من قرار المجلس التنفيذي لإمارة الشارقة رقم 34 لسنة 2018 بشأن بيع الوحدات العقارية في إمارة الشارقة، مصطلح "المطور" بأنه "الشخص الاعتباري (مالك المشروع) أو المنافع بالعقار محل مشروع التطوير العقاري والمرخص له من قبل دائرة التنمية الاقتصادية لممارسة نشاط الاستثمار أو التطوير العقاري أو تسويق أو بيع الوحدات العقارية وإدارتها".⁸⁶

⁸⁶ ولاء الدين محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 56.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

في ممارسة نشاطه العقاري، مما يتيح للمطور العقاري أن يمارس مهنته في إطار أي نوع من أنواع الشركات التي ينظمها قانون الشركات الإماراتي⁽⁸⁷⁾. كما أجاز القانون للمطور العقاري أن يمارس مهنته كشخص اعتباري عام في صورة مؤسسة عامة⁽⁸⁸⁾. ومتى استوفي المطور العقاري شروط ممارسة مهنته وشرع في ممارسة نشاطه بصفة مطور عقاري، كانت لهذا المطور العقاري كشخص اعتباري شخصية قانونية مستقلة عن شخصية الأشخاص الداخلين في تكوينه، فتمت ترئيب مسؤوليته عن نشاطه العقاري ترتبت مسؤولية المطور العقاري كشخص اعتباري (عام أو خاص) بعيداً عن مسؤولية الأشخاص المكونين له.

وفي جميع الأحوال، يجب أن يتوافر فيمن يزاول أعمال التطوير العقاري الشروط التالية⁽⁸⁹⁾:

1- احترام الأعمال التجارية.

2- ممارسة الشخص الأعمال التجارية باسمه ولحسابه.

3- توافر الأهلية اللازمة لمباشرة الأعمال التجارية.

ثانياً - وجوب الحصول على رخصة مطور عقاري:

فرض القانون⁽⁹⁰⁾ على كل شخص طبيعي أو اعتباري يقصد ممارسة مهنة التطوير العقاري سواء بصفة مطور رئيسي أو مطور فرعي أن يحصل على رخصة مطور عقاري. ومما لا شك فيه أن تطلب هذه الرخصة في المطور العقاري تشكل ضمانة هامة لمشتري العقار على الخارطة للتثبت من مؤهلات وإمكانيات من يتعاقد معه بصفة مطور عقاري، بما يحول دون وقوعه فريسة في يد الشركات الوهمية التي تستغل حاجة الناس لشراء

⁸⁷ القانون الاتحادي الإماراتي رقم (2) لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية المعدل بالمرسوم الاتحادي رقم (7) لسنة 2018. ⁸⁸ عرفت المادة 2 من المرسوم الأميري لحاكم إمارة عجمان رقم 8 لسنة 2008 بشأن تنظيم الملكية المشتركة في المشروعات العقارية والبنابات الاستثمارية المعدل بموجب المرسوم الأميري رقم 12 لسنة 2008، المطور العقاري بأنه يقصد به أي شخص طبيعي أو شركة تجارية أو مؤسسة عامة مرخص لها من الحاكم، أو من ينوب عنه، للقيام بتطوير وتشديد مشروع عقاري في إمارة عجمان وفقاً لأحكام هذا المرسوم".

⁸⁹ ولاء الدين محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص55.

⁹⁰ المادة 2 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 8 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي، عرفت مصطلح "المطور" بأنه "الشخص الطبيعي أو المعنوي المرخص له بمزاولة نشاط شراء وبيع العقارات بغرض تطويرها ويشمل المطور الرئيسي أو الفرعي". ثم عرفت المادة 2 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 9 لسنة 2009 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبني في إمارة دبي مصطلح "المطور الرئيسي" بأنه كل من يرخص لممارسة أعمال تطوير العقارات في الإمارة وبيع وحداتها للغير"، ثم عرفت مصطلح "المطور الفرعي" بأنه "كل من بطور جزءاً من مشروع عقاري عائد لمطور رئيسي بموجب اتفاق بينهما".

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

وحدات عقارية، ثم تفر بمدفوعاتهم دون تسليم العقارات لمشتريها. فهذا الترخيص الذي تمنحه الجهة الإدارية المختصة يخرس الثقة في نفوس المتعاملين في السوق العقاري.

ويتيح قسم التصاريح و التراخيص العقارية في إدارة الترخيص العقاري بدائرة الأراضي والأملاك بإمارة دبي تقديم التراخيص العقارية للمطورين العقاريين بوصفها رخصة مهنية. ويتم تقديم المعاملة عن طريق دائرة التنمية الاقتصادية، ومن ثم الحصول على موافقة مؤسسة التنظيم العقاري⁽⁹¹⁾ عن طريق نظام "تراخيصي" على الموقع الإلكتروني لدائرة الأراضي والأملاك لإمارة دبي، ويتم إرفاق جميع المستندات، وبعدها يتم اعتماد المعاملة، ويتم الدفع إلكترونياً وإصدار الموافقة. ويتم إصدار هذا الترخيص مقابل رسوم 25,000 درهم، و 10 دراهم (درهم المعرفة)، و 10 دراهم رسوم ابتكار عن كل رسم⁽⁹²⁾.

ولما يمثله هذا الترخيص من ضمانات قوية للمستثمرين في السوق العقاري، فقد فرض القانون على المطور الذي يباشر أعمال بيع الوحدات العقارية على الخارطة دون الحصول على الترخيص جزاءً رادعاً يتمثل في الحبس والغرامة التي لا تقل عن مائة ألف درهماً، أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا أتى فعلاً مما يأتي: 1- كل من زاول نشاط التطوير العقاري بالإمارة بدون ترخيص. 2- كل من قدم إلى السلطات المختصة مستندات أو بيانات غير صحيحة للحصول على ترخيص لمزاولة نشاط التطوير العقاري. 3- كل من عرض للبيع وحدات في مشروعات عقارية وهمية مع علمه بذلك⁽⁹³⁾. ولا يتوقف الأمر عند هذا الحد، بل يجوز لمؤسسة التنظيم العقاري وبناء على تقرير فني مسبب أن تقرر إلغاء المشروع العقاري إذا ارتكب المطور أيًا من الوقائع السابقة⁽⁹⁴⁾.

ثالثاً - قيد المطور العقاري المرخص في "سجل المطورين العقاريين" بدائرة الأراضي والأملاك بإمارة دبي:

أوجب القانون على دائرة الأراضي والأملاك إعداد سجل خاص يسمى "سجل المطورين العقاريين" تقيد فيه أسماء المطورين المرخص لهم بمزاولة نشاط التطوير العقاري بالإمارة، وحظر القانون مزاولة نشاط التطوير

⁹¹ القانون المحلي لإمارة دبي رقم 4 لسنة 2019 بشأن مؤسسة التنظيم العقاري.

⁹² <https://dubailand.gov.ae/ar/services/service-directory/request-a-license-for-a-real-estate-activity/>

⁹³ الفقرات 1 و 2 و 3 و 4 من المادة 16 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 8 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

⁹⁴ المادة 2/23 من قرار المجلس التنفيذي لإمارة دبي رقم 6 لسنة 2010 باعتماد اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

العقاري على كل من لم يقيد في ذلك السجل⁽⁹⁵⁾. ويحق لجميع المطورين العقاريين المرخصين من الدائرة الإقتصادية أو جهات الترخيص المعتمدة (المناطق الحرة) الذين يعملون في نشاط تطوير عقاري، التسجيل في السجل. ويتم توفير خدمة القيد في السجل من قبل قسم تسجيل المطورين في إدارة حسابات ضمان التطوير العقاري بدائرة الأراضي والأملاك بإمارة دبي⁽⁹⁶⁾.

ولغرض القيد في سجل المطورين العقاريين بدائرة الأراضي والأملاك بإمارة دبي، يلزم توفير المستندات التالية:

1. نموذج طلب تسجيل للمطور
2. نموذج تحديث بيانات أشخاص الاتصال
3. صورة من الرخصة التجارية سارية المفعول
4. شهادة عضوية من غرفة دبي سارية المفعول
5. ملكية الأرض

والحضور إلى دائرة الأراضي والأملاك الفرع الرئيسي، والتقديم على الخدمة بإرفاق كافة المستندات المطلوبة، وتعبئة النماذج. ويتم اعتماد طالب التسجيل كمطور عقاري بعد التأكد من استيفاء المتطلبات ويتم إصدار شهادة اعتماد مطور عقاري وتسليمها للمتعامل.

رابعا - توفر المصادقية في إعلانات المطور العقاري عن بيع عقاراته على الخارطة:

لما كان عقد بيع العقار على الخارطة هو تجسيد لعلاقة بين مهني ومستهلك، ولما كان المزود مفروض عليه التزام بالإعلام تجاه المستهلك⁽⁹⁷⁾، وحيث إن الإعلان عن بيع عقار على الخارطة قد يكون وسيلة تضليل يعتمد عليها المطور العقاري لخداع العملاء وتوجيههم للتعاقد معه تحت تأثير التعبير المعيب للرضا، والذي يجيز للمشتري فسخ العقد⁽⁹⁸⁾. لهذا كله، حرص المشرع في إمارة دبي أن يتسم إعلان المطور العقاري عن بيع عقارات على الخارطة بالمصادقية. فيتعين على المطور العقاري أن يزود الراغب في شراء الوحدة العقارية

⁹⁵ المادة 4 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 8 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

⁹⁶ <https://dubailand.gov.ae/ar/services/service-directory/request-for-registration-of-a-developer>.

⁹⁷ تنص المادة 27 من اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي رقم 24 لسنة 2006 في شأن حماية المستهلك، والصادرة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم 12 لسنة 2007، على أنه "يحظر على أي شخص الإعلان بأية وسيلة كانت عن سلعة أو خدمة بشكل يؤدي إلى تضليل وخداع المستهلك".

⁹⁸ المادتان 187 و 190 من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم 5 لسنة 1985 المعدل بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 1987.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

- لاسيما لو كانت عقاراً على الخارطة حيث تنعدم قدرة المشتري على معاينة المبيع - بكافة البيانات والمعلومات الجوهرية التي من شأنها التأثير على قرار المستهلك بالتعاقد.

وبناء عليه استلزم القانون في المطور العقاري الذي يرغب في الإعلان والترويج لبيع عقارات على الخارطة أن يحصل على ترخيص خطي من مدير عام دائرة الأراضي والأملاك بإمارة دبي⁽⁹⁹⁾. ويعتبر الحصول على هذا الترخيص للقيام بالإعلان عن المشاريع العقارية أمر إلزامي، ومخالفة ذلك تعرض المطور للمساءلة القانونية. ولا يحق لأي شركة داخل إمارة دبي، الإعلان عن أي منتج عقاري قبل الحصول على تصريح رسمي من الدائرة بنشر الإعلان، وكتابة رقم هذا التصريح في الإعلان. وفوق هذا، تختص مؤسسة التنظيم العقاري بإمارة دبي بإصدار الموافقات اللازمة لمحتوى الإعلانات العقارية في الإمارة، بما في ذلك مناطق التطوير الخاصة، والمناطق الحرة بما فيها مركز دبي المالي العالمي⁽¹⁰⁰⁾. ومما لا شك فيه أن طرح مبيعات المشاريع العقارية عبر مراحل متعددة، يضمن نجاح تسويق المشاريع الجديدة، لاسيما أن بيع كامل وحدات المرحلة الأولى يغري المزيد من العملاء على الشراء بالمرحل اللاحقة. كما إن الإعلان عن طرح وحدات عقارية جاهزة بالمشروع للبيع، يزيد من فرص تسويق الوحدات المباعة على الخارطة في مراحل لاحقة، ويعزز من ثقة المشتري بشأن استقرار المشروع. لهذا تلتزم وسائل الإعلام فيما تقدمه من إعلانات عقارية يتم بثها في أي وسيلة إعلامية مسموعة أو مقروءة أو مرئية، بما فرضه المجلس الوطني للإعلام من شروط للإعلانات⁽¹⁰¹⁾ وهي:

- 1- يجب ألا يكون الإعلان مبهماً أو غامضاً أو ليس له دلالة واضحة
- 2- ألا يتضمن أو يحتوي على ادعاءات غير صحيحة أو مضللة أو يعتمد على التهويل وادعاء التفرد وتحقير المنافس وكل ما ينطوي على شبهة الغش والتضليل.
- 3- يجب ألا يتضمن الإعلان علامات أو إشارات أو صور مزورة أو مقلدة أو موضوعة بغير حق.

⁹⁹ المادة 5 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 8 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي، والتعميم رقم 11 لسنة 2016 بتاريخ 2016/8/10 الصادر من المدير التنفيذي لمؤسسة التنظيم العقاري بشأن تصاريح الإعلانات العقارية، وعدم قبول أي إعلان عقاري لا يحمل رقم التصريح العقاري اعتباراً من 2016/10/1 والذي يمكن استخراجه من خلال نظام "تراخيصي" الموجود على الموقع الرسمي لدائرة الأراضي والأملاك بإمارة دبي.

¹⁰⁰ المادة 11/5 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 4 لسنة 2019 بشأن مؤسسة التنظيم العقاري.

¹⁰¹ المادة 45 من قرار رئيس مجلس إدارة المجلس الوطني للإعلام رقم 26 لسنة 2017 في شأن المحتوى الإعلامي.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

- 4- أن يكون حقيقيا وغير مبالغ فيه وألا يؤدي إلى خلق لبس أو خلط بأية طريقة كانت مع أسماء أو منتجات أو أنشطة أخرى.
- 5- إذا كان الإعلان باللغة العربية فيجب أن تكون اللغة المستخدمة في الإعلان هي اللغة العربية الفصحى أو اللهجة الإماراتية المحلية.
- 6- الحصول على الموافقة المسبقة من الجهات المختصة في كل ما يتعلق بالإعلانات المتخصصة كتلك المتعلقة بالعقارات.
- 7- يجب تحديد هوية الإعلانات بوضوح وأن تظهر مميزة ومستقلة عن المواد التحريرية والإعلامية الأخرى، ووضح حدود تفصل الإعلان عن أي مادة أخرى، وفواصل زمنية في حالات البث الإذاعي والتلفزيوني.

خامسا - أن يتوفر للمطور العقاري صفة الجدية في تنفيذ مشروعه العقاري:

أستلزم القانون في المطور العقاري قبل البدء في تنفيذ أو بيع عقارات على الخارطة أن يستجمع مقومات معينة يستدل منها على جديته، ومن ثم فقد استلزم في المطور العقاري الشروط التالية⁽¹⁰²⁾:

- 1- استلام الأرض والحصول على شهادة علائمها.
 - 2- السيطرة على الأرض التي سيقام عليها المشروع العقاري.
 - 3- الحصول على الموافقات اللازمة من الجهات المختصة للبدء في تنفيذ المشروع العقاري.
- واعتبر القانون أن عقود البيع العرفية التي يبرمها المطور العقاري بشأن وحدات عقارية على الخارطة في مشاريع لم تتم الموافقة عليها من الجهات المختصة، عقودا باطلة طالما أبرمت قبل الحصول على الموافقة⁽¹⁰³⁾.
- كما اعتبر المشرع من علامات عدم جدية المطور العقاري في ممارسة نشاطه⁽¹⁰⁴⁾:
- 1- التأخير بدون مبرر في استلام الأرض والحصول على الموافقات اللازمة من الجهات المختصة للبدء في تنفيذ المشروع.

¹⁰² المادة 4 من قرار المجلس التنفيذي رقم 6 لسنة 2010 باعتماد اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبني في إمارة دبي.

¹⁰³ المادة 10 من القانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن السجل العقاري المبني في إمارة دبي.

¹⁰⁴ المادة 22 من قرار المجلس التنفيذي رقم 6 لسنة 2010 باعتماد اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبني في إمارة دبي.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

- 2- قيام المطور الفرعي بالبيع على الخارطة دون أخذ الموافقة الخطية من المطور الرئيسي.
- 3- التأخر في الحصول على الموافقة الخطية على المخططات والتصاميم من المطور الرئيسي.
- 4- التأخر في إعداد المشروع لأعمال التشييد.

ورتب القانون جزءاً رادعاً على المطور العقاري الذي تثبت عدم جديته يجيز لمؤسسة التنظيم العقاري - بناء على تقرير فني مسبب - أن تقرر إلغاء المشروع العقاري إذا ثبت عدم جدية المطور في تنفيذه⁽¹⁰⁵⁾، وهذا الجزء يستتبع توقيع جزء آخر على المطور الذي ألغى مشروعه العقاري، فيجب عليه رد كافة المبالغ المستلمة من المشترين، وفقاً للإجراءات والأحكام المنصوص عليها في القانون رقم 8 لسنة 2007⁽¹⁰⁶⁾.

وفي هذا قضت محكمة تمييز دبي بأنه "حظرت المادتان الرابعة والعاشرة من القانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي على المطور الرئيسي أو الفرعي البدء في تنفيذ المشروع أو بيع وحداته على الخارطة قبل استلام الأرض التي سيقام عليها المشروع والحصول على الموافقات اللازمة من الجهات المختصة بالإمارة، وكذلك إبرام عقود بيع عرفية لبيع عقارات أو وحدات عقارية على الخارطة في مشاريع لم تتم الموافقة عليها من الجهات المختصة، بما مؤداه أنه يتعين على المطور الرئيسي أو الفرعي قبل طرح وحدات مشروعه للبيع أن يحصل على الموافقات اللازمة لإقامة المشروع من الجهات المختصة، وبالتالي ينبغي أن يكون في حسبان موافقة أو عدم موافقة تلك الجهات ومنحها التصديقات والتراخيص اللازمة قبل بدء تنفيذ المشروع. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أورد في أسباب رده على دفاع الطاعنة بعدم التزامها بالتعويض لقيام قوة القاهرة أفضت إلى عدم تنفيذها لالتزامها - أورد قوله إن (ما تنعاه المستأنفة (الطاعنة) على الحكم المستأنف وتدفع به من وجود ظروف القاهرة أدت إلى تأخير تسليم الفيلا ... وحيث إن الخبير المنتدب قد بين في تقريره أن فشل المستأنفة في تسليم الفيلا بتاريخ 2008/6/30 وحتى تاريخ رفع الدعوى كان بسبب عدم حصولها على الموافقة النهائية على المخططات والرسومات الهندسية المقدمة لبلدية دبي لتنفيذ كامل المشروع. وحيث إن ما أورده المستأنفة وما أورده الخبير أيضاً بهذا الشأن لا يعتبر ظرفاً قاهراً بالمعنى القانوني إذ أن حصول المستأنفة على الترخيص بالبناء من عدمه من الأمور المتوقعة من الشخص العادي وقبل طرح

¹⁰⁵ المادة 23 من قرار المجلس التنفيذي رقم 6 لسنة 2010 باعتماد اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

¹⁰⁶ المادة 1/ب من القانون رقم 19 لسنة 2017 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

البناء للبيع وعقد اتفاقيات البيع، فكيف من الشركة المسأفة وهي المتخصصة بهذا النشاط، لذا فإن هذا الأمر ليس مفاجئاً لها أو غير متوقع منها مما تنتقي معه صفة القوة القاهرة)، وهي أسباب سائغة ومستمدة مما له أصل ثابت في الأوراق وكافية لحمل قضاء الحكم في خصوص رفضه دفاع الطاعنة بقيام قوة القاهرة بتبجح لها التحلل من التزامها دون تعويض المطعون ضدهما المتعاقدين معها، ومن ثم يكون النعي بما سلف قائماً على غير أساس⁽¹⁰⁷⁾.

