



مجلة العلوم القانونية

Email: lawmagazine@ajman.ac.ae

السنة الثامنة - العدد السادس عشر - يوليو 2022

مجلة دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات القانونية والشرعية والاقتصادية

نحو تنظيم قانوني للأسرار التجارية في التشريع الإماراتي

رؤيا فقهية في التقارب بين بعض أحكام قانون الإعسار والإفلاس

نظارات في عقد التخصيم وفقاً للمرسوم بقانون 16 لسنة 2021

حق الحبس وحق الاحتباس: تماثل أم تناقض

شروط إجراء الصلح الواقي من الإفلاس

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 درهماً	40 درهماً	20 دولار	سنة واحدة
مؤسسات	60 درهماً	50 درهماً	25 دولار	سنة واحدة

يُدفع الاشتراك بإحدى الطرق الآتية:

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

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

رقم الحساب (IBAN) : AE170330000010493141592

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

قال تعالى:

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤْدُوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ
بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُّكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ
كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا

صدق الله العظيم

(سورة النساء: 58)

بـ

دولة الإمارات العربية المتحدة - جامعة عجمان - كلية القانون
مجلة علمية مُحكمة "نصف سنوية" تهتم بنشر الدراسات القانونية والشرعية
السنة الثامنة - العدد السادس عشر - يوليو 2022
الترقيم الدولي: 1081 - 2707 / E - ISSN: 2707-1073

توجه جميع المراسلات والبحوث على العنوان التالي:

سكرتير 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

ج

الهيئة الاستشارية للمجلة

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

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

الأستاذ الدكتور / محمد المرسي زهرة
أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق -
جامعة عين شمس
العميد السابق لكلية الشريعة والقانون -
جامعة الإمارات العربية المتحدة

الأستاذ الدكتور / رفعت العوضي
رئيس مكتب هيئة الإعجاز العلمي بالقاهرة
 التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي
أستاذ الاقتصاد بكلية التجارة - جامعة
الأزهر

القاضي الدكتور / جمال السميطي
مدير عام معهد دبي القضائي

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

هيئة التحرير

سكرتير التحرير
أ. سناه صالح

نائب رئيس التحرير
د. نجلاء فليح

رئيس التحرير
د. عبد العزيز الحسن

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 أواصر 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:

تعنى 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 بخطار المجلة في حالة تقديم البحث للنشر في مجلة أخرى طالما لم تُبدِ 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 بالأصلية والإضافة للمعرفة القانونية.
- 4- لا يكون البحث مستلأً من رسالة علمية (ماجستير أو دكتوراه) نال بها الباحث درجة علمية، أو منشوراً من قبل بأية صورة من صور النشر.
- 5- لا يتجاوز حجم البحث أربعين صفحة بما فيها قائمة المراجع وملخص البحث باللغتين العربية والإنجليزية.
- 6- تقدم البحوث مطبوعة بخط Simplified Arabic وتكتب العنوانين الرئيسية والفرعية بالخط الأسود العريض بحجم (16)، وحجم (14) للتصوّص في المتن، وبحجم (10) للهواشم 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 الأربع.
- 8- أن يُراعي في الهواشم والترقيم والتاريخ وذكر المراجع والمولفين الآتي:
 - أ. أن تكون الإشارة إلى صفحات المصادر والمراجع في الهامش وليس في صلب البحث.
 - ب. أن ترقم هواشم كل صفحة على حده، ويراعى في الترقيم الأرقام المتعارف عليها في الأسلوب العربي.
 - ج. عند ذكر الأعلام والمولفين 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- يقدم البحث إلى المجلة بصيغة (word).
- 10- يقدم الباحث موجزاً لسيرته العلمية في حدود عشرة سطور في صفحة مستقلة، تتضمن: الاسم، وجهة عمله، ورتبته العلمية، وأهم ابحاثه، 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 من يقع عليهم اختيار هيئة تحرير المجلة.
- 13- تُخطر المجلة أصحاب البحث المقدمة بموقفها من نشر بحوثهم على النحو التالي:
 - أ. يُخطر أصحاب البحث الواردة بوصولها إلى المجلة خلال أسبوع من تاريخ الوصول.
 - ب. يُخطر أصحاب البحث المقبولة بإجازة بحوثهم للنشر.

ج. في حالة وجود ملاحظات على البحث، يُعاد البحث لمؤلفه لاستيفاء هذه الملاحظات ليكون صالحاً للنشر.
د. يقوم الباحث بارفاق تقرير مفصل عن التعديلات المطلوبة التي تم القيام بها، مع أهمية وضع خط تحت الإجراء المعدل على متن البحث ويلون مختلف، وذلك حتى يسهل على المحكم التحقق منها، وبيان مدى مطابقته مع التعديل المطلوب. مع احتفاظ هيئة تحرير المجلة بالتحقق من مدى المطابقة ما بين ملاحظات المحكم المقترحة وتعديلاته الباحث.

- 14- يُعتبر للباحث الذي لم تتوافق لجنة المحكمين على نشر بحثه دون الالتزام بإبداع الأسباب.
 - 15- تحفظ المجلة بكل حقوق النشر.
 - 16- تقدم البحث 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، ومرافق البحث العلمي القانوني.
 - 19- إعمالاً لمبدأ حرية الرأي ونسبة لصاحبها، فإنَّ ما يطرح من آراء في البحث المنشورة بالمجلة، إنما تعبَّر عن وجهة نظر صاحبها، ولا تعبَّر عن رأي المجلة أو الجامعة، ولا تكون مسؤولة عن تبعاتها.
- آلية التحكيم والنشر في المجلة:**

تخضع البحوث المقَّمة إلى مجلة العلوم القانونية لتقييم موضوعي، يقوم على مراحل ثلاثة:

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 المعهود بها في المجلة، وكذلك التأكد من أنَّ الباحث قد قام بملء جميع النماذج المطلوب تقديمها مع البحث، كنموذج إقرار الملكية الفكرية، والتعهد بأنَّ البحث غير منشور بمجلة علمية أخرى، أو غير مستل من رسالة جامعية.. الخ، ثم يتمَّ 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 واستماراة التقييم، خلال عشرين يوماً من تاريخ إرسال البحث 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 تمَّ 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 مسئلة من بحثه مع العلم بأنَّ المجلة تراعي في أولوية النشر ما يأتي:

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

كلمة العدد

تسعى جامعة عجمان دوماً إلى تشجيع البحث العلمي وتطويره في دولة الإمارات العربية المتحدة، ولذلك نسعى في كلية القانون ومن خلال مجلتنا إلى أن تكون مصدراً من مصادر تشجيع البحث العلمي، وإتاحة الفرصة أمام العاملين في المجال القانوني لنشر أبحاثهم بما يساعد على خلق الإطار العلمي المناسب للنقاش، وتبادل الآراء والسعى نحو كل ما هو جديد في الفكر القانوني.

وفي سبيل الارتقاء بالبحث العلمي ولضمان وصول أفضل الأبحاث جودة ومساهمة في مسيرة تطوير الفكر القانوني إلى النور، فإن هيئة تحرير المجلة تولي اهتماماً كبيراً باختيار الأبحاث في مرحلة التحكيم، كما إننا في المجلة نعمل بجهد متواصل حتى تصدر أعداد مجلتنا في وقتها المناسب.

يسُرُّ هيئة تحرير مجلة العلوم القانونية في جامعة عجمان أن تضع بين أيدي الباحثين، القراء عددها السادس عشر.

ونرجو أن يجد قراء المجلة صالتهم في البحوث المنشورة في هذا العدد، ونتمنى أن تساعد في تعزيز تجربة جامعة عجمان في دعم البحث العلمي، وتشجيع الباحثين على المساهمة في تطوير المجلة وتلبية حاجات المجتمع.

وأخيراً، لا يفوتنا أن نشكر أعضاء هيئة تحرير المجلة، والهيئة الاستشارية، والمحكمين المعتمدين من المجلة، والمدققين اللغويين، على جهودهم التي بذلوها من أجل إخراج هذا العدد إلى النور.

رئيس التحرير

أ.د. عبد العزيز الحسن

المحتويات

الصفحة	الموضوع
1	نحو تنظيم قانوني للأسرار التجارية في التشريع الإماراتي أ.د. عمر فارس
25	رؤية فقهية في التقارب بين بعض أحكام قانوني الإعسار والإفلاس د. محمد عبد الله
58	الطبيعة القانونية لعقد التخصيم وفقاً للمرسوم بقانون رقم (16) لسنة 2021 بشأن التخصيم وحوالة الدمم المدينة د. فؤاد القهالي
86	حق الحبس وحق الاحتباش: تماثل أم تناقض دراسة مقارنة بين القانون التونسي والقانون الإماراتي أ.د. رابحة الغندري
127	شروط إجراء الصلح الواقي من الإفلاس دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين الإماراتي والمصري أ.د طارق كميل أ. فاطمة الكرببي

ج

نحو تنظيم قانوني للأسرار التجارية في التشريع الإماراتي

الأستاذ الدكتور عمر فارس
أستاذ القانون التجاري - كلية المدنية الجامعية
دولة الإمارات العربية المتحدة

تاریخ القبول: 29-3-2022

تاریخ التسلیم: 8-3-2022

Towards a legal regulation of trade secrets in the UAE legislation

Dr. Omar Fares
Professor of Commercial Law
Member of faculty at City University College of Ajman - UAE

ملخص

تعد الأسرار التجارية أحد أهم حقوق الملكية الفكرية، ذلك أنها تمنح صاحبها ميزة تنافسية في مجال النشاط الذي يعمل فيه. ونظرًا للأهمية الكبيرة لهذه الأسرار بالنسبة لنشاط وأداء مختلف المشروعات الاقتصادية اهتمت دولة الإمارات العربية المتحدة بتنظيمها بغرض حمايتها من التعدي عليها، فأقرت أحكاماً خاصة بالأسرار التجارية أو ما يطلق عليه "المعلومات غير المفصح عنها" ضمن قانون حماية الملكية الصناعية رقم 11 لسنة 2021، وحددت الشروط الواجب توفرها في هذه المعلومات، وأظهرت بشكل غير مباشر مدى اختلافها عن شروط الاختراع، ثم ذكرت الأفعال التي تشكل تعدياً على الأسرار التجارية، وأكدت على إمكانية مساءلة مرتكيها مدنياً عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة، دون أن تترتب عليهم أية مساءلة جزائية إلا في حالات خاصة. ويأتي هذا البحث لدراسة مدى كفاية الحماية القانونية التي وفرتها هذه الأحكام للأسرار التجارية، مع بيان سبيل تعزيز هذه الحماية، لجعلها أكثر فاعلية في تمكين المشروعات من استغلال أسرارها التجارية بالشكل الأمثل.

الكلمات المفتاحية: الأسرار التجارية – المعلومات غير المفصح عنها – حقوق الملكية الفكرية – شروط الحماية القانونية – التعدي على الأسرار التجارية – المنافسة غير المشروعة – الجزاءات المدنية – العقوبات الجزائية.

Summary

Trade secrets are one of the most important intellectual property rights, as they give their owner a competitive advantage in the field of activity in which he operates. Given the great importance of these secrets for the activity and performance of various economic projects, the United Arab Emirates has taken care of regulating them in order to protect them from infringement. So, it approved provisions for trade secrets or What was called as “undisclosed information” within the Industrial Property Protection Law No. 11 of 2021. And, it specified the conditions that must be provided in this information, and indirectly showed how different it is from the conditions of the invention. Then, it mentioned the acts that constitute an infringement of trade secrets, and emphasized the possibility of civil accountability of perpetrators through the lawsuit of unfair competition, without entailing any criminal accountability, except in special cases.

This research comes to study the adequacy of the legal protection provided by these provisions to trade secrets, with an explanation of the way to enhance this protection, to make it more effective in enabling projects to exploit their trade secrets optimally.

Keywords: trade secrets - undisclosed information - intellectual property rights - conditions of legal protection - infringement of trade secrets - unfair competition - civil penalties - penal sanctions.

مقدمة

تقوم المشروعات عموماً بعمليات بحث وتطوير مستمر لابتكار أساليب وطرق جديدة لصناعة المنتجات وأداء الخدمات وممارسة سائر الأعمال التجارية، ومن خلال هذه العمليات تتوصل إلى معلومات قيمة تساعدها على تحسين أدائها. وهذه المعلومات القيمة قد لا تكون مؤهلة للحماية عن طريق أنظمة حقوق الملكية الفكرية التقليدية مثل براءات الاختراع، أو تكون مؤهلة لذلك، ولكن المشروعات تجد أنه من الأنسب لها اتخاذ تدابير معينة بنفسها لحفظ سرية تلك المعلومات، ومن ثم الاستمرار باستغلالها بنفسها أو عن طريق الترخيص للغير باستغلالها مقابل عائد مادي متفق عليه، الأمر الذي أدى إلى وجود ما يسمى بـ "المعلومات غير المفصح عنها" أو "الأسرار التجارية"¹. وفي الواقع، تعتبر الأسرار التجارية من أهم عوامل نجاح المشروعات لأنها توفر لها ميزات تنافسية، وتمكنها من زيادة عوائدها المادية، ومثالها: وصفة المشروب الغازي لكوكاكولا (Coca Cola) ووصفات تحضير دجاج كنتاكي (KFC) وخوارزميات غوغل (Google) وغيرها.

