



جامعة عجمان
AJMAN UNIVERSITY

العلوم القانونية

مجلة

Email: lawmagazine@ajman.ac.ae

السنة السابعة - العدد الثالث عشر - يناير 2021

مجلة دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات القانونية والشرعية والاقتصادية

نظام الوساطة الجزائرية - دراسة في التشريع الجزائري والفرنسي

مناط الخلاف الفقهي في حكم قضاء المرأة وأثره في التقنين القضائي الإماراتي المعاصر

مفهوم المواطنة ومعوقات تطبيقه في المجتمع المعاصر - العراق أنموذجاً

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها - دراسة مقارنة

الرهن العقاري: وسيلة للوفاء بالديون بحث مقارنة القانون الإنكليزي والعراقي والإماراتي

عقود المبادلات المالية - دراسة تحليلية

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

ص:ب: ٣٤٦ عجمان، الإمارات العربية المتحدة هاتف: ٠٠٩٧١٦٧٠٥١١٣١ أو ٠٠٩٧١٦٧٠٥١٣٢٥ فاكس: ٠٠٩٧١٦٧٠٥١٢٧٠

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 السابعة - العدد الثالث عشر - شهر يناير 2021
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

الأستاذ الدكتور / جاسم الشامسي
أستاذ الاقتصاد بكلية التجارة - جامعة الأزهر

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. بيير مالميه

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 المنهجية 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 قِبَل 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- يُعتدَّر للباحث الذي لم توافق لجنة المحكمين على نشر بحثه دون الالتزام بإبداء الأسباب.
- 15- تحتفظ المجلة بكافة حقوق النشر.
- 16- تقدِّم 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، فإنَّ ما يطرح من آراء في البحوث المنشورة بالمجلة، إنَّما تعبَّر عن وجهة نظر صاحبها، ولا تعبَّر عن رأي المجلة أو الجامعة، ولا تكون مسؤولة عن تبعاتها.
- آلية التحكيم والنشر في المجلة:**

تخضع البحوث المقدَّمة 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 أنَّ البحث مطابق لشروط النشر المعمول بها في المجلة، وكذلك التأكد من أنَّ 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.
- تنوع 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، وعلى آله الأطهار، وأصحابه الأخيار أجمعين، ومن اهتدى بهداه إلى يوم الدين.

ثم أما بعد...

فإنه ليسرُ كلية القانون في جامعة عجمان أن تضع بين أيدي الباحثين والقراء العدد الثالث عشر من مجلة العلوم القانونية، حيث جاء هذا العدد حافلاً بالمواضيع في مجالات القانون والاقتصاد والإدارة التي تخدم في مجملها قضايا العلم والمجتمع. وسيجد القارئ العزيز في طيات هذا العدد الجديد من المجلة ستة بحوث قيمة في مجالات القانون والاقتصاد والإدارة، حيث جاء البحث الأول مشتركاً بعنوان: نظام الوساطة الجزائرية - دراسة في التشريع الجزائري والفرنسي، بين الدكتور مراد بن صغير والدكتورة عراب ثانياة نجية، أما البحث الثاني فقد كان بعنوان: مناظرة الخلاف الفقهي في حكم قضاء المرأة وأثره في التقنين القضائي الإماراتي المعاصر للدكتورة براءة اليوسف، بينما جاء البحث الثالث بعنوان: مفهوم المواطنة ومعوقات تطبيقه في المجتمع المعاصر - العراق نموذجاً للدكتورة سيفان باكراد، ويأتي بعد ذلك البحث الرابع المشترك بعنوان: آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها - دراسة مقارنة بين الدكتورة نجلاء فليح والدكتور بيبير ماليه. في حين أن البحث الخامس كان بعنوان الرهن العقاري: وسيلة للوفاء بالديون - بحث مقارنة في القانون الإنكليزي والعراقي والإماراتي للدكتور يونس صلاح الدين علي. ثم يأتي البحث السادس بعنوان: عقود المبادلات المالية - دراسة تحليلية للدكتور نصر أبو الفتوح.

ونرجو أن يجد قراء المجلة ضالتهم في البحوث المنشورة في هذا العدد، والتي تلبي حاجات المجتمع، وتمهد

الطريق لفتح آفاق قانونية واقتصادية جديدة، كفيلة بوضع حلول لمشكلاته المعاصرة.

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	نظام الوساطة الجزائرية - دراسة في التشريع الجزائري والفرنسي د. مراد بن صغير و د. عراب ثانياة نجية
36	مناط الخلاف الفقهي في حكم قضاء المرأة وأثره في التقنين القضائي الإماراتي المعاصر د. براءة اليوسف
76	مفهوم المواطنة ومعوقات تطبيقه في المجتمع المعاصر - العراق نموذجاً د. سيفان باكراد
115	دراسة مقارنة آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها د. نجلاء فليح و د. ببيير ماليه
150	الرهن العقاري: وسيلة للوفاء بالديون بحث مقارنة في القانون الإنكليزي والعراقي والإماراتي د. يونس صلاح الدين علي
191	عقود المبادلات المالية - دراسة تحليلية د. نصر أبو الفتوح

نظام الوساطة الجزائرية - دراسة في التشريع الجزائري والفرنسي

د. عرب ثاني نجية
أستاذة محاضرة (أ)

د. بن صغير مراد
أستاذ محاضر (أ)

كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان (الجزائر)

**The penal mediation system - a study in the Algerian and
French legislation**

Dr. Benseghir Mourad Dr. Arab Tani Nadjia
College of Law and political sciences, University of Abou Bekr
Belkaid - Tlemcen (Algeria)

الملخص:

أمام تزايد عدد القضايا الجزائية وتعقيدات الفصل فيها، أصبحت السياسة الجنائية المعاصرة تعتمد على آلية الوساطة كنموذج جديد للعدالة الجنائية، تدعم بها سياستها في مكافحة الإجرام، وتتيح في مقابل ذلك الفرصة أمام المتخاصمين لحل نزاعاتهم وديا. وقد تبنت كلا من التشريع الجزائري والفرنسي الوساطة الجزائية كإجراء بديل لحل النزاعات ذات الأثر البسيط، وذلك لتجنب مساوئ العقوبات السالبة للحرية، وإصلاح الجاني وكذا الأضرار الناجمة، فضلا عن إنصاف الضحية في نفس الوقت.

Abstract:

Faced with the increasing number of criminal cases and the complexities of adjudicating them, contemporary criminal policy has become dependent on the mediation mechanism as a new model of criminal justice, with which it supports its policy in combating crime, and in return provides an opportunity for litigants to resolve their disputes amicably. Both Algerian and French legislation have adopted penal mediation as an alternative measure to resolve disputes with minimal effect, in order to avoid the disadvantages of negative penalties for freedom, to reform the perpetrator as well as the damage caused, as well as to provide redress to the victim at the same time.

إن أزمة العدالة الجنائية المعاصرة، الناشئة عن التضخم التشريعي في مجال التجريم والعقاب، أدى إلى عجز الدولة بمفردها بمكافحة الظاهرة الإجرامية، وقد توصلت المجتمعات الدولية إلى حلول غير تقليدية لإنهاء الدعوى الجزائية، كان أهمها الوساطة الجزائرية¹. ذلك أن الوساطة في المادة الجزائية تشكل لبنة جديدة تضاف إلى المنظومة الجزائية، فهي تساعد على تخفيف العبء على القاضي والمتقاضي. فإذا تم تنفيذ اتفاق الوساطة فإن الدعوى العمومية تنقضي بموجب ذلك، أما إذا تعذر تنفيذ اتفاق الوساطة في الأجل المحدد، يبقى الأمر لدى وكيل الجمهورية الذي له الصلاحية القانونية في اتخاذ إجراءات المتابعة. فالوساطة إجراء بديل من بدائل الدعوى العمومية، متروك لإدارة الأطراف الذين لهم حق اللجوء إليه من تلقاء أنفسهم، أو بتدخل وسيط، أو عن طريق اقتراح من الجهات القضائية، أو النيابة العامة، معها ينقضي حق الدولة في العقاب ويمتنع تحريك الدعوى العمومية ابتداءً، مجالها هو الجرائم البسيطة التي لا تشكل خطورة كبيرة على المجتمع. كما أن نظام الوساطة الجزائرية يتشابه بمجموعة من الأنظمة، ولعل أبرزها نظام الصلح الجزائي الذي أخذ به القانون الإماراتي، وذلك بموجب القانون الاتحادي رقم 17 لسنة 2018 والذي عدل بعض أحكام قانون الإجراءات الجزائية الصادر بالقانون الاتحادي رقم 35 لسنة 1992.

أهمية الموضوع: تتجلى أهمية الوساطة الجزائرية في اعتبارها إحدى الوسائل المستحدثة التي أفرزتها السياسة الجنائية المعاصرة والتي تساهم في علاج الزيادة الهائلة والمستمرة في عدد القضايا المطروحة على القضاء الجزائي ولا يقتصر دور الوساطة على هذا فحسب، بل أنها تعد إحدى الوسائل الهادفة إلى تنمية روح الرضا والتسامح بين الجاني والمجني عليه، عن طريق التوصل إلى اتفاق حول كيفية قيام الجاني بإزالة أثار الأضرار التي لحقت بالمجني عليه من جراء جريمته، ودون أن يتكبد في ذلك مشقة التقاضي وطول الإجراءات. وأمام هذا الوضع لم يكن أمام المشرع الجزائري سوى تبني هذه الآلية الجديدة لحل الخصومات خارج الإطار التقليدي للمحاكمة.

¹ ياسر بن محمد سعيد بابصيل، الوساطة الجنائية في النظم المعاصرة، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2011، ص158.

فالوساطة هي أحدث آلية في المنظومة الجزائرية الجزائية، حيث وردت في الأمر رقم: 15-02 المؤرخ في 23 يوليو 2015 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية². إذ بالرجوع إلى نص المادة 37 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية نجد أن الوساطة هي آلية اختيارية يبادر بها وكيل الجمهورية من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الضحية أو المشتكى منه، عندما تؤدي إلى وضع حد للإخلال الناتج عن الجريمة أو جبر الضرر المترتب عنها. فالوساطة الجزائرية تعتبر أحد الحلول البديلة عن الدعوى العمومية لحل النزاعات الجزائية، إذ من خلالها يتوصل الجاني والمجني عليه لتسوية ودية بطريقة أكثر إنسانية³. وذلك عن طريق تدخل طرف محايد مستقل لا يملك سلطة ويملك الأطراف دوما حرية الاختيار. وتعد الوساطة بذلك طريقة مركبة وغير تقليدية لتنظيم الحياة الاجتماعية⁴.

ومن التشريعات المقارنة التي تبنت نظام الوساطة نجد القانون الفرنسي الذي استحدث نظام الوساطة الجنائية بموجب القانون رقم 02/93 لسنة 1993 حيث أضافت المادة السادسة منه فقرة أخيرة إلى المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي⁵. وكذا قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي في تعديله الأخير لسنة 2018، حيث أورد أحكام الصلح الجنائي بموجب المواد من 346 إلى 354 منه.

وتكتسب هذه الدراسة أهميتها انطلاقا من أن الوساطة كبديل من بدائل إجراءات الدعوى الجزائية، إنما استحدثت لتلعب دورا هاما في الإجراءات الجزائية، ومن ثم فإن الكثير من الممارسين والمعنيين بها، في حاجة لمعرفة، لاسيما وأنها تعمل على تسوية الخصومات والدعاوى الجزائية بصورة رضائية بين أطراف الدعوى الجزائية، ومن ثم وضع حد للمتابعة الجزائية.

إشكالية البحث: يثير موضوع الوساطة الجزائرية إشكالات علمية عدة، تتعلق أساسا بطبيعة الوساطة وتمييزها عما يشابهها، فضلا عن مدى مساهمتها في تخفيف الكم الهائل للقضايا الجزائية على مستوى المحاكم. بناء على ما تقدم طرح التساؤلات الآتية: ما دور الوساطة في تفعيل العدالة التصالحية؟ وما ملامح التنظيم القانوني لها (التشريعي الفرنسي والجزائري نموذجا)؟

² الجريدة الرسمية العدد 40، المؤرخة في 23 يوليو 2015.

³ Guillaume- Honfnune (M.) : la médiation pénale, Dalloz, 2001, p.74.

⁴ La Zegres (C.) : Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle, Rev. Sc. Crim, 1997, p.186.

⁵ المعدلة بمقتضى القانون رقم 1787/2007 لسنة 2007 جاء في نصها: "يجوز للنيابة العامة قبل التصرف في الدعوى العمومية وبعد موافقة أطراف النزاع أن تقرر اللجوء إلى الوساطة متى تبين لها أن هذا الإجراء من شأنه تعويض الضرر الذي حدث للمجني عليه، ووضع نهاية للاضطراب الناتج عن الجريمة، وإعادة تأهيل الجاني". يراجع: ياسر بن محمد سعيد بابصيل، المرجع السابق، ص 145.

أهداف البحث: يهدف البحث إلى إبراز دور الوساطة الجزائرية كبديل للدعوى الجزائرية في إنهاء الخصومة بإجراءات بسيطة وفي وقت قياسي، وذلك مقارنة بالإجراءات الطويلة والمعقدة التي تستغرقها الدعوى الجزائرية على مستوى المحاكم. كما تهدف الدراسة إلى معرفة مواطن النجاح والضعف التي ميزت تكريس هذه الآلية المستجدة في فض الخصومة الجزائرية، على أن نحاول في مقابل ذلك سد مواطن النقص باقتراح مجموعة من التوصيات تساهم في تفعيل دور الوساطة في تحقيق العدالة التصالحية.

خطة الدراسة: لا شك أن تعدد وتشعب الجوانب القانونية التي يثيرها موضوع الوساطة الجزائرية، يدفعنا لبحث الموضوع في إطار دراسة نقدية، تحليلية مقارنة. في ضوء ما تقدم، يتضح أن الإطار الذي يرسم معالم خطة البحث يتحدد في شقين: الأول، يتعلق ببيان شروط الوساطة ونطاق تطبيقها (المبحث الأول)، والثاني يتعلق ببيان إجراءات الوساطة والآثار المترتبة عنها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: شروط الوساطة الجزائرية ونطاق تطبيقها

أمام ترسخ فكرة العدالة التصالحية الضاربة بجذورها في التاريخ، حيث عمل بها عبر العصور وعلى اختلاف الحضارات، وتبنتها العديد من التشريعات الحديثة، كما مارستها العديد من مؤسسات المجتمع المدني، والتي طالما مارست الوساطة لا بوصفها إقصاء للقضاء أو للأئمة المتعارف عليها، بل باعتبارها أنظمة تكمل وتساند النظام القضائي⁶، لم يكن أمام التشريعات إلا أن تتدخل بتنظيم تشريع تضمن به التناسق والتناغم بين إجراءات وأحكام الدعوى الجنائية بمفهومها التقليدي وبين ممارسات العدالة التصالحية بمختلف أنماطها وعلى رأسها الوساطة الجنائية.

لقد قيّد كل من المشرع الفرنسي والجزائري تطبيق نظام الوساطة بضرورة تحقيقها للأهداف المتوخاة منها، والمتمثلة في جبر الضرر ووضع حد للإخلال الناتج عن الجريمة، وذلك وفقا لشروط معينة وهو ما سنوضحه من خلال المطالبين التاليين.

⁶ راجع في تطور التقنين التشريعي للوساطة الجنائية في دول المجموعة الأوربية:

MARIO TENRIRO, l'évolution européenne de la médiation. Paris, 1992, P.1738.

المطلب الأول: شروط الوساطة الجزائرية

تنص المادة 41-1 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي المعدلة بموجب القانون رقم 1787 / 2007 بتاريخ 20 ديسمبر 2007، على أنه يجوز لوكيل الجمهورية قبل أن يصدر قراره في خصوص تحريك الدعوى الجنائية، إذا استشعر أن اتخاذ أحد الإجراءات البديلة للملاحقة الجنائية ومن بينها الوساطة الجنائية يمكن أن يضمن إصلاح الضرر الذي لحق بضحايا الجريمة، ويضع نهاية للاضطراب الناجم عن ارتكاب الجريمة أو يسهم في إعادة تأهيل وإصلاح الجاني، أن يتخذ مباشرة أو من خلال أحد رجال الشرطة القضائية أو عن طريق وسيط أحد التدابير التالية:

- 1- توجيه الجاني وإعلامه بالنتائج والالتزامات القانونية الناجمة عن فعله الإجرامي.
- 2- توجيه الجاني إلى أحد برامج التأهيل الصحي أو الاجتماعي أو المهني، ويمكن أن تكون وسيلة ذلك هي الانضمام إلى أحد الفصول الدراسية، على نفقة الجاني، في إحدى المؤسسات الصحية أو الاجتماعية أو المهنية، وخاصة برامج المواطنة (Citoyenneté)، وفي حالة ارتكاب الجريمة من خلال قيادة سيارة، يجب أن يخضع الجاني لأحد برامج التوعية بمقتضيات الأمان على الطريق.
- 3- أن يطلب من الجاني توفيق أوضاعه وفقا للقانون واللوائح.
- 4- أن يطلب من الجاني إصلاح الضرر الناتج عن فعله الإجرامي.
- 5- اللجوء إلى الوساطة بعد موافقة الأطراف، الجاني والمجني عليه. وفي حالة نجاح الوساطة يقوم وكيل الجمهورية أو الوسيط المفوض من وكيل الجمهورية بعمل محضر صلح موقع منه نفسه ومن الأطراف، ويتم تسليم كل منهم نسخة منه. وفي حالة إلزام الجاني بإصلاح الضرر وتعويض المجني عليه بمبلغ محدد يجوز للمجني عليه استخدام هذا المحضر للمطالبة باستصدار أمر أداء وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية.⁷

6- مغادرة الجاني محل الإقامة المشترك فورا، والخضوع لدورات اجتماعية أو نفسية، إذا كانت الجريمة محل التحقيق تتعلق بالتعدي أو العنف الأسري بين الأزواج سواء كان الزواج رسميا دينيا أو كان مدنيا أو كان الزواج عرفيا أو تعاقديا، وسواء كان الزواج قائما أو كانت هناك حالة طلاق رسمي أو

⁷ تم تعديل البند رقم 5 من المادة 41-1 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي بإضافة الالتزام بتحرير محضر باتفاق الوساطة وبالنص على حق المجني عليه في استصدار أمر أداء وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية وفقا للمادة 69 من القانون رقم 2004/204 بتاريخ 9 مارس 2004.

انفصال، أو إذا كانت الجريمة تتعلق بالعنف ضد الأبناء سواء كانوا من أبناء الجاني أو أبناء الزوج أو الزوجة. وفي جميع الحالات السالفة يصبح محل الإقامة أو المنزل من حق المجني عليه وحده.⁸

يظهر من قراءة نص المادة 41-1 في ضوء تحليل مضمون الإحالة المنصوص عليها في المادة 40 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي أن تطبيق الوساطة الجنائية يحتاج إلى اجتماع عدة شروط موضوعية يتعلق بعضها بالجريمة وظروف ارتكابها وموقف أطرافها والبعض الآخر يرتبط بالنتائج التي يتوقع تحقيقها في حالة نجاح الوساطة الجنائية، وجميعها شروط يلزم التأكد من توافرها حتى يمكن لنائب الجمهورية أن يبحث في مدى إمكانية إحالة الدعوى إلى إجراءات الوساطة.

وهي نفس الشروط التي نص عليها المشرع الجزائري في المادتين 37 مكرر 1 و 37 مكرر 2 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، وهو ما سنبرزه من خلال الفرعين التاليين.

الفرع الأول: الشروط المرتبطة بأطراف النزاع

تعتبر المادة 40 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي هي الأساس التشريعي الذي يمكن التعويل عليه في تحديد صلاحيات النيابة في إمكانية الإحالة للوساطة، وعادة ما تم الإشارة إليها في الاتفاقيات المبرمة بين النيابة وجمعيات مساعدة المجني عليه بشأن الوساطة لإسباغ الشرعية على إجراءاتها، حيث أحال المشرع في المادة 40 لنص المادة "41-1" في الحالة التي يرتئي فيها وكيل الجمهورية تحويل القضية للوساطة إذا كان الجاني معروفا ومحددا.

فالمشرع الفرنسي اشترط لتطبيق الوساطة ضرورة معرفة هوية أطراف النزاع ومحال إقامتهم، جناة أو مجني عليهم، وهو شرط مفترض ولازم لتحقيق الشرط الثاني والمتمثل في الحصول على موافقة أطراف النزاع على الدخول في إجراءات الوساطة واستبعاد الوسائل التقليدية في المحاكمة، ولعل ذلك من أهم ما يميز الوساطة الجنائية بوصفها وسيلة رضائية وتوافقية لإقامة العدل، وأنها بهذه المثابة⁹ عدالة اختيارية- نابعة من الأطراف- وليست عدالة مفروضة.¹⁰

⁸ إيمان مصطفى منصور مصطفى، الوساطة الجنائية - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 255-256.

⁹ أنظر في التعليق على نظام الوساطة الجنائية:

Jean PRADEL, Procédure pénale. 12 éd, Cujas. 2004. p. 141.

¹⁰ راجع التفرقة بين العدالة التفاوضية والعدالة المفروضة:

J.P.BONAFE- SCHMITT, Les boutiques du droit: l'autre justice. In archives Pol. Crim, 1992, p 68 et D. MONDON, Justice imposée, justice négociée, les limites d'une apposition, l'exemple du parquet, In Droit et

إلا أن المشرع الفرنسي أصبح يكتفي بشرط رضا المجني عليه لإجراء الوساطة بنص المادة 41-1-5 من قانون الإجراءات الجزائرية الفرنسي، وهذا منذ تعديله بموجب القانون رقم 769-2010 المؤرخ في 09-07-2010.

أما المشرع الجزائري فقد اشترط ضرورة قبول الضحية والمشتكى منه بالوساطة وذلك من خلال نص المادة 37 مكرر 1 فقرة أولى من قانون الإجراءات الجزائرية الجزائري. وحسنا فعل لما اشترط رضا الطرفين لإجراء الوساطة الجزائرية.

إن مصطلح القبول يعني الرضا والذي يجب أن يصدر عن إرادة صحيحة، فيحقق للأطراف الادعاء ببطلان رضائهم لوجود عيب من عيوب الرضا، كالغش أو عدم الإحاطة والعلم بحقيقة الوساطة¹¹. حيث يوقع الأطراف محضر يدون فيه اتفاق الوساطة وذلك بكامل حريتهم، وليس لأي جهة أن تجبرهم على ذلك دون رضاهم. فموافقة أطراف الخصومة شرط جوهري بقبول الوساطة والسير في إجراءاتها، ومن الشروط الشكلية للوساطة ضرورة توافر الأهلية والرضا للأطراف ويقصد بالأهلية الإجرائية صلاحية كل طرف على حدا لمباشرة الإجراءات الجزائرية بصفة عامة. فيعد الشخص كامل الأهلية في القانون الجنائي إذا كان قد بلغ سن ثمانية عشر سنة وأن يكون في كامل قواه العقلية.¹²

وأما في حالة عدم بلوغ المشتكى منه سن المسؤولية الجنائية، فإننا نكون أمام وساطة الأحداث والتي عرفها القانون 15-12 المؤرخ في 15 جويلية 2015 المتعلق بحماية الطفل، في المادة الثانية منه بأنها: "آلية قانونية تهدف إلى إبرام اتفاق بين الطفل الجانح وممثله الشرعي من جهة، وبين الضحية أو ذوي حقوقها من جهة أخرى، وتهدف إلى إنهاء المتابعات وجبر الضرر الذي تعرضت له الضحية ووضع حد لآثار الجريمة والمساهمة في إعادة إدماج الطفل".

كما تقوم الوساطة أيضا على مبدأ حرية الإرادة، فلا يمكن تصور ممارسة الوساطة إذا كان قبول المشتكى منه أو الضحية تحت تأثير إكراه أو تدليس أو الوقوع في الغلط.

société, 1995, p 349.

¹¹ رامي متولي القاضي، الوساطة في القانون الجنائي المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 152.

¹² عبد الرحمن خلفي، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائرية، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 152-153.

فعندما يطلب وكيل الجمهورية من أطراف النزاع أن يلجئوا إلى الوساطة، فعليه إخطارهم بشكل كامل بحقوقهم وبيان طبيعة عمل الوساطة وقواعدها¹³، لأن الوساطة الجزائرية نظام اختياري ولا يمكن فرضه على المشتكى منه أو الضحية بعيدا عن رغبتهم وإرادتهم الحرة.¹⁴

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بجدوى الوساطة الجزائرية

قيد المشرع الفرنسي تطبيق نظام الوساطة الجنائية بضرورة تحقيقها للأهداف المرجوة منها والمنصوص عليها في المادة 41-1 من قانون الإجراءات الجنائية والمتمثلة في إصلاح الضرر الذي لحق بالمجني عليه وإنهاء الاضطراب الذي أحدثته الجريمة، أو الإسهام في إعادة تأهيل الجاني. وهي نفس الأهداف التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 37 مكرر من قانون الإجراءات الجزائرية مع وجود بعض الاختلافات، والتي سنوضحها فيما يلي:

الشرط الأول: إصلاح الضرر الذي لحق بالضحايا: يلتزم الجاني من خلال اتفاق الوساطة بإصلاح ما أحقه فعله الإجرامي من ضرر بالضحايا وذلك إذا كان هذا الضرر يمكن تقديره، ماديا كان أو معنويا، وأيا كانت طريقة إصلاح الضرر، سواء كان ذلك من خلال إعادة الحال إلى ما كان عليه، إن كان ذلك ممكنا، أو كان عن طريق أداء تعويض مادي مناسب.

وهنا يجب التأكيد على أن اشتراط المشرع قبول إصلاح الضرر كشرط مسبق لإمكان الإحالة للوساطة لا يقتصر على إصلاح الضرر المادي فحسب، ولكن يشمل الضرر المعنوي أيضا، وهو ما يجب تحديده في اتفاق الوساطة.

وإذا كانت المادة 41-1 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي قد أشارت إلى إصلاح الضرر دون تحديد نوعه، فإن استخدام اصطلاح الضرر على إطلاقه يعني كافة صور الضرر، وهو تفسير يتفق والهدف من الوساطة الجنائية¹⁵، والتي تعنى بطبيعتها بتحقيق عدالة ذات طابع مختلف، تحترم مشاعر

¹³ والجدير بالذكر أن الصلح الجزائي المنصوص عليه في قانون الإجراءات الجزائرية الإماراتي يتفق تماما مع الوساطة الجزائرية في اشتراط رضا الطرفين، وهو ما يتضح من نص المادة 346 منه، والمضافة بموجب مرسوم بقانون اتحادي رقم 17 لسنة 2018 المعدل لبعض أحكام قانون الإجراءات الجزائرية الصادر بالقانون الاتحادي رقم 35 لسنة 1992. حيث تنص المادة 346 على أنه: يجوز للنيابة العامة أو المحكمة المختصة بحسب الأحوال، اتخاذ إجراءات الصلح الجزائي بموجب اتفاق بين المجني عليه أو وكيله الخاص أو ورثته أو وكيلهم الخاص وبين المتهم لإنهاء النزاع في المسائل الجزائرية بصورة ودية وفقا للأحكام الواردة في هذا الفصل، ويتربط على الصلح انقضاء الدعوى الجزائرية أو وقف تنفيذ الحكم الصادر فيها بحسب الأحوال.

¹⁴ رامي متولي القاضي، المرجع السابق، ص 153-154.

¹⁵ راجع في الوساطة الجنائية باعتبارها محققة لنمط جديد للعدالة الجنائية:

J.P BONAFE – SCHMITT. La médiation. L'autre justice. Syros. 1992, p 280.

الضحية وتراعي ظروف الجاني في آن واحد، وتكون أكثر إنسانية وأكثر حساسية وملائمة للمشاعر الأدمية، وتتصف بالمرونة التي يتحقق بها الحوار بين أطراف النزاع بالبحث عن حل لمشكلتهم. وتتميز الوساطة الجنائية بتوافر السمات التي سلف بيانها للعدالة التي تحققها وذلك عن البدائل الأخرى للملاحقة القضائية مثل المفاوضات على الاعتراف، أو التسوية الجنائية، أو الأمر الجنائي، فاللجوء لأي من هذه الوسائل لا يعتمد على معالجة الجانب المعنوي للمجني عليه، حيث تهدف إلى إنهاء القضايا بصورة موجزة، دون بحث متعمق في مصلحة أو مشاعر الضحية¹⁶. وهو ذات ما ينطبق على بدائل الحبس قصير المدة وعلى إجراءات العفو الكلي أو الجزئي عن العقوبة أو تأجيل النطق بالحكم، فهي جميعا أنماط لتسويات لا تضع جبر الضرر المادي والمعنوي للضحايا ضمن أولوياته.

الشرط الثاني: إنهاء الاضطراب الناتج عن الجريمة: إن إنهاء الاضطراب انطلاقا من حقيقة أنه لا توجد جريمة مهما قل شأنها لا تمس الاستقرار الاجتماعي، فإن إرضاء الرأي العام يتحدد بصورة مطردة وفقا لنوع وحجم الجرم، فكلما كانت الجريمة بسيطة كانت قدرة المجتمع على النسيان والعفو سريعة، وكلما كانت الجريمة جسيمة صعب نسيانها ومحوها من ذاكرة المجتمع. لما كان ذلك وكان إصلاح الضرر الذي لحق بالضحية وإن كان يمثل الدرجة الأولى في سلم إجراءات الوساطة إلا أنه لا يكفي وحده لضمان إنجاحها، حيث يوجد دين آخر والتزام لا يقل أهمية عن سابقه ما زال معلقا في رغبة الجاني حتى ولو قام بتعويض الضحية، ألا وهو التزامه تجاه المجتمع الذي يتوجب عليه أن يوفيه حقه إذا هو ارتضى الوساطة وسيلة بديلة عن الدعوى الجنائية، وهو ما عنته المادة 41-1 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي باشتراطها وضع حد للاضطراب الذي مس المجتمع.

ولا شك أن الوسيلة المثلى لإصلاح الاضطراب الاجتماعي تتمثل أولا في وجوب أن يشعر الجاني بأن هناك دينا حال الوفاء تجاه مجتمعه. وكلما تمكن الجاني من إصلاح ذلك الاضطراب بطريقة مرضية أصبح صفح المجتمع عنه أسهل. ويعد إدماج الجاني في إحدى الدورات التأهيلية وقضاؤها بنجاح صمام أمان اجتماعي ومؤشر على أن جانبا مهما من أسباب الجنوح قد زالت، وأن الجاني قد أصبح أكثر استعدادا للاندماج في المجتمع.

¹⁶ لتفصل أكثر حول مفهوم العدالة التفاوضية راجع:

N.T.NAZEROL, Justice négociée, une expression ambiguë, P 77 et J.p BONAFE- SCHMITT, Le boutique de droit, op.cit., P 68.

الشرط الثالث: إعادة إدماج المتهم في المجتمع: جعل المشرع الفرنسي إعادة إدماج الجاني شرطا من شروط الوساطة الجنائية، إذ تنمي لديه روح المسؤولية وتحسسه بجسامة الفعل الضار الذي نتج عن الجريمة، عبر تهديده في حالة عدم تنفيذه للالتزامات الناشئة عن مفاوضات الوساطة بالرجوع إلى الدعوى العمومية وما يمكن أن ينتج عنه من عقوبات جنائية.

إلا أن المشرع الجزائري لم يشترط إعادة تأهيل المشتكى منه واكتفى بشروطي وضع حد للإخلال الناتج عن الجريمة أو جبر الضرر المترتب عليها بالنسبة للبالغين. أما بشأن الأحداث فتصنيف المادة 6/2 من القانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل الصادر في الجزائر¹⁷ شرط المساهمة في إعادة إدماج الطفل إلى جانب الشرطين السابقين.

وبالنسبة لوسائل إصلاح الجاني فإنها تتعدد وتختلف في طبيعتها وفي مضمونها بحسب جسامة الجريمة ودرجة الانحراف السلوكي لدى الجاني، ولا شك أن إلزام نائب الجمهورية بالتحقق من هذا الشرط في التشريع الفرنسي يستوجب منه دراسة لشخصية الجاني حتى يمكن له أن يقدر الخطورة الإجرامية له ومن ثم يمكن له تقدير مدى ملائمة الإجراءات البديلة للملاحقة القضائية في تحقيق غرض إعادة التكيف المجتمعي. كما يستوجب التحقق من توافر هذا الشرط بحثا في ظروف ارتكاب الجريمة لتحديد الأسباب التي دفعت الجاني لارتكابها، ومدى كونها أسبابا خارجية تتعلق بالظروف الاقتصادية أو الثقافية أو البيئية المحيطة بالجاني أم تتبع من ظروف وملابسات داخلية تعكس ما يمكن أن نطلق عليه انحرافا سلوكيا لدى الجاني. وأخيرا يستلزم التحقق من هذا الشرط دراسة مدى التمزق في العلاقة المجتمعية بين الجاني وبين بيئته التي يعيش فيها، والتي نتجت عن سلوكه المنحرف حتى يمكن تقدير إمكانية رأب هذا التمزق¹⁸.

وقد أثارت هذه الشروط عموما مجموعة من الإشكالات أهمها ما إذا كانت واردة على سبيل الجمع أو على سبيل التخيير إذ أن المادة 41-1 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي قد فصلت بين هذه الشروط ب"أو" بدل "و" مما أثار جدلا فقهيًا حول نية المشرع من هذا التعديل، فقد اتجه بعض الفقه إلى اعتبار هذه الشروط تبادلية إذ يكفي تحقق احدها أو بعضها لتتمكن النيابة العامة من الدعوة للوساطة

¹⁷ القانون رقم 15-12 المؤرخ في 15 جويلية 2015، المتعلق بحماية الطفل، الجريدة الرسمية العدد 39 لسنة 2015.

¹⁸ ايمان مصطفى منصور مصطفى، المرجع السابق، ص 267.

الجنائية¹⁹، في حين اعتبر موقف فقهي آخر أن هذا التعديل قد مس بأهداف الوساطة الجنائية التي تقتضي مراعاة مصلحة الضحية والجاني والمجتمع، ودعا إلى ضرورة تحقق هذه الأهداف مجتمعة لكي تتمكن الوساطة الجنائية من تحقيق فعاليتها²⁰.

وتجدر الإشارة أن نائب الجمهورية المنوط به تقدير ملائمة الإحالة للمحاكمة التقليدية أو التوجيه إلى أحد بدائلها بديلا عن حفظها أو الأمر بالألا وجه لتحريكها، إنما يفرض عليه التأكد من توافر الشروط السابقة في ضوء ما نظمتها المادة 41-1 من إجراءات بديلة، باعتبار أن الإحالة إلى تلك الإجراءات إنما بهدف التأكد من توافر تلك الشروط. والغالب على هذه الإجراءات أنها تقوم على الخضوع الطوعي لمجموعة من برامج التأهيل التعليمي الاجتماعي أو النفسي، وهو ما يكون أكثر فاعلية في مجال الأحداث خاصة، لما يحيط بظروفهم النفسية والعمرية من خصوصية وحساسية تختلف عن البالغين.

ويمكن أن تتطوي إعادة تأهيل الجاني على جانب عملي، حيث يمكن تكليفه بالعمل لصالح المجتمع، وذلك بالنسبة للبالغين مثلما هو بالنسبة للقصر.

وفي جميع الأحوال ينبغي التأكيد على أن الخضوع لأي من الإجراءات المشار إليها لا ينبغي النظر إليه بوصفه عقوبة، وخاصة في حالة كونه أحد بنود الوساطة ولكن يجب النظر إليه بوصفه إجراءً علاجياً ضمن عناصر الوساطة.

المطلب الثاني: نطاق تطبيق الوساطة الجزائرية

تعتبر الوساطة الجزائرية وسيلة مستقلة ومتفردة، لا تتعلق فقط بالقضايا المتوقعة حفظها، لأن قرار الحفظ كثيرا ما يصدر لعدم معرفة الجاني أو تحديد شخصيته، أو عدم إمكانية تحديد مكان وجوده والقبض عليه أو عدم كفاية الأدلة²¹، بينما على العكس من ذلك فإن اللجوء إلى الوساطة يفترض معرفة وجود كل من الجاني والمجني عليه، وهو ما يؤكد أن مجال الوساطة الجنائية يختلف عن نطاق حفظ القضايا في كثير من الحالات التي يؤسس عليها هذا الحفظ، وهو ما يدحض الرأي القائل بأن الوساطة بديل لحفظ

¹⁹ Fauchan Pierre, alternatives aux poursuites, renfort de L'efficacité de la procédure pénale et délégation aux greffiers des attribution dévolus par la loi aux greffiers en chef, Senat, commissions des lois, rapporte in : [www .Senat.fr/197-468 .html](http://www.Senat.fr/197-468.html)

²⁰ أسامة حسنين عبيد، الصلح في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2005، ص 518.
²¹ تمثل القضايا التي صدر في شأنها قرار بالحفظ لعدم معرفة الفاعل أو عدم كفاية الأدلة نسبة 60% من إجمالي عدد البلاغات والشكاوى والمحاضر التي نظرتها النيابة العامة في فرنسا في العام القضائي 2006، راجع في ذلك الإحصاءات الرسمية لوزارة العدل الفرنسية المنشورة في أكتوبر 2008. [http .2008 .pdf](http://www://justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_anur08_20081013.pdf)

القضايا²². وبناء على ذلك سوف نحاول تحديد نطاق تطبيق الوساطة الجزائية من خلال الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: تطبيق الوساطة الجزائية في جرائم معينة

لقد تم تطبيق نظام الوساطة الجنائية في فرنسا قبل صدور أي سند تشريعي يجيز هذا الإجراء وذلك عبر الجمعيات المساندة للضحية²³. أما الممارسة الحقيقية للوساطة الجنائية في ظل تنظيم تشريعي مقنن في فرنسا بدأت بصدور المذكرة التوجيهية في 2 أكتوبر لسنة 1992²⁴، والتي كانت تعتمد على سلطات عضو النيابة المقررة بمقتضى المادة 40 من قانون الإجراءات الجنائية، الأمر الذي كان يستلزم سن نصوص تشريعية تحدد سلطات وكيل النيابة، وتظم اللجوء إلى الوساطة الجنائية، وتوحد اتجاهات أعضاء النيابة العامة في اللجوء إليها، على نحو يكفل المساواة بين المتقاضين؛ ويحقق مقتضيات السياسة العامة للدولة في مواجهة الجريمة.²⁵

وتجدر الإشارة إلى المذكرة التوجيهية المؤرخة في 20 مارس 1978 والتي اعتمد عليها واضعو برنامج الوساطة الجنائية في مدينة "valance" في تنظيم العديد من المسائل المتعلقة بالوساطة، إلا أن هذه المذكرة كانت تخص المنازعات المدنية، ومن ثم فإن الاعتماد عليها جاء في المرتبة الأولى في الوساطة المدنية، وإن كان من الممكن التوسع في استخدامها لتشمل بعض الجرائم الجنائية.²⁶ وقد نظم المشرع الفرنسي أحكام وإجراءات الوساطة في المواد "40" و"1/40" و"1/41" من قانون الإجراءات الجنائية، والتي أعطت لعضو النيابة العامة سلطة تقرير مصير الدعوى الجنائية بين بدائل ثلاثة تنحصر في الإحالة إلى المحاكمة أو الحفظ أو تقرير التوجيه إلى الإجراءات البديلة للملاحقة الجنائية والتي تتمثل أهمها في الوساطة الجنائية والتسوية الجنائية.²⁷

²² راجع:

Paul NBONZOULOU, La médiation pénale, Paris, 2002, p16.

²³ Lebelois-Happe Jocelyne, La médiation Pénale Comme repense à la petite délinquance : état des lieux et perspectives. R.S.C, 1994, p526.

²⁴ عرفت المذكرة التوجيهية الوساطة بكونها:

« Rechercher grâce à intervention d'un tiers, une solution librement négociée entre les parties à un conflit ne d'une infraction ».

²⁵ أسامة حسنين عبيد، الصلح في قانون الإجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 527.

²⁶ راجع في تحليل تجربة مدينة فالنس:

J.LESPANNE, Le consentement du délinquant, thèse. Bordeaux I, 1994, P. 23.

²⁷ راجع نصوص المادتين 40 و 1/40 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي:

وقد أكد المرسوم الفرنسي الصادر عن وزارة العدل في 2 أكتوبر 1992، أن الوساطة في الجرائم التي تتسم بتقارب أطرافها وتعايشهم سوياً، استناداً إلى أن تحديد أطراف الجريمة من جان ومجني عليه ومعرفة شخصياتهم هو أساس عملية الوساطة، لأنها تعتمد على إصلاح العلاقة بين أطراف الخصومة وهم عادة أطراف تربطهم علاقة ما، ترغهم على التعايش سوياً على مقربة من بعضهم البعض²⁸ ومع ذلك فإن نجاح الوساطة في هذا النوع من الجرائم لا يمنع نجاحها في جرائم أخرى لا تربط أطرافها علاقات دائمة. وفي كلتا الحالتين تعطي الوساطة فرصة لأطراف الخصومة الجنائية عن طريق وسيط متطوع ومحايدين في التوصل إلى اتفاق دون المرور بالقضاء.

وجدير بالذكر أنه وبالرغم من اتجاه المشرع الفرنسي لدى إقراره مشروع قانون تنظيم الوساطة إلى الاقتصار على الجرائم البسيطة إلا أنه فضل عند صياغته لمسودة القانون النهائية ألا يعتمد منهج حصر الجرائم الداخلة في نطاق الوساطة، تاركاً تلك المهمة لمطلق تقدير نائب الجمهورية. وهو ما يؤكد استقراء نصوص المادة 41-1 من قانون الإجراءات الجنائية والمعدلة بموجب القانون رقم 99-515 الصادر في 23 يونيو 1999.

أما في التشريع الجزائري فقد أوردت المادة 37 مكرر 2 من قانون الإجراءات الجزائرية مجموعة من الجناح يجوز فيها إجراء الوساطة و هي: جرائم السب والقذف والاعتداء على الحياة الخاصة والتهديد والوشاية الكاذبة وترك الأسرة والامتناع العمدي عن تقديم النفقة وعدم تسليم طفل والاستيلاء بطريق الغش على أموال الإرث قبل تقسيمها أو على أشياء مشتركة أو أموال الشركة وإصدار شيك بدون رصيد والتخريب أو الإلتلاف العمدي لأموال الغير وجنح الضرب والجروح غير العمدية والعمدية المرتكبة بدون سبق الإصرار التردد أو استعمال السلاح وجرائم التعدي على الملكية العقارية والمحاصيل الزراعية والرعي

Art. 40. modifié par Loi n°2004-204 du 9 mars 2004- art. 74. JORF 10 mars 2004. "le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1."

Art. 40-1, modifié par loi n°2004-204 du 9 mars 2004- art. 68. JORF 10 mars, 2004. "Lorsqu'il estime que les faits qui ont été portés à sa connaissance en application des dispositions de l'article 40 constituent une infraction commise par une personne dont l'identité et le domicile sont connus et pour laquelle aucune disposition légale ne fait obstacle à la mise en mouvement de l'action publique, le procureur de la République territorialement compétent décide s'il est opportun."

28 راجع في تميز نتائج اللجوء إلى الوساطة في نطاق الجرائم التي يربط بين أطرافها أحد علاقات الأسرة أو العمل أو الجيرة: Not d'orientation 2 Octobre 1992. (Pub. Oct. 1992), Un mode d'exercice de l'action publique. Les classements sous condition et la médiation en matière pénale et Robert CARIO, Victimologie. "D'effraction du lien intersubjectif a la restauration sociale", 2000. p. 193.

في ملك الغير واستهلاك مأكولات أو مشروبات أو الاستفادة من خدمات أخرى عن طريق التحايل، كما يمكن أن تطبق الوساطة في المخالفات. وما يمكن ملاحظته على هذه الجنح أن المشرع نص عليها بدون أن يستثني بعض الحالات الخاصة، فبالنسبة لجرائم القذف يمكن أن تكون ضد رئيس الجمهورية وأيضا بالنسبة للاعتداء على الملكية العقارية، فيمكن أن يكون العقار ملك عام، كأن يكون ملك للبلدية مثلا، ففي هذه الحالات لا يمكن إجراء الوساطة.

بالمقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي فيما يتعلق بنطاق الوساطة الجزائرية نخلص إلى أن المشرع الجزائري قد استحدث إجراء الوساطة بحذر وتخوف كبيرين من هذا النظام²⁹. إذ لولا ذلك لجعل الأمر بيد النيابة العامة، كما فعل نظيره الفرنسي الذي أخذ بمعيار وضع قاعدة عامة حيث لم يحصر سلطة النيابة العامة في جرائم محددة لإجراء الوساطة وإنما ربطها بتحقيق أهداف معينة، وهو ما يعكس تفتحه أكثر على هذه الآلية الإجرائية وتجدرها في النظام القضائي الفرنسي.

الفرع الثاني: النطاق الزمني لإجراء الوساطة الجزائرية

يشترط القانون الفرنسي³⁰ لإجراء الوساطة ألا تكون الدعوى الجنائية قد تم تحريكها باتخاذ أول إجراء من إجراءات التحقيق فيها، حيث يلزم أن يصدر قرار الإحالة للوساطة في نهاية مرحلة الاستدلال بوصفه الإجراء الأول الذي يجب أن يقرره نائب الجمهورية بناء على المعلومات المتاحة في محضر جمع الاستدلالات أو في الشكوى أو البلاغ المقدم لديه.

ولا يخرج عن هذا الشرط إلا حالة الوساطة الجنائية في مجال الأحداث حيث يجوز عرض الوساطة في جميع مراحل الدعوى الجنائية إلى ما قبل صدور حكم نهائي فيها.

حيث ادخل المشرع الفرنسي إجراء وساطة التعويض بالنسبة للأحداث في 4 جانفي 1993، والتي أجاز بموجبها لوكيل الجمهورية ولقضاة التحقيق ولقاضي الحكم أن يقترح على الحدث مرتكب الجريمة كبديل عن المحاكمة العادية القيام بإجراء³¹ الوساطة في أي مرحلة كانت عليها الإجراءات سواء قبل تحريك الدعوى أو خلال التحقيق الابتدائي أو في مرحلة المحاكمة.

أما المشرع الجزائري فلم يميز بين وساطة البالغين والأحداث على خلاف نظيره الفرنسي فيما يتعلق

²⁹ بلولهي مراد، بدائل إجراءات الدعوى العمومية، أطروحة دكتوراه، تخصص علوم جنائية، جامعة باتنة -1- الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2017-2018، ص 206.

³⁰ المادة 41-1 من قانون الإجراءات الجزائرية الفرنسي.

³¹ كامل شريف السيد، الحق في سرعة الإجراءات الجنائية - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2018، ص 238.

بميعاد إجرائها، وإنما اشترط إجرائها بالنسبة للبالغين والأحداث قبل المتابعة الجزائرية بنص المواد 37 مكرر من قانون الإجراءات الجزائرية والمادة 110 فقرة 1 من القانون المتعلق بحماية الطفل.

المبحث الثاني: إجراءات الوساطة والآثار المترتبة عنها

إن المبدأ العام في المادة الجزائرية، أن تحريك الدعوى العمومية من اختصاصات وكيل الجمهورية، إلا أن المشرع الجزائري أعطاه إمكانية عرض الوساطة على طرفي النزاع قبل أي متابعة جزائية من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم، فإذا تمت الوساطة فإنه يترتب على تنفيذها آثار قانونية، سواء على الدعوى العمومية أو من حيث القوة الإلزامية للوساطة.

فعملية الوساطة الجزائرية تمر بمراحل متعددة تحكمها إجراءات معينة تعد أهم العوامل المميزة للوساطة الجزائرية عن غيرها من صور التسوية الودية كالصلح الجزائي، ترتب آثارا سواء في حالة نجاحها أو فشلها، وهو ما سنوضحه من خلال المطلبين المواليين.

المطلب الأول: إجراءات الوساطة الجزائرية

لم يحدد المشرع الفرنسي ضوابط الحوار بين الوسيط وطرفي النزاع، فلم يحدد قواعد تنظيمية تبين كيفية ممارستها، أي هي ممارسة حرة يقوم بها الوسيط بهدف التوصل إلى حل متفق عليه بين الخصوم³²، وهو ما ينطبق على التشريع الجزائري الذي لم يفصل في إجراءات الوساطة، الأمر الذي يقودنا إلى التجربة الفرنسية في هذا الشأن مع مراعاة الاختلافات المترتبة عن اختلاف صفة الوسيط في كلا القانونين³³. يمكن تقسيم إجراءات الوساطة إلى مراحل أربعة نصلها من خلال الفروع الآتية.

الفرع الأول: بدء إجراءات الوساطة

وضع النظام الإجراءي الفرنسي مستهدياً بالنظم الأمريكية، عدة خطوات لبدء إجراءات الوساطة الجنائية، تكفلت بتنظيمها قبل إقرار الوساطة تشريعياً المذكورة التوجيهية الصادرة في عام 1992³⁴. وتتمثل تلك الخطوات فيما يلي:

أولاً: إصدار وكيل الجمهورية قراره بتوجيه أطراف الدعوى إلى أحد الوسطاء من الأفراد أو من المؤسسات العاملة في هذا المجال، وذلك عن طريق إخطار الأطراف مباشرة، ويتم إثبات ذلك في محضر يوقعه

³² أحمد عبد الرحمن عاطف عبد الرحمن، الوساطة ودورها في إنهاء الدعوى الجنائية: دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مصر، المركز العربي للنشر والتوزيع، 2020، ص 234.

³³ بلولهي مراد، المرجع السابق، ص 222.

³⁴ Jaque FAGET, le cadre juridique et éthique de la médiation pénale, L'Harmattan 1997. P51.

أطراف الوساطة أو من خلال إرسال مذكرة رسمية³⁵. ويندر في الواقع العملي أن يلتقي وكيل النائب العام بالجاني والمجني عليه معا، ومن ثم يندر العمل بالإخطار المباشر من جانبه بالإحالة للوساطة. **ثانيا:** تكليف أحد الوسطاء المعتمدين من الأفراد أو من المؤسسات العاملة في مجال الوساطة من بيوت العدالة أو مؤسسات المجتمع المدني، لتولي مهام الوساطة، ويتضمن التكليف وصفا لطبيعة النزاع محل الوساطة وشخصية ومحال إقامة أطرافه، والمدة التي ينبغي على الوسيط أن ينهي مهمته خلالها، وأي معلومات أخرى تتعلق بالنزاع تكون لها أهمية في إنجاح الوساطة. ويكون الإخطار كتابيا ويتم إثباته في محضر خاص يودع بملف الدعوى.

ثالثا: يقوم الوسيط بدراسة متعمقة لملف الدعوى وما يحتويه من تحريات أو تحقيقات أو معاينات أو أقوال شهود، لمعرفة المحاور الأساسية التي سوف يعتمد عليها في إدارته للوساطة.

رابعا: يخطر الوسيط أطراف الوساطة من خلال خطاب مسجل يعلم الوصول، يعلمهم فيه برغبته في لقائهم في تاريخ وساعة محددة، ويحدد لهم فيه المكان المحدد لإجراء مفاوضات الوساطة، ويشرح لهم بشكل موجز مراحل وإجراءات الوساطة، وما يترتب على نجاحها من آثار.

هذا ويتم في تلك المرحلة أيضا تنظيم الأمور المتعلقة بتقدير تكلفة وتبدير تمويل عملية الوساطة، والذي يتم من خلال الرسوم القضائية، وهو ما قرره صراحة مرسوم نوفمبر 1992، والذي أعطى لعملية الوساطة- في ذلك الوقت وقبل تقنين الوساطة بشكل كامل- شرعية الإجراءات القضائية التقليدية، كما منحها دعما ماديا من خلال تقرير الإنفاق على عملية الوساطة من الرسوم القضائية بما يجعل الوسيط بمنأى عن أي مؤثرات تتال من حيده ونزاهته.

وتشمل تكلفة إجراءات الوساطة رد ما تكبده الوسيط من نفقات أثناء انتقاله لأداء مهام الوساطة، بالإضافة إلى ما قد يتقرر له من بدل، في حالة كونه غير متطوع، وفقا لأحكام المادة (R121-2) من قانون الإجراءات الجنائية.³⁶

³⁵ وذلك طبقا لأحكام المادة 41-1 من قانون الإجراءات الجزائرية الفرنسي المعدلة بموجب القانون 837 المؤرخ في 4 أوت 2014. ³⁶ راجع المادة (2-121 R). الصادرة بالمرسوم رقم 2001/41 المؤرخ 29 يناير 2001 وفيه يجب تعويض الوسيط عما تكبده من نفقات انتقال فعلية في حدود البدلات المقررة للموظفين العموميين من الدرجة الثانية يضاف إلى ذلك مبلغ وقدره 38,87 يورو يصرف للوسيط الفرد الذي يمارس مهمته بمفرده وذلك لكل مهمة وساطة. فإذا تم إسناد مهمة الوساطة إلى إحدى مؤسسات الوساطة فإن البديل المقرر يصبح 26,22 يورو في حالة الوساطة التي لا يزيد مفاوضاتها على شهر، فإذا زادت المدة على شهر ولم تجاوز ثلاثة شهور يكون البديل هو 152,45 يورو وتحصل المؤسسة على بدل قدره 304,90 يورو في حالة زيادة مدة الوساطة عن ثلاثة شهور. وفي حالة تكليف الوسيط بإحدى المهام الخاصة بمساعدة الجاني في تنفيذ إحدى العقوبات التكميلية الخاصة بالتسوية الجنائية فإن أتعابه تكون 7,62 يورو للشخص الطبيعي، وفي حالة كونه مؤسسة ترتفع لتصل إلى 15,24 يورو لكل حالة وتصل إلى 30,49 يورو للوسيط المؤسسة.

وفي جميع الأحوال لا يتحمل طرفا الوساطة أية تكاليف أثناء ممارسة الوساطة، إلا في حالة رغبتهم في الاستعانة بمحام فإنهم يتحملون أتعابه.

وفي هذه المرحلة نسجل نقاط تشابه بين التشريعين الجزائري والفرنسي؛ سواء فيما يتعلق بجهة اقتراح الوساطة والمتمثلة في النيابة العامة، أو طرفي النزاع مع وجوب موافقة الأطراف وبقاء السلطة التقديرية للنيابة العامة في اللجوء إليها من عدمه عملاً بمبدأ الملائمة الذي تتمتع به. أما أوجه الاختلاف فتتعلق أساساً بصفة الوسيط، حيث يتمثل في التشريع الجزائري في شخص وكيل الجمهورية الأمر الذي يتعين عليه إخطار الأطراف مباشرة باقتراح الوساطة. أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فالنيابة العامة تقوم باختيار شكل الوساطة التي سيتم بها تسوية النزاع وذلك عن طريق إرسال ملف القضية لجمعيات مساعدة المجني عليهم في حالة وجود اتفاق بين هذه الجمعيات والنيابة العامة، أو أن يتم إرسال صورة ملف القضية لدور العدالة والقانون، أو أن يتم اختيار وسيط شخص طبيعي من بين مجموع الوسطاء المسجلين لدى محكمة الاستئناف الذين تم اعتماد أسمائهم من الجمعية العمومية لرجال القضاء والنيابة.³⁷

الفرع الثاني: إجراءات التفاوض

يلعب الوسيط الدور الأهم في هذه المرحلة حيث يلتقي الوسيط بكل من المجني عليه والجاني سواء مجتمعين أو منفصلين لمعرفة مدى قبولهما لإجراءات الوساطة، وللإطلاع على أفكارهم وطلباتهم المبدئية. كما يعقد الوسيط العديد من اللقاءات والجلسات بين الأطراف لسماع وجهات نظرهم وشرح موقفهم من النزاع، وفي كل مرة يذكر الوسيط الأطراف بأنه ليس قاضياً، ولا محققاً ولا مستشاراً قانونياً، بل أنه طرف محايد وأن وجوده لمساعدتهم للوصول إلى ترضية مناسبة. وتتسم جلسات الوساطة بأنها غير علنية، ولا يجوز إذاعة جلساتها إعلامياً، أو حتى السماح للصحفيين أو الإعلاميين بحضورها. وفي حالة تفضيل الخصوم عدم مواجهة بعضهم البعض، قبل تحقق الوسيط من نوايا كل طرف، فيجوز للوسيط أن يعقد جلسات منفردة، على أن يقدر الوسيط، فيما بعد التوقيت المناسب لعقد جلسات مشتركة. ويدخل ذلك في إطار منهج الوسيط في إدارة الوساطة.

أما بالنسبة لحق أطراف الوساطة في الاستعانة بالمحامين خلال مرحلة التفاوض، فقد نص قانون 18

³⁷ علوي زهر وشنين صالح، أحكام الوساطة الجزائرية - دراسة مقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، الجزائر، المجلد 12، العدد 2، 2020، ص 66.

ديسمبر 1998 بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي والخاص بتسهيل الوصول إلى ساحة القضاء وتنظيم آليات الحل الودي للمنازعات، على ضرورة ضمان حق الأطراف في الحصول على مساعدة قانونية من خلال الاستعانة بمحام حتى في حالات الصلح وخاصة في المجال الجنائي، وبالتالي يستطيع الأطراف في حال عرض الوساطة عليهم الاستعانة بمحام عند رغبتهم وقدرتهم على ذلك.

وتجدر الإشارة إلى أن تمكين الخصوم من الاستعانة بمحام أثناء إجراءات الوساطة قد واجه انتقادات حادة وتساؤلات جادة حول طبيعة دور المحامي، وحدود هذا الدور أثناء ممارسة الوساطة، وحول التأثير السلبي المتوقع لحضوره تلك الجلسات، كما أثير التساؤل حول حضوره كل جلسات الوساطة، وحول مدى إمكانية حديثه نيابة عن الطرف الذي يمثله، أم أن حضوره سوف يقتصر على المراقبة وتقديم المشورة.

وللإجابة على تلك التساؤلات، نوّد التأكيد على أنه لا يوجد نص يحول دون حضور محام لمفاوضات الوساطة، وهو ما دفع وزارة العدل الفرنسية عند إصدارها المذكرة التنظيمية لأعمال الوساطة في 02 أكتوبر 1992 إلى أن تنص على حق الأطراف في الاستعانة بمحام أثناء الوساطة، على ألا ينوب عن الأطراف عند تقديم وعرض آرائهم³⁸. وعلى العكس من ذلك فقد سكت المشرع الفرنسي في القانون رقم 93-2، المتعلق بتعديل قانون الإجراءات الجزائية الصادر في 04 يناير 1993 عن تناول هذه الجزئية. وكذلك فعل عند إصداره في 23 يونيو 1999 القانون رقم 99-515 المتعلق بتعزيز كفاءة الإجراءات الجزائية. وبقي الأمر على حاله حتى جاء مرسوم 16 مارس 2004 ليؤكد على الحق في الاستعانة بمحام.

ومن الناحية العملية فإن المحامين لا يتواجدون أثناء إجراءات الوساطة وجلساتها، بل إنهم عادة ما يحضرون الجلسة الافتتاحية، وأيضاً جلسة توقيع الاتفاق³⁹.

وأياً ما كانت حدود التنظيم التشريعي أو العرفي لدور المحامي في إجراءات الوساطة، فإن حضوره جلسات الوساطة أمر لا يخلو من نقد، ذلك أن الأجواء المسيطرة على المفاوضات في حضوره سوف تحاط بالتحفز والتوتر، علاوة على أن حضور أحد الأطراف بصحبة محام دون الطرف الآخر يخلق

³⁸ Selon la note d'orientation d'octobre 1992 'L'avocat peut conseiller son client, au mieux de ses intérêts, dans une procédure de médiation ou même l'assister, sans pouvoir toutefois le présenter.

³⁹ راجع في تفصيل الواقع العملي لممارسات الوساطة:

Paul MBANZOULOU, La médiation pénale, op.cit. p47.

مشكلة حالة ويصعب من إمكانية إدارة الجلسات بصورة جيدة، فما دام أن الوساطة لا يشارك. فيها عنصر قضائي فإن حضور محام يعد تزييدا، فجلسات الوساطة ليست جلسات محاكمة يلزمها حضور محام.

ومن الأفضل أن يكون حضور المحامي في اللحظات التي تتميز بالأهمية مثل توقيع اتفاق الوساطة وهي من أهم اللحظات، لأن هذا الاتفاق ينطوي على تنازل عن الحقوق من جانب المجني عليه، والتحمل بالالتزامات من جانب المتهم، الأمر الذي ربما يتوجب معه اللجوء إلى المشورة القانونية قبل التوقيع.⁴⁰

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه أجاز للأطراف الاستعانة بمحام طبقا لما ورد في نص المادة 37 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية، حيث يقتصر دور المحامي على أمرين: أولهما تقدير قرار اللجوء إلى الوساطة فضلا عن تأكده من تنازل الجاني عن حقه في المحاكمة العادية عن إرادة حرة. أما الثاني فيتصل بموضوع اتفاق الوساطة حيث يبحث ما قدمه موكله من تنازلات مقارنة بتلك التي قدمها خصمه.

الفرع الثالث: إقرار واعتماد اتفاق الوساطة

يرتبط نجاح عملية الوساطة بإبرام اتفاق الوساطة، حيث إنه عند قيام الأطراف المتخاصمة بإبرام اتفاق يتضمن ما تم التوصل إليه من خطوات لإنهاء نزاعهم، فإنه يكون على الوسيط أو المؤسسة القائمة الوساطة أن يرفع إلى وكيل النيابة تقريرا عن سير عملية الوساطة دون عرض مفصل للمسائل الشخصية لكلا الطرفين، مصحوبا بالاتفاق الموقع منهما.

وللتزام الوسيط بعلم الدخول في تفاصيل شخصية لطرفي النزاع وما يحيط به من ملاسبات هذيان، يتعلق الأول بالحفاظ على حياد الوسيط، أما الثاني فيتعلق بعقيدة عضو النيابة حيث لا يجب أن تتكون لديه أية عقيدة مسبقة عن القضية المعروضة عليه، حتى يستطيع أن يصدر قراره بالحفظ أو بالتسوية الجنائية أو بمتابعة الإجراءات القضائية في حالة فشل إجراءات الوساطة، دون وجود خلفيات مسبقة عن النزاع.

ويلاحظ أنه في حالة طلب المجني عليه من الجاني تعويضا ماديا عن الضرر الذي سببه تصرفه الإجرامي فإن المبالغ المتفق عليها تكون محددة وواضحة، وحيث أن الأمر لا يخرج عن أن يكون مطالبة بإصلاح تلفيات معينة تسبب تصرفه في إحداثها أو أن يطالب المجني عليه بحصوله على قيمة التلفيات دون إلزام الجاني بالقيام بإصلاحها بذاته، فإن الاتفاق في هذه الحالة يكون سهلا والمبلغ المحدد فيه غير

⁴⁰ إيمان مصطفى منصور مصطفى، المرجع السابق، ص 276.

مبالغ فيه، نظرا لتعلقه بمعيار موضوعي محدد مؤداه إصلاح التلّف الذي تحدد قيمته حسب سعر السوق وقت التقدير. إلا أن الصعوبة عادة ما تظهر حينما يكون محل المفاوضات هو التعويض عن ضرر معنوي، حيث قد يقدره المجني عليه بمبلغ جزافي يصعب قبوله من جانب الجاني.⁴¹

وبالنسبة للاتفاقات التي تتضمن قواعد سلوكية معينة والتي تسهم في إعادة التلاحم الاجتماعي بين أطراف النزاع وإحلال السلم اجتماعيا، فهي قواعد متغيرة من واقعة لأخرى ومن ثم لا يمكن وضع معيار محدد لها، حيث إنها ترتبط بطبيعة الحدث أو الجرم الذي مارسه الجاني وتضمن تعديا على حياة الآخرين مما يتبعه امتناعه عن إتيان هذا العمل. أو الالتزام بعمل، أو عدم ارتياد أماكن معينة، أو عدم الاقتراب من محل إقامة أو عمل المجني عليه، إلى غير ذلك من الالتزامات التي تشكل حلا مرضيا للمجني عليه.

أما في حالة فشل مفاوضات الوساطة نتيجة عجز الوسيط وطرفي النزاع في الوصول إلى اتفاق، فإن الأمر يعود إلى اختصاص نائب الجمهورية، حيث يقوم الوسيط برفع تقريره بفشل الوساطة وعدم قدرة الأطراف على الوصول إلى حل لخلافاتهم، ودون الدخول في تفاصيل النزاع وموقف الطرفين كلاهما من الآخر حفاظا على حياد النيابة العامة. وهي نفس السلطة التي يتمتع بها وكيل الجمهورية في التشريع الجزائري في حال فشل الوساطة، وباعتباره الوسيط محرر محضر عدم الاتفاق وبعده يتخذ الإجراءات اللازمة لتحريك الدعوى العمومية في إطار مبدأ الملائمة أي قد يحركها أو لا يحركها.⁴²

⁴¹ راجع في الوساطة الجنائية كطريق للعدالة التعويضية:

N. JACCOUD. Justice réparatrice et médiation pénale, Ed. L Harmattan, 2003, P 272.

⁴² بلولهي مراد، المرجع السابق، ص 228.

الفرع الرابع: تنفيذ اتفاق الوساطة

لا ينتهي دور الوسيط وجهوده عند مرحلة توقيع اتفاق الوساطة وتقديم تقرير مكتوب إلى النيابة العامة، بل يمتد دوره لمتابعة تنفيذ هذا الاتفاق، وخاصة إذا نص الاتفاق على أداء الجاني للالتزام بتعويض المجني عليه في صورة أقساط، ولا تنتهي مهمة الوسيط إلا حين يتم دفع آخر قسط. عندئذ تنتهي مهمة الوسيط ويستطيع تقديم تقريره النهائي للنياحة العامة حول نتائج مهمته وعلى ضوءه تتخذ النيابة العامة قرارها بالحفظ أو بتحريك الدعوى أو بتقرير تسوية جنائية.

يمثل تنفيذ الوساطة أحد أهم المراحل التي تكفل المشرع الفرنسي بإعادة تنظيمها في تعديله على المادة 1/41 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي بتاريخ 9 مارس لسنة 2004 بغية التأكد من تمام التنفيذ وصحته. وقد تضمن هذا التعديل الجديد ثلاثة أمور مستحدثة، بيانها كما يأتي:

أولاً: إلزام نائب الجمهورية في حالة نجاح مفاوضات الوساطة والتوصل إلى توقيع اتفاق بأن يحضر محضراً بما تم التوصل إليه بين أطراف الوساطة.

ويهدف المشرع من وراء ذلك إلى تحقيق عدة أمور يتمثل أولها في إفراغ اتفاق الوساطة العرفي في قالب رسمي له حجيته ويصعب الطعن في صحة ما ورد فيه بغير الطعن بالتزوير. كما أن إفراغ الاتفاق في محضر رسمي يمنح نائب الجمهورية الفرصة لمراجعة إجراءات الوساطة كما يمكنه من إعمال رقابته على سلامة إرادة أطراف الوساطة. ويكون لإفراغ الوساطة في محضر رسمي أثر كبير في إشعار المتهم بالمسؤولية تجاه ما ارتكبه من جرم ويدفعه إلى الالتزام بتنفيذ بنود الوساطة. وأخيراً يقلل تحرير المحضر من فرصة حدوث خلاف حول تطبيق بنود اتفاق الوساطة ويمنح أطراف الوساطة توثيقاً رسمياً لما اتفقوا عليه.

ثانياً: قرر المشرع حكماً خاصاً في حالة تضمين اتفاق الوساطة التزاماً على عاتق الجاني بأداء مبلغ مالي محدد إلى المضرور من الجريمة تعويضاً له عما لحقه من ضرر مادي أو معنوي، حيث أتاح للمضرور الذي يتقاعس الجاني عن تعويضه تنفيذاً لتعهد المقرر في اتفاق الوساطة الحق في اللجوء إلى القاضي لاستصدار أمر أداء وفقاً للنظام القانوني المقرر في قانون الإجراءات المدنية.

وهو إجراء يهدف المشرع من خلاله إلى حث أطراف الوساطة على الالتزام بتنفيذ تعهداتهم وإلى تمكين المضرور من الجريمة من الحصول على حقه في أقرب وقت ممكن وبأقل كلفة ممكنة وتلك هي أحد أهم أهداف الوساطة.

ثالثاً: سعياً إلى دفع الجاني إلى تنفيذ تعهداته فقد ألزم المشرع نائب الجمهورية في حالة عدم تنفيذ اتفاق الوساطة بسبب يرجع إلى سلوك الجاني بأن يصدر قراره إما بتحريك الدعوى الجنائية وإما بتقرير التسوية الجنائية الملائمة. وهو ما يعني أنه يتمتع على نائب الجمهورية أن يقرر حفظ الأوراق في هذه الحالة رغم أنه كان يملك ذلك نظرياً في حالة فشل إجراءات الوساطة.

أما إذا تم تنفيذ اتفاق الوساطة بدقة وأمانة وأقر بذلك الوسيط في تقريره عن تنفيذ اتفاق الوساطة فإنه لا يكون لوكيل الجمهورية إلا أن يصدر قراره بحفظ الأوراق.⁴³

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فإن وكيل الجمهورية باعتباره وسيطاً لا تنتهي مهامه كوسيط إلا بعد تنفيذ محتوى محضر الوساطة، إذ يعتبر كرقب للجهة القضائية، حيث منحت المادة 37 مكرر 8 من قانون الإجراءات الجزائرية لوكيل الجمهورية باعتباره المشرف على عملية الوساطة صلاحية متابعة تنفيذ ما تم التوصل إليه في اتفاق الوساطة، إذ قضت في هذا الشأن باتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لمتابعة الشخص في حال ما إذا لم يلتزم بتنفيذ الاتفاق في الميعاد المحدد له كما يتعرض للعقوبات الجزائرية المقررة بموجب المادة 147 ف2 من قانون العقوبات⁴⁴. حيث تنص هذه الفقرة على الأفعال والأقوال والكتابات العلنية التي يكون الغرض منها التقليل من شأن الأحكام القضائية، والتي يكون من طبيعتها المساس بسلطة القضاء أو استقلاله، والتي يعاقب عليها بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 1000 دج إلى 500.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

وبخصوص تطبيق هذه المادة، فقد اعتبر المشرع الجزائري اتفاق الوساطة سنداً تنفيذياً وذلك وفقاً لما جاء في نص المادة 37 مكرر 6 من قانون الإجراءات الجزائرية. فالمادة 142 من قانون العقوبات لا تعاقب على مجرد عدم التنفيذ بل تشترط ارتكاب أفعال مادية تؤدي إلى التقليل من شأن الأحكام القضائية.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن الوساطة الجزائرية

الوساطة الجزائرية شأنها كشأن كافة بدائل الدعوى الجنائية يترتب على نجاحها كما يترتب على فشلها العديد من الآثار الإجرائية على مسيرة الدعويين الجنائية والمدنية. وتوصم إجراءات الوساطة الجنائية بالفشل في حالة حدوث أحد أمرين:

يتمثل أولهما في عدم توصل الأطراف إلى اتفاق، ويتمثل ثانيهما في عدم تنفيذ اتفاق الوساطة بعد إبرامه. وتمثل هذه التفرقة أهمية خاصة حيث تختلف الآثار الإجرائية المترتبة على كل منهما. وفي

⁴³ إيمان مصطفى منصور مصطفى، المرجع السابق، ص 281-282.

⁴⁴ بلولهي مراد، المرجع السابق، ص 234.

خصوص تحديد الآثار الإجرائية لنجاح الوساطة يجب التمييز بين الآثار المترتبة على إبرام اتفاق الوساطة وتام تنفيذ هذا الاتفاق.

وفيما يلي نعرض للآثار الإجرائية للوساطة الجنائية على كل من الدعويين الجنائية والمدنية في فرعين، نعرض في الأول منهما لآثار نجاح الوساطة، أما الثاني فنفرده لآثار فشل الوساطة.

الفرع الأول: آثار نجاح الوساطة الجزائية

تقتضي دراسة الأثر الإجرائي لنجاح الوساطة الجنائية ضرورة مراعاة الطبيعة الإجرائية للمرحلة التي يتم فيها تقرير الوساطة، ومنهج كل من المشرع الفرنسي والمشرع الجزائري في تعامله مع إجراءات الوساطة الجنائية بوصفها الطريق الثالث لإدارة الدعوى الجنائية الذي يملك نائب الجمهورية اللجوء إليه بدلا عن تقرير الحفظ أو بدء إجراءات الملاحقة الجنائية.

أولا: وقف سريان تقادم الدعوى العمومية: إن القانون الفرنسي لازال متمسكا - خلافا لموقف المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان⁴⁵ - بالتعريف التقليدي للدعوى الجنائية التي لا تبدأ ولا تتحرك إجراءاتها إلا باتخاذ أول إجراء من إجراءات التحقيق، وهو ما يعني أن النطاق الزمني لإجراءات الوساطة يخرج عن النطاق الزمني للدعوى الجنائية ويكون محله ما يطلق عليه المرحلة التحضيرية أو التمهيدية للدعوى الجنائية.

ويترتب على تحديد النطاق الزمني لإجراءات الوساطة خارج نطاق الدعوى الجنائية نتائج مهمة في شأن الأثر الإجرائي المترتب على الإحالة للوساطة الجنائية وكذلك الأثر الإجرائي المترتب على نجاح المفاوضات وتوقيع اتفاق الوساطة وتام تنفيذه.

فقد رتب المشرع الفرنسي على قرار وكيل الجمهورية بالإحالة للوساطة وقف تقادم الدعوى الجنائية، حيث تنص الفقرة قبل الأخيرة من المادة 1/41 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي على أن تقرير أي من البدائل المنصوص عليها في هذه المادة - ومن بينها الإحالة للوساطة - يوقف تقادم الدعوى الجنائية. وهو ما يعني أن التقادم يظل موقوفا لحين تقرير نجاح الوساطة بتمام تنفيذ ما أسفرت عنه من اتفاق أو لحين تقرير فشلها بإعلان الوسيط فشل المفاوضات أو بإعلانه امتناع الجاني عن تنفيذ اتفاق الوساطة، حيث يبدأ بعدها استكمال حساب مدة التقادم.

⁴⁵ راجع في موقف المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان من التوسع في مفهوم الدعوى الجنائية ليشمل مرحلة التحري وجمع الاستدلالات ومرحلة التنفيذ العقابي، بدافع من الرغبة في مد مظلة تطبيقات ضمانات المحاكمة المنصفة:

R. KOERING-JOULIN et P.TRUCH, Retour sur le champ pénal européen, in Mélanges en l'honneur de L.PETTITI, BRUULANT, 1998. .P.513

وتجدر الإشارة إلى أن موقف المشرع الفرنسي في شأن الأثر الإجرائي للإحالة للوساطة يختلف عن موقفه في شأن إجراءات عرض التسوية الجنائية - برغم أن كلاهما يجد نطاقه الزمني في مرحلة ما قبل تحريك الدعوى الجنائية- حيث تنص الفقرة الثامنة من المادة 1/41 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي على أنه يترتب على إجراءات عرض التسوية قطع التقادم. وهو ما يعني أنه في حالة رفض الجاني قبول التسوية أو رفض القاضي اعتمادها، فإنه يبدأ حساب مدة تقادم جديدة لا يدخل في حسابها مدة التقادم السابقة على عرض التسوية.⁴⁶

أما بخصوص التشريع الجزائري فإن تحريك الدعوى العمومية من اختصاصات النيابة العامة حيث تنص المادة 29 من قانون الإجراءات الجنائية أن النيابة العامة تباشر الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون وتتولى تنفيذ الأحكام ولها في سبيل مباشرة وظيفتها أن تلجأ إلى القوة العمومية. وتنص المادة 36 من قانون الإجراءات الجنائية أن وكيل الجمهورية يتلقى المحاضر والشكاوى والبلاغات ويقرر جميع الإجراءات اللازمة للبحث والتحري عن الجرائم، ولا بد أن يقوم بهذا العمل في أجل معين من تاريخ ارتكاب الفعل الإجرامي وإلا سقط حقه في تحريك الدعوى العمومية، حيث تنص المادة 7 من قانون الإجراءات الجنائية أن الدعوى العمومية تتقادم بمرور عشر سنوات كاملة إذا كانت ناتجة عن جناية، كما تنص المادة 8 أن الدعوى العمومية تتقادم في مواد الجرح بمرور ثلاث سنوات كاملة، ونصت المادة 9 أن الدعوى العمومية تتقادم في مواد المخالفات بمرور سنتين كاملتين، وذلك ابتداء من يوم وقوع الجريمة، على شرط ألا يقع خلال تلك المدة أي عمل تحقيق أو متابعة، غير أن المشرع الجزائري أدخل تغييرا جزئيا على المبدأ المذكور آنفا، حيث جاء في المادة 37 مكرر 7 المضافة بموجب الأمر رقم 02-15 المذكور سابقا، أنه يوقف سريان تقادم الدعوى العمومية خلال الأجل المحددة لتنفيذ اتفاق الوساطة.

يتضح من نص المادة 37 مكرر 7 أن المشرع الجزائري نص على وقف آجال انقضاء الدعوى العمومية خلال فترة تنفيذ اتفاق الوساطة، وذلك حتى لا يتضرر الضحية الذي يصبح مهدد في مصلحته وجبر أضراره إذا تقادمت الدعوى، في حين يستفيد المشتكى منه إذا تقلصت آجال تقادم الدعوى العمومية. فتوقف التقادم يضيع على المشتكى منه الفرصة في إساءة استخدام الوساطة الجزائرية، ويؤدي إلى غلق الباب أمامه في الاستفادة من قواعد التقادم في الإجراءات، والهروب من تطبيق الإجراءات، كما يؤدي إلى عدم الإضرار بالضحية بعد تقلبص الفترة اللازمة له في ملاحقة المشتكى منه لتعويض الأضرار

⁴⁶ إيمان مصطفى منصور مصطفى، المرجع السابق، ص 285.

بميعاد إجرائها، وإنما اشترط إجرائها بالنسبة للبالغين والأحداث قبل المتابعة الجزائرية بنص المواد 37 مكرر من قانون الإجراءات الجزائرية والمادة 110 فقرة 1 من القانون المتعلق بحماية الطفل.

المبحث الثاني: إجراءات الوساطة والآثار المترتبة عنها

إن المبدأ العام في المادة الجزائرية، أن تحريك الدعوى العمومية من اختصاصات وكيل الجمهورية، إلا أن المشرع الجزائري أعطاه إمكانية عرض الوساطة على طرفي النزاع قبل أي متابعة جزائية من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم، فإذا تمت الوساطة فإنه يترتب على تنفيذها آثار قانونية، سواء على الدعوى العمومية أو من حيث القوة الإلزامية للوساطة.

فعملية الوساطة الجزائرية تمر بمراحل متعددة تحكمها إجراءات معينة تعد أهم العوامل المميزة للوساطة الجزائرية عن غيرها من صور التسوية الودية كالصلح الجزائي، ترتب آثارا سواء في حالة نجاحها أو فشلها، وهو ما سنوضحه من خلال المطالبين المواليين.

المطلب الأول: إجراءات الوساطة الجزائرية

لم يحدد المشرع الفرنسي ضوابط الحوار بين الوسيط وطرفي النزاع، فلم يحدد قواعد تنظيمية تبين كيفية ممارستها، أي هي ممارسة حرة يقوم بها الوسيط بهدف التوصل إلى حل متفق عليه بين الخصوم³²، وهو ما ينطبق على التشريع الجزائري الذي لم يفصل في إجراءات الوساطة، الأمر الذي يقودنا إلى التجربة الفرنسية في هذا الشأن مع مراعاة الاختلافات المترتبة عن اختلاف صفة الوسيط في كلا القانونين³³. يمكن تقسيم إجراءات الوساطة إلى مراحل أربعة فصلها من خلال الفروع الآتية.

الفرع الأول: بدء إجراءات الوساطة

وضع النظام الإجراءي الفرنسي مستهدياً بالنظم الأمريكية، عدة خطوات لبدء إجراءات الوساطة الجنائية، تكفلت بتنظيمها قبل إقرار الوساطة تشريعياً المذكرة التوجيهية الصادرة في عام 1992³⁴. وتتمثل تلك الخطوات فيما يلي:

أولاً: إصدار وكيل الجمهورية قراره بتوجيه أطراف الدعوى إلى أحد الوسطاء من الأفراد أو من المؤسسات العاملة في هذا المجال، وذلك عن طريق إخطار الأطراف مباشرة، ويتم إثبات ذلك في محضر يوقعه

³² أحمد عبد الرحمن عاطف عبد الرحمن، الوساطة ودورها في إنهاء الدعوى الجنائية: دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مصر، المركز العربي للنشر والتوزيع، 2020، ص 234.

³³ بلولهي مراد، المرجع السابق، ص 222.

³⁴ Jaque FAGET, le cadre juridique et éthique de la médiation pénale, L'Harmattan 1997. P51.

العمومية، وهو ما قضت به محكمة النقض في الحكم المؤرخ في 21 جوان 2011 وتم التأكيد عليه في الحكم الصادر في 17 جانفي 2012، ومن ثم فإن تنفيذ الجاني للتدابير المنصوص عليها له بموجب شروط الوساطة الجزائرية لا يمنع وكيل الجمهورية من تقديم الوقائع ذاتها إلى المحكمة، ولا شك أن الأمر بالحفظ لا يكون نهائيا حتى تتحقق النيابة العامة من تمام تنفيذ اتفاق الوساطة، وأي إخلال بهذا الاتفاق من جانب الجاني من شأنه إعادة فتح التحقيق في الدعوى مرة أخرى، والمضي في إجراءات الدعوى.

إلا أن المشرع الجزائري وعلى غير المعتاد خالف نظيره الفرنسي في هذا الأثر، حيث رتب على تنفيذ اتفاق الوساطة الجزائرية انقضاء الدعوى العمومية وذلك طبقا لأحكام المادة 6 من قانون الإجراءات الجزائرية المعدلة بموجب المادة 2 من الأمر 02-15 المشار إليه سابقا.

فبتنفيذ اتفاق الوساطة تنتهي الخصومة بين الطرفين بصفة نهائية لا رجوع فيها، فلا يجوز الادعاء عن ذات الواقعة ولا يتم الاعتداد بالواقعة كسابقة في العود، ولا يجوز تسجيلها في صحيفة سوابق المتهم⁵⁰. وما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري لم يتكلم عن الحالة التي يتعذر فيها تنفيذ اتفاق الوساطة بسبب المتضرر، وهو ما نص عليه المشرع التونسي في القانون 93 لسنة 2002 المؤرخ في 29 أكتوبر 2002 المتعلق بإرساء الصلح بالوساطة في المادة الجزائرية.

حيث أجاز المشرع التونسي في الفصل 335 سابعا فقرة 2 لوكيل الجمهورية اتخاذ قرار بانقضاء الدعوى العمومية إذا ما تعذر تنفيذ بنود الصلح بسبب المضرور، ويمكن تصور هذه الحالة إذا تخلف المتضرر عن الحضور لتمكين المشتكى منه من تنفيذ التزامه تجاهه، كالغياب عن منزله طوال الفترة المحددة لتنفيذ التزامات المشتكى منه العينية المتمثلة في إصلاح الأضرار التي تسبب فيها لمنزله أو الانتقال لسكن لوجهة غير معلومة بالنسبة للالتزامات المالية⁵¹.

أما بخصوص أثر نجاح الوساطة على الدعوى المدنية فلم يضع المشرع الجزائري ولا الفرنسي حكم صريح في ذلك. وفي ظل غياب النص وتقرير محكمة النقض الفرنسية لمعاملة إجراءات الوساطة معاملة الصلح المدني وذلك فيما لم يرد فيه نص صريح، فالراجح أنه بتوقيع الصلح وتام تنفيذ يسقط حق المضرور من الجريمة في العودة إلى المطالبة أمام المحاكم المدنية بالتعويض عن الأضرار التي لحقت

⁵⁰ رامي متولي القاضي، المرجع السابق، ص 248.

⁵¹ الهذيلي المناعي، الآثار القانونية للصلح بالوساطة في المادة الجزائرية، مداخلة أقيمت في اليوم الدراسي حول الصلح بالوساطة في المادة الجزائرية من تنظيم المعهد الأعلى للقضاء، الجمهورية التونسية، يوم 13 مارس 2013 منشور على:

www.ism-justice.nat.tn/ar/for-continue/solh.PDF

من جراء الجريمة التي تم توقيع اتفاق الوساطة بشأنها.⁵²

الفرع الثاني: آثار فشل الوساطة الجزائرية

توصف إجراءات الوساطة الجزائرية بالفشل في حالتين، نعرض لهما ولآثارهما الإجرائية على كل من الدعويين الجنائية والمدنية في نقطتين متتاليتين.

أولاً: الآثار الإجرائية لفشل الأطراف في التوصل لاتفاق: تفترض الإحالة للوساطة الجنائية وجود قبول مبدئي من أطراف الدعوى الجنائية على الجلوس حول مائدة التفاوض برعاية وتوجيه من الوسيط، حيث يتمتع على وكيل الجمهورية الإحالة للوساطة دون موافقة مسبقة من الجاني والمجني عليه على تلك الإحالة. وبرغم تلك الموافقة يظل احتمال عجز أطراف الوساطة عن التوصل لاتفاق قائماً وذلك للعديد من الأسباب التي قد ترتبط بتعنت من قبل المجني عليه ومبالغة فيما يطالب به من تعويضات أو بفعل من الجاني الذي لا يرغب في تقديم الترضية المناسبة لتعويض المجني عليه عن أضراره المادية والمعنوية أو بفشل من قبل الوسيط في أن يقود الأطراف إلى التسوية العادلة.⁵³

ولم يفرق المشرع الفرنسي في الآثار الإجرائية التي تترتب على فشل مفاوضات الوساطة الجنائية بحسب أسباب الفشل، حيث لم يطلب من الوسيط أن يضمن تقريره الذي يلتزم برفعه إلى وكيل الجمهورية أي تفسير لأسباب فشل المفاوضات⁵⁴. فقد رتب على عدم التوصل لاتفاق نتيجة واحدة تتمثل في استرداد نائب الجمهورية لكامل سلطته في أن يحفظ الأوراق أو يقرر تحريك الدعوى الجنائية. وتجب الإشارة في هذا الخصوص إلى بعض الملاحظات المهمة، تتمثل فيما يلي:

- لم ينص المشرع الفرنسي صراحة على الأثر المترتب على فشل المفاوضات، إلا انه يستحيل أن يترتب على فشل المفاوضات أن يفقد نائب الجمهورية سلطته في تقدير ملائمة التحريك وإلا كان في ذلك تغليب لأحد الأطراف على الطرف الآخر في مفاوضات الوساطة.

- كفلت أحكام القضاء السرية لما يصدر عن أطراف الوساطة من أقوال أثناء مفاوضات الوساطة وحظرت الاستعانة بتلك الأقوال أمام المحاكم في حالة فشل التوصل لاتفاق، وذلك حتى لأطراف الوساطة

⁵² راجع حكم محكمة النقض الفرنسية والذي قرر معاملة إجراءات الوساطة الجنائية معاملة الصلح المدني في خصوص سرية ما يدليه الأطراف من معلومات خلال إجراءاته وعلم جواز التعويل عليها أمام القاضي في حالة فشل الوساطة: *Crim., 28 fev. 2001, Bull. Crim., no*

54

⁵³ إيمان مصطفى منصور مصطفى، المرجع السابق، ص 289-290.

⁵⁴ إيمان مصطفى منصور منصور، المرجع السابق، ص 293.

على محاولة الوصول لاتفاق ومنعاً من أي تردد أو خوف من الاشتراك الفاعل في إجراءات الوساطة.⁵⁵

- حرص المشرع الفرنسي على التفرقة بين الأثر المترتب على فشل مفاوضات الوساطة والأثر المترتب على رفض التسوية الجنائية، حيث لم يرتب على الأولى أي أثر إجرائي. بينما رتب على الثانية التزام نائب الجمهورية بتحريك الدعوى الجنائية. وتفسير ما سلف أن التسوية الجنائية تأتي باقتراح من نائب الجمهورية وتضمن اقتراحاً بالنزول عن حق الدولة في العقاب إذا قبلها الجاني، أما الثانية فلا تعدو كونها طريقاً لمنح الجاني والمجني عليه فرصة للصلح قد يترتب عليه توقف للمسار المتوقع للدعوى الجنائية، كأثر تبعية لاتفاق الأطراف.