كذلك اعتبر القانون أن من مظاهر جدية المطور العقاري - والتي تعد ضماناً من ضمانات مشتري الوحدة العقارية على الخارطة - أن يباشر المطور العقاري الأعمال الإنشائية قبل انقضاء ستة أشهر من تاريخ منحه الموافقة بالبيع على الخارطة، وإلا اتسم نشاطه بعدم الجدية وتعرض المطور العقاري لشطبه من سجل المطورين العقاريين، وهو ما قرره المادة 17 من القانون رقم 8 لسنة 2007 بشأن السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي حيث نصت على أنه "يشطب قيد المطور العقاري من السجل (السجل المعد بدائرة الأراضي والأملاك بإمارة دبي لقيد المطورين العقاريين) في أي من الحالات التالية: .. 2- إذا لم يباشر الأعمال الإنشائية بعد انقضاء ستة أشهر من تاريخ منحه الموافقة بالبيع على خارطة دون عذر مقبول". وقد اعتبر القانون أن مجرد

¹⁰⁷ تمييز دبي 2009/11/15 بالطعن رقم 2009/268 - طعن مدني، وطعن مدني 2009/290، منشور على موقع <https://www.stalawfirm.com/ar/blogs/view/2009-2012.html>. كما قضت محكمة تمييز دبي بتاريخ 2011/11/27 في الطعن العقاري رقم 2011/290 بأنه "إذا كانت محكمة الموضوع خلصت وعلى نحو ما أوردته من أسباب وفي حدود سلطتها في تحصيل وفهم الوقع في الدعوى وتقدير أدلتها ومنها تقرير الخبير المقدم فيها إلى أن طلب المدعية الختامي في الدعوى بإلزام المدعى عليها بأن تؤدي لها المبلغ المدفوع كمقدم ثم وقت إبرام وثيقتي الحجز، ينطوي ضمناً على طلب فسخ العقد وكان هذا الطلب مؤسسا على ما ثبت في الأوراق وبما لا تنازع فيه المدعى عليها من أن المشروع العقاري الكائنة به الوحدتين المباعيتين للمدعية مازال رسماً على الخارطة ولم يدخل حيز التنفيذ الفعلي ببدء العمل في إنجازه، كما وأن المدعى عليها لم تحرر للمدعية عقدي بيع فيهما التاريخ المتوقع للتسليم وكيفية سداد أقساط الثمن المؤجلة ولم تودع المبالغ التي تسلمتها من المدعية كمقدم حجز في حساب ضمان الثقة وفقاً للقانون وبذلك تكون قد قصرت في تنفيذ التزاماتها الجوهرية الناشئة عن العقد والمترتبة عليه، الأمر الذي يتعين معه إجابة المدعية إلى طلبها بفسخ العقد وأنه لا ينال من ذلك ما تعللت به المدعية عليها من أن سبب توقفها عن بدء العمل في المشروع يرجع إلى القوة القاهرة أو السبب الأجنبي لعدم وجود التمويل الكافي نظراً لكبر حجم المشروع وضخامته وما انتاب العالم من أزمة مالية حادة لأن هذا السبب متوقع الحصول وقد فرض القانون على المطور العقاري عدم إبرام عقود بيع عرفية لبيع العقارات أو الوحدات العقارية على الخارطة قبل الحصول على الموافقات اللازمة لإقامة المشروع من الجهات المختصة وبالتالي كان ينبغي عليه أن يكون في حسابه موافقة أو عدم موافقة تلك الجهات ومنحها التصديقات والترخيص اللازمة قبل تنفيذ العقد وبالتالي يكون دفاع الطاعنة في هذا الخصوص هو دفاع ظاهره الفساد. وإذا كان هذا الذي خلصت إليه محكمة الموضوع سائغاً وله أصله الثابت في الأوراق بما يكفي لحمل قضائها بل إنه يتضمن الرد المسقط لما تمسكت به الطاعنة من دفاع ضمنته هذا السبب من أسباب الطعن، ومن ثم فإن نعي الطاعنة عليه في هذا الخصوص يضحى جدلاً فيما تستقل محكمة الموضوع بتقديره مما لا يجوز إثارته أمام محكمة التمييز وبالتالي بات قائماً على غير أساس مستوجباً الرفض"، منشور على موقع <https://www.stalawfirm.com/ar/blogs/view/2009-2012.html>.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

قيام المطور بأعمال التسوية وتنفيذ البنية التحتية للمشروع بدءاً منه في تنفيذ المشروع⁽¹⁰⁸⁾. ومع ذلك، يجوز للمطور التظلم من قرار مؤسسة التنظيم العقاري بإلغاء المشروع العقاري خلال مدة لا تتجاوز (7) أيام عمل من تاريخ إخطاره بقرار الإلغاء. ويجب أن يكون التظلم مكتوباً ومبيناً فيه أوجه الاعتراض. وتبت مؤسسة التنظيم العقاري في التظلم وجوباً خلال (7) أيام عمل من تاريخ تقديم التظلم لها. وهنا أحد فرضين: إما أن ترفض المؤسسة التظلم، وهنا يكون قرار الرفض نهائياً ويجب عليها المضي في تنفيذ إجراءات إلغاء المشروع. وإما أن تقبل المؤسسة التظلم، وهنا يجب عليها تحديد الشروط والمتطلبات التي يجب على المطور التعهد كتاباً بالالتزام بها للعدول عن قرار إلغاء المشروع العقاري⁽¹⁰⁹⁾.

سادساً - فتح المطور العقاري "حساب الضمان" لتلقي ثمن الوحدات العقارية المباعة على الخارطة:

إن الاضطراب الذي شهده السوق العقاري في فترة من الفترات وتخلف بعض المطورين العقاريين عن إنجاز مشروعاتهم أو تقاعس بعض مشتري الوحدات العقارية عن الوفاء بأثمانها، كان هو الدافع الرئيسي لتدخل المشرع لتنظيم السوق العقاري بموجب تشريعات عقارية كان هدفها حماية كل من طرفي التعامل في هذا السوق (المطور العقاري والمشتري). ومن أهم ما استحدثه المشرع من ضمانات لضبط السوق العقاري في مجال بيع العقارات على الخارطة، إلزام المطور العقاري بعدم تلقي أثمان بيع هذه الوحدات في حسابه المصرفي الخاص أو ذمته المالية الخاصة، خشية أن يفر المطور العقاري بهذه المبالغ المحصلة من مشتري الوحدات على الخارطة قبل الوفاء بالتزامه بإنجازها وتسليمها للمشتري⁽¹¹⁰⁾، وأوجب على المطور أن يودع المبالغ المدفوعة

¹⁰⁸ المادة 2/17 من قرار المجلس التنفيذي رقم 6 لسنة 2010 باعتماد اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

¹⁰⁹ المادة 24 من قرار المجلس التنفيذي رقم 6 لسنة 2010 باعتماد اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

¹¹⁰ سليمان راشد سليمان علي العابد الكعبي، مرجع سابق، ص167.

شترى العقار على الخارطة

من مشتري الوحدات على الخارطة أو من الممولين، في حساب مصرفي يسمى "حساب الضمان"⁽¹¹¹⁾، ويفتح المطور العقاري هذا الحساب المصرفي باسم المشروع وليس باسمه الخاص⁽¹¹²⁾.

*تعريف حساب الضمان: وقد عرّف المشرع حساب الضمان بأنه الحساب المصرفي الخاص بالمشروع العقاري الذي تودع فيه المبالغ المدفوعة من المشتريين لوحدات على الخارطة أو من الممولين للمشروع⁽¹¹³⁾. وإذا تعددت المشروعات التي ينفذها المطور العقاري، لزم فتح حساب ضمان مستقل لكل مشروع على حدة⁽¹¹⁴⁾.

*حكمة إنشاء حساب الضمان: يقصد بإنشاء حساب الضمان الاستيثاق من أن كافة الأموال التي ترصد في هذا الحساب قد خصصت لغرض إنجاز المشروع العقاري المضمون بهذا الحساب، وكأن المقصد من هذه الضمانة المقررة لمشتري العقار على الخارطة أن يجد المشتري وسيلة مضمونة في استرداد ما أوفى به من دفعات من ثمن العقار الذي اشتراه إذا ما تخلف المطور عن بنائه أو تسليمه. وتحقيقاً لهذا المقصد من حساب الضمان حظر القانون على دائني المطور الحجز على المبالغ المودعة فيه (وهي حصيلة الدفعات التي يسدها مشتري العقارات على الخارطة ثمنًا للوحدات التي تعاقدها عليها)⁽¹¹⁵⁾.

¹¹¹ قارن "صندوق الضمان والكفالة المتبادلة" الذي استحدثه المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 406-97 المؤرخ في 1997/11/3 لضمان تسديدات المتعاملين في الترقية العقارية على أساس عقد البيع بناء على التصاميم، لمزيد من التفاصيل راجع خالد رمول، مرجع سابق، ص 300 وما بعدها. قارن أيضاً صندوق الضمان الذي نظمته المشرع البحريني بموجب المواد 15/ج و 24 و 25 من القانون رقم 27 لسنة 2017 بشأن قانون تنظيم القطاع العقاري. قارن أيضاً حساب الضمان الذي استحدثه المنظم السعودي ضمن الضوابط المتعلقة ببيع أو تأجير وحدات عقارية على الخارطة الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم 365 بتاريخ 1437/12/4 هـ الموافق 2016/9/7.

¹¹² المادة 1/9 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 8 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي، راجع تميمي دبي - طعن مدني رقم 46 لسنة 2009 قضائية - جلسة 2010/10/24 - المكتب الفني 21 - ج 2 - ص 1347 حيث قضت المحكمة بأنه نظراً لطبيعة التصرفات التي ترد على الوحدات المباعة على الخارطة، وضمانا للمحافظة على حقوق المشتريين، ألقى المشرع على المطور التزاماً بإيداع المبالغ المدفوعة من المشتريين لوحدات على الخارطة، أو من الممولين في حساب ضمان التطوير العقاري باسم المشروع - بما موداه - أن التزام المطور بإيداع المبالغ المدفوعة إليه من المشتريين في حساب الضمان باسم المشروع، هو مما يتعلق بمستلزمات عقد البيع لوحدات على الخارطة، بحيث إذا أخل المطور بتنفيذ هذا الالتزام، فإنه يحق للمشتري أن يحبس الثمن، أو جزء منه عن المطور، واللجوء إلى المحكمة المختصة بطلب فسخ العلاقة التعاقدية، واسترداد ما دفعه من ثمن المبيع".

¹¹³ المادة 2 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 8 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

¹¹⁴ المادة 2/9 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 8 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

¹¹⁵ المادة 1/9 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 8 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

*فتح حساب الضمان وإدارته: يتم فتح حساب الضمان للمطور العقاري الراغب في بيع وحدات على الخارطة من خلال تقديم طلب⁽¹¹⁶⁾ إلى دائرة الأراضي والأملاك بإمارة دبي، وينشأ حساب الضمان بموجب اتفاقية خطية بين المطور العقاري من ناحية وأمين الحساب من ناحية أخرى (ويقصد بالأخير المؤسسة المالية أو المصرفية المعتمد من الدائرة لإدارة حساب الضمان⁽¹¹⁷⁾)، ويكون لدى الدائرة سجلاً خاصاً يسمى "سجل أمناء الحساب" تقيد فيه أسماء أمناء الحسابات الذين يشترط فيهم أن يكونوا من ذوي الكفاءة لإدارة حساب الضمان⁽¹¹⁸⁾. وبموجب هذه الاتفاقية المكتوبة خطياً يتم إيداع المبالغ المدفوعة من المشتريين لوحدة على الخارطة أو الممولين، وذلك في حساب خاص يفتح لدى أمين الحساب باسم المشروع العقاري، ويعتبر أمين الحساب جهة محايدة تضمن أن أموال المشروع قد خصصت لاستكمال وحداته. وتحدد هذه الاتفاقية شروط إدارة الحساب وحقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة، وتودع نسخة من هذه الاتفاقية لدى دائرة الأراضي والأملاك بإمارة دبي⁽¹¹⁹⁾. ويجب على أمين الحساب تزويد دائرة الأراضي والأملاك بالإمارة بكشوفات دورية بإيرادات ومدفوعات حساب الضمان، كما يجوز للدائرة أن تطلب في أي وقت من أمين الحساب تزويدها بالمعلومات أو البيانات التي ترى ضرورة الاطلاع عليها. وفي جميع الأحوال يجوز للدائرة الاستعانة بمن تراه مناسباً للتحقيق في تلك الكشوف والبيانات. وإذا ثبت للدائرة قيام أمين الحساب بارتكاب أية مخالفة لأحكام هذا القانون أو لوائح التنفيذ، فعليها إخطاره خطياً بذلك ومنحه مهلة لإزالة هذه المخالفة⁽¹²⁰⁾. وفي ضوء مبادئ الحوكمة

¹¹⁶ ويرفق بهذا الطلب حزمة من المستندات وضحتها المادة 6 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 8 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي وهي كالتالي:

- 1- شهادة عضوية بغرفة تجارة وصناعة دبي.
- 2- الرخصة التجارية.
- 3- شهادة ملكية الأرض المراد تطويرها.
- 4- نسخة من العقد المبرم بين المطور الرئيسي والمطور الفرعي.
- 5- التصاميم المعمارية والمخططات الهندسية المبدئية المعتمدة من الجهات المختصة والمطور الرئيسي.
- 6- بيان مالي بتقدير تكاليف وإيرادات المشروع مصدقاً من مدقق حسابات قانوني معتمد.
- 7- تعهد من المطور الفرعي ببدء الأعمال الإنشائية للمشروع بعد حصوله على موافقة المطور الرئيسي بالبيع على الخارطة، أو تعهد من المطور الرئيسي في حالة عدم وجود مطور فرعي.
- 8- نموذج عقد البيع بين المطور والمشتري.

¹¹⁷ المادة 2 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 8 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

¹¹⁸ المادة 10 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 8 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

¹¹⁹ المادة 7 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 8 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

¹²⁰ المادة 11 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 8 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

والتزاما بمعايير الشفافية، فإن الاتفاقيات التي توقع بين دوائر البلدية أو مؤسسات التنظيم العقاري في الإمارات تتجه نحو تضمينها من البنود ما يحظر على أمين الحساب الجمع بين صفة أمين الحساب ومستثمر في المشروع العقاري، ويتعين إبلاغ السلطة المختصة في حالة وجود أي تداخل للمصالح بين البنك والمطور⁽¹²¹⁾. وحتى يكون هذا الحساب المصرفي بمثابة ضمانة لحقوق مشتري العقار على الخارطة، ألزم القانون أمين الحساب بأن يحتفظ بنسبة 5% من القيمة الكلية لحساب الضمان بعد حصول المطور على شهادة الإنجاز، ولا تصرف المبالغ المحتفظ بها، إلى المطور إلا بعد انقضاء سنة من تاريخ تسجيل الوحدات بأسماء المشترين⁽¹²²⁾.

*رصيد حساب الضمان: ألزم القانون المطور العقاري بأن يودع في حساب الضمان المتعلق بالمشروع كل المبالغ التي يحصلها بمناسبة إقامة هذا المشروع المرتبط بالحساب. وبناء عليه، يودع المطور في حساب الضمان:

1- المبالغ المدفوعة من المشترين كدفعة من ثمن أو مقدم لثمن وحدات على الخارطة. وعملا يقوم المشتري بسداد هذه المبالغ في حساب الضمان مباشرة، ثم يخطر المطور بما يفيد قيامه بالسداد، أما إذا تم بيع الوحدة على الخارطة من خلال وسيط عقاري فيلتزم الأخير بإيداع ثمن بيع الوحدة التي توسط في بيعها في حساب ضمان المشروع⁽¹²³⁾.

2- مبالغ القروض التي يتحصل عليها المطور العقاري من مؤسسات أو شركات التمويل المرتبطة للمشروع، ويجب على هذه المؤسسات والشركات أن تودع مبلغ القرض في حساب الضمان بمعرفتها لضمان التصرف بالمبالغ المودعة وفق القانون⁽¹²⁴⁾.

¹²¹ ولاء الدين محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص 60.

¹²² المادة 14 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 8 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

¹²³ تحظر المادة 12 من قرار المجلس التنفيذي رقم 6 لسنة 2010 باعتماد اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي، على الوسيط العقاري أن يودع ثمن بيع الوحدة التي توسط في بيعها في حسابه الخاص، أو حتى أن يخصم عمله من الثمن قبل إيداعه في حساب الضمان، وأبطل النص كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

¹²⁴ المادة 13 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 8 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي. كذلك راجع سندس حميد الجبوري، المسؤولية المدنية للمطور العقاري - دراسة في ضوء قوانين إمارة دبي، دار النهضة العربية، 2015، ص 62.

المبحث الثالث: الضمانات العلاجية لمشتري العقار على الخارطة

حرص المشرع المحلي في إمارة دبي على معالجة ما تسفر عنه المعاملات على الوحدات العقارية على الخارطة، من منازعات وخلافات بين أطراف العلاقة، وذلك من خلال وضع ضمانات علاجية للمشكلات المتعلقة بنقل ملكية الوحدة العقارية المباعة على الخارطة، أو تسليمها غير المطابق في المساحة سواء تسليمًا منقوصاً أو زائداً، أو عدم إنجاز المشروع العقاري كلياً أو جزئياً، وهو ما نعالجه فيما يلي:

أولاً - ضمان انتقال الملكية لمشتري العقار على الخارطة:

اعتبر المشرع المحلي لإمارة دبي - وعلى خلاف المعمول به في بقية الإمارات في الدولة⁽¹²⁵⁾ - عقد بيع العقار عقداً شكلياً لا ينعقد إلا بتوافر أركانه من رضاء ومحل وسبب وتسجيل، وبدون هذه الأركان مجتمعة يعتبر عقد بيع العقار باطلاً، معدوم الوجود والأثر⁽¹²⁶⁾.

ومع ذلك، لم يكتف المشرع المحلي في إمارة دبي بأن تنتقل ملكية العقار المبيع على الخارطة بمجرد توافر عقد البيع بأركانه الأربعة بما فيها التسجيل، بل جعل عقد بيع العقار على الخارطة له خصوصيته فيما يتعلق بانتقال الملكية، وقرر أن انتقال الملكية في عقد بيع العقار على الخارطة يتم على مرحلتين:

المرحلة الأولى - مرحلة التسجيل المبدئي: استحدث المشرع المحلي في دائرة الأراضي والأملاك بإمارة دبي ما يسمى "السجل العقاري المبدئي"، لتسجيل جميع التصرفات التي ترد على الوحدات العقارية المباعة على الخارطة. ويقصد بهذا "السجل العقاري المبدئي" مجموعة الوثائق المحررة أو المحفوظة خطياً أو الكترونياً بالسجل الإلكتروني لدى الدائرة التي تثبت فيها عقود بيع العقارات وغيرها من التصرفات القانونية على الخارطة

¹²⁵ حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، الوجيز في شرح عقد البيع وفقاً لأحكام قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985، دار النهضة العربية بمصر ودار النهضة العلمية بالإمارات، 2018، ص30 وما بعدها و ص172 وما بعدها.

¹²⁶ المادة 9 من القانون رقم 7 لسنة 2006 بشأن التسجيل العقاري في إمارة دبي حيث تنص على أنه "يجب أن تسجل في السجل العقاري جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق عقاري أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لتلك التصرفات، ولا يعتد بهذه التصرفات إلا بتسجيلها في السجل العقاري". كما تنص المادة 26 من ذات القانون على أنه "1- يقع باطلاً أي اتفاق أو تصرف يتم بالمخالفة لأحكام هذا القانون، كما يقع باطلاً أي اتفاق أو تصرف أبرم بقصد التحايل على أحكامه. 2- ويجوز لكل ذي مصلحة أو الدائرة (دائرة الأراضي والأملاك بإمارة دبي) أو النيابة العامة طلب الحكم ببطالان هذا الاتفاق أو التصرف، وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها".

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

قبل نقلها إلى السجل العقاري⁽¹²⁷⁾. وبناء عليه، قرر المشرع بطلان البيع وغيره من التصرفات القانونية الناقلة أو المقيدة للملكية أو أي من الحقوق المتفرعة عنها إذا لم يتم تسجيل هذه التصرفات في ذلك السجل⁽¹²⁸⁾. ويكون التسجيل المبدئي من خلال تقديم طلب على النموذج المعد لهذا الغرض لدائرة الأراضي والأملاك بالإمارة، والتي تستوفي بياناتها والمستندات اللازمة وفقاً للأصول والإجراءات المتبعة لدى الدائرة⁽¹²⁹⁾، ويكون للمطور العقاري دور رئيسي في توفير كافة المستندات المطلوبة لإتمام عملية التسجيل المبدئي⁽¹³⁰⁾.