ومع تسارع التطور التكنولوجي انتشرت ظاهرة الاعتداء على الأسرار التجارية، وزادت حاجة المشروعات إلى الاستحواذ على أحدث ما يستخدمه المنافسون في تصنيع المنتجات وأداء الخدمات، الأمر الذي انعكس سلباً على أنشطة الحائزين القانونيين للأسرار التجارية، وتسبب لهم في خسائر مادية لا يستهان بها. وتأييداً لذلك، جاء في تقرير الاحتياط العالمي لسنة 2014 الصادر عن مؤسسة كروول، بأن نسبة الإبلاغ عن سرقة الأسرار التجارية من الشركات ارتفعت من 18% في سنة 2013 إلى 25% في سنة 2014، كما تقدر قيمة الخسائر الناتجة عن سرقة الأسرار التجارية في الاتحاد الأوروبي وحده خلال سنة 2018، بنحو 60 مليار يورو². ولذلك كان من الضروري سنّ أحكام خاصة بالأسرار التجارية، تضمن لصاحبها حيازة قانونية هادئة ومستقرة، وممارسة جميع الحقوق التي يمنحه إياها القانون عليها، وتقرير جراءات رادعة لكل من يتعرض لها بالاعتداء³.

فلا شك أن هناك ضرورة لحماية الأسرار التجارية، لأن حمايتها تعني حماية الابتكار والتشجيع عليه لضمان نمو الاقتصاد الوطني والعالمي، وكذلك ضمان الاستقرار القانوني في الأوساط التجارية. ووجود أحكام خاصة بحماية الأسرار التجارية في بلد ما يعني إمكانية ملاحقة الغير فيما لو وقع منه اعتداء عليها،

¹ آمال بن بريج وعبد الكرييم عسلي، المنافسة غير المنشورة الماسة بالأسرار التجارية، المجلة الأكademie للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، الجزائر، المجلد 11، العدد 1، 2020، ص 182.

² Kroll, Global Fraud Report, 2014:

<https://www.google.com/search?q=Kroll%2C+Global+Fraud+Report%2C+2014&oq=Kroll%2C+Global+Fraud+Report%2C+2014&aqs=chrome..69i57j33i160.2169j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

³ Davide Follador, Trade Secrets Systems in Innovation, IP Polices and Development, WIPO: Symposium on Trade Secrets and Innovation, Geneva, 25 November 2019.

⁴ فتحية حواس، النظام القانوني للأسرار التجارية، مجلة الفكر القانوني والسياسي، جامعة الأغواط الجزائر، المجلد 4، العدد 2، 2020، ص 72.

مما يعزز حقوق أصحاب الأسرار التجارية في استغلالها بأنفسهم أو التصرف بها من خلال بيعها أو الترخيص باستغلالها. وفي هذا الشأن، سبق للمشروع الدولي أن أقر اتفاقية تريبيس أو ما يعرف بـ "اتفاقية جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة" لسنة 1994، إذ تعتبر هذه الاتفاقية من أهم الاتفاقيات الدولية التي تعنى بتوفير حماية قانونية فعالة لحقوق الملكية الفكرية، بما في ذلك الأسرار التجارية أو كما أسمتها الاتفاقية "المعلومات غير المفصح عنها". وقد انضمت الإمارات العربية المتحدة إلى هذه الاتفاقية بتاريخ 10/4/1996، وعندما أصدر المشروع الإماراتي القانون الجديد الخاص بالملكية الصناعية رقم 11 تاريخ 19/5/2021، حاول أن يستقي معظم الأحكام الخاصة بالمعلومات غير المفصح عنها، والتي وردت في هذا القانون من أحكام اتفاقية تريبيس المذكورة، التزاماً منه لكونه طرفاً فيها.

والحقيقة أن الأحكام الخاصة بالأسرار التجارية التي وردت في قانون الملكية الصناعية الإماراتي، جاءت مقتضبة ولا تغطي جميع المسائل المتعلقة بها، حيث اقتصرت على بيان الشروط الواجب توفرها في المعلومات غير المفصح عنها لتكون مشمولة بالحماية القانونية، وتحديد نطاق حمايتها، وذكر حالات مسؤولية الحائز القانوني لها، بالإضافة إلى تعداد الأفعال التي تشكل تعدياً على الأسرار التجارية، وتعتبر متعارضة مع الممارسات التجارية النزيهة، وكذلك تعداد الأفعال التي لا تعتبر متعارضة مع هذه الممارسات. ومن ثم غفل المشروع الإماراتي عن تعريف الأسرار التجارية، ولم يحدد طبيعتها القانونية، كما أنه لم يعرض الشروط المطلوبة في المعلومات غير المفصح عنها بوضوح، ولم يهتم كثيراً بأفعال الاعتداء عليها والمسؤولية التي يفترض أن تترتب على المعتمدي من الناحيتين المدنية والجزائية.

أهمية البحث: تكمن أهمية هذا البحث في أنه يحل الأحكام الخاصة بالأسرار التجارية الواردة في قانون الملكية الصناعية الإماراتي، ويحاول بيان أوجه القصور التي اعتبرت هذه الأحكام، مع تقديم مقترنات بناءة للمساهمة في إعادة صياغتها، بما يضمن حماية أكثر فاعلية للأسرار التجارية في دولة الإمارات العربية المتحدة.

أهداف البحث: تتلخص أهداف هذا البحث في النقاط التالية:

1. وضع تعريف واضح للأسرار التجارية القابلة للحماية القانونية.
2. حصر الشروط المطلوبة في المعلومات محل الأسرار التجارية.
3. التعرف على أهم صور التعدي على الأسرار التجارية.
4. تناول وسائل حماية الأسرار التجارية من أفعال التعدي عليها.

¹ <https://wipolex.wipo.int/ar/treaties/parties/231>

² تم نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية في العدد رقم 703 تاريخ 31/5/2021، ودخل حيز التنفيذ بتاريخ 31/12/2021.

منهجية البحث: يتبع هذا البحث في إعداده المنهج الوصفي والمنهج التحليلي، حيث يعرض الأحكام الخاصة بالأسرار التجارية الواردة في قانون الملكية الصناعية الإماراتي، ومن ثم يقوم بتحليلها لاستظهار مواطن النقص والقصور فيها، ومن ثم صياغة مقررات تساهم في تطوير الأحكام المذكورة لجعلها أقدر على تحقيق الغرض الأساسي الذي وجدت من أجله والمتمثل في حماية الابتكار وريادة الأعمال.

إشكالية البحث: تمثل الإشكالية الرئيسية للبحث في بيان مدى كفاية الأحكام الخاصة بالأسرار التجارية أو المعلومات غير المفصح عنها، والواردة في قانون الملكية الصناعية الإماراتي لسنة 2021، في توفير حماية فعالة تضمن لصاحبها حيازة هادئة لها، والتتمتع بجميع حقوقه عليها، لا سيما استغلالها وبيعها والترخيص باستعمالها للغير.

خطة البحث: يحاول هذا البحث الإجابة على العديد من التساؤلات المهمة بهدف إيجاد تنظيم قانوني تفصيلي ومناسب لحماية الأسرار التجارية. فمن ناحية أولى، كيف يمكن رسم الخط الفاصل بين المعلومات العادية غير القابلة لحماية القانونية، وتلك التي يمكن أن تكون محلًّا للأسرار التجارية المشمولة بالحماية القانونية. ومن ناحية ثانية، ما هي التدابير التي يجب على صاحب الأسرار التجارية اتخاذها لحفظها على سريتها، وحتى يستمر صاحبها في التمتع بالحماية القانونية. ومن ناحية ثالثة، ما هي الوسائل المناسبة لحماية الأسرار التجارية؟ وهل يكتفى بتطبيق قواعد المسؤولية المدنية، أم لا بد من تجريم أفعال التعدي على الأسرار التجارية؟ لأجل الإجابة على هذه الأسئلة وغيرها في هذا البحث، سنحاول التطرق أولاً إلى ماهية الأسرار التجارية (المبحث الأول)، ثم نبين وسائل حمايتها من أفعال الاعتداء التي يمكن أن تتعرض لها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ماهية الأسرار التجارية

يعدّ موضوع الأسرار التجارية أحد أهم موضوعات الملكية الفكرية، مع ذلك فإنها لم تحظَ حتى اليوم بذات الاهتمام التشريعي والقضائي والفقهي الذي تحظى به باقي حقوق الملكية الفكرية، لا سيما براءات الاختراع وبراءات المنفعة والعلامات التجارية والتصاميم الصناعية. وسوف نوضح فيما يلي مفهوم الأسرار التجارية (المطلب الأول)، ثم نحاول تحديد الشروط الواجب توفرها في المعلومات محل الأسرار التجارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الأسرار التجارية

من خلال هذا المطلب سنحاول بيان المقصود بالأسرار التجارية (أولاً)، والطبيعة القانونية لها (ثانياً).

أولاً- المقصود بالأسرار التجارية

معظم التشريعات الوطنية استقت أحکامها الخاصة بالأسرار التجارية من اتفاقية ترييس، ولو رجعنا إلى نصوص هذه الاتفاقية لوجدنا أنها لم تضع تعريفاً خاصاً بها، وإنما اكتفت بذكر الشروط الواجب توفرها

في المعلومات غير المفصح عنها لتحظى بالحماية القانونية. وهذا ما فعله المشرع الإماراتي عندما سن الأحكام الخاصة بالأسرار التجارية أو المعلومات غير المفصح عنها، والتي ضمنها قانون الملكية الصناعية، حيث جاء في المادة 61 من القانون المذكور: "تتمتع بالحماية طبقاً لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية، المعلومات غير المفصح عنها، بشرط أن يتتوفر فيها ما يأتي: 1- السرية... 2- أن تستمد قيمتها التجارية من كونها سرية. 3- أن تعتمد في سريتها على ما يتخذه حائزها القانوني من إجراءات فعالة لحفظها".

أما الفقه فقد كان سابقاً يربط مفهوم الأسرار التجارية بالمعرفة الفنية، حيث تم تعريفها بأنها: "مجموعة المعرفة التكنولوجية النظرية والعملية والإدارية الجديدة والقابلة للانتقال، والتي تحتفظ بها المشروعات بشكل سري، وغير مشمولة ببراءة الاختراع"¹. كما عرفت أيضاً بأنها "خطة أو عملية أو أدوات أو آلية مركبة معروفة من قبل مالكها والعاملين لديه الذين تقضي الضرورة اطلاعهم عليها وعلمهم بها"². وعرفت كذلك بأنها: "المعلومات السرية المتعلقة بسلعة ما أو بمنتجات معينة بما تشمله من ابتكارات أو تركيبات أو مكونات أو عناصر أو أساليب أو طرق أو وسائل صناعية... يحتفظ بها المنتج أو الصانع، ولم يفصح عنه"³. ويلاحظ على هذه التعريفات أنها تقصر مجال الأسرار التجارية على المعرفة الفنية القابلة للتطبيق الصناعي، مع أن الواقع العملي يشير إلى أن الأسرار التجارية تشمل جميع المعلومات السرية التي تمنح مالكها ميزة تنافسية في المجال الذي يعمل فيه، وليس بالضرورة أن تكون قابلة للتطبيق الصناعي.

ولذلك اتجه الفقه حديثاً إلى التوسيع في تعريف الأسرار التجارية، والنظر إليها على أنها أية معلومات ذات قيمة في الأعمال التجارية عموماً، وتحل محل ميزة تنافسية في مجال نشاطه. وتأيداً لذلك عرفت الأسرار التجارية على أنها: "تلك المعلومات التي تعطي المشروع التجاري ميزة على منافسيه الذين لا يعرفون هذه المعلومات"⁴. بمعنى آخر، لا يجب حصر المعلومات التي يمكن أن تكون محلأً للأسرار التجارية، فالملهم في المعلومات المقصودة أن تتحقق فيها عدداً من الشروط المتقدّمة عليها لتخذ صفة الأسرار التجارية، وتكون مشمولة بالحماية القانونية، وعلى رأس هذه الشروط بالطبع: أن تكون سرية وذات قيمة اقتصادية وخاضعة لتدابير معقولة لحفظها على سريتها. ومن أمثلة ذلك: أساليب العمل، وتحليلات السوق، وسياسات التسعير وحسابات التكلفة، وقوائم الموردين والعملاء، والبيانات المالية الخاصة، والخطط التسويقية، والوصفات والمعرفة الفنية والتقنية. فلا شك أن إفشاء مثل هذه المعلومات وغيرها قد يؤدي إلى خسائر كبيرة للمشروع المعنى.

¹ سمحة القليبي، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 10، 2016، ص 435.

² إبراهيم عبيدات، الأسرار التجارية: المفهوم والطبيعة القانونية وألية الحماية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ص 66.

³ مرتضى خري، القواعد الخاصة بحماية المعلومات غير المفصح عنها وعلاقتها بالصناعة التوائية، مجلة البحث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي أفلو، الجزائر، المجلد 2، العدد 1، 2020، ص 92.

⁴ خاطر لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية في منظمة التجارة العالمية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2001، ص 93.

مع العلم أنه لا يجوز اعتبار كل المعلومات الخاصة بمشروع ما سرية وينطبق عليها وصف الأسرار التجارية، فالمعلومات السرية المقصودة هنا هي المعلومات التي تكون غير معروفة إلا من قبل عدد محدود من الأشخاص، وذات قيمة اقتصادية، وتعكس ميزة تنافسية، ومن ثم تقرر إدارة المشروع اتخاذ تدابير معقولة بشأنها بغرض الحفاظ على سريتها. ومن ناحية أخرى، يقترح البعض ضرورة أن تكون المعلومات محل الأسرار التجارية نتاج جهود كبيرة توصل إليها أصحابها، ومن ثم احتفظ بسريتها واكتسبت قيمة تجارية¹، ولكننا نرى أن من شأن هذا الشرط تضييق نطاق الحماية عن طريق الأسرار التجارية. ولذلك نؤكد هنا على أن حماية الأسرار التجارية، يجب أن تشمل جميع المعلومات التي تتحقق فيها الشروط الثلاثة المتفق عليها - السرية وذات قيمة اقتصادية وخاصة للتدابير المعقولة للحفاظ على سريتها، ولا ضير بعد ذلك إن تم الحصول على المعلومات المقصودة نتيجة مجهد كبير أم بطريق الصدفة².