ويشترك التشريع الجزائري مع نظيره الفرنسي في الأثر المترتب على فشل إجراء الوساطة الجزائية والمتمثل في إمكانية تحريك الدعوى العمومية طبقاً لمبدأ الملائمة، أي قد يحرك وكيل الجمهورية الدعوى العمومية كما قد لا يفعل وهو ما يستفاد من نص المادة 37 مكرر 8 من قانون الإجراءات الجزائية، كما أن فشل الوساطة ليس من شأنه أن يمس بقرينة البراءة أو يخل بحقوق الدفاع المقررة قانوناً.

وكذلك لا يترتب على فشل مفاوضات الوساطة أي أثر إجرائي على مسيرة الدعوى المدنية حيث يظل للمضروب من الجريمة الحق في المطالبة بتعويضه عما أصابه من ضرر سواء كان ذلك من خلال دعوى مبتدأه أمام المحكمة المدنية أو من خلال الادعاء أمام المحكمة الجنائية بطريق الادعاء المباشر أو من خلال طلب التعويض من المحكمة الجنائية.⁵⁶

ثانياً: الآثار الإجرائية لامتناع الجاني عن تنفيذ اتفاق الوساطة: إذا نكل الجاني عن تنفيذ اتفاق الوساطة الذي قبله ووقع عليه، فقد وكيل الجمهورية سلطته في تقرير حفظ الأوراق، وتعين عليه الاختيار بين أحد أمرين: إما اقتراح تسوية جنائية وفقاً لنص المادة 2-42 من قانون الإجراءات الفرنسية، وإما تحريك الدعوى الجنائية، وذلك كله ما لم تستجد وقائع جديدة⁵⁷. ويسعى المشرع الفرنسي من ترتيب تلك

⁵⁵ راجع في ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الذي قرر تطبيق حكم المادة 24 من قانون الوساطة في المواد المدنية الصادر بتاريخ 8 فبراير 1990 على الوساطة الجنائية التي يحيل إليها نائب الجمهورية استناداً لحكم المادة 41-1 من قانون الإجراءات الجنائية. وذلك في شأن عدم جواز إعادة طرح أو مناقشة ما أدلى بها لأطراف من تصريحات أو أقوال أثناء الوساطة أمام القاضي:

«Les disposition de l'article 24 de la loi du 8 févr. 1995, relatif a la médiation en matière civile, selon lesquelles les constatations du médiation et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être évoquées devant le juge saisi du litige qu'avec l'accord des parties, sont également applicable lorsque le procureur de la République fait procéder a une médiation en application de l'art. 41-1 du code de procédure pénale», Crim. 28 févr. 2001, Bull. crim. No 54.

⁵⁶ إيمان مصطفى منصور منصور، المرجع السابق، ص 290-291.

⁵⁷ راجع نص المادة 41-1 من قانون الإجراءات الفرنسي بعد تعديلها بالقانون رقم 2004/204 بتاريخ 9 مارس 2004 على ما يلي:

النتيجة إلى قطع الطريق على الجاني في أن يتخذ من مفاوضات الوساطة طريقا للمماطلة وإطالة أمد التقاضي. إن علم الجاني بأن ما سيتم التوصل إليه من اتفاق ملزم له، وعلمه بأن عدم تنفيذ الاتفاق سوف يعرضه لا محالة لمخاطر التسوية الجنائية أو مخاطر الاتهام وما يرتبط به من إجراءات تحقيق قد تمس حرمة الحياة الخاصة أو حرية التنقل، سيدفعه لا محالة إلى التفكير مليا قبل قبول اللجوء إلى الوساطة، كما يحثه على احترام إجراءاتها وتنفيذ ما تسفر عنه من اتفاق.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي- على عكس الحال بالنسبة لفشل مفاوضات الوساطة- حرص على حث نائب الجمهورية على تقصي سبب عدم التنفيذ الطوعي لاتفاق الوساطة. والدليل على ذلك نص الفقرة الأخيرة من المادة 41-1 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي التي اشترطت لتنفيذ الأثر الإجرائي السابق الإشارة إليه أن يكون عدم تنفيذ اتفاق الوساطة راجعا لسلوك الجاني. ومؤدى ذلك أن نائب الجمهورية يسترد خياراته الثلاثة ومنها حفظ الأوراق في حالة أن يكون عدم تنفيذ اتفاق الوساطة الجنائية راجعا لظروف خارجية عن إرادة أطراف الوساطة أو راجعا إلى سلوك المجني عليه. وتلك نتيجة منطقية تستقيم مع العدالة وتمنع المجني عليه من احتمالات تعويق تنفيذ اتفاق الوساطة.⁵⁸

ويختلف كل من التشريع الجزائري والفرنسي في هذا الأثر، من حيث أن المشرع الفرنسي قيد سلطة وكيل الجمهورية في حالة كان سبب فشل الوساطة يرجع إلى عدم تنفيذ الجاني لاتفاق الوساطة إما أن يحرك الدعوى العمومية أو أن يقوم بالتسوية الجزائية، كما انه في حالة نجاح الوساطة وتنفيذ الاتفاق فيرتب اثر حفظ الأوراق ولا يمكن أن يرتب انقضاء الدعوى العمومية، أما التشريع الجزائري فيرتب انقضاء الدعوى العمومية على تنفيذ اتفاق الوساطة أما في حالة فشلها فيرتب نفس الأثر الذي يرتبه التشريع الفرنسي وهو استعادة النيابة العامة لسلطتها على الدعوى في إطار مبدأ الملائمة، مع الفارق أن التشريع الجزائري لا يأخذ بإجراء التسوية الجزائية، كما انه أضاف في حالة الرفض العمدي لتنفيذ اتفاق الوساطة إضافة إلى إمكانية متابعة المشنكى منه جزائيا عن الجريمة الأصلية المتابع بها والتي كانت محلا للوساطة، تعرض الشخص الممتنع عمدا عن تنفيذ اتفاق الوساطة للعقوبات المقررة لجريمة التقليل من شأن الأحكام القضائية المنصوص عليها في المادة 147 فقرة 2 من قانون العقوبات.

أما بخصوص أثر عدم تنفيذ الوساطة على الدعوى المدنية فقد حرص المشرع الفرنسي على تدعيم موقف

«En cas de non-exécution de la mesure en raison du comportement de l'auteur des faits. le procureur de la République, sauf élément nouveau, met en œuvre une composition pénale ou engage des poursuites. »

⁵⁸ إيمان مصطفى منصور منصور، المرجع السابق، ص 292

نظام الوساطة الجزائرية

المضرور من الجريمة الذي قبل الوساطة في مواجهة الجاني الذي امتنع عن تنفيذها، حيث يترتب على عدم التنفيذ الطوعي لاتفاق الوساطة - في حالة اشتماله على التزام مالي محدد- حق المضرور من الجريمة في أن يتخذ من محضر نجاح مفاوضات الوساطة مستندا رسميا يجيز طلب استصدار أمر أداء من القاضي المختص. ومن ثم يكون للمضرور الحق في الاستعانة باتفاق الوساطة في دعواه أمام المحكمة المدنية.

وفي جميع الأحوال يترتب على فشل الوساطة انتهاء الأثر الواقف للتقادم الذي كان قد تقرر عند الإحالة للوساطة ويبدأ استكمال حساب مدد التقادم.⁵⁹

⁵⁹ إيمان مصطفى منصور مصطفى، المرجع السابق، ص 292-293.

الخاتمة:

يتضح من خلال ما سبق أن نظام الوساطة الجزائرية كبديل عن الدعوى الجزائرية، نظام يؤدي إلى تخفيف العبء عن كاهل القضاء. ويترتب على تطبيقها تحقيق العديد من المزايا التي تعجز عنها الإجراءات التقليدية، والتي تتمثل في مراعاة الجوانب النفسية، التي قد تغفلها الإجراءات التقليدية، مما يجعل من الوساطة نظاما أكثر إنسانية.

كما تخضع الوساطة الجزائرية للسلطة التقديرية للنياية العامة سواء في التشريع الجزائري أو الفرنسي، فالنياية العامة هي التي تقرر اللجوء إليها انطلاقا من سلطتها في الملائمة، دون إهمال رضا الجاني والمجني عليه.

ومن التوصيات التي يمكن الخروج بها من خلال هذه الدراسة نذكر ما يلي:

- توسيع مجال الوساطة الجزائرية في التشريع الجزائري في مادة الجرح والتي لا تشكل خطورة على المجتمع، بل تمس المجني عليه مباشرة.
- إسناد مهمة الوسيط في المواد الجزائية في التشريع الجزائري إلى جهات أخرى غير تابعة للقضاء على غرار التشريع الفرنسي، مع وضع شروط لاختيارهم وإخضاعهم لتكوين تحت إشراف ورقابة النيابة العامة.
- توسيع فترة الوساطة الجزائرية بالنسبة للأحداث الجانحين في التشريع الجزائري، وجعلها ممكنة حتى في مرحلة التحقيق الابتدائي ومرحلة المحاكمة، لما لهذه الفئة من خصوصية إذ يراد بها الإصلاح لا العقاب.

المصادر والمراجع

- المراجع باللغة العربية:

- إبراهيم عيد نايل، الوساطة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- أحمد عبد الرحمن عاطف عبد الرحمن، الوساطة ودورها في إنهاء الدعوى الجنائية: دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مصر، المركز العربي للنشر والتوزيع، 2020.
- أسامة حسنين عبيد، الصلح في قانون الإجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- الهذيلي المناعي، الآثار القانونية للصلح بالوساطة في المادة الجزائرية، www.ism-justice.nat.tn/ar/for-continue/solh.PDF
- إيمان مصطفى منصور مصطفى، الوساطة الجنائية - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- بلولهي مراد، بدائل إجراءات الدعوى العمومية، أطروحة دكتوراه، تخصص علوم جنائية، جامعة باتنة
- الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2017-2018.
- حمدي رجب عطية: دور المجني عليه في إنهاء الدعوى الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1990.
- رامي متولي القاضي، الوساطة في القانون الجنائي الإجرائي المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- عبد الرحمن خلفي، محاضرات في قانون الإجراءات الجنائية، دار الهدى، الجزائر، 2012.
- علوي لزهة وشنين صالح، أحكام الوساطة الجزائرية - دراسة مقارنة، مجلة دقاتر السياسة والقانون، الجزائر، المجلد 12، العدد 2، 2020.
- شريف سيد كامل، الحق في سرعة الإجراءات الجنائية - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2018.
- مدحت رمضان، الإجراءات الموجزة لإنهاء الدعوى الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- ياسر بن محمد سعيد بابصيل، الوساطة الجنائية في النظم المعاصرة، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2011.

- الأمر رقم 66 - 155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.
- القانون الاتحادي الإماراتي رقم (35) لسنة 1992 بإصدار قانون الإجراءات الجنائية.
- قانون الإجراءات الفرنسي المعدل بالقانون رقم 2004/204 بتاريخ 9 مارس 2004.
- المراجع باللغة الأجنبية:

- CARIO (R.) : la médiation pénale entre répression et réparation, Paris, 1997.
- Denauw (A.) Les modes alternatifs dérèglement. Conflits en droit pénal Belge. Rev. D. pén. 1997.
- D. MONDON, Justice imposée, justice négociée, les limites d'une apposition, l'exemple du parquet, In Droit et société, 1995.
- Fauchan Pierre, alternatives aux poursuites, renfort de L'efficacité de la procédure pénale et délégation aux greffiers des attribution dévolus par la loi aux greffiers en chef, Senat, commissions des lois, rapporte in : www.Senat.fr.
- Guillaume- Honfnune (M.) : la médiation pénale, Dalloz, 2001.
- Jaque FAGET, le cadre juridique et éthique de la médiation pénale, L'Harmattan 1997.
- Jean PRADEL, Procédure pénale. 12 éd., Cujas. 2004.
- J.p BONAFE - SCHMITT. La médiation. L'autre justice. Syros. 1992.
- J.P. BONAFE- SCHMITT, Les boutiques du droit : l'autre justice. In archives Pol. Crim., 1992.
- J.LESPANNE, Le consentement du délinquant, thèse. Bordeaux I, 1994.
- La Zegres (C.) : Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle, Rev. Sc. Crim, 1997.

- Lebelois-Happe Jocelyne, La médiation Pénale Comme repense à la petite délinquance : état des lieux et perspectives. R.S.C, 1994.
- Le pege (B) : les transactions en droit pénal, thèse, Paris, X. Nanterre, 1995.
- Mario TENRIRO, l'évolution européenne de la médiation. Paris, 1992.
- modifié par loi n°2004-204 du 9 mars 2004. JORF 10 mars 2004.
- N. JACCOUD. Justice réparatrice et médiation pénale, Ed. L Harmattan, 2003.
- N. T..NAZEROL, Justice négociée, une expression ambiguë, 2010.
- Paul NBONZOULOU, La médiation pénale, Paris, 2002.
- Robert CARIO, Victimologie. "D'effraction du lien intersubjectif a la restauration sociale", 2000.
- R. KOERING-JOULIN et P.TRUCH, Retour sur le champ pénal européen, in Mélanges en l'honneur de L.PETTITI, BRUULANT, 1998.

مناط الخلاف الفقهي في حكم قضاء المرأة وأثره في التقنين القضائي الإماراتي المعاصر

د. براءة اليوسف

أستاذ الفقه المساعد في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية الجامعة القاسمية
دولة الإمارات العربية المتحدة

**The subject of the doctrinal dispute in the ruling on women's
justice and its impact on contemporary Emirati judicial
codification**

**Dr. Baraa Al-Youssef, Assistant Professor of Jurisprudence at
the College of Sharia and Islamic Studies, Al-Qasimia
University
United Arab Emirates**

ملخص البحث

تعد قضية اشتغال المرأة في القضاء من الإشكاليات التي تشغل حيزاً ليس بالقليل في الفكر القضائي المعاصر، ولعل الإشكالية الحقيقية تكمن في التعارض بين مسؤوليات المرأة الوظيفية ورعايتها لأسرتها، خاصة وأن المرأة تمثل نصف المجتمع حيث تعدّ عنصراً هاماً من عناصر التنمية والتقدم، وذلك من خلال دورها الإيجابي في بناء أجيال قادمة صالحة.

وفي وسط زحمة تلك الإشكاليات، يأتي هذا البحث ليسلط الضوء على تحليل الحكم الفقهي لتولي المرأة منصب القضاء، من خلال تحقيق مناطق الخلاف الفقهي في الحكم، وتحليل الأدلة المعتمدة ومناقشتها ومدى مصداقيتها الأصولية، فقد بيّن البحث أن مناطق الخلاف يكمن في أنوثة المرأة، ونقاش إشكاليات مناسبة الأدلة لموضع استدلالها، فضلاً عن إشكالية المؤثر الزمني أو العرف السائد على الحكم، حيث تم إلقاء الضوء حول إشكالية تولي المرأة منصب القضاء بين التقيد المجتمعي والشرعي والتطور الزمني، في ظل مبدأ الموامة والملاءمة ضمن إطار المنظومة المقاصدية والقواعد الأصولية والفقهيّة.

وتناول البحث كذلك طبيعة المنظومة القضائية في دولة الإمارات العربية المتحدة ومدى تأثيرها بمناطق الخلاف الفقهي في حكم قضاء المرأة.

وقد توصلت الدراسة إلى أن هناك ثلاثة محاور رئيسة قام عليها مناطق الخلاف الفقهي في حكم قضاء المرأة؛ أولها أنوثتها وهي ليست مدعاة للمنع، وفق الشواهد التاريخية وتجارب القضاء المعاصر التي تقضي بقدرة المرأة على تولي القضاء في إطار تخصصها دون التأثير على واجباتها ورعايتها لأسرتها، وثانيها مناسبة الأدلة لموضع الاستدلال، وعند النظر تبين أنها ظنية لا ترقى للقطع والجزم في الحكم، وثالثها النظر في الخلاف الفقهي ضمن منظومة المقاصد الشرعية والقواعد الأصولية والفقهيّة التي بدورها لا تفرق بين الرجل والمرأة في الأحكام. فضلاً عن بناء الحكم على ما تقضي به ظروف البيئة الاجتماعية والقضائية وقواعد العدالة والإنصاف.

الكلمات الدالة: المناطق، الخلاف، الفقهي، قضاء، المرأة، التقنين، القضائي، المعاصر.

Research Summary

The issue of women's work in the judiciary is one of the problems that occupy no small space in contemporary judicial thought, and perhaps the real problem lies in the conflict between women's job responsibilities and caring for their families, especially since women represent half of society as they are an important element of development and progress, through their role Positive is to build good future generations.

Amidst the crowding of these problems, this research comes to shed light on the analysis of the jurisprudential ruling for women to assume the position of the judiciary, through establishing the area of jurisprudence in the judgment, analyzing and discussing the approved evidence and the extent of its fundamentalist credibility, as the research showed that the area of dispute lies in the femininity of women, and appropriate problems Evidence for the location of its inference, as well as the problem of the temporal influence or the prevailing custom on governance, where the light was shed on the problem of women assuming the position of the judiciary between societal and legal adherence and temporal development, in light of the principle of harmony and suitability within the framework of the intentional system and fundamentalist and jurisprudential rules. The research also dealt with the nature of the judicial system in the United Arab Emirates and the extent to which it is affected by the jurisprudential issue of the rule of women's justice

The study found that there are three main axes on which the jurisprudential difference is based on the ruling on women's justice, the first of which is her femininity and it is not a cause for prevention, according to historical evidence and contemporary judiciary experiences that stipulate the ability of women to take over the judiciary within the framework of her specialization without affecting her duties and caring for her family, and the second is Problems regarding the appropriateness of the evidence for the position of inference, which makes it presumptive that do not amount to a certainty in the ruling, and the third of which is to consider the jurisprudential dispute within the system of legal objectives and fundamentalist and jurisprudential rules, which in turn do not differentiate between men and women in rulings. As well as building the judgment on what is required by the conditions of the social and judicial environment and the rules of justice and fairness.

Key words: Almnat, disagreement, jurisprudence, judiciary, women, legalization, judicial, contemporary.

المقدمة

الحمد لله وكفى والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله-صلى الله عليه وسلم-وعلى آله وصحابه الكرام وسلم تسليماً كثيراً، وبعد:

فإن الناظر في ديننا الحنيف يجد أنه أوجد قواعد تشريعية إلهية يلتزم بها الناس، توضح لهم حقوقهم، وترسم لهم حدودها وأطرها، حتى تستقر أحوال المجتمع وتستقيم أموره، فهي لا تعارض أي تنظيم للقضاء الشرعي الذي تقتضيه الضرورات العملية، ويتمشى مع التشريعات الحديثة، ما دام مقصده تحقيق العدل، والتوصل إلى الحكم بالقسط بين الناس.

ومن بين تلك القواعد التشريعية نجد ما يعطي المرأة حقوقها كاملة، سواء السياسية منها أو الاجتماعية أو التعليمية، فهو لا ينظر إليها على أنها مجرد مربية أولاد، أو مدبرة منزل، بل إنها مربية أجيال وصانعة أبطال، لذا حرص الإسلام على مشاركتها الرجال في ميادين الحياة العامة، ليكون لها دورٌ فعالٌ فيها. وبما أن قضية خروج المرأة لممارسة أعمالها الوظيفية من المسائل المعاصرة التي لا صدق لها في العصور الإسلامية الأولى، فقد أفرز هذا العصر قضية تعرضت لإشكاليات كثيرة حول حكمها، ألا وهي قضية اشتغال المرأة بمنصب القضاء، بناء على الحاجات المستجدة الملائمة لظروف الحياة المعاصرة، حيث تدور أبحاث الحكم الفقهي لتولي المرأة منصب القضاء في دائرة محددة مغلقة تؤدي للتوصل إلى حكم له إشكاليات عديدة، منها إشكاليات في التكييف الفقهي للحكم، ومنها إشكاليات في مناسبة الاستدلال لمواضعها، ومنها إشكاليات العرف والحاضنة الاجتماعية والقضائية للحكم .

مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة في تحديد الحكم الفقهي الصحيح لتولي المرأة منصب القضاء، من خلال تأصيل مناط الخلاف الفقهي وذلك للإجابة عن الأسئلة التالية:

1. هل يمكن تحديد مناط الخلاف الفقهي من خلال التكييف الفقهي لقضاء المرأة؟
2. ما هي الإشكاليات الواردة على مناسبة الأدلة لموضع الاستدلال للخروج من الدائرة المغلقة؟
3. كيف يمكن تحليل الآراء الفقهية ضمن إطار منظومة القواعد المقاصدية والأصولية والفقهية؟
4. ما مدى انطباق طبيعة المنظومة القضائية في دولة الإمارات على مناط الخلاف الفقهي في حكم قضاء المرأة؟

أهمية الدراسة وأهدافها:

تتبع أهمية الدراسة من كونها تعالج قضية مجتمعية، كثر الحديث عنها عبر الصحف والفضائيات والمجلات، وثار حولها جدل قضائي وديني واسع، وأدلى كل فقيه وقانوني بدلوه، لكونها من القضايا الاجتهادية القضائية التي دخر بها تراثنا المعرفي السالف، حيث أشبعها فقهاؤنا الأوائل بحثاً ودراسة ومناقشة.

لذا كان لا بد من طرح المسألة ودراستها من زوايا تزيد عما بحثها به العلماء القدامى والمعاصرون، وضرورة إعادة ترتيب أولويات الفقه السياسي الشرعي بما يتوافق مع روح الشريعة وواقعيتها وروح العصر وحاجاته المتجددة.

كما هدف البحث إلى دراسة تأصيلية تسبر أبعاد الدائرة المحددة المغلقة لحكم قضاء المرأة، وتناقش الجذور العقلية والشرعية للأحكام المتعلقة بها، وذلك لاستكمال البحث العلمي الموضوعي الدقيق، وخروجاً من دائرة أقوال الفقهاء في المسألة دون نقاش وتحليل لاستدلالاتهم وربط لها بمقاصد الشريعة الإسلامية.

الدراسات السابقة:

أما عن الدراسات السابقة، فإضافة للمخزون الفقهي حول المسألة، هناك العديد من الدراسات التي اهتمت بأقوال الفقهاء في حكم تولي المرأة منصب القضاء وأدلتهم ومناقشتها والرأي الراجح فيها، لذا لا أدعي السبق في جمع شتات هذه الجزئية، فقد أفدت من تلك الدراسات المعاصرة كثيراً، ومن هذه الدراسات : بحث حكم تولية المرأة القضاء من إعداد محمد الثلث، وهو بحث مقدم لمجلة "دراسات" في الجامعة الأردنية، عام 1428هـ/2007م، ورسالة ماجستير بعنوان حق المرأة في الولاية العامة إعداد جودت عبد طه المظلوم، قدمت في الجامعة الإسلامية بغزة عام 1420هـ/2006م، و بحث تولي المرأة المناصب العليا في الدولة في الفقه الإسلامي، إعداد هند الخولي، وهو بحث مقدم لمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، عام 2011م، و أخيراً بحث قضاء المرأة بين الحظر والإباحة من إعداد د. إسماعيل كاظم العيسوي، مقدم لمجلة جامعة الشارقة للعلوم الإسلامية والقانونية، عام 2009م.

الجديد في البحث وما تضيفه الدراسة:

انتفقت الأبحاث السابقة بجملتها على بيان الحكم الشرعي في المسألة، مع ذكر الأدلة ومناقشتها، وبيان الرأي الراجح فيها، وهذا مما لم أتطرق إليه في دراستي التفصيلية لكثرة من تناوله من العلماء؛ لذا أضافت الدراسة الجديد من خلال التأصيل الفقهي العلمي الدقيق لمناطق الخلاف الفقهي، والبحث في مدى التكيف

مناطق الخلاف الفقهي في حكم قضاء المرأة وأثره في التقنين القضائي الإماراتي المعاصر

الفقهي للحكم المختلف فيه بين الفقهاء، فضلاً عن الشرح والتفصيل في الأئونة وطبيعتها كمناطق للحكم، يضاف إليه الدراسة التحليلية للأدلة الشرعية والتركيز على مدى مناسبتها لمواضع الاستدلال بها، ضمن إطار المنظومة المقاصدية والقواعد الأصولية والفقهية، بما يتناسب مع روح الشريعة الإسلامية. وأخيراً فقد تفرقت الدراسة بالبحث في طبيعة المنظومة القضائية في دولة الإمارات، ومدى تأثيرها بمناطق الخلاف الفقهي لحكم قضاء المرأة.

منهج البحث:

اقتضت طبيعة البحث أن أسلك فيه عدة مناهج تتمثل في المنهج الاستقرائي: وذلك باستقراء كتب الفقه وجزئيات المسألة الفقهية، من خلال نصوص الفقهاء فيها. والمنهج التحليلي: وذلك من خلال تحليل الأدلة، والنظر في طرق الاستدلال، ومدى مناسبتها لمواضعها في المدونات الأصولية والفقهية. والمنهج الاستنتاجي: وذلك من خلال المناقشات التي يتوصل بها إلى النتائج والحلول.

هيكلية الدراسة وعناوين موضوعاتها:

تتكون هيكلية الدراسة من تمهيد وأربعة مباحث رئيسة وخاتمة.

تضمن التمهيد: مفهوم ولاية المرأة للقضاء. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مفهوم ولاية المرأة.

المطلب الثاني: مفهوم القضاء

المبحث الأول: تحقيق مناطق الخلاف الفقهي في حكم تولية المرأة القضاء

المطلب الأول: الاختلاف في تحقيق المناطق وأثره في أهلية المرأة للقضاء

المطلب الثاني: دواعي ومقتضيات مناطق خلاف الفقهاء في حكم ولاية المرأة للقضاء

المبحث الثاني: إشكاليات مناسبة الأدلة المعتمد عليها في الحكم المستنبط

المطلب الأول: إشكالية مناسبة الآيات القرآنية لموضع الاستدلال بها

المطلب الثاني: إشكالية مناسبة الأحاديث النبوية لموضع الاستدلال بها

المطلب الثالث: إشكالية الاختلاف في الأعراف الاجتماعية والثقافية السائدة

المبحث الثالث: الخلاف الفقهي في قضاء المرأة بين المنظومة المقاصدية والقواعد الأصولية والفقهية

المطلب الأول: مناطق الخلاف الفقهي في قضاء المرأة ضمن إطار المنظومة المقاصدية

المطلب الثاني: مناطق الخلاف الفقهي في قضاء المرأة ضمن إطار القواعد الأصولية والفقهية

المبحث الرابع: طبيعة المنظومة القضائية في الإمارات ومدى تأثيرها بمناطق الخلاف الفقهي في حكم

قضاء المرأة

الخاتمة: وتشمل أهم النتائج والتوصيات

التمهيد: مفهوم ولاية المرأة للقضاء

قبل الخوض في تأصيل مناطق الخلاف بين أئمة الفقهاء القدامى في حكم تولية المرأة القضاء لا بدّ من تعريف ولاية المرأة وتعريف القضاء؛ لكون معرفة أحكام الأثنياء فرع عن تصورهما وإدراك حقيقتها؛ لذا كان لا بد من النظر في مفهوم ولاية المرأة، ومفهوم القضاء في إطار المدلول اللغوي والاصطلاحي، وذلك من خلال تعريف جزئي للمركب الوصفي توصلاً إلى التعريف اللقبّي في مطلبين كما يأتي:

المطلب الأول: مفهوم ولاية المرأة

الولاية في اللغة: مصدر من الواو واللام والياء من ولي الشيء يليه إذا لزمه وصادقه وناصره، فكان إلى جانبه، ومن أسماء الله تعالى الولي وهو الناصر، والولاية: السلطة والإمارة، والوالي: هو صاحب السلطان. قال سيبويه: "الولاية بالفتح المصدر، وبالكسر الاسم، مثل الإمارة والنقابة، لأنه اسم لما توليته وقمت به فإذا أردوا المصدر فتحوا، وقد فرئ: ﴿مَا لَكُمْ مِّنْ وَلِيَّتِهِمْ مِّنْ شَيْءٍ﴾ بالفتح والكسر وتعني: النصر".¹ وبالنظر إلى تعريف الولاية في الاصطلاح نجد أن الفقهاء عرفوها تعريفات مختلفة إلا أنها متقاربة في المعنى غالباً، ويمكن أن أخصها بما يلي:

عرفها فقهاء الحنفية بأنها: "تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى"¹ ويؤخذ على هذا التعريف أنّ لفظه التنفيذ تعني أثر الولاية لا حقيقتها؛ لذا فهي لا تعبر عن معنى الولاية، أما قوله على الغير فلا تشمل ولاية الشخص على نفسه مع أنه يلي نفسه قبل أن يلي غيره، وتعبيره بلفظة شاء أو أبى تفيد أنها خاصة بولاية الإيجاب، مع أن الولاية تشمل نوعيها الإيجاب والاختيار.² وأرى أن هذا التعريف غير دقيق لأنه يعرّف الولاية من خلال بيان حكمها دون شرح حقيقتها المرادة من التعريف.

وعرفها السيوطي بأنها: "سلطة شرعية تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها"³.

1 علاء الدين، الحصكفي، الدر المختار، مطبوع مع حاشية ابن عابدين، ط2 1386 هـ مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، 3/55.

2 علاء الدين الحنفي، البخاري، كشف الأسرار، بيروت، دار الكتاب العربي، 1394 هـ / 32/1 ابن عابدين، حاشية رد المحتار 3/55.

3 جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد المعتصم بالله البغدادي، بيروت، دار الكتاب العربي، ط1، 1407 هـ: ص284.

مناط الخلاف الفقهي في حكم قضاء المرأة وأثره في التقنين القضائي الإماراتي المعاصر

ومما يؤخذ على هذا التعريف أن كلمة سلطة تفيد صفة تقوم بالشخص، وشرعية تشير إلى شروط معتبرة في الولاية عند المشرع، أما العقود والتصرفات فتفيدها الأقوال والأفعال، ولم يقيد التعريف بالغير ولا بالاختيار ولا بالإيجاب.

وعرفها الدكتور عبد الحميد متولي: "بأنها السلطة الملزمة في شأن من شؤون الجماعة كولاية الحكم وسن القوانين وفصل الخصومات وتنفيذ الأحكام والهيمنة على القائمين بذلك"⁴.
وبإضافة المرأة إلى مفهوم الولاية، فالتعريف المختار، والجامع بين التعريفات السابقة، والأسلم من الاعتراضات، من وجهة نظر الباحثة هو القول بأن ولاية المرأة:

" سلطة شرعية عامة، مستمدة من ولي الأمر، تخول المرأة الحق في إنشاء التصرفات والعقود الصحيحة وتنفيذها على نفسها أو غيرها، جبراً أو اختياراً، في شأن مصالح الأمة العامة وضمن اختصاصها".
وهنا أود التنبيه إلى أن مفهوم الولاية يختلف تماماً عن مفهوم الوظيفة، حيث تستمد الأولى قوتها من الشرع، وهو محل الدراسة التي سأبين فيها -بإذن الله تعالى- مناط اختلاف أئمة الشرع في حكمها، والإفادة منه في التقنين القضائي المعاصر، بينما تستمد الوظيفة قوتها من سلطة الحاكم والدولة ذات السيادة العامة، والتي تقيد موليتها بما تضعه الدولة من قوانين ومراسيم وقرارات.

المطلب الثاني: مفهوم القضاء

القضاء في اللغة: الحكم، وأصله قضاء الشيء، أي إكمامه وإمضاؤه والفراغ منه، فيكون بمعنى الخلق، ومنه قوله تعالى: ﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ﴾ وجمعه: أفضية وقضايا.
والقاضي: هو القاطع للأمور المحكم لها بين الناس بحكم الشرع.
وذكر علماء اللغة: معاني أخرى للقضاء وهي: العمل، والصنع، والتقدير، والأداء والفراغ والانتهاء، والحث والأمر، ومنه القضاء والقدر، قال تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾ أي أمر ربك وحثم.
ولعل المعنى المناسب لموضوع البحث هو الحكم والفراغ، ومنه سمي القاضي قاضياً إذا حكم في القضية وفرغ منها.

وفي الاصطلاح: للقضاء مفاهيم عدة، تتوعدت حسب المذاهب الفقهية الأربعة، هي:
عرّفه الحنفية بأنه "فصل الخصومات وقطع المنازعات"، وبأنه "قول ملزم صادر عن ولاية عامة".
وعرفه المالكية بأنه "الفصل بين المتخاصمين؛ إما بصلح عن تراض، وإما بإيجاب على حكم نافذ"⁵.

4 مجيد محمود، أبو حجر، المرأة وحقوقها السياسية في الإسلام، شركة الرياض، مكتبة الرشد، د: ت 1416 هـ ص: 86 وما بعدها.
5 أبو القاسم، ابن جزى، القوانين الفقهية، ضبطه وصححه: محمد أمين الصابوني، بيروت، دار الكتب العلمية، ط2، د: ت ص: 219.

مناط الخلاف الفقهي في حكم قضاء المرأة وأثره في التقنين القضائي الإماراتي المعاصر

وعرفه الشافعية بأنه "فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى".
وعرفه الحنابلة بأنه "تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الخصومات".
وبالتدقيق في هذه التعريفات نجد أنها متفقة في قصدتها ومضمونها وإن اختلفت في ألفاظها ومبانيها، حيث شملت معنى فصل الخصومات وإظهار حكم الشرع في القضايا على وجه الإلزام.
وبناء عليه أرى أن التعريف الجامع المانع المختار للقضاء في ضوء تلك المعاني المتقاربة هو: "فصل الخصومات وقطع المنازعات من خلال تبيين الحكم الشرعي والإلزام به".
ومنه يمكن أن نخلص إلى أن معنى ولاية المرأة للقضاء:
"سلطة شرعية، مستمدة من ولي الأمر، تخول المرأة الحق في فصل الخصومات وقطع المنازعات من خلال تبيين الحكم الشرعي والإلزام به".

المبحث الأول: تحقيق مناط الخلاف الفقهي في حكم تولية المرأة القضاء

لا عَرَوُ أن يعتني فقهاؤنا الأقدمون بتناول مسألة تولية المرأة القضاء عناية كبيرة، حيث أشبعوها بحثاً واستدلالاتاً ومناقشة، وكانت خلاصة ما توصلوا إليه في الحكم هو تباين آرائهم بين مجيز مطلقاً، ومجيز بشروط، ومانع على الإطلاق، وكلّ استدلالاته ومناقشاته.
ولما كان شرط الذكورة في القاضي موضع خلاف شديد، لا سيما في العصر الحالي، كان لا بد من الوقوف على تحقيق مناط الخلاف الفقهي، ومناقشة جذوره التأصيلية لاستكمال البحث الفقهي العلمي الدقيق بما يتناغم مع حاجات الأمة المتجددة، ويتناسب مع متطلباتها.
وهذا ما سأتي على مناقشته في هذا المبحث، من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: مدلول تحقيق المناط وأثره في اختلاف الفقهاء في أهلية المرأة للقضاء:

الفرع الأول: مدلول تحقيق المناط وأهميته في الخلاف الفقهي في المسألة

إن طبيعة المنهج الذي سلكه القرآن الكريم في بيانه للأحكام وتقريرها؛ المنهج الكلي لا التفصيلي، وهذا يؤيده ما ذكره الشاطبي من أن "تعريف القرآن بالأحكام الشرعية أكثره كلي لا جزئي، وحيث جاء جزئياً فمأخذه على الكلية، إما بالاعتبار أو بمعنى الأصل، إلا ما خصه الدليل"⁶.

⁶ إبراهيم بن موسى، الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، علق عليه وخرج أحاديثه: عبد الله بن دراز، دار الكتب العلمية، بيروت، د: ط، د: ت، 274/3.

مناطق الخلاف الفقهي في حكم قضاء المرأة وأثره في التقنين القضائي الإماراتي المعاصر

فتلك المفاهيم الكلية التي أفادها القرآن الكريم مفاهيم ذهنية مجردة، لا تحقق لها في الواقع الوجودي من حيث هي، وإنما يتم ذلك من خلال تنزيلها من أفقها المنطقي المجرد على الوقائع الجزئية الماثلة التي تتحقق فيها مناسبات تلك المفاهيم⁷.

لذا نجد أن الناظر والمتأمل في مناطق الخلاف الفقهي في تولي المرأة القضاء، يمكن أن يرجع سبب الاختلاف في الحكم إلى أحد أمرين:

1. الاختلاف في الاستنباط والاستفادة من الدليل الشرعي، وهو مقام استظهار المفاهيم الكلية وتعقلها، وتحديد حقائقها من نصوص الشرع، وهو ما يعرف بالاجتهاد الاستنباطي.

2. الاختلاف في تنزيل الأحكام على الوقائع الجزئية التي تنتاب المجتمع في كل زمان ومكان، بما يلبسها من ظروف متجددة ومتغيرة غير منحصرة، حتى تصير تلك المفاهيم أوضاعاً قائمة في الواقع. ويعد الشاطبي من أبرز من مثل اتجاه الاجتهاد الاستنباطي التنزيلي، حيث جعل الاجتهاد على قسمين: قسم لا ينقطع إلى قيام الساعة، وهو ما يسمى بتحقيق المناط، حيث جعله الشاطبي منهجاً في تطبيق الأحكام الشرعية على الإطلاق بأي سبيل حصلت، وبأي دليل تأنت، وقسم يمكن أن ينقطع وهو ما يعرف بنتقيح المناط وتخريجه.

ومن هنا عرف الشاطبي تحقيق المناط بقوله: "أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي، لكن يبقى النظر في تعيين محله"⁸.

كما عرفه السبكي بقوله: "أن يُتفق على علية وصف بنص أو إجماع، ويُجتهد في وجودها في صورة النزاع"⁹.

ومن خلال تحليل التعريف نجد أن تحقيق المناط ليس مقصوراً على تنزيل معين، بل هو عام في كل تنزيل لأي حكم شرعي، سواء كان مصدره قرآناً أو سنة أو اجتهاداً.

وكل دليل شرعي مبني على مقدمتين: إحداهما: نظرية، ترجع إلى تحقيق مناط الحكم، والأخرى: نقلية، ترجع إلى نفس الحكم الشرعي، ومقتضى المقدمة النقلية، أن الشارع قد حكم على أفعال المكلفين، بينما مقتضى المقدمة النظرية، أنه لا ينزل ما حكم الشارع به من حكم إلا على ما تحقق أنه مناط ذلك الحكم¹⁰.

⁷ فتحي، الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1414هـ/ 1994م 35.

⁸ الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، 4/64-65-68-69.

⁹ وعلى بن عبد الكافي، السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، د: ط، د: 82/3.

¹⁰ الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، 31/3.

الفرع الثاني: أثر تحقيق المناط في اختلاف الفقهاء في حكم تولي المرأة القضاء

من المعلوم شرعاً اتفاق الفقهاء على اشتراط الذكورة في الإمام الأعظم أو الخليفة أو الرئيس الأعلى للدولة، ولم يجز أحد من العلماء القدامى كونه امرأة¹¹.

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ۗ﴾.

والحديث المحوري: [إن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة] وغيره من الأدلة التي سأناقشها خلال البحث.

أما الاختلاف الواقع في حكم تولي المرأة منصب القضاء فراجع للسؤال: هل يدخل القضاء في الإمامة العظمى أو لا يدخل؟ وهل أهلية القضاء متحققة في المرأة أم لا؟

فصورة سبب اختلافهم كما بينها الشاطبي في منهجه لتحقيق المناط هي كالاتي:

المقدمة النقلية: ومقتضاها ضرورة اشتراط الذكورة في الولاية والرئاسة والإمامة.

المقدمة النظرية: ومقتضاها النظر في منصب القضاء، هل هو داخل في مدلول الإمامة ويقاس عليها أم لا، وهل أهلية القضاء متوفرة في المرأة أم لا؟ فيكون حينئذ داخل في جملة المناطات التي هي متعلق الدليل من القرآن والسنة.

مذاهب الفقهاء في المسألة:

مما لا بد منه عرض أقوال الفقهاء في المسألة ومحل الخلاف فيها عرضاً موجزاً، وذلك بقصد التوصل إلى تحقيق مناط الخلاف فيها، حيث اختلف الفقهاء في المسألة على ثلاثة اتجاهات: يتلخص الاتجاه الأول في المنع المطلق، وهو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية الذين اشتراطوا الذكورة في القاضي، ومنعوا تولي المرأة القضاء مطلقاً، ولو وليت أثم المولي وبطلت ولايتها وكانت غير لازمة.

أما الاتجاه الثاني: فهو الجواز المطلق فلا تشترط الذكورة لتولي القضاء على الإطلاق، وهو ما ذهب إليه ابن حزم الظاهري.

ويتلخص الاتجاه الثالث: في الجواز المقيد، وهو مذهب فقهاء الحنفية ما عدا زفر، حيث أجازوا للمرأة أن تتولى القضاء فيما تجوز فيه شهادتها.

¹¹ ابن عابدين، حاشية رد المحتار 548/1، محمد بن أحمد، عيش، شرح منح الجليل، ضبط: عبد الجليل عبد السلام، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د: ط، د: ت 138/4، الشريبي، مغني المحتاج 130/4 علي بين سليمان، المرادوي، الإحصاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ط1، 1377هـ/1957م 310/10.

استدل أصحاب كل اتجاه فيما ذهبوا إليه بجملة من الأدلة، من الكتاب والسنة والإجماع والقياس وغيرها، أذكر تلك الأدلة ووجه الاستدلال بها من خلال مناقشتها وتحقيق المناط فيها في ثنايا البحث. إذ يرجع الخلاف في حكم تولية المرأة منصب القضاء إلى اختلاف الفقهاء أنفسهم في النظر والتكييف للحكم، بمعنى هل تتوفر أهلية القضاء في المرأة كما هي متوفرة في الرجل؟ وهذا ما يسمى بتحقيق المناط عند علماء الأصول.

ومن المعلوم أن تحقيق المناط أصل كلي في تطبيق الأحكام وتكييف الوقائع المستجدة؛ لذا قال عنه الغزالي: "هو نوع من الاجتهاد"¹²، حيث يتولاه الفقيه المجتهد بحسب ما يتوصل إليه من تحقيق وبحث في مدرك مناط النازلة مستعيناً بأهل العلم والاختصاص، فهو خطوة علمية هامة في ميزان المنظور الفقهي، لأن تنزيل الأحكام الفقهية على واقع الناس اليوم، يتطلب درجة عالية من الدقة والمنهجية لتحقيق مصالح العباد التي هي مقصود الشارع.

وبما أن القضاء من أخطر المناصب وأسامها في النظام الإسلامي، لما يترتب عليه من حفظ الحقوق وصيانة الأعراض والأنفس والأموال، كان من الأهمية بمكان ضرورة تحقق شروط وأوصاف معينة بالذات فيمن يتصدى لهذا المنصب، وذلك يتطلب البحث والتفصيل في المرتكز الذي ارتكز عليه الفقهاء عند خلافتهم في حكم تولية المرأة القضاء ألا وهو:

إناطة الخلاف بالأنوثة

يعدُّ تحقق شرط الذكورة نقطة الخلاف بين الفقهاء ضمن الشروط الشرعية لصلاحية تولي القضاء، وهذا واضح وصريح في كتب الفقهاء القدامى ومؤلفات المعاصرين الذي توسعوا في ذكر الخلاف حول اشتراط الذكورة ومناقشة الغلط في نسبة الأقوال لمن لم يشترطها، مما لا داعي للتفصيل به في هذا البحث. إذاً فالسبب في بطلان تولية المرأة القضاء عند المانعين لتوليبتها القضاء، هو أنوثتها، فهي مناط الحكم. قال الماوردي: "قلماً منعها نقص الأنوثة من إمامة الصلوات مع جواز إمامة الفاسق كان المنع من القضاء الذي لا يصح من الفاسق أولى"¹³.

هذا وقد صرحت لجنة الأزهر الشريف للفتوى؛ بعد الحكم بمنع المرأة من الولايات العامة؛ بتبيان مناط المنع؛ وذلك بأن المنع ليس حكماً تعديداً، يقصد منه مجرد الامتناع، دون أن تُعلم حكمته، وإنما هو من

¹² محمد بن محمد أبي حامد، الغزالي، أساس القياس، تحقيق: فهد بن محمد السرحان، مكتبة العبيكان، د: ط 1413هـ-1993م، ص: 37.

¹³ علي بن حبيب، الماوردي، أدب القاضي، تحقيق: محي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، إحياء التراث الإسلامي، بغداد، عام 1319هـ-1971م، 168/1.

مناط الخلاف الفقهي في حكم قضاء المرأة وأثره في التقنين القضائي الإماراتي المعاصر

الأحكام المعللة بمعان واعتبارات لا يجهلها الواقفون على الفروق الطبيعية بين نوعي الإنسان-الرجل والمرأة-ذلك أن هذا الحكم لم ينط بشيء وراء الأثوثة التي عبرت عنها كلمة امرأة في الحديث المحوري المستند عليه الحكم¹⁴، ألا وهو: [لن يفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة]¹⁵.

إذن فالأثوثة هي العلة، إلا أنه لا مناسبة بين الأثوثة وعدم العلم والمعرفة والذكاء والفطنة، بدليل الواقع الذي يشهد للمرأة بتعلمها إلى جانب الرجل وذكائها وفطنتها، بل قد تفوق الرجل أحياناً كثيرة.

المطلب الثاني: دواعي ومقتضيات مناط خلاف الفقهاء في حكم ولاية المرأة للقضاء

أشار علماؤنا الأفاضل إلى العديد من الأسباب والمقتضيات التي يناط بها منع المرأة من تولي القضاء هي:

الفرع الأول: كمال الرأي وتام العقل والفطنة

يحتاج القاضي إلى كمال الرأي، وتام العقل والفطنة، والإدراك التام بأمور الحياة وحيل الخصوم، والأنتى ضعيفة الرأي قليلة الضبط، تغلب عليها العاطفة¹⁶، أضف إليه أن المرأة ليست أهلاً للمناقشة وفهم الأمور على وجهها، يدل على ذلك تنبيه الله تعالى في محكم تنزيله: ﴿أَوْ مَنْ يُنشَأُ فِي الْجَنَّةِ وَهُوَ فِي الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ﴾ وقد وصف النبي المرأة بنقصان العقل، لأن غلبة العاطفة من طبيعة خلقها. ومن طبيعة مهنة القضاء أن القاضي يحضره الخصوم من جميع الفئات و يأتون بحيل لا تخطر ببال، والمرأة لا تدرك أكثرها¹⁷.

كما أنه قد تغلب عاطفتها على الحق في كثير من الأحيان. وهي قليلة الخبرة؛ ولهذا لم يول النبي ولا أحد من خلفائه، ولا من بعدهم امرأة قضاء، ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالباً، فالقضاء حكم شرعي يحتاج إلى حكم شرعي لجواز القيام به¹⁸.

14 أحمد بن عبد العزيز، الحصين، حكم الإسلام في ترشيح وانتخاب المرأة لمجلس الأمة، ط1، 1401هـ ص:24/25، من فتاوى لجنة الأزهر، رئيس اللجنة: محمد عبد الفتاح العناني، في حكم الشريعة الإسلامية في اشترك المرأة في الانتخاب للبرلمان.

(15) سبق تخريج الحديث في صحيفة رقم 11.

16 موفق الدين عبد الله بن أحمد، ابن قدامة، المغني مع الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، 1403هـ/1983م 380/11 / الشريبي، مغني المحتاج 375/4.

17 أحمد بن محمد الأمين، الشنقيطي، مواهب الجليل، مراجعة: عبد الله إبراهيم الشوكاني، إدارة: إحياء التراث الإسلامي، قطر 1407هـ 202/4، محمد بن علي، الشوكاني، السيل الجرار، تحقيق محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت، د: ت 274/4.

18 علاء الدين، الكاساني، بدائع الصنائع، مطبعة الإمام بالقاهرة، مصر، د: ت 438/5 / يحيى بن شرف، النووي، المجموع، دار الفكر، بيروت، د: ت 127/20، ابن قدامة، المغني، 381/11.

مناقشة علة المنع: هذه العلة في التحريم لا تحمل على إطلاقها، فقد عرفت كثير من الصحابييات كأما السيدة عائشة_ رضي الله عنها_ وأم عطية الأنصارية_ رضي الله عنها_ برجاحة العقل والفتنة، وتفوقن بذلك على كثير من الرجال في عصرهم، فإذا صلحت العلة من حيث الجنس، فإنها لا تصلح من حيث الأفراد، الأمر الذي يتعداه إلى عصرنا الحالي، فقد نجد كثيراً من النساء من لديها قوة في التحمل تستطيع مجابهة الأحداث بقوة وحزم، لا بل نجد كثيراً من النساء قد تفوقن علمياً وعملياً على الرجال، فلم يمنع من القضاء ويسمح لمن هو أدنى منهن في الفتنة والحكمة والذكاء من الرجال¹⁹.

أما القول بقوة عاطفتها فلا يسلم من الاعتراض؛ إذ قد نحتاج هذه العاطفة في كثير من القضايا، وخاصة قضايا الأحداث، التي تصنف على أنها قضايا تربية راعية لا عقابية، كما أن المرأة قد لا تنفرد وحدها بقرار الرأي القضائي، بل يبيت فيه بالتشاور مع الآخرين.

أما نقصان عقلها فوقش بأنه لم يصل إلى حد سلب أهليتها، بل دليل أنها تصلح شاهدة وناظرة على الأوقاف ووصية على اليتامى، فما دام لها أهلية الولاية جاز توليها القضاء²⁰.

وقد أجب عن هذا النقاش بأن هذه الأهلية تنطبق على الولاية الخاصة، والتي لم يقل أحد بسلب ولاية المرأة فيها، إنما النزاع في توليتها للولايات العامة التي منها القضاء بين الناس ولا فرق بين الولاية العظمى وبين القضاء في مناط الحكم، الذي هو الأنوثة، إذ أنه واحد فيها، وكل منهما ولاية عامة²¹.

أما عدم تولية النبي امرأة قاضية في زمانه، فلا يصلح الاستدلال به؛ لأن عدم فعله لا يستوجب عدم الجواز، لاحتمال أن يكون ذلك لعدم وجود طلب من أي امرأة تولي وظيفة القضاء، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال. كما أن الأصل في الأشياء الإباحة، ولم يرد في منع المرأة من القضاء نص صريح، وربما لم تقتض الحاجة في زمانهم بتوليها، لقلّة القضايا المعروضة.

وخلاصة القول، تفيد أن نقصان عقل المرأة وقلّة خبرتها، وغلبة عاطفتها، ليس تنقيصاً من شأنها، حتى تنتصل منها المرأة. قال الحافظ ابن حجر: "وليس المقصود في ذكر النقص في النساء، لومهنّ على ذلك،

19 عمر رضا كحالة، أعلام النساء في عالمي العرب والإسلام، مؤسسة الرسالة، بيروت، شارع سوريا، طبعة مزيدة وفيها مستدرك، د: ت، 3/9 وما بعدها 171/5 وما بعدها.

20 الكمال، ابن الهمام، شرح فتح القدير، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط1، 1389هـ-1970م 298/7.

21 أحمد بن عبد العزيز، المرصفاوي، نظام القضاء في الإسلام، المستشار: جمال صادق، إدارة الثقافة والنشر بجامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، 1404هـ ص:31.

مناط الخلاف الفقهي في حكم قضاء المرأة وأثره في التقنين القضائي الإماراتي المعاصر

لأنه من أصل الخلقة²²، بل هو الكمال فيها، لما فطرت عليه من العاطفة والشفقة والرحمة بالآخر، مما قد يجعلها أكثر أهلية من الرجل في كثير من القضايا التربوية والاجتماعية، وهذا التقابل التكاملي بينها وبين الرجل، هو سر سعادتهما، فلو كانت المرأة كالرجل في الصبر على القضايا الفكرية المعمقة، والفقر العاطفي لتبرم من الحياة معها وشقي بذلك، ولو كان الرجل كالمرأة في رقتها العاطفية وضعفها الفكري وتأثراتها الوجدانية، لشقيت المرأة، ولما رأت فيه الحماية والرعاية التي تتشدها في زواجها منه. هذا إضافة إلى أن المرأة قد تبرع في القضايا التي تهم النساء خاصة أكثر من الرجال؛ فالمرأة ذات القرار المتزن تضي على بعض القضايا لمسة إنسانية وخاصة في قضايا الأحداث، في ظل ظروف الأزمات والطوارئ التي تعيشها البلاد، والتي تكسبت فيها القضايا، مما يدفع بالسلطات القائمة إلى الاستعانة بالقاضيات ذوات الكفاءة ورجاحة العقل، مراعاةً لتحقيق مصالح الناس، وعدم تعرضها للتأخير والضياح مما لا يؤثر فيه غلبة العاطفة، وخاصة إذا كانت المرأة خبيرة فيما هو من اختصاصها، اتساقاً مع مرونة الشريعة ومقتضيات العصر، والله تعالى أعلم.

الفرع الثاني: مقتضى خلقة الأنثى وطبيعة تكوينها

أولاً: الأمومة ورعاية الأسرة

إن الأنثى مجبولة بمقتضى خلقتها وطبيعة تكوينها على الفطرة التي تناسب المهام والوظائف التي خلقت لأجلها، ومنها مهمة الأمومة، وحضانة النشء وتربيته، فرسالة المرأة جليئة كل الإجلال، وهي أكثر مشقة من رسالة الرجل إذا ما أديت على وجهها الصحيح، فتوليها القضاء يؤدي إلى خروجها من البيت في أكثر الأوقات.

يضاف إلى ذلك أن القاضية إذا كانت أنثى، فإنها قد تكون زوجة، ومعلوم أن حق الزوج في بقاء زوجته في بيت الزوجية هو ما اقتضته حكمة الله تعالى في خلق الإنسان وجعله ذكراً أو أنثى، وقد خص الله سبحانه كلا منهما بخصائص تتفق مع طبيعة تكوينه وخلقه، فيكون لولاية الزوج على زوجته أثر يمنعها من أداء مهامها الوظيفية كقاضية، بل المفسدة في ذلك، والمفسدة تدفع بقدر الإمكان؛ لذا كان صونها عن مثل تلك الأعمال أولى، لما فيها من مخالفة لقواعد الشريعة في صيانة المرأة والأسرة وكيان المجتمع.

22 أحمد بن حجر، العسقلاني، فتح الباري، تحقيق: محمد فواد عبد الباقي، دار الريان للتراث، القاهرة، ط1، 1407هـ/1987م، 485/1.

مناقشة علة المنع:

نعم المرأة راعية في شؤون بيتها ولكن رعايتها وخدمتها في بيت الزوجية لا تمنعها من تولي القضاء؛ لأن القضاء من الرعاية لشؤون الغير، بدليل ما روي عن عبد الله بن عمر -رضي الله عنه- أنه سمع النبي يقول: [كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته، الإمام راع ومسؤول عن رعيته، والرجل راع في أهله وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها، وهي مسؤولة عن رعيته، والخادم راع في مال سيده وهو مسؤول عن رعيته].

وجه الاستدلال: أن النبي أثبت للمرأة رعاية بيت زوجها والقيام على شؤونه وإدارته²³، والراعي: هو من يتولى رعاية شؤون الغير، والقضاء يعني الرعاية؛ لأنه يتولى القيام على شؤون الغير؛ لذا تصح ولاية المرأة للقضاء وهي أهل لسائر الولايات.

لكن هذه المناقشة لم تسلم من الاعتراض، حيث إن الرعاية المثبتة في الحديث هي رعاية بيت الزوجية وهي ولاية خاصة، أما القضاء فهو ولاية عامة، فلا يصح قياس الولاية الخاصة على الولاية العامة. وقد رد على هذه المناقشة، بأن إلحاق القضاء بالولاية العامة ليس بدقيق، فالقضاء ولاية على المتخصصين وإصدار الحكم في حقهم، فهو ليس ولاية عامة كالإمامة العظمى، بدليل أن الشروط التي يجب توافرها في الإمامة العظمى لا يشترط توافرها كلها فيمن يتولى القضاء.

النتيجة: إن خروج المرأة للعمل المشروع الذي يمكن أن يكون تولي القضاء، يكون مبرراً شرعياً لخروج الزوجة من بيت زوجها، طالما أنه لم يكن مشوباً بإساءة استعمال الحق ولا بِنَافِيهِ، وخصوصاً إذا أعطيت هذا الحق برضى زوجها. هذا وجواز ذلك لا يعني وجوبه ولزومه، بل ينظر للأمر في ضوء مصلحة المرأة والأسرة والمجتمع والإسلام.

ثانياً: العوارض الطبيعية الفيزيولوجية

تتعرض الأنثى إلى العوارض الطبيعية التي قد تتكرر عليها في الأشهر والأعوام، والتي من شأنها أن تضعف قوتها المعنوية، وتوهن عزيمتها في تكوين الرأي والتمسك به، فقد ثبت أن تلك العوارض تؤثر على مزاج المرأة وتزيد من انفعالاتها، فتحتاج إلى الراحة الكاملة، مما ينافي مجريات القضاء ومهمته، الذي يصعب معه الوصول إلى الرأي الصائب، علماً أن قوام القضاء يعتمد في بعض الحالات على الاجتهاد الشخصي، وقد ثبت عنه أنه: [إنهى أن يفصل القاضي بين المتخاصمين وهو غضبان أو جائع].

²³ عمر بن علي، ابن الملقن، التوضيح لشرح الجامع الصحيح، سراج الدين أبو حفص الشافعي المصري المتوفى: 804هـ المحقق: دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، دار النوادر، دمشق - سوريا، ط1، 1429 هـ - 2008 م 32/25.

مناقشة علة المنع: من الممكن معالجة تأثر الأثني بالعوارض الفيزيولوجية التي تتعرض لها، وذلك من خلال اعتذارها عن الحضور إلى المحكمة مدة الحيض والنفاس، ومن المقترح ألا تتولى المرأة القضايا المستعجلة، حتى لا تؤخر عن الناس حقوقهم كلما غابت عنهم، ويرجع العلماء رفضهم لتولي المرأة منصب القضاء في الماضي؛ لأنه كان يشغل هذا المنصب قاضٍ واحد، حتى إذا غاب واعتذر تعطلت مصالح الناس وحقوقهم، وهذا لا ينطبق على واقعنا الحالي الذي تعج فيه المحاكم بالقضاة، فلا حرج من توليها القضاء، مادامت قد تسلحت بمقوماته.

يرى بعض الفقهاء المعاصرين ألا تتولى المرأة القضاء إلا بعد أن تتضح وتبلغ السن التي تأس فيها من المحيض حتى لا تكون عرضة للاضطرابات النفسية والمتاعب الجسمانية التي تصاحب الاضطرابات الهرمونية.

المبحث الثاني: إشكاليات مناسبة الأدلة المعتمد عليها في الحكم المستنبط

يرجع الخلاف في حكم تولية المرأة القضاء إلى عدم وجود نص صريح يحسم النزاع في المسألة، إضافة إلى ظنية الأدلة التي استدلت بها الفقهاء، ما يجعلها يتطرق إليها الاحتمال وتتسع فيها الآراء. وهذا ما سأناقشه من خلال الفروع التالية:

المطلب الأول: إشكالية مناسبة الآيات القرآنية لموضع الاستدلال بها

استدل المانعون من تولية المرأة القضاء بالآيات القرآنية الآتية:

1. قال تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ۗ﴾

يتضح وجه دلالة الآية على الحكم من جانبين:

الجانب الأول: أن الله تعالى بين أن الرجل قيم على المرأة بما فضله الله عليها بالعقل والرأي، فهو مقدم عليها بتفضيل الله له من جوانب متعددة، منها تدبير شؤونها والإنتفاق عليها²⁴.

الجانب الثاني: أن الآية تفيد حصر القوامة في الرجال، لأن من مقتضيات قواعد اللغة العربية أن المبتدأ المعروف بلام الجنس ينحصر في خبره، إلا أنه اختص في هذه الآية بأنه حصر مضاف إلى النساء، فيكون

²⁴ إسماعيل بن عمر، ابن كثير، تفسير ابن كثير، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1408هـ-1988م 465/1، محمد بن علي، الشوكاني، فتح القدير، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، ط1، 1414هـ 531/1.

مناط الخلاف الفقهي في حكم قضاء المرأة وأثره في التقنين القضائي الإماراتي المعاصر

معناه قوامة الرجال على النساء، أي القوامة للرجال لا عليهم، وهذا يفيد بدوره منع تولية المرأة القضاء، حتى لا تكون القوامة للنساء على الرجال، فيخالف مفاد الآية.

مناقشة الاستدلال وحل الإشكال

ناقش المجيزون تولية المرأة القضاء هذه الأدلة بأنها لا تناسب موضع الاستدلال منها، وذلك بالنظر إلى سبب نزول هذه الآية، والسياق وما يوحي به من معان يمكن التأكد من كونها وردت في مجال تنظيم شؤون الأسرة وبيت الزوجية، وأن المراد بالقوامة ولاية تأديب الزوج زوجته فقط، مما لا علاقة له بالولاية العامة. يشهد لذلك: ما جاء في سبب نزول الآية، أنها نزلت في سعد بن الربيع، وفي امرأته حبيبة بنت زيد بنت أبي زهير، وذلك أنها نشزت عليه فلطمها، فانطلق أبوها معها إلى النبي فقال: [أفرشته كريمتي فلطمها، فقال النبي: لتقتص من زوجها، فانصرفت مع أبيها، فقال ارجعوا هذا جبريل أتاني، وأنزل الله هذه الآيات فتلاها، ثم قال: أردنا أمراً، وأراد الله تعالى أمراً، والذي أراد الله تعالى خيراً].

وهذا يفيد بدوره كون الرجل قواماً على زوجته فقط، فليس كل رجل قواماً على كل امرأة، كما وأورد ابن جرير الطبري تفسير الآية في مجال الأسرة، دون التطرق إلى أمور أخرى كالولايات، فقال: "الرجال أهل قيام على نسائهم في تأديبهن، والأخذ على أيديهن فيما يجب عليهن لله ولأنفسهم، وأمرهم نافذ عليهن فيما جعل الله إليهن من أجورهن، والقوامة للرجال عليهن: بما فضل الله بعضهم على بعض من دفع المهور، وإنفاقهم الأموال على نسائهم، وكفايتهم إياهن مؤنتهن"²⁵.

لكن المناقشة مدفوعة بما قرره علماء الأصول: "أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب"، فلفظ الآية عام في قوامة الرجال على النساء في جميع الأمور إلا ما دل الدليل على إخراجها من هذا العموم، وهو الولايات الخاصة بكونها وصية على أولادها ونحو ذلك من الولايات الخاصة الثابتة لها، حيث لم يرد دليل يعتد به في جواز توليتها القضاء، لتبقى الآية على عمومها في إفادتها عدم جواز تولية المرأة القضاء، حيث لا عبرة بخصوص السبب. أضف إلى ذلك أن المرأة التي تحتاج إلى قوام عليها في بيتها ضمن نطاق الأسرة الصغيرة، هي أولى أن تكون أكثر عجزاً عن إدارة شؤون الناس والفصل في خصوصياتهم. هذا الإشكال وارد في الآيات الثلاث التي استدل بها المانعون، ويمكن حله بالرجوع إلى ما أورده الأصوليون من أن اللفظ العام الوارد على سبب خاص تكون دلالاته على خصوص السبب قطعية، فلا يجوز إخراج السبب عن عموم اللفظ"²⁶.

25 أبو جعفر محمد، ابن جرير، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ت: صلاح عبد الفتاح الخالدي، دمشق، دار القلم، 1418هـ/1997م، 586/2.
26 محمد بن عمر، الرازي، المحصول، دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط3، 1418هـ-1997م، 57/4.

مناط الخلاف الفقهي في حكم قضاء المرأة وأثره في التقنين القضائي الإماراتي المعاصر

جاء في المسودة في أصول الفقه: "إذا ثبت أنه يؤخذ بعموم اللفظ، ولا يقصر على خصوص السبب، فإنه لا يجوز إخراج السبب بدليل تخصيص، فتكون دلالاته عليه قطعاً"²⁷. أضف إليه أن بعض الأصوليين كالمرزني وأبي ثور وغيرهم ذهبوا إلى أن خصوص السبب يخصص عموم اللفظ. كما أن الاستدلال بعجز المرأة عن تولي شؤون الأسرة، لا يمكن أن يحمل على إطلاقه، لأن الواقع يشهد لكثير من النساء اللاتي نجحن في إدارة المؤسسات الاجتماعية، كالجامعات، ودور الأيتام والحضانات ودار العجزة وغير ذلك؛ لذا حري بالسلطة التي تولي المرأة القضاء أن تنظر إلى الأمر في ضوء وضع المرأة القاضية، ومصصلحة المجتمع.

2. قال تعالى: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ نَجْةٌ﴾.

وجه دلالة الآية: منح الله تعالى الرجال درجة ورتبة زائدة على النساء، وفي تولية المرأة القضاء منافاة للدرجة التي منحها الله للرجال، علة ذلك: أن القاضي لا يمكنه الفصل بين الخصومات إلا بتلك الدرجة والميزة والرتبة التي فضله الله بها على النساء، ليقضي حينئذ على غيره من الرجال والنساء.

مناقشة الاستدلال وحل الإشكال:

إن المراد بالدرجة: قدرة الرجل على الإنفاق، ومنزلة العقل والقوة، وزيادة الميراث، وفيها إشارة إلى حض الرجل على حسن معايشة الزوجة، وذلك لورود الآية بين آيات الإيلاء والطلاق.

أجيب عن المناقشة أن هذا التفضيل مفاده عدم حاكمية المرأة على الرجل، وإلا كانت تزيد في الدرجة²⁸. وفي هذا الاستدلال ضعف من وجهة نظر الباحثة، لأن الواقع يثبت أن هناك الكثير من النساء من هن أكثر كفاءة ونجاحاً من الرجل.

3. قال تعالى: ﴿أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾.

وجه الاستدلال: مفاد الآية ضلال المرأة عن رؤية الحق والحكم به.

مناقشة الاستدلال وحل الإشكال:

هذه الآيات واردة في شهادة المرأة في الأموال لا في القضاء، فلا يجوز تعميم الحكم وهو الضلال على جميع أحوال المرأة ولا على جميع أنواع الولايات.

27 ابن تيمية، المسودة في أصول الفقه، إبدأ بتصنيفها الجذ: مجد الدين ت: 652هـ، وأضاف إليها الأب: عبد الحليم بن تيمية ت: 682هـ، ثم أكملها الابن الحفيد: أحمد بن تيمية 728هـ [المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي، د: ت 1/ 132].
28 حافظ محمد، أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، دار بلنسية، السعودية، الرياض، ط1، 1420هـ: ص: 232.

مناط الخلاف الفقهي في حكم قضاء المرأة وأثره في التقنين القضائي الإماراتي المعاصر

هذا ويقصد بالضلال في الآية: النسيان، ويؤيده قوله تعالى: ﴿ فِي كِتَابٍ ۙ لَا يَضِلُّ رَبِّي وَلَا يَنْسَى ﴾ حيث جعل الله تعالى النسيان مرادفاً للضلال، يقول القرطبي: "والضلال عن الشهادة إنما هو نسيان جزء منها، وذكر جزء، ويبقى المرء حيران بين ذلك ضالاً".

فلو كانت المرأة ضالة عن رؤية الحق لما كان أول من أسلم بالنبي امرأة، هي السيدة خديجة الكبرى، ولما ضرب الله المثل بهداية آسيا زوجة فرعون، فتاريخنا الإسلامي يشهد للمرأة الهادية المهديّة التي كانت مثلاً يحتذى به النساء، وحتى الرجال في الهداية والحكمة والرشاد.

أضف إليه أن الدليل في الشهادة لا في القضاء، ولا تلازم بينهما، فهي تستطيع تدوين الحكم القضائي، بعد دراسته وقراءته في قاعة المحكمة، وهذا الإجراء يمنعها من نسيانه حتماً. والله أعلم

المطلب الثاني: إشكالية مناسبة الأحاديث النبوية لموضوع الاستدلال بها

استدل المانعون من تولية المرأة للقضاء بالحديث المحوري التالي:

1. عن أبي بكر -رضي الله عنه- قال: لما بلغ رسول الله أن أهل فارس قد ملكوا عليهم بنت كسرى، قال: [إن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة].

وجه الاستدلال:

يفيد هذا الحديث بياناً من النبي لأمرته، فيما يجوز وما لا يجوز، حيث نهانا عن مجازاة فارس وغيرها في إسناد أمر من الأمور العامة إلى المرأة، وقد ساق نهيها بأسلوب يبعث على الامتثال، وهو أسلوب القطع بأن عدم الفلاح ملازم لتولية المرأة أمراً من الولايات العامة كالخليفة والوزارة والقضاء وغيره. فهو ضرر يجب اجتنابه واجتباب ما يؤدي إليه، فما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. وهو عام في جميع الولايات إلا الولايات الخاصة لورود الدليل فيها، ويشهد للعموم صيغة الحديث وأسلوبه، فإن لن تفيد الاستقبال، وكلمات قوم وامرأة نكرتان، والنكرة في سياق النفي نعم. فالنهي المستفاد من الحديث يمنع كل امرأة في أي عصر أن تتولى أمراً من الأمور العامة، هذا ما فهمه الصحابة من الأحاديث ومعظم أئمة المذاهب الأربعة²⁹.

مناقشة الاستدلال وحل الإشكال:

تعرض الاستدلال بهذا الحديث إلى انتقادات كثيرة من أصحاب وجهات النظر المخالفة، ولإيضاح جميع الملابسات المرافقة له أسرد النقاش التالي:

29 يحيى بن شرف، النووي، المجموع، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، د: ت 322/22، محمد بن أحمد القرطبي، ابن رشد، بداية المجتهد، المكتبة العلمية، 1404هـ/1984م، 460/2، ابن قدامة، المغني، 40/9.

1. الإشكالية الأولى حول راوي الحديث أبي بكر نفع بن الحارث بن أبي سلمة صاحب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حيث امتنع العلماء عن قبول شهادته، لما حصل في قصته المشهورة مع المغيرة بن شعبة، وترد هذا الإشكالية بأن العلماء أنفسهم فرقوا بين الشهادة والرواية، فلا يلزم من عدم قبول شهادة رجل عدم قبول روايته، فالشهادة يطلب فيها مزيد تثبت كالعدد والحرية ولا يطلب ذلك في قبول الرواية، لذا احتج بروايته البخاري ومسلم مع علمهم بتفسيقه.

2. الإشكالية الثانية إشكالية تاريخية، تعود لوجود خلاف حول التاريخ الذي تمت فيه مراسلات النبي إلى الأمراء، حيث تفيد بعض الدراسات أن التاريخ المقترح هو السنة السابعة للهجرة وبعضها الآخر تفيد حصولها في السنة التاسعة للهجرة، هذا الخلاف التاريخي للمراسلات يشكك في احتمالية تولية بنت كسرى الحكم في زمن النبي³⁰.

ولرد على هذه الإشكالية يمكن القول بأن النبي من شأنه أن يخبر عن حوادث مستقبلية، فالحديث من النبوءات، ولم يكن استنكاراً أو تحريماً لتولي المرأة مراكز قيادية، فلو كان من المحرمات لعمل به الصحابة الكرام ولما ولي سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - الشفاء أمر السوق، فصيغة الرواية إخبارية لا إنشائية.

3. أن هذا الحديث خاص فيما ورد من أجله، فلا يتعدى حكم الواقعة التي ورد بسببها، وهي رئاسة الدولة، والقضاء ليس منها. ويجب عن ذلك بأن هذا الحديث ليس خاصاً، بل إن لفظه عام صالح للابتداء به فلا يخصه وروده على سبب خاص، لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، فمناط الأحكام لفظ الشرع بقطع النظر عن أسبابه وملابساته، ولا عبرة بزعم القائل إن خصوص السبب مخصص لعموم اللفظ، يشهد لذلك كثير من الآيات التي نزلت في واقعة بعينها كآية السرقة، ولكن أحكامها عممت ولم يقل أحد بأن ذلك مخالف للأصل³¹.

4. أن الحديث يعد تشريعاً وقتياً، لأنه يصدر عن النبي بما له من الإمامة والرياسة العامة لجميع المسلمين، فهو من الأحاديث الأحاد التي تفيد الظن لا اليقين، ولما كانت القضايا الدستورية التي تعرض لنظام الحكم من الخطورة والأهمية فلا يجوز العمل في ميدانها بأدلة ذات طابع ظني. وللإجابة عن الإشكال يمكن القول إن أحكام الإمامة هي تلك الأحكام الشرعية التي أنيطت بأسباب ومصالح لا يجوز أن يقدرها

30 لمعرفة القصة راجع إسماعيل بن عمر، ابن كثير، البداية والنهاية، تحقيق: أحمد عبد الوهاب فتوح، القاهرة، دار الحديث، 1417هـ/1997م 17-16/7.

31 راجع التفصيل في الخلاف حول المسألة في البحث، صحيفة رقم 18.

وينظر فيها إلا الإمام الأعظم للمسلمين، نظراً لأهميتها وخطورتها واتساع آثارها الإيجابية والسلبية، وهي معروفة ومتفق عليها، وهذا الحديث ليس من هذا القبيل، بل هو داخل في أحكام التبليغ عن الله عز وجل لأحكام الحلال والحرام؛ لذا لا يعد هذا الحديث من قبيل التشريع الوقتي.

المطلب الثالث: إشكالية الاختلاف في الأعراف الاجتماعية والثقافية السائدة

من خلال استقراء كتب الفقهاء القدامى، نجد أن المرأة قد أعفيت من كثير من الأوامر والشعائر التي يتوقف امتثالها على الخروج من البيت، كصلاة الجمعة وحضور الجماعات وتشجيع الجنابة وغيرها. كما أكد الشارع على عدم جواز سفرها وحدها إلا ومعها ذو محرم، حتى ولو كان السفر لتأدية ركن من أركان الإسلام، ألا وهو الحج، وكذا منعها من الخروج إلى الجهاد وغيره من الأحكام التي بالتأمل فيها، نجد أن الدين الإسلامي قد أولى المرأة القدسية التامة والوقاية التي أسقطت عنها بعض الأركان والشعائر الدينية الهامة.

ولعل السبب في ذلك مناط الأنوثة التي جعلت طبيعة المرأة وتكوينها الجسدي والنفسي لا تتحمل معها القيام بمثل تلك الأعباء، ولما فيها من العوارض الخلقية والتكوينية والفطرية التي تحول بينها وبين تلك المهام كما سبق بيانه.

لذا كان من عادة العقلاء أن الأمر يفوض إلى من هو أعرف به وأقدر عليه، ويكون من تخصصاته، فقد تقدم المرأة على الرجال في أمور الحضانة وغيرها، في حين يتقدمها الرجال في أمور هم أقدر عليها منها، كتولي المسؤوليات العامة والحروب وغيرها من أمور الدولة. وعليه يتبين أن الأعراف الاجتماعية والثقافية السائدة بين العلماء تنصب على جعل مناصب الحكم بيد الرجال في الزمان الماضي.

يقول الرازي في تفسيره لآية القوامة: "واعلم أن فضل الرجال على النساء حاصل من وجوه كثيرة ... يرجع حاصلها إلى أمرين: إلى العلم، وإلى القدرة، ولا شك أن عقول الرجال وعلومهم أكثر، ولا شك أن قدرتهم على الأعمال الشاقة أكمل. فلهذين السببين حصلت الفضيلة للرجال على النساء، في العقل".

يتضح من قول الرازي أن الأعراف الاجتماعية السائدة تأبى حكم النساء، ولعل المفسرين الأول تأثروا في تفسيراتهم للآيات القرآنية بأعرافهم السائدة، لذلك تم تفسير آيات القوامة وتفضيل الرجال على النساء بحديث آحاد، الحديث المحوري في منع المرأة تولية القضاء وغيره من الولايات العامة على التفصيل السابق ذكره. والله أعلم

علماً أن تفسير الآيات القطعية بحديث آحاد مسألة تخضع لضوابط وشروط خاصة، ينبغي ألا تخالف المنطق بشكل عام، ولا المنهج الأصولي، وبالنظر إلى السياق الأصولي لدلالة الحديث، نجد أن هناك

إشكالية حاصلة من ظنية الدلالة على الحكم، إذ يتبين وجود خلاف في دلالة صيغة الحديث على العموم، فقد يقصد بالحديث امرأة واحدة وهي بوران وقد يقصد به مجموعة من النساء.

وبهذا الحديث استطاع العلماء القدامى منع المرأة من تولي الأعمال السياسية ومن بينها القضاء، بعلّة تسببها في عدم الفلاح المذكور في الحديث³².

يناقش هذا الاستدلال بأن الأعراف الاجتماعية قد تختلف من زمان إلى آخر، ومن مكان إلى آخر، فالتاريخ يشهد في أكثر من حادثة، لكثير من النساء اللواتي تولين شؤون قومهن، وما كن سبباً في عدم الفلاح إطلاقاً، فكانت المرأة هي المرجع الأول والأخير في جميع تلك الشؤون.

ومن تلك النساء: ملكة سبأ، التي امتدح القرآن الكريم حكمتها في أكثر من موضع، هذه الحوادث وغيرها تثبت وجود تعارض بينها وبين مدلول الحديث المحوري في منع تولية المرأة القضاء، إلا أن بعض العلماء المعاصرين أشاروا إلى أن وجود التعارض غير ممكن الحدوث، بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم قرأ على الناس في مكة سورة النمل، وقص عليهم في هذه السورة قصة ملكة سبأ التي قادت قومها إلى الفلاح، والإيمان بحكمتها وذكائها، إذ يستحيل أن يرسل حكماً في حديث يناقض ما نزل عليه من وحي.

النتيجة من وجهة نظر الباحثة، من خلال عرض إشكاليات الاستدلال بجميع الأدلة في المسألة، وبما أنه لم يرد في مسألة تولي المرأة منصب القضاء دليل قطعي في دلالته، قطعي في ثبوته، وكذا لم يرد الإجماع التام في المسألة، أضف إليه اختلاف الأعراف الاجتماعية والثقافية، لذا يمكن القول إن هذه المسألة تبقى ضمن نطاق المسائل الخلافية المفتوحة لا المغلقة التي تحكمها ظروف كل مجتمع وأعرافه الاجتماعية وتقاليد، لكن ضمن شروط وضوابط شرعية تخضع لها المرأة حين توليها القضاء، لا سيما منها: بلوغها نضجاً عقلياً، ورأياً رشيداً، وسناً معيناً لا تكون معه المرأة عرضة للاضطرابات الهرمونية، مع مراعاة الحاجة والضرورة لتوليها، ضمن الأمور التي تتمكن المرأة من النظر فيها، وفي إطار تخصصها، ولا ينكر ضرورة وجود الحاضنة الاجتماعية، والأعراف الثقافية، التي بلغت مبلغاً من التطور الاجتماعي والثقافي ما يجعلها تتقبل كون المرأة قاضية بين الخصوم، تحقيقاً للمصلحة التي توافق روح التشريع وقواعده، وتمشياً مع مرونة الإسلام، ومقتضيات تطورات العصر الراهن. والله تعالى أعلم

32 محمد بن إسماعيل، الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، بيروت، المكتبة العصرية، 1412هـ/1992/4/219.

المبحث الثالث: الخلاف الفقهي في قضاء المرأة بين المنظومة المقاصدية والقواعد الفقهية

نظراً لتجدد المصالح وتنوعها وتعددتها وتطورها من زمن إلى آخر، جاءت الضرورة إلى إعادة البحث في حكم تولية المرأة القضاء، ودراستها من جديد بروح العصر الحاضر ومعطياته، في إطار روح الشريعة ومقاصدها، بغية التوصل إلى استقرار الرأي في المسألة، لإمكانية تقنينها، علماً أن القوانين ليست مجرد أطر فنية أو قوالب نصية، بل هي صياغة لعلل وأهداف ومقاصد، تقوم هذه القوانين على أساسها وتسعى لتحقيقها، خاصة في هذا العصر الذي يتشوف فيه المسلمون إلى بناء أمة إسلامية متطورة ومتوازنة في جميع أطرها.

وهذا ما سيتم دراسته من خلال المطالبين الآتيين:

المطلب الأول: مناط الخلاف الفقهي في قضاء المرأة ضمن إطار المنظومة المقاصدية

يرتبط النظام القضائي بالجماعة البشرية ومستواها المدني والحضاري، فطبيعة المجتمع توجد نوعاً من العلاقات الاجتماعية التي تتعدّد كلما تعقدت الحياة بتطوراتها المدنية، ومن ثم تتشابه المصالح وتتعارض، مما يفضي إلى الخصومات التي تحتاج إلى النظر فيها كي لا يعيش الناس في فوضى.

لذا فالقضاء من أهم وظائف الدولة، التي تنهض عليها الأمة في سياسة الدنيا وحراسة الدين، ويعود الفضل الأكبر في تكامل المبادئ العامة لنظام القضاء واستقرار بنيانه إلى العصر النبوي، فكانت أفضية النبي وأفضية صحابته، سنناً متبعة وممارات هداية تتكشف من خلالها القضايا، فبالقضاء يكون دفع الظلم، ونصرة المظلوم ومنع الظالم من الاعتداء على الأمن والحرمان، وبه تحقق الأهداف العليا لصيانة المجتمع، قال تعالى: ﴿وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ وَلَكِنَّ اللَّهَ ذُو فَضْلٍ عَلَى الْعَالَمِينَ﴾.

ومن أجل استخلاص قصد القضاء وغايته، لا بد من الرجوع إلى تعريفه، الذي سبق أن توصلت به إلى أن التعريف الجامع للقضاء عند الفقهاء، هو أنه "فصل الخصومات وقطع المنازعات وإظهار حكم الله على وجه الإلزام" إذ أن فصل الخصومات وإظهار الحق هما الغرض المقصود منه، فهما نتيجة له يترتبان عليه. وقد نبّه إلى مقصده القرافي في الذخيرة، عندما قال: "الإمامة والقضاء، فرض على الكفاية لما فيه من مصالح العباد ومنع التظالم والفساد وفصل الخصومات، ورد الظلمات وإقامة الحدود، وردع الظالم ونصر المظلوم، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر".

ولعل الحكم بالعدل من أفضل أعمال البر وأعلى درجات الأجر، نص على ذلك النبي في الحديث: [إن المقسطين عند الله على منابر من نور عن يمين الرحمن عز وجل، وكلتا يديه يمين، الذين يعدلون في حكمهم وأهليهم وما ولوا].

وبما أن القضاء أكثر مجالات الحياة احتياجاً للعدل؛ لذا كان العدل ركنه الركين وأساسه المتين، حيث تكرر الأمر به في القرآن الكريم في آيات عديدة وبصيغ مختلفة، تبيهاً على خطورته في الحياة وتأكيذاً لوجوبه على القضاة فيما أسند إليهم من الحكم في الخصومات، 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﴾.

لم يقتصر أمره سبحانه وتعالى بالالتزام بالعدل على الأحكام والأعمال، بل تعداها إلى الأقوال، كما يرى ابن عاشور، فإذا كانت أهمية الأشياء تقاس بغاياتها، والغاية من القضاء هي إقامة العدل وإظهار الحق على سبيل الحاكمية والإلزام؛ لذا كان القضاء بالحق من أشرف العبادات، ولأجله بعث الله الأنبياء، وبه قامت الأرض، ودامت الدول، وكان أهم ما ينشأ عنه سعادة الأمة ودوام بقائها.

وقد قال ابن تيمية: "المقصود من القضاء وصول الحقوق إلى أهلها وقطع المخاصمة، فوصول الحقوق هو المصلحة، وقطع المخاصمة إزالة المفسدة، فالمقصود هو جلب تلك المصلحة وإزالة هذه المفسدة، ووصول الحقوق هو من العدل الذي تقوم عليه السماوات والأرض"³³.

يتحصل مما سبق أن ماهية القضاء حقيقتها نيابة عن الإمام في إقامة الشرع ورعاية مصالح الأمة، أصل ذلك كله وجماعه ومقصوده هو العدل والقضاء وسيلته.

وبما أن العدل هو المقصود، فقد نحت الشريعة الإسلامية لتحقيقه منحى الاعتدال في اختيار القضاة، فقد حرصت كل الحرص على أن تحيط عملية الاختيار هذه بجملة من الضوابط الشرعية التي من شأنها أن تكفل حسن الاختيار، ومن المعلوم أن تحقيق العدل وإظهار الحق والإلزام به، يتوقفان على حسن سير جهاز القضاء، وقوام ذلك حسن اختيار القضاة، إذ هم عصب القضاء وقوامه، وعليهم يقع عبء الأحكام وتبعية القضايا.

وجملة الضوابط التي يستند إليها من بيده اختيار القضاة وتعيينهم، تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: ضوابط تقيد تصرف من بيده تولية القضاة، وهي: اختيار الأصلح، واختيار الأمتل والمساواة. وهي ليست موضوع بحثي.

³³ شيخ الإسلام أحمد، ابن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد النجدي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1398هـ / 35 / 355.

مناط الخلاف الفقهي في حكم قضاء المرأة وأثره في التقنين القضائي الإماراتي المعاصر

القسم الثاني: ضوابط تتعلق بالقاضي، وهي محل البحث وموضوعه. وإن الناظر في كتب الفقه على اختلاف مشاربيها وتباين مذاهبيها، يراها في عرضها لشروط تولي القضاء، ذات مرتكزين اثنين: التشريع السماوي واجتهاد الفقهاء، بما ترمي إليه مقاصد الشريعة الإسلامية. ومن الملاحظ أن الفقهاء اتخذوا في تكييفهم لشروط تولي القضاء مناهج مختلفة، تراوحت بين أسلوب تعداد الشروط والصفات، وكانوا قد اختلفوا هم أنفسهم فيها، فمنهم من ألحقها بشروط الشهادة وهم الحنفية. ومنهم من قسمها إلى ثلاثة أقسام: وهم المالكية: قسم شرط في صحة التولية، وقسم ليس بشرط، وقسم لا يقتضي عدمه الفسخ وإنما هو وصف كمال.

وجرباً على طريقة فقهاء المالكية تم تقسيم شروط تولي القضاء إلى ثلاث مجموعات كلية تتفرع عنها جزئيات باعتبار مقاصد الشريعة: شروط تقع في مرتبة الضروريات، وشروط تقع في مرتبة الحاجيات، وشروط تقع في مرتبة التحسينيات والكماليات، وما ينبغي لفت الانتباه له، هو أن مراتب الجزئيات في كل كلية متفاوتة الأهمية، من حيث الطلب، فبعضها أكد من بعض، وبعض الجزئيات لا تتضبط في كلية واحدة لاتساع دائرة مدلولاتها، واحتمالها لأكثر من معنى، فجاءت مبنوثة في الكليات الثلاث باعتبار آثارها في تحقيق مقاصد الشريعة من أحكام القضاء.

أما الشروط الضرورية فالعلم والإسلام والعدالة، وأما الشروط الحاجية، فالقدرة على استحضرار الحكم الشرعي والعلم بأحوال الناس ومراعاة الأعراف السائدة بينهم، والفتنة والتكليف. وفي بطون كتب الفقه المطولات بهذا الصدد ما لا مجال لبحثه هنا.

ومجال بحثنا في الشروط التحسينية والكمالية التي عدها العلماء كثيرة جداً، ومتعذرة الاجتماع، وبعضها أكد من بعض، ومنها أن يكون عالماً ممن يسوغ له الاجتهاد، عدلاً ورعاً أميناً متأنياً صلباً في الحق، سليم الحواس، مستشيراً لذوي الرأي، حراً ذكراً، حيث ذكر العلماء الذين صنفوا اشتراط الذكورة في منزلة الكمال، يرجع السبب إلى أن تلك الشروط لا يتوقف عليها الحكم، ولا يضيق بها الخصوم إن لم تكن في القاضي، لذا لم تبلغ رتبة الحاجي³⁴.