المرحلة الثانية - التسجيل النهائي: ربط القانون بين التسجيل النهائي وبين إكمال المطور لمشروعه العقاري بنسبة إنجاز 100%، فأوجب على المطورين العقاريين تسجيل المشروعات التي يكتمل إنشاؤها في السجل العقاري لدى دائرة الأراضي والأملاك بالإمارة. ولم يترك المشرع للمطور مجالاً للدعاء باكتمال إنجاز المشروع، بل حدد أداة حصرية لإثبات اكتمال إنجاز المشروع العقاري، وهي ما أطلق عليه القانون "شهادة الإنجاز". فهذه الشهادة متى صدرت من الجهات المختصة امتنع على المطور الرئيسي أو الفرعي الامتناع عن تسليم أو تسجيل الوحدة العقارية باسم المشتري في السجل العقاري تسجيلًا نهائياً، حتى ولو ترتب للمطور في ذمة المشتري أية التزامات مالية أخرى غير ناشئة عن عقد بيع الوحدة العقارية⁽¹³¹⁾. كما ربط القانون بين وفاء المشتري بالتزاماته التعاقدية الناشئة عن عقد بيع العقار على الخارطة وبين التسجيل النهائي، ومن ثم أجاز القانون لدائرة الأراضي والأملاك بالإمارة - بناء على طلب المشتري أو من تلقاء نفسها - أن تسجل في السجل العقاري لدى الدائرة - ووفقاً للإجراءات المتبعة لديها - الوحدات العقارية المباعة على الخارطة والمسجلة في السجل المبدئي باسم المشتري الذي أوفى بكافة التزاماته التعاقدية⁽¹³²⁾.

¹²⁷ المادة 2 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 9 لسنة 2009 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

¹²⁸ المادة 3 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

¹²⁹ المادة 5 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

¹³⁰ ولاء الدين محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص 104.

¹³¹ المادة 8 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي، و المادة 1/7 من من قرار المجلس التنفيذي رقم 6 لسنة 2010 باعتماد اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

¹³² المادة 8 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

ولما كان القانون قد سمح لمشتري العقار على الخارطة أن يتصرف في وحدته العقارية المسجلة في السجل العقاري المبدئي لدى دائرة الأراضي والأملاك بإمارة دبي⁽¹³³⁾، فمن المتصور أن يتم تداول الوحدة العقارية المباعة على الخارطة والمسجلة في السجل المبدئي، بين أكثر من مشترٍ حتى يتم تسجيلها تسجيلاً نهائياً، وهذا معناه أن التسجيل النهائي للوحدة العقارية المباعة على الخارطة يتم لمصلحة آخر مشتري تم نقل ملكية الوحدة له في السجل المبدئي، بشرط أن يكون قد أوفى للمطور بالدفعة أو الدفعات الأخيرة من ثمن الوحدة، موفياً بذلك بالتزامه تجاه المطور العقاري بسداد ثمنها. فإذا لم يتم المطور بتسجيل الوحدة المباعة على الخارطة والمسجلة في السجل المبدئي، تسجيلاً نهائياً باسم المشتري، فيحق للأخير أن يتقدم لدائرة الأراضي والأملاك بالإمارة لتسجيل الوحدة تسجيلاً نهائياً باسمه شريطة أن يكون قد أوفى بالتزاماته التعاقدية تجاه المطور⁽¹³⁴⁾.

ثانياً - حماية المشتري من مطالبات المطور في حالة حدوث تغيير بالزيادة في مساحة الوحدة عند تسليمها:

قرر القانون حماية المشتري من مطالبات المطور العقاري بأية زيادة في ثمن الوحدة المباعة على الخارطة عند حدوث تغيير بالزيادة في مساحتها عند تسليمها، فقرر إغفال أية زيادة في مساحة الوحدة المباعة على الخارطة عند تسليمها، وحظر على المطور العقاري المطالبة بقيمة أية زيادة في الثمن في مقابل زيادة مساحة الوحدة العقارية⁽¹³⁵⁾، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك⁽¹³⁶⁾.

ثالثاً - حماية مدفوعات المشتري في حالة حدوث تغيير بالنقصان في مساحة الوحدة عند تسليمها:

كفل القانون حماية مدفوعات مشتري العقار على الخارطة في حالة حدوث تغيير بالنقصان في مساحة الوحدة عند تسليمها، فقرر أن نقص مساحة الوحدة المباعة على الخارطة له صورتين: إما أن يكون النقص في مساحة الوحدة عند تسليمها للمشتري محدوداً غير مؤثر، فلا يكون المطور ملزماً بتعويض المشتري عن ذلك النقص في المساحة. وإما أن يكون النقص في مساحة الوحدة عند تسليمها معتبراً ومؤثراً، وعندئذٍ يلتزم المطور بتعويض

¹³³ المادة 6 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

¹³⁴ الفقرة الثانية من المادة 8 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي، والمادة 3/7 من قرار المجلس التنفيذي رقم 6 لسنة 2010 باعتماد اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

¹³⁵ المادة 12 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

¹³⁶ المادة 2/13 من قرار المجلس التنفيذي رقم 6 لسنة 2010 باعتماد اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

المشتري عن ذلك النقص. وقد اعتبر القانون أن النقص في مساحة الوحدة العقارية يكون مؤثراً متى تجاوزت نسبته (5%) من المساحة الصافية للوحدة⁽¹³⁷⁾. ويحتسب التعويض المستحق للمشتري في حالة النقص في المعيار في مساحتها، على أساس ثمن الوحدة العقارية المتفق عليه في العقد المبرم بين المطور والمشتري⁽¹³⁸⁾. ولاحتساب أي زيادة أو نقص في مساحة الوحدة العقارية، يتم الاعتماد على المساحة الصافية المحددة في عقد البيع والخارطة المتعلقة بها⁽¹³⁹⁾.

رابعاً - كفالة حقوق المشتري المخل بالتزاماته التعاقدية تجاه المطور في حالة الإنجاز الجزئي للمشروع:

يلتزم مشتري العقار على الخارطة بالوفاء بثمنها على هيئة دفعات، وتكون تواريخ استحقاق هذه الدفعات مرتبطة بتقدم المطور العقاري في أعمال الإنشاءات، وعند التخلف بالوفاء بأي دفعة من ثمن الوحدة العقارية ولم يكن هناك اتفاق على سعر فائدة التأخير، فيستحق المطور غرامة تأخير وفق سعر الفائدة السائد في السوق وقت التعامل، على ألا تزيد عن 12% من قيمة الدفعة المستحقة من الثمن وحتى تمام السداد⁽¹⁴⁰⁾. أما إذا اتفق المتعاقدان على سعر الفائدة، وتأخر المدين (المشتري) في الوفاء، احتسبت الفائدة التأخيرية على أساس السعر المتفق عليه حتى تمام السداد⁽¹⁴¹⁾.

وقد حرص المشرع على ضمان حقوق المشتري المخل بالتزاماته التعاقدية تجاه المطور في حالة الإنجاز الجزئي للوحدة العقارية المباعة على الخارطة، فضمن القانون للمشتري الذي أخل بالوفاء بثمن الوحدة التي اشتراها على الخارطة، أن يسترد جزءاً عادلاً من دفعاته التي سددها من الثمن الإجمالي لهذه الوحدة وفقاً لإجراءات حددها القانون.

¹³⁷ المادة 3/13 من قرار المجلس التنفيذي رقم 6 لسنة 2010 باعتماد اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

¹³⁸ المادة 4/13 من قرار المجلس التنفيذي رقم 6 لسنة 2010 باعتماد اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

¹³⁹ المادة 5/13 من قرار المجلس التنفيذي رقم 6 لسنة 2010 باعتماد اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

¹⁴⁰ المادة 76 من القانون الاتحادي رقم 18 لسنة 1993 بإصدار قانون المعاملات التجارية.

¹⁴¹ المادة 77 من القانون الاتحادي رقم 18 لسنة 1993 بإصدار قانون المعاملات التجارية.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

فإذا أخل المشتري بالتزاماته الناشئة عن عقد بيع العقار على الخارطة ومن بينها التزامه بدفع ثمن العقار المبيع، فقد أوجب القانون⁽¹⁴²⁾ على المطور العقاري إخطار دائرة الأراضي والأملاك بإمارة دبي بهذا الإخلال وفقاً للنموذج المعد لدى الدائرة لهذه الغاية، على أن يتضمن هذا النموذج بيانات المطور العقاري والمشتري، وأوصاف الوحدة العقارية محل عقد البيع، وتوصيفا واضحا للالتزامات التعاقدية التي أخل بها المشتري، وأي بيانات أخرى تحددها الدائرة.

وعلى دائرة الأراضي والأملاك بإمارة دبي فور استلامها للإخطار، وبعد التحقق من صحة ما هو منسوب للمشتري من إخلال، القيام بما يلي:

أ) توجيه إخطار كتابي ثابت التاريخ للمشتري سواء بالبريد المسجل بعلم الوصول أو البريد الإلكتروني أو أي وسيلة أخرى تحددها الدائرة، بالوفاء بالتزاماته التعاقدية مع المطور العقاري خلال (30) يوماً من تاريخ الإخطار.

ب) إجراء التسوية الودية بين المطور العقاري والمشتري، إن أمكن ذلك، وإثبات هذه التسوية بملحق عقد يوقع عليه كل من المطور والمشتري.

فإذا انقضت مهلة ال (30) يوماً المشار إليها دون قيام المشتري بتنفيذ التزاماته أو إتمام التسوية الودية، تصدر دائرة الأراضي والأملاك وثيقة رسمية لصالح المطور تفيد فيها ما يلي:

- التزام المطور العقاري بالإجراءات المتعلقة بإخطار الدائرة بإخلال المشتري بالتزاماته، وفقاً للنموذج المعد لذلك بالدائرة.

- تحديد نسبة إنجاز المطور العقاري للوحدة العقارية المباعة على الخارطة وفقاً للمعايير والقواعد المعتمدة لدى مؤسسة التنظيم العقاري في هذا الشأن.

يجوز للمطور العقاري بعد استلامه الوثيقة الرسمية المشار إليها، اتخاذ التدابير التالية بحق المشتري - دون اللجوء إلى القضاء أو التحكيم - وبحسب نسبة الإنجاز في الوحدة العقارية محل التعاقد:

أ) في حال إنجاز المطور العقاري لنسبة تزيد على (80%) من الوحدة العقارية، فإنه يكون للمطور أي مما يلي:

¹⁴² المادة 1 من القانون رقم 19 لسنة 2017 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

1 (الإبقاء على عقد بيع الوحدة على الخارطة المبرم بينه وبين المشتري، واحتفاظه بكامل المبالغ المسددة له، مع مطالبة المشتري بسداد ما تبقى من قيمة العقد.

2 (أن يطلب من دائرة الأراضي والأملاك بالإمارة بيع الوحدة العقارية محل العقد، بالمزاد العلني، لاقتضاء ما تبقى من المبالغ المستحقة له، مع تحمل المشتري لكافة التكاليف المترتبة على هذا البيع.

3 (فسخ عقد البيع المبرم بينه وبين المشتري بإرادته المنفردة، وخصم ما لا يزيد على (40%) من قيمة الوحدة العقارية محل التعاقد، ورد ما زاد على ذلك للمشتري خلال (سنة) من تاريخ فسخ العقد، أو خلال (60) يوماً من تاريخ إعادة بيع الوحدة العقارية لمشتري آخر، أيهما أسبق.

ب (في حال إنجاز المطور العقاري لنسبة تتراوح بين (60%) ولغاية (80%) من الوحدة العقارية، فإنه يكون للمطور فسخ العقد بإرادته المنفردة، وخصم ما لا يزيد على (40%) من قيمة الوحدة العقارية محل التعاقد، ورد ما زاد على ذلك للمشتري خلال (سنة) من تاريخ فسخ العقد، أو خلال (60) يوماً من تاريخ إعادة بيع الوحدة العقارية لمشتري آخر، أيهما أسبق.

ج (في حال مباشرة المطور العمل في المشروع العقاري (وذلك من خلال استلامه موقع البناء والبدء في الأعمال الإنشائية وفقاً للتصاميم المعتمدة من الجهات المختصة بترخيص أو تسجيل المشاريع العقارية في إمارة دبي)، وكانت نسبة إنجازه تقل عن (60%) من الوحدة العقارية، فإنه يكون للمطور فسخ العقد بإرادته المنفردة، وخصم ما لا يزيد على (25%) من قيمة الوحدة العقارية محل التعاقد، ورد ما زاد على ذلك للمشتري خلال (سنة) من تاريخ فسخ العقد، أو خلال (60) يوماً من تاريخ إعادة بيع الوحدة العقارية لمشتري آخر، أيهما أسبق.

د (في حال عدم بدء المطور العمل في المشروع العقاري لأي سبب خارج عن إرادته ودون إهمال أو تقصير منه، فإنه يكون للمطور فسخ العقد بإرادته المنفردة، وخصم ما لا يزيد على (30%) من قيمة المبالغ المدفوعة من المشتري، ورد ما زاد على ذلك للمشتري خلال (60) يوماً من تاريخ فسخ العقد.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

وضمنا لحق المطور العقاري تجاه المشتري الذي يخل بالتزامه بدفع ثمن الوحدة العقارية المباعة على الخارطة، اعتبر القانون الإجراءات والقواعد السابقة، قواعد آمرة تتعلق بالنظام العام، ومن ثم يبطل كل إجراء يخالفها⁽¹⁴³⁾. وفي جميع الأحوال، يحق لمشتري العقار الذي يتخذ المطور العقاري هذه الإجراءات في مواجهته، أن يلجأ للقضاء أو التحكيم في حال تعسف المطور في استخدام الصلاحيات المخولة له بموجب القانون⁽¹⁴⁴⁾. ويبدو لنا من مراجعة القدر من ثمن الوحدة العقارية الذي أجاز القانون للمطور العقاري الاحتفاظ به عند فسخ العقد، أنه قدر مبالغ فيه، لاسيما إذا ما قارنا بين ما يحصل عليه المطور من منفعة نتيجة حصوله على هذا التعويض، وهو المتعاقد المحترف القادر على إعادة بيع ذات الوحدة لمشتري آخر وبثمن أفضل مما باع به للمشتري الأول، بعد أن ارتفعت نسبة إنجازها وقاربت على الاكتمال أو كادت، أو على الأقل لم تعد وحدة عقارية نظرية مجرد رسومات وتصاميم على ورق، بل أصبح لها وجود ملموس، في مقابل الضرر الذي يصيب المشتري من فقدان جزء باهظ من مدفوعاته لمصلحة المطور والتي كان من الممكن أن يستعين به إذا ما أراد شراء وحدة عقارية أخرى⁽¹⁴⁵⁾.

خامسا - كفالة حقوق المشتري في حالة عدم إتمام المشروع العقاري:

حرص المشرع المحلي في إمارة دبي على كفالة حقوق مشتري العقار على الخارطة في حالة تعثر المطور وفشله في إتمام مشروعه العقاري سواء بسبب إفلاس المطور العقاري أو لأي سبب آخر، باعتبار أن هذه المخاطر مما يهدد حقوق المشتري بالضياع. فأجاز المشرع لمؤسسة التنظيم العقاري - وبناء على تقرير فني مسبق - أن تقرر إلغاء المشروع العقاري في عدة حالات من بينها حالة عجز المطور عن تنفيذ المشروع بسبب الإهمال الجسيم وحالة شهر إفلاسه⁽¹⁴⁶⁾. ويجوز للمطور العقاري التظلم من قرار مؤسسة التنظيم العقاري بإلغاء المشروع خلال مدة لا تتجاوز (7) أيام عمل من تاريخ إخطاره بقرار الإلغاء. ويجب أن يكون

¹⁴³ الفقرة (هـ) من المادة 1 من القانون رقم 19 لسنة 2017 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبني في إمارة دبي.

¹⁴⁴ الفقرة (و) من المادة 1 من القانون رقم 19 لسنة 2017 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبني في إمارة دبي.

¹⁴⁵ محمد عليان العزام، الطبيعة القانونية لعقد بيع البناء على الخارطة وضمائنه - دراسة مقارنة، مجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق جامعة البحرين، المجلد 11، العدد 2، 2014.

¹⁴⁶ الفقرتان 6 و 8 من المادة 23 من قرار المجلس التنفيذي رقم 6 لسنة 2010 باعتماد اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبني في إمارة دبي.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

التظلم مكتوباً ومبيناً فيه أوجه الاعتراض. وتبنت مؤسسة التنظيم العقاري في التظلم وجوباً خلال (7) أيام عمل من تاريخ تقديم التظلم لها. وهنا أحد فرضين: إما أن ترفض المؤسسة التظلم، وهنا يكون قرار الرفض نهائياً ويجب عليها المضي في تنفيذ إجراءات إلغاء المشروع. وإما أن تقبل المؤسسة التظلم، وهنا يجب عليها تحديد الشروط والمتطلبات التي يجب على المطور التعهد كتابة بالالتزام بها للدول عن قرار إلغاء المشروع⁽¹⁴⁷⁾. وقد وضع المشرع عدة ضوابط لإلغاء المشروع يتعين مراعاتها وهي:

- 1- إعداد تقرير فني يوضح أسباب إلغاء المشروع.
- 2- إخطار المطور كتابياً - بالبريد المسجل أو البريد الإلكتروني - بقرار الإلغاء.
- 3- تعيين مدقق حسابات معتمد على نفقة المطور للتحقق في المركز المالي للمشروع، للتحقق من المبالغ المدفوعة للمطور أو المودعة في حساب الضمان الخاص بهذا المشروع وكذا المبالغ التي تم التصرف بها.
- 4- الطلب من أمين حساب ضمان المشروع، أو من المطور في حال وجود دفعات خارج حساب الضمان، بإعادة المبالغ - المودعة في الحساب أو المدفوعة للمطور - إلى أصحابها، وذلك خلال مدة لا تتجاوز (14) يوماً من تاريخ الإلغاء⁽¹⁴⁸⁾.

وفي حال عدم توفر أموال كافية في حساب ضمان المشروع لسداد حقوق المشتريين، يلتزم المطور برد المبالغ المستحقة لهم خلال مهلة لا تزيد على (60) يوماً من تاريخ القرار الصادر بإلغاء المشروع، إلا إذا وجدت مؤسسة التنظيم العقاري أسباباً تستدعي تمديد هذه المهلة⁽¹⁴⁹⁾.

¹⁴⁷ المادة 24 من قرار المجلس التنفيذي رقم 6 لسنة 2010 باعتماد اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

¹⁴⁸ المادة 25 من قرار المجلس التنفيذي رقم 6 لسنة 2010 باعتماد اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي، والفقرة (ب) من المادة 1 من القانون رقم 19 لسنة 2017 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي المعدل بالقانون.

¹⁴⁹ المادة 26 من قرار المجلس التنفيذي رقم 6 لسنة 2010 باعتماد اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

وإذا لم يتم المطور برد المبالغ المستحقة خلال مهلة ال (60) يوماً المشار إليها، فعلى مؤسسة التنظيم العقاري اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لضمان حقوق المشتريين، بما في ذلك إحالة الأمر إلى الجهات القضائية المختصة⁽¹⁵⁰⁾.

ورغم أن توفر الضمانات الإجرائية والمالية التي تطلبها القانون في المطور العقاري قبل البدء بتنفيذ المشروع العقاري، يقلل من احتمالية إفلاسه⁽¹⁵¹⁾، ومع ذلك إذا كان عدم استكمال المشروع العقاري يرجع لشهر إفلاس المطور، فيشطب قيد المطور من "سجل المطورين العقاريين"⁽¹⁵²⁾.

¹⁵⁰ المادة 27 من قرار المجلس التنفيذي رقم 6 لسنة 2010 باعتماد اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

¹⁵¹ موزة سويد سالم السعدي، مرجع سابق، ص20.

¹⁵² المادة 17 من القانون المحلي لإمارة دبي رقم 8 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

الخاتمة

لما كان عقد بيع العقار على الخارطة له خصوصيته عن عقود البيع عموماً، وعن عقود بيع العقارات كاملة التشبيد خصوصاً، فقد حرص المشرع المحلي في إمارة دبي على أن يخص هذا العقد بتنظيم قانوني خاص. وقد تبين لنا أن المشرع في سن أحكام هذا التنظيم القانوني تعامل مع المشتري معاملة رحيمة، وأحاطه بمظلة واسعة من الضمانات القانونية الخاصة في مواجهة المطور العقاري، ولم يكتفي بما قرره القواعد العامة من ضمانات قانونية للمشتري في إطار عقود البيع التقليدية. ويبدو أن هذا الموقف التشريعي مرده إحساس المشرع بضعف المركز القانوني للمشتري (المستهلك) في مواجهة المطور العقاري (المنتج المحترف). وجاءت هذه الضمانات الخاصة في صورة التزامات مفروضة على المطور العقاري، لا يستطيع أن يتجاوزها وإلا ترتبت مسؤوليته المدنية، وأحياناً الجزائية.