ثانياً- الطبيعة القانونية للأسرار التجارية

اختلاف الفقه حول الطبيعة القانونية للأسرار التجارية، وهناك من يصنفها ضمن الحقوق الشخصية التي تستند إلى الثقة، وهناك من يعتبرها حق ملكية يرد على أشياء غير مادية، ولكنها في الحقيقة تتمتع بطبيعة قانونية خاصة لصعوبة تصنيفها ضمن الحقوق المعروفة في القواعد العامة.

أ - الأسرار التجارية كحق شخصي

يميل بعض الكتاب إلى اعتبار الأسرار التجارية من فئة الحقوق الشخصية، ذلك أنها تقوم على رابط الثقة الذي تنشأ بين حائزها ومن اتصل علمه بها، سواء تم هذا الاتصال بحكم عمله أو بالاستناد إلى اتفاق مستقل أو في شكل شرط عقدي في عقد العمل أو عقد ترخيص أو غير ذلك، بما يفيد التزام هذا الأخير بعدم إفشاء تلك الأسرار للغير، وعدم استغلالها لمصلحته الشخصية أو لمصلحة الغير إلا بإذن من أصحابها³. وقد انتقد هذا الرأي؛ لأنّ الأسرار التجارية مال منقول معنوي قابل للتصرف به، وهذا المال يتصل بالذمة المالية ل أصحابها، وهو من العناصر المعنوية المكونة للمحل التجاري، ذلك أنه في الواقع يجري تقييم الأسرار التجارية عند تقدير القيمة المادية الكلية لهذا المحل. كما أنّ إبرام العقود مع من يتصل علمهم بالأسرار التجارية، إنما هو وسيلة من الوسائل التي يلجأ إليها أصحابها بغرض حمايتها والحفاظ على سريتها.

ب - الأسرار التجارية كحق ملكية معنوية

يرى آخرون أنّ الأسرار التجارية تعكس حق ملكية على مال منقول معنوي، هو المعلومات السرية ذات القيمة الاقتصادية، والتي توصل إليها أصحابها نتيجة جهود معينة تم بذلها، ومن ثم اكتسب حق الاستئثار

¹ سمحة القليبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص435.

² علاء وصفي المستريحي وعلى خالد قطيشات ومناهل شاهر العساف، القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية التقصيرية عن الاعتداء على الأسرار التجارية، المجلةالأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد 10، العدد 2، 2018، ص126.

³ سندس قاسم، التنظيم القانوني للأسرار التجارية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة كربلاء، العراق، 2013، ص15.

بها واستغلالها والتصرف بها، وفي الوقت ذاته منع الغير من الكشف عنها أو حيازتها أو استغلالها¹. بمعنى آخر، تدرج الأسرار التجارية ضمن فئة حقوق الملكية الفكرية، ولهذا هي تعتبر من الأموال المنقولة المعنوية لأنها خارج دائرة الأشياء المادية على الرغم من أن مكوناتها وعناصرها غالباً ما تفرغ في مستندات وقوالب خاصة لحفظها، وهي ذات قيمة مادية نظراً لقابليتها للاستغلال والتنازع عنها والترخيص باستعمالها². ولا ينفي عنها هذه الطبيعة القانونية أنها ذات طابع سري بخلاف باقي حقوق الملكية الأخرى، كبراءات الاختراع والعلامات التجارية والتصاميم الصناعية التي لا تثبت ملكيتها إلا بالإفصاح عنها وتسجيلها لدى الجهة الإدارية عنها والنشر عنها. وما يؤيد ذلك أن الأسرار التجارية أو المعلومات غير المفصح عنها تم تنظيمها ضمن اتفاقية ترسيس الخاصة بحقوق الملكية الصناعية، كما أن غالبية المشرعين الوطنيين نظموها ضمن قوانين الملكية الصناعية، ومن ضمنهم المشرع الإماراتي الذي خصص للمعلومات غير المفصح عنها المواد 61 حتى 66 من قانون الملكية الصناعية.

ج - الأسرار التجارية ذات طبيعة خاصة

يبدو أن للأسرار التجارية طبيعة قانونية خاصة؛ لأنّ حق الاستئثار الذي يتمتع به صاحب السر التجاري – فرداً كان أم شركة تجارية – يختلف عن الحق ذاته المنح لمالك الشيء عموماً، فالقانون يمنح مالك الشيء حقاً استثنائياً كاماً يمكنه من الاحتفاظ بملكيته والاحتياج بها تجاه الكافة، في حين أن الحق الاستثنائي لصاحب السر التجاري يشوبه بعض القصور لناحية عدم إمكانية الاحتياج به تجاه من يتوصل إلى السر التجاري بالطرق المشروعة، وكذلك إمكانية تملك السر التجاري ذاته من قبل أكثر من حائز دون تحول هذه الملكية إلى صورة من صور الملكية الشائعة³. وكقاعدة عامة، يقوم حق الملكية على العلنية، بينما ملكية الأسرار التجارية مرتبطة بسرية المعلومات، وتقتضي هذه الملكية بمجرد شيوخ العلم بها لأي سبب كان⁴. ويتمتع أصحاب الحقوق الملكية الفكرية الخاضعة للتسجيل، بحق استثنائي يحتاج به في مواجهة الغير، بينما لا يتمتع أصحاب الأسرار التجارية إلا بحق استثنائي في مواجهة الأشخاص المرتبطين بعلاقة ما معهم، والملتزمين تجاههم بعدم إفشاء هذه الأسرار صراحة أو ضمناً، وكذلك الأشخاص الذين حصلوا على المعلومات المتعلقة بهذه الأسرار بطرق غير مشروعة⁵.

¹ راجي عبد العزيز، طبيعة المعرفة الفنية والأساس القانوني لحمايتها، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2002، ص.69.

² مؤيد عبيدات، النظام القانوني للأسرار التجارية في الأردن، مجلة مؤنة للبحوث والدراسات، جامعة مؤنة، المجلد 23، العدد 5، أكتوبر 2008، ص.90.

³ يسار الحنطي، أطر الحماية القانونية للأسرار التجارية: دراسة تأصيلية تحليلية للأسس والمبررات في القانونين الأردني والمصري، مجلة دراسات، سلسلة علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، عمان، المجلد 46، العدد 2، مايو 2019، ص.257.

⁴ مرتضى خيري، القواعد الخاصة بحماية المعلومات غير المفصح عنها وعلاقتها بالصناعة النوائية، مجلة البحث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي أفلو، الجزائر، المجلد 2، العدد 1، 2020، ص.91.

⁵ قيس محافظته، الآثار القانونية المترتبة على حماية الأسرار التجارية والاختراعات: دراسة مقارنة، مجلة دراسات، سلسلة علوم الشريعة والقانوني، المجلد 38، العدد 1، 2011، ص.7.

المطلب الثاني: تحديد شروط المعلومات محل الأسرار التجارية

يتطلب قانون الملكية الصناعية الإمارتي عدداً من الشروط الواجب توفرها في المعلومات محل الأسرار التجارية (أولاً)، في حين أنّ هناك شروطاً أخرى تكون مطلوبة عادة لحماية حقوق الملكية الصناعية باستثناء الأسرار التجارية (ثانياً).

أولاً- الشروط المطلوبة في المعلومات موضوع الأسرار التجارية

استناداً إلى ما جاء في المادة 61 من قانون الملكية الصناعية الإمارتي لسنة 2021، يشترط في المعلومات لتكون ملحاً للأسرار التجارية المشمولة بالحماية القانونية: أن تكون سرية، وذات قيمة اقتصادية، وخاضعة لتدابير معقولة لحفظها على سريتها.

أ – سرية المعلومات

تعتبر السرية من أهم الشروط المطلوبة في المعلومات لتكون موضوعاً للأسرار التجارية المشمولة بالحماية القانونية، وتعني ألا تكون هذه المعلومات في مجموعها أو في التكوين الذي يضم مفرداتها معروفة أو متداولة بشكل عام لدى المشتغلين بالفن الصناعي الذي تقع المعلومات في نطاقه، وفق ما جاء في المادة 1/61 من قانون الملكية الصناعية الإمارتي. مع العلم أن السرية المطلوبة هنا السرية النسبية وليس المطلقة، ذلك أن استغلالها يتطلب من صاحبها مشاركتها مع بعض الأشخاص المعنيين بذلك، كالمديرين والمستشارين والمحامين وغيرهم. ويشترط في هذا الخصوص ألا تتم مشاركة المعلومات المذكورة إلا بإذن من صاحبها، وأن يرافق ذلك ضمانات كافية لإلزام هؤلاء بالمحافظة على سريتها وعدم إفشاءها¹.

يضاف إلى ذلك، لا يشترط أن تكون المعلومات السرية خاصة بمشروع واحد، بل من الممكن أن تكون مشتركة بين عدة مشاريع بالاستناد إلى عقود ترخيص مثلاً، وتبقى – مع ذلك – مشمولة بالحماية القانونية. فالمهم في هذا المجال ألا تصبح تلك المعلومات معروفة على نطاق واسع في مجال التخصص، فتفقد صفة السرية، وتخرج من دائرة المعلومات القابلة للحماية القانونية. كما أنّ توصل شخص أو مشروع إلى المعلومات موضوع الأسرار التجارية العائد للغير، بجهوده الخاصة ومن خلال عمليات البحث والتطوير، لا يرفع عن تلك المعلومات صفة السرية طالما أنها بقيت غير معروفة لمشاريع أخرى منافسة في المجال المهني ذاته². وأكثر من ذلك، لا يشترط أن تكون مكونات المعلومات وعناصرها بحد ذاتها سرية، فالمهم أن

¹ يسار الحنيطي، أطر الحماية القانونية للأسرار التجارية: دراسة تأصيلية تحليلية للأسس والمبررات في القانونين الأردني والمصري، مرجع سابق، ص 262.

² قيس محافظه، الآثار القانونية المتربطة على حماية الأسرار التجارية والاختلافات: دراسة مقارنة، مجلة دراسات، سلسلة علوم الشريعة والقانوني، المجلد 38، العدد 1، 2011، ص 4.

تكون هذه المعلومات بمجموعها سرية، وتحقق لصاحبها ميزة تنافسية ناتجة عن تجميعها أو ترتيبها أو تنسيقها في نظام معين بالاستناد إلى جهود شاقة ومبالغ مالية هامة¹.

ب - ذات قيمة اقتصادية لكونها سرية

يجب أن تكون المعلومات السرية ذات قيمة اقتصادية، أي من شأنها تحقيق زيادة في عوائد المشروع الذي يحوزها، أو تقليل خسائره، أو جذب عملاء جدد إليه، أو غير ذلك من المنافع التي تعزز قدراته التنافسية². وبشكل عام، تستمد المعلومات السرية قيمتها الاقتصادية من كونها معلومات جوهرية في إنتاج بضائع المشروع أو تقديم خدماته، ومعروفة من قبل عدد محدود من الأشخاص، ويصعب على الغير الوصول إليها باستخدام وسائل مناسبة. ومن شأن هذا الشرط استبعاد المعلومات محل الأسرار الشخصية أو العائلية والسياسية وغيرها من المعلومات التي لا ترتبط بالأنشطة التجارية أو الاقتصادية.

ولكن لا يشترط أن تكون القيمة الاقتصادية للمعلومات السرية كبيرة جداً بالنسبة للمشروع؛ إذ يكفي أن تكون هذه المعلومات مفيدة له، وتجعله متمنعاً بميزة تنافسية نسبية تجاه المنافسين في مجال نشاطه³. مع العلم أنّ القيمة الاقتصادية للمعلومات السرية ترتفع كلما انخفض عدد حائزها، وكلما زادت صعوبة حصول الغير عليها. كما لا يشترط أن تكون قيمة المعلومات السرية متحققة لتشتميلها بالحماية القانونية، فهذه الحماية تطبق على المعلومات السرية متى كانت ذات قيمة اقتصادية، بغضّ النظر عما إذا كانت هذه القيمة قائمة أو محتملة، أي أنّ الحماية القانونية تتطبق على المعلومات السرية حتى في حال لم يكن لها قيمة حالية، ولكنه من المحتمل أن تكتسب قيمة اقتصادية في المستقبل⁴. أما في حال كون قيمة المعلومات لا تذكر، كالأفكار العامة غير القابلة للاستغلال، وكذلك المعلومات العاديّة المنتشرة بين الجمهور، أو التي يسهل التوصل إليها من قبل أي شخص عادي أو مهني، فلا تصلح حينها لأن تكون ملأاً للأسرار التجارية المشمولة بالحماية القانونية.

ج - اتخاذ تدابير معقولة للحفاظ على سرية المعلومات

يشترط في الأسرار التجارية أيضاً لتكون مشمولة بالحماية، أن يتخذ مالكها تدابير معقولة للحفاظ على سرية المعلومات المتعلقة بها، وفق ماورد في المادة 3/61 من قانون الملكية الصناعية الإمارati. وبشكل عام، تختلف التدابير التي يجب على صاحب الأسرار التجارية اتخاذها للمحافظة على سرية المعلومات، باختلاف طبيعتها وقيمتها ونوع النشاط الاقتصادي الذي تستخدم فيه. فمثلاً، إذا كانت المعلومات موجودة في مكان معين في المشروع، فيفترض حظر دخول العاملين إليه باستثناء عدد محدود منهم من فئات الإدارة العليا، وعلى أن يكون دخولهم غير متاح إلا باستخدام مفاتيح خاصة أو بصمات شخصية. وإذا كانت المعلومات

¹ مرتضى خيري، القواعد الخاصة بحماية المعلومات غير المفصح عنها وعلاقتها بالصناعة الدوائية، مجلة البحث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي أفلو، الجزائر، المجلد 2، العدد 1، 2020، ص99.