فما يقتضيه فصل القضايا من صرامة العزم والجزالة، والهيبة في النفوس، وقوة العقل، جعل الكمال في اشتراط الذكورة، وذلك لضعف المرأة عن الأخذ بالحقوق، إذ تغلب عليها العاطفة ورقة الطبع، وسرعة التأثر

34. حاتم بن محمد، بوسمة، مقاصد القضاء في الإسلام، سلسلة كتاب الأمة، تصدر عن إدارة البحوث والدراسات الإسلامية بقطر، العدد: 149، 1433 هـ، 65/1 وما بعدها.

مناط الخلاف الفقهي في حكم قضاء المرأة وأثره في التقنين القضائي الإماراتي المعاصر

كما سبق بحثه ودراسته. هذا الضعف هو الذي حمل النبي على منعه أبي ذر الولاية في قوله: ليا أبا ذر إنك ضعيف وإنها أمانة، وإنها يوم القيامة خزي وندامة³⁵.

ولما كان مقصود الشارع من إقامة نظام القضاء، بث روح العدل والتناصف في نفوس الخلائق، فقد أحاط الهيكل القضائي بسياج ديني أخلاقي، إلى جانب الضمانات القانونية، وبهذا المعنى تقررت المسؤولية الدينية للقاضي، واعتبرتها أولى ضمانات العدل، ومزجت هذه المسؤولية بالعقيدة، مما اقتضى مراعاة القاضي للجانب التعبدي والروحي خلال قضاؤه بما يتلاءم مع روح التشريع وغاياته.

ولعلي أؤكد أن الاعتماد الأكبر في التنظيم القضائي على العقيدة والأخلاق اللتين ساهمتا في ضمان استقامته، إذ تعود القوة إلى الجانب السلوكي الذي يجب توافره في القاضي، وهو الحكم بالحق الذي يقتضي العلم بوجوده العدل الذي دل عليه الكتاب والسنة والذي هو مقصد القضاء، إلى جانب الأمانة التي تعود إلى الجانب الأخلاقي الذي يجب توافره في القاضي³⁶.

وعلى اعتبار أن العدل مقصود إرسال الرسل، وتشريع الشرائع، فقد ارتقى إلى الضروريات التي تترتب على تركه الخسارة في الدنيا، والعذاب في الآخرة، فهو صفة من صفات الله تعالى، ولا تسامح فيه على الإطلاق، لذا وجب طلبه والتمسك به من أي فرد صدر من الأمة، ذكراً كان أو أنثى، لا يمنع من تبنيه أي سبب، لأنه شرع الله، فإذا ظهرت أمارات العدل، وأسفر عن وجهه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه³⁷.

وبالتعمن فيما سبق، نجد أن الأفق المنطقي الذي يمكّن العقل البشري من تمثّل روح التشريع، والنفوذ إلى الحقائق التي هي بيّنات الإقناع، متأثراً من المرأة كما هو متأثراً من الرجل، والتاريخ يشهد للمرأة بذلك، فضلاً عما يفرضه المنهج الأصولي في الاجتهاد التشريعي من أن يكون للظروف المتغيرة والوقائع المتجددة، اعتبار ووزن في الاستدلال كلما اقتضى الأمر، تحريماً لمقصود القضاء، الذي هو العدل في الحكم، وتحصيلاً للمصلحة المعبرة شرعاً، ولعل هذا السبب الذي جعل العلماء يصنفون الذكورة على أنها شرط تحسيني كمال لا حاجي ولا ضروري؛ لأن مقصود القضاء متأثراً من المرأة كما هو متأثراً من الرجل، والمصلحة المرجوة من القضاء قد تتمكن المرأة من الإتيان بها، وخاصة في مجالات اختصاصها، أكثر من الرجل. وفيما سبق من الأمثلة والاستدلالات شواهد على إمكانية المرأة من تولي منصب القضاء؛ لذا كان اشتراط الذكورة محل خلاف بين الفقهاء. والله تعالى أعلم.

35 أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب: كراهية الإمارة بغير ضرورة، رقم الحديث 1825/3-457.

36 عبد الرحمن بن حسن، النفيسة، مسؤولية القضاة وواجباتهم، العدد الخامس عشر، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة 175.

37 محمد بن أبي بكر، ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، مراجعة: طه عبد الرؤوف سعيد، دار الجيل، بيروت، د: ت 1/3.

المطلب الثاني: مناط الخلاف الفقهي في قضاء المرأة ضمن إطار القواعد الأصولية والفقهية

إن الاستنباط والاجتهاد اللذين يستعان بهما في معرفة الحكم الفقهي المتعلق بتولي المرأة منصب القضاء، لا يقومان إلا من خلال ربط القواعد المقاصدية بالقواعد الفقهية والأصولية، فلا بد من سيرهما معاً، ليكون الحكم الفقهي موافقاً لمراد الشارع الحكيم، ومحققاً لغايته، ومجسداً لهدفه ومقصده³⁸.

لذا استدل الفقهاء لأحكامهم بالقواعد الأصولية التي تعد قواعد استدلالية، تدور حول محور الاستنباط والاستخراج للأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية، وكيفية استثمارها لإظهار الحكم الشرعي بما يتلاءم مع متطلبات العصر، فكان ردهم على من منع تولي المرأة القضاء بناء على عموم لفظ آية قوامة الرجل على المرأة، بأن مفاد القوامة ورودها في خصوص قوامة الرجل على زوجته فقط، والحديث المحوري الذي نصه: [إن يفلح...] بأن هذا الحديث ليس خاصاً بسبب ما ورد من أجله وهو تولية أهل فارس بوران بنت كسرى ملكة عليهم بل إن لفظه عام مستقل صالح للابتداء به، فلا يخصه وروده على سبب خاص، عملاً بالقاعدة الأصولية العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ذلك أن مناط الحكم هو لفظ الشرع بقطع النظر عن ملابساته وظروفه عند الأصوليين كما سبق بيانه.

يضاف إليه الاستدلال بمفهوم المخالفة لحديث: [القضاة ثلاثة: واحد في الجنة واثنان في النار، رجل...] علماً أن الاستدلال بمفهوم المخالفة ليس محل اتفاق بين الأصوليين أنفسهم، حتى إن من قال بحجبه، لم يجعله حجة على إطلاقه، إنما ضبطه بشرط ألا تظهر للقيّد فائدة أخرى، وقد ظهرت في هذا الموضوع، وهي أنه لا يستوجب القضاء إلا ممن كان عدلاً لا يجور، لتحقيق المصلحة المرجوة من القضاء كما مر بيانه³⁹.

هذا ومن خلال الرد السابق على الاستدلال بالقواعد الأصولية، يمكن أن نخلص إلى أن الاستدلال ظني بطرق الاحتمال والخلاف، وما كان هذا شأنه لا يمكن الجزم به واعتماده في الحكم. والله تعالى أعلم
لذا استدل الفقهاء لأحكامهم بالقواعد الفقهية، التي لها أهمية ظاهرة في ضبط الحكم الشرعي، وإمكانية نظمها في سلك واحد، بغية إدراك الروابط بين الجزئيات المتفرقة، وتصور الصفات الجامعة في مسألة قضاء المرأة، لتساعد على فهم مناط الخلاف الفقهي، ومقاصد الأحكام ومآخذ الفقهاء⁴⁰. يؤكد ذلك ما قاله القرافي: "من ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندرجها في الكليات".

38 د: عبد الرحمن، الكيلاني، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، رسالة دكتوراه، المعهد العالي للفكر الإسلامي، دار الفكر، ط1، 2000م/77/75.

39 للاستزادة انظر في المبحث الثاني من البحث، حيث تم التوسع في القواعد الأصولية عند الحديث عن طرق الاستدلال والمناقشات الواردة فيها.

40 يعقوب بن عبد الوهاب، الباحثين، القواعد الفقهية، مكتبة الرشد، شركة الرياض، الرياض، ط1، 1418هـ/1998م: ص114.

ولا شك أن كتب الفقه وأصوله وقواعده ثرية وغنية بما يساعد على استنباط الحكم الفقهي في المسألة، لتكون مادة خصبة تعين المرأة القاضية أثناء قيامها بمهامها القضائية، ولتتمكن من خلالها من معالجة المشكلات المعاصرة التي قد تواجهها في مهامها، خاصة وأنها في مرحلة البدايات في خوضها القضاء. ومن القواعد الفقهية التي يمكن أن نسند إليها حكم تولية المرأة القضاء، قاعدة درء المفسد مقدم على جلب المصالح فهي من أعظم القواعد الكلية تطبيقاً وامتداداً في مسائل الفقه عموماً، ومسائل القضاء خصوصاً، حيث تستمد هذه القاعدة أهميتها من كونها متفرعة عن القاعدة الكبرى الضرر يزال التي قال عنها ابن النجار الحنبلي: "هذه القاعدة فيها من الفقه ما لا حصر له، ولعلها تتضمن نصفه، فإن الأحكام إما لجلب المنافع أو لدفع المضار، فيدخل فيها دفع الضروريات الخمس، التي هي حفظ الدين والنفس والنسب والمال والعرض، وهذه القاعدة ترجع إلى تحصيل المقاصد وتقريرها بدفع المفسد أو تخفيفها"⁴¹ لذلك رد طائفة من أهل العلم الشريعة كلها إلى جلب المصالح ودرء المفسد⁴². فإذا تعارضت مصلحة مع مفسدة قدم دفع المفسدة، لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات، دليله حديث النبي: [إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه]⁴³.

وتطبيقاً لهذه القاعدة منع الفقهاء المرأة من القضاء، لما يترتب عليه من مفسد، من أهمها: الاختلاط بالرجال، وانهيار الحياة الأسرية التي تتحمل المرأة معظم تبعاتها، من إنجاب الأولاد ورعايتهم ورعاية شؤون البيت، فضلاً عن الأضرار الجسدية والنفسية التي قد تلحقها جراء القيام بعملها كقاضية، مرد ذلك فطرتها وأوثقتها التي لا يمكن أن تتسلخ عنها بحال⁴⁴ كما سبق الحديث عنه.

هذا ويمكن رد الاستدلال بنسبة الحكم الجزئي في قضاء المرأة إلى القاعدة الكلية المذكورة، بأنه استدلال ضعيف، لأن احتمالية الضرر غير متحققة، ولا يمكن أن تعم جميع النساء، وخصوصاً إذا بلغت المرأة سناً معينة لا تتأثر خلالها بوظائفها الفيزيولوجية، وكانت منضبطة بضوابط الاحتشام وقواعد العمل الشرعية، وفي سيرة العديد من النساء اللواتي تقلدن مهام وظيفية في المجتمع ونجح في مهامهن خير دليل وبرهان على صحة ذلك.

41 محمد بن أحمد بن علي الفتوح، ابن النجار، شرح الكوكب المنير، تحقيق: د. محمد الزحيلي، د. نزيه حماد، مكتبة العبيكان، ط1، د: ت 443/4-444.

42 تاج الدين عبد الوهاب، ابن السبكي، الأئمة والنظار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ/1991م 12/1.

43 البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الإقتداء بسنن النبي ﷺ 2658/6، رقم الحديث: 6858.

44 أبو الأعلى، المودودي، الإسلام في مواجهة التحديات المعاصرة، دار القلم، الكويت، ط4، 1400هـ/1980م ص: 264.

مناطق الخلاف الفقهي في حكم قضاء المرأة وأثره في التقنين القضائي الإماراتي المعاصر

يضاف إليه وجود الحاجة إلى تقليد المرأة منصب القضاء وخصوصاً في زمن التطور الاجتماعي والثقافي والحضاري، إذ يعد وجود الحاضنة الاجتماعية التي تتقبل فكرة تولي المرأة منصب القضاء مع الحاجة إلى ذلك، خاصة في مجال اختصاصها يرد الاستدلال بمنعها من القضاء، لسبب وجود الضرر، عملاً بالقاعدة الضرورات تبيح المحظورات فالضرورة تبيح الممنوع المجزوم به، أما قضاء المرأة فمختلف فيه؛ لذا يباح من باب أولى للحاجة له في بعض المجالات أولاً، ولعدم الجزم بمنعها ثانياً. وبذلك نجد الاستدلال بالقواعد الفقهية والأصولية غير جازم، مما جعل حكم تولي المرأة القضاء في دائرة مغلقة تدور فيها الاجتهادات الخلافية. والله تعالى أعلم

كما اقتضى تغيير أحوال الناس عما كانوا عليه في السابق تجدد متطلباتهم، فالأحكام كما ذكر ابن القيم نوعان: نوع لا يتغير عن حالة واحدة، لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة ولا الاجتهادات الأئمة، فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد، ونوع يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زماناً ومكاناً، فإن الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة⁴⁵.

ولعل قضاء المرأة من النوع الذي يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زماناً ومكاناً، يدل عليه عدم ورود نص قطعي في حكمه؛ لذا يمكن إسناد حكم قضاء المرأة إلى القاعدة الفقهية تغير الفتوى بتغير الأزمان والأحوال هذا التغير يرجع إلى تحقيق مناط الحكم ومقصده، بمرعاة شروطه وموانعه ومقتضياته، حسب الظروف المحيطة به، بما يثبت مرونة الشريعة الإسلامية، وصلاحياتها لكل زمان ومكان، وقد سبق بيان مقصد القضاء ألا وهو العدل، وهو حاصل من المرأة كما هو من الرجل.

ومهما يكن من أمر فإن تلك الخلافات الفقهية في المسألة لا ينبغي أن يستخلص منها أنها أقرت قاعدة مطلقة، تقضي بعدم صلاحية المرأة في كل زمان لتولي القضاء، نظراً لتأرجح الآراء الفقهية في شأنها، لذا يتعين ترك حسم هذا الأمر وصلاحيته لكل زمن، مع مراعاة الاعتبارات الاجتماعية التي تحكمه، والأعراف والثقافات المتنوعة بين البلدان، والله أعلم

⁴⁵ محمد بن أبي بكر، ابن قيم الجوزية، إغاثة اللهيان من مصائد الشيطان، تحقيق: محمد عزيز شمس، دار عالم الفوائد، مطبوعات المجمع، د: ت 330/1.

المبحث الرابع: طبيعة المنظومة القضائية في الإمارات ومدى تأثيرها بمناط الخلاف الفقهي

في حكم قضاء المرأة

لقد عني الدستور الإماراتي بتطبيق مبدأ المساواة بين أفراد المجتمع، وكفل للمواطن حريته وحقوقه وواجباته، نصت المادة 14 على أن: "المساواة، والعدالة الاجتماعية، وتوفير الأمن والطمأنينة، وتكافؤ الفرص لجميع المواطنين، من دعائم المجتمع، والتعاقد والتراحم صلة وتقى بينهم".

كما نصت المادة 25 على أن: "جميع الأفراد لدى القانون سواء، ولا تمييز بين مواطني الاتحاد بسبب الأصل أو الموطن أو العقيدة الدينية أو المركز الاجتماعي".

أرسى الدستور دعائم المساواة بين جميع الأفراد على العموم، وبين الرجل والمرأة على الخصوص، كما كفل لكل فرد من أفراد المجتمع الإماراتي الحق في اختيار عمله، وحرفته ضمن حدود القانون، مع مراعاة التشريعات المنظمة لبعض هذه المهن والحرف، حيث فتح باب الوظائف العامة لجميع المواطنين، على أساس المساواة بينهم في الظروف، وفقاً لأحكام القانون، وقد عدت تلك الوظائف خدمة وطنية تناط بالقائمين بها، هدفها المصلحة العامة وحدها كما جاء في المادة 34 35 من الدستور.

هذا وقد كانت التشريعات النازمة لمهنة القضاء حين إصدار القانون الاتحادي رقم 3 لسنة 1983م، تشترط الذكورة في القاضي، حيث تمنع المرأة من تولي منصب القضاء، فقد جاء في الفصل الأول من القانون الاتحادي الصادر عام 1983م الذي يعنى بشؤون تعيين القضاة وترقيتهم ونقلهم وأقدميتهم ومرتباتهم من المادة 18 ما نصه:

يشترط فيمن يولى القضاء في المحاكم الاتحادية: أن يكون ذكراً مسلماً كاملاً أهلية⁴⁶.

لكن بالنظر في نصوص قانون تنظيم القضاء رقم 13 لسنة 2016 بشأن السلطة القضائية الاتحادية، لم ينص على اشتراط الذكورة في القاضي، ولم توجد أي تفرقة بصدد الشروط التي يلزم توافرها فيمن يولى القضاء بين الرجال والنساء، حيث جاءت النصوص عامة مطلقة في هذا الشأن.

جاء في المادة 32 من قانون السلطة القضائية الاتحادية: "وتتلخص هذه الشروط فيمن عُين قاضياً في المحاكم أو عضواً في النيابة العامة أو مُفتشاً قضائياً في إدارة التفتيش ما يلي:

- أن يكون مسلماً، كامل الأهلية⁴⁷.

⁴⁶ الجريدة الرسمية، دائرة النيابة العامة، العدد 126 السنة الثالثة عشر بتاريخ 1983/5/30 وعمل به من تاريخ 1983/6/30م، موقع إلكتروني.
⁽⁴⁷⁾ لمعرفة المزيد ينظر دولة الإمارات العربية المتحدة، قانون السلطة القضائية الاتحادية، 1983/3 الباب الثالث، الفصل الأول في تعيين القضاة.

مناط الخلاف الفقهي في حكم قضاء المرأة وأثره في التقنين القضائي الإماراتي المعاصر

مفاد ذلك، تعديل الإمارات قانون السلطة القضائية بما يسمح بتولي المرأة المناصب القضائية في إطار الاستراتيجية الوطنية لتمكين النساء الإماراتيات.

وهذا ما جرى فعلاً في خطوة إيجابية نحو مراعاة تطور الظروف البيئية والاجتماعية، حيث تنبّهت الدول العربية، وعلى رأسها دولة الإمارات العربية المتحدة، التي تعمل على تحقيق التنمية المستدامة في خطة عام 2030، إلى أن تأخر المرأة في السلطة القضائية، يؤخر تطور المؤسسات التمثيلية، وتحقيق العدالة بين الجنسين، التي هي أولى دعائم دستور الدولة⁴⁸.

وبالفعل فقد تم إجراء تعديلات في قانون السلطة القضائية الإماراتي ليسمح بدخول المرأة في مجال العمل القضائي بعد أن كان حكراً على الرجال، وأقر مجلس الوزراء التعديلات التي تمنح وزير العدل صلاحية النقل بين الوظائف القضائية بالإضافة إلى تعديل جدول مسميات الوظائف.

كما اعتبر معالي الدكتور هادف جوعان الظاهري وزير العدل أن تعيين أول قاضية خطوة مهمة تجسد أن الإمارات من الدول التي تنال فيها المرأة جميع الحقوق وتتبوأ أفضل المناصب في ظل الدعم الكبير الذي تلقاه من القيادة، وأشار إلى أن ما حقته المرأة الإماراتية من تفوق يدل على ما تتمتع به من إمكانات في مختلف المجالات وهو ما أهلها للوصول إلى أفضل المناصب⁴⁹.

كما أصدر الشيخ خليفة عام 2007 قراراً بتعيين وكيلتي نيابة عامة، تبعه مرسوم في 2008 بتعيين القاضية الماليزية تان داتو يعقوب، باعتبار أن الإمارات لم تمتلك في ذلك الوقت قاضية إماراتية مؤهلة، إلى أن عُيّنّت خلود الظاهري، لتصبح ثاني قاضية خليجية. وسبق أن عُيّنّت في نهاية عام 2007م كل من عالية الكعبي وعاتقة الكثيري كأول وكيلتي نيابة للعمل بدائرة القضاء في الإمارات، كما تمّ تعيين القاضيتين ابتسام علي البدواوي في عام 2009م، والقاضية فاطمة إسماعيل محمد في محاكم التنفيذ لإمارة دبي أيضاً. وتشغل اليوم قاضيتان إماراتيتان مناصب في المحكمة الاتحادية العليا.

هذا ويستند التعيين في وظائف القضاء إلى السلطة التقديرية لجهة الإدارة؛ لذا كان لها أن تترخص في الأخذ بأي من الآراء المذكورة لدى الفقهاء القدامى، وفق ما تراه أكثر ملاءمة لظروف الحال ومتغيرات العصر وحاجاته بناء على اختلاف الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

ولعل السبب الرئيس الذي فتح المجال أمام المرأة الإماراتية، الأهمية البالغة لمشاركتها في القضاء، حيث استندت مشاركة المرأة في السلطة القضائية على ثلاث نقاط مهمة حسب موجز سياسات منظمة الإسكوا

48 موجز السياسة، المرأة في السلك القضائي، خطوة باتجاه تحقيق العدالة بين الجنسين، الأمم المتحدة، الإسكوا بيروت، 2018م.

49 تولى المرأة القضاء دفعة جديدة للنساء لمواصلة النجاح، منشورات جريدة الاتحاد، تاريخ: الخميس 27 مارس 2008.

مناطق الخلاف الفقهي في حكم قضاء المرأة وأثره في التقنين القضائي الإماراتي المعاصر

الدولية: ESCWA: يضمن مساواتها مع الرجل في جميع المؤسسات العامة، ويعد مكوناً أساسياً في إنشاء مؤسسات قضائية قوية وشاملة وذات كفاءة، كما يعزز إمكانية اللجوء إلى القضاء لجميع النساء لإتاحة التقاضي لهن بأريحية وثقة عند مواجهة أي شكل من أشكال التمييز.

ويضيف الموجز كذلك: "أن التجارب التي تخوضها القاضيات في حياتهن تحفز وعيهن ببعض المسائل مثل التصورات النمطية التي تعاني منها بعض النساء"⁵⁰.

نستنتج من ذلك، أن القوانين الوضعية والمواثيق الدولية والمؤشرات السياسية لدولة الإمارات تساهم في تعزيز مشاركة المرأة في السلك القضائي، حيث تشكل النظم القضائية آليات رئيسة للمساعدة والقضاء على جميع أشكال التمييز وحماية حقوق المرأة ومساواتها بالرجل.

ولعل الخلاف الفقهي الوارد في قضاء المرأة وتحقيق مناهضة ومعرفة كيفية الاستدلال عليه بالأدلة وطرق حل الإشكالات فيها، كان له الأثر الأكبر في تعديل القانون الإماراتي وإلقاء الضوء على أهمية إعادة النظر في حكم قضاء المرأة، نظراً لضرورة دخولها السلك القضائي بما لا يتعارض مع واجباتها ومهامها الأسرية، وبما يحقق مقصد القضاء وغاياته، ضمن ضوابط شرعية تلتزم المرأة بمراعاتها، وذلك بغية تدعيم صرح القضاء بأرفع قيم العدالة والحيادة والاستقلال، يؤيد ذلك أن القضاء مظهر من مظاهر سيادة الدولة، والرجال والنساء من أبناء الدولة الواحدة فيه سواء.

هذا ولا يمكن أن يعدو شرط الذكورة في تولي المناصب القضائية كونه أحد المعايير التي ينظر فيها عند التعيين، وتراعي فيه الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية شتى الاعتبارات، من أحوال مهنة القضاء وملابساتها، وظروف البيئة، وأوضاع العرف والعادات والتقاليد، دون أن يكون في ذلك حط من قيمة المرأة، ولا نيل من كرامتها، ولا نقص من مستواها الأدبي والثقافي والمعرفي، ولا إجحاف بها على الإطلاق، إنما هو مجرد تخيير الإدارة في مجال تترخص فيه، لملاءمة التعيين في وظيفة بذاتها، بحسب ظروف الحال وملابساتها، كما قدّرتها هي. وليس في ذلك ما يخل بمبدأ المساواة الذي أرسى دعائمه دستور الدولة، وبالتالي فلا معقب على قرار تعيين القضاة الصادر من المحكمة بناء على السلطة التقديرية، طالما أن التقدير قد خلا من إساءة استعمال السلطة، والله تعالى أعلم.

⁵⁰ انظر المرجع السابق.

الخاتمة والتوصيات

أولاً: أهم النتائج:

بعد أن منَّ الله تعالى عليَّ بإتمام هذه الدراسة، وأعانني على التمهيص فيها وتأليفها، فإن لي وقفة أستخلص فيها أهم نتائجها، وذلك من خلال النقاط التالية:

1. ضرورة فتح باب الاجتهاد أمام تولي المرأة منصب القضاء، لما فيه من خير على الأمة الإسلامية عامة والمرأة خاصة.

2. تبقى مسألة تولي المرأة منصب القضاء ضمن نطاق المسائل الخلافية المفتوحة لا المغلقة التي تحكمها ظروف كل مجتمع وأعرافه الاجتماعية وتقاليده، ضمن شروط وضوابط شرعية تخضع لها المرأة حين توليها القضاء، لا سيما منها: بلوغها نضجاً عقلياً، ورأياً رشيداً، وسناً معيناً لا تكون معه المرأة عرضة للاضطرابات الهرمونية، مع مراعاة الحاجة والضرورة لتوليبتها، ضمن الأمور التي تتمكن المرأة من النظر فيها، وفي إطار تخصصها، ولا ينكر ضرورة وجود الحاضنة الاجتماعية، والأعراف الثقافية، التي بلغت مبلغاً من التطور الاجتماعي والثقافي ما يجعلها تتقبل كون المرأة قاضية بين الخصوم، تحقيقاً للمصلحة التي توافق روح التشريع وقواعده، وتمشياً مع مرونة الإسلام، ومقتضيات تطورات العصر الراهن.

3. إن المنع الأولي من تولية المرأة منصب القضاء كان مراعاة لظروف غير مواتية لمناسبات فرضتها الأعراف والتقاليد، ووصفها بنقصان عقلها وقلة خبرتها، وغلبة عاطفتها، ليس تنقيصاً من شأنها، بل هو الكمال فيها، وخصوصاً ذات القرار المتزن التي تضي على بعض القضايا التربوية والاجتماعية لمسة إنسانية، في ظل ظروف الأزمات والطوارئ التي تعيشها البلاد، تمشياً مع مرونة الشريعة ومقتضيات العصر.

4. يعدُّ خروج المرأة للقيام بوظيفة القضاء مبرراً شرعياً لخروجها من بيت زوجها، طالما أنه لم يكن مشوباً بإساءة استعمال الحق ولا ينافيه، شريطة أن يكون هذا الحق برضى زوجها. وهذا لا يعني وجوبه ولزومه، بل ينظر للأمر في ضوء مصلحة المرأة والأسرة والمجتمع والإسلام.

5. إن الأفق المنطقي الذي يمكن العقل البشري من تمثّل روح التشريع، والنفوذ إلى الحقائق التي هي بينات الإقناع، متأثّ من المرأة كما هو متأث من الرجل، والتاريخ يشهد للمرأة بذلك، فضلاً عما يفرضه المنهج الأصولي في الاجتهاد التشريعي، من أن يكون للظروف المتغيرة والوقائع المتجددة، اعتبار ووزن في الاستدلال كلما اقتضى الأمر، تحريماً لمقصود القضاء، الذي هو العدل في الحكم، وتحصيلاً للمصلحة

المعتبرة شرعاً، ولعل هذا السبب الذي جعل العلماء يصنفون الذكورة على أنها شرط تحسيني كماله لا حاجي ولا ضروري.

6. لا يُستخلص من الخلافات الفقهية، أنها أقرت قاعدة مطلقة، تقضي بعدم صلاحية المرأة في كل زمان لتولي القضاء، نظراً لتأرجح الآراء الفقهية في شأنها؛ لذا يتعين ترك حسم هذا الأمر وصلاحيته لكل زمن، مع مراعاة الاعتبارات الاجتماعية التي تحكمه، والأعراف والتقاليد المتنوعة بين البلدان.

7. إن حصر مهنة القضاء في الرجال وفق التقنين القضائي المعاصر في دولة الإمارات، لا تعدو أن تكون مجرد تخيير للإدارة في مجال تترخص فيه، لملاءمة التعيين في وظيفة بذاتها، بحسب ظروف الحال وملابساته، كما قدّرتها هي، وليس في ذلك ما يخل بمبدأ المساواة الذي أرسى دعائمه دستور الدولة، وبالتالي فلا معقب على قرار تعيين القضاة الصادر من المحكمة بناء على السلطة التقديرية، طالما أن التقدير قد خلا من إساءة استعمال السلطة.

8. إن تعيين المرأة في القضاء لا يؤخذ على إطلاقه، بل يتعين إعماله بناء على المبدأ العام في وزن المناسبات والملابسات، والاستهداء بظروف الحاضنة الاجتماعية، وفي تخصصات محددة، تتناسب مع طبيعة تكوين بنية المرأة الأنثوية.

ثانياً: أهم التوصيات التي خرجت بها الدراسة:

- 1) ضرورة تمكين الكفاءات النسائية الحاصلة على التأهيل الشرعي والقانوني من تولي الوظائف القضائية في مجالات التخصص الدقيق والتي يمكن لها أن تبدع فيها.
- 2) من أنسب مجالات القضاء التي يكون للمرأة فيها إبداع ومهارات عالية، القضاء المدني والاقتصادي والاجتماعي والإداري، لكونها من أكثر المجالات بعداً عن التأثير العاطفي والشخصي، حيث يتساوى فيها الرجل والمرأة أمام الإبداع والأداء الوظيفي.
- 3) مراعاة ظروف المرأة وطبيعتها بنيتها الأنثوية تتعين توليتها القضاء فيما عدا القضاء الجنائي والأحوال الشخصية، لاحتمالية تأثرها في كلا المجالين.
- 4) إطلاق التشريعات العربية من عقالها، من خلال النصوص الصريحة بإمكانية تولي المرأة منصب القضاء، وفتح باب التدريبات العملية القضائية أمام المرأة، في المجالات التي يمكن لها الحكم فيها في ضوء مقاصد الشريعة.

قائمة المصادر والمراجع

- 1) إبراهيم بن موسى، الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، علق عليه وخرج أحاديثه: عبد الله بن دراز، دار الكتب العلمية، بيروت، د: ط، د: ت.
- 2) أبو الأعلى، المودودي، الإسلام في مواجهة التحديات المعاصرة، دار القلم، الكويت، ط4، 1400هـ/1980م.
- 3) أحمد بن أبي العلاء، شهاب الدين القرافي، الفروق، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، د: ت 1998م.
- 4) أحمد بن إدريس، شهاب الدين القرافي، العقد المنظوم في الخصوص والعموم، تحقيق: د. أحمد الختم عبد الله، دار الكتبي/ مصر، ط1، 1420 هـ - 1999 م.
- 5) أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد النجدي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1398هـ.
- 6) أحمد بن حجر، العسقلاني، فتح الباري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الريان للتراث، القاهرة، ط1، 1407هـ/1987م.
- 7) أحمد بن عبد العزيز، المرصفاوي، نظام القضاء في الإسلام، المستشار: جمال صادق، إدارة الثقافة والنشر بجامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، 1404هـ.
- 8) أحمد بن محمد الأمين، الشنقيطي، مواهب الجليل، مراجعة: عبد الله إبراهيم الشوكاني، إدارة: إحياء التراث الإسلامي، قطر 1407هـ.
- 9) إسماعيل بن عمر، ابن كثير، البداية والنهاية، تحقيق: أحمد عبد الوهاب فتيح، القاهرة، دار الحديث، 1417هـ/1997م.
- 10) إسماعيل بن عمر، ابن كثير، تفسير ابن كثير، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1408هـ-1988م.
- 11) جلال الدين، السيوطي، الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد المعتمد بالله البغدادي، بيروت، دار الكتاب العربي، ط1، 1407هـ.
- 12) حافظ محمد، أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، دار بلنسية، السعودية، الرياض، ط1، 1420هـ.
- 13) زين الدين بن إبراهيم، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، د: ت.
- 14) طارق، الطيار، تولي المرأة للقضاء في الدول العربية، دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير، مقدمة: جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية عام 2008م.
- 15) عبد الرحمن، ابن خلدون، المقدمة، الدار التونسية للنشر، تونس، 1993م.

- 16) د: عبد الرحمن، الكيلاني، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، رسالة دكتوراه، المعهد العالي للفكر الإسلامي، دار الفكر، ط1، 2000م.
- 17) عبد الله بن أحمد، موفق الدين ابن قدامة، المغني مع الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، 1403هـ/1983م.
- 18) عبد الله ابن عقيل، بهاء الدين، شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك، ت: محمود مصطفى حلاوي، د: ط، د: ت.
- 19) عبد الوهاب، تاج الدين ابن السبكي، الأشباه والنظائر، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ/1991م.
- 20) علاء الدين الحنفي، البخاري، كشف الأسرار، بيروت، دار الكتاب العربي، 1394هـ.
- 21) علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، مطبعة الإمام بالقاهرة، مصر، د: ت.
- 22) علي بن حبيب، الماوردي، أدب القاضي، تحقيق: محي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، إحياء التراث الإسلامي، بغداد، عام 1319هـ-1971م.
- 23) علي بين سليمان، المرادوي، الإنصاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ط1، 1377هـ/1957م.
- 24) علي بن عبد الكافي، ابن السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، د: ط، د: ت.
- 25) عمر بن علي، ابن الملقن، التوضيح لشرح الجامع الصحيح، سراج الدين أبو حفص الشافعي المصري المتوفى: 804هـ المحقق: دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، دار النوادر، دمشق - سوريا، ط1، 1429 هـ - 2008 م.
- 26) عمر رضا كحالة، أعلام النساء في عالمي العرب والإسلام، مؤسسة الرسالة، بيروت، شارع سوريا، طبعة مزيده وفيها مستدرك، د: ت.
- 27) فتحي، الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1414هـ/1994م.
- 28) الكمال، ابن الهمام، شرح فتح القدير، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط1، 1389هـ-1970م.
- 29) مجد الدين ابن تيمية، المسودة في أصول الفقه، [بدأ بتصنيفها الجد: ت: 652هـ، وأضاف إليها الأب: عبد الحلیم بن تيمية ت: 682هـ، ثم أكملها الابن الحفيد: أحمد بن تيمية 728هـ] المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي، د: ت.

- 30) مجيد محمود، أبو حجير، المرأة وحقوقها السياسية في الإسلام، شركة الرياض، مكتبة الرشد، د: ت 1416هـ.
- 31) محمد أمين بن عمر، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مطبعة البابي الحلبي، ط2، 1966/1386م.
- 32) محمد بن أبي بكر، الرازي، مختار الصحاح، مادة الواو واللام والياء دمشق، دار الحكمة، د: ت.
- 33) محمد بن أبي بكر، ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين مراجعة: طه عبد الرؤوف سعيد، دار الجيل، بيروت، د: ت.
- 34) محمد بن أبي بكر، ابن قيم الجوزية، إغائة اللهفان من مصادد الشيطان، تحقيق: محمد عزيز شمس، دار عالم الفوائد، مطبوعات المجمع، د: ت.
- 35) محمد بن أحمد بن جزى، أبو القاسم، القوانين الفقهية، ضبطه وصححه: محمد أمين الصابوني، بيروت، دار الكتب العلمية، ط2، د: ت.
- 36) محمد بن أحمد الخطيب، الشربيني، مغني المحتاج، مطبعة مصطفى محمد بمصر، د: ت.
- 37) محمد بن أحمد، الذهبي، أبو عبد الله، سير أعلام النبلاء، ت: محمد نعيم العرقسوسي، مأمون صاغرجي، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1422 / 2001م.
- 38) محمد بن أحمد عليش، شرح منح الجليل، ضبط: عبد الجليل عبد السلام، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د: ط، د: ت.
- 39) محمد بن أحمد الفتوحى، ابن النجار، شرح الكوكب المنير، تحقيق: د. محمد الزحيلي، د. نزيه حماد، مكتبة العبيكان، ط1، د: ت.
- 40) محمد بن أحمد القرطبي، ابن رشد، بداية المجتهد، المكتبة العلمية، 1404هـ/1984م.
- 41) محمد بن أحمد، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1994م.
- 42) محمد بن إسماعيل، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب المغازي، باب: كتاب النبي إلى كسرى وقيصر، رقم 4425 تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر دار طوق النجاة مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي ط1، 1422هـ.
- 43) محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، بيروت، المكتبة العصرية، 1412هـ/1992.
- 44) محمد بن جرير، أبو جعفر، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ت: صلاح عبد الفتاح الخالدي، دمشق، دار القلم، 1418هـ/1997م.

مناط الخلاف الفقهي في حكم قضاء المرأة وأثره في التقنين القضائي الإماراتي المعاصر

- (45) محمد، الشلش، حكم تولية المرأة القضاء، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، 1428هـ/2007م.
- (46) محمد الطاهر، ابن عاشور، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984م.
- (47) محمد، عبده، شرح نهج البلاغة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د: ت.
- (48) محمد بن علي، الشوكاني، فتح القدير، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، ط1، 1414هـ.
- (49) محمد بن علي، الشوكاني، السيل الجرار، تحقيق محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت، د: ت.
- (50) محمد علي المالكي، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، د: ط، د: ت.
- (51) محمد، عمارة، الإسلام وفلسفة الحكم، ط: دار الشروق الأولى، 1409هـ/1989م.
- (52) محمد بن عمر، الرازي، المحصول، دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط3، 1418 هـ - 1997 م.
- (53) محمد بن محمد، أبي حامد الغزالي، أساس القياس، تحقيق: فهد بن محمد السرحان، مكتبة العبيكان، د: ط 1413هـ-1993م.
- (54) محمد بن محمد، أبي عبد الله الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ/1995م.
- (55) محمد بن منظور، لسان العرب، مادة ولي بيروت، دار بيروت ودار صادر، 1388م/1968م.
- (56) محمود شكري، الألوسي، روح المعاني، دار الفكر، بيروت، 1417هـ/1997م.
- مسلم بن الحجاج، أبي الحسين النيسابوري، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د: ت.
- (57) منصور بن يونس، البيهوتي، الروض المربع، تحقيق: بشير محمد، مكتبة دارالبيان، ط2، د: ت.
- (58) يحيى بن شرف، النووي، المجموع، دار الفكر، بيروت، د: ت.
- (59) يعقوب بن عبد الوهاب، الباحثين، القواعد الفقهية، مكتبة الرشد، شركة الرياض، الرياض، ط1، 1418هـ/1998م.

قائمة المجالات والدوريات والمواقع الإلكترونية.

- (60) إبراهيم، فريد، علماء الشريعة اختلفوا حول المرأة قاضية، صحيفة الجمهورية، موقع إلكتروني.
- (61) أحمد عبد العزيز، الحصين، حكم الإسلام في ترشيح وانتخاب المرأة لمجلس الأمة، ط1، 1401هـ، من فتاوى لجنة الأزهر، رئيس اللجنة: محمد عبد الفتاح العناني، في حكم الشريعة الإسلامية في اشتراك المرأة في الانتخاب للبرلمان.
- (62) الجريدة الرسمية، دائرة النيابة العامة، العدد 126 السنة الثالثة عشر بتاريخ 1983/5/30 وعمل به من تاريخ 1983/6/30م، موقع إلكتروني.
- (63) حاتم بن محمد، بوسمة، مقاصد القضاء في الإسلام، سلسلة كتاب الأمة، تصدر عن إدارة البحوث والدراسات الإسلامية بقطر، العدد: 149، 1433هـ.
- (64) حمد، الكبيسي، رأي الإسلام في إشراك المرأة في مؤسسة الشورى، الحضارة الإسلامية.
- (65) عبد الرحمن بن حسن، النفيسة، مسؤولية القضاة وواجباتهم، العدد الخامس عشر، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة.
- (66) دستور الإمارات العربية المتحدة الصادر عام 1971م شاملاً تعديلاته لغاية 2009م، أنشئ الملف بتاريخ 2020/7/20م.
- (67) دولة الإمارات العربية المتحدة، قانون السلطة القضائية الاتحادية، 1983/3 الباب الثالث، الفصل الأول في تعيين القضاة.
- (68) قراءة تحليلية نقدية في الحكم الشرعي لتولي المرأة منصب القضاء، بلا مؤلف، ذكرته للأمانة العلمية، كوني اطلعت عليه وأفدت منه.
- (69) مجموعة من المفتين، تعيين المرأة في منصب القضاء، موقع إلكتروني إسلام أونلاين.
- (70) منشورات جريدة الإتحاد، تولى المرأة القضاء دفعة جديدة للنساء لمواصلة النجاح، تاريخ: الخميس 27 مارس 2008.
- (71) موجز السياسة، المرأة في السلك القضائي، خطوة باتجاه تحقيق العدالة بين الجنسين، الأمم المتحدة، الإسكو بيروت، 2018م.

تَمَّ بِحَمْدِ اللَّهِ وَتَوْفِيقِهِ.

مفهوم المواطنة ومعوقات تطبيقه في المجتمع المعاصر
العراق أنموذجاً

أ. د. سيفان باكراد
كلية الحقوق - جامعة الموصل

**The concept of citizenship and the obstacles to its application in
contemporary society
Iraq as a model**

**Dr. Sivan Bakrad Mesrob
Faculty of Law - University of Mosul**

الملخص

تُعد المواطنة الأساس لبناء الدولة المدنية الحديثة والبناء الدستوري والسياسي لأيّ دولة، فهي تعكس المساواة القانونية بين جميع المواطنين دون تمييز فيما بينهم. ومن أجل استمرار أيّ مجتمع سياسي يتطلب وجود الشعور والإحساس لدى الفرد بالانتماء إلى هذا المجتمع السياسي والتمسك بالهوية الوطنية الذي يعدّ كعامل معزز لتماسك المجتمع باعتبارها الوعاء الجامع لمختلف فئات المجتمع على أساس التجانس والانسجام وتعزيز الانتماء وولاء الأفراد لدولتهم. فنكون أمام دولة المواطنة التي تعترف بالتنوع الديني والعرقي والقومي والثقافي والانتماء للهوية الوطنية إلا أنّ صعوبته تطبيقها على أرض الواقع من التحديات المعاصرة التي تواجه هذا المفهوم نتيجة لعدة اعتبارات، منها الدينية والعرقية والعنصرية. وبذلك جاءت الدراسة متضمنة تعريف مفهوم المواطنة وشروط اكتسابها والوقوف حول أهم المعوقات التي تعيق تطبيق المواطنة في المجتمع المعاصر بشكل عام والمجتمع العراقي بشكل خاص كنموذج للدراسة. ومن أهم التوصيات المقدمة هو تشريع قانون خاص في العراق، يكفل مبدأ المواطنة والتعايش السلمي مع دعوة المؤسسات الدينية والتربوية والإعلامية إلى غرس قيم وثقافة المواطنة بين فئات المجتمع الواحد.

الكلمات المفتاحية: المواطنة، معوقات، المجتمع المعاصر، الجنسية، الولاء، الانتماء، الطائفية.

Abstract

Citizenship is the foundation for building a modern civil state and the constitutional and political construction of any country. it reflects the legal equality of all citizens without distinction among themselves. For a political society to continue, there is a need for an individual to feel his loyalty towards this political community, and adherence to the national identity, which is seen as a reinforcing factor for society's cohesion as it is the binding cord for different categories of society on homogeneity and harmony, promoting belonging and individual loyalty for their country. So, we will be within the State of Citizenship, that recognizes religious, ethnic, national and cultural diversity And belonging to national identity. But its difficulty in turning it into a fact is a contemporary challenge facing by this concept, that is encountered as a result of several religious, ethnic and racial considerations. This study came up to Include concept of Citizenship, the conditions of its acquisition, and the finding of the most important obstacles to the implementation of citizenship in contemporary society In general, and in Iraqi society in particular as a model for study.

One of the most important recommendations made is the legislation of a special law in Iraq, that ensure citizenship and peaceful coexistence with a call to religious, educational, and media institutions for cultivating values and cultures of citizenship among the categories of society.

Keywords: Citizenship, obstacles, contemporary society, nationality, loyalty, affiliation, sectarianism.

المقدمة:

تُعدّ المواطنة الرابطة القانونية التي تربط المواطن بالدولة يتمتع بالحقوق، ويلتزم بالواجبات تجاه وطنه، وهي تجسيد لمفهوم التعايش بين المواطنين، فهي تعكس المساواة القانونية بين جميع المواطنين دون تمييز فيما بينهم لأيّ سبب، وهي إحدى ركائز الدولة القانونية التي تجسدها الدولة المدنية الحديثة. ولم يعد هذا المفهوم بعدا قانونيا فحسب، بل أصبح له بعد سياسي واقتصادي واجتماعي وعالمي، وأصبح الوقوف على ماهيتها مسألة لا تقتصر على المتخصصين في مجال القانون، بل أصبحت تحظى باهتمام الأوساط المختلفة في المجتمعات محلياً وعالمياً. ولأجل الإحاطة بالموضوع والجوانب المتعلقة به، فإننا سوف نتناوله من خلال النقاط الآتية:

1. أهمية البحث: تبرز أهمية البحث في أنّ مفهوم المواطنة يُعدّ من المواضيع المتطورة والمتجددة في آن واحد والمهمة في التاريخ السياسي والاجتماعي للدولة الحديثة، وإساساً قوياً من اسس البناء الدستوري والسياسي لاي دولة كانت، وكمبدأ أساسي لقيام الدولة الديمقراطية الحديثة، وكمبدأ يتبناه أفراد المجتمع الواحد وما تقوم عليه من مرتكزات أساسية كالجنسية والولاء والانتماء بحيث يكون ولائهم للدولة الحديثة، وهنا تكمن الأهمية النظرية للموضوع. أما الأهمية العملية فتتضمن أهم المعوقات التي تعيق تطبيق مفهوم المواطنة في المجتمع المعاصر بشكل عام، والمجتمع العراقي بشكل خاص كنموذج للدراسة، وهي إحدى مبررات دراسة هذا الموضوع.

2. الهدف من البحث: إنّ الهدف من البحث هو التعرف على المفاهيم المتعددة للمواطنة والمرتبطة بها. ومن خلال تلك المفاهيم نستطيع التعرف على الشكل العام للمواطنة كمفهوم متطور مرّ بمراحل تاريخية مثلت كل مرحلة حالة من انعطاف وتحوّل في مسار الذهنيات والمعتقدات والافكار، مع تحديد شروط اكتسابها بشكل يعكس مضامينها الأساسية، والتطرق إلى أهم المعوقات التي تعيق تطبيق مبدأ المواطنة في المجتمع العراقي بشكل خاص، من خلال التطرق إلى أهم المعوقات الدينية منها والعرقية، والبحث في إشكالية الهوية الوطنية وأهم التحديات التي تواجهها، وفي المجتمعات الأخرى بشكل عام من المعوقات التي تعيق تطبيق مفهوم المواطنة.

3. إشكالية البحث: تكمن مشكلة الدراسة في مدى قصور بعض الدول العربية وبالاخص العراق في مراعاة مبداء المواطنة في الحياة السياسية في ظل الحكومات العراقية المتعاقبة، وفشلها في بناء دولة المواطنة

للجميع. وفي ظل صعوبة البحث عن الهوية الوطنية التي تعدّ روح المواطنة في بعض المجتمعات التي تتميز بالتعددية إلى جانب وجود عدة معوقات، منها الدينية أو العرقية والعنصرية، كلّ ذلك تُعدّ من أهم التحديات المعاصرة التي تواجه مفهوم المواطنة، وتعيق تطبيقها على أرض الواقع، إلى جانب قصور الجانب القانوني الذي يعزز حقوق المواطنة.

4. **فرضية البحث:** إنّ القصور في مراعاة مبدأ المواطنة في الحياة السياسية في الحقيقه هو عائد إلى طبيعة السلطة في الدولة وعجزها في بناء دولة المؤسسات، ممّا أعاق عملية الاندماج القومي وأخر عملية التحول الديمقراطي خصوصاً في الأنظمة العربيّه، ومنها العراق الذي يشهد عدم استقرار في مؤسساتها الدستورية وتراجعا لمفهوم المواطنة، وبروز ما يسمى بالمحاصصة الطائفية. وبالتالي خلق إشكالية الانتماء للهوية الوطنية في المجتمع العراقي السائد، حتى وإن كانت هناك نصوص تشريعية تكفل حقوق المواطنة إلا أنّ هناك غياباً لآلية تفعيل هذه النصوص من أجل الوصول إلى الدولة المواطنة الحقيقية، دون شعور المواطن أنّه من الدرجة الثانية أو الثالثة كما هو عليه الحال في العراق.

5. **منهجية البحث:** تقتزن منهجية بحثنا بالمنهج الاستقرائي من خلال الاستعانة بالمصادر العلمية والبحثية التي تعنى بالمواطنة، والمنهج الوصفي القانوني من خلال الاعتماد على نماذج من القواعد التشريعية، ومنها القوانين العراقية في تحديد مفهوم المواطنة وأركانها موضعاً أهم معوقات تطبيقه في المجتمع المعاصر بالإشارة إلى العراق ونماذج أخرى، مع بيان بعض الأمثلة التطبيقية التي كانت من أهم المعوقات لتطبيق مفهوم المواطنة.

6. **هيكلية البحث:** تتضمن هيكلية البحث من خلال تقسيمه إلى مقدمة ومبحثين. وسنوضح في المبحث الأول التعريف بالمواطنة، وموضحين المفهوم اللغوي والاصطلاحي، ولدى بعض الباحثين العرب، وشروط اكتساب المواطنة، وذلك ضمن مطلبين. وفي المبحث الثاني سننظر الى معوقات تطبيق المواطنة في المجتمع المعاصر، وبالاخص المجتمع العراقي، وذلك ضمن مطلبين. وفي خاتمة البحث، سنوضح أهم النتائج التي تمّ التوصل إليها، ونقدّم أهم التوصيات التي تتعلق بالموضوع.

المبحث الأول: التعريف بالمواطنة

تتعدد التعاريف المتعلقة بمفهوم المواطنة إلا أنّه لا يمكن إعطاء تعريف جامع مانع لهذا المفهوم، حيث أنّ مبدأ المواطنة كما استقر في الفكر السياسي المعاصر، هو مفهوم تاريخي شامل ومعقد، له أبعاد عديدة

مفهوم المواطنة ومعوقات تطبيقه في المجتمع المعاصر

ومتنوعة، منها ما هو مادي - قانوني، ومنها ما هو ثقافي - سلوكي، ومنها أيضاً ما هو وسيلة أو غاية يمكن بلوغها تدريجياً. ولا ننسى أنّ مفهوم المواطنة قد مرّ عبر التاريخ بمحطات تاريخية، نما فيها وتأثر عبر العصور بالتطورات السياسية والاجتماعية، وبعقائد المجتمعات وقيم الحضارات والمتغيرات العالمية الكبرى حتى وصل تدريجياً إلى دلالاته الحقيقية المعاصرة، فهو مفهوم متطور ومتجدد في ذات الوقت⁽¹⁾. لذلك، ليس من السهل إعطاء تعريف لمفهوم يتطور مع تطور المجتمعات، ولكن من الصعب أيضاً ترك المفاهيم دون تحديد مضامينها الأساسية. فالمطلوب هو وضع تعريف للمواطنة يعكس مفاهيمها الأساسية على أن تتبلور هذه المفاهيم من وقت لآخر. وفيما يلي سنتناول في هذا المبحث مفهوم المواطنة من الناحية اللغوية والاصطلاحية، ولدى بعض الباحثين العرب، وشروط اكتسابها؛ وذلك ضمن مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم المواطنة

سنوضّح في هذا المطلب مفهوم المواطنة لغةً واصطلاحاً، ولدى الباحثين العرب، وذلك ضمن فرعين كالآتي:

الفرع الأول: مفهوم المواطنة لغةً واصطلاحاً

إنّ كلمة المواطنة في اللغة العربية مأخوذة من كلمة الوطن: وهو المنزل الذي تُقيم فيه، وهو "موطن الإنسان ومحلّه" من وطن يطن ووطناً: أقام به، وطن البلد: اتخذهُ وطناً، توطن البلد: أتخذهُ وطناً، وجمع الوطن أوطان: منزل إقامة الإنسان ولد فيه أم لم يولد⁽²⁾. ومواطنة: مصدر الفعل (واطن) بمعنى شارك في المكان إقامةً ومولداً؛ لأنّ الفعل على وزن: فاعل⁽³⁾.

ولقد ظهرت تعريف عديدة لها اصطلاحاً، حيث عرفت دائرة المعارف البريطانية المواطنة: "إنّها علاقة بين الفرد والدولة كما حددها قانون تلك الدولة، وبما تتضمنه تلك العلاقات من حقوق وواجبات في تلك الدولة،

¹ إنّ أقرب معنى لمفهوم المواطنة في التاريخ القديم هو ما وصلت اليه دولة مدينة الإغريق التي شكلت الممارسة الديمقراطية لأثينا نموذجاً له، حيث امتازت الحضارة اليونانية بغناها بالفكر الفلسفي والقانوني والسياسي. وذهب أرسطو إلى القول عن الحرية اليونانية في كتابه " السياسة: " إن للمواطن أن يكون بالتتابع، محكوماً وحاكماً، ... سيداً ومسوداً، وأن يحقق، وبالتالي الحرية على أساس المساواة للجميع. ينظر: ادمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام "النظرية القانونية في الدولة وحكمها"، ج2، ط2، دار العلم للملايين، بيروت، 1971، ص142.

² د. ابن منظور، لسان العرب، ج15، ط2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1993، ص338.

³ حمد العدناني، معجم الاغلاط اللغوية المعاصرة، مكتبة لبنان، بيروت، 1948، ص725.

فهي مرتبطة بالحرية وما يصحابها من مسؤوليات، ومن هذه الحقوق الحق في التصويت، والحق في تولي المناصب العامة، أما الواجبات فمنها: واجب دفع الضرائب العامة، والدفاع عن الوطن⁽⁴⁾.

وجاء في الموسوعة العربية العالمية المواطنة بأنها: "اصطلاح يشير إلى الانتماء إلى أمة أو وطن"⁽⁵⁾. وهناك تعريفات متعددة لمفهوم المواطنة في الموسوعات القانونية والسياسية، حيث جاء في موسوعة السياسة تعريف للمواطنة: "هي صفة المواطن الذي يتمتع بالحقوق ويلتزم بالواجبات التي يفرضها عليه انتماءه إلى وطن، وأهمها واجب الخدمة العسكرية، وواجب المشاركة المالية في موازنة الدولة"⁽⁶⁾.

وتعرّف موسوعة المصطلحات السياسية المواطنة على أساس المساواة في التمتع بالحقوق والحريات؛ إذ تعني "أنّ كل المواطنين في المجتمع متساوون في الحقوق والواجبات، وتعتمد المواطنة على المساواة والحرية والمشاركة والمسؤولية الاجتماعية (كلّ الناس فوق تراب الوطن سواسية بدون أي تمييز بسبب الدين أو الجنس أو اللون أو المستوى الاقتصادي أو الانتماء السياسي)⁽⁷⁾.

وجاء في قاموس المصطلحات السياسية والدستورية والدولية بأنها: "التمتع بالحقوق المدنية المرتبطة بالجنسية، ويراد بذلك حالياً حق التصويت في الانتخابات السياسية، حق الترشيح، ممارسة الحريات العامة المتعلقة بالمشاركة السياسية، وتولي الوظائف العامة في أجهزة الدولة"⁽⁸⁾. وأشارت الموسوعة الأمريكية (كولير) إلى تعريفها للمواطنة من خلال ارتباط بين مصطلح المواطن والجنسية دون التمييز بينهما؛ لكونهما يعتبران الرابطة الأقوى التي تمثل عضوية المجتمع السياسي حيث إنّ المواطن يدين بالولاء لوطنه، ويكتسب المواطن حقوقاً وتقع على عاتقه واجبات⁽⁹⁾.

ويختلف مفهوم المواطنة عن مفهوم الوطنية؛ إذ يعني مفهوم الوطنية المشاعر العاطفية والوجدانية التي تتكون عند الفرد تجاه الوطن أو الأرض التي يحبها، أي موقف المواطن الفعلي الذي يتمتع بامتيازات المواطنة -تجاه دولته لما يحركه من دافع الحب والارتباط بالوطن، بينما المواطنة هي موقف الدولة تجاه المواطنين

⁴ د. عبد الله بن سعيد بن محمد آل عبود، قيم المواطنة لدى الشباب وإسهامها في تعزيز الأمن الوقائي، ط1، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2011، ص76.

⁵ الموسوعة العربية العالمية، مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع، 1996، ص311.

⁶ للمزيد ينظر د. عبد الوهاب الكيالي، موسوعة السياسة، ج6، ط1، المؤسسة العربية للدراسات، والنشر، بيروت، 1994، ص373.

⁷ معجم المصطلحات السياسية، معهد البحرين للتنمية السياسية، 2014، ص59.

⁸ د. أحمد سيفان، قاموس المصطلحات السياسية والدستورية والدولية، ط1، مكتبة لبنان، ناشرون، 2004، ص59.

⁹ د. عبد السلام موكيل، المواطنة وسياق الدولة والهوية، جامعة وهران، مجلة تاريخ العلوم، المجلد 1، العدد 1، ب-ت، ص5.

مفهوم المواطنة ومعوقات تطبيقه في المجتمع المعاصر

من أجل تحديد ما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات. وذلك يعني أن صفة الوطنية أكثر عمقاً من صفة المواطنة أو أنها أعلى درجات المواطنة، فالفرد بمجرد انتسابه إلى الجماعة أو دولة معينة يكتسب صفة المواطنة، بينما لا يكتسب صفة الوطنية إلا بالعمل والفعل الصالح لهذه الجماعة أو تلك الدولة، فيغلب المصلحة العامة للدولة على مصلحته الشخصية⁽¹⁰⁾.

نجد من خلال التعاريف الواردة أعلاه لمفهوم المواطنة، التركيز على أبرز مقومات المواطنة، وهي تمتع الأفراد بالحقوق والحريات، وتحقيق المساواة القانونية للجميع دون تمييز، والاعتماد على عنصر الولاء والانتماء إلى الوطن، والرابطة القانونية التي تربط المواطن بالدولة وهي الجنسية.

الفرع الثاني: مفهوم المواطنة لدى الباحثين العرب

يختلف مفهوم المواطنة في كتابات الفكر السياسي الإسلامي عن الباحثين العرب، فهناك من يجعل من المواطنة كلمة مستحدثة جديدة، بل غريبة عن المجتمع السياسي الإسلامي، ومن بينهم (بيرانار دلويس) ودليله على ذلك أن التاريخ الإسلامي السياسي لم يعرف المواطنة، ولا يوجد سوابق في نصوص العرب والمسلمين⁽¹¹⁾، وهذا ما أكده أيضاً محمد أركون، ومفاده أن الجماعة السياسية في الإسلام يخلو من أي محاولة لتطوير سياق المواطنة⁽¹²⁾. كما يشير هيثم المناع من خلال نظريته لمفهوم المواطنة أن التجارب السياسية قد أثبتت بأن مصطلح المواطنة لم يسمح لحدّ هذا اليوم باعطاء حقوق كاملة ومتساوية لجميع المواطنين، فهو يشكل خطوة متأخرة مع أطروحات الشرعية لحقوق الإنسان التي ترفض اعتبار المواطنة حالة خاصة، ويدعو إلى انتقال المواطنة إلى عصر حقوق الإنسان عندما يصبح كل شخص مواطناً أينما حلّ وأقام⁽¹³⁾.

وينتقد أغلب الباحثين والمفكرين العرب ما ذهب إليه المناع في ترجمته لمصطلح المواطنة في اللغة العربية، ونجدهم يعبرون به أحسن تعبير عن هذا المضمون، فعناوين كتب مهمة مثل كتاب خالد محمد

¹⁰ د. ثناء عبد الرشيد محمد، وجميل أبو العباس زكير، المواطنة والوطنية المعتدلة في فلسفة ستيفن ناثانسون، مجلة كلية الآداب، جامعة بني سويف، العدد 5، 2019، ص94.

¹¹ العرش نورة، وزليدي نور الهدى، مفهوم المواطنة عند محمد عمار، رسالة ماجستير في الفلسفة السياسية، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة الجبلالي بونعامه خميس مليانة، 2018، ص27-30.

¹² بتصرف السيد صادق عباس، حركات إسلامية بين خيار الأمة ومفهوم المواطنة، حزب الله نموذج، مركز الغدير للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، لبنان، بيروت 2012، ص52.

¹³ هيثم المناع، في التاريخ العربي الإسلامي، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، 1997، ص5.

خالد: "مواطنون لا رعايا"، وكتاب فهمي هويدي: "مواطنون لا ذميون"، تشير إلى أنّ كلمة المواطنة التي اختارها العرب قد نجحت بإيصال المعنى وجعلت الكتاب يقرأ من عنوانه، وكان استخدامها مقروناً بالسعي إلى المساواة والمطالبة بالعدل والإنصاف بالنسبة لجميع من يحمل جنسية الدولة⁽¹⁴⁾. ويذهب عبد الكريم غلاب إلى القول: "بأنّ المواطن يأخذ حذوه من الوطن في أوسع معانيه الذي يمنح المنتمي إليه بالإقامة، والحماية، والتعليم، والاستشفاء، والحرية، وحق الحكم والتوجيه، واستعمال الفكر واليد واللسان، ويضيف ويلتقي المفهوم الأسمى للمواطن مع المفهوم الأسمى للإنسان؛ لينقل مفهوم المواطن إلى مفهوم أوسع وأشمل وهو المواطنة، والمواطن هو الذي يصنع القانون الذي يضبط مسيرة الوطن في طريقه إلى المكان الأرفع، والقانون هو أسمى تعبير عن إرادة الأمة. ويستكمل غلاب: "والمواطن هو الذي يصنع أو لعله يختار نظام الحكم، حيث إنّ اختيار نظام الحكم يعتبر المظهر الأول للمواطنة"⁽¹⁵⁾. وحسب تعبير دكتور محمد عمارة فإنّ المواطنة هي مفاعلة - أي تفاعل - بين الإنسان المواطن والوطن الذي ينتمي إليه ويعيش فيه، وهي علاقة تفاعل؛ لأنّها تضمن لجميع حقوقهم وواجباتهم، فلا بدّ لقيام المواطنة أن يكون انتماء المواطن وولائه كاملين للوطن، يحترم هويته ويؤمن بها وينتمي إليها ويدافع عنها بكل ما في عناصر هذه الهوية من ثوابت اللغة والتاريخ والقيم والآداب العامة والأرض، وولاء المواطن لوطنه يستلزم البراء من أعداء هذا الوطن طالما استمر هذا العداء⁽¹⁶⁾. وهذا التعريف جاء متضمناً مدى الولاء والانتماء للوطن من أجل قيام المواطنة الحقيقية، وإلا فلن يكون للفرد مواطنة من دونهما. وهناك من يعرف المواطنة بأنها هوية رسمية لكل فرد، ويترتب عن هذه الهوية حقوق وواجبات متساوية لجميع المواطنين الذين يقيمون في دولة معينة يعبرون عن انتمائهم لها⁽¹⁷⁾.

ويذهب الدكتور محمود عبد المنصف إلى تعريف المواطنة بأنها: "الرابطة القانونية التي تربط المواطن بالدولة فيتمتع بمقتضاها المواطن بالحقوق، ويلتزم تجاه دولته التي يحمل جنسيتها فيدين لها بالولاء؛ وذلك

¹⁴ د. علي خليفة الكواري، المواطنة والديمقراطية في الوطن العربي، ورقة عمل مقدمة إلى مشروع دراسات الديمقراطية في البلدان العربية حول المواطنة والديمقراطية في البلاد العربية، مجلة مستقبل العربي، العدد 264، 2000، ص 120.

¹⁵ عبد الكريم غلاب، أزمة المفاهيم وانحراف التفكير، ساسلة الثقافة القومية، 33، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 1998، ص 62-64.

¹⁶ د. محمد عمارة، المواطنة في ظل المرجعية الإسلامية، الوسطية، فكر وقضايا إسلامية، منشور بتاريخ 15 أكتوبر 2018، تاريخ الزيارة 2020/9/9 wasateia.com على الموقع الإلكتروني،

¹⁷ د. حمزة اسماعيل أبو شريعة، المواطنة ودورها في بناء ثقافة الديمقراطية، مجلة العلوم الانسانية والاجتماعية، الجامعة الاردنية، المجلد 41، ملحق 1، 2014، ص 549.

مفهوم المواطنة ومعوقات تطبيقه في المجتمع المعاصر

على أساس من المساواة مع أبناء وطنه بدون تمييز بينهم على أساس العرق أو الدين أو اللون أو اللغة، مع المحافظة على هويتها من كل تغريب" (18). نجد أنّ هذا التعريف يتضمن عدة أبعاد للمواطنة منها بعد قانوني وهي الجنسية، ومنها بعد سياسي واقتصادي يتضمن جملة من الحقوق والحريات، وبعد اجتماعي وهو الولاء والانتماء للوطن، ومنها بعد ثقافي يتضمن المحافظة على هوية الدولة.

وإذا عدنا إلى مفهوم المواطنة بمفهومها المعاصر فنجد أنّ لها مفهومين: مفهوم واسع أو وصفي، ومفهوم ضيق، فالمواطنة بمفهومها الواسع والوصفي هي الصلة أو الرابطة القانونية بين الفرد والدولة التي يقيم فيها بشكل ثابت، وتحدد هذه العلاقة عادة حقوق الفرد في الدولة وواجباته تجاهها. وهي بهذا المعنى وضع قانوني للفرد في الدولة تترتب عليه حقوق يتمتع بها الفرد كمواطن وواجبات يتحمل مسؤولياتها تجاه الدولة. أمّا المواطنة بمفهومها الضيق فتجاوز هذا التحديد الوصفي إلى حد أدنى من الحقوق والواجبات التي يرتبط مفهوم المواطنة الديمقراطية بها، وبموجب ذلك تكون المواطنة عضوية الفرد التامة والمسؤولة في الدولة، ويترتب على ذلك مجموعة من العلاقات المتبادلة بين الطرفين نسميها الحقوق والواجبات (19).

نستنتج ممّا تقدم ذكره من خلال التعاريف الواردة أنّ لمفهوم المواطنة تعاريف متعددة من حيث المعنى والدلالة قد تتغير حسب تغيير الأوضاع السياسية والاجتماعية والاقتصادية لكل دولة من الدول. فهو ليس بمفهوم واضح وثابت، فكل دولة لها نظرة خاصة حول هذا المفهوم، وكل تعريف يشير إلى جانب معين، فمنها من ركز على الحقوق السياسية، ومنها من ركز على الحقوق المدنية، ومنها من ركز على مسألة ولائه وانتمائه للوطن.

وبدورنا يمكننا أن نعرف المواطنة بأنها الرابطة القانونية التي تربط المواطن بالدولة، يتمتع المواطن كعضو فرد في دولته، والذي تربطه برابطة الجنسية بالحقوق والحريات بشكل متساوٍ أمام القانون دون التمييز على أساس الدين أو العرق أو اللون أو اللغة. فيظهر لديه الشعور بالولاء الكامل لوطنه تجاه الدولة، ويلتزم بالواجبات التي يحمل جنسيتها سواء داخل بلده أو خارجه، وبالتالي يضمن المواطن لنفسه حقوق المواطنة الحقيقية بكل مفاهيمها القانونية والدستورية، والشعور بأنّه مواطن من الدرجة الأولى.

¹⁸ د. محمود عبد المنصف علي السيد، مبدأ المواطنة في القانون الدستوري، ط1، دار الكتب والوثائق القومية، 2016، ص30.
¹⁹ نبيل الصالح، عزمي بشارة، ماهي المواطنة "سلسلة مبادئ الديمقراطية"، ط1، المؤسسة الفلسطينية لدراسة الديمقراطية، رام الله، 1994، ص3.

مفهوم المواطنة ومعوقات تطبيقه في المجتمع المعاصر

يقوم هذا التعريف على عدة أبعاد: منها البعد السياسي المتمثل في الجنسية، وهي الرابطة القانونية التي تربط الفرد بالدولة والحق في المشاركة السياسية. وكذلك البعد الولائي أي كون المواطن منتمياً للبلد الذي يعيش فيه ويتمتع بجملة من الحقوق، ويلتزم بجملة من الواجبات، وبالتالي سيبقى انتمائه لذلك البلد الذي يعيش فيه. وكذلك البعد الاجتماعي للمواطنة، يشير إلى مجموعة العلاقات التي تربط ما بين أفراد المجتمع في سياق اجتماعي. وكذلك البعد الثقافي يشير إلى أبعاد التنوع الثقافي، والمحافظة على هوية الدولة، وتأكيد مبدأ المساواة القانونية، وحماية الفرد من كافة أشكال التمييز التي تظهر بين مجموعة أو فئة معينة في المجتمع.

المطلب الثاني: شروط اكتساب المواطنة

من أجل اكتساب المواطنة، فإن ثمة شروط يجب توافرها تمكنه من اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، وبالتالي يتمتع الشخص بحقوق المواطنة، ومن أهم هذه الشروط: الأهلية، والجنسية، والولاء. وسنوضح ذلك ضمن ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الأهلية

تُعرف الأهلية بأنها صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق، وعليه التزامات، وصلاحية لصدور التصرفات القانونية منه على وجه يعتد به⁽²⁰⁾. والأهلية نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء. وأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق، وعليه التزامات. أما أهلية الأداء، فهي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعاً. فأهلية الوجوب تختلف عن أهلية الأداء، فالأولى هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وعليه، في حين أن الثانية هي صلاحية الشخص لاستعمال الحقوق التي يتمتع بها وتنفيذ الالتزامات التي تترتب عليه، وأهلية الوجوب تثبت للإنسان منذ ولادته وتبقى لحين وفاته، وقد تثبت له قبل الولادة كما في حالة الجنين حيث يكون له الحق بالميراث والوصية⁽²¹⁾. أما أهلية الاداء لا تثبت للإنسان منذ ولادته، وإنما تتدرج حسب سنّ الانسان من ناحية، وحسب حالته العقلية من ناحية أخرى، تدور وجوداً وعدمًا مع توافر الإدراك والتمييز لدى الانسان، فإذا توافر التمييز كاملاً، تمتع بأهلية أداء كاملة؛ وإذا انعدم الأداء لديه، وإذا نقص، نقصت أهلية الاداء. والأهلية المطلوبة لمباشرة الحقوق السياسية هي ضرورة

²⁰ د. عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي جامعة بغداد، بيت الحكمة، المكتبة القانونية ب-ت، ص 293. وبالمعنى نفسه ينظر د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي جامعة بغداد، ب-ت، ص 69.

²¹ د. عبد الباقي البكري وزهير البشير، مصدر سابق، ص 293-294.

مفهوم المواطنة ومعوقات تطبيقه في المجتمع المعاصر

توافر الأهلية العقلية والأدبية، ويقصد بالأهلية العقلية تمتع الشخص بالأهلية القانونية الكاملة لممارسة الحقوق السياسية، وبالتالي حرمان المجانين والمصابين بالأمراض العقلية من مباشرة الحقوق السياسية. فلقد أشار قانون الانتخابات العراقي النافذ رقم 9 لسنة 2020م، على أنّ الناخب هو الشخص الذي تتوافر فيه الشروط القانونية والأهلية للتصويت في الانتخابات، ويشترط في الناخب أن يكون كامل الأهلية وتعني بمفهومها العام (الأهلية العقلية والأدبية) (22). أما الأهلية الأدبية فهي عدم صدور حكم جنائي ضد الناخب مخرّباً بالشرف أو حسن السمعة نتيجة لارتكابه جريمة ما كجرائم السرقة والنصب وخيانه الأمانة؛ لأن إقراراً مثل هذه الجرائم يمسّ الاعتبار الأدبي لمقترفيها؛ لذا لا يجوز أن يباشروا الانتخاب إلا في حالة ردّ الاعتبار إليهم من خلال صدور عفو شامل أو صدور حكم قضائي بردّ الاعتبار (23).

والجدير بالإشارة أنّ قانون الانتخابات العراقي النافذ لم يشر إلى الأهلية الأدبية، بينما أشارت المادة 2 من قانون مباشرة الحقوق السياسية المصري رقم 37 لسنة 1956 المعدل إلى حرمان الشخص من مباشرة الحقوق السياسية، إذا كان محكوماً عليه في جنابة مالم يكن قد ردّ إليه اعتباره. وبذلك كان المشرع المصري أكثر توفيقاً من المشرع العراقي في تضمين نصوصه الأهلية الأدبية.

الفرع الثاني: الجنسية

تعرّف الجنسية بأنها رابطة سياسية وقانونية بين الفرد والدولة، وهي التي تحدد ركن الشعب في الدولة وتعطي للفرد حقوقاً وامتيازات، وتفرض عليه التزامات وواجبات تجاه دولته (24). كما عرّفت الجنسية "بأنها الرابطة والعلاقة القانونية التي تقوم بين الفرد والدولة، فيدين الفرد بولائه للدولة التي يحمل جنسيتها، ففي المقابل يتعين على الدولة أن يحميه إذا ما تعرض في دولة أخرى لأي مساس أو تعدّ (25). وبدورنا يمكننا تعريف الجنسية بأنها علاقة سياسية وقانونية بين الفرد والدولة، تقوم على أساس الولاء أو الشعور بالانتماء لدولة معينة، وهي التي تميز بين الوطنيين والأجانب. والدولة تمنح جنسيتها للأفراد الذين يكونون شعبها، ويتم ذلك وفقاً لقوانين تصدرها الدولة، وتتضمن القواعد التي تحدد كيفية اكتساب الجنسية وفقدانها، والحقوق التي تترتب على تمتع الفرد بجنسية الدولة.

²² ينظر المادة الأولى والمادة 5/ثانياً من قانون انتخابات مجلس النواب العراقي النافذ رقم 9 لسنة 2020.

²³ د. حميد حنون خالد، الأنظمة السياسية، ط2، دار السنهوري، بغداد، 2015، ص59.

²⁴ د. عامر محمود الكسواني، الجنسية والمواطن ومركز الأجانب، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2010، ص23.

²⁵ د. محمود عبد المنصف علي السيد، مصدر سابق، ص375.

وهناك من يربط المواطنة بالتمتع بالجنسية التي يكتسبها الفرد، فهي علاقة عضوية بين الفرد من جهة، وبين الوطن الذي يكتسب جنسيته. تتحدد هذه العلاقة من خلال ما تفرضه هذه الجنسية من حقوق والتزامات، وما يترتب عليها من واجبات تنص عليها القوانين والاعراف، وتتحقق بها مقاصد حياة مشتركة يتقاسم خيراتها الجميع⁽²⁶⁾.

ويذهب البعض إلى أنّ المواطنة هي المرادف السياسي للمصطلح القانوني (الجنسية)⁽²⁷⁾ . فمثلاً يشير الدكتور أدمون رباط بأنّ "المواطنة مترادفة مع الجنسية، ومرتبطة بها ارتباطاً قانونياً مباشراً، وأنّ الإقرار بالمواطنة من حيث وجودها واكتمال خصائصها المبنية على مبادئ المساواة والحرية التي حرصت الدساتير الديمقراطية على إعلانها وكفالتها، مرتبط بوجود شرط أساسي وهو الجنسية أي بمعنى آخر إنّ المواطنة تستمد وجودها من وجود الجنسية"⁽²⁸⁾.

وتعليقاً ما ذهب إليه الدكتور أدمون رباط بأنّ المواطنة والجنسية كلمتان مترادفتان، فيمكن القول أنّ الجنسية قد تعني تابعة الخضوع وليست تابعة الحقوق، أما المواطنة فهي أوسع وأقوى في الدلالة من حيث يتمتع المواطن بحقوق تسمح له المشاركة في تعريف شؤون بلده، هذا إذا أخذنا بالحق السياسي للمواطن. فالجنسية تحدد انتماء شخص إلى مكان جغرافي محدد يحمل اسماً معيناً، أي أنّها تفرق بين المواطن والأجنبي في الحقوق والواجبات حسب الحدود الجغرافية للدول. أما المواطنة فهي مجموعة الحقوق والواجبات التي تعطى الجنسية إلى الشخص. من هنا يبدو أنّ هناك تطابقاً ظاهراً بين المفهومين، فمن المفترض أن تعطي الجنسية للشخص كامل حقوق المواطنة، إلا أنّ الواقع في تطبيق مفهوم المواطنة يختلف بين دولة وأخرى.

هذا، وإذا عدنا إلى الفكر السياسي القديم لوجدنا أنّ المفكرين القدماء كانوا يميزون بين مفهومي المواطنة والجنسية. فقد ميز المفكر السياسي جان جاك روسو مثلاً بين مفهومي المواطنة والرعايا، فالمواطنون هم الذين يشتركون في ممارسة السلطة والسيادة، وهم يتخذون بصورة جماعية اسم الشعب، ويطلق عليهم سادة (Citizen)، أما الرعايا فهم الذين يخضعون لقوانين الدولة، ويطلق عليهم موضوعات (Subjects) أي

²⁶ إيناس محمد البيهجي، ويوسف المصري، المواطنة في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013، ص 23.

²⁷ د. ميلود المهدي ود. إبراهيم أبو خزام، الوجيز في القانون الدستوري دراسة تحليلية في النظرية العامة لفلسفة القانون الدستوري، الكتاب الأول، ط2، الدار العربية الجماهيرية للنشر والتوزيع والاعلام، ليبيا، 1997، ص35.

²⁸ د. أدمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام، ج1، دار العلم للملايين، بيروت، 1983، ص25.

مفهوم المواطنة ومعوقات تطبيقه في المجتمع المعاصر

موضوع لعمل الدولة، وليسوا اسياذ فيها (29). وقبل روسو اعترف أرسطو بالترقة ما بين الجنسية والمواطنة فالمواطن هو كل من يشارك في الشؤون العامة، أما الإقامة على إقليم الدولة أو النفاذ أمام محاكمها أو حتى التمتع بجنسيتها رسمياً لا يرقى بالفرد إلى مستوى المواطن، فقد استبعد أرسطو وفق هذا المعيار العمال والصناع من شرعية المواطنين، إذ إن طبيعة أعمالهم لا تتيح لهم المشاركة في الشأن العام (30). وبذلك تعتبر الجنسية الخطوة الأولى للمواطنة. ولكي يعتبر الفرد مواطناً، ويكتسب الحقوق السياسية والمدنية وغيرها من الحقوق، يجب أن يتمتع بجنسية هذه الدولة إلا أن هذه الحقوق لا تمنح كل من يحمل جنسية الدولة، فهناك بعض الحقوق، وأخص منها الحقوق السياسية لا تمنح لحاملي الجنسية المكتسبة إلا بعد فترة محددة، وحسب شروط كل دولة. والجنسية على نوعين: إما أن تكون أصلية أو مكتسبة:

1: الجنسية الأصلية: وهي الجنسية التي تثبت للشخص مع مولده، وتحدد على الأسس الآتية:

أ. حق الدم: فالجنسية تثبت للشخص لحظة ميلاده بسبب نسبه العائلي، أي على أساس (حق الدم المنحدر من الأب أو الأم)، فالدولة تفرض جنسيتها على أولاد رعاياها؛ لأنهم سينحدرون من المجتمع وبقون متعلقين بالوطن، وجنسية الدولة تمنح استناداً إلى حق الدم سواء تمت الولادة في أرض الوطن أو في وطن أجنبي (31). فاعتبر قانون الجنسية العراقي النافذ لسنة رقم 26 لسنة 2006 عراقياً كل من ولد لأب عراقي أو لأم عراقية بغض النظر عن مكان الولادة إذا كانت داخل العراق أم خارجها (32).

ب. حق الاقليم: حيث تمنح الجنسية بموجب هذا الحق للشخص بسبب وقوع الميلاد على إقليم الدولة بصرف النظر عن جنسية والديه. ولم يأخذ القانون العراقي بحق الإقليم لفرض الجنسية إلا في حالة استثنائية، هي من يولد في العراق من والدين مجهولين (اللقيط) فقد نص قانون الجنسية العراقي النافذ على أنه يعتبر عراقياً "من ولد في العراق من أبوين مجهولين". ويعتبر اللقيط الذي يعثر عليه في العراق مولوداً فيه ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك" (33).

²⁹ جان جاك روسو، العقد الاجتماعي، ترجمه يونس غانم، اللجنة الإدارية لترجمة الروائع الإنسانية، 1972، ص 27.

³⁰ أرسطو طاليس، السياسة، ترجمة احمد لطفي " الكتاب الثالث"، ب-ب-ت، ص 183.

³¹ المادة 18/2 من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة 2005.

³² المادة 3/ف أ من قانون الجنسية العراقي النافذ رقم 26 لسنة 2006.

³³ المادة 3/ف ب من قانون الجنسية العراقي النافذ رقم 26 لسنة 2006.

ج- حق الدم والإقليم: قد تفرض الجنسية على أساس الحقيين معاً، أي على أساس حق الدم وحق الإقليم. ولم يأخذ المشرع العراقي في قانون الجنسية بحقيين معاً، وإنما أشار أنّ للوزير أن يعتبر من ولد خارج العراق من أم عراقية وأب مجهول أو لاجنسية له، عراقي الجنسية إذا اختارها خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد⁽³⁴⁾.
2. الجنسية المكتسبة: وهي الجنسية التي تثبت للشخص بعد ميلاده، وتسمى بالجنسية اللاحقة؛ ذلك أن عناصر الجنسية اللاحقة لا تنقل فور الميلاد، إنما تأتي من تاريخ لاحق للميلاد؛ لذلك إنَّها لا تثبت للشخص بمجرد ميلاده بحكم القانون، بل تمنح له بموافقة السلطة عندما يطلبها، وتكتمل عناصر اكتسابها فيه.

وتلجأ بعض الدول إلى التمييز بين الوطني الأصل والوطني بالتجنس. فالأخير لا يحقّ له ممارسة حق الانتخاب والترشيح لفترة قد تطول أو تقصر أي بعد مضي مدة على تاريخ اكتسابه الجنسية؛ إذ اشترط قانون الانتخاب الفرنسي رقم 8 كانون الأول لسنة 1983 على الأجنبي المتجنس لممارسة حق الانتخاب، مرور خمس سنوات على اكتسابهم الجنسية فإنّه استثنى من ذلك الشرط وهو المعاملة بالمثل تطبيقاً لبنود معاهدة ماستريخت الموقع عليها في 7 شباط لسنة 1992 التي اشترطت على الدول الأعضاء، الاعتراف لرعايا الاتحاد الأوربي بحق الانتخاب والترشيح في الانتخابات المحلية في أي دولة عضو ولو كانوا لا يحملون جنسيتها⁽³⁵⁾.

كما اشترط المشرع المصري في قانون الجنسية رقم 26 لسنة 1975 لممارسة الحقوق السياسية على الأجنبي الذي اكتسب الجنسية المصرية بالتجنس، انقضاء خمس سنوات من تاريخ اكتسابه الجنسية، كما لا يجوز انتخابه أو تعيينه في أي هيئة نيابية قبل مضي عشر سنوات من التاريخ المذكور⁽³⁶⁾.

ولقد أشار المشرع العراقي في قانون الجنسية رقم 26 لسنة 2006 إلى أنّ للوزير أن يقبل تجنس العراقي إذا توافر شروط معينة، منها إذا أقام في العراق بصورة مشروعة مدة لا تقل عن عشر متتالية سابقة على تقديم الطلب⁽³⁷⁾. كما يتمتع غير العراقي الذي يحصل على الجنسية العراقية بطريق التجنس بالحقوق التي يتمتع بها العراقي إلا ما استثنى منها بقانون خاص⁽³⁸⁾. وقد يحرم المواطن من الجنسية في بعض الحالات كحالة

³⁴ ينظر المادة 4 من قانون الجنسية العراقي النافذ رقم 26 لسنة 2006.

³⁵ د. صالح حسين علي العبد الله، الحق في الانتخاب "دراسة مقارنة"، المكتب الجامعي الحديث، مصر، ط2012، ص 111-112.

³⁶ ينظر المادة 9 من قانون الجنسية المصري رقم 26 لسنة 1975.

³⁷ المادة 6/أولاً ج من قانون الجنسية العراقي النافذ رقم 26 لسنة 2006.

³⁸ المادة 9/أولاً من قانون الجنسية العراقي النافذ رقم 26 لسنة 2006.

سحب الجنسية وإسقاط الجنسية، ويقصد بسحب الجنسية الإجراء الذي تتخذه الدولة تجاه المواطن (المتجنس) إذا تبين لها عدم جدارته للانتماء إليها، أو إذا اتضح أنه اكتسب الجنسية بناءً على خطأ. وهذا ما أخذ به المشرع العراقي في قانون الجنسية النافذ لسنة 2006، حيث منح للوزير حق سحب الجنسية عن المواطن المتجنس التي اكتسبها إذا ثبت قيامه أو حاول القيام بعمل يعدّ خطراً على أمن الدولة وسلامتها، أو قدم معلومات خاطئة عنه أو عن عائلته عند تقديم الطلب إثر صدور حكم قضائي بحقه لدرجه البتات⁽³⁹⁾. أمّا إسقاط الجنسية فهو الإجراء الذي تتخذه الدولة اتجاه المواطن (الأصلي) إذا ما ارتكب المواطن أعمالاً تمنعها الدولة، وتختلف شروط إسقاط الجنسية من دولة إلى أخرى، وإنّ أغلب الدول لا تنص قوانينها على إسقاط الجنسية عن المواطن الأصلي، ولكن هناك دول أخرى أخذت بإسقاط الجنسية عن مواطنيها ومنها مصر⁽⁴⁰⁾. وعلى هذا، فإنّ مفهوم المواطنة أوسع من مفهوم الجنسية، وذلك لأنّ ليس كل من يحمل الجنسية يتمتع بحقوق المواطنة الحقيقية، منها التمتع بالحقوق السياسية وغيرها، أمّا المواطنة فكل من يحمل صفة المواطن يجب حصوله على جنسية الدولة التي ينتمي إليها بعد بلوغ الشخص للسّن القانوني، ويعتمد مدى تمتع الشخص بحقوق المواطنة ما تكفله النصوص الدستورية من حقوق وحريات، ومدى تطبيق تلك النصوص على أرض الواقع. ولقد حرصت تشريعات حقوق الإنسان على المستوى الدولي وديساتير الدول على إبراز أهمية تمتع الإنسان بجنسية دولة ما؛ إذ تحدد على ضوئها الحقوق والواجبات التي تفرض لحاملها، إذ جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 أنّ " لكل فرد حق التمتع بجنسية ما، ولا يجوز تعسفاً حرمان أي شخص من جنسيته ولا من حقه في تغيير جنسيته"⁽⁴¹⁾. وتعدّ فرنسا التي هي مهد المواطنة أول دولة تبنت الجنسية بعد الثورة الفرنسية، وأقر إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة 1789 بأنّ القانون هو التعبير عن الإرادة العامة وأن يكون القانون سواسية بالنسبة للجميع دون استثناء أو تمييز⁽⁴²⁾. كما أشار الدستور المصري النافذ لسنة 2014 بأن الجنسية حق لمن يولد لآب مصري أو أم مصرية..... ويحدد القانون شروط اكتساب الجنسية"⁽⁴³⁾، كما أشار الدستور الكويتي لسنة 1962 أنّ " الجنسية الكويتية

³⁹ المادة 15 من قانون الجنسية العراقي النافذ رقم 26 لسنة 2006.

⁴⁰ المادة 16 من قانون الجنسية المصري رقم 62 لسنة 1975.

⁴¹ ينظر المادة 15/ف1-2 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة 1948.

⁴² ينظر المادة 6 من اعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي لسنة 1789.

⁴³ ينظر المادة 6 من الدستور المصري النافذ لسنة 2014.

مفهوم المواطنة ومعوقات تطبيقه في المجتمع المعاصر

يحددها القانون، ولا يجوز إسقاط الجنسية أو سحبها إلا في حدود القانون.⁽⁴⁴⁾ وأشار الدستور العراقي النافذ لسنة 2005 بأنّ "الجنسية العراقية حق لكل عراقي، وهي أساس مواطنته"⁽⁴⁵⁾. ومع ذلك فإنّ هناك مجموعات بشرية هائلة على المستوى الدولي محرومة، ولأسباب سياسية أو عرقية أو دينية من حق التمتع بجنسية دولة ما.