ورغم كل ذلك، فإننا ننتظر من المشرع المحلي في إمارة دبي المزيد من ضبط أحكام هذا التنظيم القانوني لعقد بيع العقار على الخارطة، بما يجعل من التطوير العقاري آلية آمنة، وواضحة، ومحددة، لضمان النهوض العمراني في الدولة. وقد انتهينا من دراستنا هذه إلى عدة توصيات نجلها فيما يلي:

أولاً - نأمل من المشرع الإماراتي الاتحادي أن يطور التنظيم القانوني لعقد بيع العقار على الخارطة وينقل به من مجال التنظيم التشريعي المحلي إلى مجال التنظيم التشريعي الاتحادي، نظراً لأهمية الدور الذي يلعبه هذا العقد في مجال التطوير العقاري بدولة الإمارات العربية المتحدة، لاسيما وأن تعدد التشريعات المحلية يؤكد الرؤية الموحدة لقيمة ومكانة هذا العقد المستحدث.

ثانياً - نهيىب بالمشرع إعادة تعريف مصطلح "البيع على الخارطة" بما يجعله تعريفاً جامعاً مانعاً، من خلال الإفادة صراحة بأن ثمن الوحدة العقارية المباعة على الخارطة يتم الوفاء به في صورة دفعات، وأن سداد هذه الدفعات يكون على آجال تتحدد بتقدم مراحل الإنجاز في الوحدة العقارية.

ثالثاً - نناشد المشرع المحلي في إمارة دبي بداءة تنقيح القوانين الناظمة لعقد بيع العقار على الخارطة التي خضع بعضها للتعديل أكثر من مرة، ثم نناشده كخطوة لاحقة بإعادة النظر في تجميع أحكام عقد البيع على

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

الخارطة في تقنين موحد بدلا من تفرق أحكامه بين التشريعات المتعددة^(١٥٣) (القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠٧ بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي - القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨ بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي والذي خضع للتعديل بموجب القانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠٩، ثم بموجب القانون رقم ١٩ لسنة ٢٠١٧ - اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨ - القانون رقم ٤ لسنة ٢٠١٩ بشأن مؤسسة التنظيم العقاري - قرار رئيس المجلس الوطني للإعلام رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٧ بشأن المحتوى الإعلامي).

رابعاً - نأمل من المشرع حسم مسألة إصدار نموذج موحد لعقد بيع الوحدات العقارية على الخارطة، لتوحيد بيانات هذا العقد وشموليّتها.

خامساً - نهيّب المشرع المحلي لإمارة دبي أن يسد نقصاً في التشريعات العقارية لإمارة دبي بوضع حد أقصى للدفعة الأولى التي يدفعها مشتري العقار على الخارطة، للمطور، وبما لا يتجاوز (٢٠٪) من ثمن هذه الوحدة. وأن يربط بين آجال استحقاق كل دفعة من دفعات ثمن العقار، مع ما يتم إنجازه من مراحل العمل بمشروع التطوير العقاري وفق تقارير إنجاز تصدر من الجهات المختصة.

^{١٥٣} حتى أصبحت جميع نصوص القانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠٩ المشار إليه ملغية بموجب القانون رقم ١٩ لسنة ٢٠١٧، باستثناء المادة ٢ (مادة التعريفات) التي ظلت نافذة. كذلك ألغيت المادة ١١ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨ بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي بموجب القانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠٩، ثم ألغيت الأخيرة بموجب القانون رقم ١٩ لسنة ٢٠١٧. وترتب على هذه التعديلات خلل واضح إلى الحد الذي تضاربت معه نصوص القانون مع نصوص لائحته التنفيذية، فأصبحت المادة ١٥ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨ بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي، تتضمن أحكاماً لا تتفق مع أحكام المادة ١١ من القانون رقم ١٩ لسنة ٢٠١٧ بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨ بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي. لهذا وجب التفتيح بداءة ثم لزم التقنين الموحد لأحكام عقد بيع العقار على الخارطة لاحقاً.

المراجع

- 1- إبراهيم عثمان بلال، تملك العقارات تحت الإنشاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، مصر، 2001، ص83. شعوة مهدي، تطور المركز القانوني للمرقي العقاري الخاص في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة، الجزائر، 2014/2015.
- 2- بلختار فاطمة، البيوع السكنية على التصاميم على ضوء التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر، 2018/2019.
- 3- بوجنان نسيمه ديدن، عقد البيع بناء على التصاميم، أطروحة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، الجزائر، 2008/2009.
- 4- بوسنه إيمان، الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد خيضر - بسكرة، الجزائر، 2016/2017.
- 5- بوسنه حسام الدين، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، أطروحة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد خيضر - بسكرة، الجزائر، 2016-2017.
- 6- حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول (المصادر الإرادية للالتزام)، بدون ناشر، الطبعة الثالثة 2000.
- 7- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، الوجيز في شرح عقد البيع وفقا لأحكام قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985، دار النهضة العربية بمصر ودار النهضة العلمية بالإمارات، 2018.
- 8- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، شرح قانون المعاملات المدنية الإماراتي - العقود المسماة - عقد المقاولة، دار النهضة العربية بمصر ودار النهضة العلمية بالإمارات، 2020.
- 9- حمداني داني، النظام القانوني لعقد بيع العقار على التصاميم في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أكلي محند بولحاج - البويرة، 2013.
- 10- خالد رمول، صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في عقد البيع على التصاميم، مجلة المفكر، العدد الخامس، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

- 11- ذنون يونس صالح وعلي سلمان صالح مهدي، مفهوم عقد بيع العقار على التصميم الهندسي وتكييفه القانوني - دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (1)، المجلد (1)، العدد (1)، الجزء (2)، أيلول 2016.
- 12- زردودي صونية، نقل الملكية في عقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أكلي محند أولحاج - البويرة، 2017/2016.
- 13- سليمان راشد سليمان علي العابد الكعبي، عقد بيع العقار على الخارطة وفق تشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة وقضائها، أطروحة ماجستير، كلية القانون - جامعة عجمان، 2015/2014.
- 14- سمير عبد السميع الأودن، تمليك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، مكتبة الإشعاع الفني، مصر، 2011.
- 15- سندس حميد الجبوري، المسؤولية المدنية للمطور العقاري - دراسة في ضوء قوانين إمارة دبي، دار النهضة العربية، 2015.
- 16- سهام مسكر، بيع العقار بناء على التصاميم في الترقية العقارية، أطروحة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة البليدة، الجزائر، 2006/2005.
- 17- سبيل جعفر حاجي عمر، ضمانات عقد بيع المباني قيد الإنشاء - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، 2014.
- 18- شعبان عياشي، عقد البيع بناء على التصاميم - دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي، أطروحة دكتوراه دولة، كلية الحقوق - جامعة قسنطينة، 2012/2011.
- 19- شعوة مهدي، تطور المركز القانوني للمرقي العقاري الخاص في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة، الجزائر، 2015/2014.
- 20- صالح أحمد اللهبي، حقوق والتزامات المطور العقاري في القانون القطري (دراسة في قانون تنظيم التطوير العقاري رقم 6 لسنة 2014 مقارنة بتشريعات دولة الإمارات)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 2، السنة الخامسة، العدد التسلسلي 18، يونيو 2017.
- 21- ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني، مجلة الشريعة والقانون - كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 26، العدد 49، يناير 2012.
- مجلة العلوم القانونية - السنة السادسة - العدد الثاني عشر - يوليو 2020

- 22- عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء (شروطها - نطلق تطبيقها - الضمانات المستحدثة فيها - دراسة مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى، بدون ناشر، بدون سنة نشر.
- 23- عز الدين زوبة، خصوصية عقد بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي (عقد بيع عقار موجود وقت التعاقد)، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجريبي، الملتقى الوطني حول إشكاليات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر المنعقد يومي 17 و 18 فبراير 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد خيضر - بسكرة، الجزائر.
- 24- علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء - دراسة قانونية مقارنة، منشورات زين الحقوقية، 2011.
- 25- قاشي علاء، التزامات المرقى العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصاميم، حلقة علمية حول الترقية العقارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة قاصدي بن مرباح ورقلة، الجزائر، 2012.
- 26- كنتفي شهناز والعطراوي سلاف، عقد البيع بناء على التصاميم في ظل القانون 11/04، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة 8 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2019/2018.
- 27- لدغم شيكوش عبد الرزاق وقطوش فوزي، التزامات المرقى العقاري والضمانات المقررة للمشتري في عقد البيع على التصاميم، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد بوضياف - المسيلة، الجزائر، السنة 2017/2016.
- 28- لعور ريم ربيعة، عقد البيع على التصاميم في القانون الجزائري والقانون الفرنسي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة وهران(2)، 2019/2018.
- 29- محمد عليان العزام، الطبيعة القانونية لعقد بيع البناء على الخارطة وضمائنه - دراسة مقارنة، مجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق جامعة البحرين، المجلد 11، العدد 2، 2014.
- 30- محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء - دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي والفرنسي، الطبعة الأولى، مطبعة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1989.
- 31- محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاول، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.

الضمانات القانونية الخاصة لمشتري العقار على الخارطة

- 32- مديحة خنوفة، الضمانات القانونية للمشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، أطروحة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي، الجزائر، 2014، 2015.
- 33- مصعور فاطمة الزهرة، التزامات المرقى العقاري في البيع على التصاميم بين الأزمة والإصلاح، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية تصدر عن معهد العلوم القانونية والإدارية المركز الجامعي أحمد بن يحيى الوثريسي تيسمسيلت، العدد الثالث، يونيو 2017، الجزائر.
- 34- موزة سويد سالم السعدي، بيع العقار على الخارطة وفق قوانين دولة الإمارات العربية المتحدة - دراسة مقارنة، أطروحة ماجستير، جامعة الإمارات العربية المتحدة، سنة 2018.
- 35- ولاء الدين محمد إبراهيم، التطوير العقاري - دراسة مقارنة، منشورات دائرة القضاء في أبو ظبي، 2014.
- 36- وهبة الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، دار الفكر بدمشق، سوريا، الطبعة السادسة، 2007.

حق المستهلك في الإعلام عبر العقود الإلكترونية

إعداد الباحث

صقر إبراهيم صقر المرزوقي

**The consumer's right to be informed through electronic
contracts**

**Prepared by the researcher
Saqr Ibrahim Saqr Al Marzouqi**

الملخص

إن الاهتمام المتزايد بحماية المستهلك، أدى إلى إيجاد مبادئ قانونية جديدة تصب في اتجاه حماية المستهلك. فالالتزام بتبصير المستهلك هو صمام الأمان لتحقيق الرضا المستتير لهذا المستهلك في العقود الإلكترونية، وتجب الإشارة إلى أن واجب الإعلام في التعاقد الإلكتروني لا يقع على المزود وحده، بل يمتد للمستهلك الذي يجب أن يوضح هويته وخصوصاً فيما يتعلق بأهليته.

فالالتزام بالإعلام قبل التعاقد الإلكتروني هو التزام المزود بإعلام وتبصير المستهلك بمعلومات شاملة عن كل ما يتعلق بعملية البيع "عبر شبكة الإنترنت أو أي وسيلة إلكترونية"، حتى يكون المستهلك على بينة من أمره بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسباً في ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد الإلكتروني.

Abstract

The increasing interest in consumer protection has led to the creation of new legal principles in the direction of consumer protection. It is important to note that the obligation of information in electronic contracting is not limited to the supplier alone, but rather to the consumer who must clarify his identity, especially with regard to his eligibility.

The obligation to inform prior to electronic contracting is a prior commitment to electronic contracting regarding the obligation of the provider to inform and inform the consumer about all information related to the sale process "via the Internet or any electronic means", so that the consumer is aware of his decision so that he sees fit in light of His need and purpose of concluding the electronic contract.

مقدمة

شهدت حماية المستهلك في القرن العشرين طفرة كبيرة بصدور العديد من القوانين التي تدعم حماية المستهلك، بالإضافة إلى اهتمام العديد من الجهات المحلية والدولية بتنقيف المستهلك في كافة المجالات، لكي يعرف حقوقه وواجباته ومن ثم الحفاظ على هذه الحقوق في إطارها القانوني الصحيح. وقد ازدادت الدعوات المنادية لحماية المستهلك في ظل ظهور الاستهلاك الإلكتروني، حيث يكون المستهلك متواجداً في دولة والمنتج أو البائع موجوداً في دولة أخرى تبعد عنها آلاف الأميال، مما وضع حماية المستهلك في دائرة الخطر، نظراً لسهولة الغش والتدليس عبر شبكة الإنترنت، فقد يشتري المستهلك سلعة عبر موقع إلكتروني، وعندما تصله يكتشف أنها تحمل مواصفات أقل من مواصفات السلعة التي قام بشرائها عبر شبكة الإنترنت.

من هذا المنطلق، رأى الباحث أهمية إعداد دراسة متخصصة لتناول موضوع **حق المستهلك في الاعلام عبر العقود الإلكترونية**، حيث يحتاج المستهلك الإلكتروني للحماية القانونية بكافة أشكالها، حتى يمكن تفعيل حركة التجارة بين دول العالم والمساهمة في عملية النمو والتفاعل الحضاري.

أولاً: مشكلة البحث:

نظراً لأن المستهلك الإلكتروني لا يتسنى له فحص البضاعة، فإنه يكون عُرضة للخطر أكثر من المستهلك في التجارة التقليدية، ومن ثم فإن إشكالية هذا البحث تتحدد في مدى توافر الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني، وما هي المنظومة التشريعية الإماراتية الضامنة لحقوق المستهلك؟ وهل تلبى هذه المنظومة المطلوب منها لحمايته؟ وما هي الأدوار التي تقوم بها الجهات الرسمية والأهلية في حماية حقوق المستهلك؟ وهل هنالك تناغم في عمل هذه الجهات؟ وما المطلوب لتفعيل دور حماية المستهلك الإلكتروني؟

ثانياً: أهمية البحث:

تتمثل أهمية هذا البحث في أهمية موضوعه الحيوي وهو **حق المستهلك في الإعلام عبر العقود الإلكترونية**، ويمكن تقسيم أهمية هذا البحث إلى أهمية نظرية وأهمية تطبيقية، وذلك على النحو التالي:

1- **الأهمية النظرية:** تتمثل في التعرف على آليات حماية المستهلك الإلكتروني في دولة الإمارات العربية المتحدة وبعض التشريعات العربية والأجنبية.

2- أما الأهمية التطبيقية: فتتمثل في مجموعة التوصيات التي سيقدمها الباحث في نهاية هذا البحث، والتي يمكن أن يُستفاد منها على أرض الواقع لتدعيم الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني.

ثالثاً: أهداف البحث:

يسعى هذا البحث إلى تحقيق هدف أساسي يتمثل في التعرف على حق المستهلك في الإعلام عبر العقود الإلكترونية، وينبثق من هذا الهدف الأساسي عدة أهداف فرعية تتمثل في ما يلي:

1- التعرف على أهمية حماية المستهلك الإلكتروني في الوقت الراهن في ظل انتشار التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت.

2- التعرف على أهم التدابير التي تؤدي إلى حماية المستهلك الإلكتروني في كل من دولة الإمارات العربية المتحدة ومصر وفرنسا.

3- الكشف عن أهم الثغرات القانونية في التشريع الإماراتي والمتعلقة بحماية المستهلك الإلكتروني.

رابعاً: منهج الدراسة:

نظراً للطبيعة العلمية لهذا البحث، فإن البحث سيعتمد على منهجين من مناهج البحث العلمي، وهما:

1- المنهج الوصفي التحليلي: وذلك من أجل وصف الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني في الوقت الراهن، وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بهذه الحماية للوقوف على أهم الثغرات القانونية، ومن ثم تقديم التوصيات المناسبة للتغلب عليها.

2- المنهج المقارن: وذلك من أجل عقد مقارنة بين التشريع الإماراتي وبعض التشريعات العربية والأجنبية وخاصة فرنسا ومصر في ما يتعلق بحماية المستهلك الإلكتروني.

خامساً: هيكل الدراسة:

المبحث الأول: حقوق المستهلك الإلكتروني الجديرة بالحماية القانونية

▪ المطلب الأول: الحق في الإعلام.

▪ المطلب الثاني: الحق في الحماية من الدعاية التجارية الكاذبة.

المبحث الثاني: الالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني وضمن سلامته

▪ المطلب الأول: الإعلام من طرف المزود.

حق المستهلك في الإعلام عبر العقود الإلكترونية

- المطلب الثاني: ماهية الالتزام بالإعلام.
- المطلب الثالث: الالتزام بضمان سلامة المستهلك الإلكتروني من العيوب الخفية.

خاتمة البحث

قائمة المراجع

المبحث الأول : حقوق المستهلك الإلكتروني الجديدة بالحماية القانونية

تمهيد وتقسيم:

بدايةً، إنَّ حق المستهلك جزء من حقوق الإنسان، بدأت بصورة أعراف وتقاليد يمارسها الإنسان، وبالتالي صارت قواعد أخلاقية، ثم صارت أعراف تحكم هذا الحق، أي حق الإنسان بأن يشتري ويبيع ... إلخ، إلى أن أتى المشرع ليضع قواعد نسميها قواعد مجرمة للسلوك المنافي لهذه الأعراف والتقاليد⁽¹⁾. وللتعرف على حقوق المستهلك الإلكتروني الجديدة بالحماية القانونية، سيتم تقسيم هذا المبحث إلى

مطلبين، وذلك على النحو التالي:

- **المطلب الأول:** الحق في الإعلام.

- **المطلب الثاني:** الحق في الحماية من الدعاية التجارية الكاذبة.

المطلب الأول : الحق في الإعلام

عرف المشرع الإماراتي المستهلك في المادة الأولى من القانون رقم (24) في شأن حماية المستهلك بأنه: "كل من يحصل على سلعة أو خدمة - بمقابل أو بدون مقابل - إشباعاً لحاجته الشخصية أو حاجات الآخرين".

ويكفي المستهلك لكي يستفيد من الحماية التي يكلفها له الالتزام بالإعلام قبل التعاقد أن يثبت أن ثمة معلومات جوهرية متصلة بالمبيع ويعلمها المزود، ورغم ذلك كتمه إياها أو كذب عليه فيها، أو كذب عليه رغم علمه بأهمية هذه المعلومات بالنسبة للمستهلك⁽²⁾.

وفي هذا السياق قد نصت المادة (5) من القانون رقم (24) لسنة 2006 في شأن حماية المستهلك في دولة الإمارات العربية المتحدة على أنه: "يلتزم المزود برد السلعة أو إبدالها في حال اكتشاف المستهلك لعبع فيها، ويتم الرد أو الإبدال وفقاً للقواعد المقررة في اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

أولاً: المقصود بالإعلام قبل التعاقد وشروطه:

عرّف بعض شُراح القانون الالتزام بالإعلام قبل التعاقد بأنه "الالتزام سابق على التعاقد، يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين، بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضاه سليم كامل

¹ خالد محمد كدفور المهيري: النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، معهد القانون الدولي، دبي، بدون تاريخ نشر، ص90.

² أشرف وفا محمد: المنافسة غير المشروعة في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م، ص36.

حق المستهلك في الإعلام عبر العقود الإلكترونية

متنور، بحيث يكون المتعاقد الآخر على علم بكافة تفاصيل هذا العقد⁽³⁾، وعرفه آخرون من شُرَّاح القانون⁽⁴⁾، بأنه "تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بمعلومات من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر ما من عناصر التعاقد، حتى يكون الطالب على بيّنة من أمره بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسباً في ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد".

ويُستخلص أن تعريف الالتزام بالإعلام قبل التعاقد الإلكتروني بأنه التزام سابق على التعاقد الإلكتروني يتعلق بالالتزام المزود بإعلام وتبصير المستهلك بمعلومات شاملة عن كل ما يتعلق بعملية البيع "عبر شبكة الإنترنت أو أي وسيلة إلكترونية"، حتى يكون المستهلك على بيّنة من أمره بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسباً في ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد الإلكتروني.