² مرتضى خيري، القواعد الخاصة بحماية المعلومات غير المفصح عنها وعلاقتها بالصناعة الدوائية، مرجع سابق، ص100.

³ ذكرى عبد الرزاق محمد، حماية المعلومات السرية من حقوق الملكية الفكرية في ضوء التطورات التشريعية والقضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص98.

⁴ قيس محافظة، الآثار القانونية المترتبة على حماية الأسرار التجارية والآخرين: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص4.

السرية موجودة على الكمبيوتر، فيجب أن يتم تقييد الوصول إليها باسم مستخدم وكلمة سر، وألا يكون الإطلاع عليها متاحاً إلا لعدد محدود من الأشخاص.

ونتوه هنا إلى أنه لا يشترط أن تكون التدابير الواجب اتخاذها على مستوى عال من الاحتراز، كما فعلت شركة كوكا كولا الأمريكية مع الوصفة الخاصة بالمادة التي تستعمل في صناعة مشروبها الغازي المشهور، حيث قامت بإيداعها في بنك المعلومات الموجود في ولاية أطلنطا الأمريكية، ومنعت الإطلاع عليها إلا بقرار من مجلس إدارة الشركة، ولهذا هي حالياً ليست معروفة إلا لعدد قليل جداً من كبار موظفي الشركة¹. فالمهم إذن، اتخاذ تدابير معقولة بشأن المعلومات السرية لتكون مشمولة بالحماية القانونية، أي أن تكون هذه التدابير متناسبة مع حجم هذه المعلومات وقيمتها وطبيعتها، وبما يتافق مع التشريعات التي تحكمها. فإذا أهمل صاحب المعلومات السرية اتخاذ ما يلزم من تدابير للحفاظ على سريتها، فقدت طابعها السري، وقد صاحبها حقه في التمسك بالحماية القانونية الخاصة بالأسرار التجارية². ينبع عن ذلك أن التدابير المطلوبة في المعلومات المقصودة إنما هي من مستلزمات تحقق شرط السرية؛ إذ لا يمكن الحفاظ على سرية المعلومات إلا بتدابير مناسبة ومعقولة يتم اتخاذها لهذا الغرض.

وأحياناً، تأخذ التدابير المطلوبة للحفاظ على الأسرار التجارية شكل اتفاقيات مع من يجب أن يطلعوا عليها، كإبرام اتفاقيات عدم إفشاء الأسرار التجارية مع الموظفين داخل المشروع في صورة شرط يتم إدراجه في عقود توظيفهم، ويقضي بـإلزامهم بالحفاظ على الأسرار التجارية الخاصة بالمشروع الذي يعملون فيه. ومن المفترض إبرام اتفاقيات مشابهة مع المرخص لهم، بحيث يتم تخصيص بند في عقود التوزيع المبرمة معهم، يلزمهم بالحفاظ على الأسرار التجارية الخاصة بالمرخص، والتي سوف يطلعون عليها ليكونوا قادرين على تقديم منتجات أو خدمات مطابقة في مواصفاتها للتي يتم انتاجها أو تقديمها من قبل المرخص³.

ثانياً- الشروط غير المطلوبة في المعلومات محل الأسرار التجارية

على عكس براءات الاختراع، لا تتطلب حماية الأسرار التجارية أن تكون المعلومات السرية جديدة ومبتكرة، كما لا يشترط الإفصاح عنها ولا تسجيلها.

أ – الجدة والابتكار في المعلومات

لا يشترط في المعلومات لكي تكون محلاً لأسرار تجارية، الجدة ولا الابتكار، ولا حتى قابلية تطبيقها صناعياً لتشتملها الحماية القانونية كما في براءات الاختراع؛ إذ يكفي فيها أن تكون المعلومات سرية وذات قيمة اقتصادية وخاصة لتدابير معقولة للحفاظ على سريتها، لتكون مشمولة بالحماية القانونية⁴. ولذلك، يمكن للأسرار التجارية أن تغطي قدرأً هائلاً من المعلومات والبيانات والمعرفة الفنية والتكنولوجية، وأن تشمل

¹ مثل مذكور لدى: قيس محافظة، الآثار القانونية المترتبة على حماية الأسرار التجارية والاختراعات: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص.5.

² آمال بن بريج وعبد الكريم عسالي، المنافسة غير المشروعة الماسة بالأسرار التجارية، مرجع سابق، ص.187.

³ سمحة القليوبى، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص.379.

⁴ مرتضى خيري، القواعد الخاصة بحماية المعلومات غير المفصح عنها وعلاقتها بالصناعة الدوائية، مرجع سابق، ص.93.

المعلومات التي لا يمكن حمايتها عن طريق براءات الاختراع، مثل النتائج الأولية لأبحاث الأعمال وتركيبيات المنتجات وطرق التصنيع، وحتى قوائم الموردين والعملاء. وقد تكون المعلومات التي تحميها الأسرار التجارية استراتيجية على المدى الطويل مثل الوصفات وتركيبية المنتجات، أو لفترات قصيرة مثل الدراسات التسويقية والأسماء التجارية قبل تسجيلها وسياسة الأسعار الجديدة قبل إطلاقها...

ومن ناحية أخرى، إذا تمكّن شخص ما من التوصل إلى أفكار ذاتها التي يقوم عليها الاختراع، فيكون من حقه الحصول على براءة الاختراع، إذا تمكّن من تقديم طلب الحصول عليها قبل من يدعي أنه الأسبق في التوصل إلى الاختراع. ويختلف الوضع فيما لو تم التوصل إلى أفكار الاختراع بعد حصول صاحبه على براءة الاختراع، فلا يجوز له استثمار الاختراع وإلا تعرض للمسؤولية القانونية. أما بالنسبة للأسرار التجارية، فالمعلومات الخاصة بها تكون مشمولة بالحماية طالما أنّ صاحبها يتّخذ تدابير معقولة للحفاظ على سريتها؛ ولهذا إذا تمكّن شخص ثالث من التوصل إلى ذات المعلومات المنوه عنها من تلقاء نفسه وبطرق مشروعة، فإنّ له مطلق الحق في استغلالها، ولا يجوز لصاحب السرّ التجاري التعرض له وملاحقته قانونياً لطلب التوقف عن استغلالها ولا الحصول على التعويض عن الضرر الحاصل من استغلال تلك المعلومات.

ب – الإفصاح عن المعلومات وتسجيلها

لا يشترط لحماية الأسرار التجارية التسجيل؛ لأنّ صاحبها يتمتع بالحماية القانونية التلقائية بمجرد توفر الشروط الثلاثة السابق ذكرها في المعلومات محل هذه الأسرار، وهي: السرية والقيمة الاقتصادية وخضوعها لتدابير معقولة بفرض الحفاظ على سريتها؛ إذ لا وجود لنظام تسجيل خاص بالأسرار التجارية، ولا وجود لواجب النشر عنها، كما أنه لا ضرورة لاستصدار وثيقة من أية جهة رسمية للاعتراف بحق صاحبها عليها، والاحتياج بملكيته لها تجاه الغير¹. ولهذا، تتمتع الأسرار التجارية بالحماية القانونية لمدة غير محددة، دون الحاجة إلى اتباع إجراءات تسجيل ودفع رسوم مالية، فالمهم أن تبقى سرية وغير معلومة للجمهور. وقد يكون هذا الأمر ميزة إيجابية وسلبية في آن واحد؛ لأنّ حماية الأسرار التجارية تعتمد بشكل أساسي على بقائها سرية، وبمجرد انكشافها لأي سبب كان فقد صاحبها حق التمسك بحمايتها، بخلاف حقوق الملكية الفكرية الأخرى الخاضعة للتسجيل، والتي تعطي أصحابها حقوقاً حصرية باستغلالها والتصرف بها دون أن يرتبط ذلك بإبقاءها سرية.

وبال مقابل، الاختراع لا يكون محمياً بشكل تلقائي؛ إذ لا بدّ لصاحبه من تقديم طلب إلى الجهة الإدارية المختصة للحصول على براءة اختراع، والإفصاح عن اختراعه بأسلوب واضح ومفصل بما يكفي لتمكن ذوي الخبرة في مجال التخصص من تنفيذه²؛ إذ لا يمكن لصاحب الاختراع الحصول على البراءة إلا بعد تحقق تلك الجهة من توفر الشروط المطلوبة في الاختراع، لا سيما الجدة والابتكار وقابلية تطبيقه في الصناعة،

¹ خالد ممدوح إبراهيم، حقوق الملكية الفكرية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2010، ص366.

² فتحية حواس، النظام القانوني للأسرار التجارية، مرجع سابق، ص76.

ومن ثم نشر الاختراع عبر الوسائل المحددة في القانون ذي الصلة، وعدم اعتراف الغير على منح البراءة بشأنه لمقدم الطلب، في حين أنّ مهمة التحقق من توفر الشروط المطلوبة في المعلومات محل الأسرار التجارية لتكون مشمولة بالحماية القانونية، ليست من مهام أية جهة إدارية، بل هي ملفاة على عاتق القضاء الذي يجب عليه التصدي لها عند ما يعرض عليه نزاع متعلق بأسرار تجارية.

المبحث الثاني: وسائل حماية الأسرار التجارية

هناك مسلكان لحماية الأسرار التجارية من الاعتداء عليها، وحفظ حقوق حائزها: حماية مدنية (المطلب الأول) وحماية جزائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحماية المدنية للأسرار التجارية

من الممكن حماية الأسرار التجارية عبر قواعد المسؤولية العقدية، إنْ وُجد اتفاق يلزم المعتدي عليها بالحفظ على سرّيتها (أولاً)، وإلا فلا مجال إلا لحمايتها وفق قواعد المسؤولية التقصيرية، وأكثر تحديداً عن طريق دعوى خاصة يطلق عليها "دعوى المنافسة غير المشروعة" (ثانياً).

أولاً- المسؤولية العقدية

من الممكن حماية سرية المعلومات محل الأسرار التجارية، ومنع من تم اطلاعه عليها، إما بإدراج شرط في عقد العمل إذا كان عاملاً لدى مالكها، أو من خلال بند يرد في عقد الترخيص يسمح للمرخص له باستغلال الأسرار التجارية.

أ – عقد العمل

كثيراً ما يستخدم صاحب العمل عقد العمل المبرم مع عماله، وخاصة هؤلاء الذين يطلعون على أسراره التجارية، كوسيلة لإلزامهم بالمحافظة على أسراره التجارية والمهنية، وذلك عن طريق إدراج شرطين فيه: الأول شرط عدم إفشاء أسرار العمل، والثاني عدم منافسة صاحب العمل. أما بالنسبة لشرط عدم إفشاء أسرار العمل فإن هذا الشرط يلزم العامل بالمحافظة على سرية المعلومات الخاصة بالعمل، والتي يطلع عليها أثناء عمله لدى صاحب العمل. وفي هذا الخصوص، تقضي المادة 16 من قانون العمل الإماراتي الصادر بمرسوم بقانون اتحادي رقم 33 لسنة 2021 بالتزام العامل بالمحافظة على سرية المعلومات والبيانات التي يطلع عليها بحكم عمله، وعدم إفشاء أسرار العمل. وعلى الرغم من أن هذه المادة تفرض واجباً عاماً على جميع العمال بالمحافظة على أسرار العمل، إلا أنها لا تحدد نطاق المعلومات والبيانات التي تتخذ الطابع السري، كما أنها لا تحدد فيما إذا كان هذا الالتزام يمتد لما بعد انقضاء عقد العمل أم لا، وفي حال الإيجاب كم سيمتد بعض شهور أم بضعة سنوات؛ إذ يفترض أن مدة حماية الأسرار التجارية غير محددة، وهي مستمرة ما دامت المعلومات محل الأسرار التجارية محافظة على سرّيتها.

وأما بالنسبة لشرط عدم منافسة صاحب العمل، فيقضي هذا الشرط بالتزام العامل الذي يطلع على أسرار العمل أو يكون على معرفة بعملاء صاحب العمل، بالامتناع عن منافسة صاحب العمل بعد تركه العمل. وتأكيداً على ذلك، جاء في المادة 10 من قانون العمل الإماراتي: "إذا كان العمل المنوط بالعامل يسمح له بمعرفة عملاء صاحب العمل أو بالاطلاع على أسرار عمله، جاز لصاحب العمل أن يشترط على العامل في عقد العمل، ألا يقوم بعد انتهاء العقد بمنافسته أو بالاشتراك في أي مشروع منافس له في القطاع ذاته، على أن يكون الشرط محدداً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل على القدر الضروري؛ لحماية مصالح العمل المشروعة، وألا تزيد مدة عدم المنافسة على سنتين من تاريخ انتهاء العقد". ويستفاد من هذا النص أنه لا وجود لواجب عام على جميع العمال بعد عدم منافسة صاحب العمل، فهذا الالتزام عقدي، وليس قانونياً كما هو الحال عليه بالنسبة لشرط المحافظة على أسرار العمل. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، لا يجوز الاشترط على جميع العمال عدم منافسة صاحب العمل، فمثل هذا الشرط غير جائز إلا بالنسبة للعمال الذين تسمح لهم طبيعة عملهم بمعرفة عملاء صاحب العمل والاطلاع على أسرار العمل.