الفرع الثالث: الولاء

إنّ الولاء أهم شرط من شروط المواطنة، بل القاعدة الأساسية للمواطنة، ويبدو ذلك واضحاً من تعريف الموسوعة البريطانية للمواطنة حيث عرفها "إنّها العلاقة بين الفرد والدولة والتي خلالها يدين الفرد بالولاء لهذه الدولة"⁽⁴⁶⁾. وجاء في موسوعة السياسة بأنّ "الولاء هي الروابط والعواطف المعنوية والقانونية التي تربط الفرد بجماعة أو مؤسسة أو وطن، وبالنسبة إلى الوطن- الدولة يشير المصطلح إلى واجبات الفرد تجاه سيادة الدولة التي يحمل جنسيتها، أمّا بالنسبة لغير الدولة فالولاء عاطفي وطوعي"⁽⁴⁷⁾. ويعني الولاء للوطن شعور كل مواطن بانه معني بخدمة الوطن، والعمل على تنميته والرفع من شأنه، وحماية مقوماته الدينية واللغوية والثقافية والحضارية، والشعور بالمسؤولية عن المشاركة في تحقيق النفع العام، والتزام باحترام حقوق وحريات الآخرين واحترام القوانين التي تنظم علاقات المواطنين فيما بينهم، وعلاقتهم بمؤسسات الدولة والمجتمع.⁽⁴⁸⁾

وثمة اختلاف بين الولاء والانتماء، ويظهر هذا الاختلاف بصورة واضحة من حيث إنّ الولاء يتمثل بعلاقة بين طرفين، لا تحكم هذه العلاقة الدين أو القبيلة أو لغة أو طائفة، فهي علاقة متغيرة بتغيير أحد الطرفين، أمّا الانتماء فهو عكس ذلك قد ينتمي إلى جماعة معينة أو إلى دين أو مذهب أو لغة؛ لكون العلاقة في الانتماء علاقه فطرية وليست اختيارية⁽⁴⁹⁾. وهناك من يرى ونحن نؤيده بأنّ الانتماء هو درجة من درجات الولاء للوطن فالانتماء حالة فطرية تصقل بالتربية والوعي، فتمثل العاطفة التي تقوم على اعتزاز الفرد

⁴⁴ ينظر المادة 27 من الدستور الكويتي لسنة 1962.

⁴⁵ ينظر المادة 18/ف1 من الدستور العراقي النافذ لسنة 2005.

⁴⁶ د. حسن الموسوي، الولاء والتنمية والمواطنة، جريدة القبس، مقالة، 2012 تاريخ الزيارة 2019/12/28، متاح على الموقع الالكتروني

<http://alqabas.com/old/?ajax>

⁴⁷ د. عبد الوهاب الكيالي، موسوعة السياسة، ج7، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، 1994، ص 314.

⁴⁸ د. محمود عبد المنصف علي السيد، مصدر سابق، ص 381.

⁴⁹ د. عبد الله بن سعيد بن محمد آل عبود، مصدر سابق، ص 91.

مفهوم المواطنة ومعوقات تطبيقه في المجتمع المعاصر

بالانتماء لوطنه والتعلق به، بينما الولاء للوطن هو الإخلاص والتضحية في سبيله بالروح، وبالمال، وبالجهد، فهو ترجمة بالأفعال، وليس بالمشاعر فحسب، فالتعلق والحنين والذكريات شيء، والتضحية شيء آخر (50). وتجدر الإشارة إلى أنّ تعدد الانتماءات لدى الفرد الواحد سواء لدينه أو مذهبه أو عقيدته أو حزبه أو أهله لا يتعارض مع الولاء للوطن، حيث تجتمع الانتماءات تحت راية واحدة وهي الولاء للوطن. وعلى هذا تعتبر قيم الولاء والانتماء من القيم المهمة للمواطنة، ومن احتياجات الوطن الضرورية، فإن لم يتوفر دافع الولاء والانتماء يصبح الفرد في حالة حياد عاطفي بالنسبة للمجتمع، وهذا يؤثر بشكل سلبي على تحمل مسؤوليات الأمان والاستقرار وتنمية جميع مرافق الوطن، وهكذا يعدّ الولاء رابطة وجدانية واستعداد إرادي يتخذ العديد من الصور منها الطاعة والالتزام والواجب. وبذلك قضت المحكمة الإدارية في مصر بأنّ "الوقوف على صدق انتماء المرشح للمجالس النيابية وولائه لوطنه يحسب أنّ الدفاع عن الوطن هو أول المظاهر التي تعبر عن هذا الولاء، وأنّ من يتهرب من أداء هذا الواجب المقدس لا يكون أهلاً لتمثيل الأمة في مجلسها النيابي أو مؤتمناً على رعاية مصالحها ومقدراتها التي لا تنفك عن الولاء للوطن" (51). وعلى ذلك يمثل الولاء بعداً أساسياً من أبعاد المواطنة، بل تعدّ القاعدة التي يبني عليها مبدأ المواطنة.

المبحث الثاني: معوقات تطبيق المواطنة في المجتمع المعاصر

هناك عدة معوقات تحول دون تطبيق المواطنة في المجتمع المعاصر بشكل عام، والمجتمع العراقي بشكل خاص وتقوم على عدة اعتبارات، منها الدينية والاعتبارات القومية والعنصرية، وهناك الاعتبارات العرقية. وسنوضح في هذا المبحث معوقات تطبيق المواطنة في المجتمع العراقي والمجتمعات الاخرى، وذلك ضمن مطلبين:

المطلب الأول: معوقات تطبيق المواطنة في المجتمع العراقي

هناك ثمة معوقات تعيق من تطبيق مفهوم المواطنة في المجتمع العراقي، وهي قائمة على عدة اعتبارات وأشكاليات، من أهمها الاعتبارات الدينية (الطائفية)، وإشكالية الهوية الوطنية، والاعتبارات العرقية، وسنوضح ذلك ضمن ثلاثة فروع رئيسية:

50 د. محمود عبد المنصف علي السيد، مصدر سابق، ص 384.

51 المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 3622 لسنة 52 ق ع جلسة 5 مايو 2007. نقلاً عن د. محمود عبد المنصف علي السيد، مصدر سابق، ص 383.

الفرع الأول: الاعتبارات الدينية (الطائفية)

يعترف الدستور العراقي النافذ لسنة 2005 بالتعدد الديني والعرقي والثقافي؛ إذ يُعدّ العراق بلداً متعدد القوميات والأديان والمذاهب⁽⁵²⁾. ويكفل المشرّع العراقي حرية ممارسة الشعائر الدينية، وحماية أماكن العبادة وذلك دون تمييز فئة على فئة أخرى بسبب الجنس أو الدين أو المعتقد⁽⁵³⁾، حيث تكفل المواطنة التنوع الديني والإثني والثقافي إلا أنّ هناك ثمة اعتبارات، ومنها الدينية التي تعدّ من التحديات المعاصرة التي تواجه مفهوم المواطنة، وتعيق تطبيقها في المجتمع العراقي، وتمثل الطائفية عقبة أمام تطبيق المواطنة. فالمواطنة قائمة على فكرة المساواة بين الجميع دون تمييز وإعلاء دولة القانون، بينما الطائفية تأتي لتكون بمثابة معول هدم يفتت كل ما يمكن تحقيقه المواطنة من بناء مجتمع عادل، فالمواطنة هي السبيل الوحيد لحماية المجتمعات من الصراعات الطائفية. والطائفية الدينية قد تنعكس إما إيجاباً على وحدة واستقرار الدولة أو تنعكس سلباً مما يؤدي إلى التفرقة والنزاع نتيجة عدم احتواء الدولة للتعددية الدينية، ممّا ينتج عنه عدم استقرار سياسي في الدولة؛ لذلك قد تكون الطائفية الدينية حسب تعبير البعض من أنجح الحلول بالنسبة إلى المجتمعات التعددية التي تتميز بتنوع عرقي وديني وقدرته على خلق نظام توافقي من التعايش والاستقرار السياسي بين مختلف الطوائف داخل الدولة الواحدة، من خلال ضمان حقوق الأقليات ضمن مبدأ المواطنة والديمقراطية التوافقية⁽⁵⁴⁾.

وبالرغم أنّ العراق لم يكن يعيش عصر المواطنة الذهبي قبل عام 2003، لكنها كانت أكثر تماسكاً ممّا هي عليه الآن. فالتعددية في العراق تمثل تعددية سلبية؛ لأنها إما أن تقوم على الطائفية المذهبية أو الطائفية العرقية أو الطائفية السياسية، وهذه التعدديات تعمل بالضد من مفهوم المجتمع السياسي المدني، وهو المجتمع الذي يستدعي قيامه إضعاف الجوانب السياسية التعددية المجتمعية، وبناء تقاليد تعددية إيجابية

⁵² ينظر المادة 3 من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة 2005.

⁵³ ينظر المادة 2 /ف-2 من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 يكفل دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

⁵⁴ أوسامة زايدي، الطائفية الدينية وأثرها على الاستقرار السياسي في الدولة "دراسة حالة لبنان" رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهدي - أم البواقي - 2017. ص 40-42. على سبيل المثال في لبنان، وهو مجتمع متعدد الأديان والمذاهب والطوائف، ينص دستور سنة 1926 في مقدمته على أنّه نظام جمهوري ديمقراطي برلماني إلا أنّ النظام السياسي في لبنان منذ الاستقلال عام 1943 قائم على أساس طائفي، مما جعل البنية الطائفية للنظام السياسي في لبنان من شبه المستحيل اتخاذ أي قرارات كبرى دون توافق جميع الفرقاء السياسيين الموزعين على أساس طائفي وبذلك اتسمت الطائفية في لبنان بالصفة الدينية، فأصبحت نظام حكم ونظام حياة.

مفهوم المواطنة ومعوقات تطبيقه في المجتمع المعاصر

تسهم في بناء دولة حديثة ونظام سياسي مدني (55). وهذا الأمر يتطلب حتماً قيام نظام عابر للإثنيات والمذاهب والعرقيات والطوائف، نظام يحتوي الجميع ويعامل الجميع على قدم المساواة، وهذا لن يتأتى إلا باتخاذ الديمقراطية منهجاً ونظاماً للحكم.

في الواقع، إن من اسباب عدم تمتع مكونات المجتمع العراقي بالحقوق والحريات التي أقرها الدستور العراقي النافذ لسنة 2005 هو الاعتماد على المحاصصة الطائفية الدينية كاساس لنظام الحكم، بدلاً من اتخاذ المواطنة كمبدأ للعلاقة بين المواطنين دون تمييز فيما بينهم لاي سبب كان؛ إذ تعدّ الطائفية في العراق مشكلة بالغة الخطورة؛ لأنها قسمت المجتمع العراقي وجزأته. فمن المعروف أن العراق من بين الدول التي تتميز مجتمعاتها بتنوع الجماعات فيها على الأسس الطائفية والقومية والدينية، فبدلاً أن يكون دافعاً قوياً نحو التقدم والتطور، شكل ذلك تهديداً للوحدة الوطنية العراقية مما أحدث شرخاً في العلاقات القائمة سواء ما بين السلطة والمجتمع أو بين افراد المجتمع برمتين، مما أثر على مسار العملية السياسية في البلاد ونشوب نزاعات عنيفة بين افراد المجتمع سواء على المستوى الطائفي أو القومي، بينما غيب المشاركة والتعاون ضمن مشروع التعايش الحقيقي (56). وبذلك ضرب مبدأ المواطنة عرض الحائط في ظل تنامي خطورة الطائفية وتهديدها للتعايش السلمي داخل المجتمع الواحد، بحيث تنظر إلى الاتجاه الاخر نقيضاً ومهدداً لها مما ولد لدى المجتمع العراقي ثقافة العنف والتطهير والتهمير، وجعل العراق يعاني من أزمة وصراع طائفي مرير، وبالتالي غياب روح المواطنة الحقيقية وعدم قبول الاخر ساهم في تمزيق النسيج الاجتماعي العراقي واشاعة بيئة من العنف والصراع بين ابناء الوطن الواحد، مما هدد التعايش السلمي، وبالتالي خلق أزمة ثقة بين مكونات الشعب العراقي.

كما أنّ نتيجة للتراكمات السابقة والسياسات الخاطئة للحكومات المتعاقبة في العراق، أدى إلى انفجار كبير في الشارع العراقي والخروج بالتظاهرات، مما خلق ثورة شعبية كبيرة مطالبة بحقوقها المسلوبة والقضاء على الفساد في مؤسسات الدولة كافة، فأصبحت الحكومة الحالية فائدة لشرعيتها بعد أن فقدت رضا المحكومين

⁵⁵ مارسيل غوشيه، الدين في الديمقراطية، ط1، تعريف د. شفيق محسن، المنظمة العربية للترجمة، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2007، ص161.

⁵⁶ مهدي جابر مهدي، اشكالية تعثر الديمقراطية في العراق بعد 2003، مجلة المستقبل العربي، العدد 405، السنة 35، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2012، ص 148.

عنها، وبالتالي خلق أزمة ثقة بين الحكومة والشعب، فانتهكات حقوق وحرّيات المواطنين تجعل السلطة تفقد الرضا الشعبي، وبالتالي تفقد شرعيتها؛ لأن شرعية السلطة منبعا الرضا الشعبي⁽⁵⁷⁾.

الفرع الثاني: إشكالية الهوية الوطنية

يتميز المجتمع العراقي بتعددية الإثنية والطائفية، وأخذت الهوية الوطنية للدولة العراقية طابعها الطائفي بشكل أخطر بعد سقوط بغداد في 2003م، حيث عمقت الشعور بالهوية الطائفية أكثر من الولاء للهوية الوطنية، ممّا خلق أرضية مناسبة للصراعات والنزاعات والتفكك في المجتمع العراقي. والتعددية في المجتمع العراقي ليست فريدة من نوعها في المنطقة، ولكن آثارها السلبية على الهوية الوطنية فريدة من نوعها نسبياً في المنطقة.

وتقوم الهوية الوطنية على عدة مقومات كالوطن والدين واللغة والثقافة، فالهوية الوطنية هي هوية جامعة وشاملة للهويات الأخرى: القومية والطائفية والعرقية والفردية والجماعية؛ لأنها تتطوي بالأساس على معنى ودلالات رمزية وجماعية وثقافية تكسب الفرد إحساساً بالانتماء للوطن والولاء له⁽⁵⁸⁾.

إنّ تمسك الأفراد بولاءاتهم وانتماءاتهم لهوياتهم الإثنية والطائفية أكثر من انتمائهم للهوية الوطنية، وبالتالي إعطاء الأولوية للانتماء الإثني والطائفي على حساب الهوية الوطنية، تُعدّ واحدة من أهم التحديات التي تواجه بعض المجتمعات، منها المجتمع العراقي، ممّا ينعكس سلباً على تضامنها الاجتماعي، وطبيعة سلوك الأفراد وتفكيرهم وانتماءاتهم تجاه الدولة.

ممّا لا شك فيه بأنّ التعددية في العراق- منذ إنشاء الدولة- لم تكن سبباً في إلغاء الهوية الوطنية أو حتى محاولة التفكير في الانفصال لأي جزء منه ولأبي سبب كان، على الرغم من أنّ التراث الاجتماعي السائد في العراق تميز بحدة التعصب الطائفي والمد البدوي. وعلى الخلاف من ذلك نجد أنّ مرحلة بناء الدولة العراقية في الوقت الراهن دخلت في أزمنة مركبة بالغة التعقيد، تجعل من الضروري إعادة النظر الجدي في تشكيل هوية المواطن العراقي، كإطار سياسي واجتماعي وثقافي⁽⁵⁹⁾.

⁵⁷ د. صالح حسين علي، السلطة والرضاء الشعبي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2016، ص 143-144 .

⁵⁸ لمزيد من التفصيل ينظر: د. خديجة بن وزة. ود. عاتكة غرغوط، العلاقة بين الهوية الوطنية والمواطنة، مجلة السراج في التربية وقضايا المجتمع، العدد 5، 2018، ص 79-80.

⁵⁹ كمال حسين ادهم، مفهوم المواطنة وآليات تعزيزها، مجلة دراسات اقليمية، المجلد 5، العدد 13، 2009، ص 98-99.

مفهوم المواطنة ومعوقات تطبيقه في المجتمع المعاصر

في الواقع إنَّ البحث عن الهوية الوطنية وخصوصاً في مجتمع تتميز بتعددية كالمجتمع العراقي، أمر في غاية الصعوبة؛ كون العراق عانى في ظل الحكومات المتعاقبة من أزمات في هويتها الوطنية، وتعود هذه الإشكالية إلى عدة عوامل، منها ما يتعلق ببنية المجتمع وبأيدلوجية وسايكولوجية ووعي الفرد العراقي، ومنها ما يتعلق ببناء وتشكيل الحكومات العراقية السابقة وكيفية حكمهم، ومنها ما يتعلق بالتدخلات السلبية الخارجية الإقليمية منها أو غير الإقليمية⁽⁶⁰⁾.

وبذلك برزت إحدى تحديات الهوية الوطنية مع دخول الولايات المتحدة إلى العراق؛ إذ كانت بداية لتمهيد تفكيك رموز الهوية الوطنية واستئصال الفكر الوطني، ومفهوم المواطنة وتقسيم العراق على أسس المحاصصة الطائفية، إضافة إلى التدخلات الإقليمية ومحاولة استغلال غياب الهوية الوطنية؛ لتحقيق مصالحها الشخصية وبالتالي عدم الاستقرار السياسي للوضع الداخلي، وتقشي روح النزاع بين مكونات الشعب العراقي.

كما يمكن القول أنّ من أهم الدوافع التي أدت إلى تعميق أزمة وإشكالية الهوية الوطنية في العراق، هي أزمة الثقة وعدم الاطمئنان، والصراع والنزاع بين الاحزاب والكتل السياسية والقادة الحكوميين. وكما يقول الدكتور صلاح الدين فوزي: "بأنه لا حديث عن الديمقراطية، إذا سادت الأمور الآتية: "الصراع العرقي والقبلي والطائفي -الأمية بصفة عامة والأمية بصفة خاصة- وعدم وضوح مفهوم الفكرة الديمقراطية في أذهان السياسيين أنفسهم"⁽⁶¹⁾. فلقد عانى الشعب العراقي كثيراً من الصراع الطائفي (السني الشيعي) والقومي (عربي -كردي، تركماني) الذي اتخذ أشكالاً مختلفة، ولعب دوراً كبيراً في عدم استقراره السياسي وازدهاره الاقتصادي. كما أنّ النخب السياسية العراقية تفتقر إلى الروح الوطنية، فهي لم تتصرف بكونها نخباً للعراق، وإنما نخب لمكوناتها فقط، فالنخب الشيعية تدافع عن حقوق الشيعة فقط، والنخب السنية تدافع عن مصالح السنة، والنخب الكردية تدافع عن حقوق الأكراد، وبالتالي فإن تأثيرهم ينعكس سلباً على الهوية الوطنية.

⁶⁰ لمزيد من التفصيل ينظر: أيوب محمد طيب، ماهية الهوية الوطنية وتحدياتها "تحديات الهوية الوطنية العراقية -نموذجاً"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد 6، الجزء 2، العدد 21، 2017، ص 223-224.

⁶¹ د. صلاح الدين فوزي، الجوانب القانونية، استطلاع الرأي العام السياسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 45.

ونتيجة لذلك، نجد غياب روح المواطنة والهوية الوطنية في أغلب مراحل العملية السياسية، فلم يكن الإعلان عن الهوية العراقية كافٍ - على مستوى الأفراد والنخب - للتأهيل والاشتراك في العملية السياسية، وإنما وجدنا الإعلان عن هوية عرقية طائفية أو حتى قبلية لدخول المعتزك السياسي.

ولقد أضحت الأقليات الدينية من المسيحيين والإيزيديين والصائبية والشبك، تعاني من عمليات القتل على الهوية والتهميش القسري خصوصاً بعد سقوط مدينة الموصل، وسهل نينوى، وتلعفر، على يد التنظيم الإرهابي المسلح (داعش)، وبدأت تعاني من أزمة الحفاظ على وجودها الاجتماعي والثقافي، حيث باتت عرضة لفقد ميراثها الذي يمتد لسنوات طويلة في تاريخ العراق، وأخذت تشعر بخطر الانقراض، فأصبحت هجرة اللاعودة والدولة تتحمل مسؤولية قانونية وأخلاقية؛ لإيجاد البيئة المناسبة للتعايش السلمي بين مختلف مكونات المجتمع والوطن.

لذلك لا يمكن أن تبنى المواطنة المتساوية في الحقوق والواجبات بدحر خصوصيات المواطنين أو محاربة عقائدهم وأفكارهم؛ لأنه ينهي التعايش السلمي والاندماج الوطني. فالتعدد المذهبي ليس حالة مضادة للمواطنة بل هو الجذر الثقافي والاجتماعي لبناء مواطنة حقيقية بعيداً عن الشعارات التمييزية، فاحترام التعدد المذهبي وحمايته القانونية والسياسية، هو الذي يوحد الشروط المجتمعية الحقيقية لبناء مواطنة متساوية في مجتمع متعدد مذهبياً وسياسياً⁽⁶²⁾.

الفرع الثالث: الاعتبارات العرقية

بالرغم من أنّ المواطنة تعزز الانتماء للوطن ومبدأ التآخي وقبول الآخر، بغض النظر عن الاعتبارات العرقية، إلا أنّ المشكلة الحقيقية تكمن في عملية تطبيق المواطنة، ونتيجة لذلك تعجز بمعناها الواسع عن التعامل بنجاح مع مظاهر الفروق العرقية والثقافية. ففي العراق تشهد بعض الفئات العرقية من تهميش وصعوبة اندماجهم ضمن المجتمع الواحد، وبالتالي تمتعهم بحقوق المواطنة أسوة بالفئات الأخرى، ومنهم العجر أو ما يسمى بججري أو "قرج" إذ يطلق عليهم بالعجر في هوية الأحوال المدنية، وكلمة استثناء في الجنسية العراقية، وبالتالي يعدّون مواطنين من الدرجة الثانية. ويعدّ العجر أو ما يسمى بالعراقية "بالكاولية" مجموعة من السكان يعتقد أن جذورهم تعود إلى شبة الجزيرة الهندية، لهم عاداتهم وتقاليدهم ولغتهم الخاصة

⁶² د. منى جلال عواد، الأقليات وحقوق المواطنة في العراق بعد عام 2003، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 5، العدد، 18، السنة 2013، ص 415.

التي تختلف كثيراً عن لغة العراقيين، هرب معظمهم إلى دول الجوار بعد الغزو الأمريكي في 2003م، وانتشار مظاهر التشدد الديني وازدياد الضغوط عليهم⁽⁶³⁾، وهم يشكلون أقلية عرقية في العراق يزيد تعدادها على 50 ألف نسمة. ويقول الباحث التاريخي والاجتماعي غالب الكعبي: " إنَّ أول أسرة عجرية سكنت الديوانية تعود إلى بداية القرن العشرين، ثم انتشروا في مناطق الكمالية والإسحاق والبصرة"⁽⁶⁴⁾. في الواقع قبل عام 2003م، كان يطلق على العجر في الجنسية العراقية بالعجري، ولم تكن حياتهم مثالية، إلا أنه كان بإمكانهم ممارسة عاداتهم وأعرافهم وهي التنقل لإحياء حفلات الأعراس والمناسبات الاجتماعية، وبعد عام 2003م، استبدلت كلمة عجري في شهادة الجنسية العراقية التي تحدد هويتهم كأقلية عرقية بمفرده بـ "استثناء"، إلا أنَّ وضع العجر في العراق ليس كما هو الحال بالنسبة للبدون في الكويت الذي سوف نتحدث عنه لاحقاً. فقد قررت وزارة الداخلية العراقية على منح الجنسية العراقية للعجر والقرح استثناء من أحكام قانون الجنسية العراقية رقم 26 لسنة 2006م، حيث صدرت وثيقتان من وزارة الداخلية معنوتين إلى مديرية الأحوال المدنية والجوازات والإقامة في كافة المحافظات، حيث نصَّ في القرارين الصادرين من وزارة الداخلية رقم 2767 بتاريخ 12-2-2019 والقرار رقم 3469 بتاريخ 19-2-2019 على "تسجيل شريحتي العجر والقرح عند مراجعتهم الدوائر العامة بنظام المعلومات المدني ومنحهم البطاقة الوطنية بعد تدقيق بيانات شهادة الجنسية وتثبيت عبارة استثناء من أحكام قانون الجنسية العراقية في حقل المادة القانونية"⁽⁶⁵⁾. وكانت الفقرة 9 من تعميم وزارة الداخلية الذي ورد فيه بالنظر لصدور قانون الجنسية العراقية رقم 26 لسنة 2006م، وحيث إنَّ التعاميم السابقة التي صدرت في ضوء قانون الجنسية العراقية الملغي رقم 43 لسنة 1963م، أصبحت تتعارض مع أحكام القانون النافذ أعلاه عليه ينفذ ما يلي "9- لا يجوز منح شهادة الجنسية العراقية للعجر من مديرياتكم، وإنما تستكمل إجراءات المعاملة وفق التعليمات السابقة المبلغة اليكم، وترسل المعاملة

⁶³ يعتقد البعض أنَّ كلمة كارلي تعني كابلوي أي قادم من كابول عاصمة أفغانستان، وهذا الجواب يحمل شيئاً من الحقيقة كما يقول اللغوي العراقي مصطفى جواد، فالعجر أصلهم من الهند وأفغانستان وخصوصاً المناطق الجبلية في هذه المناطق فبشرتهم ولون عيونهم وقوامهم تشبه سكان جبال الهند وأفغانستان. وقد بدأ هؤلاء الأقوام يصعدون إلى الشمال الغربي من الألف الثاني قبل الميلاد، ودخلوا فارس ثم نزلوا السهل العراقي في الألف الأول ق.م وكانوا بدوا رحلاً يعتاشون على منتجاتهم الحيوانية. ينظر تحسين الزركاني، عراقيون مع وقف التنفيذ، الاستثناء يحرم العجر حق الحياة، مدونات عربية قلم حر، منشور بتاريخ 11 ايار 2015، تاريخ الزيارة 2020/5/7 متاح على الموقع الإلكتروني tahseen.arablog.org

⁶⁴ عجر العراق يعانون ومنبوون في بلادهم، جريدة العرب، العدد، 10055، السنة 83، مقال منشورة بتاريخ 2015/10/3، متاح على الموقع الإلكتروني alarab.co.uk

⁶⁵ قرار استثنائي بشأن العجر والقرح خلافاً للقانون العراقي، تاريخ الزيارة 7 آذار 2019 متاح على الموقع الإلكتروني Ultrairaq.ultrasawl.com

إلى مديريتنا للنظر بها⁽⁶⁶⁾. وإنّ منح العجر للبطاقة الوطنية الموحدة استناداً إلى أنّ الدستور يجرم أي إشارة عنصرية أو تمييز بين العراقيين على أساس اللون أو العرق أو الدين أو المذهب، وعبارة العجر كانت مخالفة للدستور وتمّ رفعها، يفترض حالياً أنّهم مواطنون لا فارق بينهم وبين عراقي⁽⁶⁷⁾. وكان مجلس النواب العراقي أصدر قانون الجنسية العراقية رقم 26 لسنة 2006 بغية توحيد الأحكام الخاصة بالجنسية العراقية، والغاء النصوص المتعلقة بإسقاط الجنسية العراقية عن العراقي الذي اكتسب جنسية أجنبية. ولتمكين ربط العراقي بوطنه أينما حلّ في بقاع العالم، ودفعه إلى الانتماء إلى تربة العراق برغم من حصوله على جنسية أخرى شرع هذا القانون.

والسؤال الذي يتبادر إلى الأذهان، هل رفع صفة العجر والاستثناء في الجنسية العراقية يمنح لهم ممارسة حقوق المواطنة المكفولة بموجب الدستور أسوة مع غيرهم ممن لا يحملون هذه الصفة أي المساواة مع بقية أفراد المجتمع في ممارسة حقوقهم وحرّياتهم وشعورهم بأنهم مواطنون من الدرجة الأولى دون تمييز، استناداً إلى المادة 14 من الدستور؟. يمكن القول أنّه على الرغم من رفع القيد على العجر في حصولهم على الأوراق الثبوتية، ومنحهم الجنسية العراقية والبطاقة الوطنية الموحدة، إلا أنّه ما زال التمييز غير المباشر والنظرة الدونية يمارس ضدهم من قبل الحكومة؛ إذ يواجهون صعوبة في تمتعهم بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وبالتالي صعوبة اندماجهم في المجتمع، وتمتعهم بحقوق المواطنة الحقيقية وبقاؤهم كإقلية عرقية.

⁶⁶ هجرة واسعة لـ "العجر" رفع اللقب قرح -كاولي من هوية الأحوال المدنية ومساعي دولية لمجهم بالمجتمع، <http://www.almada.paper.com> جريدة المدى برس، العدد 3523 بتاريخ 12/14/2015 متاح على الموقع الإلكتروني الموقعا

⁶⁷ استناداً لما جاء في اجتماع الخبراء الإقليمي، للفترة من 17-18 تشرين الأول/2016، بشأن عمل لجنة الإنقاذ الدولية بمشروع عديمي الجنسية في العراق، فقد تمّ تثبيت هذه الفئات، وهم كل من العجر، البدو الرحل، عرب الاهوار، البيهاتية، الأكراد من أصول تركية قبائل كويان وعمارية، العراقيين من أصول افريقية، والاحوازيين وقد تمّ البدء بمشروع عديمي الجنسية من قبل عمل لجنة الإنقاذ الدولية في أيلول / 2013 في العراق، إذ تمّ افتتاح ثلاثة مكاتب في بغداد وديالى / خانقين وواسط، وفي عام 2015 تمت إضافة فريق عمل ميداني في محافظة الديوانية. إذ استهدفت تلك المكاتب الفئات وعلى النحو الآتي: بغداد / يتضمن عمل على الأكراد الفيليين- العجر البدو- البدون-النازحين - واسط / يتضمن العمل على الأكراد الفيليين الديوانية -العجر-البدو-البدون-النازحين، الديوانية / تستهدف العمل على العجر فقط. خانقين / تستهدف العمل على الأكراد الفيليين. للمزيد ينظر اطفالنا مستقبلاً، الانتماء والهوية، تحت خطر اندام الجنسية اجتماع الخبراء الاقليمي للفترة من 17-18 تشرين الاول/2016، ص23، متاح على الموقع الإلكتروني للمفوضية السامية لشؤون اللاجئين تاريخ الزيارة 2020/5/11. <http://www.unhcr.org/587c8ade7>

مفهوم المواطنة ومعوقات تطبيقه في المجتمع المعاصر

ولقد أوصت المفوضية العليا لحقوق الإنسان العراقية في تقريرها المقدم إلى لجنة الأمم المتحدة المعنية بالقضاء على التمييز العنصري بعدة توصيات، منها (68):

1. حث الحكومة على اتخاذ كافة التدابير اللازمة لمكافحة التمييز ضد جماعات العجر بطريقة شاملة.
2. حث الحكومة على ضمان تمتع العجر بكافة حقوقهم الاقتصادية والاجتماعية والثقافية
3. حث الحكومة الاتحادية على إعداد بيانات وإحصائيات مصنفة حسب نوع الجنس، ولتقييم التقدم المحرز في ظروف المعيشة لجماعات العجر .

المطلب الثاني: معوقات تطبيق المواطنة في مجتمعات أخرى

هناك ثمة تحديات ومعوقات تواجه تطبيق مفهوم المواطنة في بعض المجتمعات الاخرى غير المجتمع العراقي، سبق أن نوهنا عنها وهي القائمة على الاعتبارات العنصرية والقومية، ومنها ما هي قائمة على الاعتبارات العرقية، وسنوضح ذلك ضمن فرعين رئيسيين:

⁶⁸ واقع العجر في العراق وحسم مصيرهم تاريخياً،العالم العربي،تاريخ الزيارة 2019/4/4 متاح على الموقع الالكتروني Arabic.sputniknews.com

الفرع الأول: الاعتبارات العنصرية والقومية

تضع بعض الدول عند تحديدها لشروط المواطنة عدة اعتبارات قومية وعنصرية، فمثلاً سنت إسرائيل عام 1950 قانون العودة الذي منحت المواطنة بموجبه لكل يهودي بمجرد وصوله إلى إسرائيل وقراره العيش فيها، وكذلك العرب الذين عاشوا في إسرائيل عندما أنشئت الدولة وأطفالهم الذين ولدوا فيما بعد داخل إسرائيل، هم أيضاً مواطنون إسرائيليون، بينما العرب الذين أقاموا في إسرائيل قبل الاستقلال وغادروها بعد ذلك، لا يستحقون بالحق في العودة⁽⁶⁹⁾. ومن الاعتبارات العنصرية والقومية التي صادرت حق المواطنة، ما قامت به الدولة العثمانية من إبادة جماعية بحق الأرمن في عام 1915م، من تصفيات جسدية وتهجير⁽⁷⁰⁾، وكذلك ما قامت به ألمانيا النازية من جرائم الإبادة الجماعية بحق اليهود، وهو ما يسمى بالهولوكوست (Holocaust)، وهي كلمة يونانية الأصل معناها (التضحية بالنار)، وهي إبادة جماعية وقعت خلال الحرب العالمية الثانية، وقُتل فيها ما يقارب من ستة ملايين يهودي أوروبي على يد النظام النازي أدولف هتلر (Adolf Hitler) والمتعاونين معه⁽⁷¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن العديد من الدول الأوروبية أصدرت قوانين تجرم كل من ينكر المحارق اليهودية أو يشكك فيها وتحظر خطابات العنصرية والكراهية ومنها النمسا حيث أصدرت قانون الحظر الاشتراكي الوطني لعام 1947 والمعدل 1992 إذ جاء فيه " أي شخص يعلن بطريقة تجعل في متناول كثير من الناس عبر عمل مطبوع ، أو البث أو أي وسيلة اعلامية أخرى ، أو ينفي أو يستخف أو يوافق أو يحاول تبرير الإبادة الجماعية النازية أو غيرها من جرائم النازية ضد الانسانية يعاقب بالسجن لمدة من 10 الى 20 سنة"⁽⁷²⁾. وفي بلجيكا صدر قانون انكار الهولوكوست لعام 1995 إذ جاء فيه " أي شخص في ظروف الحالة المنصوص عليها بالمادة 444 من قانون العقوبات ، ينكر أو يقلل إلى حد كبير ، أو يحاول تبرير أو يوافق

⁶⁹ إدوارد سي بانفلد، السلوك الحضاري والمواطنة في المجتمعات الديمقراطية الليبرالية، ترجمة سمير عزت نصار، دار النشر والتوزيع، عمان، 1994، ص 177.

⁷⁰ لمزيد من التفصيل ينظر نقيه حنا منصور، الأرمن والدولة العثمانية، ط1، دار النهضة العربية، بيروت، 2016، ص 114-124.

⁷¹ ينظر برنامج الأمم المتحدة للتوعية بالهولوكوست على الموقع الإلكتروني، تاريخ الزيارة <http://www.un.org/holocaustremembrance> . 2019/10/25

⁷² المادة 1 من قانون الحظر الاشتراكي الوطني النمساوي لعام 1947 والمعدل بعام 1992. أشار إليه د. عبد السلام إبراهيم بغدادي، الخريبات الأكاديمية والإبداع، دراسة نظرية وتطبيقية في ضوء التجارب العراقية والعربية والعالمية، ط1، دار الخليج للطبع والنشر، عمان، الأردن، 2018، ص50.

على الإبادة الجماعية التي ارتكبتها النظام الاشتراكي الوطني الالمانى خلال الحرب العالمية الثانية يعاقب بالحبس لمدة من 8 ايام الى سنة (73) .

وفي سابقة خطيرة، أقر البرلمان الإسرائيلي المؤلف من 120 عضواً قانون الدولة القومية اليهودية المثير للجدل في 2018/7/19 بموافقة 62 نائباً ومعارضة 55 وامتناع نائبين عن التصويت، الذي يمنح لليهود بموجبه فقط حق تقرير المصير في البلاد، وبالتالي استثناء واستبعاد الأقلية العربية الذين وصفوه بأنه "قانون عنصري"؛ إذ جاء في نص القانون: "إسرائيل هي الوطن التاريخي للشعب اليهودي وإن حق تقرير المصير فيها يخص الشعب اليهودي فقط"⁽⁷⁴⁾. ويُعدّ هذا بحد ذاته انتهاك لحق المواطنة وعدم المساواة بين المواطنين واعتراف الفلسطينيين العرب بأنهم مواطنون من الدرجة الأولى لديهم، ولاء وانتماء لوطنهم ولجذورهم وحقهم في تقرير مصيرهم. وبالتالي يخضع هذا القانون للتمييز العنصري التي تحرّم من ممارسة أو تعيق ممارسة حقوق المواطنة، وتخالف المواثيق والاتفاقيات الدولية، ومنها الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لسنة 1965م، التي أشارت إلى أنه يقصد بالتمييز العنصري "أي تمييز أو استثناء أو تقييد أو تفضيل يقوم على أساس العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الإثني ويستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بحقوق الانسان والحريات الاساسية او التمتع بها او ممارستها على قدم المساواة في الميدان السياسي او الاقتصادي او الاجتماعي او الثقافي او في اي ميدان اخر من ميادين الحياة العامة"⁽⁷⁵⁾.

وينزع القانون أيضاً عن اللغة العربية صفة اللغة الرسمية إلى جانب العبرية، ويجعلها لغة لها مكانة خاصة مما يعني أنه من الممكن مواصلة استخدامها في المؤسسات الاسرائيلية. ويُعدّ هذا تمييزاً واضحاً ضدّ عرب إسرائيل الذين يعاملون كمواطنين من الدرجة الثانية. ويُعدّ عرب إسرائيل هم بالأساس أبناء الفلسطينيين الذين بقوا على أرضهم خلال حرب 1948م وقيام اسرائيل واضطرار مئات الآلاف إلى ترك منازلهم أو

⁷³ دولة أوربية تجرم إنكار الهولوكوست بنص قانوني صريح، مقال منشور في صحيفة المصريون الاربعة 10 تموز 2019 متاح على الموقع الإلكتروني: تاريخ الزيارة 2019 /9/10 www.almesryoon.com

⁷⁴ مايان لوبيل، إسرائيل تقر قانون الدولة القومية اليهودية المثير للجدل، العرب خارج الدولة، جريدة المدن، السنة 2013، 5، تاريخ الزيارة 2019/12/19، متاح على الموقع الإلكتروني <https://www.almodon.com/arabworld>

⁷⁵ ينظر المادة الأولى من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري الصادر بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة في 21 كانون الأول لسنة 1965 نافذة في 4 كانون الثاني لسنة 1969.

الفرار، ويملك من بقى على الارض الحقوق نفسها بالتساوي بموجب القانون، ولكنهم يتعرضون للتمييز وعدم منحهم حقوق المواطنة في التعليم والصحة والسكن وغيره. ولا يوجد ذكر في القانون الجديد للديمقراطية والمساواة، فهو يتضمن مجموعة من البنود التي تؤكد التفوق العرقي لليهود كأفراد وكشعب في جميع المجالات، ومما لا يترك مجالاً للشك أن هناك نوعين من المواطنة: لليهود مواطنة درجة أولى، وللعرب درجة ثانية، وبالتالي جعل حق تقرير المصير حصرياً لليهود، يعني نفي حق تقرير المصير للشعب الفلسطيني، ويبرر التفرقة في تحقيق الحقوق بين اليهود والعرب، ويحولها إلى تمييز شرعي على أساس عرقي وعنصري. وبذلك تعتمد طبيعة النظام السياسي الإسرائيلي على سياسة التمييز العنصري ضد السكان الأصليين، بل نجد أن حقوق المواطنة في إسرائيل تتقدم بين مواطني إسرائيل ذاتهم، حيث يتم تصنيفهم طبقياً تبعاً للطائفة التي ينتمون إليها، فالإشكناز وهم اليهود المولودون بأوروبا وأمريكا، والمولودون في إسرائيل من مواليد أوروبا وأمريكا في أعلى قمة الهرم الطبقي الإسرائيلي، أما اليهود السفارد وهم المولودون في آسيا وإفريقيا، والمولودون لآباء من ذات المواليد في مؤخرة السلم الطبقي⁽⁷⁶⁾. في الحقيقة من خلال ما أوردناه، يمكن القول أن تصورات إسرائيل على مفهوم المواطنة تقوم على مجموعة من الأفكار حول وحدة الشعب اليهودي في شتى أنحاء العالم وعلى ادعائهم في وطن قومي هربوا منه إلى الشتات، ولكن لا يحتاجون إلى الاشتراك في لغة حضارة مشتركة ولا هم بحاجة إلى أن يكونوا متدينين مخلصين لكي يعتبروا كيهود.

الفرع الثاني: الاعتبارات العرقية

تمارس بعض المجتمعات المتطورة منها من تمييز واضح في مختلف المجالات لصالح المجموعات الأقوى والأبعد تأثيراً، فمثلاً نلاحظ في الولايات المتحدة بأن المواطنين الأمريكيين من الأصل الأسباني أو المنتمين إلى الأقلية الباقية من السكان الأصليين (الهنود) برغم من أنهم كانوا أول من عاشوا في تلك البلاد وتمنح لهم حقوق المواطنة حسب تعاريف القانون، إلا أنهم ما زالوا يعاملون مثل الأمريكيين من أصل أفريقي كمواطنين من الدرجة الثانية، كذلك تعتبر ظروف حياة المواطنين الفلسطينيين في إسرائيل والعمال الأجانب في الكثير من دول أوروبا، شاهدة على محدودية المواطنة في التعامل مع قضايا الأقليات. وهكذا لم تستطع المواطنة كوضعية قانونية كذلك أن تضمن حقوق المجموعات القومية، مثلما تضمنت نظرياً على الأقل

⁷⁶ د. محمود عبد المنصف علي السيد، مصدر سابق، ص 264.

مفهوم المواطنة ومعوقات تطبيقه في المجتمع المعاصر

حقوق الأفراد ولم توفر ضمانات قوية ضد العنصرية والتمييز الحضاري والعنصري، وإن كانت تحارب بعض مظاهرها أحياناً باعتبارها تمثل مخالفات للقانون.

وفي الكويت، وفيما يتعلق بالبدون، فهم يعدون عديمي جنسية، ولا تعترف الدولة بهم كمواطنين من الدرجة الأولى، وبالتالي لا يتمتعون بحقوق المواطنة. ويعود مصطلح البدون في الأصل إلى أهل البادية الذين لم يحصلوا على جنسية دولة الكويت منذ استقلالها عام 1961، ويتم وصفهم وفقاً لمواد القانون الكويتي غير محددتي الجنسية أو حسب تسمية الحكومة لهم "مقيم بصورة غير قانونية"، وتعود مشكلتهم إلى عدم تطبيق مواد قانون الجنسية الكويتي بعد الاستقلال، وإهمال البعض التقدم بطلب الحصول على الجنسية الكويتية قديماً وبالتالي لا يحملون هذه الفئة السكانية الجنسية الكويتية ولا جنسية غيرها من الدول⁽⁷⁷⁾.

ويبلغ عدد البدون في الكويت حوالي 100 ألف شخص، ونظراً لعدم قانونية إقامة البدون في الكويت، يعانون من الحرمان التي يتمتع بها المواطن الكويتي. وكان معظم البدون يخدمون سابقاً في سلكي الجيش والشرطة في الكويت قبل غزو العراق للكويت عام 1990، ولقد تضاعفت أعدادهم بعد تحرير الكويت حيث كان عددهم عام 1990 يتراوح ما بين 220-350، ثم تراجع عام 2010 إلى 95-110، نتيجة لسياسة الضغط والتهجير من قبل الحكومة حيث يمثلون 4% من سكان الكويت، وأن من أسباب عدم منحهم الجنسية الكويتية، هو اتهام السلطات الكويتية بتعاونهم مع النظام العراقي أثناء غزو الكويت حيث أن الكثير منهم ينحدرون من أصول عراقية بالإضافة لمطالبة الحكومة بأوراقهم الرسمية⁽⁷⁸⁾. وتعتبر قضية البدون من القضايا المؤثرة بشكل كبير على سجل الكويت في حقوق الإنسان، وينحدر البدون من أصول ومذاهب متباينة يعيشون في الكويت منذ ما يقارب نصف قرن ويقولون إنهم كويتيون، ولكن السلطات لا تعترف بهم وترفض منحهم حق المواطنة. وكان أمير الكويت الراحل الشيخ جابر الأحمد الجابر الصباح قد أصدر مرسوماً عام 1999 يقضي بمنح الجنسية لسنة 2000 من البدون سنوياً، ولكن البرلمان رفض المرسوم⁽⁷⁹⁾، وبالتالي حرم البدون في الكويت من حقوق المواطنة، ومن ثم المشاركة في الحياة السياسية، وبالتالي عدم المساواة بين المواطنين في الكويت والتمييز بينهم وبين المواطنين الكويتيين، حتى أن البعض منهم يلجأ إلى

⁷⁷ البدون في الكويت مأساة إنسانية مستمرة بدون حل، سياسة واقتصاد، تاريخ الزيارة 2019/7/18 متاح على الموقع الإلكتروني dw.com

⁷⁸ غادة إبراهيم، تقرير مفصل عن البدون في الكويت، المرسل، منشور في 2016/2/31 متاح على الموقع الإلكتروني www.almsal.com

⁷⁹ غضب في الكويت، بعد انتحار شاب من البدون، نيوز عربي، تاريخ الزيارة 8 تموز 2019 متاح على الموقع الإلكتروني bbc.com

الانتحار، وهو ما حدث من انتحار لشاب من البدون؛ لعدم تمكنه من الحصول على وثائق رسمية من الدولة مما تسبب في فقدانه لعمله⁽⁸⁰⁾. ولمعالجة أوضاع البدون المقيمين بصورة غير قانونية، يقوم الجهاز المركزي بإصدار بطاقات أمنية للبدون على أن يتم تجديدها دورياً من قبل الجهاز، ولا تعتبر هذه البطاقة هوية شخصية لحاملها وفقاً لوصف الجهاز نفسه⁽⁸¹⁾. وبالتالي يعاني البدون من عدة مشاكل، منها عدم امتلاكهم للجنسية مما يعني عدم انتمائهم لأي دولة مما يسبب لهم مشاكل قانونية في الإقامة الشرعية بالدولة، والحصول على حقوقهم الطبيعية في التعليم والعمل والصحة والسفر خارج البلاد. ولقد وافق مجلس الأمة الكويتي على تجنيس 2000 شخص من البدون سنوياً عام 2000، على أن يقدموا الدليل على إقامتهم في الكويت قبل 1965، وعدم تسجيل قضايا جنائية في سجلاتهم مما يتيح الحصول على موافقة لكل سنة إقامة من مجلس الأمة لمنح الجنسية؛ إذ إن القانون الكويتي لا يجيز ازدواج الجنسية⁽⁸²⁾. وبالفعل حصل البعض منهم على الجنسية الكويتية مما لهم الإحصاء السكاني عام 1965، بينما لا يتحمل أخطاء أجدادهم القادمين من الصحراء والذين لم يطالبوا بالجنسية، كما طالبوا بالالتزام اتفاقية الأمم المتحدة عام 1945 الخاصة بعديمي الجنسية والتي تنص على منح البدون جميع حقوقهم الإنسانية والتي يتمتع بها المواطنون؛ إذ تنص: "لأغراض هذه الاتفاقية يعني مصطلح عديمي الجنسية، الشخص الذي لا تعتبره أي دولة مواطناً فيها بمقتضى تشريعها". كما تنص الاتفاقية "تطبيق الدول المتعاقدة أحكام هذه الاتفاقية على عديمي الجنسية دون تمييز من حيث العنصر أو الدين أو بلد المنشأ"⁽⁸³⁾.

⁸⁰ البدون في الكويت مأساة إنسانية مستمرة بدون حل، مصدر سبق ذكره.

⁸¹ مصدر سبق ذكره .

⁸² عادة إبراهيم، تقرير مفصل عن البدون في الكويت، مصدر سبق ذكره. تنص المادة 11 من مرسوم الجنسية الكويتي رقم 15 لسنة 1959 "يفقد الكويتي الجنسية إذا تجنس مختاراً بجنسية أجنبية ولا تفقد زوجته الكويتية جنسيتها إلا إذا دخلت في جنسيته، ويفقد أولاده القصر جنسيتهم الكويتية إذا كانوا يدخلون في جنسية أبيهم الجديدة بموجب القانون الخاص بهذه الجنسية ولهم أن يعلنوا وزير الداخلية باختيار جنسيتهم الكويتية خلال السنتين التاليتين لبلوغهم سن الرشد. ويجوز بقرار من مجلس الوزراء بناءً على عرض وزير الداخلية إعادة الجنسية الكويتية لمن فقدتها طبقاً للفقرة السابقة إذا أقام في الكويت إقامة مشروعة لمدة سنة على الأقل وطلب العودة إلى الجنسية الكويتية وتخلّى عن الجنسية الأجنبية، وفي هذه الحالة يعتبر مسترداً للجنسية الكويتية من تاريخ موافقة مجلس الوزراء".

⁸³ ينظر المادتين 1 و 3 من الاتفاقية الدولية بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية اعتمدت من قبل مؤتمر المفوضين في 28 ايلول عام 1954 واصبحت نافذة بتاريخ 6 حزيران سنة 1960.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من بحثنا الموسوم بـ"مفهوم المواطنة ومعوقات تطبيقه في المجتمع المعاصر، العراق نموذجا". استخلصنا بعض النتائج، ووضعنا بعض المقترحات التي نأمل أن تكون جديرة بالاهتمام.

أولاً: الاستنتاجات

1. تعترف المواطنة بالتنوع الديني والإثني والثقافي في المجتمع دون المساس به، وترفع عنه في علاقه بين المواطن والدولة، بل تعدّ المواطنة السبيل الوحيد لحماية المجتمعات من الصراعات الدينية والقومية والعرقية والطائفية القائمة على قاعدة مبدأي التمييز والتهميش بين الافراد. فالمشكلة تكمن في تطبيق مفهوم المواطنة على أرض الواقع إلى جانب الاعتبارات الدينية والطائفية العنصرية والقومية، وكذلك الاعتبارات العرقية التي تعيق من تطبيق هذا المفهوم.

2. إنّ تعزيز المواطنة يساهم في رفع مستوى الاستقرار في الدولة حتى تعرف باسم "دولة المواطنة"، الكل متساوون أمام القانون دون تمييز، وتعني الدولة القائمة على أساس مدني، ومصدرها يستند على الشرعية القانونية والدستورية، ويراعى مفهوم المواطنة وتنظيم الحقوق والحريات وآليات ممارسة السلطة.

3. إنّ البحث عن الهوية الوطنية في مجتمع متعدد القوميات والأديان والطوائف كالمجتمع العراقي هو أمر في غاية الصعوبة والتعقيد، فالعراق عانى وما زال يعاني من أزمة وإشكالية في هويتها الوطنية، بل أصبحت الهوية الطائفية والإثنية في العراق، هي الهوية الرئيسة والأساسية.

4. من خلال دراستنا لوضع البدون في الكويت، وجدنا حرمانهم من حقوق المواطنة ومن ثمّ المشاركة في الحياة السياسية والتمتع بالحقوق والحريات الأساسية، وبالتالي عدم المساواة بين المواطنين في الكويت والتمييز بينهم وبين المواطنين الكويتيين.

5. برغم من حصول الغجر في العراق على الأوراق الثبوتية الرسمية، وإلغاء كلمة الاستثناء والغجر من هوية الأحوال المدنية والجنسية العراقية ومنحهم البطاقة الوطنية، إلا أنّه ما زالت النظرة الدونية من الحكومة والمجتمع قائمة، وبالتالي يجدون صعوبة في اندماجهم ضمن المجتمع الواحد.

ثانياً: التوصيات

1. ندعو المشرّع العراقي إلى تشريع قانون خاص ب (مبدأ المواطنة والتعايش السلمي)، يفعل مفهوم المواطنة ويدعو إلى التعايش السلمي مع جميع طوائف المجتمع العراقي دون استثناء أو تمييز، وشعور المواطن العراقي مهما كانت انتماءاته المذهبية والعرقية والدينية من الدرجة الأولى؛ لأنّ المجتمع العراقي أصبح مقسماً على نفسه، كأننا نعيش في مجتمع طبقات، وليس في مجتمع ديمقراطي حر، الانتماء يكون للوطن وحده بغض النظر عن ولاء المواطن، لكون الانتماء أعلى درجات الولاء للوطن.
2. نوصي المشرّع العراقي إلى تشريع قانون نبذ المحاصصة الطائفية، ووضع مناهج تؤكد على التعايش السلمي ونبذ النزعة الطائفية والعرقية، مع وضع برنامج رقابي رسمي وشعبي يترتب على إثره إجراءات قانونية صارمة بحق المخالفين أيا كان انتماءهم.
3. ضرورة التمسك بالهوية الوطنية لكونها من أهم العوامل المؤثرة على تفعيل المواطنة الحقيقية في المجتمع العربي بشكل عام، والمجتمع العراقي بشكل خاص، في ظل قدرة الدولة على فرض هويتها الوطنية على أفراد المنتميين إلى ألوان متعددة.
4. تفعيل دور مؤسسات المجتمع المدني في ترسيخ مفهوم المواطنة من خلال إقامة ندوات ودورات وورش عمل حول مفهوم المواطنة، وآليات الارتقاء بها، والعمل على التعايش السلمي بين مكونات الشعب العراقي كافة وتعزيز قدرته على أن يكون شريك فعال على قدم المساواة مع مؤسسات الدولة في خدمة المجتمع وفقاً لأحكام الدستور.
5. نوصي المؤسسات الرسمية في العراق، العمل على ضرورة تدريس مادة المواطنة في كافة المؤسسات التعليمية الجامعية، و طرحها كمقرر عام. كما ندعو المؤسسات الدينية والتربوية والإعلامية في مختلف مجتمعات الدول العربية إلى غرس قيم وثقافة المواطنة منذ الصغر، وبثّ روح التعايش بين فئات المجتمع والاستفادة بما تقدمه المؤسسات البحثية في هذا المجال.
6. حتّ الجهات الرسمية في العراق، وفي الكويت، وفي الدول التي يتواجد الغجر فيها، على ضمان تمتعهم بكافة حقوقهم المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ومساواتهم مع غيرهم من مواطنين البلد الواحد، وأن يتعاملوا كمواطنين من الدرجة الأولى.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المعاجم اللغوية

1. ابن منظور، لسان العرب، ج15، ط2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1993.
2. د. أحمد سعيقان، قاموس المصطلحات السياسية والدستورية والدولية، ط1، مكتبة لبنان، ناشرون، 2004.
3. حمد العدناني، معجم الأغلاط اللغوية المعاصرة، مكتبة لبنان، بيروت، 1948.
4. د. عبد الوهاب الكيالي، موسوعة السياسية، ج6، ط1، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، 1994.
5. د. عبد الوهاب الكيالي، موسوعة السياسية، ج7، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، 1994.
6. معجم المصطلحات السياسية، معهد البحرين للتنمية السياسية، 2014.
7. الموسوعة العربية العالمية، مؤسسة اعمال الموسوعة للنشر والتوزيع، بيروت، 1996.

ثانياً: الكتب العربية

1. إدوارد سي بانفلد، السلوك الحضاري والمواطنة في المجتمعات الديمقراطية الليبرالية، ترجمة سمير عزت نصار، دار النشر والتوزيع، عمان، 1994.
2. د. ادمون رباط:
- الوسيط في القانون الدستوري العام "النظرية القانونية في الدولة وحكمها"، ج2، ط2، دار العلم للملايين، بيروت، 1971.
- الوسيط في القانون الدستوري العام، ج1، دار العلم للملايين، بيروت، 1983.
3. أرسطو طاليس، السياسة، ترجمة أحمد لطفي "الكتاب الثالث" ب-م، ب-ت.
4. إيناس محمد البهجي، ويوسف المصري، المواطنة في القانون الدولي والشريعة الاسلامية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013.
- بتصرف السيد صادق عباس، حركات إسلامية بين خيار الأمة ومفهوم المواطنة، حزب الله نموذج، ط1، مركز الغدير للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، بيروت، 2012.
5. جان جاك روسو، العقد الاجتماعي، ترجمة يونس غانم، اللجنة الإدارية لترجمة الروائع الإنسانية، 1972.
6. د. حميد حنون خالد، الأنظمة السياسية، ط2، دار السنهوري، بغداد، 2015.

- 7.د. رجب محمد السيد الكحلوي، الحماية القانونية للحرية الأكاديمية، مؤسسة بداري، أسيوط، (ب، ت)،
8.د. صالح حسين علي العبد الله:
- الحق في الانتخاب "دراسة مقارنة"، ط1، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2012.
- السلطة والرضاء الشعبي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2016.
9.د. صلاح الدين فوزي، الجوانب القانونية، استطلاع الراي العام السياسي، دار النهضة العربية، القاهرة،
1992.
10.د. عامر محمود الكسواني، الجنسية والموطن ومركز الأجنبي، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع،
2010.
11.د. عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي جامعة
بغداد، بيت الحكمة، المكتبة القانونية ب-ت.
12.د. عبد السلام ابراهيم بغدادي، الحريات الأكاديمية والإبداع، (دراسة نظرية وتطبيقية في ضوء التجارب
العراقية والعربية والعالمية)، ط1، دار الخليج للطبع والنشر، عمان، الأردن، 2018.
13.د. عبد الله بن سعيد بن محمد آل عبود، قيم المواطنة لدى الشباب وإسهامها في تعزيز الأمن الوقائي،
ط1، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2011.
14.د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، وزارة التعليم العالي
والبحث العلمي جامعة بغداد، ب-ت.
15.عبد الكريم غلاب، أزمة المفاهيم وانحراف التفكير، ساسلة الثقافة القومية 33، مركز دراسات الوحدة
العربية، بيروت، 1998.
16.مارسيل غوشيه، الدين في الديمقراطية، ط1، تعريف د. شفيق محسن، المنظمة العربية للترجمة، مركز
دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2007.
17.د. محمود عبد المنصف علي السيد، مبدأ المواطنة في القانون الدستوري، ط1، دار الكتب والوثائق
القومية، 2016.

مفهوم المواطنة ومعوقات تطبيقه في المجتمع المعاصر

18. د. ميلود المهدي، ود إبراهيم أبو خزام، الوجيز في القانون الدستوري دراسة تحليلية في النظرية العامة لفلسفة القانون الدستوري، الكتاب الأول، ط2، دار العربية الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلام، ليبيا، 1997.
19. نبيل الصالح، عزمي بشارة، ماهي المواطنة "سلسلة مبادئ الديمقراطية"، ط1، المؤسسة الفلسطينية لدراسة الديمقراطية، رام الله، 1994.
20. نقيب حنا منصور، الأرمن والدولة العثمانية، ط1، دار النهضة العربية، بيروت، 2016.
21. هيثم المناع، في التاريخ العربي الإسلامي، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، 1997.

ثالثاً: الرسائل والأطاريح الجامعية

1. أسامة زبيدي، الطائفية الدينية وأثرها على الاستقرار السياسي في الدولة " دراسة حالة لبنان" رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي - 2017.
2. العرش نورة، وزبيدي نور الهدى، مفهوم المواطنة عند محمد عمارة، رسالة ماجستير في الفلسفة السياسية، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة الجليلي بونعامة خميس مليانة، 2018.

رابعاً: البحوث والمقالات

1. أيوب محمد طيب، ماهية الهوية الوطنية وتحدياتها "تحديات الهوية الوطنية العراقية - نموذجاً"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد 6، الجزء 2، العدد 21، 2017.
2. د. ثناء عبد الرشيد محمد وجميل أبو العباس زكير، المواطنة والوطنية المعتدلة في فلسفة ستيفن ناثانسون، مجلة كلية الآداب، جامعة بني سويف، العدد 5، 2019.
3. د. حمزة إسماعيل أبو شريعة، المواطنة ودورها في بناء ثقافة الديمقراطية، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، الجامعة الأردنية، المجلد 41، ملحق 1، 2014.
4. د. خديجة بن وزة. د. عاتكة غرغوط، العلاقة بين الهوية الوطنية والمواطنة، مجلة السراج في التربية وقضايا المجتمع، العدد 5، 2018.
5. د. عبد السلام موكيل، المواطنة وسياق الدولة والهوية، جامعة وهران، مجلة تاريخ العلوم، المجلد 1، العدد 1، ب-ت.

مفهوم المواطنة ومعوقات تطبيقه في المجتمع المعاصر

6. د. علي خليفة الكواري، المواطنة والديمقراطية في الوطن العربي، ورقة عمل مقدمة إلى مشروع دراسات الديمقراطية في البلدان العربية حول المواطنة والديمقراطية في البلاد العربية، مجلة مستقبل العربي، ال عدد264، 2000.

7. كمال حسين أدهم، مفهوم المواطنة وآليات تعزيزها، مجلة دراسات إقليمية، المجلد 5، العدد 13، 2009، 8. أد. منى جلال عواد، الأقليات وحق المواطنة في العراق بعد عام 2003، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 5، العدد 18، السنة 5، 2013.

9. مهدي جابر مهدي، إشكالية تعثر الديمقراطية في العراق بعد 2003، مجلة المستقبل العربي، العدد 405، السنة 35، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2012.

خامساً: الإعلانات والاتفاقيات الدولية

1. إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة 1789.
2. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948.
3. الاتفاقية الدولية بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية اعتمدت من قبل مؤتمر المفوضين في 28 أيلول عام 1954، وأصبحت نافذة بتاريخ 6 حزيران سنة 1960.
4. الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري الصادر بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة في 21 كانون الأول لسنة 1965 نافذة في 4 كانون الثاني لسنة 1969.

سادساً: الدساتير

1. الدستور الكويتي لسنة 1962.
2. دستور جمهورية العراق النافذ لسنة 2005.
3. الدستور المصري النافذ لسنة 2014.

سابعاً: القوانين والوقائع العراقية

1. مرسوم الجنسية الكويتي رقم 15 لسنة 1959.
2. قانون الجنسية المصري رقم 26 لسنة 1975.
3. قانون الجنسية العراقي النافذ رقم 26 لسنة 2006.
4. قانون انتخابات مجلس النواب العراقي النافذ رقم 9 لسنة 2020.

5. الوقائع العراقية، العدد 1880 في 18/5/1970.

ثامناً: المواقع الإلكترونية

1. أطفالنا مستقبلنا، الانتماء والهوية، تحت خطر انعدام الجنسية، اجتماع الخبراء الإقليمي للفترة من 17-18 تشرين الأول/2016، متاح على الموقع الإلكتروني للمفوضية السامية لشؤون اللاجئين تاريخ الزيارة <http://www.unhcr.org/587c8ade7>. 2020/5/11
2. د. تحسين الزركاني، عراقيون مع وقف التنفيذ الاستثناء يحرم العجر حق الحياة، مدونات عربية قلم حر، منشور في 11 ايار 2015، تاريخ الزيارة 2020/5/7، متاح على الموقع الإلكتروني tahseen.arablog.org
3. حسن الموسوي، الولاء والتنمية والمواطنة، جريدة القبس، مقالة، 2012، تاريخ الزيارة 2019/12/28، متاح على الموقع الإلكتروني <http://alqabas.com/old/?ajax>
4. غادة ابراهيم، تقرير مفصل عن البدون في الكويت، المرسل، منشور في 2016/2/31، متاح على الموقع الإلكتروني www.almrsl.com
5. مايان لوبيل، إسرائيل تقرر قانون الدولة القومية اليهودية المثير للجدل، العرب خارج الدولة، جريدة المدن، السنة 5، 2013، تاريخ الزيارة 2019/12/19، متاح على الموقع الإلكتروني <https://www.almodon.com/arabworld>
6. د. محمد عمارة، المواطنة في ظل المرجعية الإسلامية، الوسطية، فكر وقضايا إسلامية، منشور بتاريخ alwasateia.com 15 أكتوبر 2018، تاريخ الزيارة 2020/9/9، متاح على الموقع الإلكتروني
7. ينظر برنامج الأمم المتحدة للتوعية بالهولوكوست على الموقع الإلكتروني، تاريخ الزيارة <http://www.un.org/holocaustremembrance> 2019/10/25.
8. غضب في الكويت، بعد انتحار شاب من البدون، نيوز عربي، تاريخ الزيارة 8 تموز 2019، متاح على الموقع الإلكتروني bbc.com
9. عجر العراق يعانون ومنبوذين في بلادهم، جريدة العرب، العدد، 10055، السنة 83، مقال منشور في alarab.co.uk 2015/10/3، متاح على الموقع الإلكتروني

مفهوم المواطنة ومعوقات تطبيقه في المجتمع المعاصر

10. البدون في الكويت مأساة إنسانية مستمرة بدون حل، سياسة واقتصاد، تاريخ الزيارة 2019/7/18 متاح على الموقع الإلكتروني dw.com
11. قرار استثنائي بشأن العجر والقرج خلافاً للقانون العراقي، تاريخ الزيارة 7 اذار 2019، متاح على الموقع الإلكتروني Ultrairaq.ultrasawl.com
- 12. هجرة واسعة لـ" العجر" رفع اللقب (قرج -كاولي) من هوية الأحوال المدنية ومساعي دولية، <http://www.almada.paper.com> لدمجهم بالمجتمع، جريدة المدى برس، العدد 3523 بتاريخ 14/-12-2015، متاح على الموقع الإلكتروني.
13. واقع العجر في العراق وحسم مصيرهم تاريخياً، العالم العربي، تاريخ الزيارة 2019/4/4، متاح على الموقع الإلكتروني Arabic.sputniknews.com
14. 11 دولة أوروبية تجرم إنكار (الهولوكوست) بنص قانوني صريح ، مقال منشور في صحيفة المصريون الأربعاء 10 تموز 2019، متاح على الموقع الإلكتروني: تاريخ الزيارة 2019 /9/10 www.almesryoon.com

آليات تسوية منازعات العمل الفردية
ودور القضاء في حسمها
"دراسة مقارنة"

د. بيير ماليه
أستاذ القانون المدني المساعد
كلية القانون - جامعة عجمان

د. نجلاء فليح
أستاذ قانون الإجراءات المدنية المشارك
كلية القانون - جامعة عجمان

**Mechanisms of Individual labor Dispute Settlement
And the role of the judiciary in resolving it
"A comparative study"**

Dr. Pierre Mallet
Assistant Professor of Civil
Law
College of Law - Ajman
University

Dr. Naglaa Falyyih
Associate Professor of Civil
Procedure Law
College of Law - Ajman
University

الملخص

تنصب الدراسة على بحث آليات حل منازعات العمل الفردية في مقارنة بين التشريع الإماراتي والفرنسي، ودور القضاء في حلها، ومدى فعالية الآليات التي اعتمدها التشريع الإماراتي في تسوية هذه المنازعات، ودرجة تناغمها مع الاتجاهات العامة في القوانين المقارنة، ومع توصيات منظمة العمل الدولية، وتقييم وترجيح الآليات التي تساعد على حل منازعات العمل بفعالية، وكيفية تحسين أداء الجهات المناط بها حلها، لاسيما أن لمنازعات العمل الفردية خصوصيات تحتاج إلى تبني حلول ودية إلى جانب الحلول القضائية، تجنباً لتفاقم الخلاف وتأزمه، وحتى يخرج طرفاً النزاع رابحين، عن طريق الاستعانة بالوسائل والآليات البديلة، كالتوفيق والوساطة والتحكيم وغيرها، مع تحديد المرحلة المناسبة والضرورية لتدخل القضاء. الكلمات المفتاحية: منازعات العمل الفردية - آليات تسوية المنازعات - التوفيق - الوساطة - التحكيم.

Abstract

The study focused on the mechanisms for resolving individual labor disputes in a comparison between the UAE and French legislation, and the role of the judiciary in solving them. With an explanation of effectiveness of the mechanisms adopted by UAE legislation in settling these disputes, the degree to which they are consistent with general trends in comparative laws and the recommendations of the International Labor Organization. Evaluate and weighting mechanisms that help resolve labor disputes and improve the effectiveness of individual labor dispute resolution. In particular, individual labor disputes need to be more amicable than decisive judicial decisions, to avoid aggravation and crisis, and to bring both sides of the dispute out, using alternative means and mechanisms for resolving disputes, such as reconciliation, mediation, arbitration, etc.

Key words: Individual labor disputes – dispute settlement mechanisms – conciliation – mediation – arbitration.

المقدمة

من المسلم به، أن لمنازعات العمل خصوصية، تستدعي تنظيمها بقواعد إجرائية متميزة، تختلف في بعض الوجوه عن القواعد الإجرائية العامة التي تطبق على المنازعات المدنية؛ فقوانين الإجراءات المدنية تهدف، عند نظر المنازعات المدنية إلى ضمان صدور حكم قضائي لصالح الخصم، صاحب الحق في الدعوى، فيخرج الخصمان - عادة - من سوح القضاء مفترقين؛ أحدهما رابح والآخر خاسر.

وهذه النتيجة لا تتسجم مع طبيعة علاقات العمل، وما ينشأ عنها من منازعات، ولا مع ما يؤمل لها من حلول؛ إذ أن عقود العمل من العقود مستمرة التنفيذ، وظهور نزاع بين طرفي العقد، في مرحلة ما من مراحل تنفيذ العقد، لا ينبغي أن ينظر إليه على أنه نهاية المطاف؛ ولا أن يترتب على حسم النزاع افتراق الأطراف وإفساد العلاقة الودية والثقة المفترضة بينهما؛ بل تتعين المحافظة على بقاء العلاقة موصولة ودائمة بين الطرفين، لضمان استمرار عجلة الإنتاج التي لها انعكاسات على الاقتصاد الوطني؛ لاسيما أن استقرار علاقات العمل يساهم، دون شك، في استقرار المجتمع. لذلك اعتمدت غالبية التشريعات المقارنة قواعد إجرائية تتسم بالمرونة والبساطة الواقعية، يجري على ضوئها حسم منازعات العمل. وأولى هذه القواعد "التسوية والتوفيق"، فعلاقات العمل تحتاج إلى حل ودي أكثر مما تحتاج إلى حكم قضائي حاسم، وذلك لتجنب تفاقم الخلاف وتأزمه، وحتى يخرج طرفا النزاع رابحين كلاهما، عن طريق الاستعانة بالوسائل والآليات البديلة لحل المنازعات، كالتوفيق والوساطة والتحكيم وغيرها، وألا يُلتجأ إلى القضاء إلا للضرورة بعد استنفاد المساعي الودية.

أما القاعدة الثانية فهي سرعة الحسم وقلة التكاليف، وسهولة الوصول إلى الوسيلة التي تتصف صاحب الحق؛ لارتباط أغلب الدعاوى بالحقوق المالية لشريحة واسعة من شرائح المجتمع وهم العمال، والتي لا تحتمل التأخير لتعلقها بمصدر معيشة أسرهم. ومن جهة أخرى، فإن تأخر حسم النزاع قد يتسبب في الإضرار بالاقتصاد الوطني، إذا ما تفاقم النزاع وتوقفت عجلة الإنتاج في بعض مفاصله. فضلاً عن أن التشريعات المقارنة تكاد تنفق على تشكيل قضاء فني متخصص في دعاوى العمل يضم قاضياً محترفاً وأعضاء مهنيين يمثلون جهتي الخصومة؛ العمال وأصحاب العمل، وتأخذ بمبدأ التدرج باللجوء إلى آليات حل النزاع الودية قبل التوجه إلى القضاء، ووضع نصوص توجب نظر الدعاوى العمالية على وجه الاستعجال وفي مواعيد قصيرة، لضمان سرعة حسمها، وبموجبها يكون للمبالغ المستحقة للعامل امتياز على جميع أموال صاحب العمل، مع إعفاء العامل من دفع الرسوم القضائية.

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

وقد عمدت منظمة العمل الدولية بالتعاون مع العديد من الدول، ومراكز البحوث وخاصة في الجامعات، على متابعة تقييم آليات حسم منازعات العمل بشكل دوري ومستمر، في محاولة لتطويرها لتتلاءم مع ما يحدث من تغيرات على أرض الواقع، مع الأخذ بنظر الاعتبار اختلاف الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية بين الدول، وكذلك اختلاف الحقب التي يجري فيها النزاع. وتم وضع معايير عامة تستخدم لقياس مدى فعالية وعدالة تلك الآليات، مثل السرعة والكلفة الأقل، ومدى صلاحية آليات الحل في المحافظة على استمرارية العلاقة بين طرفي الخصومة، مع التركيز على ضمان سهولة الوصول لتلك الآليات.

وقد كان المشرع الإماراتي مدركاً لخصوصية المنازعات العمالية، فحاول معالجتها، بطرق وآليات متعددة، وحدد متى يبدأ دور المحاكم في نظر تلك المنازعات، وسوف يجري عرض تلك الطرق والآليات وتقييمها ومقارنتها مع القانون الفرنسي، ومع توصيات منظمة العمل الدولية.

مشكلة الدراسة: تحاول الدراسة عرض دور القضاء في حسم منازعات العمل الفردية في القانون الإماراتي والآليات التي تسبق التقاضي، ومدى فعالية ذلك في تسوية المنازعات، ودرجة تناغم الحلول مع الاتجاهات العامة في القانون المقارن، التي تميل إلى إعادة تقييم آليات حل المنازعات بصورة دورية، لتواكب المستجدات على أرض الواقع، وما إذا كانت نصوص القانون الإماراتي تحتاج إلى تعديل؟ وفي أي اتجاه يتعين أن يسير التعديل؟

هدف الدراسة: تهدف هذه الدراسة إلى تقييم آليات حل منازعات العمل الفردية في التشريع الإماراتي، ودور القضاء في ذلك، وعرض الآليات الأكثر كفاءة في حسم تلك المنازعات، وبيان الرأي لتطوير فعالية أداء الجهات المناط بها حل منازعات العمل الفردية.

أهمية الموضوع: إن اعتماد وسائل ناجحة لحل منازعات العمل له أهمية في استقرار المجتمع، الذي لا يتحقق إلا بإرساء العدالة الاجتماعية، فضلاً عن أهمية حسم منازعات العمل على اقتصاد الدولة، لا سيما بالنسبة للإمارات العربية المتحدة التي للعمالة الوافدة فيها مساهمة واسعة في سوق العمل؛ ولأن عجلة الاقتصاد، تعتمد في كثير من جوانبها على وجود تنظيم متكامل ومستقر لعلاقات العمل وحل ما ينجم عنها من منازعات.

نطاق الدراسة: تحدد هذه الدراسة بمنازعات العمل الفردية، ولا يدخل في نطاقها منازعات العمل الجماعية، إلا ما جرى التطرق إليه بالقدر الضروري للتمييز بين نوعي المنازعة، لتحديد جهة الاختصاص للنظر في النزاع.

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

وسوف نقسم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث، نتناول في المبحث الأول مفهوم المنازعات الفردية، وتمييزها عن منازعات العمل الجماعية. وينصب المبحث الثاني على الآليات الودية لحسم منازعات العمل. في حين ينصب المبحث الثالث على دور محاكم العمل في حسم منازعات العمل.

المبحث الأول: مفهوم منازعات العمل الفردية وتمييزها عن منازعات العمل الجماعية

تبنى المشرع الإماراتي، مبدأ التسوية والتدرج في حل منازعات العمل، ووضع قواعد إجرائية لحسم هذه المنازعات. ولاختلاف طبيعة وخطورة منازعات العمل الفردية، عن منازعات العمل الجماعية، فقد وضع المشرع الإماراتي قواعد خاصة وآليات لحل منازعات العمل الفردية تختلف عن تلك المقررة لحل منازعات العمل الجماعية. وسيجري تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، ينصب المطلب الأول على تعريف منازعات العمل الفردية. في حين ينصب المطلب الثاني على تمييز منازعات العمل الفردية عن منازعات العمل الجماعية.

المطلب الأول: تعريف منازعات العمل الفردية

لاشك في أن نشوب منازعات العمل، من الأمور المتوقعة، لتناقض واختلاف مصالح العمال وأصحاب الاعمال¹، فكثيراً ما يحدث إخلال من أحد الطرفين بالتزام عقدي أو تنظيمي. وتعد المسارعة في معالجة ما يحدث من خلل وحله من الأمور الضرورية، لارتباط ذلك، بالحقوق المالية للعمال التي تمس معيشتهم وكونهم في مركز أضعف، ولتأثير هذه المنازعات، لاسيما إذا اتسع مداها على الاقتصاد الوطني. وبالرجوع إلى القانونين الإماراتي والفرنسي نجد أنهما لم يوردا تعريفاً لمفهوم منازعات العمل الفردية، في حين عرفت بعض التشريعات العربية هذه المنازعات، فنجد أن التشريع الجزائري قد عرف منازعات العمل الفردية في المادة (2) من القانون رقم (90/04) المتعلق بتسوية النزاعات الفردية بأنه "يعد نزاعاً فردياً في العمل بحكم هذا القانون، كل خلاف في العمل قائم بين عامل أجبر ومستخدم بشأن تنفيذ علاقة العمل التي تربط بين الطرفين إذا لم يتم حله في إطار عمليات تسوية داخل الهيئات المستخدمة"². وعرفت منظمة العمل الدولية منازعات العمل الفردية بأنها "عبارة عن خلافات بين أحد العمال وصاحب عمله على حقوق تكون موجودة في الغالب، وقد تنطوي أيضاً على حالات يختلف فيها عدة عمال مع صاحب العمل على ذات القضية، بحيث يتصرف كل واحد منهم بشكل منفرد قائم بذاته"³. وفي الفقه عرف بعض الفقهاء منازعات العمل الفردية، بأنها "كل نزاع

¹ حبيب بن عيسى، بونوة مختار، الصلح كآلية لتسوية نزاعات العمل في القانون الجزائري، أطروحة ماجستير مقدمة إلى جامعة زيان عاشور - الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016-2017، ص 48.

² قانون تسوية النزاعات الفردية في العمل رقم 90-04 في 6 نوفمبر سنة 1990.

³ ورد هذا التعريف في دليل المركز الدولي للتدريب، منظمة العمل الدولية، أنظمة منازعات العمل، منشورات المركز الدولي للتدريب، إيطاليا، 2013، ص 17. Available at: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_302437.pdf (4/5/2020).

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

يتعلق بالتكليف القانوني لعقد العمل أو نشوئه أو تنفيذه أو انتهائه⁴. كما عرفها آخرون بأنها "المنازعة بين عامل أو أكثر وصاحب العمل للمطالبة بحق ذاتي لكل منهما سواء كانت هذه المنازعة تتعلق بحق من الحقوق الناشئة عن تطبيق أحكام قانون العمل أو أي نظام أو قانون آخر"⁵. وعرفت محكمة تمييز دبي منازعات العمل الفردية بتعريف دقيق بأنها: "المنازعات الخاصة بالمطالبة بالحقوق الذاتية للعامل، المستندة إلى عقد العمل، وهذه المنازعة قوامها حق ذاتي للعامل، مرتبط بعلاقته الشخصية بصاحب العمل، ولا يتصل بحق الجماعة، ولا يتأثر به مركزها، وإنما بالمصلحة الفردية الشخصية لكل عامل"⁶. ويمكننا تعريف منازعة العمل الفردية بأنها: المنازعة التي تقع بين أحد العمال أو أكثر وصاحب العمل حول حقوق ثابتة وفردية خاصة بالعامل، ناجمة عن الإخلال بالالتزامات التي يربتها عقد العمل أو الاتفاقيات الجماعية، أو نتيجة الإخلال بلوائح العمل الداخلية أو الانظمة أو القوانين، ولا يترتب على إثارتها المساس بالمصالح العامة والمشاركة لبقية العمال. ومن هذا التعريف يتبين أن منازعات العمل الفردية تنجم عن منازعة حول حقوق ثابتة نتيجة الإخلال بأحد بنود عقد العمل المبرم بين العامل وصاحب العمل، أو نتيجة الإخلال بالحقوق التي ترتبها اتفاقيات العمل الجماعية، أو نتيجة مخالفة لوائح العمل الداخلية. أو نتيجة مخالفة أنظمة العمل وقوانينه⁷.

المطلب الثاني: تمييز منازعات العمل الفردية عن منازعات العمل الجماعية

تبين لنا أن منازعات العمل الفردية تتعلق بحقوق تعود لعامل واحد أو أكثر، وأن المشرعين في التشريعات المقارنة وضعوا وسائل خاصة لحسمها. في حين أن المنازعات الجماعية تنصب على حقوق جماعية ولها تداعيات أشمل وقد أولتها منظمة العمل الدولية والتشريعات المقارنة اهتماماً مركزاً، لأنها تؤثر، بشكل أشد، على الأمن والسلم الاجتماعي والأمن الاقتصادي؛ لهذا اتخذت الوسائل والآليات المعدة لحسم المنازعات

⁴ Minawa Ebisui, Sean Cooney and Colin Fenwick, Resolving individual labour disputes, A comparative overview, International Labour Organization, Geneva, 2016, p.106.

⁵ أحمد إبراهيم عبد التواب، خصوصيات التقاضي في تسوية منازعات العمل الفردية، كلية الحقوق - جامعة القاهرة دار النهضة العربية القاهرة، 2013، ص 12.

⁶ محكمة التمييز - الأحكام المدنية - الطعن رقم 66 لسنة 2001 قضائية - الدائرة العمالية - بتاريخ 08-12-2001 مكتب فني 12 رقم الجزء 1 رقم الصفحة 949، شبكة قوانين الشرق.

⁷ للمزيد يراجع: عبد الرزاق حسين يس، الوسيط في شرح أحكام قوانين العمل والتأمينات الاجتماعية طبقاً لتشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة، أكاديمية شرطة دبي، 1992، ص 210؛ رشيد واضح، علاقات العمل في ظل الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر، دار هوم الجزائر، 2002، ص 178؛ عبد الكريم بوحميده، الطرق الودية لتسوية نزاعات العمل الفردية في ظل قانون 90-04، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاجتماعية جامعة زيان عاشور، ع 8، الجزائر، 2017، ص 174.

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

الأخيرة، صيغا متفردة في محاولة للتركيز على آليات التسوية الودية، وتجنب اللجوء إلى القضاء، لتوقي نفاقم النزاع وخروجه عن السيطرة عندما تتجاوز حدود الإضرابات أو العلق إلى العنف والاعتداء على الممتلكات. فالمنازعات الجماعية لها أبعاد تتجاوز الإطار القانوني في بعض الأحيان، والإجراءات القضائية قد لا تكفي لمعالجتها⁸؛ بل قد يكون من المخاطرة اللجوء للقضاء بشأنها، لأن الأحكام القضائية تفصل في المنازعات بشكل حدي، قد يدفع الأطراف إلى مفترق طرق، عندما يخرج أحدهم خاسراً.

وقد كشفت التطبيقات العملية عن وجود صعوبات في التمييز بين منازعات العمل الفردية وبين منازعات العمل الجماعية، بل إن هذا التمييز قد يدق، في كثير من الحالات. ولهذا عمدت بعض التشريعات المقارنة إلى وضع تعريف للمقصود بمنازعات العمل الجماعية، تفادياً للاجتهاد بشأنها وما يترتب عليه من آثار. ومن التشريعات التي وضعت تعريفاً لمنازعات العمل الجماعية القانون الاتحادي في شأن تنظيم العمل الإماراتي رقم 8 لسنة 1980، وذلك في المادة الثانية منه التي نصت على الآتي: "منازعات العمل الجماعية هي كل خلاف بين صاحب عمل وعماله يتصل موضوعه بمصلحة مشتركة لجميع العمال أو لفريق منهم في منشأة أو مهنة أو حرفة معينة..." وفي سبيل وضع حدود فاصلة ودقيقة بين منازعات العمل الفردية والجماعية، اتجه الفقه والقضاء إلى وضع معايير للترقية بينهما، وكان أهمها المعياران الآتيان:

المعيار الأول: معيار عدد العمال الذين يكونون طرفاً في النزاع

يقوم هذا المعيار على أساس اعتبار نزاع العمل فردياً، إذا كان يخص أو يمس عاملاً أو عدداً محدوداً من العمال. أما إذا كان النزاع يخص عمال المؤسسة أو مجموعة كبيرة منهم، فيعد النزاع جماعياً، سواء أكان العمال منضوين تحت لواء نقابة مهنية أم لا⁹. وهذا المعيار يعد، بشكله المطلق، معياراً غير منضبط، إذ لا يفصح عن الحد الفاصل الذي يتعين أن يصله عدد العمال، لينتقل وصف النزاع إلى نزاع جماعي. وهل يشترط لهذا الغرض أن يشترك جميع عمال المشروع أو غالبيتهم في النزاع، حتى يضي عليه هذا الوصف؟ لذلك حاول بعض الفقهاء وضع قيد مرن لهذا المعيار، بالقول إن النزاع يعد نزاعاً جماعياً، إذا اشترك في النزاع

⁸ Paul Palsterman, LES JURIDICTIONS DU TRAVAIL ET LA RÉFORME DE LA JUSTICE, CRISP, 2000/1 n°1666-16671. Available at: <https://www.cairn.info/revue-courrier-hebdomadaire-du-crisp-2000-1-page-1.htm> (10.7.2020) P.24.

⁹ أنظر: المركز الدولي للتدريب، مرجع سابق، ص 24؛ مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص 291؛ عيساني محمد، أنظمة تسوية منازعات العمل الفردية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2016، ص 36.

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

جميع عمال المؤسسة أو المشروع، أو أن يبلغ عدد المشاركين فيه الحد الذي يخشى معه عدم انتظام العمل فيهما¹⁰.

المعيار الثاني: معيار موضوع النزاع

على ضوء هذا المعيار، فإن المنازعة تعد فردية إذا تعلقت بحق ناشئ عن علاقة عمل فردية، سواء انصب النزاع على نشوء تلك العلاقة أو انتهائها أو ما يترتب عليها من حقوق والتزامات، أما إذا تعلق الأمر بمنازعات تنصب على مسائل تتعلق بالمصالح المشتركة للعمال، فيعد النزاع جماعياً. وبعبارة أخرى نكون إزاء منازعة عمل فردية، إذا كان النزاع منصباً على مصلحة شخصية وذاتية للعامل، في حين يكون النزاع جماعياً إذا انصب النزاع على مصالح جماعية ومشاركة لفريق من العمال¹¹، قد تشمل مصالح جميع عمال المشروع أو المؤسسة أو مجموعة منهم، وهذه المصالح ترتبط، في الغالب، بالمطالبة بتطبيق أحكام القوانين أو حول الاختلاف في تفسير نصوص هذه القوانين، أو تخص آمال وتطلعات ومطالبات عامة بتعديل الحد الأدنى من الأجر أو تحسين ظروف وشروط العمل لجميع فئات العمال، أو بضرورة تطبيق قانون أو تغيير النظام أو الاتفاقيات الجماعية القائمة وإبدال ذلك بنظام جديد أو اتفاقية جديدة¹². وعليه إذا كان النزاع يتسع ليشمل المصالح المشتركة للعمال، وتوفرت في النزاع العناصر السابقة يعد النزاع جماعياً، وتتبع لعله آليات مختلفة. وهذا المعيار أخذت به محكمة تمييز دبي إذ بينت في إحدى قراراتها أن "المنازعات الفردية التي يكون قوامها حق ذاتي للعامل ولا يتصل بحق لجماعة العمال ولا يتأثر به مركزها فإنها لا تعتبر منازعات جماعية، ومن ثم فلا تخضع لإجراءات التسوية الجماعية ولا تختص بها لجان التوفيق والتحكيم الواردة، وكانت المحاكم المدنية هي صاحبة الولاية العامة في الفصل في كافة المنازعات عدا ما استثنى بنص خاص"¹³.

¹⁰ Orkhan Mammadov, Les conflits individuels et collectifs du travail, Master, Université de Strasbourg, 2019, p.7,8 ;

مصطفى احمد عمرو، علاقات العمل الجماعية في ضوء قانون العمل الجديد، رقم 12، لسنة 2005، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 288.

¹¹ يراجع: هيثم حامد المصاورة، المنتقى في شرح قانون العمل، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2008، ص 322؛ غالب علي الداودي، شرح قانون العمل، الطبعة الثالثة، دار وائل، عمان، 2004، ص 188؛ علي حسين نجيد، الوجيز في قانون العمل والتشريعات الاجتماعية لدولة الإمارات العربية المتحدة، أكاديمية شرطة دبي، 1998، ص 223.

¹² سليمان أحمية، الوجيز في قانون علاقات العمل في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون (الجزائر)، 2012، ص 169.

¹³ محكمة التمييز - الأحكام المدنية - الطعن رقم 95 لسنة 2000 قضائية - الدائرة العمالية - بتاريخ 11-02-2001 مكتب فني 12 رقم الجزء 1 رقم الصفحة 95، شبكة قوانين الشرق.