فالاهتمام المتزايد بحماية المستهلك، أدى إلى إيجاد مبادئ قانونية جديدة تصب في اتجاه حماية المستهلك. فالالتزام بتبصير المستهلك هو صمام الأمان لتحقيق الرضا المستنير لهذا المستهلك في العقود الإلكترونية⁽⁵⁾، وتجب الإشارة إلى أن واجب الإعلام في التعاقد الإلكتروني لا يقع على المزود وحده، بل يمتد للمستهلك الذي يجب أن يوضح هويته وخصوصاً في ما يتعلق بأهليته⁽⁶⁾.

يتضح مما سبق أن التأكد من أهلية التعاقد في العقود التقليدية ليس بالأمر الصعب، ذلك أن التعاقد يكون بين حاضرين في مجلس واحد، حيث يمكن التأكد من هوية المتعاقد وأهليته⁷.

ولحل المشكلة السابقة، نقول أن مسألة التأكد من شخصية المستهلك، وصلاحيته لإبرام التصرفات القانونية في مجال التعاقدات الإلكترونية هي مسألة فنية بالدرجة الأولى، وبالتالي فقد استحدث خبراء الإنترنت والتجارة الإلكترونية حلول تقنية متطورة لتحديد هوية المتعاقد، ومنها تقنية الحائط الناري⁽⁸⁾، وتقنية التوثيق من المواقع، وسلطات الإشهار، وهي عبارة عن أطراف ثالثة محايدة تثبت حقائق معينة

³ نزيه محمد الصادق المهدي: الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد أنواع العقود، دراسة قهفية قضائية مقارنة، الطبعة الأولى، مصر، دار النهضة العربية، 1982، ص15. للمزيد أنظر: عمر خالد زريقات: عقد البيع عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، الأردن: دار الحامد للنشر والتوزيع ودار الريّة للنشر والتوزيع، 2007، ص339 وما بعدها.

⁴ سهير المنتصر: الالتزام بالتبصر، الطبعة الأولى، مصر، دار النهضة العربية، 1990، ص41.

⁵ يقصد بعلم البائع ليس فقط العلم بالبيانات والمعلومات للمنتج محل التعاقد، وإنما العلم بأهميتها ودورها المؤثر والفعال في تكوين رضا المستهلك. أنظر: مصطفى أبو مندور موسى: دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، الطبعة الأولى، مصر، دار النهضة العربية، 2000، ص100. ⁶ أنظر نصوص المواد 944، 945، 946 من مجلة الأحكام العدلية، والمواد 44، 45، 46، 110، 111، 141 من القانون المدني المصري، والمادة 499 وما بعدها من القانون المدني الفرنسي، وكذلك المادة 116 حتى المادة 134 من القانون المدني الأردني، انظر أيضاً نصوص المواد 115، 114، 116، 117 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

⁷ وائل أنور بندق: قانون التجارة الإلكترونية "قواعد الأونسيترال ودليلها التشريعي"، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص61.

⁸ تعرف تقنية الحائط الناري بأنها وسيلة تجميع الآليات البرمجية، والتي عن طريقها يمكن بث رسالة تحذيرية عندما تكون الشبكة معرضة للاختراق أو التدخل الأجنبي. للمزيد أنظر: بشار طلال مؤمني: مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، الأردن، عالم الكتب الحديث، 2004، ص37.

بالتعاقد الإلكتروني، كما أن هناك حلولاً قانونية لهذه المشكلة، كالاقراراف بالوثائق الإلكترونية ومنحها الحجة القانونية، بحيث يتم التأكد من صحة تلك الوثائق والتحقق من هوية مرسلها⁽⁹⁾.

ويلاحظ أن هناك ثلاثة أشكال من الالتزامات⁽¹⁰⁾، من أهمها الالتزام بالتبصير قبل التعاقد الإلكتروني كاسم وعنوان وهاتف البائع أو مقدم الخدمة، وتفصيلاً لمراحل إنجاز المعاملة التجارية، وطبيعة ومواصفات وسعر المنتج، وكذلك تبصير المستهلك في مرحلة إبرام التعاقد الإلكتروني كنفقات تسليم المنتج ومبلغ تأمينه وأية نفقات أخرى.

وقد عرف المشرع الإماراتي الخدمة في المادة الأولى من القانون رقم (24) لسنة 2006 الخدمة بأنها: "كل عمل تقدمه أية جهة للمستهلك سواء تم ذلك بأجر أو بدون أجر".

كما تناولت معظم قوانين حماية المستهلك ضرورة إعلام المستهلك، فالقانون الأوروبي المنظم للبيع عن بعد، وقانون الاستهلاك الفرنسي رقم 949 لسنة 1993 يتعلقان بضرورة التزام المزود أو التاجر بالإدلاء بالمعلومات التي تبصر المستهلك من خلال التعاقد⁽¹¹⁾، والتي تكون بين غائبين، وبالتالي فإن هذه النصوص القانونية محل تطبيق حتمي في نطاق عقود التجارة الإلكترونية، هذا وأضاف المشرع الفرنسي في المرسوم رقم 741 لسنة 2001، والمتعلق بإعلام المستهلك بالمعلومات الضرورية قبل التعاقد الإلكتروني⁽¹²⁾.

وفي دولة الإمارات العربية المتحدة نصت المادة (18) من القانون رقم (24) لسنة 2006 في شأن حماية المستهلك على أنه: "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها أي قانون آخر، يُعاقب بالغرامة التي لا تقل عن ألف درهم كل من يخالف أحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له، وإذا لم ينبه المزود إلى خطورة استعمال السلعة أو الخدمة بشكل ظاهر ونتج عن ذلك ضرر كانت العقوبة بالغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف درهم".

⁹ أنظر المادة 5 من التوجيه الأوروبي الصادر في 8 يوليو لسنة 2000، والمادة 14 من مشروع الأمم المتحدة بشأن التعاقد الإلكتروني.

¹⁰ عامر محمود الكسواني: التجارة عبر الحاسوب، الطبعة الأولى، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، ص160.

¹¹ نص قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 949 لسنة 1993 بوضع جزاء جنائي في المادة 121-18 والتي تم إضافتها بموجب المرسوم رقم 137 لسنة 2003 حيث تنص على أن "يعاقب المزود بعقوبة بالغرامة التي تتراوح بين 1500 إلى 3000 يورو إذا خالف التزامه بالتبصير السابق لإبرام العقد".

¹² د. عمر خالد زريقات: عقد البيع عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص341 وما بعدها.

حق المستهلك في الإعلام عبر العقود الإلكترونية

وقد أوردت التشريعات الحديثة⁽¹³⁾، استثناءان على التزام المزود بتبصير المستهلك، الأول يتعلق بعقود توريد السلع الخاصة بالاستهلاك العادي للأفراد والتي يتم توريدها في منزل المستهلك أو محل عمله، والتي يقوم بتوريدها موزعون بدورات متكررة ومنتظمة، أما الاستثناء الثاني فهو المتعلق بحجز الفنادق أو تذاكر وسائل النقل أو حجز المطاعم أو حجز السينما، إذا تم بوسيلة من وسائل التعاقد عن بُعد، لكن المشرع الفرنسي ألغى الاستثناء الثاني، فإذا تم حجز الفنادق عبر الإنترنت أو حجز السينما أو حجز المطاعم بطريقة إلكترونية، فإن المزود يلتزم بتبصير المستهلك بكل المعلومات المنصوص عليها في المادة 18/121 من قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل بمقتضى قانون تعزيز الثقة في الاقتصاد الرقمي رقم 575 لسنة 2004.

وتجدر الإشارة إلى أن من أبرز الضرورات العملية التي أدت إلى تقرير الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، اندماج التكافؤ بين المزود والمستهلك من حيث العلم والدراية بالعناصر الجوهرية المتصلة بعقد الاستهلاك، ولذلك فإن وجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ضرورة عملية لتحقيق التوازن العقدي بين الطرفين.

ثانياً: تحديد شخصية المزود:

عرف المشرع الإماراتي في القانون رقم (24) لسنة 2006 في شأن حماية المستهلك المزود بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقدم الخدمة أو المعلومات أو يصنع السلعة أو يوزعها أو يتاجر بها أو يبيعها أو يوردها أو يصدرها أو يتدخل في إنتاجها أو تداولها".

ويؤدي بيان شخصية المزود المستهلك لأن يكون على بينة من أمره، فيتوفر عنصر الأمان في التعاقد عن بُعد، بالإضافة إلى أهمية ذلك في تحديد مركز المستهلك القانوني، ووضوح التزاماته ومدى إمكانية تنفيذها.

هذا وقد تناول قانون الاستهلاك الفرنسي، والتوجيه الأوروبي الصادر في 20 مايو 1997 شخصية المزود، بحيث قررا تحديد هذه الشخصية من خلال التمييز بين ثلاث حالات لمكان الموقع عبر شبكة الإنترنت: وهي حالة وجود الموقع في شبكة الإنترنت في فرنسا، والحالة الثانية خاصة بمواقع الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، والحالة الثالثة بشأن المواقع المنشأة في البلاد الأجنبية.

كذلك نص قانون حماية المستهلك المصري على ضرورة أن يضع التاجر على جميع المراسلات والمستندات والمحركات، سواء الورقية أو الإلكترونية، والبيانات والمعلومات التي من شأنها تحديد

¹³ أنظر نص المادة 121-4/20 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 949 لسنة 1993، ونص المادة 2/3 من التوجيه الأوروبي رقم 7 لسنة 1997، لكن التوجيه الأوروبي اشترط أن تكون عقود توريد السلع الخاصة بالاستهلاك مواد غذائية.

حق المستهلك في الإعلام عبر العقود الإلكترونية

شخصيته، وبيانات قيده في السجل التجاري، وعلامته التجارية إن وجدت"، حيث جاء في نص المادة الرابعة من القانون المذكور "على المورد أن يضع التاجر على جميع المراسلات والمستندات والمحركات التي تصدر عنه في تعامله أو تعاقد مع المستهلك، بما في ذلك المحركات والمستندات الإلكترونية، البيانات التي من شأنها تحديد شخصيته، وخاصة بيانات قيده في السجل الخاص بنشاطه وعلامته التجارية إن وجدت" (14).

ويلاحظ مما سبق أن المعلومات المتعلقة بهوية المزود هي من أهم المعلومات التي يجب تبصير المستهلك بها في التعاقد الإلكتروني حتى يتحقق الرضاء الكامل له، وذلك أن المستهلك يهيمه معرفة المزود الذي يتعاقد معه حتى يطمئن بأن هذا المزود حسن السمعة في تنفيذ التزاماته، كما أن المستهلك يهتم بالتعرف على هوية المزود الذي يتعاقد معه، حتى يستطيع هذا المستهلك أن يقوم بتقديم شكوى إلى جمعيات حماية المستهلك، وذلك في حالة إخلال المزود بالتزاماته تجاه المستهلك.

ثالثاً: وصف المنتج أو الخدمة محل التعاقد:

تفرض تشريعات وقوانين حماية المستهلك على المزود أن يبين بوضوح الصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة المعروضة، سواء أكانت الوسيلة شبكة الإنترنت حيث يوضح ذلك من خلال الحاسوب المرتبط بتلك الشبكة، أو كانت الوسيلة عبر الهاتف (15)، لذلك سأتناول في هذه الجزئية بيان السمات الأساسية للسلعة أو الخدمة، واشتراط إعلام المستهلك باللغة الوطنية، وذلك على النحو التالي:

1- بيان السمات الأساسية للسلعة أو الخدمة:

يعتبر الحق بالإعلام والتبصر بخصائص وصفات السلع والخدمات المعروضة، جوهر فكرة الالتزام بالإعلام لأن خصائص السلعة (16) أو الخدمة قد تكون الباعث الرئيس لدى المستهلك على التعاقد، وفي إطارها يقع المستهلك ضحية الغش والتقليد. فالإعلام عن الثمن (17) من أهم الأمور التي يجب

¹⁴ عرفت المادة الأولى من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 المحرر الإلكتروني بأنه "رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج، أو تخزن، أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية أو رقمية، أو ضوئية، أو بأية وسيلة أخرى مشابهة".

¹⁵ يحيى يوسف فلاح حسن: التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007م، ص33.

¹⁶ السلعة المسعرة هي التي يحدد لها القانون ثمنا لا يجوز تجاوزه، فالمستهلك يبني قراره في الإقدام على شراء السلع والخدمات بناء على إمكانياته المادية مع الحرص على ألا يدفع في السلعة أكثر من قيمتها الحقيقية.

¹⁷ تنص المادة 113-3 من قانون الاستهلاك الفرنسي على أن من واجب بائع السلعة أو مقدم الخدمة أن يقوم بتبصير المستهلك بسعر السلعة أو الخدمة محل التعاقد. كما أشارت المادة 1129 من القانون المدني الفرنسي إلى اعتبار تحديد الثمن من العناصر الأساسية والجوهرية التي يجب الاتفاق عليها عند التعاقد، أنظر: المادة 1583 والمادة 1591 من القانون المدني الفرنسي.

حق المستهلك في الإعلام عبر العقود الإلكترونية

توضيحها¹⁸، وفي هذا السياق يجب تجنب التخفيض الوهمي لأسعار السلع والمنتجات المعلن عنها، والالتزام المفروض على المزود تجاه المستهلك يجب أن يتعلق بكل المعلومات المتعلقة بالصفة الجوهرية الخاصة بالشيء محل التعاقد.

وقد عرف القانون الإماراتي رقم (24) لسنة 2006 في شأن حماية المستهلك المعلن بأنه: "كل من يعلن عن السلعة أو الخدمة أو يروج لها باستخدام مختلف وسائل الإعلان والدعاية".

هذا وتنص المادة 111 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 949 لسنة 1993 أن على المزود الذي يعرض منتجاته عبر الإنترنت أن يحدد الخصائص العامة الضرورية للمنتج أو الخدمة، وعلى وجه الخصوص الخصائص الكيفية والكمية والمدة التي ستعرض فيها¹⁹.

هذا وقد أوجب قانون حماية المستهلك المصري، على كل مورد ومعلن إمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن خصائص وطبيعة المنتج محل التعاقد، وحذر المورد من إمداد المستهلك بمعلومات تؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل، مما قد يؤدي إلى وقوعه في خلط أو غلط، حيث أشارت إلى ذلك المادة السادسة من قانون حماية المستهلك المصري²⁰.

وقد وردت ذات الأحكام في التوجيه الأوروبي الصادر في 20 مايو 1997 بصدد البيع عن بعد، حيث توجب تلقي المستهلك كل المعلومات في الوقت المناسب قبل إبرام العقد، حيث يتعين على البائع الممتن أن يبين الهدف التجاري من العرض، وعما إذ كان مجانياً بقصد الدعاية والإعلان، ويجب أن تظهر على شاشة العرض إجراءات الدفع والتسليم والتنفيذ، وكذلك الأمر في حال تمت الصفقة عبر الهاتف، فإن المورد يلتزم في بداية المحادثة مع المستهلك، بالإفصاح عن شخصيته والهدف التجاري من المكالمة.

وخلاصة القول تتبع أهمية إعلام المستهلك بخصائص المبيع من أن التعاقد يتم عن بعد، أي يتم بوسائل إلكترونية، وبالتالي لا تتوفر إمكانية معاينة المبيع للمستهلك، ومن هنا جاءت أهمية الاهتمام بإعلام المستهلك وتبصيره في التعاقد الإلكتروني²¹.

2- إشتراط إعلام المستهلك باللغة الوطنية:

¹⁸ الموسوعة الفقهية، الجزء التاسع، الطبعة الثانية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1987، ص26.

¹⁹ د. عمر خالد زريقات: عقد البيع عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص342.

²⁰ أنظر نص المادة 5 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006.

²¹ يونس عرب: جرائم الكمبيوتر والإنترنت، منشورات اتحاد المصارف العربية، 2009م، ص131.

يعتبر وجوب مراعاة اللغة الأم لكل مستهلك من أشكال الحماية التي إضافتها المبادئ القانونية المعاصرة للمستهلك، لبيتسنى له فهم مضمون العقد الذي يريد أن يقدم عليه، إذا أوجبت المبادئ القانونية الحديثة أن يكون العقد بلغة المستهلك⁽²²⁾. فالإلزام المزود بإعلام المستهلك باللغة التي يفهمها، من وسائل حماية المستهلك باعتباره الطرف الأضعف، وذلك حتى يقدم المستهلك على التعاقد وهو على علم ودراية كافيين بطبيعة ومضمون محل التعاقد والشروط التعاقدية وكيفية السداد. ويلاحظ أن المشرع لم يتحدث عن اللغة العربية في الإعلان عن السلع، لكنه تحدث بشكل عام عن بطاقة البيان بوجوب أن تكون المعلومات الواردة فيها باللغة العربية، وكان يفضل أن يورد ضرورة وجود اللغة العربية في الإعلان، كذلك فإن المشرع لم يتحدث بشأن السلع التي تأتي من خارج الدولة، بحيث أنه لم يحدد لغة أجنبية أخرى بديلة عن اللغة العربية.

ففي قانون حماية المستهلك المصري ألزم المنتج والمستورد أن يضعوا البيانات والمعلومات اللازمة حسب طبيعة كل منتج وطبقاً للمواصفات القياسية المصرية، وأن تكون البيانات باللغة العربية، حيث جاء في المادة الثالثة من القانون المصري على أنه "على المنتج أو المستورد، بحسب الأحوال، أن يضع باللغة العربية على السلع البيانات التي توجبها المواصفات القياسية المصرية أو أي قانون آخر أو اللائحة التنفيذية لهذا القانون، وذلك بشكل واضح تسهل قراءته، وعلى النحو الذي يتحقق به الغرض من وضع تلك البيانات حسب طبيعة كل منتج وطريقة الإعلان عنه أو عرضه أو التعاقد عليه، وعلى مقدم الخدمة أن يحدد بطريقة واضحة بيانات الخدمة التي يقدمها وأسعارها ومميزاتها وخصائصها".

وقد تناول المشرع الفرنسي اللغة في مرحلة ما قبل التعاقد⁽²³⁾، حيث فرض المشرع الفرنسي صياغة الإيجاب باللغة الفرنسية⁽²⁴⁾، فقد جاء القانون الصادر في 13 ديسمبر 1975 باستخدام اللغة الفرنسية في مجال ترويج السلع والخدمات⁽²⁵⁾.

وفي هذا المجال ظهر قانون تويون الصادر عام 1994، واللائحة الخاصة به الصادرة في 19 مارس 1996 و 6 مارس 1997 الخاصة بضرورة استخدام اللغة الفرنسية، حيث نص القانون الفرنسي

²² محمد إبراهيم أبو الهيجاء: عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005م، ص47.

²³ تنص المادة الأولى من القانون الفرنسي الصادر في 31 ديسمبر 1975 "في عرض وتوزيع السلع والخدمات أو الدعاية المتعلقة بها، أو التعاقد عليها سواء في شكل مكتوب أو شفوي، وفي شأن بيان طرق تشغيل أو استخدام هذه السلع أو الخدمات وشروط التعاقد، والضمانات المرتبطة بذلك التعاقد فإن استخدام اللغة الفرنسية يكون أمراً إلزامياً".

²⁴ أنظر: حسن عبد الباسط جميعي: عقود برامج الحاسب الآلي، الطبعة الأولى، مصر، دار النهضة العربية، 1998، ص118 وما بعدها.

²⁵ خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، مصر، دار الفكر الجامعي، 2006، ص170.

حق المستهلك في الإعلام عبر العقود الإلكترونية

رقم 665-94 الصادر في 4 أغسطس 1994 المسمى بقانون توبون المتعلق باستخدام اللغة الفرنسية⁽²⁶⁾ في المادة الثانية على أنه "يجب استخدام اللغة الفرنسية في الإيجاب في كل أنواع التجارة، بما في ذلك التجارة الإلكترونية، وبصفة خاصة في التعليمات الخاصة بالتشغيل، وشروط الضمان، ووصف المنتج أو الخدمة والفواتير والإيصالات، وينطبق هذا على الإعلانات المرئية والمسموعة أو الناطقة أو المكتوبة"⁽²⁷⁾.

والواقع أن هناك صعوبات في استخدام اللغة الفرنسية عند إبرام العقد الإلكتروني، لأن غالبية المنتجات والخدمات يتم الإعلان عنها وتسويقها باللغة الإنجليزية، ذلك أن الإنترنت في الأصل أنجلو أمريكي، ولذلك يرى جانب من الفقه الفرنسي أن استخدام اللغة الفرنسية في إطار البيع للمستهلك يجب أن يوضع في إطار المادة 30 من اتفاقية روما والتي تبنت فيها بدائل متعددة لاستخدام اللغات في المعاملات والاتصالات التجارية.