وسواء أخل العامل بالتزامه بالمحافظة على أسرار العمل أم بعدم منافسة صاحب العمل، فإن مسؤوليته العقدية تتعدى في الحالتين، مما يعطي الحق لصاحب العمل بالمطالبة بالتنفيذ العيني، والتعويض عن الضرر الناتج عن الإخلال المذكور، بالإضافة إلى حقه في تطبيق الجزاءات التأديبية المنصوص عليها في المادة 39 من قانون العمل الإماراتي، والتي تدرج من لفت النظر الكتابي حتى الفصل من العمل مع حفظ حق العامل في مكافأة نهاية الخدمة، وذلك في حال كان العامل المعني على رأس عمله. وننوه أيضاً إلى أن المادة 44 من القانون المذكور أدرجت حالة إفشاء العامل سراً من أسرار العمل المتعلقة بالملكية الصناعية أو الفكرية ضمن حالات جواز فصل العامل دون إنذار، وذلك متى نتج عن هذا الإفشاء إصابة صاحب العمل بخسائر أو ضياع فرصة ما عليه، أو جلب منفعة شخصية للعامل. وهذا يعني أن الأسرار التجارية مشمولة ضمناً في الحكم المذكور؛ لأنه ينطبق على جميع الأسرار الخاصة بالمشروع سواء كانت أسراراً تجارية بحثة أو صناعية أو مهنية¹.

ب - عقد الترخيص

تتضمن عقود التوزيع عادة شرطاً يمنح الحق للموزع أو المرخص له باستغلال الأسرار التجارية الخاصة بالمرخص، وتلزمه في الوقت ذاته بالمحافظة عليها، وعدم إفشائها للغير. بناءً عليه، يلتزم المرخص له باستغلال الأسرار التجارية في حدود العقد الموقع مع أصحابها ووفق شروطه، كما يلتزم باتخاذ التدابير اللازمة لحفظها على سريتها ومنع تسريبها أو سرقتها. وفي الواقع، عندما يشارك المرخص أسراره التجارية

¹ عماد الإبراهيم، الحماية المدنية لبراءات الاختراع والأسرار التجارية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2011، ص 122.

مع المرخص له، يصبح لديهما مصلحة مشتركة في المحافظة على هذه الأسرار، تتمثل في استمرار التمتع بالميزة التنافسية ذاتها التي تعكسها الأسرار التجارية، والحيلولة ما أمكن من فقدان قيمتها الاقتصادية¹.

وإذا حدث أن أخل المرخص له بالتزامه بالمحافظة على الأسرار التجارية التي نقلت إليه لاستغلالها في مشروعه، بأن أفشلاها للغير أو استغلها بغير الطريقة المرسومة في العقد الذي يربطه مع صاحبها، انعقدت مسؤوليته العقدية، وكان من حق صاحب الأسرار التجارية المطالبة بفسخ العقد، والتعويض عن الضرر الناتج عن الإخلال بالعقد، بالإضافة إلى حقه في المطالبة باتخاذ التدابير التي من شأنها وقف الاعتداء على أسراره التجارية، كوقف استخدام الأسرار التجارية ووقف الكشف عنها ومصادره البضائع المخالفة، وغير ذلك من التدابير الجائز اتخاذها في مثل هذه الحالات.

ثانياً. المسؤولية التقصيرية "المنافسة غير المشروع"

لقد ألمت المادة 1/39 من اتفاقية ترئيس الدول المنضمة إليها بحماية الأسرار التجارية من الاعتداءات التي يمكن أن تتعرض لها في إطار المنافسة غير المشروع. وانطلاقاً من هذا الالتزام حددت المادة 64 من قانون الملكية الصناعية الإماراتي مجموعة من الأفعال على أنها متعارضة مع الممارسات التجارية النزيهة، وأن ارتكابها ينطوي على منافسة غير مشروع، وهي:

- 1- رشوة العاملين في الجهة التي تحوز المعلومات بغرض الحصول عليها.
- 2- التحرىض على إفشاء المعلومات من جانب العاملين، متى وصلت تلك المعلومات إلى علمهم بحكم وظائفهم.
- 3- قيام أحد المتعاقدين في "عقود سرية المعلومات" بإفشاء ما وصل إلى علمه منها.
- 4- الحصول على المعلومات من أماكن حفظها بأي طريقة من الطرق غير المشروع كالسرقة أو التجسس أو غيرها.
- 5- الحصول على المعلومات باستعمال الطرق الاحتيالية.
- 6- استخدام الغير للمعلومات التي وردت إليه نتيجة الحصول عليها بأي من الأفعال السابقة مع علمه بسريتها وبأنها متحصلة عن أي من هذه الأفعال.
- 7- أي أفعال أخرى بعد ارتكابها متعارضاً مع الممارسات التجارية النزيهة.

كما ذكرت المادة 64 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم 18 لسنة 1993 صوراً مشابهة للمنافسة غير المشروع، حيث جاء في هذه المادة: "لا يجوز للناجر أن يغري عملاً أو مستخدماً تاجر آخر منافس له ليتعاونه على انتزاع عملاً هذا التاجر، أو ليخرجوا من خدمة هذا التاجر ويلتحقوا بخدمته أو يطلعوه على أسرار منافسه، وتعتبر هذه الأفعال منافسة غير مشروعه تستوجب التعويض". وبناءً عليه،

¹ عmad el-ibrahim, الحماية المدنية لبراءات الاختراع والأسرار التجارية، مرجع سابق، ص127.

يقصد بالمنافسة غير المشروعة اتباع أساليب في المنافسة تتعارض مع الممارسات التجارية النزيهة التي تتوافق مع القواعد القانونية والعادات والأعراف المستقرة في التعاملات التجارية¹.

وبشكل عام، تقوم دعوى المنافسة غير المشروعة على أساس المسؤولية التقصيرية، والتي تتطلب وقوع ضرر ناتج عن فعل ضار استناداً إلى أحكام المادة 282 من قانون المعاملات المدنية الإمارتية لسنة 1985، والتي جاء فيها: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر". وهذا يعني أنه يشترط لإقامة دعوى المنافسة غير المشروعة ضد المعتمدي على الأسرار التجارية توفر ثلاثة عناصر: الخطأ والضرر والعلاقة السببية. أما الخطأ في دعوى المنافسة غير المشروعة المرتبطة بالأسرار التجارية، فيتمثل في إخلال المدعى عليه بالتزامه القانوني بالمحافظة على هذه الأسرار، وإفشائه أو استغلاله لها تحقيقاً لمصلحة شخصية أو مصلحة عائدة للغير دون رضا صاحبها. والخطأ المطلوب هنا هو الخطأ العمدى، أي ذلك الخطأ الذي يقترفه صاحبه عن وعي وإدراك، وبالتالي يقع عبء إثباته على من يدعى، طبقاً للقاعدة العامة في الإثبات: "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر".

أما بالنسبة للضرر، فمن المتوقع عليه أنه لا يمكن المطالبة بالتعويض عن أفعال المنافسة غير المشروعة إلا إذا نجم عنها ضرر، ويقع أيضاً عبء إثبات الضرر على المضرور صاحب الأسرار التجارية. ويجوز طلب التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية على حد سواء، ومثال الأضرار المادية انخفاض أرقام المبيعات والإيرادات، ومثال الأضرار المعنوية المساس بالسمعة التجارية. ويشترط في الضرر القابل للتعويض أن يقع فعلاً أو أن يكون وقوعه مرجحاً. وبخصوص علاقة السببية، فلا بد لصاحب الأسرار التجارية المتضرر من أفعال المنافسة غير المشروعة من إثباتها، ومعناها أن تكون الأضرار المادية والمعنوية التي أصابت صاحب الأسرار التجارية، إنما هي نتيجة مباشرة للخطأ الذي ارتكبه المعتمدي، والمتمثل في حيازة أو استخدام أو استغلال الأسرار التجارية دون إذن خاص من صاحبها. فإن استطاع المضرور إثبات جميع عناصر المسؤولية التقصيرية المشار إليها، أمكنه الحصول على تعويض يغطي جميع الأضرار التي أصابته من جراء ذلك، بالإضافة إلى اتخاذ التدابير الضرورية لوقف الاعتداء على الأسرار التجارية، وإزالة آثاره القانونية.

المطلب الثاني: الحماية الجزائية للأسرار التجارية

لم يتضمن قانون الملكية الصناعية الإمارتية عقوبات جزائية خاصة تناول كل من يعتدي على الأسرار التجارية؛ ولذلك هي لا تتمتع حالياً بالحماية الجزائية إلا في حال انتطبق عليها وصف إحدى الأفعال المجرمة في قانون الجرائم والعقوبات الإمارتاني رقم 31 لسنة 2021 (أولاً)، ولا بد في المستقبل القريب من تجريم أفعال الاعتداء على الأسرار التجارية بنصوص خاصة (ثانياً).

¹ زينة الصفار، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية: دراسة مقارنة، دار حامد، عمان، 2002، ص43.

أولاً- إمكانية تطبيق قانون الجرائم والعقوبات

غياب التجريم الخاص لأفعال التعدي على الأسرار التجارية، لا يعني عدم إمكانية ملاحقة المعتدي عليها بإحدى الجرائم المنصوص في قانون الجرائم والعقوبات الإماراتي، وتوجيه عقوبات جزائية عليه. فمن الممكن تكييف التعدي على الأسرار التجارية على أنه صورة من صور جريمة خيانة الأمانة، وخاصة في حالة العامل الذي يفشي أسرار العمل إلى الغير. وهنا يجب تطبيق نص المادة 453 من قانون الجرائم والعقوبات الإماراتي التي تقضي بمعاقبة كل من اخترس أو استعمل أو بدد مبالغ أو سندات أو أي مال آخر منقول إضراراً بأصحاب الحق عليه متى كان قد سلم إليه على وجه الوديعة أو الإجارة أو الرهن أو عارية الاستعمال أو الوكالة، بالحبس¹ والغرامة².

كما يمكن ملاحقة المعتدي على الأسرار التجارية بجريمة السرقة في الحالات التي يتم فيها الحصول على المعلومات السرية خلسة ودون رضى صاحبها، على اعتبار أن السرقة يمكن أن تقع على مال منقول مادي أو معنوي. مع العلم أن السرقة في هذه الحالة لا تستهدف الاستيلاء على المعلومات المقصودة بذاتها، وإنما تهدف إلى الاستفادة من قيمتها الاقتصادية، وجنى أرباح غير مشروعة. واستناداً إلى ما جاء في المواد 435 حتى 450 من قانون الجرائم والعقوبات الإماراتي، والخاصة بجريمة السرقة، تتدرج عقوبة السارق من الحبس لمدة شهر حتى السجن المؤبد، والغرامة من ألف درهم حتى عشرة ملايين درهم، وذلك وفق الظروف التي تمت من خلالها السرقة.

ثانياً- ضرورة تجريم أفعال الاعتداء على الأسرار التجارية

نعتقد أن هناك ضرورة لتجريم أفعال الاعتداء على الأسرار التجارية، وفرض عقوبات شديدة ورادعة على مرتكبي مثل هذه الأفعال نظراً إلى أن قيمة هذه الأسرار قد تصل إلى ملايين الدولارات، ومن يحصل عليها بطريق غير مشروعة، إنما يسرق أصلاً هاماً من أصول مشروع حائزها، ويسبب له بأضرار كبيرة قد تؤدي به إلى الإفلاس³. فالتعدي على الأسرار التجارية يجب أن يعتبر جريمة خاصة يعاقب عليها القانون مثله مثل التعدي على حقوق الملكية الصناعية الأخرى. وهنا نتساءل: لماذا جرّمت المادة 69 من قانون الملكية الصناعية الإماراتي كلّ من قدم مستندات أو أدلى بمعلومات غير صحيحة أو مزورة للحصول على براءة اختراع أو شهادة منفعة أو تصميم صناعي أو رسم تخطيطي لدائرة متكاملة، وكذلك كل من قلد اختراعاً أو طريقة صنع، وعاقبته بالحبس وبالغرامة التي لا تقل عن (100,000) مائة ألف درهم ولا تزيد على

¹ جاء في المادة 70 من قانون الجرائم والعقوبات الإماراتي: "ولا يجوز أن يقل الحد الأدنى للحبس عن شهر، ولا أن يزيد حده الأقصى على ثلاثة سنوات، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

² ورد في المادة 72 من قانون الجرائم والعقوبات الإماراتي: "عقوبة الغرامة: هي إلزام المحكوم عليه أن يدفع للخزينة المبلغ المحكم به، ولا يجوز أن تقل عن (1,000) ألف درهم ولا يزيد حده الأقصى على (10,000,000) عشر مليون درهم في الجنابات و(5,000,000) خمسة مليون درهم في الجناح، وذلك كلّه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

³ محمد النسور ويعرب القضاة، التعويض عن الضرر نتيجة إساءة استعمال السر التجاري وفقاً لأحكام قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية رقم 15 لسنة 2000، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد 4، العدد 4، 2012، ص15.

(1,000,000) مليون درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين، ولم تفعل الأمر ذاته بالنسبة لكل من يعتدي على الأسرار التجارية؟

وفي الواقع، لا بدّ من تقرير عقوبات جزائية شديدة ورادعة على كل من يعتدي على الأسرار التجارية، فعلى سبيل المثال، في اليابان تقرر تجريم أفعال الاعتداء على الأسرار التجارية بدءاً من سنة 2003، فاعتبر حيازة الأسرار التجارية والإفصاح عنها وكذلك استخدامها دون موافقة صاحبها أفعالاً غير مشروعة، وحددت عقوبات هذه الأفعال للأفراد بالحبس مع الشغل لمدة لا تزيد عن 10 سنوات، وغرامة لا تزيد عن 20 مليون ين (175,000 دولار تقريباً) أو بإحدى هاتين العقوبتين، وللشركات غرامة لا تزيد عن 500 مليون ين (4,350,000 دولار أمريكي) لغرض الاستخدام داخل اليابان، وغرامة لا تزيد عن واحد مليار ين (8,700,000 دولار أمريكي) لغرض الاستخدام خارج اليابان.¹ أما في الولايات المتحدة، فقد أقرت قوانينها أيضاً عقوبات جزائية شديدة لمن ينتهك الأسرار التجارية، حيث يعاقب الفاعل الفرد بالغرامة بما لا يزيد على 5 ملايين دولار أمريكي والحبس لمدة لا تزيد على 10 سنوات أو بإحدى هاتين العقوبتين، أما الشركات أو الأشخاص الاعتبارية عموماً، فتعاقب بغرامة لا تزيد على 5 ملايين دولار أمريكي.² بناءً عليه، نرى ضرورة تجريم أفعال الاعتداء على الأسرار التجارية في قانون الملكية الصناعية، على أن تكون عقوبة مقتفي هذه الأفعال، الحبس بما لا يزيد على ثلاث سنوات، والغرامة بما لا يزيد على مئة مليون درهم إماراتي، أو إحدى هاتين العقوبتين.