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

المبحث الثاني: الآليات الودية لحسم منازعات العمل الفردية

تعد آليات التسوية الودية من الوسائل الهامة لحل منازعات العمل الفردية، والتي ثبت بالتجربة أن لها مزايا في إمكانية الوصول لحل مبكر وسريع للنزاع، وتوفر الفرصة لتجنب اللجوء المباشر للقضاء، وسلوك طريق الدعوى القضائية التي غالباً تكون إجراءاتها طويلة ومعقدة وهدية. ومن خصائص القواعد الإجرائية لحل منازعات العمل الفردية أن آليات حل النزاع تتصف بالتكامل والتدرج، وتتجنب الاعتماد على حل حاسم واحد. وقد تنوعت وسائل حسم منازعات العمل الفردية في التشريع المقارن، حسب ظروف كل بلد وتطوره وطبيعة علاقات العمل السائدة فيه، والتقاليد الموروثة لحل هذه المنازعات، ومدى تدخل المشرع المباشر في تحديد آليات الحل، أو أن يكتفى المشرع بالتوجيه العام تاركاً ذلك للتنظيمات المهنية ذات العلاقة. ومع هذا يمكن القول، وبصورة عامة، إن آليات التسوية الودية يمكن أن تمر بمرحلتين تستخدم في كل منهما تقنيات مختلفة، نبحثهما في مطلبين نعرض في المطلب الأول التسوية الداخلية، ونعرض في المطلب الثاني التسوية الخارجية.

المطلب الأول: التسوية الداخلية

هذه التقنية تكون على المستوى الداخلي أي داخل المؤسسة ذاتها¹⁴، وذلك بمحاولة التوصل إلى تسوية النزاع ودياً بالتفاوض المباشر بين العامل وصاحب العمل أو من يمثله، دون وساطة من طرف خارجي¹⁵، وقد تجري آلية الحسم الداخلية بوساطة طرف ثالث. وهذه الوسيلة اختيارية، كقاعدة عامة، إلا إذا أوجبه نص قانوني، أو فرضتها بشكل ملزم اتفاقية عمل جماعية. ولم يأخذ التشريع الإماراتي في القانون الاتحادي في شأن تنظيم علاقات العمل بهذه الآلية. ولكننا نجد أنه قد وردت إشارة عامة للتسوية الداخلية في المادة (21) من القانون الاتحادي رقم (10) لسنة 2017 بشأن عمال الخدمة المساعدة فقد نصت الفقرة الأولى على أنه "إذا وقع نزاع بين طرفي العقد وفشلا في تسويته ودياً..."، ولكن المشرع لم يبين كيف تجري التسوية الودية بين الاثنين وما هي الإجراءات التي تتبع، هل بالتفاوض المباشر أم بتقنية أخرى؟ وكان يتوقع أن تتولى اللائحة التنفيذية¹⁶ التي صدرت استناداً لهذا القانون بيان الإجراءات المتبعة للتسوية الودية بين العامل وصاحب العمل، لكن لو

¹⁴ See: Ryuichi Yamakawa, The Labor Dispute Resolution System in Japan., Recent Developments, Their Background and Future Prospects, Keio University Law School, 2005,p.5. Available at: <https://www.jil.go.jp/foreign/event/symposium/info/documents/20051202/yamakawa.pdf> (10.8.2020).

¹⁵ بشير هدي، الوجيز في شرح قانون العمل، دار الريحانة للكتاب، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 98.

¹⁶ الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم 22 لسنة 2019 وتاريخ 5 / 3 / 2019.

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

رجعنا إلى هذه اللائحة، لوجدنا أنها جاءت في المادة (16) بنص مماثل للنص أعلاه، ولم تتعرض للإجراءات التي يتعين على العامل وصاحب العمل اتخاذها للوصول إلى تسوية ودية داخلية. في حين نجد أن كثيراً من التشريعات تُلزم أو تشجع أصحاب الأعمال على وضع آليات حل المنازعات الفردية داخل المؤسسة ذاتها، وقد تأتي هذه الآلية كثمرة لاتفاقيات عمل جماعية تحدد بشكل واضح إجراءات التظلم أو الشكوى الداخلية¹⁷. وقد يلجأ بعض أصحاب العمل، وبصورة طوعية، وبخاصة في الشركات والمنشآت الكبيرة، إلى وضع إجراءات تنظيمية ذاتية، للتفاوض مع العمال والنظر في تظلماتهم، وذلك لتفادي المساءلة القضائية، أو تفادي تعطل المشروع، أو من أجل تخفيف حدة النزاعات، وفي الوقت نفسه المحافظة على سمعة الشركة أو المنشأة¹⁸. وبناء على تلك الإجراءات يتم تلقي تظلمات العمال أو شكاويهم والبت فيها من صاحب العمل أو من يمثله بالتفاوض المباشر بين العامل وصاحب العمل، وتخضع في الغالب من حيث الإجراءات للتنظيمات التي ترسمها لائحة العمل أو الاتفاقات الجماعية. فإذا تم حل النزاع أغلقت الشكوى دون الوصول إلى المرحلة الثانية. والصلح الذي يتم التوصل إليه لا يعد صلحاً قضائياً، وإذا كانت النتيجة سلبية، وبقي النزاع قائماً بالرغم من إتاحة مجال التفاوض أمام الأطراف فيتم اللجوء إلى إجراءات التسوية الخارجية¹⁹. وقد اعتمدت الولايات المتحدة الأمريكية هذه التقنية، إذ يتولى ممثلو النقابات العمالية داخل كل مؤسسة حل منازعات العمل فيها، وفي حال عدم نجاحها يتم اللجوء إلى الوساطة، ومن ثم التحكيم وهو ما يطلق عليه "grievance procedure"²⁰.

وعند تقييم وسائل حسم المنازعات الداخلية، نجد أن من أهم مزاياها أنها تكون أحياناً ذات طابع وقائي، إذ يمكن للتظلم الذي يتقدم به العامل أن يلفت نظر صاحب العمل إلى وجود خلل ما في المنشأة، كما يمكن أن

¹⁷ Minawa Ebisui, Sean Cooney and Colin Fenwick, Op.cit, p.6

¹⁸ Cynthia Estlund, Regoverning the Workplace: From Self-Regulation to Co-Regulation, New Haven, CT, and London, Yale University Press, 2010, p.10.

¹⁹ مهند عزمي أبو مغلي ومحمد إبراهيم أبو الهيجا، الوسائل الرقمية البديلة لفض المنازعات المدنية، بحث منشور في مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الصفحات المجلد 36 (ملحق)، الجامعة الأردنية، 2009، ص 782-797، ص784.

²⁰ 5 U.S.C. § 7103 - U.S. Code - Unannotated Title 5. Government Organization and Employees. Available at: <https://codes.findlaw.com/us/title-5-government-organization-and-employees/5-usc-sect-7103.html>.

وانظر أيضاً: أرليت جريصلني، التحكيم وقضايا العمل، بحث منشور في مجلة القانون، الصفحات 1-22، ع 5، السنة الرابعة، 2011، ص 2. متوفر على الموقع الآتي: [https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-](https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlawArticle_10.pdf)

content/uploads/arbitrationlawArticle_10.pdf (10/6/2020).

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

تبدأ فعالية الوسائل الداخلية، عن طريق ما يرفعه مفتشو العمل من تقارير دورية أثناء تفتيشهم المعتاد لأماكن العمل حول وجود خلل من جانب صاحب العمل بحقوق عماله. ولكن تبين في التطبيق العملي، في بعض الدول، أنه كانت هناك خشية لدى بعض العمال من اللجوء إلى هذه الوسيلة، فقد أشارت دراسة أنصبت على عمال شركتين فرنسييتين كبيرتين أن العمال يخشون من عدم الحيادية في التسوية الداخلية، لأن الجهة التي تتفاوض معهم هي صاحب العمل، كما أنهم قد يخشون إن لجأوا إليها، على مستقبلهم المهني في المشروع²¹، فضلاً عن أن التسوية الداخلية قد تؤدي، في نظر بعض الفقهاء، إلى تأخير حصول العامل على حقوقه، بضياح الوقت في التفاوض مع صاحب العمل، إذا لم يتم التوصل إلى حل. ومع هذا فإن ذلك لا يقلل من أهمية هذه الآلية، ولا يمكن تجاهل فائدتها كوسيلة لتفادي تفاقم النزاع، وما أثير حولها من سلبيات قد يرتبط بالظروف الداخلية في كل بلد أو مشروع، وطبيعة علاقات العمل السائدة فيه. ونعتقد أنه من الضروري أن يجري تنظيم آلية الحل الداخلي في التشريع الإماراتي كوسيلة مبكرة لحسم النزاع، وبيان الإجراءات المتبعة في ذلك، لا سيما أنه لا تتوفر اتفاقيات جماعية في الدولة توصي باعتماد آليات التسوية الداخلية، ولا تنظيم الإجراءات التي تتبع فيها.

المطلب الثاني: التسوية الخارجية

تجري هذه التقنية خارج المؤسسة أو المشروع، فقد لوحظ من خلال دراسات ميدانية جرت في بعض الدول²²، أن اللجوء إلى أسلوب التفاوض المباشر يمكن أن يؤدي في بعض من الأحيان إلى طريق مسدود، بسبب عزوف الأطراف، في المفاوضات المباشرة، عن تقديم مقترحات واقعية لحل النزاع، أو نتيجة تمسكهم بالمطالبة بكامل حقوقهم أملاً في الحصول على كامل هذه الحقوق، فيما لو لجأوا إلى القضاء؛ لاسيما عندما يتولد لدى الأطراف تفاؤل بأن نتيجة الحكم القضائي ستكون أكثر إيجابية في ضمان حقوقهم، فيما لو تم رفع دعوى قضائية حول الموضوع. وهذه الاعتبارات وغيرها تقتضي وجود جهة محايدة ومخولة تحاول أن تلعب دوراً فعالاً في التوفيق والوساطة بين الطرفين للوصول إلى حل ودي للنزاع. ووفقاً للنظام التكاملي والمنتدج، فعند عدم نجاعة الوسائل الداخلية والمفاوضات المباشرة، يجري الانتقال إلى نظام التوفيق والوساطة خارج المؤسسة، بتدخل طرف ثالث محايد، يكون عنصراً أساسياً في تسوية النزاع، عن طريق تقريب وجهات نظر الطرفين،

²¹ Minawa Ebisui, Sean Cooney and Colin Fenwick, Op.cit, p.119.

²² Minawa Ebisui, Sean Cooney and Colin Fenwick, Op.cit, p.119.

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

بتوصيات غير ملزمة للأطراف²³، لإعادة التوازن بين مصالحهما التي اختلفت نتيجة الخلاف، وللحفاظ على استمرارية العلاقة الموصولة بينهما.

ومن الملاحظ أن هناك قواسم مشتركة في مواقف التشريعات المقارنة من موضوع حسم منازعات العمل الفردية؛ إذ تكاد تتفق على اعتماد وسائل الحل الخارجية كنقطة بداية للحل²⁴، يسبق تدخل القضاء، وأن كثيراً منها يعد ذلك شرطاً لقبول الدعوى أمام محاكم العمل²⁵.

وعلى الرغم من إقرار التشريعات المقارنة بوسائل التسوية الودية الخارجية؛ إلا أن النظم القانونية تختلف بشأن من يتولى التوفيق بين الطرفين المتنازعين، وكيف يتم ذلك؟ فمنها من يسند هذا الدور إلى مكاتب التوفيق ضمن تشكيلات قضاء العمل نفسه، حيث تلحق مكاتب التوفيق بالجهاز القضائي ذاته. ومنها من يضعها ضمن دائرة العمل في الوزارة المختصة، للنظر في معالجتها بشكل مباشر، أو ضمن وكالات متخصصة²⁶. وتسد هذه المهمة في بعض الدول كاليابان إلى ما يعرف بمحطة الإرشاد التي تقدم خدمات استشارية شاملة²⁷. ومن القوانين التي تندرج تحت الطائفة الأولى، قانون العمل الفرنسي²⁸، وفقاً للقانون الفرنسي، فإن تسوية النزاع، تتم من قبل مكتب التوفيق والتوجيه BCO²⁹، وكما يوحي الاسم، فإن له وظيفة التوفيق بين الطرفين ويتمتع بصلاحيات تتجاوز ذلك، حيث يذهب الطرفان (العامل وصاحب العمل) ابتداءً إلى جلسة استماع للتوفيق، يتم تشجيعهما خلالها على البحث عن حل ودي لنزاعهما³⁰. ومن أجل التوفيق بين الطرفين، يمكن

²³ تراجع: سلامة عبد التواب عبد الحليم، أحكام الوساطة في قانون العمل: دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية جامعة حلوان، كلية الحقوق، ع 30، الصفحات 10-156، 2014، ص 13 وما بعدها.

²⁴ See: Minawa Ebisui, Sean Cooney and Colin Fenwick, Resolving individual labour disputes, A comparative overview, International Labour Organization, Geneva, 2016, P1 et seq.

²⁵ في فرنسا هناك عدد من الخلافات التي يسمح القانون بعرضها مباشرة على المحكمة، دون المرور بمرحلة التوفيق. تنظر المادة (L1451-1) من قانون العمل الفرنسي 2016-1088 في 8 آب/ أغسطس 2016 المعدل.

See: <https://www.levaudreuil.fr/index.php/droits-demarches?audience=part&tmpl=component&xml=F1052>.

²⁶ يلاحظ أن هناك نزعة حديثة نحو اللجوء إلى القطاع الخاص بشأن أمور كانت تعتبر تقليدياً من الوظائف الأساسية في إدارة العمل، من قبيل علاقات العمل (مصالحون أو محكمون خاصون) (منظمة العمل الدولية، مؤتمر العمل الدوري، الدورة 12، مكتب العمل الدولي، الدورة 100، التقرير الخامس، إدارة العمل وتفتيش العمل، 2011، ص 33).

²⁷ Ryuichi Yamkawa, the Labor Dispute Resolution System in Japan.Op.cit, P.13.

²⁸ القانون رقم 2016-1088 في 8 آب/ أغسطس 2016 المعدل.

C. trav., art. L. 1454-1.²⁹

C. trav., art. L. 1454-1.³⁰

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

لمكتب التوفيق والتوجيه في فرنسا الاستماع إلى الطرفين بشكل منفصل وسري³¹. وهذه تقنية ناتجة عن التوفيق والوساطة الإلزامية.³² ويعد إخطار مكتب التوفيق والتوجيه بوقوع النزاع، جزءاً من الدعوى القضائية ذاتها بحيث تدخل ضمن اختصاص المحاكم المختصة بمنازعات العمل³³، والذي يكون عن طريق رسالة مضمونة الوصول أو بالحضور الشخصي الإرادي وملء الاستمارة المعدة لهذا الغرض، والتي تتضمن البيانات الأساسية المتعلقة بالمعلومات الشخصية وعقد العمل، مع بيان موجز بأسباب الطلب، وترفق بذلك المستندات المؤيدة للطلب، ثم يتم إخطار مقدم الطلب شفويًا بموعد جلسة المصالحة، ويتم إخطار الطرف الآخر برسالة متضمنة البيانات كافة مع إشعار بالوصول والاستدعاء للحضور في مكان وزمان جلسة المصالحة. ويمكن للمكتب، في بعض الظروف، اتخاذ بعض الإجراءات الوقتية، كالأمر بإجراءات البحث والتحقيق وحفظ الأدلة³⁴.

و في حالة فشل التوفيق، تبدأ مرحلة التقاضي، ويتولى المكتب تحضير و توجيه القضية إلى حين صدور الحكم، وتحديد المواعيد النهائية لتبادل اللوائح والمستندات بين الطرفين³⁵؛ بل إن للمكتب صلاحية البت في القضية، في حالة عدم حضور المدعى عليه بشخصه، أو عن طريق ممثل عنه، دون سبب مشروع³⁶. ويتشكل مكتب التوفيق والتوجيه في التشريع الفرنسي من عضوين من مستشاري المحكمة العمالية؛ أحدهما مستشار يمثل العمال والآخر مستشار يمثل أصحاب العمل³⁷. وفي حالة التوصل إلى اتفاق ينهي النزاع يقوم المكتب بصياغة تقرير التوفيق وفي حالة الاتفاق الجزئي، ينتهي النزاع في عنصر من عناصره، ويتم نقل

C. trav., art. L. 1454-1.³¹

³² يستند الفرق الأساسي بين الوساطة والتوفيق إلى الدور الذي يقوم به الطرف الثالث (الوسيط) الذي يتم اختياره من قبل الأطراف التي تسعى إلى التسوية، ويتوافق الآراء؛ ففي الوساطة يكون الوسيط طرفاً يساعد الأطراف في التوصل إلى الاتفاق، أما الموفق -في التوفيق- أشبه بمتدخل يقدم حلولاً محتملة لأطراف المعنية لتسوية المنازعات فيما بينهم، ومن هنا ففي الوساطة، يسهل الطرف الثالث للأطراف المتنازعة الوصول إلى تسوية من خلال الأطراف أنفسهم؛ بينما في التوفيق، يكون الطرف الثالث أكثر توجيهياً، (أحمد بن عبدالمحسن الطويان، مقالة منشورة في صحيفة مال الاقتصادية، متوفرة على الموقع الآتي: <https://www.maaal.com/writer/562>). (4/6/2020)، وينظر: أحمد عبد التواب، مرجع سابق، ص138؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، 2004، ص 56. في حين نجد أن بعض القوانين المقارنة لا تميز بين التوفيق والوساطة فيستخدم بعضها مصطلح الوساطة في حين تستخدم قوانين أخرى مصطلح التوفيق للدلالة على المعنى ذاته. (Minawa Ebisui, Sean Cooney and Colin Fenwick, OP.cit, p.4).

³³ ينظر: بلعدون عواد، تطور آليات التسوية الودية لمنازعات العمل، بحث منشور في مجلة قانون العمل والتشغيل، الصفحات 46- 68، 2017، ص 57.

³⁴ C. trav., art. L 1454-1-2.

³⁵ C. trav., art. L 1454-1-1.

³⁶ C. trav., art. L 1454-1-3.

³⁷ C. trav., art. L 1423-13.

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

العناصر التي لم يتم حلها إلى جلسة المحاكمة³⁸. ولهذا التوجه ميزاته، لاسيما فيما يتعلق بالقوة التنفيذية لاتفاق المصالحة الذي يبرم في محاكم العمل في فرنسا³⁹، أما عند عدم التوصل إلى اتفاق، فيتم الاستمرار في إجراءات التقاضي. في حين اتخذت تشريعات أخرى مواقف مختلفة، إذ تضع مكاتب التوفيق خارج المجال القضائي، بحيث تتشكل من هيئات خارجية مستقلة عن الأجهزة القضائية، تنحصر مهمتها في القيام بتقريب وجهات النظر بين أطراف المنازعة، للتوصل إلى حلول ودية تجنبهم اللجوء إلى القضاء⁴⁰، وترتبط أحياناً بوزارة العمل ومكاتب مفتشي العمل⁴¹؛ وقد تكون، في بعض التشريعات خارج هذه المكاتب.

وإذا رجعنا إلى القانون الاتحادي في شأن تنظيم علاقات العمل في الإمارات العربية المتحدة رقم (8) لسنة 1980 المعدل لوجدنا أن المادة السادسة تنص على أنه "مع عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بمنازعات العمل الجماعية المنصوص عليها في هذا القانون، إذا تنازع صاحب العمل أو العامل أو أي مستحق عنهما في أي حق من الحقوق المترتبة لأي منهما بمقتضى أحكام هذا القانون، فعليه أن يقدم طلباً بذلك إلى دائرة العمل المختصة وعلى هذه الدائرة أن تقوم باستدعاء طرفي النزاع واتخاذ ما تراه لازماً لتسوية النزاع بينهما ودياً، فإذا لم تتم التسوية الودية تعين على الدائرة المذكورة خلال أسبوعين من تاريخ تقديم الطلب إليها إحالة النزاع إلى المحكمة المختصة. وتكون الإحالة مصحوبة بمذكرة تتضمن ملخصاً للنزاع وحجج الطرفين وملاحظات الدائرة...؛ واستناداً لهذا النص قامت وزارة الموارد البشرية والتوطين بافتتاح مراكز "توافق" وهي مراكز خدمة بالشراكة مع القطاع الخاص مرخصة من قبل وزارة الموارد البشرية والتوطين، وتعمل تحت إشراف ومراقبة الوزارة. وهذه المراكز تقدم خدماتها مجاناً بالنيابة عن الوزارة⁴². ويتولى عدد من المصلحين القانونيين⁴³ مهمة التوفيق بين العمال وأصحاب العمل في محاولة للتوصل إلى تسوية ودية.

³⁸ C. trav., art. R. 1454-10.

³⁹ C. trav., art. R. 1454-11. Amended by Decree No. 2016-660 of May 20, 2016 – Article 43.

⁴⁰ Jean RIVERO et Jean SAVATIER, Droit du travail, 13em éd. Presses universitaire.de France 1993,p. 407.

⁴¹ نظم المشرع المغربي في القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل ما يعرف ب " بمسطرة الصلح التمهيدي. يراجع: مسطرة الصلح التمهيدي في نزاعات الشغل الفردية، بحث منشور في مجلة القضاء المدني - سلسلة دراسات وأبحاث، ع 11، الصفحات 23-40، ص 25 .

⁴² موقع وزارة الموارد البشرية والتوطين، <https://www.mohre.gov.ae/ar/service-centers/twa-fouq.aspx>

⁴³ المصلح القانوني هو "الموظف الذي يتم تعيينه من قبل مركز الخدمة والمختص في بحث المنازعات العمالية وفق قانون العمل والقرارات الوزارية المنظمة". والباحث القانوني هو "الموظف القانوني التابع لكادر وزارة الموارد البشرية والتوطين للقيام بالتنسيق واعتماد التوصيات المرفوعة من قبل مركز الخدمة توافق".

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

فإذا حصل نزاع بين أحد العمال وصاحب العمل الذي يعمل لديه على أية حقوق مترتبة بموجب القانون الاتحادي في شأن تنظيم علاقات العمل، يتعين، ابتداءً عرض النزاع على مركز "توافق" الذي يقوم ببحث الطلب، و"المهمة الرئيسية لهذا المركز هي السعي للوصول لتسوية ودية بين أطراف النزاع"⁴⁴. وبمجرد تسجيل الشكوى يتم استدعاء طرفي النزاع وسماع إفادتهما وعرض الصلح عليهما. ولطرفي النزاع الحرية في قبول التسوية أو رفضها، وإذا ما تم قبول التسوية يقوم مركز توافق برفع توصية بما جرى الاتفاق لغرض اعتمادها من قبل الباحث القانوني، وتحرير عقد الصلح ويكون ملزماً لطرفيه وتغلق الشكوى. وهذا الصلح أيضاً هو صلح غير قضائي، طالما أنه يتم قبل عرض النزاع على المحكمة المختصة، ومن أجل أن يكتسب محضر الصلح قوة السند التنفيذي⁴⁵ يجب أن يتم توثيقه من قبل القاضي. ولا بد من الإشارة إلى أنه على الرغم من أننا نتفق مع بعض الشراح لأحكام قانون العمل الإماراتي⁴⁶ بأن عقد المصالحة تكون له القوة الملزمة حسب أحكام المادة (722) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، غير أن هذا العقد لا تكون له قوة تنفيذية ذاتية، ما يُعيّن الرجوع إلى القضاء لمنحه القوة التنفيذية. وهذا ما يدفعنا إلى اقتراح النص في القانون على اعتبار محضر الصلح الناجم عن التسوية الودية في هذا الشأن من السندات التنفيذية، وذلك لاختصار إحدى الحلقات الإجرائية التي تتعلق بالرجوع إلى القاضي للحصول على القوة التنفيذية، وهو ما يوفر الوقت والجهد لصاحب المصلحة. وإذا تعذرت التسوية الودية، في مركز "توافق"، تحدد وزارة الموارد البشرية والتوطين جلسة لطرفي الشكوى والاجتماع بالباحث القانوني في محاولة أخرى لتسوية الأمر بين الطرفين. وفي حالة فشل التقنية الثانية وعدم التوصل إلى تسوية ودية يجري الانتقال إلى المرحلة الثالثة بإحالة الأمر إلى المحكمة العمالية خلال مدة أسبوعين من تاريخ تقديم الشكوى، وتكون الإحالة مصحوبة بمذكرة تتضمن ملخصاً للنزاع وأدلة الطرفين وملاحظات الباحث القانوني. وقضت محكمة تمييز دبي بأن "من مقتضى المادة السادسة من قانون تنظيم

⁴⁴ تم أيضاً استحداث خدمة الخط الساخن المخصصة للمنازعات العمالية عبر مركز الاتصال التابع لوزارة الموارد البشرية والتوطين على الرقم المجاني 80060. كما اتاحت الوزارة لصاحب المصلحة تقديم الشكوى من خلال الموقع الإلكتروني لوزارة الموارد البشرية والتوطين والتطبيقات الذكية.

راجع موقع وزارة الموارد البشرية والتوطين: <https://www.mohre.gov.ae/ar/service-centers/twa-fouq.aspx>

⁴⁵ لم يحدد المشرع الإماراتي القوة التنفيذية للصلح الناجم عن التسوية الودية، الأمر الذي يثير بعض الإشكاليات الشكلية في حالة عدم توثيق محضر الصلح، ووفقاً للقواعد العامة، إذا اقتصر دور القاضي على إثبات اتفاق الطرفين في محضر التسوية الودية يكون هذا المحضر غير قابل للطعن. يراجع: طلعت يوسف خاطر، انقضاء الخصومة بالصلح، دار الفكر والقانون، للنشر والتوزيع، مصر، 2014، ص 211. ويكون الصلح ملزماً لطرفيه وهو يحسم النزاع نهائياً (المادة 2/730) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، رقم (5) لسنة 1985 المعدل.

⁴⁶ بشار طلال المومني، محمد مسلم الزواهره، مرجع سابق، ص 226.

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

علاقات العمل أنه إذا لم يتسنّ لدائرة العمل المختصة تسوية النزاع القائم بين صاحب العمل وبين العامل حول مطالبة أي منهما بحق من الحقوق المترتبة له بمقتضى أحكام هذا القانون، فإنه يتعين عليها إحالة النزاع إلى المحكمة المختصة وتكون الإحالة مصحوبة بمذكرة تتضمن ملخصاً للنزاع وحجج الطرفين وملاحظات الدائرة، وتعتبر هذه المذكرة وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة (7) والمادة (8) من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية ورقة رسمية و يُعد ما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن في حضوره حجة على الكافة ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً⁴⁷.

ويلحظ أن المشرع الإماراتي قد اتجه إلى وضع قانون خاص بشأن عمال الخدمة المساعدة بإصداره القانون الاتحادي رقم (10) لسنة 2017، يسري على شريحة واسعة من العاملين في قطاع الخدمة المساعدة جرى تحديدهم في قائمة ملحقة في القانون من ضمنهم المستخدم والبحار ومدبرة المنزل والسائق الخاص وغيرهم، ويلاحظ أن الفقرة (2) من المادة (21) من القانون أعلاه عالجت موضوع التسوية الخارجية إذا ما فشلت أطراف النزاع في إيجاد حل متفق عليه، إذ نصت على أن " تقوم الوزارة باتخاذ ما تراه مناسباً لتسوية النزاع وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية لهذا القانون"⁴⁸.

وعلى الرغم من أن اللجوء إلى الوسائل الودية لحل منازعات العمل الفردية أصبح من التقنيات المسلّم بها في القانون المقارن، ومن السمات المستقرة لحل تلك المنازعات قبل عرضها على القضاء، إلا أنه لا بد من الإقرار بأن هناك من يرى أن الوسائل الودية لحل المنازعات لا تخلو من مأخذ، ولهذا تتعين علينا الإشارة إلى تلك المآخذ لرصدها، وحتى تتاح الفرصة لمكاتب التسوية لتجنبها، أو على الأقل التعامل معها من موقع الدراية والتفهم. فقد قيل إن بعض الأدوات القانونية للتسوية الودية لحل النزاع رضائياً، كالصلح، قد تقتضي التنازل والتضحية بجزء من الحق الموضوعي بطريقة تبادلية، ولهذا فإن هذه الوسائل لحل المنازعات من الممكن أن ينظر إليها بعض المتشككين على أنها تحبب التوقعات والآمال التي يعلقها المدعي في الحصول على حقه كاملاً فيما لو عرضت منازعته على القضاء، فيحاول من يظن أن الحق في جانبه المراوغة والتهرب من

⁴⁷ محكمة التمييز - الأحكام المدنية - الطعن رقم 38 لسنة 2003 قضائية - الدائرة العمالية - بتاريخ 06-01-2003 مكتب في 14 رقم الجزء 1 رقم الصفحة 663. (شبكة قوانين الشرق).

⁴⁸ ونصت المادة (16) من قرار مجلس الوزراء رقم 22 لسنة 2019 في شأن اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه على الآتي: " 2 - تقوم الوزارة فور ورود النزاع إليها باتخاذ الإجراءات الآتية: أ - عرض المنازعة على الإدارة المختصة بقطاع عمال الخدمة المساعدة في الوزارة، أو أي جهة تحددها الوزارة، ... ب - يقوم الباحث المختص بعد سماع الطرفين بعرض الصلح وفقاً للقواعد السارية في الوزارة ."

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

التوصل لتسوية ودية قد تقتضي منه التضحية بجزء من حقه. كما أن اللجوء إلى لجان التسوية قد يكون، في رأيهم، على حساب الدقة في تطبيق أحكام القانون⁴⁹ وما يضمنه القانون من حقوق للعمال؛ فضلاً عن أن التجارب في بعض الدول كشفت عن سلبيات في عمل لجان التسوية الودية، وفشلها في تحقيق ما هو مطلوب منها⁵⁰، وأظهرت أن الدور الذي كانت تقوم به كان دوراً شكلياً غير فعال في إتمام التسوية أو التوفيق بين الخصوم⁵¹، حتى أصبحت، على العكس مما كان يتوقع منها، وسيلة سلبية تؤخر حسم النزاع وتؤخر وصول صاحب الحق للقضاء لاقتضاء حقه. غير أن هذه المؤشرات والادعاءات لا تقلل من أهمية وسائل التسوية الودية، ولا تستطيع أن تخفي حقيقة أن هذه الوسائل ثبت نجاحها في غالبية الدول⁵²، وأن ما أحاط ببعضها من فشل قد يرتبط بمعوقات داخلية وتنظيمية ترتبط ببلد معين أو تجربة معينة، مما لا يصح معه التعميم؛ لاسيما عندما يعود الفشل إلى عدم تمتع الجهات المكلفة بالتوفيق والمصالحة بالكفاءة والخبرة الواجبة في هذا المجال، أو عندما لا يمنحها التشريع الوطني الصلاحيات المقتضاة. وعلى العكس تمكن الاستفادة من التجارب السلبية في أنها يمكن أن تعطي المشرع الوطني دفعة قوية للإفادة منها كدروس لتطوير التشريع الوطني وتجاوز ما رافق عمل مكاتب التسوية الودية من فشل وسلبيات في تجارب الدول الأخرى. وعلى الرغم من أن تجربة دولة الإمارات العربية المتحدة في تسوية منازعات العمل الفردية تعد من التجارب الناجحة، إلا أننا نعتقد أن هذه التجربة بحاجة إلى تطوير لتكون أكثر فعالية. فنزاعات العمل الفردية، بحسب التقارير التي ترد إلى منظمة العمل الدولية، نزاعات معقدة وتزداد يوماً بعد يوم، وتختلف أسبابها بين مهنة وأخرى ودولة أو منطقة أخرى، بل تختلف في زمن عن غيره، وهذا التنوع في أشكال وملامح وصور النزاعات⁵³ يوجب أن تتصف وسائل تجنبها أو حلها بالحيوية وديمومة التطور لتواكب ذلك التنوع والتعدد. كما يتعين أن تتطور استجابة هذه الوسائل للأعداد المتزايدة من النزاعات وتستجيب أيضاً لتغير أنماطها⁵⁴. وقد أدرك كثير من الدول هذا التعدد بإعادة النظر في التشكيلات التقليدية، وبالمراجعة المستمرة لآليات حل النزاعات، وبإصلاحها وتطويرها. ووفرت دول

⁴⁹ Paul Palsterman, op.cit, p.59.

⁵⁰ تشير بعض الدراسات الإحصائية إلى فشل مراكز التسوية في حل الكثير من نزاعات العمال: ينظر: عشايش عبد الله، أطروحة ماجستير مقدمة إلى جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر، 2010، ص 54.

⁵¹ Paul Palsterman, op.cit, p.11.

⁵² Paul Palsterman, op.cit, p.59.

⁵³ Minawa Ebisui, Sean Cooney and Colin Fenwick, Op.cit, p. 2.

⁵⁴ Minawa Ebisui, Sean Cooney and Colin Fenwick, Op.cit, p. 2

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

أخرى وسائل مبتكرة وجديدة لحل المنازعات، وطرقت النظام الإجرائي لحل المنازعات للتغلب على القيود الشكلية التي تحكم النظام الإجرائي التقليدي للدعاوى المدنية. كما ظهرت وسائل جديدة أخرى، كتقديم الحلول عبر الخط الساخن أو عبر التطبيقات الذكية؛ لذلك تتعين المتابعة المستمرة لتطوير النظام الحالي لحل المنازعات الفردية في دولة الإمارات العربية المتحدة، وإيجاد دعم لتقنيات الحلول الداخلية عن طريق التنظيم الفوري أمام صاحب العمل أو أمام جهة التنظيم التي تخول بذلك، وإتاحة الفرصة للتفاوض المباشر. كما يمكن الاستفادة من تجارب الدول الأخرى في التطوير المستمر لخدمة الخط الساخن، وتوفير الدعم لمكاتب المعلومات من أجل تقديم الاستشارات المجانية والعاجلة، وإحاطة العامل بحقوقه وما له وما عليه حتى يكون على بينة في الإقدام على التظلم أو تقديم الشكوى. هذا مع ضرورة أن يجري اختيار المصلحين في مراكز "توافق" ممن له خبرة شخصية في العمل المهني في أوساط العمال وأصحاب العمل، وخبرات سابقة معقولة في مجال الوساطة والتوفيق والعلاقات العامة وإدارة المنازعات، وكذلك امتلاك الكفاءة المتخصصة، والمرونة المطلوبة في العلاقات العامة والمفاوضات، وذلك حتى يكون أقرب مهنيًا لموضوع النزاع وأقدر على إدارة الحوار والنقاش. ثم إن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، بل يتعين أن تدعم مكاتب التسوية بصلاحيات تسهل عملها. وقد تبين من التجارب في بعض الدول أن مكاتب التوفيق تواجه تعنتاً من أطراف النزاع وعدم تلبية لاستدعاء الحضور، في المواعيد المحددة، أو عدم الالتزام بتقديم الوثائق والمستندات. ولهذا اتجهت بعض التشريعات إلى منح مكاتب التوفيق صلاحيات فرض غرامات تهديدية على الأطراف التي لا تلتزم بالتعاون مع المكاتب المتخصصة. ولعل الأمر الأهم هو منح القوة التنفيذية الذاتية لمحاضر المصالحة التي يتم التوصل إليها بين العامل وصاحب العمل، لتكون ضمن الأوراق التي يعطيها القانون صفة السندات التنفيذية طبقاً للفقرة (د) من المادة (225) من قانون الإجراءات المدنية، دون الحاجة إلى طلب المصادقة عليها من المحاكم، توفيراً للوقت وللحيلولة دون تجدد النزاع وتفاقمه.

وقد كشفت التطبيقات في بعض الدول عن إشكاليات تواجه الخصوم تتعلق بمدى إمكانية تنفيذ محاضر الصلح بعد انتهاء المدد المحددة للتنفيذ. أما في فرنسا - وكذلك في الدول التي تجعل مكاتب الصلح جزءاً من الجهاز القضائي - فإن محاضر الصلح تكتسب قوتها التنفيذية الذاتية من كونها صادرة عن القضاء وبالتالي تعد من المحررات القابلة للتنفيذ.

المبحث الثالث: محاكم العمل

يقر الاتجاه السائد في القانون المقارن بدور القضاء في حسم منازعات العمل الفردية؛ على الرغم من وجود بعض الاتجاهات المتطرفة التي تتادي باستبعاد القضاء من النظر في منازعات العمل، وأن يناط الاختصاص بالفصل في هذه المنازعات بهيئات غير قضائية، من أصحاب الخبرة وممن لهم ممارسة مسبقة في ميدان العمل، وتماس مباشر مع العمال وأصحاب العمل. ومثل هذه الدعوات قد ظهرت في بلجيكا، على سبيل المثال، ولكن لم يكتب لها النجاح. كما أن لإجراءات التقاضي أمام محاكم العمل سمات خاصة لا يمكن تجاهلها، فالمحاكم أقدر على الوصول إلى حكم القانون وتطبيقه على المسألة المطروحة، كما أن المحاكم يمكن أن تمنح المدعي كامل حقوقه، دون أن يضطر للتنازل عن جزء من هذه الحقوق، فيما لو تم عرض النزاع على الوساطة أو التوفيق. وستولى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ينصب المطلب الأول على حدود دور القضاء وتشكيل محاكم العمل. في حين ينصب المطلب الثاني على الإجراءات المتبعة أمام محاكم العمل.

المطلب الأول: حدود دور القضاء وتشكيل محاكم العمل

ترتب على الطبيعة الخاصة لمنازعات العمل الفردية، أن يكون دور القضاء تالياً، يبدأ حيث تنتهي وتستنفد وسائل الحل الودية، لذلك يتعين بحث حدود دور القضاء ومتى يبدأ دور محاكم العمل. ثم يتعين البحث في تشكيل محاكم العمل، لما لهذا التشكيل من خصوصية وتنوع، وذلك في فرعين.

الفرع الأول: نطاق سلطة القضاء في نظر منازعات العمل الفردية

على الرغم من إقرار التشريعات المقارنة بدور القضاء في حسم منازعات العمل، وإنشاء محاكم عمل تختص نوعياً بالقضايا المتعلقة بقوانين العمل، فقد ظهر تنوع في موقفها من حدود دور القضاء، ومتى يبدأ وهل يناط حسم منازعات العمل بالقضاء فحسب؟ أم يؤخذ بالاتجاه التكاملي والتدرجي بتوزيع الاختصاص بين القضاء ومكاتب التسوية الودية ويكون دور القضاء مكملاً ولاحقاً يسعف الأطراف إذا فشلت الوسائل الودية⁵⁵.

⁵⁵ في المملكة العربية السعودية على سبيل المثال كان النظر في المنازعات العمالية من اختصاص هيئة تسوية الخلافات العمالية، إلا أنه تم التعديل بموجب المرسوم الملكي رقم (1) في 2013/11/25، الذي ألغى الباب الرابع عشر من نظام العمل ونص على أن تحل عبارة "المحكمة العمالية أو المحاكم العمالية" محل عبارة تسوية الخلافات العمالية أو هيئات تسوية الخلافات العمالية من تاريخ إنشاء محاكم العمل وممارسة اختصاصاتها، ينظر: براجع: عبد اللطيف حمدان بسير العوفي، علي أبو يحيى، الاختصاص القضائي للمحاكم العمالية، بحث منشور في مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، ع 2، المجلد 45، الأردن، الصفحات 1-22، 2018، ص 9.

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

ويبدو أن الاتجاه التكاملي حظي بقبول واسع النطاق، للخصوصية التي تتميز بها منازعات العمل. فاتجهت أغلب التشريعات المقارنة إلى النص على عدم قبول الدعوى أمام قضاء العمل، إلا بعد استفاد طرق التسوية الودية. وإذا ما أقيمت الدعوى أمام القضاء مباشرة، دون الرجوع إلى طرق التسوية الودية، سيواجه من يقيمها بالدفع بعدم القبول. وقد دلت التجارب العملية، في العديد من الدول، حسب الدراسات المقارنة التي جرت بالتنسيق مع منظمة العمل الدولية أو بإشرافها⁵⁶، على أن اعتماد الاختصاص المشترك والتكامل بين مكاتب أو لجان التسوية والقضاء⁵⁷، هو التقنية الأنجح لحل منازعات العمل.

وقد تبنى التشريع الفرنسي نظاماً متفرداً لا يتطابق مع كثير من الأنظمة في القانون المقارن، وذلك بوضع مكاتب التسوية والقضاء في إطار واحد. إذ يعد عرض النزاع على مكتب التوفيق والتوجيه، خطوة أولى من مراحل الدعوى القضائية، ويتعين على المكتب السعي للتوفيق بين الطرفين. وفي حالة الفشل تستكمل بقية مراحل وإجراءات التقاضي، وذلك لكون مكتب تسوية المنازعات الفردية يعد جزءاً من التسلسل الهرمي للسلطة القضائية، الذي يتكون من مكتب التوفيق والتوجيه، والمجلس القضائي.

أما المشرع الإماراتي فقد اتجه إلى توزيع الاختصاص والمشاركة والتكامل في حسم منازعات العمل بين مكاتب التسوية والقضاء، فأوجب في البدء عرض الأمر على مراكز الخدمة "توافق" والباحث القانوني، بالنسبة للدعوى الخاضعة لقانون تنظيم علاقات العمل. أو عرض المنازعة على الإدارة المختصة بقطاع عمال الخدمة المساعدة أو أي جهة أخرى (ترتيبها) وزارة الموارد البشرية والتوطين بالنسبة للمنازعات التي تخضع لأحكام القانون الاتحادي بشأن عمال الخدمة المساعدة، كما أشرنا إلى ذلك في المبحث الثاني؛ فإن فشلت مساعي المصالحة عاد الاختصاص إلى القضاء. وهذا ما تم النص عليه في الشطر الأخير من المادة (6) من قانون تنظيم علاقات العمل الإماراتي، والمادة (21) من قانون عمال الخدمة المساعدة. ولكون نصوص المواد سالفه الذكر من النصوص الآمرة، فعلى محكمة العمل أن تقضي بعدم قبول القضية العمالية، إذا ما رفعت الدعوى أمام المحكمة ولم يقدم الطلب أولاً إلى الدائرة المختصة.

⁵⁶ Minawa Ebisui, Sean Cooney and Colin Fenwick, Op.cit, p.7

⁵⁷ هناك تشريعات لم تكنف بإحالة النزاع إلى لجان التسوية قبل اللجوء للقضاء، بل أوجبت على الخصوم إجراء التفاوض عن طريق الحوار المباشر بين طرفي المنازعة قبل عرض الأمر على لجان التسوية. عمار زعيبي، الطرق الودية، مجلة العلوم القانونية و السياسية، ع 1 مجلد 6 الصفحات 26-38، 2015، ص 27-29.

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

وقد اطردت أحكام محكمة النقض بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق الذي رسمه القانون، حيث قضت على سبيل المثال في إحدى أحكامها: "... وانتهى الحكم إلى عدم قبول الدعوى لعدم عرض النزاع على دائرة العمل المختصة قبل اللجوء إلى المحكمة..."⁵⁸. وقضت أيضاً بأن مطالبته له بالتعويض تكون في تكبيفها الصحيح هي دعوى عن حق مصدره قانون العمل، مما كان يستوجب اتباع المادة 6 من قانون العمل المار ذكرها وعرض النزاع على دائرة العمل المختصة قبل اللجوء إلى المحكمة. وإذا لم يفعل الطاعن ذلك فإن قضاء الحكم المطعون فيه بعدم قبول الدعوى يكون قد جاء موافقاً لصريح نص المادة أنفة الذكر ولا يخالف القانون في شيء...⁵⁹.

الفرع الثاني: تشكيل محاكم العمل

على الرغم من تسليم غالبية التشريعات بدور القضاء في البت في منازعات العمل وإنشاء محاكم عمل متخصصة، فقد ظهر تنوع في مواقفها من موضوع تشكيل محاكم العمل في درجة التقاضي الأولى؛ بين من يقتصر في تشكيلها على قاض أو قضاة محترفين من بين قضاة الدولة، وبين من يجعل التشكيل قاصراً على المستشارين ذوي الخبرة ممن يمثلون العمال وأصحاب الأعمال، والذين يسمون مجازاً بالقضاة الاجتماعيين، وبين من تبنى فكرة الدمج بين القضاة (من داخل وخارج السلك القضائي)، بإضافة قضاة اجتماعيين " يمثلون العمال وأصحاب العمل إلى تشكيل المحكمة"⁶⁰. وهذا التشكيل هو الغالب في التشريعات المقارنة التي يجري تشكيل المحاكم فيها من قاض محترف من السلك القضائي، وعضوين أو أربعة يمثل نصفهم العمال والنصف الآخر أرباب الأعمال. وتتنوع مواقف التشريعات أيضاً في آلية اختيار المستشارين الممثلين للعمال ورب العمل، فهناك تشريعات تبنى الاختيار عن طريق التعيين من الوزارة المختصة، بناء على اقتراح من نقابات ومنظمات أصحاب العمل⁶¹، وأخرى تلجأ إلى نظام الانتخاب⁶².

⁵⁸ الطعن رقم 342 لسنة 2012 س6 ق1، جلسة 2012/10/16 (مدني)، منشور في: دائرة القضاء، المنازعات العمالية في ضوء أحكام محكمة النقض، ج2، أبو ظبي، 2014، ص 182.

⁵⁹ الطعن رقم 192 لسنة 2012 س6 قأ، جلسة 2012/11/18 (مدني)، منشور في: دائرة القضاء، مرجع سابق، ص 187.

⁶⁰ من الدول التي أخذت بالتشكيل الأخير بلجيكا حيث تنقسم محاكم العمل المتخصصة فيها إلى عدة غرف، قد تتكون هذه الغرف إما من قاض محترف يجلس وحده، أو من قاض محترف يساعده قاضيان اجتماعيان، وممثل عن العمال وممثل عن أصحاب العمل، يراجع: Palsterman, Op.cit, p16. Paul.

⁶¹ وهو ما يجري عليه الحال الآن في فرنسا منذ عام 2017.

⁶² كان يتم انتخاب ممثلي العمال وأصحاب العمل في فرنسا إلى عام 2017.

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

وفي فرنسا ونتيجة ظروف ترتبط بالتطور التاريخي لتجربة حل منازعات العمل فيها، تبني المشرع الفرنسي أسلوباً مرناً ومتنوعاً في تشكيل محاكم العمل يرتبط بخصوصية القضية المعروضة، ومدى توافق الطرفين في تبني إحدى الصور المتاحة قانوناً لتشكيل المحكمة. لذلك نجد أنه في حالة فشل التوفيق، فإن مكتب التوفيق والتوجيه يحيل القضية إلى القضاء، وأمامه ثلاثة خيارات وهي:

1. إحالة القضية إلى التشكيل التقليدي الذي يسمى التشكيل العام، ويتألف من أربعة مستشارين؛ اثنان يمثلان العمال واثنان يمثلان أصحاب العمل.
 2. إحالة القضية إلى هيئة حكم محدودة، برضا الطرفين، تتألف من مستشارين فقط: الأول يمثل العمال والثاني يمثل أصحاب العمل.
 3. إحالة القضية، إذا طلب الأطراف ذلك، أو كانت طبيعة النزاع تتطلب ذلك إلى المحكمة العمالية، برئاسة قاضي محترف، ومساعدة أربعة مستشارين (اثنان يمثلان العمال واثنان يمثلان أصحاب العمل).
- ولو رجعنا إلى تشكيل محاكم العمل في التشريع الإماراتي، لوجدنا أن المشرع الإماراتي سار مع التشريعات التي أخذت بالاتجاه الذي ينيط أمر البت في قضايا ودعاوى العمل بقضاة محترفين، ضمن التنظيم القضائي العام لقضاء الدولة، لكنه لم يسر في الشوط إلى آخره، فهو لم يعزز تشكيل المحكمة بقضاة اجتماعيين من أهل المهن؛ بل أدخل دعاوى العمل ضمن اختصاص المحاكم الجزئية أو الكلية حسب قيمة الدعوى. وقد حددت المادة (30/أ) من قانون الإجراءات المدنية المعدل اختصاص المحاكم الجزئية بالنظر في الدعاوى العمالية التي لا تتجاوز قيمتها عشرة ملايين درهم والدعاوى المتقابلة أيأ كانت قيمتها، في حين تختص الدوائر الكلية في الحكم في جميع الدعاوى التي لا تدخل في اختصاص المحاكم الجزئية. ويستثنى من ذلك دعاوى تحديد الأجور والمرتبات وما في حكمها إذ تدخل في اختصاص المحاكم الجزئية أيأ كانت قيمتها⁶³. وأنشئت المحكمة العمالية في أبو ظبي⁶⁴ وتختص مكانياً بذات الاختصاص المكاني لمحكمة أبو ظبي الابتدائية، وتتألف من خمس دوائر جزئية تتشكل من قاض منفرد إذا كانت قيمة الحق المطالب به من اختصاص المحكمة الجزئية، ودائرة واحدة كلية تتشكل من ثلاثة قضاة، وهم جميعاً قضاة محترفون ينتمون للجهاز القضائي ذاته،

⁶³ المادة (30/ب) من قانون الإجراءات المدنية المعدل.

⁶⁴ أنشئت المحكمة العمالية بموجب قرار سمو رئيس دائرة القضاء رقم (22) لسنة 2018 بإنشاء محكمة أبو ظبي العمالية، كما تم إنشاء محاكم عمالية في دبي ورأس الخيمة.

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

إذا كانت قيمة الحق المطالب به في الدعوى العمالية يدخل ضمن اختصاص المحاكم الكلية. كما توجد إلى جانب ذلك الدائرة الجزئية للفصل في الدعوى المعروضة عليها خلال جلسة واحدة فقط⁶⁵، التي تختص بالفصل في منازعات العمل الفردية الخاصة بعمال الخدمة المساعدة، فضلاً عن ذلك يدخل في اختصاص المحكمة العمالية قضاء الأمور المستعجلة⁶⁶.

ونعتقد بأن التنظيم الحالي لتشكيل محاكم العمل في دولة الإمارات العربية المتحدة يحتاج إلى تطوير لإضفاء المرونة عليه⁶⁷؛ من أجل تفعيل وتنشيط إجراءاته وتحقيق الغاية من تشكيل هذه المحاكم. ذلك أن تشكيل المحكمة من قاض واحد منفرد، لا يضي على المحكمة الحرفية المطلوبة ولا التخصص المأمول، مهما ارتقت درجات التدريب والتخصص في الأدبيات النظرية لمنازعات العمل لدى قاضي المحكمة؛ لأنه في جميع الأحوال، سيكون بعيداً عن واقع المهن وبيئتها وما يجري به العمل فيها على أرض الواقع من منازعات ومسببات لتلك المنازعات، مما يفترض أن تعزز محاكم العمل في دولة الإمارات العربية المتحدة بأعضاء اجتماعيين من أصحاب الخبرة يمثلون أطراف النزاع من العمال وأصحاب العمل، بأن تتشكل المحكمة من رئيس من أعضاء السلك القضائي متخصص في القضايا العمالية وعضوية اثنين من أهل الخبرة يمثلان العمال وأصحاب الأعمال، يرشحهما وزير الموارد البشرية والتوطين. وذلك لتمكين المحكمة من تفهم جوهر الخصومة، ولتكون أقرب إلى البيئة التي نشأت فيها، وأكثر اطلاعاً على ظروف النزاع وأسبابه المباشرة وغير المباشرة.

المطلب الثاني: الإجراءات المتبعة أمام محاكم العمل

تبدأ إجراءات التقاضي بقيام وزارة الموارد البشرية والتوطين بإحالة ملف النزاع إلى المحكمة العمالية، إذا فشلت جهود التسوية الودية، في مدة لا تتجاوز أسبوعين من تاريخ تقديم الطلب إليها، ويتم تقييد الدعوى إلكترونياً، وتكون الإحالة وفقاً للمادة (6) من القانون الاتحادي في شأن تنظيم علاقات العمل رقم (8) لسنة 1980 لدولة الإمارات العربية المتحدة "مصحوبة بمذكرة تتضمن ملخصاً للنزاع، وحجج الطرفين وملاحظات الدائرة"، ثم يقوم مكتب إدارة الدعوى في اليوم التالي على الأكثر لقيده صحيفة الدعوى بتسليم صورة منها وما

⁶⁵ المادة (22) من اللائحة التنظيمية لقانون الإجراءات المدنية الاتحادي المعدلة بالقرار رقم (33) لسنة 2020، نشر في الجريدة الرسمية ع 677 بتاريخ 2020/4/30.

⁶⁶ وتخرج الدعاوى العمالية عن نطاق اختصاص مراكز التوفيق والمصالحة في المحاكم الاتحادية مهما كانت قيمتها، لكون هذه الدعاوى لها طرق خاصة لتسويتها. حول آلية عمل هذه المراكز يراجع: (بكر عبد الفتاح السرحان، شرح قانون الإجراءات الإماراتي، دار الحافظ، 2020، ص 138)

⁶⁷ يراجع: محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص 55 وما بعدها.

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

يرافقها من صور وأوراق ومستندات إلى الجهة المنوط به أمر إعلانها، وذلك لإجراء الإعلان على النموذج المعد لهذا الغرض وحفظه. أما إذا كان الملف إلكترونياً فتمكن الجهة القضائية الخصوم من الاطلاع عليها في النظام أو إرسالها لهم إلكترونياً أو بإحدى الوسائل التقنية الأخرى⁶⁸. وذلك مع ملاحظة وجوب أن يتم تحديد جلسة لنظر الدعوى خلال ثلاثة أيام من تاريخ تقييد الطلب⁶⁹.

وهنا يثور تساؤل عما إذا كانت الدعاوى العمالية ستمر بذات المراحل والإجراءات المعتادة في عمل مكتب إدارة الدعوى المدنية؟ لاسيما تخويل القاضي المشرف باستدعاء الخصوم وعرض الصلح عليهم، أم يتعين استثناء الدعاوى العمالية من المرور بمرحلة المصالحة في مكتب إدارة الدعوى المدنية؟ ونرى أنه إزاء عدم وجود نص يستثني الدعاوى العمالية من الخضوع لإجراءات التسوية الودية والمصالحة في مكتب إدارة الدعوى المدنية، على غرار النص الذي استثنى تلك الدعاوى من الخضوع لمراكز التوفيق والمصالحة في المحاكم الاتحادية⁷⁰؛ فإنه يتعين إفراد نص قانون خاص يستثني الدعاوى العمالية من المرور بمرحلة التسوية الودية والمصالحة في مكتب إدارة الدعوى المدنية، لأنها كانت قد مرت من قبل بمرحلة التسوية الودية والمصالحة في الوزارة. ومع هذا فإن بإمكان القاضي المشرف معالجة هذه المسألة، لكون عرض التسوية مسألة جوازيه وليست وجوبية، وعرض النزاع مجدداً للتسوية والمصالحة قد يكون غير مجد بعد أن عرضت التسوية من قبل على الخصوم في مكتب "توافق" وأمام الباحث القانوني؛ فضلاً عن أن المشرع نفسه قد أوجب تعيين مدة جلسة المحاكمة خلال ثلاثة أيام، مما يبنى؛ إزاء قصر هذه المدة، بأن المشرع لم يشأ مرور الدعاوى العمالية بمرحلة التسوية والمصالحة أمام مكتب إدارة الدعوى المدنية. لذلك نرجح أن يتجه مكتب إدارة الدعوى المدنية إلى إيداع دعاوى العمل إلى المحكمة المختصة مباشرة بعد استكمال إجراءات التبليغ. عندها يمكن لقاضي الموضوع إن وجد أن هناك ظروفاً مستجدة تستدعي عرض الصلح على الأطراف، أن يبادر إلى ذلك، والغاية من ذلك ترجيح الحلول الودية، على اعتبار أن قضاء العمل موصوف بأنه قضاء توفيق⁷¹.

⁶⁸ وهذا ما أوجبه المادة (21) من اللائحة التنظيمية رقم 57 لسنة 2018 المعدلة.

⁶⁹ المادة (6) من القانون الاتحادي في شأن تنظيم علاقات العمل رقم (8) لسنة 1980 لدولة الإمارات العربية المتحدة.

⁷⁰ المادة (4) من القانون الاتحادي رقم (17) لسنة 2016 بإنشاء مراكز التوفيق والمصالحة في المنازعات المدنية والتجارية.

⁷¹ عشاش عبد الله، مرجع سابق، ص 64.

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

ويلاحظ أن هناك خصائص تلازم العمل الإجرائي لمحاكم العمل، وذلك ناجم من حرص المشرع في مختلف دول العالم على حماية العمال وتمكينهم من الحصول على حقوقهم بأسرع الطرق وبدون نفقات⁷²، وتتصف إجراءات التقاضي في قضايا العمل بالبساطة والسرعة في حسم النزاع العمالي، والدعوى العمالية معفاة من الرسوم، في جميع مراحل التقاضي والتنفيذ⁷³ إذ أخذ المشرع بنظر الاعتبار الظروف الاقتصادية والاجتماعية للعمال وعدم توفر إمكانية دفع الرسوم القضائية لغالبيتهم للمطالبة بحقوقهم الناشئة عن القانون الاتحادي بشأن تنظيم علاقات العمل.⁷⁴ وفي سبيل تخفيف إجراءات التقاضي وحسم الدعوى بأقرب وقت توجد فرصة في التشريع الإماراتي بعرض الدعوى على دائرة الجلسة الواحدة إذا انصبت المطالبة على الأجور والمرتببات التي لا تتجاوز (500.000) خمسمائة ألف درهم.

ومن الإجراءات التي تتوفر بها دعاوى المنازعات العمالية أن القانون أجاز للمحكمة منح العامل تصريح عمل مؤقت، للعمل لدى صاحب عمل آخر مدته ستة أشهر، لضمان استمرارية حصول العامل على دخل مستقر أثناء نظر النزاع⁷⁵. وكذلك أجاز للعمال البقاء في المسكن المخصص له حتى الوفاء بحقوقه كاملة، فضلاً عن اعتبار حقوق العامل لها حق امتياز على أموال صاحب العمل المنقولة وغير المنقولة⁷⁶.

وفي سبيل تمكين المحكمة من التعمق في أساس النزاع ومعرفة الظروف أو البيئة التي نشأ فيها تميل محاكم العمل عادة الى الاستئناس برأي دوائر العمل لديها عن طريق طلب حضور مندوب عن دائرة العمل، لينقل إلى المحكمة التقارير التي تقدم من مفتشي العمل الدائمين، الذين لديهم اطلاع ميداني على بيئة العمل وما ينشأ فيها من منازعات. و تعطي بعض الدول دوراً مهماً للنيابة العامة⁷⁷ في دعاوى المنازعات العمالية، ووفقاً للقانون الإماراتي فإن للنيابة العامة أن تتدخل جوازياً، وفقاً للمادة (62) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، ويفضل أن يكون تدخل النيابة العامة وجوبياً في قضايا العمل، وذلك للأهمية الاقتصادية والاجتماعية لهذه المنازعات، وكذلك لتتحقق الرقابة الشاملة على أن الإجراءات التي خص بها المشرع دعاوى العمال قد تمت مراعاتها.

⁷² محمد حسين منصور، قانون العمل في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، بيروت، 1995، ص 15.

⁷³ مع ملاحظة أن الإعفاء قاصر على العامل أو المستحق عنه.

⁷⁴ أحمد عبد التواب، مرجع سابق، ص 50.

⁷⁵ المادة (4) من القرار الوزاري رقم (119) لسنة 2007.

⁷⁶ المادة الرابعة من القانون الاتحادي بشأن تنظيم علاقات العمل.

⁷⁷ Paul Palsterman, Op. cit, p 20.

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

ومن الأمور المهمة التي يتعين أخذها بنظر الاعتبار في دعاوى العمل تحديد مدة معينة لحسم الدعوى، ولكن المشرع الإماراتي، وعلى الرغم من أنه كان قد حدد ثلاثة أيام من تاريخ قيد الدعوى موعداً للجلسة الأولى، إلا أنه لم يحدد مدة لحسم الدعوى، وكان يتعين تحديد مدة مناسبة لحسم الدعوى، ولكن المشرع بدلاً من ذلك أشار في المادة الخامسة من قانون تنظيم علاقات العمل إلى أن الدعاوى العمالية يتم نظرها على وجه السرعة⁷⁸. كما تتجه بعض التشريعات المقارنة إلى جعل الأحكام الصادرة في منازعات العمل نهائية وغير قابلة للطعن. في حين تتجه تشريعات أخرى إلى جعل بعض أحكام محاكم العمل نهائية كقرارات محاكم العمل بإلغاء تسريح العمال فيعد نهائياً في هذا الجزء فقط⁷⁹. أما بشأن الطعن في الأحكام الصادرة في دعوى المنازعات الفردية فنجد أن المشرع الفرنسي أجاز الطعن في هذه الأحكام عن طريق الاستئناف، إذا تجاوز المبلغ المدعى به النصاب القانوني وفقاً للقواعد العامة للطعن في الأحكام. وتتفرغ إحدى دوائر محكمة الاستئناف للبت فيها⁸⁰، لعدم وجود محكمة استئناف متخصصة بقضايا العمل ذات تشكيل خاص.

أما القانون الإماراتي فإنه لم يفرد قواعد خاصة بالطعن في الأحكام الصادرة في منازعات العمل الفردية. وبصدور قرار مجلس الوزراء رقم (33) لسنة 2020 بتعديل بعض أحكام اللائحة التنظيمية بشأن قانون الإجراءات المدنية والتي صدرت بموجب قرار مجلس الوزراء رقم 57 لسنة 2018 في شأن اللائحة التنظيمية، ووفقاً للمادة (2/23) "يكون الحكم الصادر من الدوائر الجزئية انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز (50000) خمسين ألف درهم"⁸¹.

ويجري استئناف الأحكام أمام محاكم الاستئناف، والتي تقع ضمن التشكيل العام للهيكل القضائي في الدولة. ومن الجدير بالذكر أنه توجد دائرة استئناف في المحكمة العمالية في أبو ظبي، للنظر في الاستئناف الواقع

⁷⁸ وبذلك تمتاز قضايا العمل بالسرعة في إجراءات التقاضي. يراجع: بشار طلال المومني ومحمد مسلم الزواهره، السراج في شرح قوانين العمل، جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا، دار الحافظ، الإمارات العربية المتحدة، 2014، ص 230.

⁷⁹ أمين مؤمن، النظام الإجرائي للفضل في المنازعات أمام القضاء الاجتماعي، بحث منشور في مجلة المفكر، الجزائر، الصفحات 609-630، ع 13، المجلد 11، ص 623.

⁸⁰

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---

dialogue/documents/meetingdocument/wcms_205856.pdf

⁸¹ للمزيد من التوسع في قواعد تقدير قيمة الدعوى، يراجع: مصطفى المتولي قنديل، الوجيز في القضاء والتقاضي، الأفاق المشرقة ناشرون، الإمارات العربية المتحدة، 2011، ص 159 وما بعدها؛ عبد التواب مبارك، أصول التقاضي، الأفاق المشرقة ناشرون، الإمارات العربية المتحدة، 2011، ص 153 وما بعدها.

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

على الأحكام الصادرة في الدعاوى العمالية. وتكون الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف في دولة الإمارات العربية المتحدة، غير قابلة للطعن بطريق النقض إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز خمسمائة ألف درهم. ومن الأمور المهمة التي تساعد على إنهاء منازعات العمل الفردية والحيلولة دون تفاقمها، أن القانون الإماراتي أجاز للمحكمة المختصة أن تشمل أحكامها بالنفاذ المعجل⁸². ونرى أنه من المناسب أن يقرر المشرع الإماراتي شمول الأحكام الصادرة في القضايا العمالية بالنفاذ المعجل القانوني، ضماناً لسرعة حصول العامل على حقه، دون انتظار أن يصبح الحكم انتهاياً.

وقبل أن نختم الكلام عن دور القضاء في حسم منازعات العمل الفردية، لا بد من الإشارة إلى أن هناك تساؤلاً مهماً، أثار خلافاً في الفقه، يتعلق بدور التحكيم في حل منازعات العمل الفردية، وما إذا كان وجود شرط أو مشاركة تحكيم من شأنه أن يؤثر على السير في الإجراءات القضائية في التشريعات التي لم تنظم هذه المسألة، يتعين معه إيقاف النظر في الدعوى؟ ولو عدنا إلى التشريع الإماراتي نجد أنه نص في القانون الاتحادي في شأن تنظيم علاقات العمل على التحكيم كآلية لحل منازعات العمل الجماعية، غير أنه لم يتطرق إلى التحكيم عند معالجته لوسائل وآليات حل المنازعات الفردية. فما الحكم لو أن عقد العمل الفردي المبرم بين العامل وصاحب العمل قد تضمن بنداً بوجود اللجوء للتحكيم قبل عرض النزاع على المحاكم، أو أن مثل هذا البند ورد في اتفاقيات عمل جماعية مبرمة بين النقابة التي ينتمي إليها العامل، وكان صاحب العمل طرفاً في تلك الاتفاقيات؟

فهل يتعين اللجوء إلى التحكيم أولاً تنفيذاً لبند التحكيم المتفق عليه، أم يتوجب تجاهل شرط التحكيم، واللجوء إلى الوسائل الودية المرسومة في القانون؟

ذهب اتجاه فقهي إلى وجوب احترام شرط التحكيم في حدود معينة، وبالتالي يتعين اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاع، على اعتبار أنه ليست كل قواعد قانون العمل متعلقة بالنظام العام. لاسيما ما يوفره التحكيم من مزايا وما يحققه من سرعة في حسم النزاع والاقتصاد في النفقات وتقليص الإجراءات، على عكس تعقيدات إجراءات التقاضي المعتادة. وعلى ضوء هذا الرأي يجوز اللجوء إلى التحكيم في نزاعات العمل الفردية، كأصل عام،

⁸² المادة (79 / 5) من اللائحة التنظيمية لقانون الإجراءات المدنية المعدلة.

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

على أن يكون ذلك متوقفاً على اختيار العامل وموافقته، فإذا كان التحكيم في صالحه ولجأ هو للتحكيم وتمسك ببند التحكيم المنصوص عليه في عقد العمل، جاز إعمال شرط التحكيم⁸³، بشرط أن لا تتعلق المنازعة بقاعدة من القواعد الآمرة. أما في حالة تمسك صاحب العمل باللجوء إلى التحكيم، وكان هذا الشرط ناجماً عن إرادة غير سليمة للعامل، أو لا يحقق للعامل الحماية التي أقرها القانون له، فيجوز للعامل أن يتمسك ببطلان شرط التحكيم؛ وذلك لأن هذا الشرط يتنافى مع الطابع الحمائي لقوانين العمل⁸⁴.

أما في التشريع الفرنسي فإن القانون لا يمنع الفريقين من اللجوء إلى التحكيم بعد نشوء النزاع، ولكن إذا كان بند التحكيم قد ورد في عقد العمل، وليس في اتفاق التحكيم المبرم بعد وقوع النزاع، فيكون غير جائز⁸⁵. وقد أثار الرأي الذي يتمسك بإعمال شرط التحكيم في منازعات العمل الفردية القلق في الأوساط الدولية؛ لأنه يقيد، من جهة، حرية العامل في الوصول وسائل حسم النزاع المرسومة في القانون، كما قد يترتب على اللجوء للتحكيم الإضرار بمصالح العامل⁸⁶. فضلاً عن أن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به، لخصوصية أحكام قانون العمل وطبيعة العلاقات التي ينظمها، والطابع الحمائي للقانون، ولكون قواعد حسم منازعات العمل ليست مقررة لتنظيم مصالح فردية فحسب؛ بل إن لتطبيقها انعكاسات على اقتصاد الدولة واستقرار المجتمع. لهذا فإن للأحكام المقررة لكيفية حسم منازعات العمل صفة أمرة، وهو ما يحملنا على تأييد الاتجاه الذي يذهب إلى عدم الاعتداد بشرط التحكيم في عقود العمل؛ وذلك لما قد يؤول إليه حكم التحكيم من التفريط في حق من الحقوق المحمية قانوناً، فضلاً عن أن القول بجواز التحكيم إذا كان مبنياً على اختيار العامل، أو كان التحكيم في صالحه، فهذا القول مبني على معايير غير منضبطة لا تأخذ بنظر الاعتبار انعكاسات حل منازعات العمل على الصالح العام. لذلك لا عبرة بمثل هذا الشرط أياً كان الموضوع الذي ورد فيه، ويكون للعامل الحق في المبادرة إلى اتباع الطرق المرسومة في القانون لحل النزاع وتجاهل بند التحكيم.

⁸³ علي السيد حسين أبو دياب، عبد الله بن محمد الشويش، أضواء على التحكيم في منازعات العمل الفردية في الفقه الإسلامي وقانون العمل السعودي والمصري، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر ع 1، المجلد 34، ج1، الصفحات 10-115، 2019، ص 88.

⁸⁴ محمد حمدي أبو زيد، مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود العمل الفردي، بحث منشور في المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، ع 10، يناير 2018، ص 403.

⁸⁵ أرلت جريصاتي، مرجع سابق، ص 5.

⁸⁶ Minawa Ebisui, Sean Cooney and Colin Fenwick, Op.cit,p,6.

الخاتمة

من خلال بحثنا لآليات تسوية منازعات العمل الفردية، توصلنا إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: النتائج:

1. ان لمنازعات العمل خصوصية، تقتضي إفراد تشكيل قضائي متخصص بها، وأن تدعم بقواعد إجرائية تمنح المرونة والفعالية لعمل الجهات المخولة بحسم تلك المنازعات، تختلف وتتميز عن القواعد العامة للمنازعات المدنية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية.
2. تتنوع طرق تشكيل محاكم العمل في التشريعات المقارنة، غير أن التخصص الدقيق مطلوب أياً كان تشكيل المحكمة، والتجارب أثبتت أن تعزيز قضاء العمل بأعضاء من المهنيين ممن لهم ممارسة سابقة، والذين يطلق عليهم مجازاً "القضاة الاجتماعيون" يمنح الحيوية لقضاء العمل بما يمكنه من التعرف على البيئة التي نشأ فيها النزاع وأسبابه المباشرة وغير المباشرة.
3. أن لآليات حسم منازعات العمل الفردية خصائص تتميز بها أهمها تجنب الاحتكام المباشر إلى القضاء خشية أن يؤدي إلى حلول قضائية حدية، تتسبب في تفرق شمل أطراف النزاع، وهدم العلاقة العقدية والثقة المتبادلة بينهم.
4. تتسم إجراءات حسم المنازعات العمالية بالسرعة، وتم في العديد من الدول إنشاء الخط الساخن لتوفير السرعة في تلقي الشكاوى والاستجابة لها.
5. تبين أن الاتجاه السائد في التشريع المقارن هو عدم جواز نظر الدعوى أمام القضاء إلا بعد استيفاء وسائل حل المنازعات البديلة وعلى الأخص التوفيق والمصالحة، وأن ذلك يعد شرطاً شكلياً لقبول تسجيل الدعوى أمام القضاء.
6. عند فشل مساعي الصلح يتم عرض الأمر على القضاء، وبعد ذلك تعين مواعيد مختصرة لانعقاد جلسة المحاكمة، وترسيخاً للاختصار تجعل بعض التشريعات الأحكام الصادرة في قضايا العمل كقاعدة انتهائية وغير قابلة للطعن أو مقترنة بالفاذ المعجل.

ثانياً: التوصيات

1. إعادة النظر في تشكيل محاكم العمل، في الإمارات العربية المتحدة، بأن تتشكل من قاض محترف تلقى تدريباً في مجال المنازعات العمالية، وإضافة أعضاء مهنيين يمثلون العمال وأصحاب العمل إلى تشكيل المحكمة.
2. إعادة النظر في تشكيل مكاتب تسوية منازعات العمل الفردية لتكون أكثر تخصصاً وحرفية، وأن تتشكل من ممثلين عن العمال وأصحاب العمل ممن لديهم خبرة سابقة في مجال العمل وفي العلاقات العامة وإدارة المنازعات، ورفع الازدواجية في عمل مراكز "توفيق" والباحث القانوني، وحصر مهمة التوفيق بأحدهما، فيما يتعلق بمنازعات العمل الفردية المشمولة بأحكام قانون تنظيم علاقات العمل.
3. استحداث نص في قانون الإجراءات المدنية بوجوب حسم دعاوى العمل بمدة محددة.
4. استحداث نص يقضي باستثناء دعاوى العمل من إجراءات عرض المصالحة في مكتب إدارة الدعاوى المدنية.

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

قائمة المراجع:

أولاً: المراجع العربية

أ.الكتب:

1. بشير هدفي، الوجيز في شرح قانون العمل، دار الريحانة للكتاب، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
2. بكر عبد الفتاح السرحان، شرح قانون الإجراءات الإماراتي، دار الحافظ، 2020.
3. رشيد واضح، علاقات العمل في ظل الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر، دار هومه الجزائر، 2002.
4. سليمان أحمية، الوجيز في قانون علاقات العمل في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 2012.
5. عبد الرزاق حسين يس، الوسيط في شرح أحكام قوانين العمل والتأمينات الاجتماعية طبقاً لتشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة، أكاديمية شرطة دبي، 1992.
6. غالب علي الداودي، شرح قانون العمل، الطبعة الثالثة، دار وائل، الأردن- عمان، 2004.
7. محمد حسين منصور، قانون العمل في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، بيروت، 1995.
8. مصطفى احمد عمرو، علاقات العمل الجماعية في ضوء قانون العمل الجديد، رقم 12، لسنة 2005، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، 2005.
9. هيثم حامد المصاورة، المنتقى في شرح قانون العمل، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

ب. الأبحاث والمقالات:

1. أحمد بن عبدالمحسن الطويان، مقالة منشورة في صحيفة مال الاقتصادية، متوفرة على الموقع الآتي: <https://www.maaal.com/writer/562> (4/6/2020).
2. أحمد إبراهيم عبد التواب، خصوصيات التقاضي في تسوية منازعات العمل الفردية، كلية الحقوق- جامعة القاهرة دار النهضة العربية القاهرة، 2013.
3. أرليت جريصلني، التحكيم وقضايا العمل، بحث منشور في مجلة القانون، الصفحات 1-22، ع 5، السنة الرابعة، 2011. متوفر على الموقع الآتي: https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlawArticle_10.pdf (10/6/2020).

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

4. أمين مؤمن، النظام الإجرائي للفضل في المنازعات أمام القضاء الاجتماعي، بحث منشور في مجلة المفكر، الجزائر، ع 13، المجلد 11، الصفحات 609-630، 2016.
5. بشار طلال المومني ومحمد مسلم الزواهره، السراج في شرح قوانين العمل، جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا، دار الحافظ، الإمارات العربية المتحدة، 2014.
6. بلعبدون عواد، تطور آليات التسوية الودية لمنازعات العمل، بحث منشور في مجلة قانون العمل والتشغيل، ع 3، المجلد 2 الصفحات 46-68، 2017.
7. حسين العبد الله، لجان لتسوية المنازعات الحل لخفض القضايا المحالة للقضاء، مقال منشور في جريدة الجريدة الكويتية، متوفر على الموقع الآتي: <https://www.aljarida.com> (15/6/2020).
8. سلامة عبد التواب عبد الحلیم، أحكام الوساطة في قانون العمل : دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية جامعة حلوان ، كلية الحقوق، ع 30، الصفحات 10-156، 2014.
9. عبد التواب مبارك، أصول التقاضي، الآفاق المشرقة ناشرون، الإمارات العربية المتحدة، 2011.
10. عبد الكريم بو حميدة، الطرق الودية لتسوية نزاعات العمل الفردية في ظل قانون 90-04، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاجتماعية جامعة زيان عاشور، ع 8، الجزائر، 2017.
11. عبد اللطيف حمدان بسير العوفي، علي أبو يحيى، الاختصاص القضائي للمحاكم العمالية، بحث منشور في مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، ع 2، المجلد 45، الأردن، الصفحات 1-22، 2018.
12. علي السيد حسين أبو دياب، عبد الله بن محمد الشويش، أضواء على التحكيم في منازعات العمل الفردية في الفقه الإسلامي وقانون العمل السعودي والمصري، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ع 1، المجلد 34، ج1، الصفحات 10-115، 2019.
13. علي حسين نجده، الوجيز في قانون العمل والتشريعات الاجتماعية لدولة الإمارات العربية المتحدة، أكاديمية شرطة دبي، 1998.
14. عمار زعيبي، الطرق الودية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و السياسية، ع 1 مجلد 6 الصفحات 26-38، 2015، ص 27-29.

آليات تسوية منازعات العمل الفردية ودور القضاء في حسمها

15. محمد أطوف، مسطرة الصلح التمهيدي في نزاعات الشغل الفردية، بحث منشور في مجلة القضاء المدني - سلسلة دراسات وأبحاث، ع 11، الصفحات 23-40، 2016.
 16. محمد حمدي أبو زيد، مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود العمل الفردي، بحث منشور في المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، ع 10، يناير 2018.
 17. مصطفى المتولي قنديل، الوجيز في القضاء والتقاضي، الآفاق المشرقة ناشرون، الإمارات العربية المتحدة، 2011.
 18. مهند عزمي أبو مغلي ومحمد إبراهيم أبو الهيجا، الوسائل الرقمية البديلة لفض المنازعات المدنية، بحث منشور في مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الصفحات المجلد 36 (ملحق)، الجامعة الأردنية، 2009.
- ج. أطروحات الماجستير والدكتوراه:
1. حبيب بن عيسى، بونوة مختار، الصلح كآلية لتسوية نزاعات العمل في القانون الجزائري، أطروحة ماجستير مقدمة إلى جامعة زيان عاشور - الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016-2017.
 2. عشاش عبد الله، أطروحة ماجستير مقدمة إلى جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر، 2010.
 3. عيساني محمد، أنظمة تسوية منازعات العمل الفردية، أنظمة تسوية منازعات العمل الفردية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2016.
- د. الوثائق والدوريات:
1. منظمة العمل الدولية، دليل معايير العمل الوطنية، مكتب منظمة العمل الدولية، القاهرة، 2017، ص 102.
 2. القانون الاتحادي في شأن تنظيم علاقات العمل رقم (8) لسنة 1980 لدولة الإمارات العربية المتحدة
 3. منظمة العمل الدولية، مؤتمر العمل الدوري، الدورة 12، مكتب العمل الدولي، الدورة 100، التقرير الخامس، إدارة العمل وتفتيش العمل، 2011.
 4. قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، رقم (5) لسنة 1985 المعدل
 5. قانون العمل الفرنسي 1088-2016 في 8 آب/ أغسطس 2016 المعدل.

<https://www.jil.go.jp/foreign/event/symposium/info/documents/20051202/yamakawa.pdf> (10.8.2020).

5. Cynthia Estlund, *Regoverning the Workplace: From Self-Regulation to Co-Regulation*, New Haven, CT, and London, Yale University Press, 2010.
6. Minawa Ebisui, Sean Cooney and Colin Fenwick, *Resolving individual labour disputes, A comparative overview*, International Labour Organization, Geneva, 2016.
7. Jean RIVERO et Jean SAVATIER, *Droit du travail*, 13em éd. Presses universitaires de France, 1993.

الرهن العقاري: وسيلة للوفاء بالديون
بحث مقارنة في القانون الإنكليزي والعراقي والإماراتي

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

يعد الرهن الرسمي في القانون الإنكليزي عقداً من العقود الشكلية، وينعقد بين الدائن المرتهن، والمدين الراهن، لتحقيق غاية تتمثل في توثيق الدين المضمون بالرهن، وذلك لضمان قيام المدين الراهن بالوفاء بمبلغ القرض الذي جرى رصد المال المرهون كتأمين للوفاء به. ويترتب عليه حق عيني يتمثل في تأمين أو تكليف عيني مفرغ في سند رسمي لضمان الوفاء بدين القرض. وينعقد عقد الرهن الرسمي بتوفر أربعة أركان هي: ركن الشكل الذي يتجسد في وجود سند رسمي مصدق، وركن النية التعاقدية، أي اتجاه النية إلى إنشاء الرهن، أو النية لإنشاء علاقات قانونية ملزمة، فضلاً عن توفر الركنين الآخرين وهما التراضي والالتزام. وفي المقابل نجد أن القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي الاتحادي رقم (5) لسنة 1985 قد تأثرا بالفقه الإسلامي في تنظيمهما لأحكام هذا النوع من أنواع الرهن، ولا سيما القانون الإماراتي، وأطلقا عليه اسم الرهن التأميني.

Abstract

The Mortgage is considered as one of the formal contracts in the English law, and concluded between the mortgagee and the mortgagor, to realize the purpose represented by documenting the debt secured by mortgaged Property. And in order to guarantee the mortgagor's payment of the loan, for which the mortgaged Property is reserved as a security for payment. It is worth-bearing in mind that this contract produces a real right, represented by a security for the loan, or a real charge by deed. It should also be noted that contract of mortgage is concluded by the availability of four basic elements: the element of formality, embodied by the presence of an authentic deed. The Contractual Intention, that is to say, the intention to Create the mortgage, or the intention to be legally bound. As well as the other two indispensable elements: the offer and acceptance and the consideration. Whereas both the Iraqi Civil Law No. (40) of 1951, and the Federal civil transactions law No.

المقدمة

يرى الفقه الإنكليزي أن الرهن الرسمي هو حق تأمين أو ضمان يقوم المدين (الراهن) بإنشائه لمصلحة الدائن المرتهن. فالأول أي المدين الراهن هو المقترض، أما الثاني أي الدائن المرتهن فهو المقرض. ويرى -أيضاً- أنه عقد يبرم بين الدائن المرتهن والمدين الراهن يسعى إلى توثيق الدين المضمون بالرهن، وذلك لضمان قيام المدين (الراهن) بالوفاء بمبلغ القرض الذي جرى رصد المال المرهون تأميناً للوفاء به. وترتب عليه حق عيني عقاري يتمثل في حق التأمين أو الضمان الذي ينشأ لمصلحة الدائن المرتهن، وبموجبه يتمتع بثلاثة حقوق هي: حقه في غلق الرهن، وحقه في حيازة العقار المرهون، واكتسابه حقاً عينياً على العقار المرهون. ومن جانب آخر يتمتع المدين الراهن بحقين هما: حقه في فك الرهن واسترداد المال المرهون، وحقه في حيازة العقار المرهون. وفي المقابل نجد أن القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي الاتحادي رقم (5) لسنة 1985 قد تأثرا بالفقه الإسلامي في تنظيمهما لأحكام هذا النوع من أنواع الرهن، ولا سيما القانون الإماراتي، وأطلقا عليه: الرهن التأميني.

ويعود السبب الرئيس لاختيار موضوع البحث إلى محاولة إفادة القانونين العراقي والإماراتي من بعض الأحكام المتعلقة بالرهن، والتي تضمنها القانون الإنكليزي. أما أهمية البحث فتكمن في الإفادة من بعض الجوانب العملية للتطبيقات القضائية التي دأب عليها القضاء الإنكليزي، فيما يتعلق بالرهن الرسمي ومنها: إمكانية السماح للدائن المرتهن بممارسة حقه في حيازة العقار المرهون بدلاً عن المدين الراهن، خلافاً لما هو معتاد، لتحقيق أغراض معينة من أبرزها المحافظة على الثروة العقارية وتنميتها. وإمكانية غلق الرهن بسبب تخلف المدين الراهن عن فكه.

وتكمن مشكلة البحث في إمكانية الإفادة من بعض الأحكام التي جاء بها القانون الإنكليزي المتعلقة بالرهن الرسمي، ومنها السماح للدائن المرتهن بممارسة حقه في حيازة العقار المرهون -بدلاً من المدين الراهن- إذا ثبت إهمال المدين (الراهن) أو تقصيره في المحافظة على عقاره، ولا سيما إذا أدى ذلك إلى تناقص قيمته ليصبح أقل بكثير من قيمة الدين المضمون. فضلاً عن السماح للدائن المرتهن بممارسة غلق الرهن في حالات معينة، وعلى نطاق محدود جداً، لضمان عدم مخالفة أحكام الفقه الإسلامي الجليل وقواعد القانونين العراقي والإماراتي التي منعت، وكأصل عام، غلق الرهن وعدته باطلاً، ولا سيما إذا ثبت إهمال المدين الراهن أو تقصيره في المحافظة على العقار المرهون، وتعمده في عدم إصلاحه وصيانته والمحافظة عليه في حالة جيدة، لجعل قيمة الرهن التأميني أقل بكثير من قيمة الدين المضمون.

أما من حيث النطاق، فيتسع نطاق هذه الدراسة ليشمل البحث في مفهوم الرهن الرسمي في القانون الإنكليزي، من حيث تعريفه وخصائصه وطبيعته القانونية والآثار القانونية المترتبة عليه، ومقارنة موقف القانون الإنكليزي بموقف القانونين العراقي والإماراتي من كل ذلك.

وللوصول إلى الغايات المرجوة من البحث، فقد انتهجت الدراسة منهج البحث القانوني التحليلي المقارن، بإجراء تحليل قانوني لموضوع الرهن الرسمي في القانون الإنكليزي، ومقارنته بموقف القانونين العراقي والإماراتي. وفي ضوء ما تقدم فقد توزعت هذه الدراسة على مبحثين كما يأتي:

المبحث الأول: مفهوم الرهن الرسمي في القانون الإنكليزي والقانون المقارن

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على الرهن الرسمي في القانون الإنكليزي والقانون المقارن

المبحث الأول: مفهوم الرهن الرسمي في القانون الإنكليزي والقانون المقارن

إن دراسة مفهوم الرهن الرسمي في القانون الإنكليزي، كحق من حقوق التأمين أو الضمان، تستلزم منا البحث في تعريفه وخصائصه وطبيعته القانونية، ومقارنة موقف القانون الإنكليزي بموقف القانونين العراقي والإماراتي كما يأتي:

المطلب الأول: تعريف الرهن الرسمي

يعرف قسم من الفقه الإنكليزي⁽¹⁾ الرهن الرسمي بأنه: حق تأمين أو ضمان يقوم المدين (الراهن) (Mortgagor) بترتيبه لمصلحة الدائن المرتهن (Mortgagee). ويوضح الأول أي المدين (الراهن) بأنه هو المقرض (Borrower)، أما الثاني أي الدائن (المرتهن) فيصفه بالمقرض (Lender). وعُرف أيضاً⁽²⁾ بأنه: عقد يعرف في القانون الإنكليزي بعقد الرهن (Mortgage Contract)، ينعقد بين الدائن المرتهن (Mortgagee) والمدين الراهن (Mortgagor)⁽³⁾، غايته توثيق الدين المضمون بالرهن، وذلك لضمان قيام المدين (الراهن) بالوفاء بمبلغ القرض (Loan) الذي جرى رصد المال المرهون (Mortgaged Property) كتأمين (Security) للوفاء به، لأن القرض دين حكماً. وعلى هذا الأساس فهو ليس عقداً عادياً، بل ينطوي على تأمين أو ضمان أو توثيق للدين، لأنه لو كان عقداً عادياً لكان بإمكان المدين الراهن بيع العقار المرهون، والامتناع عن الوفاء للدائن المرتهن بمبلغ القرض، إذا

1 Rojer J. Smith. Property Law. Eighth Edition. PEARSON Education Limited. London. 2014. P.567.

2 Chris Davies. Property Law Guidebook. Second Edition. Oxford University Press. 2015. P.108.

3 John Duddington. Land Law. Third Edition. Longman, Pearson Education Limited. London. 2011. P.170.

الرهن العقاري: وسيلة للوفاء بالديون

كان يخلو من معنى التأمين أو الضمان. إلا أن التأمين يعطي للدائن المرتهن المصلحة في العقار المرهون (Interest in the Land)⁽⁴⁾.

وعرف أيضاً⁽⁵⁾ بأنه: تأمين لضمان الوفاء بدين القرض (Security for Loan)، أو تكليف عيني أفرغ في سند رسمي (Charge by Deed)، ويعرف أيضاً بالرهن القانوني (Legal Mortgage) الذي يتميز عن الرهن الإنصافي (Equitable Mortgage) الذي ينشأ بمقتضى الاتفاق الذي نصت عليه المادة الثانية من تشريع قانون الملكية (النصوص المتفرقة) لعام 1989 (Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989).