وقد نص القانون اللبناني لحماية المستهلك على اعتماد اللغة العربية من حيث المبدأ في الإعلان عن المعلومات المتعلقة بالسلع والخدمات المعروضة، وفي محاولة للتخفيف من هذا الشرط، أجاز القانون لوزير الاقتصاد والتجارة تحديد الحالات التي يجوز فيها اعتماد إحدى اللغتين الإنجليزية، أو الفرنسية⁽²⁸⁾ في الإعلان عن السلع والخدمات كبديل عن اللغة العربية⁽²⁹⁾.

ويلاحظ مما سبق أن مراعاة اللغة الأم للمستهلك هي من أشكال الحماية التي أضافتها المبادئ القانونية الحديثة للمستهلك، فإعلام المستهلك بلغته هو من وسائل حماية المستهلك باعتباره الطرف الأضعف.

المطلب الثاني: الحق في الحماية من الدعاية التجارية الكاذبة

إن جوهر جريمة الدعاية والإعلانات الكاذبة هو الكذب على المستهلك، والكذب هو تغيير للحقيقة، أي جعل واقعة كاذبة في صورة واقعة صحيحة، وقد يكون شفوياً أو كتابياً، بل يمكن أن يتحقق الكذب

²⁶ خالد ممدوح إبراهيم: المرجع السابق، ص 172.

²⁷ د. خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 172.

²⁸ أنظر المادة 9 من القانون اللبناني رقم 13068 لسنة 2004 المتعلق بحماية المستهلك.

²⁹ د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء: عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 47.

الإيحاء إذا كنت للإشارة دلالة معينة ومعروفة⁽³⁰⁾، لذا يتصور أن يقع المستهلك الأصم الأمي مجنباً عليه بالدعاية والإعلانات الكاذبة.

ولا يشترط أن يكون الشخص الذي وجهت إليه الدعاية والإعلانات الكاذبة معيناً أو معروفاً، فالكذب يكون متحققاً إذا وجه إلى مستهلكين لا يعرفهم الجاني، كما لو وجه ادعاءاته الكاذبة إلى الجمهور، عن طريق النشر بالصحف⁽³¹⁾.

والسلعة طبقاً لنص المادة (1) من القانون الاتحادي رقم (24) الصادر بتاريخ 2006/8/13 في شأن حماية المستهلك تعني أنها: "منتج صناعي أو زراعي أو حيواني أو تحويلي بما في ذلك العناصر الأولية للمواد والمكونات الداخلة في المنتج".

والضابط في وصف قول أو كتابة بأنه كذب، وهو بمدى مطابقتها للحقيقة الموضوعية، وذلك دون اعتداد بالامتناع الشخصي. فإذا كانت الواقعة موضع الادعاء غير موجودة؛ فإن القول بوجودها يعتبر كذباً، ولو كان القائل يعتقد بوجودها، ولكن مثل هذا الاعتقاد قد ينفي قصد الكذب في الدعاية والإعلانات المتعلقة بسلعة معينة⁽³²⁾.

إن الادعاء يعتبر كذباً إذا لم يكون صحيحاً في جميع تفاصيله: فالكذب الجزئي يقوي بالكذب الكلي، أما الكذب المجرد الصادر عن المتهم، والذي يقنع به المجني عليه، ليقع في الخطأ يسلم إليه ماله، فلا يقوم به الاحتيال. كمن يؤكد للغير بأن حالة البلد المالية سيئة، وينصح ببيع سندات الحكومة ليشترى بثمنها أسهماً، من شركة له مصلحة فيها، أو لينتفع بسمسرة صفقتي البيع والشراء، فمثل هذه الأقوال تعتبر مجرد أكاذيب ليس فيها الوسائل الاحتمالية، التي اشترط القانون وجودها⁽³³⁾.

وتتخذ جريمة الدعاية والإعلانات الكاذبة صورة عديدة، من أهمها:

أولاً: جريمة الخداع والغش:

في دولة الإمارات العربية المتحدة نصت المادة (6) من القانون رقم (24) لسنة 2006 في شأن حماية المستهلك على أنه: "لا يجوز للمزود عرض أو تقديم أو الترويج أو الإعلان عن أية سلع أو

³⁰ كما لو أتى المشعوذ بمجموعة من الإشارات والحركات، للإيهام بمقدرته على شفاء المجني عليه من مرضه، فاعتقد ذلك، وسلمه ماله ليحقق له ذلك.

³¹ عوض محمد: جرائم الأشخاص والأموال، دار النجاح للطباعة، الإسكندرية، 1972م، ص258.

³² حسن الفكهاشي: موسوعة الفقه للدول العربية، الجزء الخامس والعشرون، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 1978، ص939.

³³ انظر هذا الاتجاه في قضاء محكمة النقض المصرية، جندي عبد الملك، مجموعة المبادئ الجنائية، الطبعة الثانية، دار المنشورات القانونية، بيروت، لبنان، 1999م، ص692.

حق المستهلك في الإعلام عبر العقود الإلكترونية

خدمات تكون مغشوشة أو فاسدة أو مضللة بحيث تلحق الضرر بمصلحة المستهلك أو صحته عند الاستعمال العادي".

الغش أو الخداع (التدليس) من آفات المجتمع المعاصر، يستفحل في مختلف المجالات الحياتية، لاسيما الاقتصادية، ويكاد يطال جميع ما يحتاج إليه المستهلك في مأكله أو مشربه أو ملبسه أو علاجه أو ما يرغب فيه من أسباب التكامل. ويلجأ المهني إلى الاستعانة بالدعاية والإعلانات الكاذبة من أجل تغيير المستهلك وغشه، فالتغيير هو الالتجاء إلى الحيلة بقصد انتزاع رضاء الطرف الآخر، ولإعماله كعيب من عيوب الإرادة لابد من تحقق الشروط التالية:

1. أن تكون هناك طرق احتيالية، قولية أو فعلية، ويستوي أن تكون هذه الطرق عبارة عن نشاط إيجابي أو موقف سلبي من قبل المهني.
2. أن تكون الوسائل التي يستخدمها المهني غير مشروعة ولم يجز بها العرف.
3. أن يكون التغيير هو السبب الرئيسي في حمل المستهلك على التعاقد.
4. أن يقترن التغيير بغبن فاحش.

أما الخداع فيمكن تعريفه بأنه "الباس أمر من الأمور مظهراً يخالف حقيقة ما هو عليه، ويتحقق بإتيان طرق احتيالية، تعني استخدام وسائل خارجية ينسج منها البائع ما يغطي كذبه ويطلّيه بلون الحقيقة، مستهدفاً تدعيم أقواله وتغيير وجه الحقيقة على وجه يؤدي إلى الخداع". والغش هو "تغيير أو تعديل يقع على الجوهر أو التكوين الطبيعي لمادة أو سلعة معدة للبيع، ويكون من شأن ذلك النيل من خواصها الأساسية أو إخفاء عيوبها أو إعطائها شكلاً أو مظهر سلعة أخرى تختلف عنها في الحقيقة"⁽³⁴⁾. وتحققاً لذلك، فقد نصت المادة (14) من القانون الاتحادي في شأن حماية المستهلك في دولة الإمارات العربية المتحدة، بأنه: "لا يجوز لأي مزود إخفاء أية سلعة أو الامتناع عن بيعها بقصد التحكم في سعر السوق أو أن يفرض شراء كميات معينة منها أو شراء سلع أخرى معها أو أن يتقاضى ثمناً أعلى من ثمنها الذي تم الإعلان عنه".

وقد نص المشرع الإماراتي في المادة الأولى من القانون رقم (24) لسنة 2006 في شأن حماية المستهلك بأن السعر: "يشمل سعر البيع أو بدل الإيجار أو الاستعمال".

ويرى الباحث أن التغيير بالمفهوم الذي تأخذ به التشريعات المدنية لا يستوعب كل حالات الخداع والغش التي قد يلجأ إليها البائع؛ فالتغيير بالمفهوم المدني هو عيب يصيب الإرادة عند تكوين العقد، في

³⁴ المادة 2 من القانون المصري رقم 48 لسنة 1941 المعدل بالقانون رقم 281 لسنة 1994 الخاص بقمع التدليس والغش.

حق المستهلك في الإعلام عبر العقود الإلكترونية

حين أن الخداع والغش ينطبقان على كل ما قد يقع بعد تكوين العقد أو يقع خارجاً عن دائرة العقد، كما في عمليات الوزن أو القياس أو الكيل المزيفة أو غير الصحيحة.

وقد اهتمت التشريعات الحديثة بتجريم الخداع والغش بأنواعه وصوره المتعددة، ووضعت العقوبات الرادعة، فبعد أن وجد المشرع المصري أن النصوص الواردة في قانون العقوبات غير كافية لمعالجة الخداع والغش، أصدر قانوناً أساسياً في هذا الشأن هو القانون رقم 48 لسنة 1941 المعدل بالقانون رقم 281 لسنة 1994 والقانون رقم 10 لسنة 1996 بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها، والقانون رقم 67 لسنة 2006 لحماية المستهلك⁽³⁵⁾.

ويلاحظ في هذا الشأن، أن الكذب في حد ذاته، مجرداً من أي اعتبار آخر، لا ينهض دعامة كافية للتدليس أو التزوير المبطل للعقد بصفة عامة، على الرغم من نقشه في هذه الأيام، ما لم يرتبط بكتمان الحقيقة أو إخفائها (وهو السكوت العمدي) أو بالكذب المفضوح (كالإعلان على خلاف الواقع بانتحال أحسن الأوصاف، عن نسبة ضخمة من التخفيضات أو وجود فرصة لا تتكرر)، للتأثير على إرادة المتعاقد وهو ما يُسمى بالكذب الذي يتجاوز حدود المؤلف في التعامل⁽³⁶⁾. وهو ما أشارت إليه محكمة النقض السورية في أحد قراراتها المشهورة، من أنه قد يكون مجرد الكذب في بعض الحالات كافياً في حد ذاته لاعتباره طريفاً احتيالياً، إذا كانت الوسيلة المستعملة لتضليل الطرف الآخر، هي الدافع الرئيسي له للتعاقد⁽³⁷⁾.

ويشترط جمهور فقهاء المسلمين لثبوت خيار التدليس، أن يؤدي إلى تضليل وتزوير المتعاقد المدلس عليه، بأن يكون هذا التدليس هو الدافع إلى التعاقد، بحيث لو علم ما في العقود عليه من عيب أو ما في العوض من غبن لما أبرم العقد، كما يشترط أن يكون المتعاقد الآخر هو المدلس على المتعاقد معه أو على علم بتدليس الغير عليه⁽³⁸⁾.

ثانياً: جريمة البيع الإغرائي:

³⁵ وأصدر المشرع السوري القانون رقم 158 لسنة 1960 بشأن قمع التدليس والغش المعدل بتاريخ 2001/2/28م.

³⁶ نقض مندي فرنسي 1971/11/29، Rep Dalloz، رقم 24؛ نقض مندي مصري 1943/2/25، م.ق.ق، ج 4، ص 59، رقم 29.

³⁷ نقض مندي سوري، 1966/7/2، مجلة المحامون س 31، 1966، العدد 9، ص 288.

³⁸ انظر: د. عبد الناصر العطار: مصادر الالتزام 'دراسة للعقد والإرادة المنفردة والعمل النافع والعمل الضار والقانون كمصادر للالتزام في القانون المدني المصري، مع أحدث أحكام القضاء والإشارة إلى بعض أحكام الفقه الإسلامي، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، 1990م، ص 11، د. رمضان الشربناص: حماية المستهلك في الفقه الإسلامي المقارن، مطبعة الأمانة، مصر، 1404هـ، ص 83.

حق المستهلك في الإعلام عبر العقود الإلكترونية

تستهدف طرق البيع الإغرائية إيقاظ عواطف المستهلك بهدف تحريضه على الشراء، الأمر الذي يؤدي إلى إقدامه أحياناً على شراء ما لا ينفعه أو ما هو في غير حاجة إليه، ومن الطرق الإغرائية التي يتبعها المهنيون عمليات تنظيم يانصيب وتحديد مسابقات وجوائز وهدايا للإغراء على الشراء، وكذلك التخفيضات الوهمية للأسعار في بيع البواقي والتصفيات⁽³⁹⁾.

ففيما يتعلق ببيع البواقي والتصفيات، فقد أصدر المشرع المصري القانون رقم 100 لسنة 1957، نظم بموجبه البيع بالأوكازيونات، أي البيع عن طريق التصفية، حيث حظر على المحال التجارية أن تعلن عن بيع بضائعها عن طريق التصفية إلا في الحالات وبالشروط والمواعيد التي حددها القانون، والتي تكفل حماية المستهلك والمنافسة المشروعة.

وكذلك أصدر المشرع الإماراتي القانون الاتحادي في شأن حماية المستهلك بدولة الإمارات العربية المتحدة، والذي نص في مادته الثانية على أن: "تُشكل بناء على اقتراح الوزير لجنة تُسمى اللجنة العليا لحماية المستهلك تكون برئاسة الوزير، ويدخل ضمن تشكيلها ممثلون عن جمعيات حماية المستهلك، ويصدر بتشكيل اللجنة وتحديد اختصاصها قرار من مجلس الوزراء"⁽⁴⁰⁾.

ثالثاً: الشعارات الخادعة:

نص على هذه الوسيلة، قانون العقوبات السويسري (المادة 148)، وقانون العقوبات المغربي (الفصل 540). وصورتها أن تكون بالكذب الشفهي أو المكتوب، أو بأية إشارة أو حركة أو تصرف له دلالات معينة، ويعني التأكيد على واقعة معينة، وتفتع المجني عليه بها؛ حيث يظهر من خلالها المعن، وقائع معينة على أساس أنها موجودة، بينما هي في حقيقتها غير موجودة، أو إنها موجودة ولكن بصورة مختلفة. ومثالها استعمال علامات خادعة ووضعها على المنتجات او المصنوعات، بهدف الترويج لبيعها، أو استعمال وثائق أو سندات غير صحيحة، أو بيانات كاذبة، عن منشأ أو مصدر شيء متحصل عليه بطريق غير مشروع كالسرقة.

وفي دولة الإمارات العربية المتحدة نصت المادة (7) من القانون رقم (24) لسنة 2006 في شأن حماية المستهلك على أنه: "مع مراعاة ما تنص عليه القوانين والأنظمة ذات الصلة يلتزم المزود لدى عرض أية سلعة للتداول بأن يلصق على غلافها أو عبوتها، وبشكل بارز، بطاقة تتضمن بيانات عن نوع

³⁹ على سبيل المثال، نجد أن المشرع الأردني قد نظم احكام الوعد بالجائزة في المواد 250-255 من القانون المدني.

⁴⁰ السيد خليل هيكل: نحو القانون الإداري للاستهلاك في سبيل حماية المستهلك "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1999، ص28.

السلعة وطبيعتها ومكوناتها واسم المنتج وتاريخ الانتاج أو التعبئة والوزن الصافي وبلد المنشأ وبلد التصدير (إن وجد) وبيان كيفية الاستعمال (إن أمكن) وتاريخ انتهاء الصلاحية، مع إرفاق بيان تفصيلي داخل العبوة لمكونات السلعة ومواصفاتها وقواعد استعمالها ومخاطرها وغير ذلك من البيانات باللغة العربية، وذلك على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون. وإذا كان استعمال السلعة ينطوي على خطورة وجب التنبيه إلى ذلك بشكل ظاهر".

رابعاً: إخفاء وقائع صحيحة:

نص على هذه الوسيلة قانون العقوبات السويسري (المادة 148)، وقانون العقوبات القطري (المادة 241)، وقانون العقوبات السوداني (المادة 357)، وقانون العقوبات المغربي (الفصل 540). ومثالها أن يبيع شخص لآخر سلعة، ويقبض الثمن عنها، دون أن يكون له الحق في التصرف فيها، وبدون أن يعلم المشتري بذلك.

المبحث الثاني: الالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني وضمن سلامته

تمهيد وتقسيم:

يجب مراعاة جانب الإعلام، لتمكين المستهلك من معرفة نوعية المنتج ومزاياه الحقيقية وحتى مساوئه أو بعض عيوبه، كذلك يجب مراعاة الجانب النفسي والثقافي لدى المستهلك وطبيعته بصفة عامة وبالنسبة إلى المستهلك العربي وبما أنه يشغل مساحة ضئيلة في التعامل عبر الشبكة، يجب الاهتمام بتنميتها عن طريق الاهتمام بالتجارة الإلكترونية العربية وتنمية الوعي المعلوماتي لدى المستهلك العربي. وللتعرف على الالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني وضمن سلامته، سيتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، وذلك على النحو التالي:

- **المطلب الأول:** الإعلام من طرف المزود.
- **المطلب الثاني:** ماهية الالتزام بالإعلام.
- **المطلب الثالث:** الالتزام بضمان سلامة المستهلك الإلكتروني من العيوب الخفية.

المطلب الأول: الإعلام من طرف المزود

الإعلام من طرف المزود يقصد به إعطاء المستهلك جميع المعلومات الضرورية اللازمة لمساعدته في اتخاذ القرار بالتعاقد من عدمه ويعني ذلك حق المستهلك في الإعلام المتعلق بالمنتجات المعروضة وتمنئها، ويترج ذلك ضمن عقود التجارة الإلكترونية، ومنها الإعلام بقوانين المعلوماتية والحريات. ذلك أنه

حق المستهلك في الإعلام عبر العقود الإلكترونية

حسب القانون الفرنسي الصادر تحت رقم (17) في 06 يناير 1978 والخاص بالمعلوماتية والحريات، يحق للمستهلك الاطلاع على البيانات الخاصة به للتحقق منها، وأنه لا يجوز الاحتفاظ بالبيانات الخاصة ببطاقة المصرفية إلا خلال المدة اللازمة للتعامل⁽⁴¹⁾.

وفي دولة الإمارات العربية المتحدة نصت المادة (8) من القانون رقم (24) لسنة 2006 في شأن حماية المستهلك على أنه: "يلتزم المزود لدى عرض أية سلعة للتداول بتدوين السعر عليها بشكل ظاهر أو الاعلان عنه بشكل بارز في مكان عرض السلعة، وللمستهلك الحق في الحصول على فاتورة مؤرخة تتضمن تحديد نوع السلعة وسعرها وأية بيانات أخرى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

وتحرص بعض العقود على إعلام المستهلك بالأعباء الضريبية والجمارك التي يتحملها، وذلك بطريقة مفصلة، مثلما هو الحال في بعض العقود الأمريكية، بل تصل الرغبة أحياناً بإعلام المستهلكين بالقوانين التي تتعلق بحماية ذلك المستهلك حتى يمكن له الرجوع إليها قبل إبرام العقد⁽⁴²⁾.

ويرى بعض الفقهاء⁽⁴³⁾ أن الحق في الإعلام، حسب القانون الفرنسي الصادر عام 1993م، يجب أن يتضمن ثلاث نقاط أساسية هي:

1. التبصير والتوضيح بالخصائص المميزة للسلع أو الخدمات المعروضة باعتبارها الباعث

الرئيسي لدى المستهلك على التعاقد، وفي إطارها يقع المستهلك ضحية للغش والتقليد.

2. التبصير والتوضيح بثمن السلع والخدمات.

3. التبصير والتوضيح لبعض البيانات الإلزامية من ذلك التزام البائع بضمان العيوب الخفية قبل

المستهلك، وعدم جواز الاتفاق على الإعفاء من هذا الشرط حماية للمستهلك الذي لا يعلم

بحقيقة العيوب الخفية التي اجتهد المنتج أو التاجر في إخفائها.

وقد عالجت المواد (111/113، 2/3) من القانون الفرنسي الصادر عام 1993م، في شأن حماية

المستهلك هذه الموضوعات فضلاً عن بعض النصوص الواردة في تشريعات صدرت عام 1978م، في شأن حماية المستهلك في فرنسا⁽⁴⁴⁾.

مما سبق، نخلص إلى أن المتعاقد في التجارة الإلكترونية ملزم بتبصير المستهلك بسلعته أو خدمته

التي يعرضها، وملزم بذكر البيانات الجوهرية على نحو يحقق علم كاف وشامل للمستهلك حتى يمكن

⁴¹ السيد خليل هيكل: نحو القانون الإداري للمستهلك في سبيل حماية المستهلك، ص14.