الخاتمة

لقد تناول هذا البحث في الدراسة أحد أهم موضوعات الملكية الفكرية الصناعية، ألا وهو الأسرار التجارية، حيث تمّ فيه توضيح ماهية الأسرار التجارية، فحدد المقصود بها، وحاول رصد تعريفاتها في التشريعات الوطنية وفي الفقه؛ ليتبين أنّ نطاقها أوسع من المعرفة الفنية. كما تطرق البحث إلى الطبيعة القانونية للأسرار التجارية، حيث ثبت أنها أقرب إلى حق الملكية لمال منقول معنوي، شأنها شأن باقي حقوق الملكية الفكرية الصناعية، مع بعض الخصوصية. وبعد ذلك، عرض البحث لمتطلبات حماية الأسرار التجارية، فحدد الشروط المطلوبة في المعلومات الخاصة بأي مشروع لتكون مشمولة بالحماية القانونية المقررة للأسرار التجارية، وهي: السرية، وأنها ذات قيمة اقتصادية، وخاضعة لتدابير معقولة للحفاظ على سريتها، مع التأكيد على أن مصدر هذه الشروط المتطرق إليها، اتفاقية ترسيس الخاصة بحقوق الملكية الفكرية. ثم فسر البحث عدم ضرورة توفر بعض الشروط في الأسرار التجارية مثل: الجدة والابتكار، بالإضافة إلى عدم ضرورة تسجيلها والإفصاح عنها لدى أية جهة إدارية.

¹ METI, Japan's Efforts on Trade Secrets, WIPO: Symposium on Trade Secrets and Innovation, Geneva, 25 November 2019, p. ?.

² Jennifer Blank, Trade secret protection in the United States, WIPO: Symposium on Trade Secrets and Innovation, Geneva, 25 November 2019, p. 28.

ومن ناحية أخرى، عرض البحث لوسائل حماية الأسرار التجارية مدنياً وجزائياً. أما الحماية المدنية لها فإنها ممكنة عن طريق المسؤولية العقدية في حال وجود عقد بين صاحب الأسرار التجارية ومن اطلع على هذه الأسرار بحكم عمله إذا كان عاملاً لديه، أو بالاستناد إلى عقد ترخيص باستغلالها، وتتضمن هذا العقد شرطاً يلزم المتعاقد معه بعدم إفشاء هذه الأسرار، ثم خالف هذا الشرط. والحماية المدنية ممكنة أيضاً عن طريق المسؤولية التقصيرية أو ما يسمى بـ "دعوى المنافسة غير المشروعة"، في حال تمكّن صاحب الأسرار التجارية إثبات عناصر المسؤولية التقصيرية الثلاثة: وقوع الضرر، والخطأ المتمثل في فعل التعدي على الأسرار التجارية، وعلاقة السببية، مع أن القانون لم يوضح التدابير التي يجوز للقاضي تقريرها لوقف الاعتداء والحد من أضراره. وأما الحماية الجزائية، فللاسف لم يتضمن قانون الملكية الصناعية الإماراتي أحكاماً خاصة بتجريم أفعال الاعتداء على الأسرار التجارية، ولكن هذا لا يمنع من تجريم بعض هذه الأفعال في حال انطبق عليها وصف جرائم منصوص عليهما في قانون الجرائم والعقوبات الإماراتي مثل: خيانة الأمانة والسرقة.

وفي ختام هذا البحث، توصل الباحث إلى عدد من النتائج والتوصيات، ونذكر فيما يلي أهمها:

أولاً – النتائج

- 1 مفهوم الأسرار التجارية أوسع من مفهوم المعرفة الفنية ولكنه يشملها؛ إذ لا بد من تبني التعريف الواسع للأسرار التجارية، بحيث تتضمن جميع المعلومات الخاصة بمشروع ما وغير معروفة إلا من قبل عدد محدود من الأشخاص، ذات قيمة اقتصادية، واتخذ صاحبها تدابير معقولة لحفظها على سريتها.
- 2 الحق في الأسرار التجارية ليس حق شخصي، وإنما هو حق حقوق الملكية الفكرية الصناعية، ويرجح تصنيف الأسرار التجارية ضمن فئة الأموال المنقوله المعنوية، على الرغم من طبيعتها الخاصة من أن ملكيتها لا تثبت بالتسجيل كما هو حال باقي حقوق الملكية الصناعية الأخرى، وإنما تثبت بالمحافظة على سريتها، وتزول بشيوع العلم بها واستخدامها.
- 3 تتحقق شروط حماية الأسرار التجارية في ضرورة أن تكون المعلومات التي تقوم عليها سرية، ذات قيمة اقتصادية، وخاصة لتدابير معقولة تضمن المحافظة على سريتها. أما شروط الجدة والابتكار والإفصاح والتسجيل فإنها غير مطلوبة، على الرغم من أن هذه الشروط مطلوبة بشأن حقوق الملكية الصناعية الأخرى، لا سيما براءات الاختراع والعلامات التجارية والتصاميم الصناعية.
- 4 تتمتع الأسرار التجارية بالحماية تلقائياً بمجرد تحقق الشروط المطلوبة فيها قانوناً، وتمتد هذه الحماية لمدة غير محددة طالما بقيت سرية، ولا ضرورة لتسجيلها واتباع إجراءات شكليه ودفع رسوم معينة، كما هو الحال بالنسبة لبراءات الاختراع والعلامات التجارية والتصاميم الصناعية.
- 5 من الممكن حماية الأسرار التجارية تجاه العامل المطلع على الأسرار التجارية بحكم عمله، عن طريق إدراج شرط في عقد العمل يلزم هذا الأخير بعدم إفشاءها، وإلا تعرض للجزاء المقرر في قانون

العمل الإماراتي، والتي يمكن أن تصل حتى الفصل من العمل دون إنذار، بالإضافة إلى الجزاءات التي تقررها قواعد المسؤولية العقدية، لا سيما التعويض واتخاذ التدابير المناسبة لوقف الاعتداء على الأسرار التجارية.

-6 ومن الممكن أيضاً حماية الأسرار التجارية تجاه المرخص له باستغلالها، بوضع بند في عقد الترخيص يقضي بالزام هذا الأخير بعدم إفشاءها، وإلا اعتبر مخلاً بالتزاماته العقدية، وجاز للمرخص صاحب الأسرار التجارية المطالبة بفسخ العقد والتعويض واتخاذ التدابير المناسبة لوقف الاعتداء على الأسرار التجارية.

-7 في حال استحواذ أو استخدام أو الكشف عن الأسرار التجارية من قبل شخص ما بشكل غير مشروع، فلن يكون أمام صاحبها إلا اللجوء إلى دعوى المنافسة غير المشروعة لمساءلة هذا الشخص مدنياً، وإثبات عناصر المسؤولية التقصيرية الثلاث: الضرر والخطأ والعلاقة السببية. وحينها يمكنه المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية، بالإضافة إلى اتخاذ التدابير المناسبة للحد من الضرر.

-8 لم تنص الأحكام الخاصة بالأسرار التجارية الواردة في قانون الملكية الصناعية الإماراتي على تجريم أفعال الاعتداء على هذه الأسرار، ولم تقرر لها عقوبات جزائية خاصة، كما فعلت بالنسبة لبراءات الاختراع والتصاميم الصناعية، مع ذلك يمكن ملاحقة مرتكبي مثل هذه الأفعال بجرائم منصوص عليها في قانون العقوبات والجرائم الإماراتي رقم 31 لسنة 2021، في حال اطبقت على الأفعال المذكورة أوصاف جرائم معينة كخيانة الأمانة والسرقة.

ثانياً – التوصيات

-1 إصدار قانون خاص بالأسرار التجارية بدلاً من النصوص الخاصة بها، والتي وردت في قانون الملكية الصناعية الإماراتي، على أن يتم من خلاله تبني أحكام واضحة وأكثر تفصيلاً، تضمن حماية قانونية أكثر فاعلية للأسرار التجارية، بغض مزيد من الدعم للابتكار، وتعزيز القدرة التنافسية للمشروعات.

-2 مبادرة المشرع الإماراتي إلى وضع تعريف للأسرار التجارية، يتبنى من خلاله المفهوم الواسع لها. ونقترح لهذا الغرض أن يتم تعريفها على أنها: "معلومات سرية يحوزها مشروع ما، قابلة للبيع أو الترخيص باستغلالها"، فلا شك أن مثل هذا التعريف يشمل الشروط الثلاثة المتقد على وجوب تحقيقها في المعلومات محل الأسرار التجارية، وهي: السرية، وأنها ذات قيمة اقتصادية، وخاضعة لتدابير معقولة للحفظ على سريتها.

-3 لا بد من تبني المشرع الإماراتي لنص قانوني واضح لا لبس فيه، يحدد الطبيعة القانونية للأسرار التجارية، ويؤكد على أنها مال منقول معنوي، تدرج ضمن حقوق الملكية الفكرية الصناعية، وتثبت ملكيتها لحانزها طالما بقيت سرية، دون الحاجة لتسجيلها لدى أية جهة إدارية.

- 4 تعديل نص المادة 16 من قانون العمل الإماراتي، بحيث يصبح العامل ملتزماً بالحفظ على الأسرار التجارية أو أسرار العمل خلال سريان عقد العمل، وبعد انقضائه، وعلى أن يمتد هذا الالتزام لمدة غير محددة، ولطالما بقيت المعلومات المقصودة سرية، وقابلة للبيع أو الترخيص باستغلالها.
- 5 صياغة الشرط الذي يدرج في عقد الترخيص باستغلال الأسرار التجارية، بطريقة تلزم المرخص له بعد إفشائها أو مشاركتها مع الغير ليس فقط خلال مدة تنفيذ العقد، وإنما لمدة غير محددة، ولما بعد انقضاء العقد لأي سبب كان، ولطالما بقيت المعلومات المعنية سرية وقابلة للبيع أو الترخيص باستغلالها.
- 6 تخصيص نص خاص بالتدابير التي يمكن اتخاذها من قبل المحاكم المدنية أو الجزائية في حالة الاعتداء على الأسرار التجارية، مثل: وقف أو حظر استخدام الأسرار التجارية أو إفشائها، إتلاف المستندات أو الملفات التي تحتوي أو تجسد الأسرار التجارية، أو تسليمها إلى صاحب هذه الأسرار، سحب البضائع المخالفة وإتلافها.
- 7 لا بدّ من تجريم أفعال استحواذ الأسرار التجارية واستخدامها والكشف عنها بشكل غير مشروع، وإقرار عقوبات جزائية شديدة ورادعة. ونقترح على المشرع الإماراتي لهذا الغرض أن تكون عقوبة مثل هذه الأفعال الحبس بما لا يزيد على ثلاثة سنوات، والغرامة بما لا يزيد على مئة مليون درهم إماراتي، أو إحدى هاتين العقوبتين.

المراجع

- 1 إبراهيم عبيدات، الأسرار التجارية: المفهوم والطبيعة القانونية وآلية الحماية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015.
- 2 آمال بن بريح وعبد الكريم عسالي، المنافسة غير المشروعة الماسة بالأسرار التجارية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة بجایة، الجزائر، المجلد 11، العدد 1، 2020.
- 3 بوغنجة شهرة وفرحات حمو، التمييز بين نظامي الأسرار التجارية وبراءة الاختراع، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية الإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، الجزائر، المجلد 12، العدد 2، 2020.
- 4 حسام الدين الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها والتحديات التي تواجه الصناعات الدوائية في الدول النامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009.
- 5 خاطر لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية في منظمة التجارة العالمية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2001.
- 6 خالد ممدوح إبراهيم، حقوق الملكية الفكرية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2010.

- 7 ذكرى عبد الرزاق محمد، حماية المعلومات السرية من حقوق الملكية الفكرية في ضوء التطورات التشريعية والقضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 8 راجي عبد العزيز، طبيعة المعرفة الفنية والأساس القانوني لحمايتها، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2002.
- 9 زينة الصفار، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية: دراسة مقارنة، دار حامد، عمان، 2002.
- 10 سمحة القليوبى، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 10، 2016.
- 11 سندس قاسم، التنظيم القانوني للأسرار التجارية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة كربلاء، العراق، 2013.
- 12 علاء وصفى المستريحي وعلي خالد قطيشات ومناهل شاهر العساف، القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية التقصيرية عن الاعتداء على الأسرار التجارية، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد 10، العدد 2، 2018.
- 13 عماد الإبراهيم، الحماية المدنية لبراءات الاختراع والأسرار التجارية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2011.
- 14 فتحية حواس، النظام القانوني للأسرار التجارية، مجلة الفكر القانوني والسياسي، جامعة الأغواط الجزائر، المجلد 4، العدد 2، 2020.
- 15 قايد حفيظة، المسؤولية المهنية عن إفشاء السر المهني في قانون الأعمال، مجلة الندوة للدراسات القانونية، قسنطينة، الجزائر، العدد 6، 2015.
- 16 قيس محافظة، الآثار القانونية المترتبة على حماية الأسرار التجارية والاختراعات: دراسة مقارنة، مجلة دراسات، سلسلة علوم الشريعة والقانوني، المجلد 38، العدد 1، 2011.
- 17 محمد النسور ويعرّب القضاة، التعويض عن الضرر نتيجة إساءة استعمال السر التجاري وفقاً لأحكام قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية رقم 15 لسنة 2000، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد 4، العدد 4، 2012.
- 18 محمود عبيادات، ورمزي ماضي، الحماية العقية للأسرار التجارية: دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد 55، 2014.
- 19 مرتضى خيري، القواعد الخاصة بحماية المعلومات غير المفصح عنها وعلاقتها بالصناعة الدوائية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي أفلو، الجزائر، المجلد 2، العدد 1، 2020.
- 20 مليكة حجاج، الحماية الجزائية للأسرار التجارية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، المجلد السادس، العدد 3، 2021.