وعرف الرهن كذلك⁽⁶⁾ بأنه: وسيلة لنقل أو تحويل (Conveyance) حق الملكية المطلقة (Freehold) أو حق المستأجر (Leasehold) إلى تأمين (Security) للوفاء بالدين المضمون.

ويظهر لنا جلياً من هذه التعاريف أن قانون الأحكام العام عد الرهن عقداً يبرم بين المدين (الراهن) والدائن (المرتهن) يترتب عليه حق عيني هو حق التأمين أو الضمان لمصلحة الثاني على الأول⁽⁷⁾، ويتخذ صيغة حق قانوني (Legal Interest). وبموجب هذا العقد يتمتع المدين (الراهن) بحماية قانونية تتمثل في استرداده لذلك الحق القانوني، إذا ما قام بالوفاء بالقرض. وغالباً ما يحظى هذا الحق بالحماية عن طريق التزام يدرج في عقد الرهن الشكلي (Covenant in the Mortgage Deed)، ويفرض على الدائن المرتهن⁽⁸⁾. ويعرف هذا الحق في القانون الإنكليزي بحق فك الرهن القانوني (Legal Right to Redeem). وهو حق تعاقدية (Contractual Right) يمارسه المدين الراهن لقرض استرداد ماله المرهون، بعد أن يقوم بالوفاء بالقرض. كما رسخ القضاء الإنكليزي هذا الحق أيضاً بالاستعانة بقواعد العدالة والإنصاف (Equity)، التي تفرض ما يمليه الضمير الحي ومبادئ العدل الطبيعي على النزاعات⁽⁹⁾، لئلا تتغرت في قانون الأحكام العام (Common Law) العرفي المبني على السوابق

4 John Duddington. ibid . P.170.

5 John Duddington. op. Cit. P.170.

6 John Wilman, Brown: GCSE Law, Ninth Edition, Thomson, Sweet and Maxwell, 2005, P.287. see also Pamela Rajapakse, Shanuka Senarath. Commercial Law Aspects of Residential Mortgage Securitisation in Australia. Palgrave Macmillan.2019.P.69.

7 آدموند س ملكا. شرح القانون الإنكليزي في ثمانية أجزاء. الطبعة الأولى. مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية. 1954. ص509.

8 Chris Davies. op. Cit . P.103.

9 د. حسان عبد الغني الخطيب. القانون العام. منشورات زين الحقوقية. بيروت، لبنان. 2012. ص216.

القضائية⁽¹⁰⁾. إذ يعد احتفاظ الدائن (المرتهن) بالمال المرهون بعد استرداده لقيمة الدين والفوائد، أمراً مجافياً للضمير الحي (Good Conscience).

وقد ساهمت قواعد العدالة والإنصاف منذ القرن السابع عشر، في ضمان حقوق الدائن المرتهن (Mortgagor's Rights) وتعزيزها وتوسيع نطاقها، فلم يعد متمتعاً بحق فك الرهن الإنصافي (Equitable Right to Redeem) فحسب، عندما يحين الوقت المحدد للوفاء بالدين المضمون بالرهن (Debt Secured by the mortgage)، ولكنه صار يتمتع أيضاً بحق إنصافي (Equitable Interest) آخر يترتب مباشرة بعد قيامه بمنح الرهن للدائن المرتهن. وهو حقه الإنصافي المستقبلي في فك الرهن (Equity of Redemption)، إذا ما قام بالوفاء بالدين المضمون بالرهن⁽¹¹⁾. وهذا الحق يكون قابلاً للانتقال بالحوالة والوصية.

ويمكن إنشاء الرهن الإنصافي (Equitable Mortgage) في ظل قانون الأحكام العام (Common Law)، عندما يحتفظ المدين الراهن بملكية (Title) المال المرهون المستعمل كضمان أو تأمين لمبلغ القرض (Security for the Loan)، وإيداع سند الملكية (Title Deed) لدى الدائن المرتهن⁽¹²⁾.

وبعد استعراض الاتجاهات المختلفة التي تبناها الفقهاء الإنكليز في تعريف الرهن الرسمي، فإننا نرجح الاتجاه الذي ذهب إلى تعريف الرهن الرسمي بأنه: تأمين أو ضمان، أكثر من الاتجاه الذي عرفه بأنه عقد، لأن الغاية تقدم على الوسيلة. فالرهن الرسمي هو، أولاً وقبل كل شيء، حق عيني تبقي أو تأمين عيني غايته توثيق دين القرض لضمان الوفاء به. أما العقد فهو الوسيلة للوصول إلى تلك الغاية.

أما بالنسبة إلى القانونين العراقي والإماراتي فقد تأثرا بالفقه الإسلامي في تنظيمهما لأحكام الرهن ولا سيما القانون الإماراتي. ومن المعروف في الفقه الإسلامي واللغة العربية أن الرهن يعني لغة الحبس بأي شيء كان، كما في قوله تعالى (كل نفس بما كسبت رهينة)⁽¹³⁾، أي محبوسة بما كسبت من المعاصي⁽¹⁴⁾. والراهن دافع الرهن والمرتتهن آخذه⁽¹⁵⁾. أي من وضع عنده الرهن⁽¹⁶⁾. كما يعني الرهن الدوام والاستمرار

10 د. عبد السلام التريمانيني. القانون المقارن المناهج القانونية الكبرى المعاصرة. مطبوعات جامعة الكويت. الطبعة الثانية. 1982. ص 177 و 203 و 204 و 208.

11 Elizabeth Cooke. The New Law of Land Registration. Hart Publishing. 2003. P.34.

12 Chris Davies. Ibid. P.104.

13 سورة المدثر 38.

14 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. ص 427.

15 أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي. البهجة في شرح التحفة. الجزء الأول. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية بيروت. لبنان. 1998. ص 266.

والاحتباس⁽¹⁷⁾. والحكمة من تشريع الرهن هي توثيق الديون لضمان الوفاء بها، ولتيسير منح القروض⁽¹⁸⁾.

وعرفت المادة (1285) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 الرهن التأميني بأنه (عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون). وعرفته المادة (1399) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي الاتحادي رقم (5) لسنة 1985 بأنه (عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون). وعرف جانب من فقه⁽¹⁹⁾ القانون المدني العراقي الرهن التأميني بأنه: حق عيني تبعية يترتب بمقتضى عقد رسمي ضماناً للوفاء بالتزام، ويمنح صاحبه حق تتبع العقار في أي يد يكون واستيفاء حقه من ثمنه بالتقدم والأولوية.

ويتبين من هذه التعاريف أن عقد الرهن التأميني هو عقد شكلي لا يكفي التراضي لانعقاده، بل يجب أن يفرغ في محرر رسمي⁽²⁰⁾. ويرد على العقار دون المنقول، خلافاً لعقد الرهن الحيازي الذي يعد من العقود العينية⁽²¹⁾. والرهن التأميني هو حق من الحقوق العينية التبعية يمنح الدائن (المرتبه) حق التقدم أو الأولوية على باقي الدائنين العاديين، في استيفاء حقه من ثمن العقار عند بيعه⁽²²⁾. كما يمنحه حق التتبع؛ فيتمكن من التنفيذ على العقار المرهون في يد أي شخص انتقلت إليه ملكيته. وجدير بالذكر أن

16 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. ص370.

17 د. الشافعي عبد الرحمن السيد عوض. عقد الرهن في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة. مكتبة الوفاء الإسكندرية. 2011. ص13.

18 د. وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته، الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقق الأحاديث النبوية وتخريجها، وفهرسة أفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية. الجزء الخامس. الطبعة الثانية. دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر. دمشق. 1985. ص182.

19 محمد طه البشير ود. غني حسون طه. الحقوق العينية التبعية. الجزء الثاني. الحقوق العينية التبعية. وزارة التعليم العالي. بغداد. 1982. ص352.

20 د. محمد حسين منصور. النظرية العامة للائتمان، صور الائتمان وضمائنه والوسائل التقليدية والحديثة لحمايته، الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، التمويل العقاري. منشأة المعارف بالإسكندرية. 2005. ص219.

21 د. عبد المجيد الحكيم. الموجز في شرح القانون المدني. الجزء الأول في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي مع المقارنة بالفقه الإسلامي. شركة الطبع والنشر الأهلية. بغداد. 1963. ص40. ينظر أيضاً د. عبد الخالق حسن أحمد. الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة. الجزء الأول. مصادر الالتزام. الطبعة الثالثة. منشورات كلية شرطة دبي. 1999. ص20.

22 د. وهبة الزحيلي. العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني. دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر دمشق. الطبعة الأولى. 1987. ص347.

الرهن العقاري: وسيلة للوفاء بالديون

تفريغ عقد الرهن في محرر رسمي يعني أن هذا التفريغ هو شكلية لازمة لانبرام العقد وليس لإثباته سواء في القانون الإنكليزي أم في القانونين الإماراتي والعراقي؛ فالرهن العقاري يجب أن يكون مسجلاً في كل الأحوال في صحيفة العقار.

ونحن نرجح هنا أيضاً الاتجاه الفقهي الذي ذهب إلى تعريف الرهن التأميني بأنه: حق عيني تبقي أكثر من الاتجاه الذي تبناه المشرعان العراقي والإماراتي في المادتين (1285) من القانون المدني العراقي، و(1399) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وعرفاه بأنه عقد، وذلك لنفس المبررات التي أوردناها سابقاً.

المطلب الثاني: خصائص الرهن الرسمي

يختص الرهن الرسمي، وما يقابله من رهن تأميني في القانونين العراقي والإماراتي بالخصائص الآتية: أولاً: يعد الرهن الرسمي في القانون الإنكليزي عقداً، يبرم بين الدائن المرتهن والمدين الراهن، ويسعى إلى توثيق الدين المضمون بالرهن، لضمان قيام المدين الراهن بالوفاء بمبلغ القرض⁽²³⁾. وقد تبنى القانونان العراقي والإماراتي نفس الاتجاه، وعدا الرهن التأميني عقداً بمقتضى المادة (1285) من القانون المدني العراقي، والمادة (1399) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، اللتين وصفته بأنه: عقد يرد على عقار، ويمنح صاحبه حق التقدم أو الأولوية على باقي الدائنين العاديين، في استيفاء حقه من ثمن العقار عند بيعه⁽²⁴⁾.

ثانياً: يتسم عقد الرهن الرسمي في القانون الإنكليزي بأنه عقد شكلي أو رسمي (Specialty Contract) من العقود المصدقة (Contract Under Seal). وقد استمر القضاء الإنكليزي في تبني هذا الاتجاه في أحكامه الحديثة، ومنها حكمه في قضية (Bristol and West plc v Bartlett 2002. 4 All ER 544) التي تتلخص وقائعها⁽²⁵⁾ في قبول كل من السيد والسيدة (Bartlett) لعرض مكتوب (Written Offer) مقدم من شركة (Bristol and West plc) المقرضة، لمساعدتهما في شراء العقار. وقد تم التوقيع على وثيقة الرهن المصدقة (Document Under Seal)، التي تضمنت جميع شروط الرهن (Mortgage Conditions). وقد تخلف المدعى عليهما السيد والسيدة (Bartlett) عن الوفاء بدين

²³ Chris Davies. op. Cit. P.108.

²⁴ د. وهبة الزحيلي. العقود المسماة. مصدر سابق. ص347.

²⁵ لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5b46f1ec2c94e0775e7ee213> و <https://swarb.co.uk/bristol-and-west-plc-v-bartlett-and-another-paragon-finance-plc-v-banks-halifax-plc-v-grant-ca-31-jul-2002>

القرض، فأقامت الشركة المدعية الدعوى عليهما. وذكر القاضي (Havelock-Allan QC) في الحكم أن عقد الرهن ينبغي أن يكون عقداً شكلياً (Mortgage Deed) من العقود المصدقة، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يكون من العقود الرضائية البسيطة (Simple Contract). وهو نفس موقف القانونين العراقي والإماراتي اللذين عدا الرهن التأميني عقداً شكلياً أو رسمياً لا ينعقد إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري، بعد استيفاء الشكل الذي قرره القانون⁽²⁶⁾.

ثالثاً: يعد الرهن الرسمي في القانون الإنكليزي حقاً من حقوق التأمين أو الضمان، إذ تصنف الحقوق العينية في هذا القانون إلى نوعين: الأول هو حق الملكية والحقوق المنفردة عنه (Property Rights)، وهي الحقوق العينية الأصلية. والثاني هو حقوق التأمين أو الضمان (Security Rights) التي تستعمل لضمان دين معين⁽²⁷⁾، وهي الحقوق العينية التبعية. ويؤول حق التأمين (Security Interest) على المال المرهون (Mortgaged Property) إلى الدائن المرتهن أثناء سريان مدة الرهن⁽²⁸⁾؛ فعلى سبيل المثال لو التزم (A) تجاه (B) بالتزام (Obligation) أو دين (Debt)، فإنه يمكن لـ (A) أن يضمن ذلك الالتزام بمنح (B) حقاً على مال معين منقولاً أو عقاراً. فإذا لم يتمكن (A) من الوفاء بالالتزام أو الدين، يكون بمقدور (B) بيع المال المضمون (Secured Property) لاسترداد قيمة الدين من عوائده⁽²⁹⁾. وهذا هو نفس موقف القانونين العراقي والإماراتي؛ إذ يتسم الرهن التأميني فيهما بأنه حق عيني عقاري يترتب على العقار المرهون، لأنه يمنح الدائن (المرتهن) حق التتبع وحق التقدم أو الأولوية⁽³⁰⁾. إلا أنه حق عيني تباعي وليس أصلياً، إذ لا يوجد مستقلاً عن الدين المضمون⁽³¹⁾. كما أنه يقرر للدائن حقاً عينياً على العقار بوصفه دائناً مرتهناً، فضلاً عن كونه دائناً عادياً يتمتع بحق الضمان العام.

رابعاً: يعد الرهن الرسمي من الحقوق التي يمكن أن ترجح عليها حقوق أخرى فتؤدي إلى تقاعس المدين الراهن في الوفاء بأقساط الرهن: فرجحان حقوق أخرى على حق التأمين أو الضمان، فضلاً عن إخفاق المشروعات الصغيرة في تحقيق الأرباح المرجوة منها، قد يؤديان إلى تقاعس المدين الراهن عن الوفاء بأقساط الرهن (Mortgage Default). وبالتالي إلى تقليل مستوى التعامل بالرهون (Mortgage). وهو

26 محمد طه البشير ود. غني حسون طه. الحقوق العينية التبعية. ج. 2. مصدر سابق. ص. 354.

27 Kate Green. Land Law. Third Edition. MACMILLAN LAW MASTERS. 1997. P.79.

28 Samantha Hepburn. Principles of Property Law. Second Edition. Cavendish Publishing. London. 2001. P.22.

29 Rojer J. Smith. Property Law. op. Cit. P.566.

30 محمد طه البشير ود. غني حسون طه. الحقوق العينية التبعية. ج. 2. مصدر سابق. ص. 352.

31 أسعد دياب. أبحاث في التأمينات العينية. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. 1988. ص. 97.

ما ظهر بوضوح في قضية (Williams & Glyn's Bank v Boland 1981. AC 487. House of Lords) التي تتلخص وقائعها⁽³²⁾ في شراء السيد (Boland) لبيت الزوجية (Matrimonial Home)، والذي صار مالكة الوحيد المسجل باسمه ذلك العقار (Sole Registered Proprietor). على الرغم من المساهمة المالية الكبيرة التي قدمتها زوجته السيدة (Boland) في المبلغ المخصص للشراء، فضلاً عن الوفاء بأقساط الرهن (Mortgage Payments). مما أكسبها حقوق انتفاع (Beneficial Rights) على ذلك العقار. وكان الزوج السيد (Boland) قد رهن العقار، ثم تقاعس عن الوفاء بأقساط الرهن. فأقام المصرف الدعوى وطلب من المحكمة انتقال حيازة العقار المرهون إليه، فدفعت السيدة (Boland) بأنها تتمتع بحق أرجحية (Overriding Interest) بمقتضى الفقرة الأولى من المادة (70) من تشريع التسجيل العقاري لعام 1925 (Land Registration Act 1925)، إذ تتمتع حقوق الانتفاع الخاصة بها بالحماية القانونية الكاملة على أساس حيازتها الفعلية للعقار. إلا أن المصرف رد على ذلك الدفع بأن الحق الذي تتمسك به السيدة (Boland) ليس بحق أرجحية. ولكن المحكمة قضت بأن الحق الذي تمسكت به السيدة (Boland) هو حق أرجحية، يقوم على أساس حيازتها الفعلية للعقار المرهون. وأخفق المصرف في دعوى حيازة العقار المرهون (Action for Possession). ولكن الأصل أن الرهن التأميني يمنح الدائن المرتهن حق التقدم أو الأولوية⁽³³⁾، بمقتضى أحكام المادتين (1285) من القانون المدني العراقي، و(1399) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

خامساً: تبنى القانون الإنكليزي المفهوم الواسع للرهن الرسمي، وأدخل ضمن نطاقه التكاليف العيني، وحق الامتياز، أو أي حق آخر يستعمل كتأمين أو ضمان لمبلغ نقدي معين أو ما يعادل النقد. أما الرهن القانوني فيشمل الرهن، وذلك بمقتضى الشرط الأول من الفقرة الفرعية (xvi) من الفقرة الأولى/ المادة (205) من تشريع قانون الملكية لعام 1925 (The law of property Act 1925) التي نصت على أن (يتضمن الرهن الرسمي أي نوع من أنواع التكاليف العينية وحقوق الامتياز، أو أي حق آخر يستعمل كتأمين أو ضمان لمبلغ نقدي معين أو ما يعادل النقد. أما الرهن القانوني فيشمل الرهن)⁽³⁴⁾. وذلك خلافاً للقانونين العراقي والإماراتي اللذين عدا حقوق الامتياز حقوقاً عينية تبعية تتميز عن الرهن التأميني

32 لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني: <http://e-lawresources.co.uk/Land/Williams--and--Glyns-Bank-v-Boland.php>

33 محمد طه البشير ود. غني حسون طه. الحقوق العينية التبعية. ج. 2. مصدر سابق. ص 352.

34 Section-205/1 xvi- "Mortgage" includes any charge or lien on any property for securing money or money's worth; "legal mortgage" means a mortgage by demise or subdemise or a charge by way of legal mortgage.

الرهن العقاري: وسيلة للوفاء بالديون

من حيث النشأة؛ فالرهن التأميني هو تأمين اتفاقي، أما حقوق الامتياز فهي تأمينات قانونية. ومن حيث المحل؛ فالرهن التأميني لا يرد إلا على عقار، أما حقوق الامتياز فتزد على المنقول وعلى العقار على حد سواء⁽³⁵⁾. إلا أنهما يتشابهان من حيث الحياة، فكلاهما لا يقتضي وضع المال محل التأمين في حياة الدائن.

سادساً: عدم قابلية الرهن للتجزئة: يعد الرهن التأميني في القانونين العراقي والإماراتي، كما هو الحال في القانون الإنكليزي، حقاً لا يتجزأ، فكل جزء من أجزاء العقار المرهون ضامن لكل الدين المضمون، وكل جزء من الدين مضمون بكل العقار المرهون⁽³⁶⁾. وقد قضت بذلك المادة (1410) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، التي نصت على أن (الرهن التأميني لا يتجزأ، وكل جزء من العقار المرهون ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار المرهون).

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للرهن الرسمي

مرت الطبيعة القانونية للرهن (Mortgage) في القانون الإنكليزي بمرحلتين: المرحلة الأولى وقد تقررت بمقتضى تشريع قانون الملكية لعام 1925 (The law of property Act 1925)، أما المرحلة الثانية فقد وضع أسسها تشريع التسجيل العقاري لعام 2002 (Land Registration Act 2002). ففي المرحلة الأولى كان الرهن يعد نوعاً من أنواع الإيجار (Lease)، وعرف بالرهن بالإيجار (Mortgage by Demise)، وذلك بمقتضى الفقرتين الأولى والثانية من المادة (85) من تشريع قانون الملكية لعام 1925، اللتين عالجتا رهن حقوق الملكية المطلقة (Mortgaging Freeholds)، واللتين نصتا على أن (1- رهن أي عقار مملوك ملكية مطلقة لا ينبغي أن يتأثر بالقانون أو يخضع له، إلا بوصفه إيجاراً محدد المدة بعدد من السنين، مع مراعاة أي نص بإنهائه عن طريق فك الرهن، أو بوصفه تأميناً بسند رسمي يشير إليه صراحة كرهن قانوني: بشرط أن يتمتع الدائن (المرتهن) الأول بنفس الحق في حياة الوثائق، كما لو كان التأمين المقرر لمصلحته ينطوي على حق الملكية المطلقة. 2- أي نقل مقرر للملكية المطلقة للعقار بعد نفاذ هذا التشريع، ينبغي أن يسري مفعوله كإيجار للعقار بالنسبة إلى الدائن المرتهن لمدة محددة بعدد من السنين (ضمن حدود أو نطاق عقار المدين الراهن)، ومن دون التعويض عما يحدث من أضرار في العقار المستأجر، ومع مراعاة الإنهاء عن طريق فك الرهن وبالطرق الآتية تحديداً: (أ) أن يتمتع الدائن المرتهن الأول أو الوحيد بمدة تبلغ ثلاثة آلاف سنة من تاريخ سريان

35 محمد طه البشير ود. غني حسون طه. الحقوق العينية التبعية. ج2. مصدر سابق. ص348.

36 د. وهبة الزحيلي. العقود المسماة. مصدر سابق. ص348.

الرهن. (ب) أن يتمتع الدائن المرتهن الثاني أو اللاحق بمدة تزيد بيوم واحد عن المدة الممنوحة للدائن المرتهن الأول أو غيره، والذي تأتي مرتبة التأمين التي يتمتع بها قبل تأمين الدائن المرتهن الثاني أو اللاحق. إن أي نقل مقرر لملكية المال، بمقتضى هذه الفقرة، وكما هو مشار إليه أعلاه، يعد نقلاً مطلقاً بسند ضد (Deed of Defeasance)، أو أي تأمين آخر يمكن أن يسري مفعوله لمنح الدائن المرتهن حق الملكية المطلقة بشرط فك الرهن، لولا هذه الفقرة⁽³⁷⁾. ويتبين من هذا النص أن حق الدائن المرتهن في تلك المرحلة كان يتمثل في حق المستأجر (Lease) الذي لا يرقى إلى مستوى حق الملكية المطلقة (Fee Simple). وهو إيجار لمدة ثلاثة آلاف سنة (3000 Years Lease)، وفقاً لهذا النص، إذا لم يتم تحديد مدة أخرى تقيد من إطلاقه. وهذا يعني بأن المدين الراهن المقترض يحتفظ بحق الملكية التامة المطلقة (Fee Simple)⁽³⁸⁾، ويبقى المقرض دائناً مرتهناً بالإجارة الطويلة (Mortgagee by Long Lease). وذلك على الرغم من ذهاب جانب من الفقه الانكليزي⁽³⁹⁾ إلى تفسير الفقرة الثانية من المادة (85) السالفة الذكر بأنها تمثل في حقيقتها نقلاً لحق الملكية المطلقة للعقار (Conveyance of the Fee Simple) بسبب طول مدة الإيجار البالغة ثلاثة آلاف سنة (Lease for 3000 Years). أما في المرحلة الثانية فقد اختلفت الطبيعة القانونية للرهن اختلافاً جذرياً عن المرحلة الأولى، فصارت الرهن تنشأ عن طريق التكليف (أو التأمين) القانوني (Legal Charge) حصراً، وليس عن طريق الرهن بالإيجار، كما كان سائداً قبل ذلك. وقد جاء هذا التغيير الجذري بمقتضى المادة (23) من تشريع التسجيل العقاري لعام 2002 التي نصت على ما يأتي: (1- تتألف سلطة المالك فيما يتعلق بالعقارات

³⁷ Section-85- 1-A mortgage of an estate in fee simple shall only be capable of being effected at law either by a demise for a term of years absolute, subject to a provision for cesser on redemption, or by a charge by deed expressed to be by way of legal mortgage: Provided that a first mortgagee shall have the same right to the possession of documents as if his security included the fee simple. 2-Any purported conveyance of an estate in fee simple by way of mortgage made after the commencement of this Act shall to the extent of the estate of the mortgagor operate as a demise of the land to the mortgagee for a term of years absolute, without impeachment for waste, but subject to cesser on redemption, in manner following, namely:—a A first or only mortgagee shall take a term of three thousand years from the date of the mortgage: b A second or subsequent mortgagee shall take a term commencing from the date of the mortgage one day longer than the term vested in the first or other mortgagee whose security ranks immediately before that of such second or subsequent mortgagee: and, in this subsection, any such purported conveyance as aforesaid includes an absolute conveyance with a deed of defeasance and any other assurance which, but for this subsection, would operate in effect to vest the fee simple in a mortgagee subject to redemption.

³⁸ Rojer J. Smith. Property Law. op. Cit. P.568.

³⁹ Rojer J. Smith. Property Law. Ibid . P.571.

المسجلة من: (أ) السلطة بإجراء تصرف من أي نوع يسمح به القانون العام بخصوص أي حق من ذلك الوصف، غير الرهن بالإيجار أو الرهن من الباطن. (ب) السلطة بفرض أي تكليف أو تأمين قانوني على العقار بدفع مبلغ من النقود. 2- تتألف سلطة المالك فيما يتعلق بأي تأمين أو تكليف مسجل من: (أ) السلطة بإجراء تصرف من أي نوع يسمح به القانون العام بخصوص أي حق من ذلك الوصف، غير الرهن القانوني من الباطن. (ب) السلطة بفرض أي تكليف أو تأمين قانوني بدفع مبلغ الدين المضمون بالتكليف أو التأمين المسجل. 3- يعني مصطلح "الرهن القانوني من الباطن" في الفقرة الثانية (أ): (أ) أي انتقال بطريق الرهن (ب) الرهن من الباطن عن طريق الإيجار من الباطن. (ج) التكليف أو التأمين بطريق الرهن القانوني⁽⁴⁰⁾. فبمقتضى هذا النص لم يعد هناك رهن بالإيجار (Mortgage by Demise) فيما يتعلق بالعقارات المسجلة (Registered Land)، وصار الرهن حقاً من حقوق التأمين أو الضمان (Security Interests). وليس مجرد حق للمستأجر يرد على الملكية المطلقة. إلا أن القاسم المشترك بين هذه المرحلة والمرحلة السابقة هو أن المدين الراهن المقترض احتفظ بحق الملكية المطلقة (Fee Simple) كمالك فعلي للعقار⁽⁴¹⁾. وتمثل المرحلة الثانية مرحلة انتقالية (Transitional Stage) تلبور فيها حق التأمين أو الضمان (Security right)، المستقل في طبيعته القانونية عن كل من حق المستأجر (Lease) وحق الملكية التامة المطلقة (Fee Simple).

إلا أنه وعلى الرغم من هذه التطورات فقد بقي للرهن بالإيجار (Mortgage by Demise) دور جوهري في تحديد طبيعة حقوق صاحب التكليف أو التأمين (Rights of Charge)، إلى حين قيام اللجنة القانونية (Law Commission) بتقديم مقترح لإعادة هيكلة القواعد المتعلقة بالرهن وطبيعته القانونية في القانون الإنكليزي، وإلغاء الرهن بالإيجار تماماً، وذلك في تقريرها الموسوم "بانتقال العقار: الرهن العقاري" (Transfer of Land: Land Mortgages) لعام 1991. وتحديد حقوق الدائن المرتهن (Mortgagee's Rights) عن طريق تشريع يجري سنه لاحقاً أو عن طريق عقد الرهن نفسه، بدلاً عن

⁴⁰ Section-23- 1-Owner's powers in relation to a registered estate consist of—a power to make a disposition of any kind permitted by the general law in relation to an interest of that description, other than a mortgage by demise or sub-demesne, and b power to charge the estate at law with the payment of money. 2-Owner's powers in relation to a registered charge consist of—a power to make a disposition of any kind permitted by the general law in relation to an interest of that description, other than a legal sub-mortgage, and b power to charge at law with the payment of money indebtedness secured by the registered charge. 3-In subsection 2a, "legal sub-mortgage" means—a a transfer by way of mortgage, b a sub-mortgage by sub-demesne, and c a charge by way of legal mortgage.

⁴¹ Rojer J. Smith. Property Law. op. Cit. P.569.

تحديدها وفقاً لفرضية عقد الإيجار الممتد لثلاثة آلاف سنة (3000-Year Lease). إلا أن ذلك المقترح لم يدخل حيز التنفيذ، وبقي حبراً على ورق⁽⁴²⁾. واستمر الوضع على ما هو عليه إلى حين صدور تشريع التسجيل العقاري لعام 2002 (Land Registration Act 2002) السالف الذكر، والذي منعت الفقرة الأولى من المادة (23) منه منعاً باتاً إنشاء الرهن بالإيجار على حقوق الملكية المسجلة (Registered Titles). أما في القانونين العراقي والإماراتي فإن الرهن التأميني هو حق عيني عقاري تبقي يترتب على العقار المرهون، ويتقرر بمقتضى عقد شكلي أو رسمي يتم بين الدائن المرتهن والمدين الراهن، ولا ينعقد إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري، ولهذا فإنه لا يوجد مستقلاً بحد ذاته، ولكن لا بد من وجود حق شخصي أو التزام صحيح يرتبط به ويتبعه وجوداً وعدمياً. وذلك لأن غاية الرهن هي توثيق دين القرض لضمان الوفاء به⁽⁴³⁾. ويعد عقد الرهن التأميني من عقود الضمان لأن غايته الاستيثاق بالدين بغرض استيفائه من ثمن المرهون إذا تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن.

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على الرهن الرسمي

تترتب على الرهن الرسمي في القانون الإنكليزي آثار قانونية معينة، وفي المقابل تترتب على الرهن التأميني في القانونين العراقي والإماراتي مجموعة أخرى من الآثار القانونية. تصنف الآثار القانونية المترتبة على الرهن الرسمي في القانون الإنكليزي إلى نوعين: الأول هو حقوق الدائن المرتهن، والثاني حقوق المدين الراهن. وسوف نبحث في هذين النوعين من الحقوق مع مقارنتهما بموقف القانونين العراقي والإماراتي كما يأتي:

المطلب الأول: حقوق الدائن المرتهن

يترتب على الرهن في القانون الإنكليزي ثلاثة أنواع من الحقوق للدائن المرتهن: الأول هو حقه في غلق الرهن، والثاني حقه في حيازة العقار المرهون، والثالث اكتسابه حقاً عينياً على العقار المرهون. وسوف نبحث في هذه الأنواع الثلاثة من الحقوق، مع مقارنتها بموقف القانونين العراقي والإماراتي كما يأتي:

42 Alison Clarke , Paul Kohler. Property law, commentary and Materials. First Edition. Cambridge University Press. 2005. P.666.

43 محمد طه البشير ود. غني حسون طه. الحقوق العينية التبعية. ج2. مصدر سابق. ص353.

الفرع الأول: حق الدائن المرتهن في غلق الرهن

يقصد بغلق الرهن (Foreclosure) إنهاء حق المدين الراهن في فك الرهن (Extinction of the Equity of Redemption) ، واسترداد المال المرهون بأمر المحكمة⁽⁴⁴⁾، واكتساب الدائن المرتهن لملكية العقار المرهون (Title to the Mortgaged Land) ، كمقابل للوفاء الكامل بالدين المضمون (Full Satisfaction of the Debt)، فيصير المالك المطلق للمال (Absolute Owner)⁽⁴⁵⁾، بعد أن تنتقل إليه ملكية المال المرهون خالصة من أي حق للمدين الراهن⁽⁴⁶⁾ (Transfer of the Mortgaged Property to the Mortgagee free of any Rights of the Mortgagor). ويعد هذا الحق من أقوى الوسائل التي يتمتع بها الدائن المضمون (Secured Creditor) ، أي الدائن المرتهن، لتحتطيم وإنهاء الحق الإنصافي للمدين (الراهن) في فك الرهن (Destroying the Equity of Redemption)⁽⁴⁷⁾ إذ يترتب على قيام الدائن المرتهن بغلق الرهن⁽⁴⁸⁾، وضع حد لحق المدين الراهن في فك الرهن (Right to Redeem)⁽⁴⁹⁾. أما الأثر الأكثر أهمية لعلق الرهن فهو انقضاء جميع حقوق المدين الراهن على العقار المرهون، بما في ذلك حقه في فك الرهن⁽⁵⁰⁾، واستعادة العقار المرهون⁽⁵¹⁾، نتيجة تخلفه (Mortgagor's Default) عن الوفاء بالدين المضمون⁽⁵²⁾. فيترتب على غلق الرهن انتقال جميع حقوق المدين الراهن إلى الدائن المرتهن⁽⁵³⁾. إلا أن أبلولة حق الملكية العقارية (Right of Ownership) بالكامل إلى الدائن المرتهن بغلق الرهن، تحرم على هذا الأخير التمتع بحق إقامة الدعوى الشخصية، للمطالبة بالتعويض عن الإخلال بالالتزامات الشخصية (Personal Covenants). والسبب في ذلك واضح، وهو أبلولة حق الملكية العقارية الكامل للدائن المرتهن، كمقابل للوفاء بالدين المضمون

44 Douglas Wood. Law and the Built Environment. First Edition. MACMILLAN PRESS LTD.London. 1999. P.137.

45 Rojer J. Smith. Introduction to land Law. Longman Pearson Education Limited. 2007. P.275.

46 Martin Dixon. Modern Land Law. seventh Edition. Routledge Taylor & Francis Group. London and New York. 2010 P.422.

47 Louise Tee. Land Law. Issues Debates, Policy.Routledge Taylor & Francis Group. London. 2014. P.173.

48 Chris Davies. op. Cit . P.117.

49 James Karp & Elliot Klayman. Real Estate Law. Fifth Edition. Dearborn Financial Publishing Inc. 2003 .P.462.

50 Michael Bridge. Personal Property Law. Fourth Edition. Oxford University Press. 2015. P.297.

51 Chris Davies. op. Cit . P.112.

52 Steven L. Emanuel. Emanuel law outlines. Property. Ninth Edition. Wolters Kluwer. New York.2017. P.479.

53 Kevin Gray & Susan Francis Gray. Land Law. Seventh Edition. Oxford University Press. 2011. P.316.

بالرهن. ومما ينبغي الإشارة إليه أيضاً أن حق الدائن المرتهن في غلق الرهن (Right to Foreclosure) لا يسري مفعوله، إلا بعد مضي المدة المخصصة للمدين الراهن في ممارسة حقه في فك الرهن، والمحددة بتاريخ تعاقد (Contractual Date). وقد جرت العادة لدى المحاكم الإنكليزية على منح المدين الراهن (Mortgagor) مدة ستة أشهر للوفاء بالدين المضمون⁽⁵⁴⁾، فإذا انتهت هذه المدة من دون أن يجري الوفاء بالدين⁽⁵⁵⁾، فإن غلق الرهن سوف يسري مفعوله لمصلحة الدائن المرتهن⁽⁵⁶⁾ بعد أن يطلب الأخير من المحكمة إنهاء الحق الإنصافي في فك الرهن (Equitable Right to Redeem)⁽⁵⁷⁾، لكي يتلافى تعرضه للخسارة⁽⁵⁸⁾. إلا أنه وعلى الرغم من هذه الإيجابيات، فإن غلق الرهن ليس بشائع الاستعمال في ظل القانون الإنكليزي، بسبب البطء في سير الإجراءات الخاصة به، فضلاً عن كونه باهظ الكلفة. أضف إلى ذلك سلبية أخرى قد تشوب تطبيقه وإفادة الدائن المرتهن منه، وهي إمكانية تدخل قواعد العدالة والإنصاف (Equity) لإعادة سريان حق المدين الراهن في فك الرهن (Right to Redeem) مجدداً⁽⁵⁹⁾. كما يحق للمدين الراهن (Mortgagor) في أي وقت أن يطلب من المحكمة إبطال غلق الرهن، على الرغم من أنه إنهاء لحق فك الرهن الإنصافي (Termination of the Equitable Right to Redeem) ويعرف ذلك بإحياء الحق الإنصافي في فك الرهن (Revival of Equity of Redemption)⁽⁶⁰⁾، الذي يضمن استعادة المدين الراهن لحقه⁽⁶¹⁾. وهو ما قرره المحكمة في حكمها الصادر في قضية (Campbell v Holyland 1877.7 Ch D 166)؛ فقد جاء في الحكم بأنه وعلى الرغم من أن غلق الرهن صار باتاً، إلا أنه يمكن للمحكمة ممارسة سلطتها التقديرية في إبطاله، وذلك لغرض مساءلة الدائن المرتهن عن المنافع غير المشروعة (Undue Profits) التي آلت إليه. وإذا ما تقرر إبطال غلق الرهن فإنه يسري بأثر رجعي، فيمكن للمحكمة أن تأمر المشتري من الدائن المرتهن أن يقوم بإعادة العقار إلى المدين الراهن. أما في الوقت

54 Peter Sparkes. A New Land Law. Second Edition. Hart Publishing. Portland, Oregon. 2003. P.656.

55 Diane Chappelle. Land Law. Eighth Edition. Pearson Education Limited, Longman. 2008. P.351.

56 Rojer J. Smith. Property Law. op. Cit. P.592.

57 Rojer J. Smith. Property Law: Cases and Materials. Fifth Edition. Pearson Education Limited. Essex England. 2012. P.765.

58 Lynn T. Slossberg. The Essentials of Real Estate Law. Third Edition. CENGAGE Learning. 2015. P.597.

59 Chris Davies. op. Cit . P.112.

60 E. H Burn and J. Cartwright. Cheshire and Burn's Modern law of Real Property. Eighteenth Edition. Oxford University Press. 2011 .P.864.

61 Elizabeth Cooke. Modern Studies in Property Law. Volume 4. HART Publishing. 2007. P.83.

الحاضر فإن الحماية القانونية التي يتمتع بها المشتري من الدائن المرتهن (Purchaser from the Mortgagee)، إذا ما سجل حق ملكيته (Registered Title) تكون أكبر من الحماية التي يتمتع بها المدين الراهن⁽⁶²⁾.

وإذا ما تقرر العمل بغلق الرهن فإنه يكون أمام الدائن المرتهن طريقان: الأول هو تملك العقار المرهون، إذا كانت قيمته تساوي قيمة الدين المضمون. والثاني هو بيع العقار المرهون، إذا كانت قيمته أكثر من قيمة الدين المضمون، فيحصل الدائن المرتهن على قيمة الدين والفوائد والنفقات، ويرجع ما تبقى من ثمن المبيع للمدين الراهن. وغالباً ما يفرض غلق الرهن على المدين الراهن جزءاً لإهماله أو تقصيره (Default) في تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد الرهن⁽⁶³⁾، أو تعمدته عدم الوفاء بها، مثل عدم القيام بإصلاح العقار المرهون أو صيانته أو المحافظة عليه في حالة جيدة أو التأمين عليه، أو تعمدته بيع العقار المرهون من دون إذن أو موافقة من الدائن المرتهن. فالإهمال أو التقصير أو التعمد في عدم الوفاء بهذه الالتزامات الجوهرية الناشئة عن عقد الرهن (Breach of any Mortgage Covenant)، والمترتبة على عاتق المدين الراهن، يعطي الحق للدائن المرتهن في طلب غلق الرهن كجزاء ومعالجة لذلك الإخلال⁽⁶⁴⁾.

أما في القانونين العراقي والإماراتي فيلتزم الدائن المرتهن بعدم اشتراط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء، وبالامتناع عن بيعه دون إتباع الإجراءات القانونية⁽⁶⁵⁾. فقد فرض هذان القانونان على الدائن المرتهن الالتزام بعدم الاتفاق على غلق الرهن، وقضياً ببطلان شرط الاتفاق على غلق الرهن إذا ورد في عقد الرهن، وذلك تأثراً منهما بالفقه الإسلامي. واستناداً على حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا يُغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له عُنه وعليه عُرمه). فقد نصت المادة (1301) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 على أنه (لا يغلق الرهن، فيقع باطلاً كل اتفاق يجعل للمرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون رهناً تأميناً بالدين، أو أي ثمن كان، أو في أن يبيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون حتى لو كان هذا الاتفاق قد أبرم

⁶² Rojer J. Smith. Property Law. op. Cit. P.592.

⁶³ Barlow Burke, Joseph Snoe. Property, Examples and Explanations. Fifth Edition. Wolters Kluwer, New York. 2016. P.393.

⁶⁴ Daniel F. Hinkel. Practical Real Estate Law. Fifth Edition . West Legal Studies. New York. 2008. P.288.

⁶⁵ د. منصور حاتم محسن وزينب حسين يوسف. النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء دراسة مقارنة. بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية. مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل. السنة التاسعة. العدد الثاني. 2017. ص.109.

بعد الرهن). ونصت المادة (1420) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي الاتحادي رقم (5) لسنة 1985 على أنه (1- إذا اشترط في عقد الرهن التأميني تمليك العين المرهونة للمرتهن في مقابل دينه إن لم يؤده الراهن في الأجل المعين، وإذا اشترط بيعها دون مراعاة الإجراءات القانونية فالرهن صحيح والشرط باطل. 2- يبطل الشرط كذلك ولو تم باتفاق لاحق).

ويتبين من هذين النصين أن القانونين العراقي والإماراتي حظرا على الدائن المرتهن الاتفاق مع المدين الراهن على إدراج شرط تملك المرتهن المال المرهون عند عدم وفاء الراهن بالدين المضمون بالرهن التأميني، كما حظرا عليه الاتفاق مع المدين الراهن على بيع العقار المرهون دون المرور بالإجراءات القانونية⁽⁶⁶⁾، أو ما يعرف بشرط الطريق الممهد⁽⁶⁷⁾ وذلك بسبب فرض القانون لمجموعة من الإجراءات لا بد من إتباعها، كطريق لاستيفاء الدائن المرتهن لحقه، ومن دون الإضرار بالمدين الراهن⁽⁶⁸⁾.

وقد تأثر القانونان العراقي والإماراتي في موقفهما هذا من غلق الرهن بالفقه الإسلامي الجليل، وكان دليلهما في ذلك حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا يُغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غُمره وعليه غُمره) إذ جعل الغنم والغرم للراهن، فإن هلك المال المرهون إنما يهلك من رب الرهن أي الراهن، فيكون له غنمه وعليه غرمه. فالرهن يكون لصاحبه أي الراهن، الذي لا يزول ملكه بهذا الشرط⁽⁶⁹⁾. وفي رواية أخرى أضاف عليه الصلاة والسلام الرهن إلى الراهن بلام التملك؛ إذ قال (لا يُغلق الرهن هو لصاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غُمره). ولأنه سماه صاحباً له على الإطلاق، فسيتوجب أن يكون هو المالك للرهن مطلقاً، رقبَةً وانتفاعاً وحبساً. والرهن توثيق للدين، وتملكه بالإغلاق على سبيل الدوام يخالف معنى الوثيقة، فإذا هلك سقط الدين، فيكون توهيناً للدين لا توثيقاً له⁽⁷⁰⁾. إلا أننا نرى بإمكانية الأخذ بغلق الرهن على نطاق ضيق جداً، في القانونين العراقي والإماراتي، وفي حالات استثنائية، تكون الغاية فيها فرضه كجزاء على المدين الراهن بسبب امتناع المدين الراهن عن الوفاء بالدين المضمون، فضلاً عن إهماله وتقصيره في المحافظة على عقاره، أو تعمده عدم إصلاحه وصيانته والمحافظة عليه في حالة جيدة، أو التأمين عليه، مما يترتب عليه عدم قدرته على استثمار الثروة العقارية، أو تعمده عدم استثمار

66 د.وهبة الزحيلي. العقود المسماة. مصدر سابق. ص352.

67 محمد طه البشير ود. غني حسون طه. الحقوق العينية التبعية. ج2. مصدر سابق ص431.

68 د.منصور حاتم محسن الفتلاوي وزينب حسين يوسف الغرابي. الاتفاقات المعدلة لآثار الرهن دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي. دار الأيام للنشر والتوزيع. عمان الأردن. 2018. ص122.

69 شمس الدين السرخسي. المبسوط. الجزء الحادي والعشرون. دار المعرفة بيروت. 1989. ص66.

70 علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. الجزء الثامن. الطبعة الثانية. دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. 2003. ص176.

هذه الثروة الحيوية التي تعد عماد الثروة الوطنية، فضلاً عن تعمد الامتناع عن تنفيذ التزاماته الأخرى الناشئة عن عقد الرهن، وذلك مع الامتثال لأحكام الفقه الإسلامي الجليل وقواعد القانونين العراقي والإماراتي التي منعت، وكأصل عام، غلق الرهن وعدته باطلاً.

الفرع الثاني: حق الدائن المرتهن في حيازة العقار المرهون

يمكن للدائن المرتهن أن يمارس حقه أيضاً في حيازة العقار المرهون (The Right to Take Possession) بدلاً عن المدين الراهن في أي وقت، إذ تمكنه المطالبة بحيازة العقار المرهون فوراً بعد انعقاد الرهن⁽⁷¹⁾. وكما عبر عن ذلك القاضي (Harman) في حكم المحكمة الصادر في قضية (Four-Maids Ltd v Dudley Marshall (Properties) Ltd 1957.Ch.317) بقوله "إنه يمكن للدائن المرتهن، بمقتضى قانون الأحكام العام (Common Law) ممارسة الحيازة على العقار المرهون بدلاً من المدين الراهن فوراً ومباشرة، حتى قبل أن يجف حبر كتابة عقد الرهن (Before the Ink is Dry on the Mortgage Contract)⁽⁷²⁾، ما لم يوجد نص صريح في العقد أو إشارة ضمنية تقضي بخلاف ذلك⁽⁷³⁾. كما لا تتوقف حيازة الدائن المرتهن للعقار المرهون على أي تفسير من جانب المدين الراهن (Default by the Mortgagor) في الوفاء بالتزاماته. وجاء في حكم المحكمة الصادر في قضية (Regent Oil Co Ltd v JA Gregory (Hatch End) Ltd: CA 1966.Ch 402) أن المحكمة إذ تأخذ بعين الاعتبار ممارسة المدين الراهن لصفة المستأجر تجاه الدائن المرتهن، فإن عقد الإيجار يمنح الدائن المرتهن الحق في حيازة العقار المرهون⁽⁷⁴⁾. وقد استمر القضاء الإنكليزي في إقراره بحق الدائن المرتهن في حيازة العقار المرهون في أحكامه الحديثة نسبياً، ومنها حكمه الصادر في قضية (Bristol and West plc v Bartlett 2002. 4 All ER 544) المشار إليها سابقاً، والذي جاء فيه أن من حق الدائن المرتهن حيازة العقار المرهون واستيفاء حقه من قيمة التأمين العيني (Security) بعد

71 Rojer J. Smith. Property Law. op. Cit. P.593.

72 Richard Card. John Murdoch, Sandi Murdoch. Real Estate Management Law. Seventh Edition. Oxford University Press.2011. P.542. see also Alastair Hudson. Equity and Trusts. Sixth Edition. Routledge. Cavendish. Taylor & Francis Group. London and New York. 2010. P.623.

73 لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني: <https://swarb.co.uk/four-maids-ltd-v-dudley-marshall-properties-ltd-1957/>

74 لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني: <https://swarb.co.uk/regent-oil-co-ltd-v-ja-gregory-hatch-end-ltd-ca-1966/>

بيع العقار المرهون⁽⁷⁵⁾. وغالباً ما يحوز الدائن المرتهن العقار المرهون تمهيداً لممارسة سلطة البيع التي يتمتع بها، بمجرد حلول ميعاد استحقاق دين الرهن، وتأخر المدين الراهن عن الوفاء، إلا أنه يشترط - أولاً- على الدائن المرتهن أن يقوم بإخطار المدين بالوفاء قبل ممارسة سلطة البيع التي يتمتع بها، وذلك وفقاً للفقرة الأولى من المادة (101) من تشريع قانون الملكية الإنكليزي لعام 1925 (Law of Property Act 1925)، التي نصت على أنه (لا يمكن للدائن المرتهن ممارسة سلطة البيع التي منحه إياها هذا التشريع، ما لم يتم بتوجيه إخطار يطلب فيه من المدين الراهن أو أحد المدينين أو أكثر الوفاء بدين الرهن، وتخلف المدين عن الوفاء بالمبلغ أو بجزء منه، لمدة ثلاثة أشهر بعد الإخطار)⁽⁷⁶⁾. وقد تبنى القضاء الإنكليزي في حكم حديث له مبدأ تمتع الدائن المرتهن بسلطة بيع العقار المرهون بمجرد حلول ميعاد استحقاق دين الرهن، وتقاعس المدين الراهن عن الوفاء. وذلك في حكم المحكمة الصادر في قضية (West Bromwich Building Soc v Wilkinson & Anor 2005. UKHL 44) التي تتلخص وقائعها⁽⁷⁷⁾ في شراء المدعى عليه السيد (Wilkinson) لعقار، بعد حصوله على قرض مضمون برهن على منزله، وبمبلغ (895,35) جنيه من شركة البناء (West Bromwich Building Society) عام 1988. وبشرط أن يتم الوفاء بدين القرض بأقساط شهرية (Monthly Instalments) وبعد أن دفع المدعى عليه القسطين الأولين تقاعس عن الوفاء، فحصلت الشركة الدائنة على أمر بحيازة (Order for Possession) المنزل، وتفاوضت على بيعه، وباعته فعلاً بمبلغ (34000) ألف جنيه. ثم أقامت دعوى على المدعى عليه بالمبلغ المتبقي لها في ذمته مع الفوائد والبالغ (921,23) جنيه عام 2004، فدفع المدعى عليه بأن الفقرة الأولى من المادة (20) من تشريع التقادم الإنكليزي لعام 1980 (Limitation Act 1980) تمنع من سماع دعوى الشركة المدعية، وقد نصت على أنه (لا تسمع بعد مضي مدة اثنتي عشرة سنة من تاريخ استحقاق استلام المبالغ المستحقة أية دعوى: أ- للحصول على المبالغ النقدية المضمونة برهن أو تكليف على المال (سواء أكان عقاراً أم منقولاً) أو ب- لاسترداد عوائد

75 لمزيد من التفاصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://www.casemine.com/judgement/uk/5b46f1ec2c94e0775e7ee213>

76 Section-103/1- A mortgagee shall not exercise the power of sale conferred by this Act unless and until— i Notice requiring payment of the mortgage money has been served on the mortgagor or one of two or more mortgagors, and default has been made in payment of the mortgage money, or of part thereof, for three months after such service.

77 لمزيد من التفاصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني: <https://www.maitlandchambers.com/information/recent-cases/west-bromwich-building-society-v-wilkinson-anor-2005>

بيع العقار⁽⁷⁸⁾. فدفعت الشركة بالمقابل بأن الفقرة الأولى من المادة (20) لا يمكن تطبيقها، لأن المبلغ المذكور لم يعد مضموناً بالرهن وقت رفع الدعوى، فمزل المدعى عليه جرى بيعه منذ مدة طويلة. إلا أن المحكمة قضت بتطبيق تلك الفقرة في هذه القضية، وذكرت في حكمها بأن هذه الفقرة ينبغي أن تطبق حتى بعد انقضاء التأمين (Security) عن مبلغ الدين المضمون. وجاء في حكمها أيضاً أن الدائن المرتهن يتمتع بسلطة بيع العقار المرهون بمجرد حلول ميعاد استحقاق دين الرهن، وتأخر المدين الراهن عن الوفاء.

وموقف القانون الإنكليزي من هذه المسألة يختلف عن موقف القانونين العراقي والإماراتي، اللذين لا يفقد المدين الراهن، بمقتضى أحكامهما، حيابة العقار المرهون⁽⁷⁹⁾ فله الحق في إدارة عقاره المرهون رهنا تأمينياً وقبض غلته، وفقاً للفقرة الثانية من المادة (1295) من القانون المدني العراقي التي نصت على أن الراهن (له الحق في إدارة العقار المرهون، وفي قبض غلته إلى وقت التحاقها بالعقار وفقاً لقواعد الاجراء). والمادة (1413) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي نصت على أن (للراهن حق إدارة عقاره المرهون والحصول على غلته حتى تاريخ نزع ملكيته جبراً عند عدم وفاء الدين).

الفرع الثالث: اكتساب الدائن المرتهن حقاً عينياً على العقار المرهون

ينطوي الرهن الرسمي، كما أشرنا سابقاً، على تأمين أو ضمان يعطي للدائن المرتهن المصلحة في العقار المرهون (Interest in the Land). وتتجسد هذه المصلحة في الحق العيني (Proprietary Interest) الذي يكتسبه الدائن المرتهن على العقار المرهون⁽⁸⁰⁾، والذي يسمح له بالمطالبة بغلق الرهن واكتساب ملكية العقار المرهون، في حالة عدم وفاء المدين الراهن بالدين المضمون، كما يعطيه الحق في المطالبة ببيع العقار واستيفاء حقه من ثمنه، وكذلك المطالبة بتأجيل بيع العقار في حالة توقع حصول زيادة كبيرة في أسعار العقارات. وهو ما طالب به الدائن المرتهن فعلاً في قضية (Palk v Mortgage Services Funding Plc 1993.Ch 330)، إلا أن المحكمة لم تستجب لطلبه، وقضت ببيع العقار

78 Section-20/1- No action shall be brought to recover— a any principal sum of money secured by a mortgage or other charge on property whether real or personal; or b proceeds of the sale of land; after the expiration of twelve years from the date on which the right to receive the money accrued.

79 محمد طه البشير ود. غني حسون طه. الحقوق العينية التبعية. ج2. مصدر سابق ص381.

80 John Duddington. ibid . P.170.

المرهون للوفاء بالدين للدائن المرتهن. وتتلخص وقائع هذه القضية⁽⁸¹⁾ باقتراض الزوجين المدعيين لمبلغ قدره ثلاثمائة ألف جنيه، والمضمون برهن على منزلهما الذي يملكه على سبيل الشيوخ، ثم تعرضت شركة الزوجين للإفلاس، فقرر الزوجان بيع المنزل، ودخلا في مفاوضات مع المشتري لبيعه بمبلغ قدره (283000) ألف جنيه، مع تخصيص مبلغ قدره (358587) لفك الرهن. إلا أن الدائن المرتهن رفض الموافقة على بيع العقار، بعد أن استحصل أمراً من المحكمة بحيازة العقار، لأنه كان يرغب في الإبقاء على المنزل لمدة من الزمن على أمل حدوث ارتفاع كبير في أسعار سوق العقارات، ولا سيما العقارات السكنية. فأقام الزوجان المدعيان دعوى، وطلبوا من المحكمة إصدار أمر يسمح لهم ببيع العقار، إلا أن المحكمة رفضت الطلب. فاستأنفا الحكم الابتدائي أمام محكمة الاستئناف، وكان التساؤل المطروح أمام محكمة الاستئناف هو ما إذا كانت السلطة التقديرية (Discretion) التي تتمتع بها المحكمة بمقتضى الفقرة الثانية من المادة (91) من بتشريع قانون الملكية لعام 1925 (The law of property Act 1925) تسمح لها بإصدار أمر ببيع العقار، إذا لم يكن من المتوقع أن يؤدي فك الرهن (Redemption) إلى الوفاء بكامل قيمة الدين المضمون. فقضت محكمة الاستئناف لمصلحة الزوجين المستأنفين، وجاء في حكمها أن بإمكان المحكمة ممارسة سلطتها التقديرية لبيع العقار المرهون، وأن ممارسة هذه السلطة بمقتضى الفقرة الثانية من المادة (91) من تشريع قانون الملكية لعام 1925 لا تتوقف على أي شرط مسبق، وأن عدم إخلال الدائن المرتهن بأي التزام من التزاماته المدين بها تجاه المدين الراهن، يعد أحد الظروف الملائمة التي ينبغي على المحكمة أخذها بنظر الاعتبار. وذكرت في حكمها أيضاً أن من العادل والمنصف والمعقول إصدار الأمر ببيع العقار المرهون، لأن السير في خلاف ذلك يؤدي إلى الظلم وعدم العدالة.

أما بالنسبة إلى حقوق الدائن في القانونين العراقي والإماراتي، فإنه يكتسب حقاً عينياً على العقار المرهون فيكون دائناً مرتبناً، فضلاً عن حقه في الضمان العام على كل أموال المدين كدائن عادي. وله أن يستوفي حقه من العقار المرهون رهناً تأمينياً بعد بيعه وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً⁽⁸²⁾، فإذا لم يف العقار المرهون بحقه، فله أن يستوفي ما بقي من الدين كدائن عادي ويستفيد من حقه في الضمان العام المقرر على جميع أموال المدين⁽⁸³⁾. فقد نصت المادة (1299) من القانون المدني العراقي على أن

81 لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني: <https://www.lawteacher.net/cases/palk-v-mortgage-services.php>

82 محمد طه البشير ود. غني حسون طه. الحقوق العينية التبعية. ج2. مصدر سابق ص427.

83 د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. ج10. ص328.

للمرتهن أن يستوفي حقه في العقار المرهون رهناً تأمينياً وفقاً للإجراءات المقررة لذلك، وإذا لم يف العقار بحقه، فله أن يستوفي ما بقي له كدائن عادي من سائر أموال المدين). ونصت المادة (1419) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أن (1- للمرتهن أن يستوفي دينه من العقار المرهون عند حلول أجل الدين طبقاً لمرتبه، وبعد اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات أمام المحاكم المدنية والقوانين الخاصة. 2- فإذا لم يف العقار بدينه كان له الرجوع بباقي دينه على أموال المدين كدائن عادي).

المطلب الثاني: حقوق المدين الراهن

يترتب على الرهن في القانون الإنكليزي نوعان من الحقوق للمدين الراهن: الأول هو حقه في فك الرهن واسترداد المال المرهون، والثاني حقه في حياة العقار المرهون. وسوف نبحث في هذين النوعين من الحقوق، مع مقارنتهما بموقف القانونين العراقي والإماراتي كما يأتي:

الفرع الأول: حق المدين الراهن في فك الرهن

يتمتع المدين الراهن بحقه في فك الرهن (Right to Redeem) الذي تقر له بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف (Equity)⁽⁸⁴⁾. ويقصد بفك الرهن قيام المدين (الراهن) بدفع مبلغ دين القرض وإنهاء الرهن على العقار المرهون⁽⁸⁵⁾. وبعبارة أخرى قيامه بالوفاء بالدين المضمون بالرهون (Repayment of the Mortgage debt)، وذلك بعد انقضاء الحق التعاقدية (Contractual Right). ويرى جانب من الفقه الإنكليزي⁽⁸⁶⁾ أنه يكون من الأدق القول بقيام المدين (الراهن) بالوفاء بالدين (Discharging) من القول بفك الرهن (Redeeming)، لأن المدين الراهن يبقى في ظل القانون الإنكليزي المعاصر محتفظاً بحق الملكية التامة المطلقة (Fee Simple). ويبقى هذا الحق الإنصافي (Equitable Right) قائماً ولا ينقضي إلا في حالة غلق الرهن.

والسؤال المطروح هو هل يمكن إرجاء أو تأجيل سريان حق فك الرهن التعاقدية (Contractual Right to Redeem)؟ علماً أن الحق الإنصافي (Equitable Right) يبدأ بالسريان بعد انقضاء الحق التعاقدية؟ يرفض القانون الإنكليزي ممارسة الحق في فك الرهن ضمن مدد طويلة، كأن تكون ألف سنة (1000 Years) على سبيل المثال، لأنها تتنافى مع مضمون أو جوهر فك الرهن. وقد أجاب القضاء

84 Martin Dixon. Principles of Land Law. Fourth Edition. Cavendish Publishing Limited. London. 2002. P.358.

85 Rojer J. Smith. Property Law. op. Cit. P.582.

86 Rojer J. Smith. Property Law. ibid. P.582.

الانكليزي عن هذا التساؤل برفض المدد الطويلة جداً للوفاء بالدين المضمون وفك الرهن عن العقار المرهون، إلا أنه كان أكثر تسامحاً مع المدد الأقصر نسبياً، كأن تكون أربعين سنة مثلاً. وقد تبين هذا الاتجاه بوضوح في حكم المحكمة الصادر في قضية (Knightsbridge Estates Trust Ltd v Byrne 1939.Ch 441) التي تتلخص وقائعها⁽⁸⁷⁾ بقيام الشركة المدعية بتقديم رهن لشركة التأمين المدعى عليها (Insurance Company). ونص سند الرهن (Mortgage Deed) على قيام المدين الراهن بالوفاء بالدين المضمون بالرهن عن طريق ثمانية أقساط، وضمن فترة زمنية تبلغ أربعين سنة. إلا أن المدعي المدين الراهن أقام الدعوى طالباً من المحكمة إصدار أمر يقضي بالسماح له بفك الرهن قبل هذا التاريخ. والوفاء بأقساط الدين المضمون بالرهن في وقت مبكر، على الرغم من وجود شرط الوفاء بأقساط الرهن (Repayment Provisions) المدرج في عقد الرهن، فضلاً عن الفوائد والنفقات الأخرى⁽⁸⁸⁾. وكانت غاية الطرفين من الاتفاق على إطالة أو تأجيل مدة ممارسة حق فك الرهن لمدة أربعين سنة وكانت غاية الطرفين من الاتفاق على إطالة أو تأجيل مدة ممارسة حق فك الرهن لمدة أربعين سنة (Postponement for the Redemption for Forty Years) هي لفرض سعر فائدة منخفض (Low Interest Rate) على أقساط الرهن، مقارنة بالفروض القصيرة الأمد (Short-Term Loans) التي تفرض عليها عادة أسعار فائدة مرتفعة (High Interest rates)⁽⁸⁹⁾. فقضت المحكمة الابتدائية (First Instance Court) لمصلحة الشركة المدعية، وجاء في حكمها أن تأجيل المدة المحددة للفك إلى أربعين سنة يعد قيئاً مانعاً في وجه ممارسة الحق الإنصافي في فك الرهن (Clog on the Equity of Redemption). فاستأنفت الشركة المدعية (الدائن المرتهن) الحكم الابتدائي، وتمسكت بحجة مؤداها أن الغاية من وجود مبدأ القيد المانع من ممارسة الحق الإنصافي في فك الرهن (Clog on the Equity of Redemption)، هو لمواجهة مالك العقار المعسر (Impecunious Landowner) أو المقرض عديم الضمير (Unscrupulous Lender)، وهو ما لا ينطبق على وقائع هذه القضية، إذ لا تسمح قواعد العدالة والإنصاف للدائن المرتهن أن يضنَّ عقد الرهن شرطاً يسلب المدين الراهن حقه في فك الرهن، والوفاء بأقساط الدين المضمون. فنقضت محكمة الاستئناف حكم المحكمة الابتدائية، وقضت لمصلحة الدائن المرتهن (الشركة المدعية)، وجاء في حكمها أن المدة المحددة في عقد الرهن بأربعين

87 لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني: <https://www.lawteacher.net/cases/knightsbridge-estates-v-byrne.php>

88 Ben McFarlane, Nicholas Hopkins, and Sarah Nield. Land Law Text cases and Materials. Oxford University Press. Second Edition. 2012. P.1116.

89 Rojer J. Smith. Property Law. op. Cit. P.582.

سنة للوفاء بأقساط الدين المضمون وفك الرهن تعد مدة معقولة (Reasonable Period)، وأن الصفقة التي توصل إليها الطرفان في هذه القضية هي صفقة تجارية (Business Transaction)، ولم تكن صفقة ظالمة (Oppressive Bargain) وقع فيها المقترض تحت رحمة المقرض عديم الضمير. وجاء في حكمها أيضاً أن مهمة قواعد العدالة والإنصاف هي الرقابة على تقييد أطراف عقد الرهن بالمتطلبات الأساسية (Essential Requirements) لهذا العقد، ومنع إدراج البنود الظالمة والمنافية للضمير (Oppressive or Unconscionable Terms). وجاء في حكم محكمة الاستئناف أيضاً أن مدة الوفاء بأقساط الرهن البالغة أربعين سنة (Repayment Period of Forty Years)، لم تكن مدة غير معقولة في ظل الظروف الملازمة لهذه القضية. كما رفضت محكمة الاستئناف عد الشروط المدرجة في سند الرهن (Provisions in the Mortgage Deed) عموماً، بما فيها شرط الوفاء بالأقساط وفك الرهن ضمن مدة أربعين سنة شروطاً غير معقولة، لأن الطرفين لم يتوصلا إلى الاتفاق عليها إلا بمساعدة مستشارين قانونيين أكفاء. ويتبين من هذا الحكم أن مدد تأجيل فك الرهن التي يتفق عليها الطرفان بمحض إرادتهما، وتخضع لمبدأ الحرية التعاقدية (Freely-Bargained Postponement) تعد عادلة وصحيحة وملزمة قانوناً⁽⁹⁰⁾.

وجدير بالذكر هنا أن هناك قاعدة من قواعد الرهن (Mortgage Rule) القديمة والراسخة في القانون الإنكليزي تشجع الدائن المرتهن على طلب تأجيل مدة ممارسة حق فك الرهن. وتقضي هذه القاعدة بعدم إمكانية إرغام المدين الراهن (Mortgagor) بتنفيذ التزاماته بعد فك الرهن⁽⁹¹⁾. وقد أخذت المحكمة بهذه القاعدة وأبطلت الشرط الذي تضمن استمرار قيام المدين الراهن بتنفيذ الالتزام الذي فرضه عليه الدائن المرتهن حتى بعد فك الرهن، وذلك في حكمها الصادر في قضية (Noakes and Co Ltd v Rice: (Mortgage of a Leasehold) على حانة (Public House)). وقد تضمن العقد التزاماً (Covenant) فرض على المدين الراهن لمصلحة الدائن المرتهن مالك مصنع المشروبات. وقد تمثل جوهر الالتزام بتعهد المدين الراهن (Mortgagor) مستأجر الحانة وخلفه من بعده، بعدم بيع أي مشروب يقدم في الحانة، باستثناء المشروبات التي يتم توريدها له، وعلى وجه الحصر، من مصنع الدائن المرتهن (Mortgagee)، خلال

90 Rojer J. Smith. Property Law. op. Cit. P.582.

91 Rojer J. Smith. Property Law. ibid. P.583.

92 لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني: <https://swarb.co.uk/noakes-and-co-ltd-v-rice-hl-17-dec-1901/>

مدة سريان حق المستأجر (Leasehold Term)، وسواء أكان قد تم الوفاء بأقساط الرهن أم لا، أي حتى بعد فك الرهن. فقضت المحكمة في حكمها بعدم نفاذ هذا الالتزام بعد فك الرهن، وذكر القاضي اللورد (MacNaghten) في حكم المحكمة أن فك الرهن (Redemption) هو النتيجة الطبيعية والمنطقية للرهن نفسه، فهو يتفق مع طبيعة وجوهر الرهن. وعلى هذا الأساس فقد تبنته قواعد العدالة والإنصاف. وقال هذا القاضي إن "قواعد العدالة والإنصاف لم ولن تسمح باللجوء إلى أية وسيلة مهما كانت، سواء أكانت فورية أم مبيتة ومعد لها مسبقاً، لعرقلة أو منع ممارسة الحق في فك الرهن". كما جاء في حكم المحكمة أنه يترتب على فك الرهن والوفاء بالمبلغ المضمون بالرهن (Money Secured by a Mortgage)، عودة الحق كاملاً لمالك العقار في التصرف به واستعماله والانتفاع به بكل الأوجه، ومن دون أي قيد أو شرط، كما لو كان العقار غير منقول بأي رهن (Mortgage) أو تكليف (Charge) أو تأمين عيني (security) (93). كما ذكر القاضي اللورد (Lindley) أن الالتزام المدرج في عقد الرهن (Covenant Contained in this Mortgage)، الذي تمسك الدائن المرتهن بتنفيذه في مواجهة المدين الزاهن (أي إلزام الأخير بتنفيذه)، هو التزام باطل غير صحيح، لأن نية الدائن المرتهن كانت قد اتجهت من وراء التمسك به، إلى فرض قيود تجارية صارمة على الحانة.

وقد اتبع القضاء الإنكليزي نفس القاعدة في حكم حديث نسبياً، وذلك في حكم محكمة الاستئناف الصادر في قضية (Jones v Morgan 2002. 1 EGLR 125)، فقد جاء في حكمها (94) أنه على الرغم من إمكانية طلب الدائن المرتهن تأجيل مدة ممارسة حق فك الرهن، إلا أنه لا يسمح له باللجوء إلى جميع أشكال المعوقات أو العقوبات التي تتاح له، مهما كانت، بوصفها مانعاً من موانع ممارسة الحق الإنصافي في فك الرهن (The Equity of Redemption)، لمنع أو عرقلة قيام المدين الزاهن بممارسة حقه في فك الرهن واستعادة المال المرهون، باستثناء قيود أو موانع معينة. كما قررت المحكمة في حكمها أيضاً استمرار سريان المبدأ الذي يحظر على الدائن المرتهن المتمتع بالرهن أو التكليف العيني إبرام أي عقد ثانوي أو تباعي (Collateral Contract) يشترط فيه شراء المال المرهون (Mortgaged Property) أو أي حق على ذلك المال وبطلان الخيار.

93 يرى جانب من الفقه الإنكليزي بأن مصطلحات الرهن والتكليف والتأمين العيني هي مصطلحات مترادفة، وأن الرهن التأميني يعد من أبرز أنواع التكليف العينية، لمزيد من التفصيل ينظر Martin Dixon. Principles of Land Law. op. Cit . P.16.

94 لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقعين الإلكترونيين: <https://swarb.co.uk/jones-v-morgan-ca-28-jun-2001/> و <https://www.ucc.ie/academic/law/restitution/archive/englcases/jones.htm>

إن مضمون أو فحوى الحق الإنصافي في فك الرهن (Equity of Redemption) تعني عدم إمكانية وجود أي رهن غير قابل للفك أو التحرير (Irredeemable Mortgage). وقد تبلورت هذه القاعدة عن السابقة القضائية التي تمخض عنها الحكم الصادر في قضية (Fairclough v Swan Brewery Co Ltd 1912.AC 565) التي تتلخص وقائعها⁽⁹⁵⁾ في شراء المستأنف (Appellant) لفندق من البائع الذي كان قد قام بتأجيره بعقد إيجار ينقضي عام 1925، ثم جرى رهن العقار للمستأنف ضده المقرض (Respondent Lender) شركة المشروبات. وقد تضمن سند الرهن (Mortgage Deed) التزاماً (Covenant) على المستأنف بشراء منتجات المستأنف ضده من المشروبات على وجه القصر. وكان المستأنف ضده الدائن المرتهن قد رفض السماح للمستأنف المدين الراهن بالوفاء بأقساط الرهن عام 1910، فأقام المدين الراهن الدعوى طالباً بإصدار أمر بالسماح له بالوفاء بأقساط الرهن، إلا أنه خسر الدعوى. فاستأنف الحكم أمام المجلس الخاص (Privy Council). وكان السؤال المطروح أمام المجلس الخاص هو: هل يعد سند الرهن، الذي حظر على المدين الراهن المستأنف ممارسة حقه في فك الرهن (Redemption of the Mortgage) على نحو مبكر، كما حظر عليه شراء المنتجات من أي شخص آخر غير الدائن المرتهن أثناء سريان الرهن، باطلاً، لكونه يمثل قيداً مانعاً من ممارسة الحق الإنصافي في فك الرهن (Clog on the Equity of Redemption)، كما يعد قيداً غير معقول على ممارسة التجارة (Unreasonable Restraint on Trade). وقد قضى المجلس الخاص في حكمه بأن الرهن لا يمكن أن يكون غير قابل للفك أو التحرير (Irredeemable Mortgage)، وجاء في حكمه أن قواعد العدالة والإنصاف لا تسمح بوجود أو إدراج أي بند في عقد الرهن (Term in a Mortgage)، يمنع المدين الراهن أو يحظر عليه فك الرهن. وقد أقر محامي المستأنف ضده نيابة عنه بعدم إمكانية وجود أي رهن غير قابل للفك أو التحرير (Irredeemable Mortgage). وقرر المجلس في حكمه أن من حق المستأنف المدين الراهن فك الرهن عن العقار المرهون (Mortgaged Property)، كما قضى ببطالان الشروط المدرجة في سند الرهن (Provisions in the Mortgage Deed)، التي حالت دون قيام المستأنف المدين الراهن بفك الرهن وتحرير العقار المرهون أو تخليصه من الرهن، لأنها تعد قيداً غير معقول منع المدين الراهن من ممارسة حقه الإنصافي في فك الرهن (Un

95 لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني: <https://www.lawteacher.net/cases/fairclough-v-swan-brewery.php>

(reasonable Clog on the Equity of Redemption) ، ولا يعد المدين الراهن المستأنف مرتكباً لأي إخلال بعقد الرهن (Breach of the Mortgage Deed)، بعد رفض المستأنف ضده الدائن المرتهن لفك الرهن وتحرير العقار المرهون، واسترداد أقساط الرهن.

أما بالنسبة إلى موقف القانونين العراقي والإماراتي من حق المدين الراهن في فك الرهن، فقد منحاه هذا الحق، وإمكانية الوفاء بالدين المضمون بالرهن التأميني، بمقتضى الفقرة الأولى من المادة (1306) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (يجوز للمرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون رهناً تأمينياً من يد الحائز لهذا العقار بعد إنذاره بدفع الدين، إلا إذا اختار الحائز أن يقوم بوفاء الدين أو بتحرير العقار من الرهن). والمادة (1432) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي نصت على أن (الحائز العقار المرهون رهناً تأمينياً أن يؤدي دين الرهن والنفقات بعد إنذاره، على أن يرجع بما أداه على المدين، كما يكون له أن يحل محل الدائن الذي استوفى دينه فيما له من حقوق).

الفرع الثاني: حق المدين الراهن في الاحتفاظ بحيازة العقار المرهون

إذا كان من حق الدائن المرتهن التمتع بالحق في حيازة العقار المرهون (Right to Possession)، فقد استمر المدين الراهن، ولأكثر من ثلاثة قرون، في ممارسة حق الاحتفاظ بحيازة العقار المرهون أيضاً. ويحق له الاستمرار في الاحتفاظ بحيازة العقار المرهون، ما لم يخل بالتزاماته، أو يصدر عنه إهمال أو تقصير (Default). وفي حالة تأجير العقار المرهون فإنه يحق للمدين الراهن الحصول على الأجرة (Rent) أيضاً⁽⁹⁶⁾. وقد شاع في السابق أن يحتفظ المدين الراهن بحيازة العقار المرهون، ولكن بصفته مستأجراً من الدائن المرتهن (Mortgagor Attorns Tenant to the Mortgagee)، وغالباً ما كان يجري إضفاء علاقة المؤجر بالمستأجر (Tenancy Relationship) على الرهن عن طريق ما يعرف بشرط الاعتراف بصفة المؤجر (Attornment Clause) الذي يدرج في عقد الرهن، وهذا الشرط يعترف بمقتضاه المدين الراهن بصفته الجديدة كمستأجر تجاه الدائن المرتهن، مما يمنح هذا الأخير الحق في الحجز (Right to Distrain) على أموال المدين الراهن المستأجر. إلا أن المحاكم الإنكليزية بدأت تبتعد شيئاً فشيئاً عن إضفاء مثل هذا النوع من العلاقات على الرهن، فبدأت أهمية شرط الاعتراف بصفة المؤجر، وقيمه العملية تضعف تدريجياً. وجدير بالذكر أن القضاء الإنكليزي أعطى الحق للدائن المرتهن في حيازة العقار المرهون (Mortgaged Property) في حالتين: الأولى في حالة ارتكاب المدين الراهن لأي تقصير (Default) في تنفيذ التزاماته، والثانية إذا ما رغب الدائن المرتهن في المحافظة على قيمة

96 Rojer J. Smith. Property Law. op. Cit. P.593.

التأمين العيني (Value of the Security)، حتى وإن لم يصدر عن المدين الراهن أي تقصير. وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف في حكمها الصادر في قضية (Western Bank Ltd v Schindler (1977. Ch 1) التي تتلخص وقائعها⁽⁹⁷⁾ في طلب الدائن المرتهن حيازة العقار المرهون، بعد أن سمح المدين الراهن بانقضاء وثيقة التأمين على الحياة (Life Policy) التي شكلت ضماناً أو تأميناً إضافياً (Collateral Security)، وذلك على الرغم من عدم صدور أي تقصير من المدين الراهن، فقضت المحكمة في حكمها أن الدائن المرتهن تمكنه حيازة العقار المرهون في حالتين: الأولى في حالة ارتكاب المدين الراهن لأي تقصير في تنفيذ التزاماته، والثانية إذا ما رغب الدائن المرتهن في المحافظة على قيمة التأمين، حتى وإن لم يصدر عن المدين الراهن أي تقصير.

أما في القانونين العراقي والإماراتي، وكما أشرنا سابقاً، فإن المدين الراهن لا يفقد حيازة العقار المرهون⁽⁹⁸⁾؛ فله الحق في إدارة عقاره المرهون رهناً تأمينياً وقبض غلته، وفقاً للفقرة الثانية من المادة (1295) من القانون المدني العراقي، والمادة (1413) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي. كما يتمتع المدين الراهن، بمقتضى عقد الرهن في ظل هذين القانونين، بحقه في التصرف في العقار المرهون، أثناء مدة سريان الرهن، سواء أكان تصرفاً مادياً أم قانونياً⁽⁹⁹⁾، شريطة عدم الإضرار بحقوق الدائن المرتهن، لأن الراهن يحتفظ بعناصر ملكيته على نحو كامل تقريباً⁽¹⁰⁰⁾، ولا يفقد ملكية عقاره أو حيازته أو حقه في التصرف فيه⁽¹⁰¹⁾. إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (1295) من القانون المدني العراقي على أنه (يجوز للراهن أن يتصرف بالبيع وغيره في العقار المرهون رهناً تأمينياً، ويتصرفه هذا لا يؤثر في حق المرتهن). وذهبت المادة (1412) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ونصت على أن (للاهن أن يتصرف في عقاره المرهون رهناً تأمينياً دون أن يؤثر ذلك على حقوق المرتهن)، وعليه يجوز للراهن ممارسة العنصر الأول من عناصر ملكيته بأن يتصرف في عقاره المرهون رهناً تأمينياً بالبيع أو الإجارة أو الهبة أو غيرها من التصرفات القانونية تسلطاً واستثنائاً على رغبة الشيء⁽¹⁰²⁾، إلا أن تصرفه يكون غير نافذ في حق المرتهن، فتنقل الملكية إلى المتصرف إليه مثقلة بحق الرهن، إذا كان الرهن مسجلاً في دائرة التسجيل

97 لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني: <https://swarb.co.uk/western-bank-ltd-v-schindler-ca-1977/>

98 محمد طه البشير ود. غني حسون طه. الحقوق العينية التبعية. ج2. مصدر سابق ص381.

99 د. عصمت عبد المجيد بكر. الوجيز في العقود المدنية المسماة الرهن. منشورات زين الحقوقية. بيروت لبنان. 2019. ص184.

100 محمد طه البشير ود. غني حسون طه. الحقوق العينية التبعية. ج2. مصدر سابق. ص414.

101 د. وهبة الزحيلي. العقود المسماة. مصدر سابق. ص350.

102 د. درج حماد عبد. الحقوق العينية الأصلية. حق الملكية والحقوق المقررة عنها. دار السنهوري. بيروت لبنان. 2018. ص16. ينظر أيضاً

د. طارق كاظم عجيل. الحقوق العينية الأصلية. الجزء الأول. حق الملكية. دار السنهوري. بيروت لبنان. 2019. ص41.

العقاري قبل تسجيل التصرف. وبإمكان المرتهن أن ينفذ على العين المرهونة في يد المتصرف إليه بمقتضى حق التتبع الذي يتمتع به. ويرى جانب من فقه⁽¹⁰³⁾ قانون المعاملات المدنية الإماراتي أن نفاذ تصرف الراهن يكون موقوفاً على قبول المرتهن.

وكذلك تحق للراهن ممارسة العنصرين الآخرين من عناصر ملكيته بأن يستعمل عقاره المرهون رهناً تأمينياً أو يستغله، وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة (1295) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (له الحق في إدارة العقار المرهون، وفي قبض غلته إلى وقت التحاقها بالعقار وفقاً لقواعد الاجراء). والفقرة الأولى من المادة (1413) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي نصت على أن (للاهن حق إدارة عقاره المرهون والحصول على غلته حتى تاريخ نزع ملكيته جبراً عند عدم وفاء الدين). ومن ثم يجوز للراهن استعمال العقار المرهون بنفسه فيما هو معد له أصلاً للحصول على منافعه⁽¹⁰⁴⁾، أو استغلاله بنفسه أو عن طريق غيره⁽¹⁰⁵⁾، وقبض غلته أو ثماره، التي لا يترتب على أخذها انتقاص أصل الشيء المملوك⁽¹⁰⁶⁾؛ سواء أكانت طبيعية أم صناعية⁽¹⁰⁷⁾. ولم يأخذ المشرع العراقي بهذه التفرقة بين الثمار صراحة، واستعمل عوضاً عنها مصطلحي الزوائد والمنافع؛ وتشمل الزوائد الثمار الطبيعية والصناعية، أما المنافع فتتضمن الثمار المدنية⁽¹⁰⁸⁾.

ومقابل هذه الحيابة والاستفادة يلتزم المدين الراهن بضمان سلامة الرهن التأميني⁽¹⁰⁹⁾، لأن من قرر الرهن يُرد عليه سعيه في نقضه، عملاً بالقاعدة الفقهية الإسلامية القاضية بأن (من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه). فكل عمل يصدر عن الشخص يؤدي إلى نقض أو إبطال ما أجره أو أتمه أو أبرمه من جهته سابقاً⁽¹¹⁰⁾ باختياره ورضاه فلا اعتبار لنقضه ونكثه⁽¹¹¹⁾؛ سواء أكان ذلك الشخص قد

103 د. وهبة الزحيلي. العقود المسماة. مصدر سابق. ص350.

104 د. جورج ش دراوي. حق الملكية العقارية مع ملحق عن: حق التصرف-حق الإنتفاع. الطبعة الثانية. شركة المؤسسة الحديثة للكتاب. لبنان. 2017. ص38.

105 د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء العاشر. التأمينات الشخصية والعينية. منشأة المعارف بالإسكندرية. 2004. ص318.

106 رياض مفتاح. حق الملكية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية. الطبعة الأولى. مكتبة الوفاء القانونية. الاسكندرية. 2018. ص114.

107 محمد طه البشير ود. غني حسن طه. الحقوق العينية التبعية. ج2. مصدر سابق. ص417.

108 د. طارق كاظم عجيل. الحقوق العينية الأصلية. الجزء الأول. حق الملكية. دار السنهاوري. بيروت لبنان. 2019. ص50.

109 د. سمير عبد السيد تناغو. التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة-الرهن الرسمي-حق الاختصاص-الرهن الحيازي-حقوق الامتياز. مطبعة أطلس القاهرة. 1994. ص216.

110 الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا. شرح القواعد الفقهية. الطبعة الثانية. دار القلم دمشق. 2001. ص475.

111 د. محمد الزحيلي. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة. الجزء الأول. دار الفكر. دمشق، 2007. ص512.

الرهن العقاري: وسيلة للوفاء بالديون

أجرى ذلك الشيء بنفسه؛ أي صدر عنه، أو تم من جهته حقيقة، أم تم من⁽¹¹²⁾ جهته حكماً، كما لو تم بواسطة وكيله⁽¹¹³⁾. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (1296) من القانون المدني العراقي على أنه (يضمن الراهن في الرهن التأميني سلامة الرهن. وللمرتهن أن يعترض على كل عمل يكون من شأنه إنقاص ضمانه). ونصت المادة (1414) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أن (يضمن الراهن العقار المرهون، وهو مسئول عن سلامته كاملاً حتى تاريخ وفاة الدين. وللمرتهن أن يعترض على كل نقص في ضمانه وأن يتخذ من الإجراءات ما يحفظ حقه على أن يرجع بالنفقات على الراهن). ويضمن الراهن التعرض الشخصي الصادر عنه، سواء أكان التعرض مادياً أم قانونياً، وهو التزام سلبي⁽¹¹⁴⁾ فالمدين الراهن في تعرضه الشخصي للدائن المرتهن يكون ساعياً في نقض سلامة الرهن التي تقررت لهذا الأخير ويكون سعي الراهن في ذلك مردود عليه، لأن (من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض). فلا يجوز للمدين الراهن القيام بأي عمل يؤدي إلى ضياع ضمان الدائن أو إنقاصه بتخريب أو تعدد⁽¹¹⁵⁾، كما يضمن الراهن التعرض القانوني الصادر عن الغير دون تعرضه المادي.

112 د. محيي الدين هلال السرحان. القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة. جامعة بغداد. 1978. ص 75.

113 د. محمد صدقي بن أحمد البورنو أبو الحارث الغزي. موسوعة القواعد الفقهية. ج 11، ط 1، مؤسسة الرسالة، 2003، ص 1006.

114 محمد طه البشير ود. غني حسون طه. الحقوق العينية التبعية. ج 2. مصدر سابق ص 420.

115 د. وهبة الزحيلي. العقود المسماة. مصدر سابق. ص 351.

الخاتمة

تناول الباحث بالدراسة الرهن الرسمي في القانون الإنكليزي، كحق من حقوق التأمين أو الضمان، مع مقارنته بالرهن التأميني السائد في القانونين العراقي والإماراتي. وهو تأمين عيني غايته توثيق الدين المضمون بالرهن، ويترتب بمقتضى عقد شكلي أو رسمي. وكانت مشكلة البحث تكمن في مدى إمكانية السماح للدائن المرتهن بممارسة حقه في حيازة العقار المرهون بدلاً من المدين الراهن إذا ثبت إهمال المدين الراهن أو تقصيره في المحافظة على عقاره، ولا سيما إذا أدى ذلك إلى تناقص قيمته حتى يصير أقل بكثير من قيمة الدين المضمون، هذا فضلاً عن مدى إمكانية السماح له بممارسة غلق الرهن في حالات معينة، وعلى نطاق محدود جداً، لضمان عدم مخالفة أحكام الفقه الإسلامي الجليل، وقواعد القانونين العراقي والإماراتي التي منعت، وكأصل عام، غلق الرهن وعدته باطلاً، ولا سيما إذا ثبت إهمال المدين الراهن أو تقصيره في المحافظة على العقار المرهون، أو تعمدته عدم إصلاحه وصيانته والمحافظة عليه في حالة جيدة، لجعل قيمة الرهن التأميني أقل بكثير من قيمة الدين المضمون. وبعد الانتهاء من دراسة موضوع البحث توصلنا لنتائج نورد أهمها في هذه الخاتمة مع بعض التوصيات التي نراها ضرورية، وذلك كما يأتي:

أولاً: النتائج: توصلت الدراسة إلى النتائج الآتية:

- 1- يعد الرهن الرسمي في القانون الإنكليزي عقداً يبرم بين الدائن المرتهن والمدين الراهن، غايته توثيق الدين المضمون بالرهن، وذلك لضمان قيام المدين الراهن بالوفاء بمبلغ القرض الذي جرى رصد المال المرهون كتأمين للوفاء به. فهو ليس عقداً عادياً بل ينطوي على تأمين أو ضمان أو توثيق للدين.
- 2- يعرف الرهن الرسمي وفقاً للنتيجة التي تترتب عليه بأنه حق تأمين أو ضمان يقوم المدين الراهن بإنشائه لمصلحة الدائن المرتهن. أو هو تكليف عيني أفرغ في سند رسمي.
- 3- يعد الرهن الرسمي عقداً شكلياً في القانون الإنكليزي، وينعقد بتوفر ركن الشكل المتمثل في وجود سند رسمي مصدق، إذ يستلزم الأمر أن تجري كتابة هذا النوع من العقود، ليس لغرض الإثبات، ولكن للانعقاد، وأن يتضمن جميع البنود التي اتفقت عليها الأطراف صراحة، وأن يوقع الطرفان على الوثيقة التعاقدية، مع ركن النية التعاقدية، أي اتجاه النية إلى إنشاء الرهن، وهي النية التعاقدية، أو النية لإنشاء علاقات قانونية ملزمة، هذا فضلاً عن توفر الركنين الآخرين وهما التراضي مقابل الالتزام.