⁴² أحمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994م، ص108.

⁴³ السيد خليل هيكل: نحو القانون الإداري للمستهلك في سبيل حماية المستهلك، ص16.

⁴⁴ السيد خليل هيكل، المرجع السابق، ص18.

حق المستهلك في الإعلام عبر العقود الإلكترونية

القول إن إرادة المستهلك كانت حرة حال تقاعده، وأن الإخلال بهذا الالتزام يؤدي إلى فسخ العقد في حالة وقوع المستهلك في غلط أو تغيير، كما يمكن للمستهلك الذي أصابه الضرر أن يطالب بالتعويض عن الأضرار إن كان لهذا التعويض مقتضى.

وفي دولة الإمارات العربية المتحدة نصت المادة (9) من القانون رقم (24) لسنة 2006 في شأن حماية المستهلك على أنه: "يسأل المزود عن الضرر الناجم عن استخدام السلعة واستهلاكها كما يسأل عن عدم توفير قطع الغيار للسلع المعمرة خلال فترة زمنية محددة وعن عدم توفير الضمانات المعلن عنها أو المتفق عليها مع المستهلك، وذلك كله وفقاً للقواعد التي تصدر بقرار من الوزير. وإذا كانت السلعة منتجة محلياً قامت مسؤولية المنتج والبائع التضامنية عما سبق".

المطلب الثاني: ماهية الالتزام بالإعلام

حق المستهلك في الإعلام يقصد به إعطاء المستهلك جميع المعلومات الضرورية اللازمة لمساعدته في اتخاذ القرار بالتعاقد من عدمه ويعني ذلك حق المستهلك في الإعلام المتعلق بالمنتجات المعروضة وثمنها، وتحريض بعض العقود - في مجال التجارة الإلكترونية - على إعلامه بالأعباء الضريبية والجمارك التي يتحملها، وذلك بطريقة مفصلة، مثلما هو الحال في بعض العقود الأمريكية، بل تصل الرغبة أحياناً بإعلام المستهلكين بالقوانين التي تتعلق بحماية ذلك المستهلك حتى يمكن له الرجوع إليها قبل إبرام العقد (45).

يرتبط الالتزام بالإعلام بنوع من السياسة التي تهدف إلى حماية المستهلك، وضمان الثقة والأمانة في المعاملات (46). وعليه نتعرض لماهية الالتزام بالإعلام وخصائصه على النحو التالي:

أولاً: مفهوم الالتزام بالإعلام:

تعاقبت الآراء بصدد تعريف الالتزام بالإعلام وبيان مصدره والأساس الذي يقوم عليه خاصة في مجال الدواء لارتباطه بصحة الإنسان وسلامته جسده (47).

توجب المادة (1543) من قانون الصحة العامة الفرنسي. وكذلك المادة (57) من قانون مزاوله مهنة الصيدلة في مصر على الصيدلي المنتج ضرورة القيام بوضع بعض البيانات على أغلفة المستحضرات التي يقوم بإنتاجها.

⁴⁵ أحمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المصنوع العقدي، مرجع سابق، ص 105 وما بعدها.

⁴⁶ ثروت عبد الحميد، ضمان صلاحية المبيع لوجبة الاستعمال، دار أم القرى، المنصورة، بدون سنة نشر ص 74.

⁴⁷ السيد خليل هيكل: نحو القانون الإداري للاستهلاك في سبيل حماية المستهلك، ص 19.

والالتزام بالإعلام فرضه التطور العلمي الهائل في مجال صناعة المنتجات عموماً منذ أوائل منتصف القرن الماضي، حيث كان الالتزام بتقديم المعلومات والبيانات حول المنتجات والتحذير من مخاطرها وأضرارها تابعاً للالتزام بضمان العيب الخفي أو للالتزام بضمان السلامة. ولكن مع ثورة التقدم العلمي التي اجتاحت مجالات الحياة كافة والمجال الطبي خاصة، جاء استقلال الالتزام بالإعلام ليصبح حقيقة مؤكدة⁽⁴⁸⁾، تلزم المنتج بضرورة إبراز كافة الآثار التي يمكن أن تترتب كنتيجة لاستخدام منتج، وتحذير المستهلك من المخاطر التي يحتمل تعرضه لها حال استخدامه المنتج، فضلاً عن ضرورة تبصيره بالطريقة المثلى لاستخدام المنتج، مما يجنبه المخاطر المعلومة أو المحتملة، ويوفر له أقصى استفادة ممكنة⁽⁴⁹⁾.

وفي مرحلة متقدمة من التطور التشريعي، أصدرت الدول المختلفة تشريعات خاصة بحماية المستهلك. ولم يتخلف أي من النظامين القانونيين الفرنسي والمصري عن ذلك، حيث صدر في فرنسا تقنين الاستهلاك الجديد رقم (93-949) الصادر في 26 يوليو 1993م، لينص صراحة على حق المستهلك في الحصول على المعلومات، حيث خصص الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول من هذا القانون للالتزام العام بالإعلام، ونص صراحة في المادة (1/111) منه على أن "يلتزم كل بائع مهني للسلع أو الخدمات، قبل إبرام العقد، بأن يضع المستهلك في موقف يمكنه من معرفة الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة. كما صدر في مصر قانون حماية المستهلك رقم (67) لسنة 2006م، حيث كرس المشرع صراحة، ولأول مرة، الالتزام بالإعلام بنص خاص. إذا نصت مادته الثانية على الحقوق الأساسية للمستهلك، ومن بينها حقه في الحصول على المعلومات والبيانات الصحيحة عن المنتجات التي يشتريها أو يستخدمها أو تقدم إليه.

كما تنص المادة (12) من القانون المصري على أنه "في الأحوال التي يمكن أن يؤدي فيها استخدام المنتج إلى الإضرار بصحة وسلامة المستهلك، يلتزم المنتج بأن يبين الطريقة الصحيحة لاستخدام المنتج وكيفية الوقاية من الأضرار المحتملة وكيفية علاجها في حال حدوثها"⁽⁵⁰⁾.

وعلى ذلك، يمكن القول بأن الالتزام بالإعلام في حقيقته عبارة عن واجب قانوني يفرضه المشرع على منتج السلعة أو على من تربطهم صلة وثيقة بها، بأن يقدموا للمستهلك كافة المعلومات والبيانات التي

⁴⁸ د. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 83.

⁴⁹ د. ممدوح محمد مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة وفقاً للقانون المدني المصري والفرنسي والفقهاء الإسلامي وأحكام القضاء، المكتب الفني للإصدارات القانونية، 2000، ص 171.

⁵⁰ د. مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 95.

تمكنه من استخدام السلعة في وجهتها الصحيحة، أو تجنبه أضرار ومخاطر استخدامها⁽⁵¹⁾، وأن هذا الالتزام لا يقتصر على طائفة بعينها من المنتجات، بل يمتد ليشمل مختلف السلع حتى ما كان شائعاً منها في التداول⁽⁵²⁾، وإن كانت أهمية الالتزام تتعاطم في مجال المنتجات ذات الصلة الوثيقة بجسم الإنسان وصحته، والتي تأتي المنتجات الصيدلانية في مقدمتها، نظراً لما يترتب على العلم الوافي بخصائص المواد الفعالة في الدواء، من أهمية بالغة بالنسبة للعديد من الأشخاص ذوي الحساسية لبعض المركبات والمكونات الكيميائية⁽⁵³⁾.

ثانياً: مضمون الالتزام بالإعلام وخصائصه:

نظراً لجسامة الأضرار التي قد تلحق بمستهلكي الدواء؛ فقد بدت الحاجة إلى أن تصطبغ القواعد المنظمة للالتزام بالإعلام ببعض الخصوصية سواءً من حيث المضمون أو من حيث الحدود والخصائص. وهو ما نتناوله تباعاً:

I- مضمون الالتزام بالإعلام:

تخفى مضمون الالتزام بالإعلام نطاق المعلومات الضرورية التي نص عليها التشريع العام، ليشمل الالتزام بتقديم النصح والإرشاد (التبصير). ويعزى السبب في ذلك إلى ما رتبته التوسع الصناعي الهائل الذي اصطبغت به كافة مجالات الحياة من نتائج تمثلت في الإخلال بمبدأ المساواة بين المتعاقدين اقتصادياً واجتماعياً، فضلاً عن تعرض المستهلك لمخاطر جمة نتيجة استهلاكه لأشياء كثيرة يجهل مصدرها أو لا يعلم عن استعمالها غالباً⁽⁵⁴⁾، ولا تسعفه في ذلك الوسائل التقليدية كبيانات التعبئة الملحقة بالمنتج، وإعلانات الترويج أو حتى معلومات الإنترنت التي غالباً ما يشوبها القصور وعدم الدقة. وبناء عليه، أصبح من المتعين على المهني إبلاغ المستهلك بكافة المخاطر التي قد تترتب على استعمال المنتج، ويحدد التزامه في كل ما من شأنه درء خطر متوقع أو التحسب لخطر محتمل، أو

⁵¹ د. أحمد محمد محمد الرفاعي: الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، مرجع سابق، ص142.

⁵² د. نزيه محمد صادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض العقود، دراسة فقهية مقارنة، سنة 1982، ص15.

⁵³ د. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص84.

⁵⁴ التزام المختبر المنتج للدواء بتقديم المعلومات، مقالة منشورة بمجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2005، ص4.

حق المستهلك في الإعلام عبر العقود الإلكترونية

الاحتياط لخطر ظني، وهو ما يكون له صدى كبير خاصة إذا كان المنتج من المنتجات شائعة الاستخدام وموجهاً إلى شريحة واسعة من الجمهور (55).

ولما كانت الغاية من الالتزام بالإعلام والتحذير هي السماح للمستهلك أن يستعمل الشيء في وجهته الصحيحة، وتجنب مخاطره، لذا تعين أن يكون محل الالتزام وموضوعه منصّباً على الأمور التي تساعد في تحقيق هذه الغاية، كطريقة استعمال المنتج، والتحذير من كافة المخاطر التي قد تترتب على استعمال السلعة أو المنتج، وإخطار المستهلك بكافة الاحتياطات الواجب مراعاتها لتفادي أضرار المنتج (56). أي أن الالتزام بالتحذير عبارة عن واجب يتمثل مضمونه في تبصير المستهلك بكافة أوجه استعمال المنتج، وإحاطته علماً بصفاته المختلفة (57).

وقد نصت المادة (3) من القانون الإماراتي رقم (24) لسنة 2016 في شأن حماية المستهلك على أنه: "في حال حدوث أزمة أو ظروف غير عادية في السوق تؤدي لزيادة غير طبيعية في الاسعار يتخذ الوزير - بناء على توصية اللجنة - إجراءات من شأنها الحد من تلك الزيادة وحماية مصالح المستهلكين وعدم الإضرار بهم. وتبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون الأسس والإجراءات في تحديد ما يعتبر زيادة غير طبيعية في الاسعار وحالات الاحتكار التي يجب اتخاذ تدابير بشأنها".

وهكذا يتحلل التزام المنتج في مواجهة المستهلك بالالتزام بالنصح والإرشاد عن الخصائص الأساسية للسلعة (58)، من حيث طريقة استعمالها. وذات الالتزام يقع بداهة على عاتق المنتج، حيث إنه أدري الناس بخصائص منتجته وصفاته الخطرة.

2- حدود الالتزام بالإعلام:

سبق أن أشرنا إلى أهمية الالتزام بالإعلام كأحد الوسائل التي استطاع بمقتضاها المشرع أن يضيق من الفجوة القائمة بين كل من المستهلك والمهني المتخصص سواء أكان منتجاً أم موزعاً، وذلك في محاولة من المشرع للوقوف بجانب المستهلك، الطرف الضعيف في العلاقة، وإمداده بكافة المعلومات

55. د. قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص113.

56. د. ثروت عبد الحميد: الأضرار الصحية الناشئة عن الغذاء الفاسد أو الملوث، دار أم القرى للطباعة والنشر والتوزيع، 1995م، ص85.

57. د. نزيه محمد صادق المهدي، المرجع السابق، ص106.

58. مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص114.

حق المستهلك في الإعلام عبر العقود الإلكترونية

المتعلقة بالمنتج سواء من حيث طريقة الاستخدام، أو آثار المنتج ومخاطره، والاحتياجات الواجب اتخاذها لتفادي أضرارها⁽⁵⁹⁾.

وتعتبر مسألة مدى خضوع هاتين الطائفتين من المخاطر للالتزام، محل خلاف بين الفقهاء، وتختلف بشأنها النظرة من بلد لآخر، فيذهب جانب من الفقه إلى القول بأن نطاق الالتزام بإعلام المريض وتبصيره يمتد ليشمل تبصيره بكافة المخاطر التي يتعرض لها، والكشف له عن حالته وحقيقتها مهما كانت مرارة الحقيقة⁽⁶⁰⁾، أي إمداده بالمعلومات الكاملة.

ويرى الباحث أن الاتجاه السابق، يميل إلى التوسع في مدى نطاق الالتزام بالإعلام إلى درجة قد تؤدي لإحداث نتائج تتناقض مع الغاية من فرض الالتزام.

هذا فيما ذهب بعض الفقه إلى التفرقة بين المخاطر المتوقعة، وبين المخاطر الجسيمة أو غير العادية. فالمخاطر المتوقعة يمكن أن تكون جسيمة، ويمكن أن تكون عادية، والالتزام بالإعلام مفروض فيها جميعاً، وهي بلا شك تختلف عن المخاطر غير المتوقعة أي الاستثنائية.

3- خصائص الالتزام بالإعلام:

هناك بعض الأوصاف التي يجب أن تقتزن بالالتزام بالإعلام والتي يترتب على مراعاتها تحقيق الالتزام لكافة أهدافه ومنها:

أ- أن يكون الالتزام مكتوباً:

إذا كانت الغاية من الالتزام بالإعلام تتحقق بوصول هذه المعلومات للمستهلك، وقيامه بمراعاتها والعمل بها، بصرف النظر عن الطريقة أو الكيفية التي تصل بها هذه المعلومات، أي سواء وصلت المستهلك بطريقة شفوية، أو مكتوبة. الأمر الذي يعني أن المنتج قد أوفى بالالتزام الملقى على عاتقه تجاه مستهلك الدواء.

بيد أن الصورة الشكلية تتطلب أن تكون المعلومات في شكل بيانات أو نصائح، يفرضي بها المنتج أو الموزع مباشرة إلى مستعمل الدواء أو مستعمل السلعة عموماً، الأمر الذي أصبح نادر الحدوث في الوقت الراهن⁽⁶¹⁾، والذي يستوجب ضرورة صياغة هذه البيانات في صورة مكتوبة أولاً من جانب المنتج عن

⁵⁹ د. محسن عبد الحميد البيه: خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993، ص183.

⁶⁰ د. محمد حسين منصور: المسئولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص43؛

⁶¹ تنص المادة الثالثة من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 بأنه "على المنتج أو المستورد - بحسب الأحوال - أن يضع باللغة العربية على السلع البيانات التي توجبها المواصفات القياسية المصرية أياي قانون آخر أو اللائحة التنفيذية لهذا القانون، وذلك بشكل واضح تسهل

حق المستهلك في الإعلام عبر العقود الإلكترونية

طريق إرفاق النشرة الطبية المدون بها تلك المعلومات، وثانياً من جانب الصيدلية التي يصرف منها الدواء، حيث يجب وضع بطاقة مكتوبة على الدواء من خلال دعامة ورقية تقليدية أو اية دعامة إلكترونية أخرى متى كانت تتصف بالدوام والاستمرارية⁽⁶²⁾، يذكر فيها اسم الصيدلة وعنوانها، واسم صانع الدواء، وطريقة استعماله، وكافة آثاره وموانع استخدامه، والاحتياطات المتعين مراعاتها عند تناوله، ويشترط أن تكون هذه البيانات مطابقة للحقيقة. ويستحسن أن تكون الكتابة بأكثر من لغة، تحقيقاً لمصلحة المريض، وتأكيداً على تحقيق الغاية من الالتزام، خاصة أن مستهلك الدواء قد لا يجيد قراءة اللغة المكتوب بها على الدواء حالة الاقتصار على لغة واحدة.

وفي دولة الإمارات العربية المتحدة نصت المادة (10) من القانون رقم (24) لسنة 2006 في شأن حماية المستهلك على أنه: "يضمن المزود مطابقة السلعة أو الخدمة التي يزود بها المستهلك للمواصفات القياسية المعتمدة المعلن عنها، كما يسأل عن عدم التقيد بالشروط المتعلقة بالصحة العامة والسلامة".

ب- أن يكون الالتزام مفهوماً وواضحاً:

يتعين أن تكون البيانات متوافقة مع شخصية المريض ومستواه الاجتماعي وكذا حالته النفسية، وذلك للتأكد من تلقي المريض لها بصورة وافية وسليمة، ويتحقق ذلك بتطويعه بما يتلاءم وقدرة المريض على الفهم⁽⁶³⁾.

وينبغي أن ترد الصياغة في عبارات سهلة تتناسب والمستوى العلمي المفترض توافره لدى الأشخاص الذين يوجه إليهم المنتج، بعيداً عن العبارات المعقدة والمصطلحات الفنية الدقيقة التي تستعصى على فهم العامة، أو التي يقتصر فهمها على أهل الطب⁽⁶⁴⁾. وقد يكون من المناسب، أن يشفع المنتج بالتحذير المكتوب رسماً مبسطاً، يرمز للخطر الذي يمكن أن ينجم عن منتج، خاصة إذا كان الدواء من المحتمل أن يقع بين يدي من لا يعرفون القراءة⁽⁶⁵⁾، الأمر الذي يساعد المستهلك العادي على استيعابها.

ج- أن يكون وافياً:

قراءته وعلى النحو الذي يتحقق به الغرض من وضع هذه البيانات حسب طبيعة كل منتج وطريقة الإعلان عنه أو عرضه أو التعاقد عليه، وعلى مقدم الخدمة أن يحدد بطريقة واضحة بيانات الخدمة التي يقدمها وأسعارها ومميزاتها وخصائصها".
62. مصطفى أحمد ابو عمرو، المرجع السابق، ص155.
63. محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2002، ص91.
64. عبد الكريم مأمون: حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، دار النهضة العربية، القاهرة 2006، ص95.
65. محمد شكري سرور: مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تلحقه، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983م، ص28.

يقصد بالتحذير الوافي ذلك التحذير الذي يلفت انتباه المستعمل إلى المخاطر التي يمكن أن تعلق به، والذي يتطلب أن تكون المعلومات والبيانات المقدمة كاملة وكافية، تشمل كل ما يتعلق بالسلعة من خصائص وعناصر وأخطار، وإن كان تنفيذ هذا الالتزام بصورة وافية يقتضي من المنتج أو الموزع أن يفضي بكل المعلومات والبيانات المتعلقة بالسلعة، إلا أنه ليس مطلوباً منه أن يسهب في عرض التفاصيل التي يفترض أن المشتري على دراية بها، بصورة تتضخم معها هذه البيانات مما يرهق البائع ويبعث الملل في نفس المستهلك. هذا من جهة ومن جهة أخرى، لا يكون التبصير وافياً إلا إذا أحاط المنتج بالمخاطر التي يمكن أن تنجم عن مجرد حيازة الشيء، وأبرزها للمستعمل، وأوضح له طريقة الوقاية منها، كما لو كان الشيء مثلاً يمكن أن يفسد أو ينفجر تحت تأثير الحرارة، حيث يجب أن يتضمن التحذير ضرورة حفظه بعيداً عن المصدر الحراري⁽⁶⁶⁾. وإذا كان المنتج الدوائي مما تنقيد صلاحيته للاستعمال بمدة معينة، سواء احتسبت من تاريخ الإنتاج أم من تاريخ فتح العبوة، فإن التحذير بشأنه لا يكتمل بمجرد ذكر تاريخ انتهاء صلاحيته للاستعمال، بل يلزم بيان المخاطر التي تنجم عن استعماله بعد انتهاء هذه الفترة⁽⁶⁷⁾.