- 21- مؤيد عبيدات، النظام القانوني للأسرار التجارية في الأردن، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، جامعة مؤتة، المجلد 23، العدد 5، 2008.
- 22- يسار الحنيطي، أطر الحماية القانونية للأسرار التجارية: دراسة تأصيلية تحليلية للأسس والمبررات في القانونين الأردني والمصري، مجلة دراسات، سلسلة علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، عمان، المجلد 46، العدد 2، 2019.
- 23- Davide Follador, Trade Secrets Systems in Innovation, IP Polices and Development, WIPO: Symposium on Trade Secrets and Innovation, Geneva, 25 November 2019.
- 24- Jennifer Blank, Trade secret protection in the United States, WIPO: Symposium on Trade Secrets and Innovation, Geneva, 25 November 2019.
- 25- Kroll, Global Fraud Report, 2014:
<https://www.google.com/search?q=Kroll%2C+Global+Fraud+Report%2C+2014&oq=Kroll%2C+Global+Fraud+Report%2C+2014&aqs=chrome..69i57j33i160.2169j0j15&surl&eid=chrome&ie=UTF-8>
- 26- METI, Japan's Efforts on Trade Secrets, WIPO: Symposium on Trade Secrets and Innovation, Geneva, 25 November 2019.
- 27- Richard A. Mann & Barry S. Roperts, Smith Roberson's Business law, South Western, 5th edition, Canada, 2011.

رؤيه فقهية في التقارب بين بعض أحكام قانوني الإعسار والإفلاس

الدكتور محمد حسن عبد الله على
كلية القانون - جامعة العلوم والتكنولوجيا في الفجيرة

تاريخ القبول: 2022-4-4

تاريخ التسليم: 2021-9-14

**Convergence of some provisions of the insolvency and bankruptcy laws from
a jurisprudential perspective**

Dr. Mohammed Hasson Abdullah Ali

College of Law

University of Science and Technology of Fujairah

ملخص:

تناول البحث أوجه التماذل والتقارب في إجراءات النظام القانوني للإعسار في المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2019 والنظام القانوني للإفلاس في قانون رقم لسنة 2016 حيث نظم المشرع إجراءات التسوية المالية في قانون الإعسار وهي تقابل إجراءات الصلح الواقي من إفلاس وأجاز للمدين المدني بشروط معينة استمرار نشاطه وأجاز للمدين التاجر إمكانية إعادة هيكلة نشاطه ونظم إجراءات إشهار إعسار وتصفية أموال المدين المدني وكذلك نظم إجراءات إشهار وتصفية أموال المدين التاجر.

وأشار البحث إلى التحول الذي شهدته مفهوم العمل التجاري نحو مفهوم أوسع هو المشروع الاقتصادي. وتوسيع المشرع الإماراتي في تحديد نطاق تطبيق قانون الإفلاس التجاري بحيث يطال الشركات المدنية التي تمارس نشاطاً مهنياً وترك لقانون الإعسار النشاط المهني والحرفي الفردي والأشخاص الطبيعيين الذي لا يمارسون مهنة أو حرفة معينة. وأوصى البحث بدمج التشريعين في تشريع واحد تحت مسمى "قانون الإعسار المدني والتجاري".

Abstract

The research dealt with similarities and convergence in the procedures of the legal system of insolvency in Decree-Law No. 19 of 2019 and the legal system of bankruptcy in Law No. of 2016, where the legislator organized the financial settlement procedures in the insolvency law, which corresponds to the procedures of preventive composition from bankruptcy and permitted the civil debtor with certain conditions to continue his activity and authorized the debtor The merchant has the possibility of restructuring his activity and systems of procedures for declaring insolvency and liquidating the funds of the civil debtor, as well as systems of procedures for publicizing and liquidating the funds of the merchant debtor. The research indicated the transformation witnessed by the concept of commercial work towards a broader concept, which is the economic project. The UAE legislator expanded the scope of application of the commercial bankruptcy law to include civil companies that practice a professional activity and left to the insolvency law the professional and individual professional activity and natural persons who do not practice a specific profession or craft. The research recommended merging the two legislations into one legislation under the name "The Civil and Commercial Insolvency Law".

مقدمة:

يشهد العالم سعيًا حثيثاً لإصدار التشريعات المنظمة للإعسار والإفلاس وتنسيق التعاون في إصدارها بما يخدم الترابط والتكامل في الاقتصاد العالمي.¹

وكانت الولايات المتحدة سباقة في تبني فلسفة إنقاذ المشروع الاقتصادي في قانون الإفلاس Bankruptcy Code² والذي يسمح بإعادة تنظيم المؤسسات الفاشلة وإعادتها إلى مسارها الطبيعي. وظهر جلياً الرابط بين إعسار أو إفلاس الشركات والتجار والأفراد العاديين من خلال إصدار المشرع الأمريكي في عام 2005 قانون منع إساءة الإفلاس وحماية المستهلك. The Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act

وتتبع هذه الفلسفة المرنة من رؤية اقتصادية لبريرالية تتظر إلى شطب الديون بوصفها وسيلة فعالة لتوزيع المخاطر، واعتبار إعادة هيكلة الديون وسيلة لمعالجة مشاكل المديونية المفرطة بكفاءة، ولتمكن الفرد من العودة بسرعة إلى السوق كمستهلك ومقرض.³

وتمت مراجعة وتعديل قانون الإعسار الإنجليزي في عام 1982 حيث شكلت لجنة برلمانية لهذا الغرض والتي أعدت دراسة شاملة حول أهداف ومضمون التشريع، كان أهمها التأكيد على:

"تشخيص وعلاج الإعسار الوشيك في مرحلة مبكرة، والإقرار بأن آثار الإعسار لا تقتصر على المصالح الخاصة للمعسر ودائنيه، بل أنها تمثل المجتمع بأكمله، وتوفير الوسائل اللازمة لحفظ على المؤسسات التجارية القابلة للاستمرار والقادرة على تقديم مساهمة مفيدة في الحياة الاقتصادية للبلد".⁴

وسبق للمشرع الفرنسي أن قام بإصلاح تشريعي تمثل في قانون التسوية القضائية وتصفية الأموال رقم 67-563 الصادر بتاريخ 13 يوليو 1967، والذي أخضع فيه كافة الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص سواء أكانت شركات مدنية بما في ذلك المشروعات الزراعية، أم تجارية، أم جمعيات لنظام التسوية القضائية وتصفية الأموال المقرر للمشاريع التجارية، متاثراً في ذلك بالتشريعات الأنجلو الأمريكية

¹ لا شك أن الاقتصاد العالمي صار أكثر ترابطاً نظراً لمكانة الولايات المتحدة الأمريكية في نطاقه، حيث يتتأثر العالم بكل أزمات الاقتصاد الأمريكي والتي تسيطر عليه الشركات الأمريكية والتي يشمل نشاطها الكثير من الدول. أنظر تفصيلاً: جوزيف ستينجليتز، السقوط المدوي، الأسواق الحرة وغرق الاقتصاد العالمي، ترجمة محمد الصياد، الدار العربية للعلوم، الطبعة الأولى 2021، ص؟.

² خول الدستور الأمريكي المشرع الفيدرالي(الكونجرس) إصدار تشريع فيدرالي حول الإفلاس. ومارس الكونجرس هذه السلطة عدة مرات منذ عام 1801، بما في ذلك من خلال اعتماد قانون إصلاح الإفلاس لعام 1978، بصيغته المعدلة، المدون في العنوان 11 من قانون الولايات المتحدة، وقانون Elina Moustaira, International Insolvency Law, BAPCPA (BAPCPA) 2005. أنظر تفصيلاً: Springer Nature Switzerland AG 2019. P.4-6

³ أنظر تفصيلاً: Ramsay, Iain. "The Rise of Personal Insolvency Law." Personal Insolvency in the 21st Century: A Comparative Analysis of the US and Europe. Oxford: Bloomsbury Publishing, 2017. 1–33

⁴ شكل البرلمان البريطاني لجنة لمراجعة تشريع وممارسات الإعسار في عام 1982، سميت لجنة كورك The Cork Committee والتي نصت على الأهداف التي ينبغي أي تشريع جيد حول الإعسار أن يتضمنها. أنظر تفصيلاً: Fiona Tolmie, CORPORATE AND PERSONAL INSOLVENCY LAW, Second Edition, Cavendish, Publishing Limited, 2003.

التي لا تميز في نظامها القانوني بين مدين عادي ومدين تاجر. وإنما تميز في الإجراءات بين حالات إعسار الأفراد وإعسار الشركات¹.

ومن جانبها وضعت الأمم المتحدة نظاماً قانونياً للإعسار العابر للحدود للاسترشاد به من قبل الدول الأعضاء². وكذلك أصدر الاتحاد الأوروبي توجيهًا خاصاً بالإعسار لتطبيقه في الدول الأعضاء في الاتحاد³.

وتجسد هذه المتغيرات التشريعية في النظام القانوني المقارن التحول من فكرة تحقيق العدالة المتمثلة في سداد الديون ومعاقبة المدين المفلس إلى فكرة إنقاذ المشروع الاقتصادي والإبقاء على فعاليته في نطاق المحافظة على سلامة الأداء الاقتصادي الذي أصبح أكثر ترابطاً ليس على مستوى المجتمع المحلي وإنما على المستوى العالمي فهو اقتصاد يعتمد على فعالية وعافية النشاط المصرفي⁴.

وفي نطاق الدول العربية أصدرت المملكة العربية السعودية نظاماً للإفلاس يمتد تطبيقه على كل المشروعات الاقتصادية⁵.

وأصدر المشرع التونسي قانوناً يتعلق بالإجراءات الجماعية، وحدد نطاق تطبيقه "على كل شخص معنوي وكذلك كل شخص طبيعي خاضع للضريبة حسب النظام الحقيقي، يتعاطى نشاطاً تجارياً على معنى الفصل 2 من هذه المجلة أو حرفيًا، وعلى الشركات التجارية حسب الشكل التي تتعاطى نشاطاً فلاحياً أو نشاطاً في ميدان الصيد البحري"⁶.

وسبق أن أصدر المشرع الإماراتي قانوناً خاصاً بالإفلاس هو القانون رقم 9 لعام 2016 وسع فيه من نطاق التطبيق وصولاً إلى الأعمال المدنية التي تمارس من خلال الشركات المدنية. وأصدر أيضاً المرسوم بالقانون الاتحادي رقم 19 لسنة 2019 بشأن الإعسار الذي حدد نطاق تطبيقه على المدينين الذين لا يخضعون لقانون الإفلاس أي أصحاب المهن الذين لا يتذمرون شكل الشركة مدنية كانت أم تجارية لنشاطهم وبقية الأفراد.

¹ Ramsay, Iain. "The Rise of Personal Insolvency Law." *Personal Insolvency in the 21st Century: A Comparative Analysis of the US and Europe*. Oxford: Bloomsbury Publishing, 2017. 1–33.

² https://uncitral.un.org/ar/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency

³ Anderson, Hamish, *An Introduction to Corporate Insolvency Law*, The Plymouth Law & Criminal Justice Review, Volume 08 – 2016.

⁴ يمكننا الاستشهاد هنا بأزمة 2008 التي أصابت البنوك الأمريكية، ومنها امتدت إلى الاقتصاد العالمي برمته. وهناك من الدراسات ما يشير إلى أن الإعسار الفردي المتمثل في عجز الأفراد عن سداد القروض المصرفية يمثل حالياً - وبحسب خبراء صندوق النقد الدولي- أكثر حالات الإعسار أهمية، لا سيما في فترات الركود. ويررون أنها كانت متساوية في الأزمة المالية عام؟ وخلص صندوق النقد الدولي في عام 2012 إلى أن حالات الركود الناجمة عن الزيادات الكبيرة في ديون الأسر، يمكن أن تؤدي إلى انتعاش اقتصادي أبطأ من تلك الناجمة عن أحداث أخرى. انظر تقليلاً: Ramsay, Iain. "The Rise of Personal Insolvency Law." *Personal Insolvency in the 21st Century: A Comparative Analysis of the US and Europe*. Oxford: Bloomsbury Publishing, 2017. 18–17US and Europe.

⁵ صدر نظام الإفلاس الجديد بموجب المرسوم الملكي رقم (50) بتاريخ 28/5/1439هـ والذي ألغى أحكام نظام الإفلاس الذي كان سائداً قبله بالمورد من: 103 إلى المادة 137 من نظام المحكمة التجارية الصادر بالأمر الملكي رقم (16) بتاريخ 1416/9/4هـ. انظر تقليلاً: طارق فهمي الغنام، إجراءات الإفلاس في النظام السعودي، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2021، ص 9 وما بعدها.

⁶ قانون عدد 36 لسنة 2016 مؤرخ في 29 أبريل 2016 باسم الإجراءات الجماعية، مما ألغى الكتاب الرابع من المجلة التجارية التونسية ليحل محلها.