4- تترتب على الرهن الرسمي في القانون الإنكليزي ثلاثة أنواع من الحقوق للدائن المرتهن: الأول هو حقه في غلق الرهن، والثاني حقه في حيازة العقار المرهون، والثالث اكتسابه حقاً عينياً على العقار المرهون.

5- كما تترتب على الرهن الرسمي في القانون الإنكليزي نوعان من الحقوق للمدين الراهن: الأول هو حقه في فك الرهن واسترداد المال المرهون، والثاني حقه في حيازة العقار المرهون.

6- يُفرض غلق الرهن على المدين الراهن في القانون الإنكليزي غالباً كجزء لإهماله أو تقصيره في تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد الرهن، أو تعمده عدم الوفاء بها؛ مثل عدم القيام بإصلاح العقار المرهون أو صيانته أو المحافظة عليه في حالة جيدة أو التأمين عليه، أو تعمده بيع العقار المرهون من دون إذن أو موافقة من الدائن المرتهن.

7- يختلف القانون الإنكليزي عن القانونين العراقي والإماراتي من حيث حق الدائن المرتهن في حيازة العقار المرهون كأثر قانوني مترتب على عقد الرهن الرسمي؛ ففي حين يجوز في القانون الإنكليزي للدائن المرتهن حيازة العقار المرهون بدلاً من المدين الراهن، فإن الأخير يبقى محتقظاً بحيازة العقار المرهون رهناً تأمينياً في ظل القانونين العراقي والإماراتي، مما يترتب عليه احتفاظه بمزايا ملكيته بشكل يكاد يكون كاملاً.

8- نظم القانونان العراقي والإماراتي، المتأثران بالفقه الإسلامي، الرهن التأميني وعده عقداً شكلياً يرد على العقار دون المنقول، بمقتضى المادتين (1285) من القانون المدني العراقي، و(1399) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي. وبموجب المادتين يترتب عليه حق عيني تبقي يمنح الدائن المرتهن حق التقدم أو الأولوية على باقي الدائنين العاديين، في استيفاء حقه من ثمن العقار عند بيعه، كما يمنحه حق التمتع فيتمكن من التنفيذ على العقار المرهون في يد أي شخص انتقلت إليه ملكيته.

ثانياً: التوصيات: بعد الانتهاء من عرض النتائج التي توصلت إليها الدراسة، نقترح التوصيات

الآتية:

1- نوصي المشرعين العراقي والإماراتي بالسماح للدائن المرتهن بممارسة حقه في حيازة العقار المرهون بدلاً من المدين الراهن، إذا ثبت إهمال المدين الراهن أو تقصيره في المحافظة على عقاره، ولا سيما إذا أدى ذلك إلى تناقص قيمته لدرجة تجعله أقل بكثير من قيمة الدين المضمون. وعليه فإننا نقترح النص الآتي: (تحق للدائن المرتهن حيازة العقار المرهون رهناً تأمينياً استثناء بدلاً من المدين الراهن، إذا

ثبت إهماله أو تقصيره في المحافظة على عقاره، أو تعمدته عدم إصلاحه وصيانته وإبقائه في حالة جيدة، وأنذر ذلك بتناقص قيمته كثيراً دون قيمة الدين المضمون، إضراراً بالدائن).

2- نقتراح على المشرعين العراقي والإماراتي تطبيق غلق الرهن على نطاق ضيق وفي حالات استثنائية، لمواجهة إهمال المدين الراهن أو تقصيره في المحافظة على عقاره، أو تعمدته عدم إصلاحه وصيانته والمحافظة عليه في حالة جيدة، أو التأمين عليه. وعليه فإننا نقترح النص الآتي: (يحق للدائن المرتهن تملك العقار المرهون استثناءً، إذا تسبب المدين الراهن بإهماله أو تقصيره في المحافظة على عقاره، أو تعمدته عدم إصلاحه وصيانته وإبقائه في حالة جيدة، أو التأمين عليه، في تناقص قيمته كثيراً دون قيمة الدين المضمون، إضراراً بدائنه).

المصادر

أولاً: المصادر باللغة العربية.

أ. القرآن الكريم

ب. كتب الفقه الإسلامي

1. أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي. البهجة في شرح التحفة. الجزء الأول. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية بيروت. لبنان. 1998.
2. الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا. شرح القواعد الفقهية. الطبعة الثانية. دار القلم دمشق. 2001.
3. 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.
4. شمس الدين السرخسي. المبسوط. الجزء الحادي والعشرون. دار المعرفة بيروت. 1989.
5. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. الجزء الثامن. الطبعة الثانية. دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. 2003.
6. د. محمد الزحيلي. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة. الجزء الأول. دار الفكر. دمشق، 2007.
7. 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.
8. د. محمد صدقي بن أحمد البورنو أبو الحارث الغزي. موسوعة القواعد الفقهية. ج 11، ط 1، مؤسسة الرسالة، 2003.
9. د. محي الدين هلال السرحان. القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة. جامعة بغداد. 1978.
10. 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. آدموند س ملكا. شرح القانون الإنجليزي في ثمانية أجزاء. الطبعة الأولى. مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية. 1954.

2. أسعد دياب. أبحاث في التأمينات العينية. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. 1988.
3. د. الشافعي عبد الرحمن السيد عوض. عقد الرهن في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة. مكتبة الوفاء الإسكندرية. 2011.
4. د. جورج شدراوي. حق الملكية العقارية مع ملحق عن: حق التصرف-حق الانتفاع. الطبعة الثانية. شركة المؤسسة الحديثة للكتاب. لبنان. 2017.
5. د. حسان عبد الغني الخطيب، القانون العام، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.
6. د. درع حماد عبد. الحقوق العينية الأصلية. حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها. دار السنهوري. بيروت لبنان. 2018.
7. رياض مفتاح. حق الملكية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية. الطبعة الأولى. مكتبة الوفاء القانونية. الاسكندرية. 2018 .
8. د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة-الرهن الرسمي-حق الاختصاص-الرهن الحيازي-حقوق الامتياز. مطبعة أطلس القاهرة. 1994.
9. د. طارق كاظم عجيل. الحقوق العينية الأصلية. الجزء الأول. حق الملكية. دار السنهوري. بيروت لبنان. 2019.
10. د. عبد الخالق حسن أحمد. الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة. الجزء الأول. مصادر الالتزام. الطبعة الثالثة. منشورات كلية شرطة دبي. 1999.
11. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء العاشر. التأمينات الشخصية والعينية. منشأة المعارف بالإسكندرية. 2004.
12. د. عبد السلام الترماني. القانون المقارن المناهج القانونية الكبرى المعاصرة. مطبوعات جامعة الكويت. الطبعة الثانية. 1982.
13. د. عبد المجيد الحكيم. الموجز في شرح القانون المدني. الجزء الأول في مصادر الالتزام. مع المقارنة بالفقه الإسلامي. شركة الطبع والنشر الأهلية. بغداد. 1963.
14. د. عصمت عبد المجيد بكر. الوجيز في العقود المدنية المسماة الرهن. منشورات زين الحقوقية. بيروت لبنان. 2019.

15. د. محمد حسين منصور. النظرية العامة للائتمان، صور الائتمان وضمائنه والوسائل التقليدية والحديثة لحمايته، الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، التمويل العقاري. منشأة المعارف بالإسكندرية. 2005.
16. محمد طه البشير ود. غني حسون طه. الحقوق العينية. الجزء الأول. الحقوق العينية الأصلية. وزارة التعليم العالي. بغداد. 1982.
17. د. منصور حاتم محسن الفتلاوي وزينب حسين يوسف الغرابي. الاتفاقات المعدلة لآثار الرهن دراسة قانونية مقارنة بالفقه الاسلامي. دار الأيام للنشر والتوزيع. عمان الأردن. 2018.
18. د. وهبة الزحيلي. العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني. دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر دمشق. الطبعة الأولى. 1987.

ج- البحوث المنشورة

- د. منصور حاتم محسن وزينب حسين يوسف. النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء دراسة مقارنة. بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية. مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل. السنة التاسعة. العدد الثاني. 2017.

ه- القوانين

1. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
 2. قانون المعاملات المدنية الإماراتي الاتحادي رقم (5) لسنة 1985.
 3. قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (43) لسنة 1971
- 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. Barlow Burke and Joseph Snoe. Property, Examples and Explanations . Fifth Edition. Wolters Kluwer. New York. 2016.

4. Ben McFarlane, Nicholas Hopkins. and Sarah Nield. Land Law Text cases and Materials. Oxford University Press. Second Edition. 2012.
5. Chris Davies. Property Law Guidebook. Second Edition. Oxford University Press. 2015.
6. Daniel F. Hinkel. Practical Real Estate Law. Fifth Edition . West Legal Studies. New York. 2008.
7. Diane Chappelle. Land Law. Eighth Edition. Pearson Education Limited. Longman. 2008.
8. Douglas Wood. Law and the Built Environment. First Edition. MACMILLAN PRESS LTD.London. 1999.
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. The New Law of Land Registration. Hart Publishing. 2003.
11. Elizabeth Cooke. Modern Studies in Property Law. Volume 4. HART Publishing. 2007.
12. James Karp & Elliot Klayman. Real Estate Law. Fifth Edition. Dearborn Financial Publishing Inc. 2003 .
13. John Duddington. Land Law. Third Edition. Longman. Pearson Education Limited. London. 2011.
14. John Wilman. Brown: GCSE Law. Ninth Edition. Thomson Sweet & Maxwell. 2005.

15. Kate Green. Land Law. Third Edition. MACMILLAN LAW MASTERS. 1997.
16. Kevin Gray and Susan Francis Gray. Elements of Land Law. Fifth Edition. Oxford University Press. 2009.
17. Louise Tee. Land Law. Issues Debates, Policy. Routledge Taylor & Francis Group. London. 2014.
18. Lynn T. Slossberg. The Essentials of Real Estate Law. Third Edition. CENGAGE Learning. 2015.
19. Martin Dixon. Principles of Land Law. Fourth Edition. Cavendish Publishing Limited. London. 2002.
20. Martin Dixon. Modern Land Law. seventh Edition. Routledge Taylor & Francis Group. London and New York. 2010.
21. Michael Bridge. Personal Property Law. Fourth Edition. Oxford University Press. 2015.
22. Pamela Rajapakse, Shanuka Senarath. Commercial Law Aspects of Residential Mortgage Securitisation in Australia. Palgrave Macmillan. 2019. P.69.
23. Peter Sparkes. A New Land Law. Second Edition. Hart Publishing. Portland, Oregon. 2003.
24. Paul Richards, law of contract. Fourth Edition, Financial Times. Pitman Publishing. 1999.
25. Richard Card, John Murdoch, Sandi Murdoch. Real Estate Management Law. Seventh Edition. Oxford University Press. 2011.
26. Rojer J. Smith. Property Law. Eighth Edition. PEARSON Education Limited. London. 2014.

27. Rojer J. Smith. Property Law: Cases and Materials. Fifth Edition. Pearson Education Limited. Essex England. 2012.
28. Rojer J. Smith. Introduction to Land Law. Second Edition. Longman Pearson Education Limited. 2010.
29. Samantha Hepburn. Principles Of Property Law. Second Edition. Cavendish Publishing. London. 2001.
30. Steven L. Emanuel. Emanuel law outlines. Property. Ninth Edition. Wolters Kluwer. New York.2017.

Second: Laws

1. The Land Registration Act 1925.
2. The Land Registration Act 2002.
3. The law of property Act 1925.

Third: Internet websites

- 1- <http://e-lawresources.co.uk/Land/Williams--and--Glyns-Bank-v-Boland.php>
- 2- <https://swarb.co.uk/four-maids-ltd-v-dudley-marshall-properties-ltd-1957/>
- 3- <https://swarb.co.uk/regent-oil-co-ltd-v-ja-gregory-hatch-end-ltd-ca-1966/>
- 4- <https://www.lawteacher.net/cases/palk-v-mortgage-services.php>
- 5- <https://www.lawteacher.net/cases/knightsbridge-estates-v-byrne.php>
- 6- <https://swarb.co.uk/noakes-and-co-ltd-v-rice-hl-17-dec-1901/>
- 7- <https://www.lawteacher.net/cases/fairclough-v-swan-brewery.php>
- 8- <https://swarb.co.uk/western-bank-ltd-v-schindler-ca-1977/>
- 9- <https://swarb.co.uk/jones-v-morgan-ca-28-jun-2001/>
- 10- <https://www.ucc.ie/academic/law/restitution/archive/englcases/jones.htm>

- 11- <https://www.casemine.com/judgement/uk/5b46f1ec2c94e0775e7ee213>
- 12- <https://swarb.co.uk/bristol-and-west-plc-v-bartlett-and-another-paragon-finance-plc-v-banks-halifax-plc-v-grant-ca-31-jul-2002/>
- 13- <https://swarb.co.uk/jones-v-morgan-ca-28-jun-2001/>
- 14- <https://www.ucc.ie/academic/law/restitution/archive/englcases/jones.htm>
- 15- <https://www.maitlandchambers.com/information/recent-cases/west-bromwich-building-society-v-wilkinson-anor-2005>

عقود المبادلات المالية
دراسة تحليلية

د. نصر أبو الفتوح فريد حسن
أستاذ القانون المدني المشارك
كلية القانون - جامعة عجمان

**Financial swap contracts
An analytical study**

**Dr.Nasr Aouletetouh Farid Hassan
Associate Professor of Civil Law
College of Law - Ajman University**

الملخص العربي

نتناول في هذا البحث الجوانب القانونية لعقود المبادلات، والتي تعد واحدة من أهم أنواع عقود المشتقات المالية، حيث يتم الاتفاق فيها بين الطرفين على تبادل التدفقات النقدية، وغير النقدية في تاريخ لاحق يطلق عليه تاريخ التسوية، على أساس سعر يتفق عليه عند التعاقد، وبطريقة يستفيد منها جميع أطراف العقد. ويتعرض البحث لعدد من التساؤلات المهمة حول مدى مشروعية هذه العقود، والتكييف القانوني لها، والضوابط التي تحكمها. وقد انتهينا إلى مجموعة من النتائج منها: اختلاف الفقه حول التكييف القانوني لعقود المبادلات، وقد رجحنا أنها عقود مركبة ذات طبيعة اقتصادية خاصة. كما أن هذا النوع من العقود يتم إبرامه على مراحل، تبدأ بمرحلة المفاوضات التمهيديّة، فإذا ما نجحت هذه المفاوضات يتم الانتقال إلى مرحلة الاتفاق المبدئي، وتنتهي بالاتفاق النهائي. ولذلك، لا يوجد حصر لأنواع المبادلات المختلفة التي يمكن ابتكارها. وفضلاً عن ذلك، فالتنظيم التشريعي الإماراتي لهذا النوع من العقود لا يكفي لمعالجة أحكامها، وبيان ما يتوافق منها مع النظام العام، وما يتعارض معه. ولذلك، أوصينا بضرورة إصدار قانون متكامل لتنظيم هذه العقود بصورة تفصيلية، كما طالبنا بإنشاء محاكم خاصة تتولى الفصل في منازعاتها.

Abstract:

In this research, we aimed to investigate the legal aspects of swap contract, which is one of the most important types of financial derivative contracts. These contracts enable the two parties to exchange cash and non-cash finance at a later date known as the settlement date. This occurs based on the purchase price to which both parties agreed upon when they executed the contract, and in a way that provides benefits for all parties in that contract. In this study, we investigated the legitimacy of

these contracts and the legal rules that control them. We concluded the followings; these contracts are considered complex ones with a special economic nature. Also, this type of contract is executed in three stages as followings; a stage of preliminary negotiations, which when succeed, is followed by the initial agreement stage, and finally the final agreement stage, therefore there is no limit of the different types of swap contracts that can be created. Furthermore, the United Arab of Emirates UAE legislative regulations for this type of contract is not sufficient to handle them, or to demonstrate if it is suitable to be publicly implemented or not. Therefore, we recommended that an integrated law has to be issued to regulate these contracts and address everything included in detail. Also, special courts should be constructed to handle these contracts and their disputes.

مقدمة

موضوع البحث وأهميته:

تعتبر عقود المبادلات¹ أحد الأنواع الرئيسية لعقود المشتقات المالية التي تساعد البنوك في إدارة مخاطرها، وتحسين ربحيتها، وتدعيم مركزها المالي، وتوفير التمويل اللازم للمشروعات. وترتبط عقود المبادلات بطبيعة النظام النقدي العالمي منذ إلغاء اتفاقية بريتون وودز²، والتي كان من شأنها حدوث تقلبات كبيرة في أسعار الصرف، وأسعار الفائدة، مما أدى إلى تطوير عقود المبادلات وانتشارها. وفضلاً عن ذلك، فعيوب النظام النقدي، وبعض القيود التي حدثت من حركة الشركات المتعددة الجنسية، وحرية انتقال رؤوس الأموال بين الدول، أدت إلى حدوث فجوة كبيرة بين النظرية والتطبيق، مما أدى إلى البحث عن وسائل جديدة لتفادي هذه القيود وتجاوزها. كما أن الأسواق المالية تتفاوت فيما بينها من حيث تسعير العملات، وأسعار الفائدة، وهذا ساعد على انتشار عقود المبادلات، وأصبحت أحد مكونات النظام المالي. وبناءً على ذلك، تم تأسيس الهيئة الدولية لتجارة عقود المبادلات بهدف ضمان تنفيذ هذه العقود، وزيادة الثقة في التعامل بها

1 يطلق عليها بالإنجليزية Swap contracts، وبالفرنسية les SWAPS. راجع: د.عبد الكريم قندوز، "الخيارات، المستقبلات، والمشتقات المالية الأخرى"، إصدارات إي - كتيب، لندن، الطبعة الأولى 2017، ص 336.

2 تم إبرام اتفاقية بريتون وودز Bretton Woods عام 1944 في مدينة بريتون وودز في نيوهامبشر بالولايات المتحدة الأمريكية، بهدف تحقيق الاستقرار في الاقتصاد العالمي بعد الحرب العالمية الثانية. وتم فيها تثبيت سعر صرف الدولار الأمريكي بما يساوي 35 أوقية من الذهب، ثم تثبيت عملات الدول أمام الدولار الأمريكي، وعدم السماح لسعر صرف العملة بالتقلب أكثر من 2% صعوداً وهبوطاً من القيمة الثابتة أمام الدولار. وبذلك، جعلت الاتفاقية من الدولار عملة الاحتياط الدولية، وبالتالي أداة في تحقيق ثبات أسعار الصرف بين مختلف العملات، بيد أن الفاضل المستمر في موازين التجارة الذي تمتعت به الدول الأوربية مقابل الولايات المتحدة مع نهاية الخمسينيات وطوال الستينيات، قد حدا بهذه الدول إلى طلب المقابل الذهني، وخاصة بعد الضغوط المستمرة على أسعار الذهب، وظهر سعرين له، ونظراً لعدم رغبة الولايات المتحدة في فقدان احتياطياتها من الذهب، أعلن الرئيس الأمريكي نيكسون في عام 1971، وقف قابلية تحويل الدولار إلى ذهب. راجع: روبرت غيلين، "الاقتصاد السياسي للعلاقات الدولية"، ترجمة ونشر مركز الخليج للأبحاث، دبي - الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى 2004، ص 168 وما بعدها.

عقود المبادلات المالية

دولياً³، وتم تغير تسميتها إلى هيئة المشتقات والمبادلات الدولية⁴، لتعكس الأهمية التي أحرزتها عقود المبادلات في السوق المالية العالمية. ولذلك، بات من الضروري تسليط أضواء المعرفة الكاشفة على هذا النوع من العقود، بهدف سبر أغوارها والوقوف على أسرارها.

وهكذا، تمثل عقود المبادلات إحدى أدوات الاستثمار الحديثة التي تعطي للمستثمر فرصة الحد من المخاطر التي يتعرض لها، خاصة مخاطر تغير أسعار العملات، أو أسعار الفائدة، أو أسعار السلع في المستقبل، وذلك مقابل مبلغ معين غير قابل للرد، يُدفع للطرف الثاني على سبيل التعويض، ويُسمى ثمن المبادلة. وبذلك، صارت عقود المبادلات من أفضل ما استطاع الفكر الاستثماري إنجازة حتى الآن. وقد باتت، بما تتطوي عليه من تنوع وآليات، قادرة تماماً على أي تصور، تكون عليه أسواق المال والاستثمار، أو يريد المتعاملون مواجهته، ولكن بشرط أن يكون المتعامل مدركاً لما هو بصدد، أي مدركاً لما تعنيه هذه العقود، ومدركاً للكيفية التي يستطيع بها تحقيق أهدافه من عقود المبادلات. وبدون ذلك، فإن حجم المخاطر يكون كبيراً، وأحياناً أكبر مما يمكن للمتعاقد في هذه العقود أن يتحملة. ولذا، بدت أهمية دراسة هذه العقود لمعرفة مدى إمكانية الاستفادة منها في ظل الضوابط القانونية والمفاهيم الشرعية، والمحاذير الاقتصادية. وعلى ذلك، فمنذ ظهور عقود المشتقات المالية بصفة عامة، وعقود المبادلات بصفة خاصة، وحتى

3 د.عباس فواد عباس حسن، " أثر تداول عقود المبادلات في أسواق المشتقات المالية للفترة من 2000- 2016 م"، بحث منشور بمجلة أمارياك الصادرة عن الأكاديمية الأمريكية العربية للعلوم والتكنولوجيا، المجلد 9، العدد 28، ص 144.

4 يطلق عليها بالإنجليزية: International Swaps and Derivatives Association، ويطلق عليها اختصاراً ISDA. ويقع مقرها في مدينة نيويورك بالولايات المتحدة الأمريكية ولمزيد من التفاصيل راجع: د.عبد الكريم قندوز، مرجع سابق، ص 373.

الآن، لاتزال تثير جدلاً حول مشروعيتها، ومدى إمكانية الاعتماد عليها.

ونتناول بالتحليل في هذا البحث، الجوانب القانونية لعقود المبادلات، والتي تعد واحدة من أهم أنواع عقود المشتقات المالية، حيث يتم الاتفاق فيها بين الطرفين على تبادل التدفقات النقدية، وغير النقدية في تاريخ لاحق يطلق عليه تاريخ التسوية، على أساس سعر يتفق عليه عند التعاقد، وبطريقة يستفيد منها جميع أطراف العقد.

مشكلة البحث:

لا شك أن عقود المبادلات التي يجري التعامل بها في الأسواق المالية، تحظى بأهمية كبيرة في الاقتصاديات المعاصرة. بيد أنها أثارت في الوقت نفسه الكثير من الجدل حول مشروعيتها، سواء من الناحية الشرعية، أو القانونية، أو الاقتصادية. فمن الناحية الشرعية، تثير هذه العقود مسائل شائكة، مثل: الغرر الفاحش، والمقامرة، والرهان. ومن الناحية الاقتصادية، أثارت هذه العقود العديد من المشاكل؛ لأنها تتعلق بسلع وأصول مهمة، ومؤثرة في النشاط الاقتصادي، ويتضرر من جراء تقلباتها الكثير من أفراد المجتمع. أما من الناحية القانونية، فلم تحظ هذه العقود بعناية الفقه القانوني، مما أثار الكثير من المشاكل المتعلقة بتكييفها، وخصائصها، وأحكامها القانونية، وهذا بدوره يفرض علينا تناول هذه العقود من الناحية القانونية. ومن خلال هذا العرض، يمكننا القول بأن مشكلة البحث، تتمثل في بيان مدى مشروعية هذه العقود؟ ومدى كفاية تنظيمها القانوني،

وسلامة تكييفها؟ ومدى الأمان من المخاطر الناجمة عنها؟ وهل لقيت هذه العقود العناية التشريعية والفقهية التي تستحقها، والمعالجة الكافية؟ وما هي جهات التعامل بهذه العقود؟ وما هي الضوابط التي تخضع لها؟

نطاق البحث:

إذا نظرنا في الكتابات التي تناولت عقود المشتقات المالية بصفة عامة، ومن بينها عقود المبادلات بصفة خاصة، وجدنا أنها إما تناولتها من الجانب الاقتصادي، من حيث بيان الآثار الاقتصادية لهذا النوع من العقود، أو تناولتها من المنظور الشرعي بين الحظر والإباحة. ولم نجد إلا النذر اليسير من الدراسات التي تصدت للجانب القانوني، لهذه العقود، خاصة أنها في المقام الأول عقود، وتثير العديد من المسائل الفنية المتعلقة بخصائصها، وأطرافها، وأركانها. وترتب على ذلك، أن المصطلحات المستخدمة في هذه العقود، يغلب عليها الجانب الاقتصادي، وتبتعد عن المصطلحات القانونية المتعارف عليها في مجال العقود. ولذا، رأينا أن نركز في هذا البحث على معالجة المسائل القانونية المتعلقة بأحد صور عقود المشتقات المالية، والمتمثلة في عقود المبادلات، من حيث بيان ماهيتها، والأحكام القانونية الخاصة بها. وعلى ذلك، فإن هذا البحث لن يتطرق إلى الآثار الاقتصادية المترتبة على هذه العقود؛ لأن ذلك يدخل في نطاق علم الاقتصاد. وبالتالي، فإننا نحيل في ذلك إلى ما كتبه علماء الاقتصاد في هذا

عقود المبادلات المالية

الصدد⁵. كما أننا لن نتعرض إلى بيان موقف الفقه الإسلامي من هذه العقود، بالتفصيل الكبير؛ لأن هناك العديد من الدراسات التي تناولت ذلك⁶، لكننا سنعرض بصورة موجزة مدى مشروعيتها، حتى يمكننا أن نعالج الضوابط التي تحكمها.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى تحقيق ما يأتي:

- 1 - بيان المقصود بعقود المبادلات، باعتبارها أحد أهم أنواع عقود المشتقات المالية.
- 2 - تحديد الأنواع المختلفة لعقود المبادلات.
- 3 - التعرض لمدى مشروعية عقود المبادلات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- 4 - تحديد التكييف القانوني لعقود المبادلات.
- 5- معالجة آثار عقود المبادلات.

5 ومن أمثلة الدراسات الاقتصادية لعقود المبادلات، راجع: د. هشام السعدني خليفة بنوي، "عقود المشتقات المالية، دراسة فقهية اقتصادية مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2011؛ د. أمير شوشة، "مقدمة في الأسواق المالية والمخاطر الاستثمارية"، مكتبة المتنبى، الدمام، الطبعة الثانية 2017؛ د. طارق عبدالعال حماد، "المشتقات المالية، مفاهيم إدارة المخاطر، المحاسبة"، دار الجامعة الإسكندرية، الطبعة الأولى 2001؛ د. سمير عبدالحميد رضوان، "المشتقات المالية ودورها في إدارة المخاطر"، دار النشر للجامعات، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2009؛ د. سيد طه بنوي، عمليات بورصة الأوراق المالية والفورية والأجلة من الوجهة القانونية"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2001؛ د. منير إبراهيم هندي، "الفكر الحديث في إدارة المخاطر باستخدام التوريق والمشتقات المالية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2003.

6 من أمثلة هذه الدراسات راجع: د. محمد مختار الشنيطي، "دراسات شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة"، مطبعة دار العلوم والحكم، المدينة المنورة، الطبعة الأولى 2001؛ د. عبد الرحيم عبدالحميد الساعتي، "تحو مشتقات مالية إسلامية لإدارة المخاطر التجارية"، بحث منشور بمجلة الاقتصاد الإسلامي التي تصدرها جامعة الملك عبد العزيز، المجلد 11، العدد الأول، 1999؛ د. خالد بن عبد الرحمن بن ناصر المهنا، "المشتقات المالية، دراسة فقهية مقارنة"، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، مطبوعات كرسى سنيك لدراسات الأسواق المالية الإسلامية، 2013؛ د. أشرف محمد دواية، "المشتقات المالية في المنظور الإسلامي"، بحث منشور في مجلة إسرا للمالية الدولية التي تصدرها الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية في ماليزيا، المجلد الثاني، العدد الأول يونيو 2011.

منهج البحث:

تحقيقاً لأهداف البحث السابقة، ووصولاً لأفضل الأساليب، والطرق للكشف عن ماهية عقود المبادلات، فإننا سنعتمد على المنهج الاستقرائي، وذلك بهدف دراسة واستقراء صور عقود المبادلات، وكيفية الاستفادة منها في معالجة مشكلة البحث. كما سنستخدم المنهج التحليلي، وذلك بهدف تحليل العناصر الجوهرية لعقود المبادلات، وبيان أركانها، حتى يمكننا التوصل للتكييف القانوني لها، وبيان الضوابط التي تحكمها.

خطة الدراسة:

لتحقيق أهداف البحث، ومعالجة مشكلته بصورة علمية، فإننا سنعالج عقود المبادلات من خلال مبحثين، نتناول في المبحث الأول ماهية عقود المبادلات، باعتبارها أحد أهم صور عقود المشتقات المالية، ثم نعالج في المبحث الثاني، الأحكام القانونية لعقود المبادلات. وعلى ذلك، فإن خطة الدراسة تكون على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية عقود المبادلات.

المبحث الثاني: الأحكام القانونية لعقود المبادلات.

المبحث الأول: ماهية عقود المبادلات

تمهيد وتقسيم:

من المفيد في البداية، وقبل أن نتعرض للأحكام التفصيلية لعقود المبادلات، أن نوضح ماهية هذا النوع من العقود من خلال: بيان المقصود بها، والخصائص التي تتصف بها، حتى يمكننا بعد ذلك أن نتعرض للتكييف القانوني لها. ولا شك أن بيان مدى مشروعية عقود المبادلات في الفقه الإسلامي والقانون له دور كبير في معرفة مدى جواز اعتماد هذا النوع من العقود في البلاد العربية والإسلامية، وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: التعريف بعقود المبادلات

المطلب الثاني: التكييف القانوني لعقود المبادلات

المطلب الثالث: مدى مشروعية عقود المبادلات في الفقه الإسلامي والقانون

المطلب الأول: ماهية عقود المبادلات⁷

نتناول في هذا المطلب بعض المسائل المهمة المتعلقة بعقود المبادلات والتي من شأنها أن تساعدنا في فهم الأحكام التفصيلية لها، والخصوصية التي تتمتع بها. وتتمثل هذه المسائل في: تعريفها، وخصائصها، وأنواعها، وذلك على التفصيل التالي:

7 المبادلات لغة جمع مبادلة، يقال: بادل الرجل مبادلة، أي أعطاه مثل ما أخذ منه، وبادل الشيء: غيَّره. والأصل في التبدل تغيير الشيء عن حاله، والأصل في الإبدال جعل شيء مكان شيء آخر، ومنها قوله عز وجل: يوم تُبدل الأرض غير الأرض والسماوات؛ قال الزجاج: تبدلها، والله أعلم، تسييرُ جبالها وتغيير بحارها وكونها مستوية لا ترى فيها عرجاً ولا أمتناً، وتبدل السموات لانتثار كواكبها وانفطارها وانشقاقها وتكوير شمسها وخسوف قمرها. راجع: محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة 1993، مادة: بدل، الجزء 11، ص 48.

أولاً-تعريف عقود المبادلات المالية:

عرّف بنك التسويات الدولية⁸ عقود المبادلات بأنها: "معاملة بين طرفين يوافقان بموجبها على تبادل تدفقات نقدية، مبنية على مبلغ أساسي معين، لمدة زمنية معينة في المستقبل⁹. وذهب رأي في الفقه، إلى تعريف المبادلة بأنها: عقد بين طرفين، يحتوي على سلسلة من الاتفاقات الآجلة، التي يتعهد فيه كل طرف بسداد سلسلة من المدفوعات إلى الطرف الآخر، وتُبنى هذه الاتفاقات على محل معين، خلال فترة زمنية محددة في المستقبل¹⁰. وذهب بعض الفقه إلى تعريف المبادلة بأنها: عقد بين طرفين على تبادل مجموعة من التدفقات النقدية خلال فترة محددة من الزمن، ولا يتم التبادل الفعلي في بداية التعاقد، ولا في أثنائه، ولا في نهايته، وإنما تقوم هذه النوعية من العقود على أساس التسوية النقدية الصافية، أي يتم احتساب المبلغ الذي يتم دفعه، أو تحصيله من كل طرف، ثم يتم سداد الفرق إلى أو من الطرف الآخر في العقد¹¹. ومن خلال هذه التعاريف، يمكن أن نلاحظ ما يلي:

8 بنك التسويات الدولية BIS هو مؤسسة مالية دولية مملوكة للبنوك المركزية التي ترعى التعاون النقدي والمالي الدولي، ويخدم كبنك للبنوك المركزية. ويقوم هذا البنك باستضافة مجموعات دولية تسعى للاستقرار المالي العالمي، وتسهيل تفاعلهم. كما يوفر خدمات مصرفية للبنوك المركزية، وغيرها من المنظمات الدولية. ولا يخضع للمعاملة أمام أي حكومة. ويقع بنك التسويات الدولية في مدينة نازل بسويسرا، وله مكاتب تمثيلية في هونغ كونغ، ومدينة مكسيكو. لمزيد من التفاصيل راجع: James Welch , A closer look at the BIS, available at, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2013/06/pdf/books.pdf>

9 د. مبارك سليمان آل سليمان، "أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة"، دار كنوز اشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى 2005، ص 1090.

10 JOHN HULL et autres, Options, futures, et autres actifs dérivés, 5ème édition, Paris, éd. Pearson, 2005. p.721.

11 د. ندى عبد القادر عبد الستار الشريدة، "توظيف عقود المبادلات في مجال الفادق والسياحة: دراسة تحليلية في عينة من الفادق العراقية المسجلة في سوق العراق للأوراق المالية"، بحث منشور بمجلة الغري للعلوم الاقتصادية والإدارية التي تصدرها جامعة الكوفة، المجلد 13، العدد 40، 2016، ص 259، د. محمد داود عثمان، د. عز الدين عاززة، " المشتقات المالية وإدارة المخاطر"، دار الفكر ، دمشق، الطبعة الأولى 2019 ، ص 142، د. رياض أسعد، " المبادلات للمقوضات"، بحث مقدم إلى ندوة دور المشتقات المالية في الأزمة المالية العالمية، والتي عقدتها مجموعة البركة المصرفية بفندق هيلتون جدة المملكة العربية السعودية يومي 27-26 أغسطس 2009، ص 92، د.عباس فواد عباس حسن، " أثر تداول عقود المبادلات في أسواق المشتقات المالية"، مرجع سابق، ص 147.

عقود المبادلات المالية

1- تتضمن عقود المبادلات اتفاقاً بين طرفين، مفاده: تبادل تدفقاتهما النقدية أو مدفوعات مالية خلال مدة محددة، وبانقضاء هذه المدة يعود الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد.

2- تتنوع عقود المبادلات وفقاً لاختلاف محلها، ولذلك هناك عدة أنواع من عقود المبادلات، منها: عقود مبادلات البضائع، والعملات، وأسعار الفائدة، وعوائد الأسهم¹².

3- يتم إبرام هذا النوع من العقود لتبادل المطالبات بين الطرفين، فعلى سبيل المثال: لو فرض أن هناك شركتين ألمانيتين هما: أ وب أبرمتا اتفاقات مع البنوك، بموجبها حصلت الشركة أ على ائتمان قدره مليون يورو في ألمانيا، والشركة ب حصلت على ائتمان قدره مائة وخمسون ألف روبل في روسيا، فلو دخلت الشركة أ على استثمار في روسيا فمن السهل عليها تسديد الديون بالروبل، والشركة ب تستثمر في ألمانيا وتحتاج اليورو، وبالتالي فالشركتان تدخلان في عقد مبادلة، ويتم الاتفاق مع بنكيهما ليقوما بتبادل مطالبتهما الشركة أ تدفع ديون الشركة ب والعكس صحيح، خلال فترة زمنية يتم الاتفاق عليها في عقد المبادلة، ويكون هناك تبادل لدفع الفائدة وفقاً للاتفاق السابق.

وقد ظهرت عقود المبادلات عام 1970، عندما طور تجار العملات، مبادلات العملة كوسيلة لتجنب الرقابة البريطانية على تحركات العملات الأجنبية

12 د. عبد العظيم أبو زيد، "التحليل الفقهي والمقاصدي للمشتقات المالية"، بحث منشور بمجلة الاقتصاد الإسلامي التي تصدرها جامعة الملك عبد العزيز، المجلد 27، العدد الثالث، 2014، ص 10، د. عبد الكريم قنوز، "الخيارات، المستقبلات، والمشتقات المالية الأخرى"، مرجع سابق، ص 336.

¹³. وبعدها ظهرت مبادلة أسعار الفائدة في عام 1981، من خلال اتفاقية بين البنك الدولي World Bank، وشركة IBM والتي كان لها دور إيجابي في الأسواق المالية؛ لأنها مكنت البنك الدولي من الحصول على الفرنكات السويسرية، من دون اللجوء إلى الاقتراض بالفرنك السويسري، ومنذ ذلك الوقت نمت عقود المبادلات بصورة كبيرة¹⁴.

ثانياً- خصائص عقود المبادلات المالية:

تتصف عقود المبادلات المالية بمجموعة من الخصائص، تتمثل في: كونها من العقود الشكلية، كما أنها من العقود الملزمة للجانبين، والاحتمالية، وفضلاً عن ذلك، فهي من عقود المساومة. كما أنه من الأهمية بمكان التعرض لمدى اعتبارها من العقود الفورية أم الزمنية، وهل هي تقوم على الاعتبار الشخصي أم لا؟ وسألني على هذه المسائل أضواء المعرفة الكاشفة من خلال التفصيل الآتي:

1- عقود المبادلات من العقود الرضائية:

تنقسم العقود بوجه عام إلى: عقود رضائية وعقود شكلية¹⁵. فالعقد الرضائي، هو الذي يكفي التراضي وحده لانعقاده، دون الاعتداد بطريقة التعبير عن الإرادة، إذ بمجرد تطابق إرادتي العاقدين، ينشأ العقد، دون التوقف على

13 Philippe Parant, Michel Anastassiades, les SWAPS, Editions Eska 2 Sept. 1991, p.15.

14 YVES JÉGOUREL, Les produits Financiers dérivés, La Découverte; Édition : 2e édition 14 octobre 2010, p.20 et s.

15 ويضاف إلى هذين النوعين، العقد العيني، وهو الذي لا يكفي التراضي وحده لانعقاده، وإنما يلزم فوق ذلك، تسليم الشيء محل التعاقد. ومن أمثلة العقد العيني: عقد الإعارة حيث نصت المادة 850 من قانون المعاملات المدنية على أنه: "تتم الإعارة بقبض الشيء المعار، ولا أثر للإعارة قبل القبض". ولمزيد من التفاصيل، راجع: د. عدنان سرحان؛ د. علي أحمد المهدي؛ د. يوسف محمد قاسم عبيدات، "الموجز في شرح مصادر الالتزام في قانون المعاملات المدنية الاتحادي"، مكتبة الجامعة - الشارقة، الطبعة الأولى 2015، ص 200.

عقود المبادلات المالية

استيفاء إجراء آخر¹⁶. أما العقد الشكلي، فهو الذي لا يكفي التراضي لانعقاده، وإنما يلزم بالإضافة إلى التراضي، اتباع شكل خاص يتصل بالتعبير عن الإرادة، إما بحكم القانون، أو باتفاق الطرفين. وباستقراء القواعد المنظمة لعقود المبادلات نجدها من العقود الرضائية؛ لأن التراضي فيها يتحقق بمجرد قيام الطرفين بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، دون الحاجة لإفراغ اتفاقهما في شكل معين¹⁷. ولا ينال من رضائية عقود المبادلات، وجود الوثائق المكتوبة المتعلقة بالتراضي؛ لأن هذه الكتابة للإثبات وليست لانعقاد¹⁸. كما لا يؤثر على رضائية عقود المبادلات، تسليم المدفوعات المالية؛ لأن هذا التسليم يعد التزاماً مترتباً على العقد، وليس ركناً فيه¹⁹ كما سنرى لاحقاً. وتلعب الأسواق المالية دوراً مهماً في إبرام عقود المبادلات، باعتبارها الوسط الذي تتم فيه هذا النوع من العقود. كما يقوم الوسطاء، كالبنوك والمؤسسات المالية المرخص لها بالعمل في السوق المالي²⁰ بدور كبير في تنفيذ وإثبات هذا النوع من العقود، حيث يتم الوفاء بالأداءات المالية المترتبة على عقود المبادلات عن طريق التحويلات البنكية من دولة لأخرى، بحيث يأمر كل طرف

16 راجع: د. عبد الخالق حسن أحمد، "الجزير في شرح قانون المعاملات المدنية لنولة الإمارات العربية المتحدة"، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبوعات شرطة دبي، الطبعة الثالثة 2005، ص 22 وما بعدها.

17 وعلى ذلك، فقد قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن: "العقد يتخذ بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما قد يقرره القانون من أوضاع معينة لانعقاده. ومفاد النصوص الشرعية والقانونية، أن من شروط انعقاد أي عقد معاوضة وخصوصاً المبادلة، أن يصدر من أحد طرفيه إيجاب ومن الآخر قبول، ومؤدى ذلك: أنه إذا فقد ركن الإيجاب من أحدهما، أو ركن القبول من الآخر، لم ينعقد العقد، وصار معدوماً شرعاً وقانوناً". راجع حكم المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 340 لسنة 24 قضائية جلسة 2005-5-16، مكتب في 27، رقم الجزء الثاني، ص 1226.

18 ALAIN RUTTIENS, Futures, swaps, options, les produits dérivés financiers, Edipro; Édition : 3e édition 16 juin 2009, p.82.

19 د. مبارك سليمان آل سليمان، "أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة"، مرجع سابق، ص 1090.
20 وأوضحت المادة 14 من القانون رقمه لسنة 2013، بشأن سوق أبو ظبي العالمي أن مؤسسات السوق العالمي المالية المرخصة، تمارس واحداً أو أكثر من الأنشطة والخدمات المالية التالية، وفقاً لما هو مصرح في الترخيص الصادر لها، أو بموجب أحكام تسجيلها. ومن بين هذه الأنشطة ما جاء في الفقرة 13 من ذات المادة، والتي نصت على أن: "بيع، وشراء، وإصدار الأسهم والسندات والصكوك والأذونات، والأوراق المالية الأخرى، والمنتجات المالية بجميع أنواعها، والعملات والسلع والمعادن بأنواعها، والمشتقات بما في ذلك العقود الآجلة، والخيارات المالية التي تقع على أي منها، والافتراض بضمن أي منها لتوفير السيولة لمباشرة جميع النشاطات والخدمات الأخرى المرتبطة بأسواق النقد والأوراق المالية".

عقود المبادلات المالية

من أطراف العقد بتحويل المبلغ المتفق عليه من حسابه في البنك الذي يتعامل معه إلى حساب الطرف الآخر في نفس البنك، أو في بنك آخر²¹. وهكذا يعتبر الوسيط المالي وكياً بالعمولة، ويلتزم بضمان الطرف الذي يقدمه للعميل. وبالتالي، يتحمل مسؤولية تنفيذ العقد إذا ما تقاعس هذا الطرف عن أداء التزاماته، أي أن الوسيط المالي يقوم بالوساطة في إبرام المعاملة بين الطرفين، ويعد ضامناً لتنفيذ كل منهما لالتزاماته تجاه الآخر²².

2- عقود المبادلات من العقود الملزمة للجانبين:

العقد الملزم للجانبين، هو ذلك العقد الذي يُنشئ حين إبرامه، التزامات متقابلة في ذمة كل من عاقديه. ولذلك، يطلق عليه العقد التبادلي. ومثال ذلك: عقد البيع²³. ويختلف هذا العقد عن العقد الملزم لطرف واحد، والذي ينشئ، حين إبرامه، التزاماً على عاتق أحد عاقديه فقط، دون المتعاقد الآخر. فيكون أحدهما مديناً غير دائن، ويكون الآخر دائناً غير مدين. ومن أمثلة ذلك: عقد الوكالة بغير أجر، حيث يلتزم الوكيل بالقيام بعمل قانوني لحساب الموكل، دون أن يلتزم الموكل بشيء. وباستقراء القواعد القانونية المنظمة لعقود المبادلات، نلاحظ أنها من العقود الملزمة للجانبين²⁴؛ لأنها تنشئ التزامات متقابلة في ذمة أطرافها، وتتمثل هذه

21 د. أمل كامل عبد الله، "النظام القانوني لعقود مبادلة الأصول المالية المنقولة"، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الأولى 2004، ص 53.
22 د. علي فوزي الموسوي، "المركز القانوني للوسيط في سوق المال العراقي"، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية التي تصدرها كلية القانون جامعة بغداد، المجلد 24، العدد الأول 2009م، ص 159 وما بعدها أحمد حسن محمد علي، "المركز القانوني للوسيط الأجنبي في سوق الأوراق المالية، دراسة مقارنة"، بحث منشور بالمجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 13، يوليو 2019، ص 518 وما بعدها.
23 يلتزم البائع بنقل الملكية، وتسليم المبيع، وضمان التعرض والاستحقاق، وضمان العيوب الخفية في المبيع، بينما يلتزم المشتري بدفع الثمن وتسليم المبيع، ونفقات عقد البيع. ولزيمد من التفاصيل، راجع د. عدنان سرحان، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مكتبة الجامعة للشارقة، الطبعة الأولى 2015، ص 141 وما بعدها.
24 د. ياسر عبد الكريم الحوراني، "الاستثمار في عقود المشتقات المالية من منظور إسلامي"، بحث منشور بمجلة مونة للبحوث والدراسات، المجلد 30، العدد 4، 2015، ص 131.

الالتزامات في: المدفوعات المالية الدورية، التي يقوم بها أحد أطراف العقد لصالح المتعاقد الآخر، في عقود مبادلات أسعار الفائدة. كما تتمثل الالتزامات المتقابلة أيضاً، في الأداء المالي الفوري من كل طرف للآخر في عقود مبادلة العملات²⁵. ويترتب على اعتبار المبادلة من العقود الملزمة للجانبين، تمتع كل من طرفيها بالحق في الدفع بعدم التنفيذ، إذا لم يرق الطرف الآخر بتنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه²⁶. وتطبيقاً لذلك، قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن: "مفاد المادة 247 من قانون المعاملات المدنية، أنه في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يرق المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به. وهذا يعني أنه، إذا لم يرق أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، كان للطرف الآخر ألا يوفي بالتزامه من غير حاجة إلى تنبيه، أو إلى حكم بفسخ العقد، متى كان التزام كل منهما، هو مقابل التزام الآخر"²⁷.

3- عقود المبادلات من العقود الاحتمالية:

تنقسم العقود، وفقاً للقواعد العامة، إلى: عقود احتمالية، وعقود محددة. فالعقد الاحتمالي، هو: العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد، وقت تمام العقد، مقدار ما يأخذ، ومقدار ما يعطي، ولا يتحدد ذلك إلا في المستقبل، تبعاً لحدوث أمر غير محقق الحصول، أو غير معروف وقت حصوله²⁸. أما العقد

25 د. سهام عيسوي، "دور تداول المشتقات المالية في تمويل أسواق رأس المال -حراسة حالة سوق رأس المال الفرنسي-" رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير جامعة محمد خيضر بسكرة الجزائر، 2015، ص 164.

26 راجع: المادة 247 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والتي تنص على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يرق المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به". وتقبل المادة 161 من القانون المدني المصري.

27 راجع حكم المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 327 لسنة 23 قضائية جلسة 5-1-2005، مكتب فني 27، رقم الجزء الأول، ص 52. 28 د. مدحت محمد محمود عبد العال، "النظرية العامة للالتزام وفقاً لأحكام قانون المعاملات المدنية، الجزء الأول، مصادر الالتزام"، مطبوعات أكاديمية شرطة دبي، الطبعة

عقود المبادلات المالية

المحدد، فهو ذلك العقد الذي يولد في ذمة طرفيه التزامات محققة الوجود ومحددة المقدار منذ انعقاده. وبذلك، يعرف المتعاقد، عند إبرام العقد، مقدار ما يأخذ، ومقدار ما يعطي بمقتضى هذا العقد. وإذا طبقنا القواعد السابقة على عقود المبادلات، وجدنا أنها تقوم على الاحتمال؛ لأن مقدار التزام الأطراف فيها، يتوقف على احتمالات تقلبات الأسعار، سواء كانت أسعار فائدة، كما في عقود مبادلات أسعار الفائدة، أو أسعار الأسهم مثل: عقود مبادلات الأسهم، أو أسعار البضائع كما في عقود مبادلات البضائع، أو أسعار العملات، كما في عقود مبادلات العملات²⁹. وهكذا، فإن احتمالات تقلبات الأسعار لها تأثير على التزامات الأطراف، ويختلف هذا التأثير باختلاف نوع المبادلة، سواء أكانت أسعار فائدة، أم أسهم، أم بضائع، أم عملات³⁰.

4- عقود المبادلات من عقود المساومة:

تنقسم العقود إلى: عقود إذعان³¹، وعقود مساومة. فعقود الإذعان، هي: صيغة من صيغ إبرام العقود، تعتمد على استخدام أنموذج نمطي للعقد، يقوم بإعداده أحد طرفي العلاقة التعاقدية الموجب بصورة منفردة، ويعرضه على الطرف الآخر، الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو، أو رفضه، دون أن يكون له أن يغير في العبارات الواردة فيه، أو الشروط والأحكام التي يتضمنها، ولا أن يدخل في مجازبة،

الأولى 2015، ص 20.

29 د. أمال كامل عبد الله، مرجع سابق، ص 195.

30 JOHN HULL et autres, Options, futures, et autres actifs dérivés, Op. Cit, p.750.

31 يطلق على التعاقد بالإذعان بالفرنسية un contrat d'adhésion، وقيل: إن أول من أطلق عليها هذا المسمى، هو الفقيه الفرنسي سالي saleilles في مطلع القرن العشرين، راجع: د. عبد الرزاق أحمد المنهوري، "نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية"، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية 1998، بند 277، ص 279.

أو مساومة حقيقية على شروطه مع الطرف المعد لهذا العقد. ولذلك، وصفت هذه العقود "بالإذعان". وتتميز عقود الإذعان بأن الموجب يكون في مركز اقتصادي مُتفوق، بحيث يكون قادراً، من الوجهة العملية، على فرض شروطه على المتعاقد الآخر، وأن يتعلق العقد بسلع، أو مرافق تُعد من الضرورات الأولية بالنسبة إلى المستهلك أو المنتفعين، وأن يكون الإيجاب عاماً ودائماً، وأن يصدر الإيجاب في قالب نموذجي، ويعرض الشروط ككل، فإما أن ينبذها العاقد الآخر برمتها، وإما أن يقبلها. أما عقد المساومة، فهو: العقد الذي يملك كل من طرفيه حرية مناقشة شروطه قبل إبرامه، على قدم المساواة، مع الطرف الآخر. ففي مثل هذا النوع من العقود يكون الطرفان في نفس المركز، ويتساويان في مناقشة شروط وآثار العقد. وإذا ما طبقنا هذه القواعد على عقود المبادلات، وجدنا أنها من عقود المساومة الحرة، رغم وجود عقود نموذجية معدة من قبل الغير؛ لأن مثل هذه النماذج العقدية لا تؤثر على إرادة الأطراف؛ لأن كل منهم له الحرية في مناقشة هذه النماذج وتعديلها بالاتفاق مع الطرف الآخر، وذلك في مرحلة المفاوضات السابقة على إبرام العقد، كما سنرى لاحقاً. ولذلك، يرى بعض الفقه، بحق، أن هذه النماذج التعاقدية تشبه القواعد القانونية المكتملة، حيث لا يعمل بها متى اتفق أطراف العقد على مخالفتها³².

5- عقود المبادلات المالية والعقود الزمنية والفورية:

العقد الزمني، هو العقد الذي يمثل الزمن عنصراً جوهرياً فيه، بحيث يكون هو

32 Christophe Chazot et Patrick Claude Les swaps : concepts et applications Economica, Édition : 2e édition 1995, p.43.

المقياس الذي يقدر به محل العقد. ذلك أن هناك أشياء لا يمكن تصورهما إلا مقترنة بالزمن. فالمنفعة لا يمكن تقديرها إلا بمدة معينة. والعمل إذا نظر إليه في نتيجته، أي إلى الشيء الذي ينتجه العمل، كان حقيقية مكانية، ولكن إذا نظر إليه في ذاته فلا يمكن تصوّره إلا حقيقة زمانية، مقترناً بمدة معينة، وهو بذلك يختلف عن العقد الفوري الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه، فيكون تنفيذه فورياً، ولو تراخي التنفيذ إلى أجل أو إلى آجال متتالية. فبيع شيء يسلم في الحال بثمن يدفع في الحال عقد فوري، لأن عنصر الزمن هنا معدوم، إذ إن كلاً من المبيع والثمن يسلم في الحال، فهو عقد فوري التنفيذ. وقد يكون البيع بثمن مؤجل ويبقى مع ذلك فورياً. وذلك لأن الزمن إذا كان قد تدخل هنا، فهو عنصر عرضي لا دخل له في تحديد الثمن³³.

ونظراً إلى أن عقود المبادلات المالية متنوعة ولكل نوع ما يميزه، لذلك، إذا ما طبقنا القواعد السابقة على عقود المبادلات المالية، وجدنا أن عقود مبادلة أسعار الفائدة يمكن أن تُصنف في دائرة العقود الزمنية؛ لأن الالتزامات الناشئة عنها هي مدفوعات نقدية يتوقف تحديد مقدارها على عنصر الزمن الذي يتمثل في مدة العقد³⁴. أما عقود مبادلة العملات فإنها تُصنف في دائرة العقود الفورية؛ لأنها تتكون من عمليتين: عملية شراء، أو بيع فوري لعملة معينة مقترنة بالتعاقد على عكس هذه العملية بشكل آجل. ولا أثر للزمن في تحديد مقدار أداءات أطراف هذا

33 لمزيد من التفاصيل راجع: د. عدنان سرخان؛ د. علي أحمد المهدي؛ د. يوسف محمد قاسم عبيدات "الموجز في شرح مصادر الالتزام في قانون المعاملات المدنية الاحادي"، مرجع سابق، ص 205.

34 ALAIN RUTTIENS, Futures, swaps, options, les produits dérivés financiers, , Op. Cit, p.65, p.82.

العقد، وإن كان له أثر في تحديد موعد أداء هذه الالتزامات³⁵.

6 - عقود المبادلات المالية من العقود التجارية:

من الصعوبة بمكان، وضع تعريف جامع مانع للعقود التجارية؛ لأن كل عقد وارد في قانون المعاملات المدنية، يجوز استخدامه في نطاق المعاملات التجارية. وبالتالي، لا يمكن حصر كافة العقود التي يبرمها التجار، إلا أن العقد قد يكتسب الصفة التجارية بتطبيق أحد المعايير المقررة للعمل التجاري، وطبقاً لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية، فإن العقد يعتبر تجارياً، إذا أبرمه تاجر لحاجات تجارية، وقد يكون العقد عملاً مختلطاً، أي تجارياً، بالنسبة لطرف ومدنياً بالنسبة للآخر، على النحو المعروف في نظرية الأعمال التجارية. وتتميز العقود التجارية بأنها عقود معاوضة، أي أنه ينبغي أن يتلقى كل طرف فيها مقابلاً لما يعطي، فضلاً عن كونها ترد دائماً على منقول³⁶. ويلاحظ كذلك أن العقود التجارية ترد، في الغالب، على مثليات، تتحدد بالنوع والكمية، وقلماً يكون محلها أشياء معينة بالذات، بخلاف الشائع في المعاملات المدنية. وتطبيق هذه المبادئ على عقود المبادلات المالية، وجدنا أنها عقود معاوضة، تنصب على سلع، أو عملات، وتهدف هذه العقود إلى المضاربة، وعادة ما يكون القائمون على هذا النوع من العقود أشخاصاً محترفين، يمارسون عملهم على وجه الاحتراف، مما يضيف على

35 لمزيد من التفاصيل راجع: د. ندى عبد القادر عبد الستار الشريدة، "توظيف عقود المبادلات في مجال الفنادق والسياحة"، مرجع سابق، ص 258؛ د. عبد الكريم قندوز، "الخيارات، المستقبلات، والمشتقات المالية الأخرى"، مرجع سابق، ص 343.
36 وذلك لأن الأصل في العقارات، أنها مستبعدة من نطاق القانون التجاري. ومن ثم، فلا مجال في العقود التجارية لتطبيق بعض قواعد القانون المدني، ومن ذلك: ضمان الاستحقاق المقرر في عقد البيع، حيث يُعنى عنه في البيع التجاري، تمتع المشتري بقاعدة: الحيازة في المنقول سند الملكية. راجع د. عدنان سرحان، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي"، مرجع سابق، ص 141 وما بعدها.

هذه العقود الصفة التجارية³⁷. كما أن عقود المبادلات المالية تُعد من العقود القائمة على الاعتبار المالي وليس الشخصي³⁸، حيث تعتبر سلامة الموقف المالي للأطراف عنصراً أساسياً في العقد، بعكس شخصية المتعاقد التي لم تكن ذات اعتبار في العقد، وإنما قدرته المالية هي صاحبة الاعتبار الأول والأخير³⁹.

ثانياً – أنواع عقود المبادلات المالية:

لما كانت عقود المبادلات تتضمن تبادلاً لتدفقات نقدية، وفقاً لصيغة تعتمد على قيمة، أو أكثر من المتغيرات، فإنه لا يوجد حصر لعدد أنواع المبادلات المختلفة التي يمكن ابتكارها. وعلى ذلك، فهناك العديد من أنواع هذه العقود⁴⁰، نذكر أهمها على التفصيل التالي:

1- عقود مبادلات العملات:

يتضمن هذا النوع من المبادلات، اتفاق طرفين على تبادل كميتين من عملتين مختلفتين لمدة محددة⁴¹، ويدفع كلا منهما الفوائد على المبلغ الذي حصل عليه،

37 د. إسراء فهمي ناجي، "ماهية عقد الخيار وموقف القانون العراقي منه"، بحث منشور بمجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، السنة الخامسة، العدد الأول، 2013، ص 154.
38 يقصد بالعقد القائمة على الاعتبار الشخصي، العقود التي تمثل شخصية أحد المتعاقدين عنصراً جوهرياً في التعاقد، أي أنها تكون محل اعتبار من جانب المتعاقد الآخر عند إبرام العقد. بمعنى أن شخصية المتعاقد، أو صفة من صفاته تكون محل اعتبار وأهمية من جانب كل طرف في العلاقة العقدية، مثل عقد الوكالة حيث يتم التركيز على شخص كل من الموكل والوكيل، أو صفة من صفاتها. ويمتد هذا الاهتمام، أو التركيز طول مدة العقد. وهناك الكثير من الأسباب التي تجعل من شخصية المتعاقد محل اعتبار منها: ما يحمله المتعاقد من خبرات تخصصية وخبرة كفاءة في مجال العمل، فمن يقوم بتوكيل محامي للدفاع عنه فإنه يختاره لاعتبارات تتعلق بخبرة وكفاءة هذا المحامي في الدفاع عن مصالح موكله. ولمزيد من التفاصيل راجع: د. هيلان عدنان أحمد، "الاعتبار الشخصي في التعاقد"، بحث منشور بمجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية التي تصدرها جامعة الكوفة، المجلد 8 العدد 29 مايو 2019، ص 63 وما بعدها.
39 وعلى الرغم من وجود بعض السمات في عقود المبادلات المالية تجعلها قريبة من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، حيث لا يمكن لأحد أطراف هذه العقود التنازل عنها للغير إلا بموافقة الطرف الآخر، إلا أن ذلك لا يعني أن يكون العقد من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي؛ لأن ذلك قد يرجع إلى نص في القانون، أو إلى شرط في العقد. راجع د. أمال كامل عبد الله، "النظام القانوني لعقود مبادلة الأصول المالية المنقولة"، مرجع سابق، ص 200.
40 حسين سيد حسين عبد الباقي، "إطار مقترح للمعاملة الضريبية لعقود المبادلات"، بحث منشور بمجلة الاقتصاد والتجارة التي تصدرها جامعة عين شمس، العدد الثاني، أبريل 2015، ص 401.

41 Christophe Chazot et Patrick Claude Les swaps : concepts et applications , Op. Cit, p.65.

عقود المبادلات المالية

مع إعادة تبادل تلك العملات في نهاية مدة المبادلة⁴². وعلى ذلك، يمكن القول بأن هذا النوع من المبادلات، يتم وفقاً لثلاث خطوات، تتمثل فيما يلي:

أ - يتم تحديد مبلغ معين من عملة معينة، وما يساويه من عملة أخرى في بداية العقد، بناء على سعر الصرف السائد في السوق في ذلك التاريخ، ويقوم الطرفان بالتبادل الفعلي بتلك المبالغ⁴³.

ب - أثناء سريان العقد يدفع كل طرف الفوائد الدورية على المبلغ الذي تسلمه، وبنفس العملة التي تسلمها، وقد تحتسب الفوائد على أساس معدل ثابت لكلا الطرفين، أو أن أحد الطرفين يدفع وفقاً لمعدل ثابت، والآخر يدفع وفقاً لمعدل متغير، أو أن كليهما يدفع وفقاً لمعدل متغير.

ج - يتم إعادة استبدال المبالغ مرة أخرى في نهاية مدة العقد، سواء بنفس معدل التبادل المستخدم عند بداية العقد، أو باستخدام أسعار الصرف في تاريخ نهاية العقد، أو باستخدام سعر صرف محدد في العقد⁴⁴.

ويلاحظ، أن عقود مبادلة العملات، هي النوع الذي يتم فيه التبادل الفعلي للمبلغ الأساسي، أو الأساس الافتراضي، حيث يتم تبادله مرة في بداية العقد، ومرة أخرى في نهاية مدة العقد⁴⁵، وهذا الأمر هو الذي يميز مبادلة العملات عن مبادلة

42. د. برايان كوريل، "مبادلة العملات"، دار الفروق للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى 2006، مرجع سابق، ص 18. د. عبد الكريم قندوز، "الخيارات، المستقبلات، والمشتقات المالية الأخرى"، مرجع سابق، ص 363 وما بعدها. د. بدر الدين برالحية، "عقود المشتقات المالية"، بحث منشور بمجلة التواصل في الاقتصاد، والإدارة، والقانون، التي تصدرها جامعة باجي مختار-عناية الجزائر، العدد 42، يونيو 2015، ص 193. د. عبد العظيم أبو زيد، "التحليل الفهني والمقاصدي للمشتقات المالية"، مرجع سابق، ص 11.

43. بشر محمد مرفق لطفي، "التداول الإلكتروني للعملات، طرقه الدولية وأحكامه الشرعية"، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى 2009، ص 82.

44. Pierre-Antoine Boulat; Pierre-Yves Chabert, Les swaps technique contractuelle et régime juridique, Masson, Paris, 1992, p.17

45. د. عباس فؤاد عباس حسن، "أثر تداول عقود المبادلات في أسواق المشتقات المالية"، مرجع سابق، ص 149. د. ياسر عبد الكريم الجوراني، "الاستثمار في عقود المشتقات

معدلات الفائدة، إلى جانب أمر جوهري آخر، وهو: أن الأصل في حالة مبادلة معدلات الفائدة هو معدلات الفائدة ذاتها. أما في حالة مبادلة العملات، فإن الأصل هو مبالغ العملات التي يتم تبادلها بالفعل⁴⁶. ويمكن استخدام مبادلة العملة في تحويل قرض بعملة ما، إلى قرض بعملة أخرى⁴⁷.

2- عقود مبادلات أسعار الفائدة:

يقصد بمبادلات أسعار الفائدة: اتفاق بين طرفين على تبادل مدفوعات الفائدة على دين معين، خلال فترة زمنية محددة في المستقبل، بحيث تتطابق تاريخ كل دفعة فائدة، مع تاريخ استحقاق دفعة الطرف الآخر خلال فترة المبادلة⁴⁸. وعلى ذلك، ففي هذه العقود يُوافق أحد أطراف المبادلة، على أن يدفع سلسلة من معدلات الفائدة الثابتة، وفي نفس الوقت يتسلم سلسلة من التدفقات النقدية التي تعتمد على معدلات الفائدة المتغيرة. و في المقابل، يوافق الطرف الآخر في عقد المبادلة على استلام سلسلة من معدلات الفائدة الثابتة، مقابل دفع سلسلة من معدلات الفائدة المتغيرة⁴⁹.

المالية من منظور إسلامي". مرجع سابق، ص 135.
46 د. برايان كوريل، "مبادلة العملات"، مرجع سابق، ص 111؛ د. رياض أسعد، "المبادلات المقايضات"، مرجع سابق، ص 103؛ د. هشام السعدني خليفة بدوي، "عقود المشتقات المالية"، مرجع سابق، ص 380.
47 وهكذا فإن من أهم الأسباب الداعية لاستخدام هذا النوع من عقود المبادلات، هو تأمين احتياج المتعامل من العملة الأجنبية، مع تخفيض تكلفة التمويل، والاحتياط لتقلبات سعر الصرف في المستقبل. ولمزيد من التفاصيل راجع: د. سامي حبيلى، "إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية، دراسة فقهية"، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية، الأردن، 2008، ص 187 وما بعدها؛ د. ندى عبد القادر عبد الستار الشريدة، "توظيف عقود المبادلات في مجال الفنادق والسياحة"، مرجع سابق، ص 262.
48 د. عباس فؤاد عباس حسن، "أثر تداول عقود المبادلات في أسواق المشتقات المالية"، مرجع سابق، ص 148. د. عبد الكريم قنوز، "الخيارات، المستقبلات، والمشتقات المالية الأخرى"، مرجع سابق، ص 343.
49 د. خالد بن عبد الرحمن بن ناصر المهنا، "المشتقات المالية، دراسة فقهية مقارنة"، مرجع سابق، ص 155؛ د. حاكم محسن الربيعي، د. ميثاق الفتلاوي، د. حيدر جوان، د. على أحمد فارس، "المشتقات المالية، عقود المستقبلات، الاختيارات، المبادلات"، دار البازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، الطبعة الأولى، ص 228؛ د. محمد داود عثمان، د. عز الدين عاتزة، "المشتقات المالية وإدارة المخاطر"، مرجع سابق، ص 43.

3- عقود مبادلات البضائع:

يتضمن هذا النوع من المبادلات اتفاق طرفين على أن يشتري أحدهما من الآخر كمية من سلعة معينة، شراء فورياً بالسعر الحالي، ويتم تسديد الثمن فوراً مع التزام المشتري ببيع نفس السلعة في نفس الوقت مرة أخرى إلى من اشتراها منه في البداية بيعاً أجلاً بسعر يتم الاتفاق عليه مسبقاً. وفي أغلب الأحوال يضاف إلى هذا السعر معدل التغيير المتوقع في سعر السلعة خلال الفترة الفاصلة بين مرحلتى العقد⁵⁰.

4 - عقود مبادلات أرباح الأسهم:

يتم الاتفاق، في هذا النوع من عقود المبادلات، بين طرفي العقد، الذي يملك أحدهما أسهماً تدر عليه أرباحاً بنسبة معينة⁵¹، ويملك الآخر نوعاً مغايراً من الأسهم تدر عليه أرباحاً بنسبة مختلفة على مبادلة المراكز القانونية، بحيث يحصل كل منهما على الفوائد التي تدرها أسهم الآخر لمدة معينة، يعود الأمر بعد انتهائها كما كان⁵².

المطلب الثاني: التكيف القانوني لعقود المبادلات

اختلف الفقه حول التكيف القانوني لعقود المبادلات، وتمحور هذا الخلاف

50 د. أمال كامل عبد الله، النظام القانوني لعقود مبادلة الأصول المالية المنقولة"، مرجع سابق، ص 131 د. سامي حبيبي، "إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية"، مرجع سابق، ص 198، عباس فؤاد عباس حسن، "أثر تداول عقود المبادلات في أسواق المشتقات المالية"، مرجع سابق، ص 150.
51 Christophe Chazot et Patrick Claude Les swaps : concepts et applications , Op. Cit, p.83.
52 د. مبارك سليمان آل سليمان، "أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة"، مرجع سابق، ص 1126 د. هشام السعدني خليفة بنوي، "عقود المشتقات المالية"، مرجع سابق، ص 383.

عقود المبادلات المالية

حول محاولة تقريب عقود المبادلات من عقد المقايضة، أو عقد الرهن الحيازي، أو عقد حوالة الدين، ونعالج هذا الخلاف بشيء من التفصيل، ثم نوضح رأينا في الموضوع، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً- عقود المبادلات وعقد المقايضة:

المُقايضة، هي: عقد يلتزم بموجبه كل من المتعاقدين ، أن ينقل إلى الآخر، على سبيل التبادل ملكية مال ليس من النقود⁵³. وتعد المقايضة من العقود المُسماة التي تقع على الملكية، والتي أفرد لها المشرع أحكاماً خاصة بها⁵⁴. ويتميز عقد المقايضة عن عقد البيع، بأنَّ عقد البيع مبادلة شيء بمبلغ من النقود، وهو الثمن. أما عقد المقايضة، فهو مبادلة شيء بشيء، لا يكون أيهما مبلغاً من النقود، فتكون المقايضة مبادلة مال غير نقدي بمال غير نقدي، والمال قد يكون شيئاً أو حقاً غير نقدي، فلا تدخل النقود في عقد المقايضة، وهذا هو الذي يُميزها عن عقد البيع⁵⁵ وفي حال كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين، جاز حينها تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون مُعدلاً⁵⁶.

وقد ذهب بعض الفقه⁵⁷، إلى أن عقود المبادلات من قبيل عقود المقايضة؛ لأن كل منها يقتضي وجود شيئين يتم التفاضل فيهما. ففي عقود مبادلة العملات، يقوم أحد الأطراف بمقايضة عملته بالعمله التي يمتلكها الطرف الآخر، وفي عقود مبادلة أسعار الفائدة تتم المقايضة بين سعر الفائدة الثابت، الذي يتقل دين أحد

53 راجع: د. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، "شرح قانون المعاملات المدنية الإماراتي العقود المسماة عقد البيع دراسة مقارنة ومعمزة بالتطبيقات القضائية، دار النهضة العلمية، الإمارات، الطبعة الأولى 2019؛ ص 72 وما بعدها.

54 وقد عرّفت المادة 607 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي المقايضة بأنها: المقايضة هي مبادلة مال، أو حق مالي، بعوض غير النقود.

55 وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة تمييز دبي بأن:"ماد نص المادتين 489، 607 من قانون المعاملات المدنية، أن عقد المقايضة، يتميز عن عقد البيع بطبيعة المقابل، الذي يقمه أحد المتعاقدين. ففي البيع، يكون المقابل مبلغاً من النقود، بينما في المقايضة يكون المقابل حقاً من الحقوق المالية، ولا يكون نقوداً". راجع: حكم محكمة تمييز دبي -الأحكام المدنية، الطعن رقم: 199 لسنة 2007 قضائية جلسة 10-22-2007، مكتب في 18، الجزء الثاني، ص 1105. وانظر في هذا المعنى أيضاً، حكم المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم: 8 لسنة 19 قضائية، جلسة 6-1-1998، مكتب في 20، الجزء الأول، ص 18.

56 راجع: د.عبد الخالق حسن أحمد، "الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الاتحادي رقم 5 لسنة 1985، الجزء الثالث، عقد البيع"، مطبوعات أكاديمية شرطة دبي، الطبعة الثانية 2002، ص 20.

57 د. حاكم محسن الربيعي، د. ميثاق الفلاوي، د. حيدر جوان، د. علي أحمد فارس، "المشتقات المالية، عقود المستقبلات، الاختيارات، المبادلات"، مرجع سابق، ص 435.

الأطراف بسعر الفائدة المتغير الذي يخص دين الطرف الآخر. فضلاً عن ذلك، فالمقايضة لا تمنع المساواة أو التقارب في القيمة بين الأشياء المتقايض فيها، بحيث يجوز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يسمى المعدل، ونفس الشيء في عقود المبادلات، حيث يحصل أحد الأطراف على الفرق الناشئ عن تغيير صرف العملات، أو أسعار الفائدة.

بيد أن هذا الرأي تعرض لسهام النقد الممثلة فيما يلي:

1 - يختلف عقد المقايضة عن عقود المبادلة، في أن الأول يؤدي إلى نقل ملكية الحق المتقايض فيه بشكل نهائي ودائم، بينما في الثانية لا تنتقل الملكية، إلا بشكل مؤقت، حيث يلتزم أطراف عقد المبادلة بإعادة الحال إلى ما كان عليه بانقضاء مدة العقد؛ لأن نيتهم تتجه للاستفادة من المركز القانوني لكل طرف، كمالك لحق معين⁵⁸، أو كمدین بالتزام معين، لمدة زمنية محددة⁵⁹.

2 - من المعروف أن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا بالألفاظ والمباني. ففي عقود المبادلات، يتجه قصد المتعاقدين إلى التعديل والتغيير في الأعباء المالية التي يخضعون لها. أما في عقد المقايضة، فنتجه نية كل طرف إلى مقايضة شيء مملوك له لا يحتاجه، بشيء يحتاجه للملوك للطرف الآخر، أي أن

58. د. أمال كامل عبد الله، "النظام القانوني لعقود مبادلة الأصول المالية المنقولة"، مرجع سابق، ص 231.

59. وقد نرى على ذلك بجواز بيع الوفاء، ولا تنتقل به الملكية بشكل نهائي ودائم، إلا أن بيع الوفاء يمنح الحق للبائع في استرداد المبيع مقابل أن يرد للمشتري الثمن الذي دفعه هذا الأخير، وقد يدفع البائع أحياناً أقل أو أكثر من الثمن الذي دفعه المشتري، وفي حالة اشتراط رد ثمن أكبر يكون هذا موجباً للشك في أن العقد هو رهن برضا فاحش، بينما في عقد المبادلة لا يرد البائع للمشتري الثمن الذي دفعه، بل يعيد شراء ذلك المقدار الذي سبق وباعه للمشتري من العملة الأجنبية مقابل سعر صرف تم الاتفاق عليه مسبقاً. لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع راجع: د. علي هادي العبيدي، "بيع الوفاء: دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي"، بحث منشور بمجلة إربد للبحوث والدراسات، المجلد الأول العدد الثاني، مايو 1999، ص 95 وما بعدها. د. الهادي السعيد عرفة، "حكم بيع الوفاء و هل يعتبر رهناً؟ : دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني"، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة المنصورة، العدد 17، أبريل 1995، ص 224 وما بعدها.

عقود المبادلات المالية

عقد المقايضة يفترض التقارب في القيمة بين الأشياء المتقايض فيها ، بينما لا يوجد مثل هذا الافتراض في عقود المبادلات⁶⁰.

3 - لا يجوز المقابلة بين المعدل المقترن بالشيء المتقايض فيه⁶¹، وبين الفروق الناتجة عن تغيير أسعار الصرف والفائدة في عقود المبادلات؛ لأن المعدل في المقايضة له دور كبير في تكييف العقد، حيث يحوله إلى عقد بيع، إذا كان قدره يزيد بكثير عن قيمة الشيء الذي تُرن به، بينما لا يتوافر للمعدل مثل هذا الدور في عقود المبادلات، حيث يقتصر دور الفروق على تحديد الربح، أو الخاسر من بين أطراف عقد المبادلة، ولا يؤثر على طبيعة هذا العقد.

4 - المقايضة لا تكون في النقود وفقاً لنص المادة 607 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، فهي مبادلة مال، أو حق مالي، ب عوض غير النقود⁶²، ولذلك فمحلها نقل ملكة مال ليس من النقود بينما محل عقود المبادلات المالية هي النقود، ولذلك لا يمكن القول بأن عقود المبادلات تعد من قبيل عقود المقايضة.

ثانياً-عقود المبادلات وعقد الرهن الحيازي:

عرفت المادة 1448 من قانون المعاملات المدنية الرهن الحيازي⁶³ بأنه: " عقد

60 Christophe Chazot et Patrick Claude Les swaps : concepts et applications , Op. Cit, p.97.

61 Pierre-Antoine Boulat; Pierre-Yves Chabert, Les swaps technique contractuelle et régime juridique, Op. Cit, p.63.

62 وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة تمييز دبي بأن: " مفاد نص المادتين 489، 607 من قانون المعاملات المدنية أن عقد المقايضة يتميز عن عقد البيع بطبيعة المقابل الذي يقنمه أحد المتعاقدين، ففي البيع يكون المقابل مبلغاً من النقود، بينما في المقايضة يكون المقابل حقاً من الحقوق المالية، ولا يكون نقوداً". راجع حكم محكمة تمييز دبي، الدائرة التجارية، الطعن رقم 199 لسنة 2007 قضائية، جلسة 22-10-2007، مكتب في 18 الجزء الثاني، ص 1805.

63 الرهن في اللغة الثبوت والدوام. والرهن في الشرع، هو: المال الذي يجعل وثيقة الدين ليستوفي المرتهن من ثمنه، إن تعذر استيفائه ممن هو عليه، والرهن جائز بالكتاب والسنة والإجماع. لمزيد من التفاصيل انظر: د. محمد بن معجور، " الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتفتين المغربي"، مطبعة دار النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1999، ص 250 وما بعدها.

عقود المبادلات المالية

ينشئ الحق في احتباس مال في يد الدائن، أو يد عدل، ضماناً لحق يمكن استيفاءه منه كله أو بعضه، بالتقدم على سائر الدائنين". ويفهم من هذه المادة أن الرهن الحيازي⁶⁴ يقوم من أجل ضمان الالتزام بالدين المضمون بالرهن، كما ينصب هذا الرهن ضماناً لذلك الدين على أموال معينة للراهن⁶⁵. كما يتبين من النص أيضاً، أن المشرع يُعرف الرهن الحيازي بأنه عقد بالنظر إلى مصدره. فالرهن الحيازي، حق ينشأ من العقد، وهو عقد رضائي، فلا تشترط فيه شكلاً معيناً، كما أنه عقد ملزم للجانبين، والإضافة إلى ذلك، يتميز الرهن الحيازي بأنه حق عيني، يخول للدائن التقدم والتتبع، ويستوفي حقه من المقابل النقدي الذي يحل محل الشيء المرهون. وهو حق عيني تبعي، يقوم ضماناً للوفاء بالتزام أصلي. وهو حق لا يقبل التجزئة، ما لم ينص القانون، أو يقضي الاتفاق على غير ذلك. وقد ذهب بعض الفقه⁶⁶ إلى القول بأن عقود المبادلات هي عبارة عن: عقد قرض، مضمون برهن حيازي؛ لأنه عندما يتبادل أطراف العقد المدفوعات فيما بينهما، يجتمع في كل منهما صفتا المقرض والمقترض في نفس الوقت، وتكون مدفوعات كل طرف ضامنة للوفاء بالمدفوعات التي تلقاها من الطرف الآخر. بيد أن هذا الرأي، محل نظر للأسباب الآتية:

64 يطلق على الرهن الحيازي في القانون الفرنسي Nantissement وعندما يرد على منقول يسمى Gage وعندما يرد على عقار يسمى Antichrese. هذا وقد وجد كل من المشرع الإماراتي والمشرع المصري المصطلحات تحت اسم الرهن الحيازي الذي يشمل رهن المنقول ورهن العقار على السواء. ولمزيد من التفاصيل راجع د. سمير تناور، "التأمينات العينية والشخصية"، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، بند 123، 335.

65 وقد قضت محكمة تمييز دبي بأن: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن مناهط التزام الدائن المرتين - في الرهن الحيازي - بالمحافظة على الشيء المرهون، وبإخطار الراهن بما عساه أن يهدد الشيء المرهون من نقص في القيمة، أن يكون قد انتقلت إليه حيازة الشيء المرهون، كما أنه لا مسئولية على الدائن لعدم استعماله الرخصة، التي خولها له القانون بطلب التصريح له من المحكمة ببيع الشيء المرهون عند حلول أجل الدين المضمون بالرهن، وذلك لسداد هذا الدين، اكتفاءً بحبس هذا الشيء عن الراهن حتى يقوم بوفاء الدين المضمون، وعلى الراهن إن ارتأى أن الشيء المرهون معرض للنقص في القيمة، أن يبادر هو إما باستبدال شيء آخر به، أو بطلب التصريح له ببيعه". راجع حكم محكمة تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم 106 لسنة 2005 قضائية، جلسة 19-6-2005، مكتب فني 16 الجزء الأول، ص1358.

66 JOHN HULL et autres, Options, futures, et autres actifs dérivés, Op. Cit, p.780 et s.

عقود المبادلات المالية

1 - فكرة الرهن الحيازي، وإن كانت تستقيم مع عقد المبادلة، الذي يتم بموجبه انتقال حقيقي للعمليات بين أطرافه، فإنه لا يمكن تطبيقها على غالبية حالات المبادلة، ولاسيما التي تقتصر على مبادلة أسعار الفائدة، دون نقل أصول الديون، وتنتقل فيها التزامات الأطراف إلى مجرد دفع فروق أسعار الفائدة، أو أسعار الصرف.⁶⁷

2 - يُنشئ عقد الرهن، حقاً عينياً للدائن المرتهن على الشيء محل الرهن. أما عقود المبادلات، فلا تعطي لأطرافها سوى حقوقاً شخصية، تتمثل في الالتزام بأداء مبلغ من النقود.⁶⁸

3 - سبب الرهن هو الدين المضمون، فيتبع الرهن سببه في وجوده وانقضائه⁶⁹، بينما لا يوجد شيء من ذلك في عقود المبادلات، حيث لا تعتبر التزامات أحد الأطراف تابعة للالتزامات الطرف الآخر، ولكنها تقف جميعاً على قدم المساواة.⁷⁰

ثالثاً- عقود المبادلات وعقد حوالة الدين:

نصت المادة 1106 من قانون المعاملات على أن: "الحوالة نقل الدين والمطالبة، من ذمة المحيل، إلى ذمة المحال عليه." ووفقاً لهذا النص، يمكن

67 ففي حالة مساواة عقد مبادلة العملات مع تسليم الأصل بعقد الرهن الحيازي يؤدي إلى نتيجة شاذة مفادها إعطاء الالتزامات المتماثلة والمتقبلة لأطراف العقد وصفين قانونيين مختلفين في نفس الوقت، ولتوضيح ذلك نضرب المثال الآتي: لو أبرم س مع ص عقد مبادلة عملات يلتزم بمقتضاه س بتسليم ص عملة ما ولكن الدولار، ويلتزم ص بتسليم س عملة أخرى ولكن الجنيه الاسترليني، ففي مثل هذا العقد سيتم تكيف التزام كل من الطرفين في نفس اللحظة على أنه قرض ورهن حيازي، مما يجعل المتماثلة بين العدين من قبيل الاصطناع غير المقبول منطقياً. راجع: د. أمال كامل عبد الله، "النظام القانوني لعقود مبادلة الأصول المالية المنقولة"، مرجع سابق، ص 238.

68 لمزيد من التفاصيل راجع: د. محمد المرسي زهرة "ضمانات الائتمان العينية في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة"، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى 1997، ص 729.

69 د. علي هادي العبيدي "التأمينات الشخصية والعينية وفقاً لأحكام قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة"، مكتبة الجامعة، الشارقة، الطبعة الأولى 2012، ص 183 وما بعدها.

70 د. أمال كامل عبد الله، "النظام القانوني لعقود مبادلة الأصول المالية المنقولة"، مرجع سابق، ص 242.

تعريف حوالة الدين⁷¹، بأنها: اتفاق بين المحيل والمحال عليه يتم بمقتضاه، نقل الدين من ذمة المدين الأصلي، إلى ذمة شخص آخر يحل محله، ويصبح مديناً محالاً عليه، مع بقاء الدائن دون تغيير، ولا تنفذ بحق الدائن إلا بقبوله. وتجد حوالة الدين أهم تطبيقاتها العملية، في نزول أحد المتعاقدين، في عقد ملزم للجانبين، كمقاولة، أو إيجار، أو توريد، عن هذا العقد إلى آخر⁷²، فيلزم منه نقل التزاماته التعاقدية، ولا يتأتى له نقل التزاماته، إلا عن طريق حوالة الدين⁷³. وقد حاول البعض، تقريب عقود مبادلة أسعار الفائدة مع عقد حوالة الدين؛ لأن في هذه العقود اتفاقاً بين طرفين يلتزم كل منهما بمقتضاه بأداء الالتزامات لقرض الطرف الآخر، فكأنها حوالة مزدوجة للدين بين طرفي العقد⁷⁴.

بيد أن هذا الرأي تعرض لسهام النقد التالية:

1 - تتطلب الحوالة لوجودها ثلاثة أشخاص: المحيل، والمحال له، والمحال عليه، بينما عقود المبادلات تتعدّد بين طرفين فقط، ولا توجد لدى أي منهما علاقة مديونية بطرف من الغير. وعلى ذلك، فتكثيف عقد المبادلة كحوالة للدين يصطدم بعقبة علاقة أطراف المبادلة بالدائن الأصلي، فعقد مبادلة أسعار الفائدة ينشئ

71 الحوالة لغة: مشتقة من التحول، وهو الانتقال، يقال: تحول من مكانه إذا انتقل عنه، وحولته نقلته من موضع إلى موضع، ومنه قول الله تعالى: (لَا يَتَّبِعُونَ خِزْيَا سِوَةَ الْكَيْفِ: 108) أي: تحوّلوا وانتقلوا. أما في الاصطلاح، فهي نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه. ولمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، راجع: د. محمد زكي عبد البر، "الحوالة في الفقه الإسلامي"، بحث منشور بمجلة حوالية كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، التي تصدرها جامعة قطر، عام 1988، ص 457 وما بعدها.

72 وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة نضض أبو ظبي بأن: "مفاد نصوص المواد 1106، 1107، 1109 من قانون المعاملات المدنية، أن: حوالة الدين، هي نقل الدين المطلوب به، من ذمة المدين الأصلي، إلى ذمة شخص آخر ليُحمّل عنه الدين. وتتم الحوالة باتفاق بين المدين والمحال عليه، ولا تكون نافذة في حق الدائن، إلا إذا قبلها. فإذا انعقدت الحوالة بين أطرافها بالتراضي، وتحول الدين إلى ذمة المحال عليه، ترتب على المحال عليه، الوفاء به للدائن، وتبرأ ذمة المدين الأصلي "المحيل" قبل الدائن". راجع: راجع حكم محكمة نضض أبو ظبي، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم: 872 لسنة 2011 قضائية، جلسة 15-12-2011، مكتب فني 5، الجزء الثالث، ص 1749.

73 ولتضرب مثلاً آخر على الحوالة، إذا كان من مدين لص ب 10 مليون درهم، ثم قام من بنقل دينه إلى ع، أي يصبح ع هو المدين، فهذا الذي سيقوم بوفاء الدين هو ع.

74 Christophe Chazot et Patrick Claude Les swaps : concepts et applications , Op. Cit, p.121.

علاقة بين طرفين فقط بمقتضاها يلتزم كل منهما بأداء مبلغ يتم حسابه بالرجوع إلى أسعار الفائدة في قرض الطرف الآخر، دون أن يلتزم بأداء المبلغ الأصلي لهذا القرض، ودون أن تكون هناك علاقة بينه وبين الدائن الأصلي في هذا القرض.

2 - تتطلب حوالة الدين لنفاذها قبول الدائن لها بينما لا تتطلب عقود المبادلات ذلك⁷⁵.

رأينا في الموضوع:

بعد أن عرضنا لأبرز الخلافات الفقهية حول مسألة التكييف القانوني لعقود المبادلات، فمن المهم في هذا المقام، أن نشير إلى ما يلي:

1 - تتمتع عقود المبادلات بطبيعة خاصة، ترجع إلى نشأتها في رحاب البورصات، والأسواق المالية، ولا يمكن قياسها على أي عقد آخر، نظراً لطبيعة هذا النوع من العقود، والبيئة التي ظهرت فيها، والأحكام الخاصة التي تنظمها.