صحيح أن تقرير مدى كفاية التحذير، سوف يختلف بحسب ما إذا كانت المنتجات بطبيعتها مما لا يستخدمه إلا متخصصون أو كانت مما يعد لاستخدام العامة، إلا أنه وبصرف النظر عن ذلك يجب أن يكون المنتج حريصاً بوجه عام، فلا يظهر بخلأ في هذه الناحية خاصة إذا كانت المنتجات مما يستعملها متخصصون وغير متخصصين في نفس الوقت. وبناءً عليه إذا نبه المنتج إلى ضرورة اتخاذ احتياطات معين، لزم بيان الأضرار التي يربتها إغفال اتخاذ هذا الاحتياط أو مخالفته. فمثلاً، في حالة التنبية، بخصوص منتج دوائي معين، إلى ضرورة عدم تعرضه للضوء، تعين بيان الأضرار التي قد تتخلف عن عدم مراعاة ذلك⁽⁶⁸⁾.

د- أن يكون لصيقاً بالسلعة:

يجب أن توضع البيانات المتعلقة باستعمال السلعة والتحذير من أخطارها والتنبية إلى الاحتياطات الواجبة بصورة تجعلها لصيقة بالسلعة لا تنفصل عنها، بحيث تقع عين المستهلك عليها كلما أراد استعمال السلعة. ويتحقق هذا الشرط عن طريق إدراج هذه البيانات في بطاقة يتم إلصاقها بالسلعة مباشرة.

⁶⁶ د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 27.

⁶⁷ د. ثروت فتحي إسماعيل، المسؤولية المدنية للبايع المهني والصانع، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، 1987، ص 349.

حق المستهلك في الإعلام عبر العقود الإلكترونية

ويرى بعض الفقهاء القانونيين أن الحق في الإعلام حسب القانون الفرنسي الصادر عام 1993 يجب أن يتضمن ثلاث نقاط أساسية هي:

1. التبصير والتوضيح بالخصائص المميزة للسلع أو الخدمات المعروضة باعتبارها الباعث الرئيسي لدى المستهلك على التعاقد، وفي إطارها يقع المستهلك ضحية للغش والتقليد.

2. التبصير والتوضيح بثمن السلع والخدمات.

3. التبصير والتوضيح على بعض البيانات الإلزامية من ذلك التزام البائع بضمان العيوب الخفية قبل المستهلك، وعدم جواز الاتفاق على الإعفاء من هذا الشرط حماية للمستهلك الذي لا يعلم بحقيقة العيوب الخفية التي اجتهد المنتج أو التاجر في إخفائها.

وقد عالجت المواد 2/111، 3/113 من القانون الفرنسي الصادر عام 1993 في شأن حماية المستهلك هذه الموضوعات فضلا عن بعض النصوص الواردة في تشريعات صدرت عام 1978 في شأن حماية المستهلك في فرنسا.

وما تجدر الإشارة إليه أن العقد النموذجي الفرنسي في شأن التجارة الإلكترونية الصادر عام 1997 قد أوجب تحديد ما إذا كان المستهلك قد وافق صراحة أو ضمنا على استعمال بياناته الاسمية التي يتم تلقيها بمناسبة هذا العقد، والهدف من ذلك حماية أسرار المستهلك وخصوصياته.

وهو ما تم النص عليه في التوجيه الأوروبي الصادر في 1997/12/15 حيث تبنى الحق في حماية المستهلك وحماية بياناته الشخصية.

وفي دولة الإمارات العربية المتحدة نصت المادة (4) من القانون رقم (24) لسنة 2006 في شأن حماية المستهلك على اختصاصات إدارة حماية المستهلك بقولها: "تتشأ بالوزارة إدارة تُسمى "إدارة حماية المستهلك" تتولى ممارسة الاختصاصات الآتية:

1- الإشراف على تنفيذ السياسة العامة لحماية المستهلك بالتعاون مع الجهات المعنية في الدولة.

2- التنسيق مع الجهات المعنية في الدولة في التصدي للممارسات التجارية غير المشروعة والتي تضر بالمستهلك.

3- التنسيق والتعاون مع الجهات المعنية في نشر الوعي الاستهلاكي في الدولة حول السلع والخدمات وتعريف المستهلكين بحقوقهم وطرق المطالبة بها.

4- مراقبة حركة الأسعار والعمل على الحد من ارتفاعها.

5- العمل على تحقيق مبدأ المنافسة ومحاربة الاحتكار.

6- تلقي شكاوى المستهلكين واتخاذ الإجراءات بشأنها أو إحالتها للجهات المختصة، ويجوز أن تُقدم الشكاوى من المستهلك مباشرة، كما يجوز تقديمها من قبل جمعية حماية المستهلك باعتبارها ممثلة للمشتكي.

7- نشر القرارات والتوصيات التي تساهم في زيادة الوعي لدى المستهلك".

مما سبق، نخلص إلى أن المتعاقد في التجارة الإلكترونية ملزم بتبصير المستهلك عن سلعته أو خدمته التي يعرضها، وملزم بذكر البيانات الجوهرية على نحو يحقق علم كاف وشامل للمستهلك حتى يمكن القول أن إرادة المستهلك كانت حرة حال تعاوده، وأن الإخلال بهذا الالتزام يؤدي إلى فسخ العقد في حالة وقوع المستهلك في غلط أو تدليس، كما يمكن المستهلك الذي أصابه الضرر أن يطالب بالتعويض عن الأضرار إن كان لهذا التعويض مقتضى⁽¹⁾، حيث نصت المادة (16) من القانون رقم (24) لسنة 2006 في شأن حماية المستهلك على أنه: "للمستهلك الحق في التعويض عن الأضرار الشخصية أو المادية وفقاً للقواعد العامة النافذة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

⁶⁸ مريم بن خليفة: التسويق الإلكتروني وآليات حماية المستهلك، دار الفكر والقانون، القاهرة، 2017م، ص 128.

المطلب الثالث: الالتزام بضمان سلامة المستهلك الإلكتروني من العيوب الخفية

أصبح الالتزام بضمان السلامة التزاماً قانونياً مفروضاً على عاتق المنتج بمقتضى القانون الفرنسي الصادر في 19 مايو 1998م، حول المنتجات المعيبة، والذي صدر بناء على التوجيه الأوروبي الصادر في 25 يوليو 1985م، وقد تم إدخال قانون 19 مايو في القانون المدني الفرنسي، والذي أكدت نصوصه على ضرورة تسليم منتج يحقق السلامة والأمن لمستخدميه، حيث يعتبر الحق في السلامة أهم الحقوق الأساسية للمستهلك الذي حرصت التشريعات على جعله هدفاً أولياً في ظل السياسة الرامية لحماية المستهلك من مخاطر العولمة والأسواق المفتوحة التي زادت من التعقيدات الفنية والعملية للمنتجات، مما قد ينذر بمزيد من الحوادث والعيوب الخفية التي تعرض للمستهلكين⁽¹⁾.

ولا يكفي التمسك بالالتزام المعارف العلمية السائدة وقت صناعة المنتج، إذ إن مسؤوليته عن المنتج تتعدّد رغم ذلك، بحيث ينبغي عليه أن يكون حذراً مما يمكن أن يحدث من أخطار مستقبلاً، خاصة بالنسبة للمنتجات المتعلقة بصحة وسلامة الإنسان. وقد أكد المشرع الفرنسي على ذلك من خلال نص المادة (10-1386) من القانون المدني⁽²⁾.

وقد قام القضاء بدور هام وبارز في وضع الأسس التي يقوم عليها الالتزام بالضمان، حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها⁽³⁾ أن البائع أو المنتج ملتزمان بضمان السلامة، لا سيما في المنتجات المتعلقة بجسد الإنسان وسلامة أعضائه، وإن كانت السلامة تقتصر على اتباع كافة الإرشادات والمعلومات التي تسمح حالة العلم بمعرفتها والإلمام بها. أما ما يترتب على المنتج من أضرار أخرى لم تسمح حالة العلم بمعرفة أسبابها، فلا يسأل عنها الصانع، حيث لا يشمل الالتزام ضمان هذه الأضرار، ثم ذهبت محكمة استئناف "أكس أن بروفنس" في تاريخ لاحق لذلك إلى القول بأن الطبيعة الخطرة في المنتجات الدوائية وما ثبت من احتوائها للفيروسات المسببة للمرض يؤدي إلى قيام مسؤولية المنتج، ويتعذر عليه دفع المسؤولية استناداً إلى عدم قدرته على الإحاطة بوجود هذه الفيروسات التي يصعب اكتشافها في ضوء الإمكانيات العلمية والتكنولوجية المتاحة وقت إنتاج الدواء. فالصانع يلتزم بتسليم منتج

⁶⁹ شحاته غريب محمد: خصوصية المسؤولية المدنية في مجال الدواء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 26.

⁷⁰ حسن عبد الرحمن قدوس، مدى التزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور العلمي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 6.

⁷¹ شحاته غريب محمد: خصوصية المسؤولية المدنية في مجال الدواء، مرجع سابق، ص 26.

خال من كل عيب أو أى قصور من شأنه أن يعرض الأشخاص أو الأموال للخطر، ويجب عليه ضمان السلامة ولو لم يكن على علم بالعيوب التي سببت الضرر⁽¹⁾. هذا ويعتبر الالتزام بضمان السلامة التزاماً بتحقيق نتيجة⁽²⁾، مفاده وجوب تعويض المستهلك عن كافة الأضرار التي تصيبه دون حاجة إلى إثبات الخطأ، ويكفى إثبات الضرر بحيث ينقلب عبء الإثبات، ولا يستطيع الصيدلي المنتج أو البائع التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي. ويتسع نطاق الالتزام بضمان السلامة ليشمل كل المخاطر التي يمكن أن تنتج عن الشيء المبوع⁽³⁾. فضلاً عن ذلك، فكما سنرى لاحقاً، لم يعد الالتزام بضمان السلامة مقصوراً على المتعاقد بل أصبح من الممكن أن يستفيد منه أيضاً غير المتعاقد. وهذا أدى إلى تحقيق أكبر قدر من المساواة والتوازن بين المتعاقد وغير المتعاقد، بحيث لم يعد هناك وجه للترقية بين المضرورين نتيجة تسليم منتج معيب من خلال عقد معين، أو بين المضرورين الذين لا تربطهم بالمنتج أية علاقة تعاقدية⁽⁴⁾.

⁷² د. محمد على عمران: الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص189 وما بعدها.
⁷³ د. عبد الفتاح بيومي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2008، ص68؛ د. جابر محجوب، ضمان سلامة المستهلك من عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، دراسة في القانون الكويتي والقانونين المصري والفرنسي، القسم الثاني، مجلة المحامي الكويتية، س19، يناير/ فبراير/ مارس 1969، الجزء الأول والثاني، ص225.
⁷⁴ د. حسن جميعي: مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص85.
⁷⁵ د. حسن جميعي، المرجع السابق، ص88 وما بعدها.

خاتمة البحث

لعل من أخطر الموضوعات المعاصرة التي تحتاج لجهود الفقهاء المعاصرين المستمرة، تلك الموضوعات المتعلقة بالعقود من حيث هي مفتاح المعاملات بين الناس. ويعد من أخطر الموضوعات المتعلقة بالعقود على الإطلاق، إبرام العقود بغير الطرق المعروفة بين الحاضرين أو الغائبين أو بواسطة وسائل الاتصال المستحدثة التي ابتكرها الإنسان، والتي أصبحت تربط بين أطراف المعمورة كلها، فاختصرت المسافات والحوالز المكانية والزمانية.

وقد أصبحت هذه الوسائل أمراً ملموساً لإبرام الكثير من المعاملات بواسطتها، وإنشاء التصرفات عن طريقها. لعل من أهمها شبكة الانترنت، حيث تحولت هذه الأخيرة من مجرد تبادل البيانات عبر البريد الإلكتروني إلى إنجاز العمليات التجارية، إذ فرضت نفسها بقوة.

أولاً: نتائج البحث:

1. الهدف من وجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، أن نظرية عيوب الرضا ونظرية ضمان العيوب الخفية، وكذلك نظرية ضمان العرض والاستحقاق، قد لا توفر للمستهلك الحماية الكافية، حيث يصعب على المستهلك إثبات وقوعه في الغلط حول صفة جوهرية من الشيء المبيع، في حين يكفي المستهلك لكي يستفيد من الحماية التي يكلفها له الالتزام بالإعلام قبل التعاقد أن يثبت أن ثمة معلومات جوهرية متصلة بالمبيع ويعلمها المزود.
2. يؤدي بيان شخصية المزود المستهلك لأن يكون على بينة من أمره، فيتوفر عنصر الأمان في التعاقد عن بعد، بالإضافة إلى أهمية ذلك في تحديد مركز المستهلك القانوني، ووضوح التزاماته ومدى إمكانية تنفيذها.
3. تمثل الدعاية والإعلانات أحد أهم مظاهر النظام الاقتصادي الحديث؛ حيث تعتمد عليه كافة مؤسسات الأعمال في نقل رسالتها إلى الجماهير المستهدفة من المستهلكين المحتملين لترويج منتجاتها من السلع والخدمات.
4. إن جوهر جريمة الدعاية والإعلانات الكاذبة هو الكذب على المستهلك، والترويج لسلعة بمواصفات غير صحيحة، والكذب يشكل جوهر الطرق الاحتيالية، والنتيجة التي تترتب على ذلك.

5. تستهدف طرق البيع الإغرائية إيقاظ عواطف المستهلك بهدف تحريضه على الشراء، الأمر الذي يؤدي إلى إقدامه أحياناً على شراء ما لا ينفعه أو ما هو في غير حاجة إليه.

ثانياً: التوصيات:

1. يجب تحقيق التوعية المطلوبة من قبل الإعلام، لتمكين المستهلك من معرفة نوعية المنتج ومزاياه الحقيقية وحتى مساوئه أو بعض عيوبه.
2. الفحص السابق للإعلانات المتعلقة بالسلع في دولة الإمارات العربية المتحدة من أجل وقاية المستهلك من الدعاية والإعلانات الكاذبة.
3. ضرورة أن تقوم الحكومة باعتماد السياسات التي تضمن كفاءة توزيع السلع والخدمات للمستهلكين ويمكن النظر باستخدام إجراءات محددة لضمان عدالة توزيع السلع والخدمات الأساسية عندما يكون التوزيع مهدداً بالخطر مثلاً في الأرياف، ويمكن أن تشمل هذه السياسات المساعدة في انشاء المرافق المناسبة للتخزين والبيع بالتجزئة وتحسين مراقبة الشروط التي تقدم بموجبها السلع والخدمات وخاصة في المناطق الرئيسية وتشجيع الأنشطة التجارية والتعاونية المتعلقة بذلك.
4. ضرورة تعاون الاجهزة المعنية بالتعاون مع المستهلك لتعريفه بالإجراءات المتبعة لحل الخلافات التجارية وواجباته في هذه الحالة.

قائمة المراجع

- (1) أحمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994م.
- (2) أشرف محمد مصطفى أبو حسين، التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديث، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009م.
- (3) أشرف وفا محمد: المنافسة غير المشروعة في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.
- (4) بشار طلال مؤمني: مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، الأردن، عالم الكتب الحديث، 2004م.
- (5) التزام المختبر (المنتج للدواء) بتقديم المعلومات، مقالة منشورة بمجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2005م.
- (6) ثروت عبد الحميد: الأضرار الصحية الناشئة عن الغذاء الفاسد أو الملوث، دار أم القرى للطباعة والنشر والتوزيع، 1995م.
- (7) ثروت عبد الحميد، ضمان صلاحية المبيع لوجهة الاستعمال، دار أم القرى، المنصورة، بدون سنة نشر.
- (8) ثروت فتحي إسماعيل، المسؤولية المدنية للبائع المهني والصانع والموزع، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1987م.
- (9) جابر محجوب، ضمان سلامة المستهلك من عيوب المنتجات الصناعية المباعة، دراسة في القانون الكويتي والقانونين المصري والفرنسي، القسم الثاني، مجلة المحامي الكويتية، س19، يناير/ فبراير/ مارس 1969، الجزء الأول والثاني.
- (10) جندي عبد الملك، مجموعة المبادئ الجنائية، الطبعة الثانية، دار المنشورات القانونية، بيروت، لبنان، 1999م.
- (11) حسن الفكاهاني: موسوعة الفقه للدول العربية، الجزء الخامس والعشرين، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 1978م.
- (12) حسن جمعي: مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.
- (13) حسن عبد الباسط جمعي: عقود برامج الحاسب الآلي، الطبعة الأولى، مصر، دار النهضة العربية، 1998م.

حق المستهلك في الإعلام عبر العقود الإلكترونية

- (14) حسن عبد الرحمن قدوس، مدى التزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور العلمي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
- (15) خالد محمد كدفور المهيري: النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، معهد القانون الدولي، دبي، بدون تاريخ نشر.
- (16) خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، مصر، دار الفكر الجامعي، 2006م.
- (17) رمضان الشرنباص: حماية المستهلك في الفقه الإسلامي المقارن، مطبعة الأمانة، مصر، 1404هـ.
- (18) سهير المنتصر: الالتزام بالتبصر، الطبعة الأولى، مصر، دار النهضة العربية، 1990م.
- (19) السيد خليل هيكل: نحو القانون الإداري للاستهلاك في سبيل حماية المستهلك "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1999م.
- (20) شحاته غريب محمد: خصوصية المسؤولية المدنية في مجال الدواء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م.
- (21) عامر محمود الكسواني: التجارة عبر الحاسوب، الطبعة الأولى، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008م.
- (22) عبد الفتاح بيومي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2008م.
- (23) عبد الكريم مأمون: حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م.
- (24) عبد الناصر العطار: مصادر الالتزام "دراسة للعقد والإرادة المنفردة والعمل النافع والعمل الضار والقانون كمصادر للالتزام في القانون المدني المصري، مع أحدث أحكام القضاء والإشارة إلى بعض أحكام الفقه الإسلامي، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، 1990م.
- (25) عمر خالد زريقات: عقد البيع عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، الأردن: دار الحامد للنشر والتوزيع ودار الرأية للنشر والتوزيع، 2007م.
- (26) عوض محمد: جرائم الأشخاص والأموال، دار النجاح للطباعة، الإسكندرية، 1972م.
- (27) قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م.
- (28) محسن عبد الحميد البيه: خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993م.
- (29) محمد إبراهيم أبو الهيجاء: عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005م.

حق المستهلك في الإعلام عبر العقود الإلكترونية

- (30) محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2002م.
- (31) محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م.
- (32) محمد شكري سرور: مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983م.
- (33) محمد على عمران: الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980م.
- (34) مريم بن خليفة: التسويق الإلكتروني وآليات حماية المستهلك، دار الفكر والقانون، القاهرة، 2017م.
- (35) مصطفى أبو مندور موسى: دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، الطبعة الأولى، مصر، دار النهضة العربية، 2000م.
- (36) مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010م.
- (37) ممدوح محمد مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة وفقا للقانون المدني المصري والفرنسي والفقهاء الإسلامي وأحكام القضاء، المكتب الفني للإصدارات القانونية، 2000م.
- (38) منى أبو بكر حسان، الالتزام بالإعلام عن المنتجات، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، 2010م.
- (39) الموسوعة الفقهية، الجزء التاسع، الطبعة الثانية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، 1987م.
- (40) نزيه محمد الصادق المهدي: الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، الطبعة الأولى، مصر، دار النهضة العربية، 1982م.
- (41) وائل أنور بندق: قانون التجارة الإلكترونية "قواعد الأونسيفترال ودليلها التشريعي"، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009م.
- (42) يحيى يوسف فلاح حسن: التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007م.
- (43) يونس عرب: جرائم الكمبيوتر والإنترنت، منشورات اتحاد المصارف العربية، 2009م.



جامعة عجمان
AJMAN UNIVERSITY

Journal of Legal Sciences

Sixth Year - Twelfth Issue - July 2020

Email: lawmagazine@ajman.ac.ae

A scientific journal that deals with sharia, legal and economic studies

ISSN: 2707 - 1073
E - ISSN: 2707 - 1081



The Legal status of Strategic Partner in Joint Stock Companies



Bank deposit guarantee (funds) systems - Comparative legal study



Attribution rules between mandatory application and the problem of establishing foreign law "A comparative study"



The Legal System of the Trust in the English Law/ A Comparative Study with the Mortmain (Waqf) in the Islamic Jurisprudence and the Comparative Law



Special legal guarantees for property buyers on the map According to the real estate legislation of the Emirate of Dubai Comparative study



The consumer's right to be informed through electronic contracts

Issued by the College of Law - Ajman University - the United Arab Emirates
P.O Box: 346 Ajman, United Arab Emirates, Tel: 0097167056131 or 0037167056325. Fax 0097167056270