2- لا يمكن إدراج عقود المبادلات، تحت أي عقد من العقود المسماة المنصوص عليها في قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

وبناءً على ذلك، يمكننا القول بأن: عقود المبادلات، هي عقود مركبة ذات طبيعة اقتصادية خاصة، ولا جدوى من محاولة حصر طبيعتها القانونية بأي عقد

75 ولمزيد من التفاصيل راجع: د. محمد صبري الجندي، "الحوالة في القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، دراسة مقارنة مع الفقه الغربي"، منشورات جامعة البرموك، عمادة البحث العلمي والدراسات العليا، ١٩٩٣، ص 35 وما بعدها.

مسمى، لأن هذه الطبيعة الخاصة، والنشأة الاقتصادية لهذه العقود، جعلت لها أحكاماً خاصة بها، وضوابط قانونية تميزها عن غيرها من العقود المسماة، أو غيرها من عقود المشتقات المالية الأخرى.

المطلب الثالث: مدى مشروعية عقود المبادلات في الفقه الإسلامي والقانون

نعالج في هذا المطلب ببيان موجز موقف الفقه الإسلامي من عقود المبادلات⁷⁶، ثم نتعرض للموقف التشريعي من هذه العقود على التفصيل الآتي:
أولاً- عقود المبادلات في الفقه الإسلامي:

سبق أن ذكرنا، أن عقود المبادلات تتضمن تبادلاً لتدفقات نقدية، وفقاً لصيغة تعتمد على قيمة، أو أكثر من المتغيرات، وهذا ما أدى إلى وجود العديد من أنواع عقود المبادلات، ونظراً لأن المقام لن يتسع لمعالجة موقف الفقه الإسلامي من كل هذه العقود؛ لأنها تحتاج إلى دراسة قائمة بذاتها، فإننا سنكتفي بتناول أهم أنواعها على التفصيل التالي:

1 - موقف الفقه الإسلامي من عقود مبادلات سعر الفائدة:

تقوم عقود مبادلات سعر الفائدة، من خلال قيام أحد الأطراف الداخلة في

76 نؤكد على ما سبق أن ذكرناه في مقممة هذا البحث، من أننا لن نتمتع في بيان الحكم الشرعي لعقود المبادلات، والخلافات الفقهية التي دارت بشأنها؛ لأنها تصلح لأن تكون دراسة قائمة بذاتها، ولذلك نعرض لهذا الموضوع بشيء من الإيجاز حتى لا نجيد عن الهدف من هذه الدراسة، والمتمثل في إبراز وتحليل الأبعاد القانونية لعقود المبادلات. ولمن يريد مزيداً من التعمق في موقف الفقه الإسلامي من عقود المشتقات المالية، فبالإضافة إلى الدراسات السابقة والتي أشرنا إليها في المقدمة، راجع: د. شافية كفاف، د. ذهبية لطرش، "عقود المشتقات المالية بين الأهمية الاقتصادية والرؤية الشرعية"، بحث منشور بمجلة افاق للعلوم التي تصدرها جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، العدد السابع مارس 2017؛ د. سمير عبد الحميد رضوان "موقف الفقه الإسلامي من العقود والأدوات المتعامل عليها في أسواق المشتقات"، بحث مقدم إلى مؤتمر العقود والمؤسسات المصرفية، والذي عقده مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، بالقاهرة خلال الفترة من 1-5 أبريل 2012؛ د. مبارك بن سلمان آل فواز، "الأسواق المالية من منظور إسلامي"، مركز النشر العلمي، جامعة الملك عبد العزيز - جدة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى 2010؛ د. عطية قياض، "سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي"، دار النشر للجامعات، القاهرة، الطبعة الأولى 1998.

عقود المبادلات المالية

المبادلة بالموافقة على أن يدفع سلسلة من معدلات الفائدة الثابتة، وفي نفس الوقت يتسلم سلسلة من التدفقات النقدية، التي تعتمد على معدلات الفائدة المتغيرة، ويغطي عقد المبادلة فترة زمنية معينة، وهي التي تحدد لسداد الفوائد، والتي تمثل فحوى عقد المبادلة، ويتحدد مقدار مدفوعات الفائدة الدورية على أساس مبلغ اعتباري، يستخدم فقط كمقياس لتحديد مقدار التدفقات النقدية، التي تسدد وفقاً لعقد المبادلة. ولذلك، ذهب بعض الفقه⁷⁷، إلى أن عقود المبادلات مبنية في الأساس على تبادل التدفقات النقدية المبنية على الفوائد. وهي من قبيل الربا الذي تم تحريمه في الكتاب، والسنة، وإجماع الأمة. وتنطوي هذه المعاملات على أكل أموال الناس بالباطل، وهذا العقد جامع للربا والقمار فأحد طرفي العقد غانم، والآخر غارم. ولذلك، فهو من عقود الغرر المنهى عنها شرعاً⁷⁸. واستندوا في ذلك إلى ما يلي:

- طبيعة العقد بين طرفي هذه المعاملة، هو عقد آجل يتأجل فيه البدلان، أي أنه بيع الدين بالدين، أو الكالئ بالكالئ، وهذا النوع من البيوع مجمع على حرمة.
- تتم هذه العقود على محض المراهنة على توجهات الأسعار في الأسواق الدولية من كلاً من العاقدين، أو أحدهما على الأقل. ومن ثم، فإن هذه المعاملة تُعد من جنس الرهان والقمار المحرم شرعاً.

77 د. مبارك سليمان آل سليمان، "أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة"، مرجع سابق، ص 1105؛ د. إبراهيم عبد الحليم عيادة، د. عبد الله محمد رابعة "أثر الغرر في عقود المشتقات المالية، تقرير فقهي اقتصادي إسلامي"، مركز يزيد للنشر، الأردن، الطبعة الأولى 2005، ص 26.

78 د. مبارك سليمان آل سليمان، "أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة"، مرجع سابق، ص 1126؛ د. عبد الرحيم عبد الحميد الساعتي، "المضاربة والقمار في الأسواق المالية المعاصرة: تحليل اقتصادي وشرعي"، بحث منشور بمجلة الاقتصاد الإسلامي التي تصدرها جامعة الملك عبد العزيز، المجلد 20، العدد الأول، 2007، ص 25.

- طبيعة هذه العقود التي تتضمنها هذه المعاملة، لا تترتب عليها شرعاً أحكامها وآثارها. فالمعقود عليه، هو الفائدة، وليس سلعة، أو خدمة، وهو محرم شرعاً⁷⁹.

2- موقف الفقه الإسلامي من عقود مبادلات العملة:

يطلق على هذا النوع من العقود في أسواق العقود الأجلة والمستقبلية: عقود مبادلة العملات Currency Swaps، إلا أن هذا المسمى، من وجه نظر بعض الفقه⁸⁰، لا يصح من الجانب الشرعي؛ وذلك لأن محل العقد هو النقد، وليس سلعة، وهو ما يتنافى مع أركان العقود في الشريعة الإسلامية. أما إذا تم النظر إلى هذه العقود على أنها صرف، أو مصارفة، نجد أن كلاً من المتعاقدين يلتزم برد مبلغ العملة الذي حصل عليه للطرف الآخر، وهو ما لا يتحقق في عقد المصارفة، وهو الذي ينتهي بالتزام كلٍ من الطرفين قبل الآخر بتقابضهما، طبقاً للحديث الشريف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد"⁸¹. ويتضح من هذه المعاملات الآتي⁸²:

- أن مبادلة العملات على نوعين: نوع يختلف فيه السعر في أحد العقدتين، عنه في

79 وأخيراً، يضيف البعض إلى حجج تحريم عقود مبادلات سعر الفائدة، أنها تنطوي من جهة على معاداة لقر الله سبحانه وتعالى فيما لا يجلب خيراً، ولا يدفع عنه شراً، وتنطوي من جهة أخرى على ظلم بين منافع اللعل الذي بُعثت به الرسل ونزلت به الكتب. ولمزيد من التفاصيل راجع: د. عبد الرحيم عبد الحميد الساعدي، "المضاربة و القمار في الأسواق المالية المعاصرة: تحليل اقتصادي وشرعي"، مرجع سابق، ص 26؛ د. عبد العظيم أبو زيد، "التحليل الفقهي والمقاصدي للمشتقات المالية"، مرجع سابق، ص 16. د. إبراهيم عبد الحليم عبادة، د. عبد الله محمد رابعة، "أثر الغرر في عقود المشتقات المالية، تقرير فقهى اقتصادي إسلامي"، مرجع سابق، ص 32.

80 د. مبارك سليمان آل سليمان، "الحكم التعامل في الأسواق المالية المعاصرة"، مرجع سابق، ص 1129؛ د. أشرف محمد دواب، "المشتقات المالية في المنظور الإسلامي"، مرجع سابق، ص 59.

81 رواه مسلم، كتاب المساقاة، باب الصرف، رقم: 1586.

82 د. خالد بن عبد الرحمن بن ناصر المهنا، "المشتقات المالية، دراسة فقهية مقارنة"، مرجع سابق، ص 152.

العقد الآخر، ونوع يكون فيه سعر الصرف في العقدين واحد.

- والنوع الثاني يشبه القرض من الجانبين، أي كأن أحدهما أقرض الآخر دراهم مثلاً لمدة معينة. وفي المقابل، أن يقرضة الآخر دولارات مثلاً لنفس المدة، ولهذا يدفع كلاً منهما للآخر فائدة على المبلغ المقترض بعملة القرض⁸³.

وفي ضوء ما سبق، ذهب بعض الفقه⁸⁴ إلى بطلان عملية مبادلة العملات الآجلة؛ لأن فيها مخالقات شرعية تتمثل في: اشتغالها على صرف مؤجل وهو محرم بالإجماع. ووجود الفائدة بين الشركات والممولين، كالبنوك مثلاً، ووجود الغرر، بحيث أن كل شركة لا تعلم يقيناً السعر الذي ستدفعه عن تسديد القرض؛ لأنه بعملة أخرى، وفارق العملات يؤدي لارتفاع قيمة الفائدة أو انخفاضها بحسب تقلبات أسعار العملاتين.

3 - موقف الفقه الإسلامي من عقود مبادلات البضائع:

سبق أن ذكرنا أن عقود مبادلات البضائع هي التي تشمل اتفاق طرفين على أن يشتري أحدهما من الآخر كمية من سلعة معينة، شراء فورياً بالسعر الحالي، ويتم تسديد الثمن فوراً مع الالتزام ببيع المشتري نفس السلعة في نفس الوقت مرة أخرى إلى من اشتراها منه في البداية بيعاً آجلاً بسعر يتم الاتفاق عليه مسبقاً. وفي أغلب الأحوال يضاف إلى هذا السعر معدل التغيير المتوقع في سعر السلعة

83 بشر محمد موفق لطفى، "التداول الإلكتروني للعملات، طرقه الدولية وأحكامه الشرعية"، مرجع سابق، ص 83.

84 راجع: د. عبد الرحيم عبدالحميد الساعدي، "المضاربة و القمار في الأسواق المالية المعاصرة: تحليل اقتصادي و شرعي"، مرجع سابق، ص 27؛ د. هشام السعدي خليفة بوي، "عقود المشتقات المالية"، مرجع سابق، ص 395؛ د. إبراهيم عبد الحلیم عبادة، د. عبد الله محمد ربيعة، "أثر الغرر في عقود المشتقات المالية، تقرير فقهي اقتصادي إسلامي"، مرجع سابق، ص 33.

عقود المبادلات المالية

خلال الفترة الفاصلة بين مرحلتَي العقد⁸⁵. ويعد النفط من أكثر عقود المبادلات المالية التي ترد على البضائع شيوعاً، حيث ترغب بعض الشركات في دفع سعر محدد ثابت للنفط خلال فترة معينة من الوقت، وعلى هذا الأساس تقوم شركات تكرير النفط بإبرام عقد مبادلة طويل الأجل، وذلك للحصول على الفرق بين السعر الحاضر للنفط، وسعر محدد سلفاً، فإذا كان السعر الحاضر أقل من السعر المحدد سلفاً فإن شركات تكرير النفط تقوم بدفع هذا الفرق⁸⁶.

وعلى ذلك، ذهب بعض الفقهاء⁸⁷ إلى أن عقد مبادلة البضائع غير جائز شرعاً؛ تخريجاً على مسألة عكس العينة؛ وذلك لظهور قصد التحايل فيه على الربا، لأن المراد منه أخذ نقود في نقود أكثر منها، بدليل أن السلعة ليست مقصودة بالعقد، ولهذا لا يجري لها قبض أصلاً.

4 - موقف الفقه الإسلامي من عقود مبادلات أرباح الأسهم:

سبق أن أوضحنا، أنه في هذا النوع من عقود المبادلات، يتم الاتفاق بين طرفي العقد، الذي يملك أحدهما أسهماً تدر عليه أرباحاً بنسبة معينة ويملك الآخر نوعاً مغايراً من الأسهم تدر عليه أرباحاً بنسبة مختلفة على مبادلة المراكز

85 فعندما يرغب البائع أو المنتج في سعر محدد ثابت للمنتجات أو البضائع، فإنه يقوم بالتعاقد مع أحد الأطراف التي ترتب له عقد مبادلة عادة بنك وفي هذه الحالة يقوم البنك بدفع السعر المحدد للبائع خلال الفترة المتفق عليها. وبعد الفترة المتفق عليها يقوم البائع بدفع متوسط أسعار السوق للمنتجات البضائع للبنك. وعلى الجانب الآخر يرغب المشتري في دفع سعر محدد ثابت للمنتجات، وبالتالي يقوم بالترتيب مع البنك لعقد مبادلة على أن يقوم المشتري بدفع السعر المتفق عليه والمحدد سابقاً للبنك، وذلك بعد الفترة المتفق عليها. ثم يقوم البنك بدفع متوسط أسعار السوق للبضاعة للمشتري بعد الفترة المتفق عليها. ثم يقوم البائع ببيع البضاعة في السوق بالسعر الجاري، ويقوم المشتري بشراء البضاعة من السوق بالسعر الجاري. لمزيد من التفاصيل راجع: د. سامي حبيبي، "إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية"، مرجع سابق، ص 198، د. عباس فواد عباس حسن، "أثر تداول عقود المبادلات في أسواق المشتقات المالية"، مرجع سابق، ص 150؛ د. أمال كامل عبد الله، "النظام القانوني لعقود مبادلة الأصول المالية المقنونة"، مرجع سابق، ص 31.

86 - د. عباس فواد عباس حسن، "أثر تداول عقود المبادلات في أسواق المشتقات المالية"، مرجع سابق، ص 150.
87 - د. مبارك سليمان آل سليمان، "الحكام المتعامل في الأسواق المالية المعاصرة"، مرجع سابق، ص 1129؛ د. أشرف محمد دواية، "المشتقات المالية في المنظور الإسلامي"، مرجع سابق، ص 59.

عقود المبادلات المالية

القانونية، بحيث يحصل كل منهما على الفوائد التي تدرها أسهم الآخر لمدة معينة، يعود الأمر بعد انتهائها كما كان. ويرى بعض الفقه⁸⁸ أن هذا النوع من العقود فيه الكثير من المحاذير الشرعية منها: الربا بنوعيه: ربا الفضل، وriba النسيئة إذا كانت النقود من عملة واحدة، أو ربا النسيئة فقط إذا كانت من عملتين. ومن المحاذير الشرعية أيضاً، القمار لأن المقصود من هذه العقود المحاسبة على الفرق بين معدلي العائد على الأسهم، وليس التقابض الذي هو مقصود العقود، فكان أحد العقادين غانماً والآخر غارماً، وهذا حقيقة القمار.

رأينا في الموضوع:

بعد أن عرضنا لبيان موجز حول موقف الفقه الإسلامي من عقود المبادلات المالية، ورأينا أن هناك اتجاه كبير في الفقه يذهب إلى تحريم هذا النوع من العقود لما فيه من المخالفات الشرعية التي تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية. بيد أنه توجد بعض الأساليب التي يمكن أن تحقق أغراض عقود المبادلات المالية، دون أن تتضمن نفس المخالفات التي تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية؛ وذلك لأن هذه العقود فرضت نفسها بقوة على ساحة البورصات العالمية، ولم يعد السؤال هل نستخدمها أم لا؟ وإنما أصبح ما هي الضوابط التي يمكن من خلالها أن نعظم الاستفادة منها؟ وكيف يمكن أن نتلافى المخاطر الناجمة عنها؟ ونبتعد عن المخالفات الشرعية التي نكتنفها؟

88 راجع: د. عبد الرحيم عبدالحميد الساعتي، "المضاربة و القمار في الأسواق المالية المعاصرة: تحليل اقتصادي و شرعي"، مرجع سابق، ص 35؛ دد. إبراهيم عبد الحلیم عبادة، د. عبد الله محمد ربابعة "أثر الغرر في عقود المشتقات المالية، تقرير فقهي اقتصادي إسلامي"، مرجع سابق، ص 37.

وعلى ذلك، فإننا نذهب مع الاتجاه القائل⁸⁹ بالأخذ بهذه العقود من خلال تطهيرها من المخالفات الشرعية وتطويعها لأحكام العقود التي تتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام في البلدان العربية، ووضع البدائل والضوابط لهذا النوع من العقود⁹⁰ حتى لا نتخلف عن ركب الحضارة والتطور الذي يدعو إلى الأخذ بهذه العقود من جهة، ولا نفرط في الثوابت الخاصة بالمجتمعات العربية والإسلامية التي لا تجيز التعامل مع العقود المحرمة شرعاً من جهة أخرى، ومن بين هذه البدائل ما يعرف بالمبادلة المؤقتة، ويقصد بعقد بالمبادلة المؤقتة اتفاق بين متعاقدين أو أكثر على مبادلة مجموعة من السلع أو التدفقات النقدية، لفترة زمنية قادمة، ويقوم السماسرة بدور البحث ومطابقة طلبات المقايضة، وفي حالة عدم تطابق طلبات المشترين والبائعين يقوم السماسر بدور البائع للمشتري والمشتري للبائع، وفي هذا النوع من العقود تفادى علماء الفقه الإسلامي المخالفات الشرعية التي تعتري عقود المبادلات المالية من خلال وضع الضوابط التي من شأنها أن تجعل المعاملة متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية⁹¹.

ثانياً-الموقف التشريعي من عقود المبادلات:

89 راجع في خصوص هذا الاتجاه: د. عبدالرحيم عبدالحميد الساعتي، "نحو مشتقات مالية إسلامية لإدارة المخاطر التجارية"، بحث منشور بمجلة الاقتصاد الإسلامي التي تصدرها جامعة الملك عبد العزيز، جدة، المملكة العربية السعودية، المجلد 11 العدد 1، أكتوبر 2009، ص 45 وما بعدها، بن عطفة مليكة، "البدائل الشرعية للمشتقات المالية التقليدية"، بحث منشور بمجلة الاقتصاد الإسلامي العالمية، العدد 63، أغسطس 2017، ص 45.

90 من الجدير بالذكر، أن هناك محاولات جادة من بعض فقهاء الشريعة الإسلامية لتطهير عقود المشتقات المالية، ومن بينها بطبيعة الحال، عقود المبادلات المالية من المخالفات الشرعية، وأطلقوا على هذه المحاولات مصطلح: أسلمة عقود المشتقات المالية، ولمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع راجع: د. عبد العظيم أبو زيد، "التحليل الفقهي والمقاصدي للمشتقات المالية"، بحث منشور بمجلة الاقتصاد الإسلامي التي تصدرها جامعة الملك عبد العزيز، جدة، المملكة العربية السعودية، المجلد 27 العدد 3، أكتوبر 2014، مرجع سابق، ص 25 وما بعدها.

91 لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع راجع: د. عبد الرحيم عبد الحميد الساعتي، "نحو مشتقات مالية إسلامية لإدارة المخاطر التجارية"، مرجع سابق ص 50 وما بعدها.

نظم المشرع الأمريكي عقود المبادلات في قانون التجارة في المستقبلات الصادر عام 1991 futures trading act. كما عالج الإشراف عليها من خلال قانون الإشراف على المشتقات عام 1994، derivatives supervision act،⁹² أما المشرع الإنجليزي فقد نظمها من خلال قانون الخدمات والأسواق المالية الصادر في عام 2000 Financial Services and Markets Act⁹³. وقد تبنى المشرع الفرنسي العقود الآجلة من خلال القانون الصادر في 28 مارس 1885، ثم توسع في تنظيمها بمقتضى القانون الصادر في 2 يوليو 1996، وأشار صراحة إلى عقود المبادلات، وقام المشرع الفرنسي بوضع تنظيم دقيق لعقود المبادلات من خلال القانون النقدي والمالي لعام 2000، والقانون الخاص بالتنظيمات الاقتصادية الجديدة لعام 2001⁹⁴.

أما بالنسبة إلى التشريعات العربية، فقد قرر المشرع المصري، في القانون التجاري الجديد رقم 7 لسنة 1999 في المادة 46 منه، صحة عقود المبادلات، من خلال النص على أن: "تكون العمليات المضافة إلى أجل صحيحة، ولو قصد المتعاقدان منها أن تؤول إلى مجرد التزام بدفع فروق الأسعار، بشرط أن تعقد العملية في سوق الأوراق المالية، وأن تتعلق بصكوك مدرجة في جداول أسعار هذا السوق، ويصدر بتنظيم هذه العمليات قرار من الوزير المختص".

92 JOHN HULL et autres, Options, futures, et autres actifs dérivés, Op. Cit, p.920.

93 ALAIN RUTTIENS, Futures, swaps, options, les produits dérivés financiers, Op. Cit, p.135.

94 Philippe Parant, Michel Anastassiades, les SWAPS, Op. Cit, p.35.

أما المشرع البحريني، فقد أجاز العقود الآجلة بما في ذلك عقود تبادل المشتقات المالية من خلال المرسوم بقانون رقم 4 لسنة 1987 بإنشاء تنظيم سوق البحرين للأوراق المالية⁹⁵، والمعدل بالمرسوم بقانون - رقم 21 لسنة 2002.⁹⁶

كما أصدر المشرع الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة القانون الاتحادي رقم 4 لسنة 2000م في شأن هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع⁹⁷، وعُدل بالقانون الاتحادي رقم 25 لسنة 2006 وبالقانون الاتحادي رقم 6 لسنة 2009⁹⁸. وبموجب هذا القانون تُنشأ في سوق أبوظبي العالمي سلطات، يتمتع كل منها بالشخصية الاعتبارية المستقلة، وبميزانية مستقلة، ويمارس كل منها اختصاصاته بشكل مستقل وفق أحكام القانون وأنظمة السوق العالمي، ويصدر كل منها القرارات التنفيذية في حدود مهامه واختصاصاته المقررة في القانون وأنظمة

⁹⁵ تم نشر هذا المرسوم بقانون في الجريدة الرسمية البحرينية، بتاريخ 1987 /3/5 .

⁹⁶ تم نشر هذا المرسوم بقانون في الجريدة الرسمية البحرينية، العدد 2543 بتاريخ 8/14 /2002، تم العمل به من تاريخ نشره. وقد قضت محكمة تمييز البحرين، بأنه: " إذا كان هناك عقد أجل على مبادلة عملتين، فإن الهدف ما هو إلا تثبيت سعر الصرف السائد بتاريخ العقد، وللمدقق عليهما. فإذا حل الأجل، يتم عمل تبادل العملتين، فيخسر طرف، ويربح طرف آخر، وفقاً لتغير سعر الصرف. والأصل أن التعامل بالمشتقات، على هذا النحو فيه، رهن ومقامرة، إلا أن القانون رقم 4 لسنة 1987 بإنشاء تنظيم سوق البحرين للأوراق المالية، قد أجاز العقود الآجلة بما في ذلك عقود تبادل المشتقات، وسواء كانت تتم داخل السوق المنظم، أو كانت تجرى في الأسواق الموازية. وقد تأكد هذا الأمر بصدر قرار محافظ مصرف البحرين المركزي رقم 43 لسنة 2010 بتعديل اللائحة رقم 1 لسنة 2007 بشأن الخدمات الخاضعة لرقابة مصرف البحرين المركزي". راجع: حكم محكمة التمييز البحرينية، الأحكام المدنية، الطعن رقم 148 لسنة 2014 قضائية، بتاريخ 2/23 /2016.

⁹⁷ تجدر الإشارة، إلى أن هيئة الإمارات للأوراق المالية والسلع، بدأت بممارسة أعمالها تطبيقاً لأحكام القانون الاتحادي رقم 4 لسنة 2000م، والعمل على تحقيق الأهداف التي نشأت من أجلها، والتي كان من أهمها: حماية المستثمر، وتوفير المناخ الاستثماري الملائم في التعامل في الأوراق المالية. وفي سبيل تحقيق تلك الأهداف، فقد تم إصدار العديد من التشريعات المتعلقة بترخيص وتسجيل الأوراق المالية، والإفصاح وغيرها، واتخاذ الإجراءات الضرورية والعمل بشكل مستمر على النهوض بسوق رأس المال الوطني، ضمن أسس علمية ومهنية واضحة ومدروسة، وضمن أحدث وأرقى المعايير والنظم في هذا المجال لمزيد من التفاصيل حول هيئة الأوراق المالية والسلع، والخدمات التي تقدمها، راجع: الموقع الإلكتروني للهيئة وعنوانه: <https://www.sca.gov.ae/Arabic/Pages/Home.aspx>

⁹⁸ وينقسم هذا القانون إلى أربعة أجزاء. يختص الجزء الأول، بتأسيس هيئة الأوراق المالية، والسلع، وأغراضها، وصلاحياتها. والجزء الثاني، يتلخص بإنشاء وإدارة الأوراق المالية وأسواق السلع في دولة الإمارات. ويتضمن الجزء الثالث العقوبات، ويُعنى الجزء الرابع، من هذا القانون، بالأحكام الختامية. كما أصدر المشرع المحلي لإمارة أبو ظبي في القانون رقم 4 لسنة 2013، بشأن سوق أبو ظبي العالمي. وقد تم نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية العدد الخامس، السنة الثانية والأربعون بتاريخ 31-5-2013، وتم العمل به اعتباراً من تاريخ 19-2-2013.

السوق العالمي⁹⁹، وأوضحت المادة 14 من هذا القانون، أن مؤسسات السوق العالمي المالية المرخصة، تمارس واحداً أو أكثر من الأنشطة والخدمات المالية التالية، وفقاً لما هو مصرح في الترخيص الصادر لها، أو بموجب أحكام تسجيلها. ومن بين هذه الأنشطة ما جاء في الفقرة 13 من ذات المادة، والتي نصت على أن: "بيع، وشراء، وإصدار الأسهم والسندات والصكوك والأذونات، والأوراق المالية الأخرى، والمنتجات المالية بجميع أنواعها، والعملات والسلع والمعادن بأنواعها، والمشتقات بما في ذلك العقود الآجلة، والخيارات المالية التي تقع على أي منها، والاقتراض بضمان أي منها لتوفير السيولة لمباشرة جميع النشاطات والخدمات الأخرى المرتبطة بأسواق النقد والأوراق المالية".

ورغم هذه القوانين، وتلك النصوص، إلا أننا نرى أن هذا التنظيم التشريعي لا يكفي لمعالجة أحكام عقود المبادلات بأنواعها المختلفة، وبيان ما يتوافق منها مع النظام العام وما يتعارض معه. ولذا، فإننا نُهيب بالمشروع الاتحادي لدولة الإمارات، أن يصدر تشريعاً متكاملًا لعقود المشتقات المالية، وفي القلب منها عقود المبادلات؛ لأن هذه العقود فرضت نفسها بقوة على ساحة البورصات العالمية، ولم يعد السؤال هل نستخدمها أم لا، وإنما أصبح ما هي الضوابط التي يمكن من خلالها أن نعظم الاستفادة منها؟ وكيف يمكن أن نتلافى المخاطر الناجمة عنها؟

المبحث الثاني: الأحكام القانونية لعقود المبادلات المالية

99 راجع: المادة 10 من القانون رقم 4 لسنة 2013.

عقود المبادلات المالية

تمهيد وتقسيم:

تمتاز عقود المبادلات المالية، بأنها تُبرم على مراحل، حيث تبدأ بالمفاوضات بالاتفاق المبدئي، وتنتهي بالاتفاق النهائي. وإذا ما انعقد العقد صحيحاً، ترتبت عليه آثاره المتمثلة في: الالتزام بأداء المدفوعات المالية، والالتزام بتقديم الإقرارات والتعهدات الضرورية. ولا شك أن هذا النوع من العقود، وما تحمله من كم من المخاطر يحتاج إلى ضمانات تكفل تنفيذ هذه العقود. وتتمثل هذه الضمانات في: رهن الأصول المالية، والضمانات الشخصية. ولذلك، نقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: مراحل إبرام عقود المبادلات وكيفية إثباتها

المطلب الثاني: آثار عقود المبادلات

المطلب الثالث: ضمانات تنفيذ عقود المبادلات

المطلب الأول: مراحل إبرام عقود المبادلات وكيفية إثباتها

لا شك أن التعرض لبيان المراحل الخاصة بإبرام عقود المبادلات، له دور كبير في فهم الأحكام المتعلقة بهذه العقود، فإذا تعرفنا على مراحل إبرامها، يمكننا بعد ذلك أن نتناول كيفية إثباتها، وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً-مراحل إبرام العقد:

تبدأ مراحل إبرام العقد عقود المبادلات بمرحلة المفاوضات التمهيديّة، فإذا ما نجحت هذه المفاوضات، انتقلنا إلى مرحلة الاتفاق المبدئي، وتنتهي بالاتفاق

مجلة العلوم القانونية السنة السابعة - العدد الثالث عشر - يناير 2021

النهائي،¹⁰⁰ ونعالج هذه المراحل بشيء من الإيجاز على النحو التالي:

1-المفاوضات:

إن الطبيعة الخاصة لعقود المبادلات، تجعلها تُبرم من خلال مرحلة تمهيدية، هي مرحلة المفاوضات، وتبدأ مرحلة المفاوضات بدعوة للتفاهم على المسائل الجوهرية للعقد، يوجهها أحد الأطراف للطرف الآخر، سواء وجهت هذه الدعوة وجهاً لوجه، أو عن طريق الكتابة، أو من خلال وسائل التواصل الحديثة، كالبريد الإلكتروني. وفي هذه المرحلة، يتم تفاهم الأطراف على المسائل الأساسية في العقد، مثل: مدة العقد التي يلتزم الأطراف بإعادة الحال إلى ما كان عليه بانتهائها، وأيضاً محل العقد، المتمثل في عملة معينة في عقود مبادلة العملات، أو مقدار ونوع البضائع التي يتم شراؤها فورياً، وبيعها آجلاً في عقود مبادلة البضائع¹⁰¹. ويتمتع كل طرف من الأطراف الراغبة في التعاقد، في هذه المرحلة، بالحرية الكاملة في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريده، دون أن يتعرض للمسؤولية، خاصة إذا كان قطع المفاوضات راجعاً إلى الفشل في الوصول إلى أي اتفاق. بيد أنه لا يجوز التعسف في استعمال الحق في قطع المفاوضات خاصة إذا كان القصد من قطع المفاوضات هو إلحاق الضرر بالطرف الآخر في تلك المفاوضات¹⁰²، ولذلك يعد الطرف الذي تعسف في استعمال حقه في قطع

100 د. أمال كامل عبد الله، "النظام القانوني لعقود مبادلة الأصول المالية المنقولة"، مرجع سابق، ص 70.

101 JOHN HULL et autres, Options, futures, et autres actifs dérivés, Op. Cit.p.920.

102 د. أبو العلا على أبو العلا النمر، "مفاوضات عقود التجارة الدولية"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية 2002، ص 13 وما بعدها؛ د.جمال فخر النكاس، "العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد"، بحث منشور بمجلة الحقوق الكويتية، المجلد العشرون، العدد الأول مارس 1996، ص 163 وما بعدها.

عقود المبادلات المالية

المفاوضات مسؤلاً عن تعويض الضرر الناتج عن سلوكه، خاصة إذا تبين أنه بدأ المفاوضات، وقد بيت النية على عدم التوصل لأي اتفاق، أو قطع المفاوضات فجأة، ودون مقدمات بعد اتصالات ودراسات جدية، تُوحى بقرب الاتفاق¹⁰³.

2-الاتفاق المبدئي:

إذا ما نجحت مرحلة المفاوضات على إبرام عقود المبادلات، فإن هذا ينقلنا إلى المرحلة التالية، وهي مرحلة الاتفاق المبدئي. ويُمثل هذا الاتفاق، قبول الطرفين لمبدأ التعاقد، بكل ما يتطلبه العقد من عناصر وشروط، تمهيداً لإقراره إقراراً نهائياً، يتحقق به التراضي من الطرفين¹⁰⁴.

ويُعد الاتفاق المبدئي اتفاقاً سابقاً على التعاقد، حيث لا يتمتع هذا العقد بوجود قانوني مستقل عن العقد الذي يسعى إليه الطرفان، ولا ينشئ آثاراً قانونية خاصة به. ولذلك، يظل الاتفاق المبدئي مجرداً من أي قوة إلزامية، إلى حين صدور الاتفاق النهائي لعقد المبادلة¹⁰⁵.

103 وهذا هو الضابط الأول من ضوابط التعسف المنصوص عليها في البند أ من الفقرة الثانية من المادة 106 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والتي تنص على أن: "يكون استعمال الحق غير مشروع: أ- إذا توفر قصد التعدي...". وتطبيقاً لذلك، قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن: "المقرر في قضاء هذه المحكمة - وفقاً للمادتين 104 ، 106 من قانون المعاملات المدنية، أن المشروع وضع مبدأ عدم المسؤولية عن الأضرار التي تنشأ عن الاستعمال المشروع للحق، وحدد أربعة معايير للاستعمال غير المشروع للحق بما يصدق عليه وصف التعسف، أولها أن يكون استعمال الحق مقصوداً به الإضرار بالغير، وتستخلص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالاً يلحق الضرر، بالغير متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك". راجع: حكم المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم: 241 لسنة 22 قضائية، جلسة 6-1-2001، مكتب فني 23، الجزء الرابع، ص 1723.

104 Christophe Chazot et Patrick Claude Les swaps : concepts et applications , Op. Cit,p.163.

105 لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، راجع: د.كبرى محمد حسين؛ د.إستبرق محمد حمزة،"التزامات أطراف التفاوض في عقود التجارة الدولية"، بحث منشور بمجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية التي تصدرها جامعة بابل، المجلد 6، العدد الرابع 2014، ص 255 وما بعدها .

3-الاتفاق النهائي:

يتضمن الاتفاق النهائي لعقود المبادلات عدة مسائل، من الأهمية بمكان أن نتناولها بشيء من التفصيل على النحو التالي:

أ-تأكيد الاتفاق المبدئي:

يحتوي هذا التأكيد على المبادئ الأساسية التي انفق الأطراف عليها أثناء المحادثة الشفهية، حيث قد توجد فترة زمنية بين الاتفاق المبدئي، وتوقيع العقد النهائي للمبادلة¹⁰⁶. وهذا ما يدفع الأطراف إلى الاحتفاظ بمخرجات الحاسب الآلي بإصدار تأكيد للتعاقد، فضلاً عن تسجيل المحادثات التليفونية، والمقاطع الصوتية على برامج التواصل الاجتماعي¹⁰⁷ التي تحتوي على الشروط الأساسية في العقد، مثل: أطراف العقد، والمبلغ الأساسي للمبادلة، وميعاد الاستحقاق¹⁰⁸.

ويتم إبرام عقود المبادلات بمجرد تبادل التأكيدات المكتوبة بين الأطراف، حتى ولو تضمن الاتفاق المبدئي، أو التأكيد، تأجيل التنفيذ لوقت لاحق، بشرط أن يتضمن الاتفاق المبدئي التفاهم على المسائل الجوهرية في التعاقد. وقد أكد القضاء الأمريكي على هذا المعنى حيث حكم في قضية Homstead saving v. Life saving & Loans of America حيث طالبت بالتعويض لرفض المدعي عليه تنفيذ عقد مبادلة أسعار الفائدة، الذي تم التوصل

106 JOHN HULL et autres, Options, futures, et autres actifs dérivés, Op. Cit, p.935.

107 ومن أمثلة هذه البرامج: WhatsApp Messenger ، وبرنامج Facebook Messenger

108 راجع: مزققة معمري " المفاوضات في عقود التجارة الدولية باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال "، رسالة ماجستير مقدمه إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة قاصدي مرياح ورقلة، الجزائر، 2016، ص 15 وما بعدها 2015.

إليه بعد تبادل التأكيدات، وعندما دفع المدعي عليه بانعدام الوجود القانوني للعقد، بحجة أنه لم يتم التوصل لاتفاق نهائي بين الطرفين، حيث لم يكن هناك سوى مجرد مفاوضات. إلا أن المحلفين رفضوا قبول هذا الدفع، حيث اتضح لهم من الوثائق المتبادلة بين الأطراف، ومن ظروف الصفقة، اتجاه الإرادة إلى إبرام العقد، حتى دون التوقيع على الاتفاق النهائي¹⁰⁹. وكان في مقدمة هذه الوثائق، التأكيدات التي تضم كل من المبلغ الأساسي للمبادلة، وسعر الفائدة، وميعاد الاستحقاق. وإذا تضمنت وثيقة التأكيد ما يخالف الاتفاق المبدئي الذي تم بين الأطراف على المسائل الجوهرية في العقد، فيجب على المرسل إليه أن يرفض، وإلا اعتبر سكوته في هذه الحالة سكوتاً ملائماً¹¹⁰، بحيث يحق للمرسل أن يفسره بأنه قبول، فأعلان الرفض عند عدم الموافقة، تستوجب الثقة في التجارة، وحسن النية، واستقرار المعاملات¹¹¹.

ب - الاتفاق النموذجي:

يقصد بالاتفاق النموذجي¹¹²، النموذج العقدي الموضوع من قبل الجهات

109 Pierre-Antoine Boulat; Pierre-Yves Chabert, Les swaps technique contractuelle et régime juridique, Op. Cit, p.71.

110 وبالإضافة إلى ذلك، فالسكوت في هذه الحالة يعد قرينة على قانونية على القبول، كما في المادة 135 من قانون المعاملات المدنية، والتي تنص على أنه: "1 - لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ويعتبر قبولاً. 2- ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه". وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة تمييز دبي بأن: "المقرر في قضاء هذه المحكمة وفق ما تنص به المادتان 132، 135 من قانون المعاملات المدنية، أن التعبير عن الإرادة كما يكون باللفظ أو بالكتابة، فإنه يجوز أن يتم أيضاً بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، أو باتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على التراضي، وأنه وإن كان الأصل أن لا ينسب لساكت قول، إلا أن السكوت قد يكون في معرض الحاجة بياناً، ويعتبر قبولاً وهو يعتبر كذلك - بوجه خاص - إذا كان هناك بين الطرفين تعامل سابق واتصل الإيجاب بهذا التعامل". راجع حكم محكمة تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم 179 لسنة 2013 قضائية، جلسة 7-1-2014، مكتب فني الجزء الأول، ص 28.

111 لمزيد من التفاصيل حول السكوت الملايس ودوره في انعقاد العقد راجع: د.أمجد محمد منصور "صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة في مجال عقد البيع في القانون المدني الأردني"، بحث منشور بمجلة مؤنة للبحوث والدراسات، المجلد السابع عشر، العدد الثامن، 2002، ص 313 وما بعدها.

112 والجدير بالذكر، أن العقود والصيغ والشروط النموذجية لا تمثل بذاتها عقوداً حقيقية، وإنما هي مجرد نماذج يستعين بها المتعاقدون في إعداد عقودهم، إما من خلال اعتماد النموذج الخاص بالعقد المراد إبرامه، بإضافة البيانات الخاصة بهم إلى هذا النموذج، أو بالإحالة إلى الشروط النموذجية في العقد الذي يبرمونه صراحة، أو ضمناً.

المهنية المتخصصة في هذا المجال، وكثيراً ما يلجأ أطراف عقد المبادلة إلى مثل هذه النماذج العقدية، لتحديد المسائل التفصيلية في العقد، توفيراً للوقت والجهد، حيث يكتفون بالإشارة إلى النموذج العقدي المراد تطبيق أحكامه في الاتفاق المبدئي، أو في التأكيدات اللاحقة عليه¹¹³. ولذلك، يعد هذا النموذج العقدي من المسائل الجوهرية في العقد؛ لأنه يحكم العلاقة العقدية بين الطرفين طوال فترة استمرارها¹¹⁴. ولا يقتصر الاتفاق النموذجي، على بيان التزامات الأطراف، والجزاء المترتب على مخالفتها فقط، بل يتضمن العديد من الوثائق المكملة لهذا العقد، والتي تساهم في تنظيم العلاقة القانونية بين أطرافه، وتضم تلك الملحقات، وثيقتان هما: وثيقة ضمان المديونية، وهي التي تتضمن بيان الأصول المالية التي يحددها أطراف المعاملة، لضمان الوفاء بالتزاماتهم، وتنظيم التعامل بشأنها. والوثيقة الثانية، هي الجدول، وهي تحدد بعض العبارات المهمة في العلاقة بين الأطراف، مثل: بيان الأشخاص من الغير، الذين يعد تدهور موقفهم المالي، سبباً في إلغاء العقد¹¹⁵.

ثانياً – إثبات عقود المبادلات المالية:

يُقصد بالإثبات، إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون، وبالقيود التي رسمها، على وجود واقعة قانونية متنازع فيها بين الخصوم. وتتميز المعاملات التجارية بالسرعة والثقة والائتمان؛ لأنها تتم بغرض الربح بخلاف

113 د. أمال كامل عبد الله، النظام القانوني لعقود مبادلة الأصول المالية المنقولة"، مرجع سابق، ص 80.

114 JOHN HULL et autres, Options, futures, et autres actifs dérivés, Op. Cit, p.940.

115 Christophe Chazot et Patrick Claude Les swaps : concepts et applications , Op. Cit,p.170.

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 وشموليتها.

خامساً - نهيىب بالمشرع المحلي لإمارة دبي أن يسد نقصاً في التشريعات العقارية لإمارة دبي بوضع حد أقصى للدفعة الأولى التي يدفعها مشتري العقار على الخارطة، للمطور، وبما لايتجاوز (٢٠٪) من ثمن هذه الوحدة. وأن يربط بين آجال استحقاق كل دفعة من دفعات ثمن العقار، مع ما يتم إنجازها 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 أحكاما 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.

عقود المبادلات المالية

والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام¹²⁰. أما الالتزام الأول فنظراً إلى أهميته، سنعالجه، من خلال بيان مضمونه، ومحلّه، وكيفية الوفاء به، على التفصيل الآتي:

1 - مضمون الالتزام بأداء المدفوعات المالية:

يترتب على عقود المبادلات، التزام أطرافها بأداء المدفوعات المالية، وتختلف طريقة حساب المدفوعات بحسب نوع المبادلة، حيث يتم تحديد هذه المدفوعات في الاتفاق المبدئي في عقود مبادلة العملات، أو بعد إبرام الاتفاق النهائي، ويشكل دوري كما في مبادلة أسعار الفائدة. ويعد الالتزام بأداء المدفوعات المالية، التزاماً بتحقيق نتيجة، وليس التزاماً ببذل عناية، حيث يلتزم المدين بأدائه بقدر العدد المحدد، أو القابل للتحديد بمقتضى العقد، وتتعدّد مسؤولية المدين في حالة عدم تنفيذه¹²¹.

2- محل الالتزام بأداء المدفوعات المالية:

يختلف محل الالتزام في عقود مبادلة العملات، عن عقود مبادلة أسعار الفائدة، وذلك على النحو التالي:

120 راجع المادة 246 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985. كما أكدت المحكمة الاتحادية العليا على ذلك، حيث قضت بأن: "مؤدى نص المادة 246 من قانون المعاملات المدنية، أنه يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وأن هذا العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون، والعرف، وطبيعة التصرف". حكم المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 13 لسنة 2011 قضائية، بتاريخ 2011/3/8.

121 من الأهمية بمكان، الإشارة إلى أنه في الالتزام بنتيجة لا يعتبر المدين موفياً به، إلا إذا تحققت النتيجة. أما في الالتزام ببذل عناية، فيعتبر المدين موفياً بالالتزام متى بذل عناية الشخص المعتاد حتى لو لم تحقق الغاية من الالتزام، وفي الالتزام بنتيجة لا يلتزم الدائن، كقاعدة عامة، سوى بإثبات عدم تحقق النتيجة، حتى تترتب مسؤولية المدين، ولا يستطيع التخلص منها، إلا بإثبات السبب الأجنبي. أما في الالتزام ببذل عناية، فالدائن لا يلتزم فقط بإثبات عدم تحقق النتيجة، ولكن يلتزم أيضاً بإثبات خطأ المدين. لمزيد من التفاصيل راجع: د. مدحت محمد محمود عيد العال، "مصادر الالتزام"، مرجع سابق، ص 11 وما بعدها.

أ - محل الالتزام في عقود مبادلة العملات:

تمتاز عقود مبادلة العملات، بأن أداء المدفوعات المالية فيها يتم على مرحلتين: تتمثل الأولى في أداء مالي فوري من كل طرف للآخر، بناءً على عقد شراء، أو بيع لمبلغ بعملة معينة، وبسعر صرف متفق عليه. أما المرحلة الثانية، فتتمثل في: أداء مالي آجل محدد تاريخه مسبقاً من كل طرف للآخر، بناءً على عكس المعاملة التي تمت في المرحلة الأولى من العقد¹²². ولنضرب مثلاً توضيحياً لبيان هذه العملية، في المرحلة الأولى، يقوم س ببيع مبلغ من الدولار الأمريكي مقابل مبلغ مواز بالجنيه الإسترليني. أما في المرحلة الثانية، يقوم مشتري الدولار الأمريكي بإعادة بيعه للطرف الآخر في مقابل الجنيه الإسترليني، وفقاً لسعر صرف محدد سلفاً بين الدولار الأمريكي، والجنيه الإسترليني، وغالباً ما يختلف سعر الصرف الذي تمت على أساسه في المرحلة الأولى من العقد¹²³.

وهكذا، فإن الالتزام بأداء المدفوعات المالية، يتم بناءً على سعر الصرف المتفق عليه سواء في المرحلة الأولى أو الثانية، وبغض النظر عما تسببه تقلبات الأسعار، في هذه الحالة، من خسارة أو كسب لأي منهما. ويتم الوفاء بهذه الأداءات المالية عن طريق التحويلات البنكية من دولة لأخرى، بحيث يأمر كل طرف من أطراف العقد بتحويل المبلغ المتفق عليه من حسابه في البنك الذي يتعامل معه إلى حساب الطرف الآخر في نفس البنك، أو في بنك آخر¹²⁴.

122 Christophe Chazot et Patrick Claude Les swaps : concepts et applications , Op. Cit, p.175.

123 د. أمال كامل عبد الله، "النظام القانوني لعقود مبادلة الأصول المالية المنقولة"، مرجع سابق، ص 87.

124 YVES JÉGOUREL, Les produits Financiers dérivés, La Découverte, Op. Cit, p.95.

ب - محل الالتزام في عقود مبادلة أسعار الفائدة:

يتمثل محل الالتزام بأداء المدفوعات المالية في عقود مبادلات أسعار الفائدة في مبلغ معين، يتم تحديده بالرجوع إلى الفارق بين أسعار الفائدة على مبلغ أساسي، وغالباً ما تكون نتيجة تقلبات أسعار الفائدة، هي التزام أحد الطرفين بأداء مالي تجاه الطرف الآخر، إلا أنه لا تتم أي أداءات فعلية لهذه الالتزامات بين الطرفين، بل يقتصر الأمر على إجراء عملية محاسبية دورية، تتزامن عملاً مع مواعيد الإعلان عن أسعار الفائدة المتغيرة كل ستة أشهر تقريباً، تدرج فيها تفاصيل ونتائج وتقلبات أسعار الفائدة خلال مدة العقد، ثم تقع مقاصة¹²⁵ دورية بين هذه الالتزامات، تؤدي لانقضائها بمقدار الأقل منها¹²⁶، ويكون ناتج تلك المقاصة مبلغاً محدداً، يلتزم أحد الأطراف المدين به بأدائه للطرف الآخر¹²⁷.

3- الوفاء بالمدفوعات المالية:

يتم الوفاء بالالتزام بأداء المدفوعات المالية في عقود المبادلات، عن طريق الإيداع في أحد البنوك، سواء كنا بصدد عقود مبادلة العملات، أو عقود مبادلة

125 المقاصة لغة، هي: القطع، وقد تأتي بمعنى تتبع الأثر؛ قال تعالى " وقالت لأخته قصيه " سورة القصص-آية 11، أو بمعنى حكى ورؤي؛ قال تعالى " نحن نقص عليك أحسن القصص"سورة يوسف-آية3، أو بمعنى المساواة والمماثلة. كما أنها مشتقة من الآلة "المقص"، أو من فعلها وهو "القص". فكان القطع وقع بين الدينين المتقابلين المتمثلين بمقدار الأقل منهما. راجع: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور، "لسان العرب"، دار صادر بيروت جزء 10، ص 102. أما قانوناً، فالمقاصة هي إحدى الطرق التي ينقضي بها الالتزام، وتحدث عندما يتلاقى دينان، في ذمة شخصين، كل منهما دائن ومدين للآخر، فينقضي الدينان، بحكم القانون، بقدر الأقل منهما. وتمثل المقاصة وسيلة دفع، واستيفاء تلقائي متبادل. والمقاصة كثيرة العمل في مجال البنوك والمصارف، حيث يوجد فيما بينها ما يسمى غرف المقاصة، التي تقوم بإجراء المقاصة بين حقوق وديون البنك. راجع: د.علي أحمد المهدي، "الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية الاتحادي، أحكام الالتزام"، مرجع سابق، ص 112، د. نصرأبو الفتوح فريد، "أحكام الالتزام وفقاً لأحكام قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985"، دار النهضة العلمية، الإمارات، الطبعة الأولى 2018، بند 40، ص 60.

126 يطلق على هذه المقاصة مقاصة التسوية، أو مقاصة المدفوعات، أو مقاصة التسليم.

127 وتطبيقاً لذلك، قضت المحكمة الاتحادية العليا بأنه: " المقاصة، طبقاً لنص المادتين 368 و396 من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم 5 لسنة 1985، هي إيفاء دين مطلوب لدائن، بدين مطلوب لمدينه، وهي إما إجبارية، وتقع بقوة القانون، أو اختيارية باتفاق الطرفين، أو قضائية وتتم بحكم القاضي". راجع حكم المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 28 لسنة 20 قضائية جلسة 17-10-1998، مكتب في 20، الجزء الثاني، ص 979.

عقود المبادلات المالية

أسعار الفائدة. وعلى ذلك، يجب على كل طرف من أطراف عقود المبادلة تحديد رقم حساب في أحد البنوك، يتم إدارجه في العقد، لإيداع المبلغ المستحق عليه لصالح الطرف الآخر¹²⁸. كما يمكن الوفاء بالالتزام عن طريق المبادلة العكسية، حيث يقوم الطرف الراغب في التخلص من عبء الالتزام بأداء المدفوعات المالية، بإبرام عقد مبادلة مع الغير، يلتزم بمقتضاه بأداء عكس الالتزامات التي يلقيها على عاتقه العقد الأول، ويحصل على حقوق تماثل الالتزامات التي يلقيها العقد الأول على كاهله، وعندئذ يتخلص من عبء التزامات العقد الأول، حيث يمنحه العقد الثاني الفرصة للحصول على أداءات مالية، تماثل الأداءات المالية التي يفرضها عليه العقد الأول¹²⁹. والملاحظ أن الطرف الراغب في الوفاء بالتزامات عقد المبادلة عن طريق إجراء مبادلة عكسية يتحمل مسؤولية مزدوجة تتمثل في: الالتزام بأداء مدفوعات مالية بمقتضى العقد الأول، والالتزام بأداء مدفوعات مالية بمقتضى العقد الثاني، وعندئذ قد يواجه مخاطر عدم أداء الطرف الآخر في أي من العقدين لالتزاماته، مما يوجب فسخ أحد العقدين، وبالتالي يتحمل هو الالتزامات التي يلقيها العقد الآخر على عاتقه، وهو بذلك يتحول إلى ضامن لكل

128 يري بعض الفقه، أن الحساب المفتوح لدى بنك لتلقي كل طرف المدفوعات المستحقة له لدى الطرف الآخر، هو نوع من أنواع حساب الوديعة، وبصفة خاصة وديعة بمجرد الطلب، بمعنى أن يكون للعمل الحق في استردادها كلها أو بعضها كما يشاء. راجع:

Christophe Chazot et Patrick Claude. Les swaps : concepts et applications , Op. Cit, p.193.

129 ونضرب مثلاً توضيحاً للمبادلة العكسية: إذا أبرم س عقد مبادلة أسعار فائدة مع ص وكان س بمقتضى هذا العقد هو دافع الفائدة المتغيرة ، و ص هو دافع الفائدة الثابتة واتضح من اتجاهات تطلبات أسعار الفائدة المتغيرة أنها تتجه إلى الارتفاع مما سيرهق س، وفي هذه الحالة يمكن لس أن يبرم عقد مبادلة عكسي مع ع يكون بمقتضاه س هو دافع الفائدة الثابتة، و ع هو دافع الفائدة المتغيرة لنفس المبلغ. وبذلك يحصل س من ع على الفائدة المتغيرة ويقوم بأدائها ل ص، وفي نفس الوقت يحصل على الفائدة الثابتة من ص بمقتضى العقد الأول ويقوم بسدادها ل ع بمقتضى العقد الثاني، وبذلك يتم التخلص من الأعباء المالية لكلا العقدين. راجع: د حاكم محسن الربيعي، د. ميثاق الفئلاوي، د. حيدر جوان، د. علي أحمد فارس، "المشتقات المالية، عقود المستقبلات، الخيارات، المبادلات"، دار البازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، الطبعة الأولى 2015؛ الجزء الثالث، ص 41.

طرف تجاه الطرف الآخر حتى نهاية فترة كل من العقدين¹³⁰.

المطلب الثالث: ضمانات تنفيذ عقود المبادلات

يتعرض الدائن لمخاطر كثيرة، منها: إفسار المدين، أو إفلاسه، أو أن يكون للمدين عدة دائنين، فيزاحمه الدائنون، فلا يحصل الدائن على شيء، أو يحصل على قدر قليل من حقه. ولذلك، تبدو حاجة الدائن إلى طلب الأمن والأمان من الخطر. ومن هنا تأتي نُظم التأمينات لتحقيق غرض الدائن في هذا الشأن. فالتأمينات، هي الوسائل التي تُؤمن الدائن ضد مخاطر عدم قيام المدين بالوفاء بالتزام¹³¹. وإذا كانت الضمانات تنقسم إلى ضمانات عينية وفي مقدمتها الرهن، و ضمانات شخصية وعلى رأسها الكفالة، فإننا سنعالج ضمانات تنفيذ عقود المبادلات المالية من خلال بيان رهن الأصول المالية، والضمانات الشخصية، وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً- رهن الأصول المالية:

تنشأ التأمينات العينية، عن طريق تخصيص مال معين بالذات لضمان الوفاء بالتزام، وهي تُؤمن الدائن ضد تصرفات مدينه، إذ يظل المال المخصص للوفاء

130 د. أسام كامل عبد الله، "النظام القانوني لعقود مبادلة الأصول المالية المنقولة"، مرجع سابق، ص 92.

131 والتأمينات الخاصة- شخصية أو عينية- لها أهمية كبرى للدائن، وللمدين، والائتمان بوجه عام، وذلك لأنها بضمانها حق الدائن، تعزز الثقة بالمدين، وتشجع الدائنين على ائتمانه، ومنحه ما يحتاج إليه من قروض أو أجل. ولا شك أن لهذا الأمر أثرًا كبيرًا في تشجيع الائتمان الذي يعتبر من أهم الوسائل لتنشيط الحركة الاقتصادية التي تعتمد غالبًا على الائتمان، ومن النادر أن نجد مشروعًا اقتصاديًا يعتمد في تمويله على القدرة الذاتية لمن يقوم بهذا المشروع، بل الغالب أن يتم التمويل عن طريق الائتمان، أي عن طريق القروض التي تقدمها الجهات المختصة في مقابل ضمانات كافية. وهكذا، نتبين أن، أهمية التأمينات لا تكمن في مجرد ضمان حق الدائن، بل تتجاوز هذا الهدف إلى تعزيز الثقة بالمدين، وما يترتب على ذلك من تشجيع للائتمان والثقة في التعامل، وهي أمور لا غنى عنها لتحقيق الائتماعش الاقتصادي، وتداول الأموال، حتى تصل إلى يد من يحسن استغلالها. راجع: د. رمضان محمد أبو السعود، د. همام محمد محمود زهران، "التأمينات الشخصية والعينية"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998. ص 7.

عقود المبادلات المالية

متمثلاً بالتأمين، حتى ولو تصرف فيه المدين، وذلك بحكم كون هذه التأمينات حقوقاً عينية تتمتع بمزية التتبع. ثم إنها من ناحية أخرى، تُجنب الدائن خطر إفسار المدين، ومزاحمة سائر الدائنين له، إذ هي تهيئ له مزية التقدم عليهم. وعلى ذلك، فالحقوق العينية التبعية، أو التأمينات العينية، تنشأ لتحقيق هدف مشترك، هو تحصين الدائن ضد خطر عدم قيام المدين بالوفاء بالالتزام. ومن ثم، فالأصل أنها تتبع الالتزام في نشأته ومصيره وانقضائه¹³².

ويعد رهن الأصول المالية، صورة من صور التأمينات العينية، المتمثلة في إيداع أحد أطراف عقد المبادلة، أو كلاهما، أصولاً مالية، لدي حائز من الغير، بحيث تبقى في حيازته، إلى أن يتم تنفيذ كافة الالتزامات التي يلقيها العقد على عاتق المودع، وبحيث يحق لمن تم الإيداع لصالحه، أن يستوفي حقه منها في حالة عدم أداء المودع لما عليه من التزامات¹³³.

ويتم تنظيم هذا النوع من الضمانات في اتفاق ملحق بعقد المبادلة، ويبرم هذا الاتفاق بين ثلاثة أطرف، هم: مودع الضمان، والمستفيد، أو صاحب الحق في الضمان، وأخيراً حائز الضمان أو المودع لديه. ويتضمن اتفاق الضمان للأصول المالية المرهونة، أو المودعة، فضلاً عن تعيين الصفقة، أو الصفقات التي تضمن هذه الأصول المالية تنفيذها¹³⁴. ويقترّب هذا النظام مع الرهن الحيازي¹³⁵، كما سبق أن أوضحنا. وعلى ذلك، فإن رهن الأصول المالية في عقود المبادلات

132 د. نصر أبو الفرح فريد حسن، "الرجيز في التأمينات الشخصية والعينية، وفقاً لقانون المعاملات المدنية الإماراتي"، دار النهضة العلمية، الإمارات 2016، ص 24.

133 د. خالد بن عبد الرحمن بن ناصر المهنا، "المشتقات المالية، دراسة فقهية مقارنة"، مرجع سابق، ص 165.

134 Christophe Chazot et Patrick Claude Les swaps : concepts et applications , Op. Cit, p.205.

135 راجع ما سبق أن أشرنا إليه، بشأن علاقة عقود المبادلات بعقد الرهن الحيازي، عند تناولنا للخلاف الفقهي حول التكيف القانوني لعقود المبادلات ص 23.

عقود المبادلات المالية

يقتضي إيداع أموال الضمان لدى طرف من الغير، يحدده المتعاقدان، وغالباً ما يكون هذا الحائز، مؤسسة مالية، أو بنكاً يتم إيداع المال لديه. ويلتزم بإعادته إلى مالكه في نهاية المدة المحددة لعقد المبادلة، أو ببيعه وتسليم عائده كله، أو بعضه للمستفيد من الضمان، في حال تحقق سبب الرجوع على الضمان.¹³⁶ ويلتزم مقدم الضمان، بتسليم الأصول المالية المتفق عليها إلى الحائز، بحيث تبقى في حيازته انتظاراً لما ستسفر عنه اتجاهات تقلبات أسعار الأصول المالية المنقولة، محل عقد المبادلة¹³⁷، كما في مبادلة أسعار الفائدة، أو انتظاراً لأداء الطرف الملزم في المرحلة الثانية من تنفيذ عقد مبادلة العملات للالتزام. وتظل أموال الضمان لدي الحائز، انتظاراً لتنفيذ مقدم الضمان بما عليه، أو تحققت أي واقعة من الوقائع المحددة في العقد والموجبه لفسخه، فيصبح للمستفيد من الضمان الحق في الحصول على مستحقاته من أموال الضمان، ويمتد حقه، في هذه الحالة، إلى كافة الثمار التي نتجت عن إدارة الحائز لها. كما يلتزم مقدم الضمان، بضمان هلاك، أو تلف المال المرهون، إذا ما هلك، أو تلف بخطئه، أو بقوة قاهرة. وفي هذه الحالة، يلتزم بإكمال ما حدث في هذا المال من نقص، أو بإبداله بمال آخر¹³⁸. أما حائز أموال الضمان، فيلتزم بالحفاظ على هذه الأموال، باذلاً في ذلك

136 - د. أمال كامل عبد الله، "النظام القانوني لعقود مبادلة الأصول المالية المنقولة"، مرجع سابق، ص 110.

137 ومن الأهمية بمكان، الإشارة إلى أنه، حتى لحظة إبرام اتفاق الضمان، لا يمكن معرفة أي من طرفي عقد مبادلة أسعار الفائدة هو الدائن أو المدين؛ لأن الذي يحدد لك هو تقلبات الأسعار، وذلك على عكس الحال في عقود مبادلة العملات. ولمزيد من التفاصيل راجع:

Pierre-Antoine Boulat, Pierre-Yves Chabert, Les swaps technique contractuelle et régime juridique, Op. Cit, p.87.

138 وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن: "نص المشرع في المادة 1472 من قانون المعاملات المدنية رقم 5 لسنة 1985، موداه، أن الدائن المرتهن، يلتزم باتخاذ ممتلك معين في المحافظة على الشيء المرهون وصيافته، ويضمن أيضاً سلامته. إذ افترض المشرع، أن العناية المطلوبة منه تؤدي إلى الإبقاء على الشيء سليماً، دون أن يصيبه تلف، أو يلحقه الهلاك، فإن تلف، أو هلك، انعقدت مسؤوليته، باعتباره ضامناً لنتيجة معينة، ما لم يثبت السبب الأجنبي الذي جعلها تقلت من سيطرته، وعليه، بطبيعة الحال، عبء هذا الإثبات". راجع حكم المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 100 لسنة 15 قضائية، جلسة 1-2-1994، مكتب قني 16 الجزء الأول، ص149.

عناية الشخص المعتاد، كما يلتزم بعزل هذه الأموال، عن حسابات وأموال المستفيد، مع عدم أحقية هذا الأخير في الحصول على هذه الأموال، أو عوائدها، إلا بعد تحقق سبب الرجوع على الضمان، ما لم يكن هناك اتفاق على إجراء مقاصة بين التزامات الطرفين، التي يلقيها على عاتقهما عقد المبادلة، وعلى أن يحصل صاحب الحق في الضمان، على ما يستحق له من مدفوعات من عائد استثمار أموال الضمان. وأخيراً، يلتزم حائز أموال الضمان، برد المال إلى مقدم الضمان في نهاية عقد المبادلة، حال تنفيذ هذا الأخير لما عليه من التزامات بمقتضى العقد¹³⁹.

ثانياً- الضمانات الشخصية:

يتحقق التأمين الشخصي بضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي في الوفاء بالدين، فيصبح لدى الدائن أكثر من شخص مسؤول عن الدين، إما في وقت واحد، أو على سبيل التعاقب، إذا عجز المدين الأصلي عن الوفاء. ومن أمثلة التأمينات الشخصية¹⁴⁰: الكفالة، والتضامن، وعدم قابلية الالتزام للانقسام. وهكذا يتحقق معنى الضمان الخاص. فبعد أن كان للدائن ضمان عام على أموال

139. د. أمال كامل عبد الله، "النظام القانوني لعقود مبادلة الأصول المالية المنقولة"، مرجع سابق، ص 116.
140. وقد سبقت التأمينات الشخصية التأمينات العينية في الظهور، فهي أول ما عرفه الفقه القانوني من التأمينات الخاصة، وظلت لها الغلبة على التأمينات العينية خلال المراحل الأولى من التطور التاريخي للقانون. وقد كان وراء هذه الظاهرة سببان رئيسيان، يتمثل الأول في: أن التأمينات العينية، تفرّض حصاراً أكثر تعقيداً، إذ كان يسبقها تنظيم حق الملكية، ثم تفرّغ الحقوق العينية الأخرى عن هذا الحق، ثم التمييز بين الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية، إذ لم تكن التأمينات العينية إلا حقوقاً عينية تبعية، في الوقت الذي لا تستلزم فيه التأمينات الشخصية، سوى ضم ذمة أو ذمة أخرى إلى ذمة المدين الأصلي. أما السبب الثاني، فلأن الجماعات البدائية كانت جماعات فقيرة قليلة الأموال، فلا يستطيع المدين أن يجد الأموال التي يقدمها لدائنه ضماناً لوفاء دينه، إلا بشق الأنفس. فضلاً عن سيادة فكرة الملكية العائلية، بحيث يصبح العقار ملكاً للأسرة كلها، بحيث يصعب معه على أحد أفرادها أن يجد مالاً خاصاً به يقدمه لدائن، كأمين عيني، في حين أن سيادة روح التضامن بين أفراد الأسرة، كان ييسر للمدين العثور على من يقدم لضمانه. ومع ذلك، فإن التطور اللاحق للجماعات البشرية، وضعف التضامن العائلي، وتقدم الفكر القانوني، كل هذه العوامل أدت بالتدريج إلى تفوق فكرة التأمينات العينية على التأمينات الشخصية، وإن كانت هذه الأخيرة مازالت ذات أهمية كبرى، لا سيما في المجال التجاري. ويرجع ذلك إلى السرعة، وعدم التعقيد اللازمين في العمليات التجارية، الذي توفره التأمينات الشخصية أكثر من التأمينات العينية. راجع: د. سمير عبد السيد تناغو "التأمينات الشخصية والعينية"، مرجع سابق، بند 4، ص 9.

المدين، يصبح له ضمان عام أيضاً على أموال كل من ضمت ذمته إلى ذمة هذا المدين من كفيل، أو مدين متضامن. فالعملية، تتلخص إذن في تعدد الضمان العام للدائن، وهذا التعدد يُعطي فرصة أكبر للدائن في استيفاء حقه¹⁴¹.

وقد يلجأ أطراف عقد المبادلة إلى فكرة الضمان الشخصي للوفاء بالالتزامات، التي يلقيها العقد على عاتقه في حالة عدم رغبة أحدهما في تقديم ضمان عيني، كرهن الأصول المالية السابق الإشارة إليه. ويتمثل الضمان الشخصي، في تقديم خطاب من الغير، يتعهد فيه بمساندته، في حالة عدم قدرته على الوفاء بالالتزامات الناشئة عن عقد المبادلة. ويتمثل الضمان الشخصي، في تقديم خطاب من الغير، يتعهد فيه بمساندته، في حالة عدم قدرته على الوفاء بالالتزامات الناشئة عن عقد المبادلة. وقد أطلق المشرع على هذا الضمان الشخصي، "خطاب الضمان"، حيث نصت المادة 414 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم 18 لسنة 1993 على أن: "خطاب الضمان تعهد يصدر من المصرف الضامن بناء على طلب عميل له الأمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر المستفيد دون قيد أو شرط ما لم يكن خطاب الضمان مشروطاً إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله"¹⁴².

141 د. محمد كامل مرسي باشا " شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية" تتقح المستشار معتر كامل مرسي، والمستشار محمد علي سيكر، منشأة المعارف الإسكندرية، 2005، ص16.

142 وتطبيقاً لذلك، محكمة نفض أبو ظبي بأن: "النص في المواد 411، 412، 414، 471 من قانون المعاملات التجارية يدل على أن خطاب الضمان مشروطاً أو غير مشروط هو إحدى صور الكفالة المصرفية، وتتشأ الحاجة إليه عندما يجد عميل البنك نفسه مضطراً إلى تقديم ضمان نقدي إلى شخص آخر لكي يقبل هذا الأخير التعامل معه فيلجأ العميل - المطلوب منه الضمان - إلى البنك يبرم معه عقد اعتماد بالضمان يتفق فيه على أن يصدر البنك خطاب ضمان لصالح المستفيد بالشروط التي يطلبها العميل والمتفق عليها مع المستفيد". راجع حكم المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 918 لسنة 2009 قضائية جلسة 12-11-2009، مكتب في 3 الجزء الثالث، ص1427.

أما الفقه الإنجليزي فقد أطلق على هذا التعهد اسم: "خطاب الثقة"؛ لأنه يضع الطرف الآخر في عقد المبادلة في حالة ارتياح، بشأن قدرة مقدمه على الوفاء. أما الفقه الفرنسي، فيطلق على هذا النوع من الوثائق تسمية: "خطاب النوايا، أو خطاب الثقة"¹⁴³، ويصدر عن شخص موسر، لتدعيم الثقة في الموقف المالي، بهدف الحصول على انتمان معين بمقتضى عقد من العقود. وفي معظم الحالات، يتم إصدار مثل هذا النوع من خطابات من جانب شركة كبرى، دعماً للموقف المالي لإحدى الشركات الأصغر التابعة لها¹⁴⁴. ويقترب هذا النظام من الكفالة¹⁴⁵ التي عرفها المشرع الإماراتي في المادة 1056 من قانون المعاملات المدنية بقولها: "الكفالة ضم ذمة شخص هو الكفيل إلى ذمة مدين في تنفيذ التزامه". ويظهر من تعبير المشرع الإماراتي، أن الكفالة هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في تنفيذ التزام المدين، أي أن الكفيل يكون مسئولاً عن سداد الدين الذي كفله أمام الدائن، ما لم يحم المدين بالوفاء به. وبهذا المعنى، تؤدي الكفالة إلى مشاركة الكفيل للمدين في المسؤولية، لا في المديونية¹⁴⁶. وهكذا، فالكفالة تفترض قيام التزام أصلي بين شخصين مدين ودائن، وتعمل على ضمان الوفاء بهذا

143 Philippe Parant, Michel Anastassiades, les SWAPS, Op. Cit, p.123.

144 Christophe Chazot et Patrick Claude Les swaps : concepts et applications , Op. Cit, p.237.

145 وتعرف الكفالة في الفقه الإسلامي بأنها ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أودين أو عين أو عمل، وبفهم من ذلك أن الشريعة الإسلامية تجعل الكفيل في مركز المدين الأصلي؛ لأنها تحول للدائن في مواجهته نفس الحقوق التي له في مواجهة المدين الأصلي. ولزمن من التفاصيل حول الكفالة في الفقه الإسلامي راجع د. علي محمد عبد الحافظ، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2008، ص5 وما بعدها.

146 وتطبيقاً لذلك، قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن: "النص في المادة 1056 من قانون المعاملات المدنية على أن "الكفالة ضم ذمة شخص، هو الكفيل، إلى ذمة مدين، في تنفيذ التزامه". يدل على أن التزام الكفيل يتبع التزام الأصيل فإذا وقعت الكفالة مطلقة فإن التزام الكفيل يكون مماثلاً للالتزام المكفول، من حيث: مقداره، وشروطه بما في ذلك موعد حله، وما لحقه من فوائد. وفي الكفالة المستمرة، يظل التزام الكفيل، قائماً إلى أن ينهي الكفيل، بالنسبة للمعاملات المقبلة، بإعطاء إشعار للدائن، ويكون الكفيل، عندئذ، ضامناً لرصيد الدين الذي كان قائماً وقت إنهاء الكفالة". راجع حكم المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 18 - لسنة 20 قضائية - بتاريخ 23- 11- 1999.

الالتزام، ذلك أن الكفالة ترتب التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل، باعتبار أنها التزام تابع لالتزام المدين، ولذلك نجد أن خطاب النوايا يرتبط بعقد المبادلة وجوداً وعدماً. وعليه، فإن انقضاء عقد المبادلة، يؤدي لانقضاء خطاب النوايا، كما أن الحكم ببطلان عقد المبادلة، يُجرد خطاب النوايا من كل قيمة قانونية¹⁴⁷.

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث بالفحص والتحليل، الجوانب القانونية لعقود المبادلات، والتي تعد واحدة من أهم أنواع عقود المشتقات المالية، حيث يتم الاتفاق فيها بين طرفين على تبادل مجموعة من التدفقات النقدية، خلال فترة محددة من الزمن، ولا يتم التبادل الفعلي في بداية التعاقد، ولا في أثنائه، ولا في نهايته، وإنما تقوم هذه النوعية من العقود على أساس التسوية النقدية الصافية، أي يتم احتساب المبلغ الذي يتم دفعه، أو تحصيله من كل طرف، ثم يتم سداد الفرق إلى أو من الطرف الآخر في العقد. ومن خلال هذه المعالجة، يمكن أن نخلص إلى النتائج والتوصيات التالية:

147 د. أمال كامل عبد الله، "النظام القانوني لعقود مبادلة الأصول المالية المنقولة"، مرجع سابق، ص 129.

عقود المبادلات المالية

أولاً - النتائج:

- 1- تمثل عقود المبادلات أحد أدوات الاستثمار الحديثة، التي تُعطي للمستثمر فرصة الحد من المخاطر التي يتعرض لها، خاصة مخاطر تغير أسعار العملات، أو أسعار الفائدة، أو أسعار السلع في المستقبل.
- 2- تتضمن عقود المبادلات اتفاقاً بين طرفين، مفاده: تبادل تدفقاتهما النقدية أو مدفوعات مالية خلال مدة محددة، ولمدة محددة، وبانقضاء هذه المدة يعود الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد.
- 3- لا يوجد حصر لأنواع عقود المبادلات المختلفة التي يمكن ابتكارها؛ لأنها تتضمن تبادلاً لتدفقات نقدية أو مدفوعات مالية خلال مدة محددة وفقاً لصيغة تعتمد على قيمة، أو أكثر من المتغيرات، ومن أشهر هذه الأنواع: عقود مبادلات البضائع، وعقود مبادلات العملات، وعقود مبادلات أسعار الفائدة.
- 4- اختلف الفقه حول التكييف القانوني لعقود المبادلات، وتمحور هذا الخلاف حول محاولة حصر طبيعتها القانونية بأحد العقود المسماة مثل: عقد المقايضة، أو عقد الرهن الحيازي، أو عقد حوالة الدين، بيد أننا رجحنا أنها عقود مركبة ذات طبيعة اقتصادية خاصة، ولا جدوى من محاولة حصر طبيعتها القانونية من أي عقد مسمى؛ لأن هذه الطبيعة الخاصة، والنشأة الاقتصادية لهذه العقود جعلت لها أحكاماً خاصة بها، وضوابط قانونية تميزها عن غيرها من العقود المسماة، أو غيرها من عقود المشتقات المالية الأخرى.

5- هناك اتجاه كبير في الفقه يذهب إلى تحريم عقود المبادلات لما فيه من المخالفات الشرعية التي تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية. إلا أنه توجد بعض الأساليب التي يمكن أن تحقق أغراض عقود المبادلات المالية، دون أن تتضمن نفس المخالفات التي تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية؛ وذلك لأن هذه العقود فرضت نفسها بقوة على ساحة البورصات العالمية، ولم يعد السؤال هل نستخدمها أم لا؟ وإنما أصبح ما هي الضوابط التي يمكن من خلالها أن نعظم الاستفادة منها؟ وكيف يمكن أن نتلافى المخاطر الناجمة عنها؟ ونبتعد عن المخالفات الشرعية التي تكتنفه.

6 - تمتاز عقود المبادلات بأن إبرامها يتم على مراحل، تبدأ بمرحلة المفاوضات التمهيدية، فإذا ما نجحت هذه المفاوضات يتم الانتقال إلى مرحلة الاتفاق المبدئي، وتنتهي بالاتفاق النهائي.

7 - يترتب على عقود المبادلات التزامان يتمثلان في: الالتزام بأداء المدفوعات المالية، والذي يعد الالتزام الرئيس المترتب على عقود المبادلات، فضلاً عن الالتزام بتقديم الإقرارات والتعهدات الضرورية.

8 - تتمثل ضمانات تنفيذ عقود المبادلات في: رهن الأصول المالية، وهو يقتضي إيداع أموال الضمان لدي طرف من الغير، يحدده المتعاقدان، وغالباً ما يكون هذا الحائز مؤسسة مالية، أو بنكاً يتم إيداع المال لديه، وال ضمانات الشخصية المتمثلة في: "خطاب الثقة، أو خطاب النوايا"؛ الذي يضع الطرف الآخر في عقد المبادلة، في حالة ارتياح، بشأن قدرة مقدمه على الوفاء.

عقود المبادلات المالية

ثانياً - التوصيات:

1 - تُهيب بالمشرع الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة تنظيم عقود المبادلات المالية بعد تطهيرها من المخالفات الشرعية، وتطويعها لأحكام العقود التي تتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية، والنظام العام في البلدان العربية، ووضع البدائل والضوابط لهذا النوع من العقود، حتى لا نتخلف عن ركب الحضارة والتطور الذي يدعو إلى الأخذ بهذه العقود، ولا نفرط في الثوابت الخاصة بالمجتمعات العربية والإسلامية التي لا تجيز التعامل مع العقود المحرمة شرعاً، ومن بين هذه البدائل عقود المبادلات المؤقتة.

2 - تُهيب بالمشرع الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، أن ينشئ محاكم خاصة تتولى الفصل في منازعات عقود المشتقات المالية، بما فيها عقود المبادلات، مع ضرورة توفير البيئة المناسبة للفصل في هذا النوع من العقود، من خلال إعداد القضاة المتخصصين القادرين على استيعاب النواحي الفنية لعقود المشتقات المالية، مع تهيئة الجهات والأفراد المتعاملين بهذا النوع من العقود، حتى يكون هناك وعي وخبرة وتخصص لدى المستثمرين، ويكون لديهم قراءة واضحة للسوق، تعتمد على معرفة بإيجابياته وسلبياته، مما يساعد على القضاء على النزاع قبل أن ينشأ.

قائمة المراجع

أولاً-المراجع العامة:

- د. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، " شرح قانون المعاملات المدنية الإماراتي العقود المسماة عقد البيع دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية، دار النهضة العلمية، الإمارات، الطبعة الأولى 2019.
 - د. سمير عبد السيد تناغو "التأمينات الشخصية والعينية" منشأة المعارف الإسكندرية، 2008.
 - د. عبد الرزاق حسين يسن، " المدخل لدراسة القانون وفقاً لقانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم 5، لسنة 1985، لدولة الإمارات العربية المتحدة، الكتاب الأول، نظرية القانون"، مطبوعات أكاديمية شرطة دبي، الطبعة الأولى 1999.
 - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، " نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية"، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية 1998.
 - د. عدنان سرحان، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي"، مكتبة الجامعة-الشارقة، الطبعة الأولى 2015.
 - د. عدنان سرحان؛ د. علي أحمد المهداوي؛ د. يوسف محمد قاسم عبيدات، "الموجز في شرح مصادر الالتزام في قانون المعاملات المدنية الاتحادي"، مكتبة الجامعة - الشارقة، الطبعة الأولى 2015.
 - د. علي هادي العبيدي، "التأمينات الشخصية والعينية وفقاً لأحكام قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة"، مكتبة الجامعة، الشارقة، الطبعة الأولى 2012.
 - د. محمد المرسي زهرة "ضمانات الائتمان العينية في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة"، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى 1997.
 - د. مدحت محمد محمود عبد العال، " النظرية العامة للالتزام وفقاً لأحكام قانون المعاملات المدنية، الجزء الأول، مصادر الالتزام"، مطبوعات أكاديمية شرطة دبي، الطبعة الأولى 2015.
- ثانياً -المراجع الخاصة:

السنة السابعة - العدد الثالث عشر - يناير 2021

مجلة العلوم القانونية

عقود المبادلات المالية

- د. آمال كامل عبد الله، "النظام القانوني لعقود مبادلة الأصول المالية المنقولة"، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الأولى 2004.
- بشر محمد موفق لطفي، "التداول الإلكتروني للعمليات، طرقه الدولية وأحكامه الشرعية"، دار الفنائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى 2009.
- د. حاكم محسن الربيعي، د. ميثاق الفتلاوي، د. حيدر جوان، د. علي أحمد فارس، "المشتقات المالية، عقود المستقبلات، الخيارات، المبادلات"، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، الطبعة الأولى 2015.
- د. سمير عبد الحميد رضوان، "المشتقات المالية ودورها في إدارة المخاطر"، ودور الهندسة المالية في صناعة أدواتها"، دار النشر للجامعات، القاهرة، 2009.
- د. الصديق محمد الأمين الضرير، "الغرر في العقود، وآثاره في التطبيقات المعاصرة"، المعهد الإسلامي للتدريب، جدة - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى 1993.
- د. طارق عبد العال حماد، "المشتقات المالية-المفاهيم، إدارة المخاطر، المحاسبة"، الدار الجامعية، القاهرة، الطبعة الأولى 2001.
- د. عبد الحميد محمود البعلي، "المشتقات المالية في الممارسة العملية وفي الرؤية الشرعية"، الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، الطبعة الأولى 2002.
- د. عبد الكريم قندوز، "الخيارات، المستقبلات، والمشتقات المالية الأخرى"، إصدارات إي - كتب، لندن، الطبعة الأولى 2017.
- د. عبد الله بن محمد بن عبد الله العمراني "العقود المالية المركبة، دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية"، كنوز أشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية 2010.
- د. محمد الشنقيطي، "دراسات شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة"، مطبعة دار العلوم والحكم، المدينة المنورة، الطبعة الأولى 2001.
- د. مبارك سليمان آل سليمان، "أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة"، دار كنوز أشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى 2005.
- د. منير إبراهيم هندي:

السنة السابعة - العدد الثالث عشر - يناير 2021

مجلة العلوم القانونية

عقود المبادلات المالية

- أ- "إدارة المخاطر الجزء الرابع عقود المبادلة"، سلسلة الفكر الحديث في الهندسة المالية، الطبعة الأولى 2016.
- ب- "أساسيات عقود المشتقات المالية، العقود الآجلة والمستقبلية وعقود الخيارات والمبادلة"، المكتب العربي الحديث، الطبعة الأولى 2016.
- د. هشام السعدني خليفة بدوي، "عقود المشتقات المالية، دراسة فقهية اقتصادية مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2011.
- ثالثاً - الرسائل الجامعية:
أ- رسائل الدكتوراه:
- د. خالد بن عبد الرحمن بن ناصر المهنا، "المشتقات المالية، دراسة فقهية مقارنة"، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، مطبوعات كرسي سابق لدراسات الأسواق المالية الإسلامية، 2013.
- د. سامي حبيلي، "إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية، دراسة فقهية"، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية، الأردن، 2008.
- د. سهام عيساوي، "دور تداول المشتقات المالية في تمويل أسواق رأس المال - دراسة حالة سوق رأس المال الفرنسي" - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير جامعة محمد خيضر بسكرة الجزائر، 2015.
- ب- رسائل الماجستير:
- حميده محمد عبد المجيد محمد، "مشاكل القياس والإفصاح المحاسبي عن عقود المبادلات: دراسة نظرية تطبيقية"، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية التجارة، جامعة الأزهر، 2003.
- سميرة محسن، المشتقات المالية ودورها في تغطية مخاطر السوق المالية، "رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير جامعة منتوري . قسنطينة، الجزائر، 2006.
- رابعاً - الأبحاث العلمية:

عقود المبادلات المالية

- د. إبراهيم عبد الحليم عبادة، د. عبد الله محمد ربابعة "أثر الغرر في عقود المشتقات المالية، تقرير فقهي اقتصادي إسلامي"، بحث منشور بمجلة العلوم الشرعية التي تصدرها جامعة القصيم، المجلد التاسع، العدد الثاني يناير 2016.
- د. أشرف محمد دواية، "المشتقات المالية في المنظور الإسلامي"، بحث منشور في مجلة إسرا للمالية الدولية التي تصدرها الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية في ماليزيا، المجلد الثاني، العدد الأول يونيو 2011
- د. بدر الدين براحلية، "عقود المشتقات المالية"، بحث منشور بمجلة التواصل في الاقتصاد، والإدارة، والقانون، التي تصدرها جامعة باجي مختار-عنابة الجزائر، العدد 42، يونيو 2015.
- د. حسين سيد حسين عبد الباقي، "إطار مقترح للمعاملة الضريبية لعقود المبادلات"، بحث منشور بمجلة الاقتصاد والتجارة التي تصدرها جامعة عين شمس، العدد الثاني، أبريل 2015.
- د. رياض أسعد، "المبادلات المقايضات، بحث مقدم إلى ندوة دور المشتقات المالية في الأزمة المالية العالمية، والتي عقدتها مجموعة البركة المصرفية بفندق هيلتون جدة المملكة العربية السعودية يومي 26، 27 أغسطس 2009.
- د. عباس فؤاد عباس حسن، "أثر تداول عقود المبادلات في أسواق المشتقات المالية للفترة من 2000 - 2016 م"، بحث منشور بمجلة أماراباك الصادرة عن الأكاديمية الأمريكية العربية للعلوم والتكنولوجيا، المجلد 9، العدد 28، 2018.
- عبدالرحيم عبدالحميد الساعاتي:
- "المضاربة و القمار في الأسواق المالية المعاصرة: تحليل اقتصادي وشرعي"، بحث منشور بمجلة الاقتصاد الإسلامي التي تصدرها جامعة الملك عبد العزيز، المجلد 20، العدد الأول، 2007.
- "تحو مشتقات مالية إسلامية لإدارة المخاطر التجارية"، بحث منشور بمجلة الاقتصاد الإسلامي التي تصدرها جامعة الملك عبد العزيز، المجلد 11، العدد الأول، 1999.

عقود المبادلات المالية

- د. عبد العظيم أبو زيد، "التحليل الفقهي والمقاصدي للمشتقات المالية"، بحث منشور بمجلة الاقتصاد الإسلامي التي تصدرها جامعة الملك عبد العزيز، المجلد 27، العدد الثالث، 2014.
- د. ندى عبد القادر عبد الستار الشريدة، "توظيف عقود المبادلات في مجال الفنادق والسياحة: دراسة تحليلية في عينة من الفنادق العراقية المسجلة في سوق العراق للأوراق المالية"، بحث منشور بمجلة الغري للعلوم الاقتصادية والإدارية التي تصدرها جامعة الكوفة، المجلد 13، العدد 40، 2016.
- ياسر عبد الكريم الحوراني، "الاستثمار في عقود المشتقات المالية من منظور إسلامي"، بحث منشور بمجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد 30، العدد 4، 2015.
- خامساً -المراجع الأجنبية:

- 1-ALAIN RUTTIENS, Futures, swaps, options, les produits dérivés financiers, Edipro; Édition : 3e édition 16 juin 2009.
- 2-Christophe Chazot et Patrick Claude Les swaps : concepts et applications Economica; Édition : 2e édition 1995.
- 3-Pierre-Antoine Boulat; Pierre-Yves Chabert, Les swaps technique contractuelle et régime juridique Masson, Paris, 1992.
- 4-JOHN HULL et autres, Options, futures, et autres actifs dérivés, éd. Pearson, 5ème édition, Paris, 2005.
- 5-YVES JÉGOUREL, Les produits Financiers dérivés, La Découverte; 2e édition 14 octobre 2010.
- 6-Philippe Parant, Michel Anastassiades, les SWAPS, Editions Eska 2 Sept. 1991

السنة السابعة - العدد الثالث عشر - يناير 2021

مجلة العلوم القانونية



جامعة عجمان
AJMAN UNIVERSITY

Journal of Legal Sciences

Year Seven - Thirteenth Issue - January 2021

Email: lawmagazine@ajman.ac.ae

A scientific journal that deals with legal, sharia and economic studies

ISSN: 2707 - 1073
E - ISSN: 2707 - 1081



The penal mediation system - a study in the Algerian and French legislation



The subject of the doctrinal dispute in the ruling on women's justice and its impact on



The concept of citizenship and the obstacles to its application in contemporary society



Mechanisms of Individual labor Dispute Settlement And the role of the judiciary in resolving it



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



Financial swap contracts - (An analytical study)

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