وبالرغم من نص المادة 69 من قانون الإعسار على إلغاء كل حكم يخالف أو يتعارض مع القانون إلا أن المشرع الإماراتي في تعديله لقانون المعاملات المدنية رقم 5 لعام 1985 الذي تم بالمرسوم رقم (30) لسنة 2020، أبقى على نصوص الحجر على المدين المفسد دون إلغاء أو تعديل.¹

واقتربت أحكام وهيكلية قانون الإعسار من أحكام وهيكلية قانون الإفلاس، الأمر الذي يبرر الدعوة لدمج أحكام التشريعين في تشريع واحد. هذا التقارب الذي وجد مبرره القانوني والموضوعي في تراجع أوجه الاختلاف بين النظامين: حيث صافت شقة الخلاف – قانوناً – بين مفهوم العمل المدني والعمل التجاري وتوسيع نطاق تطبيق قانوني المعاملات التجارية والإفلاس في ظل توجّه عالمي لدمج أحكام نظامي الإفلاس والإعسار في تشريع واحد.

ولا يهدف البحث إلى عرض وتحليل أحكام الإعسار المدني أو الإفلاس التجاري في التشريعين، وإنما يحاول الإجابة عن سؤال مدى التقارب والتمايز بين فلسفة وأهداف التشريعين، سبيلاً لاقتراح توحيدهما في تشريع واحد تحت مسمى قانون الإفلاس الذي يجمع في نطاق تطبيقه جميع المشروعات الاقتصادية التجارية والمهنية.

أهداف البحث:

يحاول البحث أن يجد مبرراً للتوجه التشريعيين من خلال اقتراح إضافة أحكام الإعسار المطبقة على أصحاب المهن والحرف إلى قانون الإفلاس مع مراعاة خصوصية مهنيهم وحرفهم، بحيث يغدو قانون (الإفلاس المدني والتجاري) قانوناً لإنفاذ المشروعات الاقتصادية أياً كان شكلها القانوني: مؤسسة فردية، شركة مدنية، شركة تجارية من جانب؛ ومن جانب آخر يعالج مديونية الأفراد غير التجار والمهنيين بحسب مقدار ديونهم بحيث يتم تحديد حد أدنى للمديونية التي تطبق عليها أحكام القانون متى كان الدائن تاجراً أو مؤسسة ائتمانية (المصارف)، على أن يتم الإبقاء على القواعد المنصوص عليها في قانون المعاملات المدنية لتطبيقاتها على الأفراد الذين لا يزاولون نشاطاً اقتصادياً في نطاق علاقاتهم المتبادلة بينهم.

منهجية البحث وحدوده:

سوف ينصب البحث على منهجية الوصف والتحليل معاً من خلال عرضنا وتحليلنا لمفهومي الإعسار والإفلاس ونطاق تطبيقهما في التشريعين: المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2019 بشأن الإعسار والمعدل بقرار مجلس الوزراء رقم 47 لسنة 2021، والمرسوم بقانون رقم 9 لسنة 2016 بشأن الإفلاس والمعدل بمرسوم القانون الاتحادي رقم 23 لسنة 2019، والمرسوم بقانون رقم 35 لسنة 2021؛ لتبيان إمكانية دمج التشريعين في تشريع واحد، والمقارنة عند الاقتضاء مع التشريعات العربية المذكورة والتشريع الفرنسي ولائحة الاتحاد الأوروبي والنمذج الإرشادية الدولية الصادرة عن الأمم المتحدة حول الإعسار.

¹ المواد من 401 إلى 416 من المرسوم بقانون رقم (30) لسنة 2020 المعدل للقانون رقم (5) لسنة 1985 بشأن المعاملات المدنية.

تقسيم البحث: تم تقسيم البحث على النحو التالي:

المطلب الأول: تأصيل مفهوم الإعسار الاقتصادي.

المطلب الثاني: مبررات التقارب بين قانوني الإعسار والإفلاس.

المطلب الثالث: تراجع الفوارق بين قانوني الإعسار والإفلاس.

المطلب الرابع: أوجه التمايز في قانوني الإعسار والإفلاس الإمارتيين.

المطلب الأول**تأصيل مفهوم موحد للإعسار/الإفلاس المدني والتجاري**

في حاولتنا لتأصيل مفهوم موحد للإعسار/الإفلاس المدني والتجاري، لابد منتناول تعريف كل من الإعسار والإفلاس في اللغة والفقه الإسلامي (فرع أول) والقانون (فرع ثاني) حتى نبين جدوى الاقتصاد على اصطلاح واحد هو الإفلاس.

الفرع الأول: التعريف اللغوي والفقهي للإعسار والإفلاس: نتناول التعريف اللغوي ثم التعريف الفقهي:

أولاً: التعريف اللغوي:

إعسار: اسم. إعسار: مصدر **أَعْسَرَ**. **عَسَرَ**: (فعل). **عَسَرَ يَعْسُرُ**، **عَسْرًا وَعُسْرًا**، فهو عسير ، والمفعول معسور – للمتعدي. **عَسَرَ الزَّمَانُ وَنَحْوُهُ**: اشتدا العسر والعسر: ضد اليسر ، وهو الضيق والشدة والصعوبة. قال الله تعالى: **سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا**ـ **فَإِنْ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا**ـ إن مع العسر يُسراً! .

إفلاس: اسم. مصدر **أَفْلَسَ**. **(فَلْس)**: اسم. **فَلْس**: مصدر **فَلَسَ**. **(فَلَس)**: فعل. **فَلَسَ فَلْسًا** فهو **فَلْسٌ**. **فَلَسَ** من الشيء: خلا منه وتجرد. **(فَلْس)**: فعل. **فَلْسَ يَفْلِسُ**، تفليسًا، فهو **مُفْلِسٌ**، والمفعول **مُفْلِسٌ** – للمتعدي. **فَلْسَ التَّاجِرُ**: فقد ماله. **فَلْسَةُ الْقَاضِي**: حكم بإفلاسه. **فَلْسَ فَلَاتًا**: جعله **يَفْلِسُ**; يفقد ماله².

فالعسر والضيق والشدة ضد اليسر والانفراج، فالعسر قد ينجم عن ضيق ذات اليد أو لكرب يصيب الإنسان في صحته أو أولاده ... الخ غير أن اضطرار استعمال كلمة العسر إنما ارتبط بالأحوال المالية للإنسان. ومدلول **الفَلْس** لغة يدل على نفاد فلوس الإنسان، فالفلس (بتسمين الفاء والسين) ضرب من وحدات النقد الأقل قيمة، فمن **أَفْلَسَ** أي صار بلا نقود. فالدلالة اللغوية للإعسار والإفلاس تحتمل استخدام اللفظين لمعنى الفقر.

ثانياً: التعريف في الفقه الإسلامي:

لم يبرز الفقهاء معنى الإعسار كما أبرزوا معنى الإفلاس، وإنما ذكروا معنى للإعسار يتاسب مع المعنى اللغوي فمثلاً عرروا الإعسار بأنه :

1. الافتقار، و قالوا إن العسر ضد اليسر، وأعسر أي افتقر.
2. عدم القدرة على النفقة أو أداء ما عليه بمال ولا كسب، وقيل: هو زيادة خرجه عن دخله.

المعاني:	معجم	تصصيلاً	أنظر
https://www.almaany.com/ar/dict/ar-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%B9%D8%B3%D8%A7%D8%B1r/			1

وفي الحديث: من أدرك ماله عند رجل قد أفلس فهو أحق به، أفلس الرجل إذا لم يبق له مال، يُراد به أنه صار إلى حال يقال فيها ليس معه فلس. ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف القاهرة، باب الفاء، ص. 3460. وكلمة إفلاس في اللاتينية مشتقة من الكلمة **Bancarotta** الإيطالية، وتعني حرفيأً "مقاعد البلاط المكسورة" ولكن بشكل أكثر اصطلاحاً "بنك مكسور"، لأن المصرفيين يتعاملون تقليدياً من مقاعد خشبية. يزعم أصل الكلمة الشعبية أن مقاعد المصرفيين الإيطاليين قد تحطم إذا تخلفوا عن السداد، ولكن غالباً ما يتم رفض هذا باعتباره أسطورة، وبالإيطالية الإفلاس تعني <https://en.wikipedia.org/wiki/Bankruptcy#Etymology>

3. ضيق الحال من جهة عدم المال.

ومن هذا يتضح أن الإعسار في المعنى الاصطلاحي مرادف للمعنى اللغوي وهو أن المعسر من لا يملك مالاً لسداد التزاماته ويؤيد هذا سبب نزول قوله تعالى:

(وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرْهُ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ) ذلك أن ثقيناً لما طالبوا أموالهم التي لهم على بني المغيرة، شكوا العسرة –أي بني المغيرة- وقالوا: ليس لنا شيء، وطلبوا الأجل إلى وقت ثمارهم، فنزلت الآية. وقيل "إن الفُلْس في الشرع يطلق على معنيين: أحدهما: أن يستغرق الدين مال الدين، فلا يكون في ماله وفاء بديونه. والثاني: لا يكون له مال معلوم أصلاً¹.

فالفلس في اصطلاح الفقه الإسلامي هو إحاطة الدين بمال الدين أي الحالة التي تزيد فيها ديون الشخص الطبيعي عن أمواله، وكذلك هو الإعسار المدني المتعارف عليه في التشريعات العربية².

وقد ذهب المشرع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية الاتحادي مذهب الفقه الإسلامي في استعمال لفظ الإفلاس للدلالة على ما يسمى في القانون الوضعي بالإعسار، حيث نظم أحكام إعسار المدين تحت اسم (الحجر على المدين المفلس)³.

الفرع الثاني: التعريف القانوني للإعسار والإفلاس:

تناول التعريف القانوني للإعسار أولاً ثم التعريف القانوني للإفلاس ثانياً:

تناول تعريف الإعسار في الفقه القانوني ثم في التشريع على التالي:

- التعريف الفقهي للإعسار:

إذا كان المدلول اللغوي للإعسار والإفلاس متواافقاً على العسر والافتقار، بيد أن دلالتهما في الاصطلاح القانوني يدل على معنيين مختلفين حيث تناقضت تعاريف فقهاء القانون بين النظر إلى الإعسار بوصفها حالة واقعية تعبير عن زيادة ديون المدين عن أمواله، وبين النظر إليها بوصفها حالة قانونية تتجسد في الحكم بالحجر على المدين الذي لم يعد قادراً على سداد ديونه.

¹ ابن رشد، بداية المجهد ونهاية المقتضى، تعليق وتحقيق وتخریج محمد صبحي حسن حلاق، الجزء الرابع، مكتبة ابن تيمية، القاهرة. ط 1 1415 هـ. ص 73 وما بعدها.

² انظر المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي ص 411. والمواد من 401 إلى 413 من قانون المعاملات المدنية رقم 5 لسنة 1985 المعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987 والمرسوم بالقانون الاتحادي رقم (30) لسنة 2020.

³ انظر المادة (408) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي. (الحجر على المدين المفلس بتعديل المشرع الإماراتي والمشرع الأردني) حيث ينص في قانون المعاملات المدنية بجواز الحجر على المدين إذا زادت ديونه الحالة على ماله. وهو الحكم المطابق لنص المادة 250 مدني مصري، 270 مدني عراقي، 375-376 أردني.

حيث عرفه بعض الفقه القانوني بأنه: حالة المدين الذي تربو ديونه الحالة والمؤجلة على أمواله، فإذا زادت قيمتها جمياً على أمواله في وقت معين فهو معسر في هذا الوقت.¹

وعرفه آخرون بأنه: نظام قانوني يتم بمقتضاه الحجر على مدين تزيد ديونه المستحقة على أمواله ويصدر حكم من المحكمة بحجره، بناء على طلب مقدم من المدين نفسه أو من الدائن له تقتناع به المحكمة المختصة². ويتبيّن من التعريفين أن للإعسار مفهومين: إعسار فعلي وآخر قانوني.

الإعسار الفعلي والإعسار القانوني:

الإعسار الفعلي حالة واقعية تنشأ عن زيادة ديون المدين على حقوقه سواء كانت مستحقة الأداء أو غير مستحقة ما دامت هذه الديون محققة الوجود.

أما الإعسار القانوني فهو حالة قانونية تنشأ من زيادة ديون المدين المستحقة الأداء على حقوقه، ولا بد من شهرها بحكم قضائي³.

ويعرف الفقه الإنجليزي الإعسار بشكل عام بأنه: "عدم القدرة على الوفاء بديون الفرد، إما بسبب نقص النقود المتاحة عند الاستحقاق أو بشكل أساسي؛ لأن إجمالي الديون يتجاوز الأصول المتاحة للوفاء بها".⁴.

ويلاحظ هنا أن الفقه الإنجليزي يميز بين توافر النقود الكافية لسداد الديون المستحقة، وبين إجمالي حقوق المدين أو أصوله (بتعبير اقتصادي) والديون المستحقة. فالتمييز ليس بين القدرة على الوفاء بالديون المستحقة وتلك الآجلة، وإنما بين النقد الكافي للسداد والأموال التي يملكتها المدين بشكل عام وعدم كفايتها لسداد الديون.⁵.

ويفرق الفقه الانجليزي عموماً بين الإعسار بوصفه حالة مالية واقعية تحدث عندما تتجاوز التزامات الشخص الطبيعي أو الاعتباري أصوله، ويشار إلى هذه الحالة بإعسار "الميزانية العمومية" أو عندما لا يمكن الشخص من الوفاء بالتزاماته المالية عند استحقاقها، ويشار إليه بإعسار "التدفق النقدي"، وبين الإفلاس بوصفه حالة قانونية ناتجة عن:

طلب المدين سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً من المحكمة المختصة إعلان إفلاسه، أو طلب الدائن من المحكمة إعلان إفلاس مدينه، أو قرار خاص تقدمه شركة إلى مسجل الشركات لإشهار إفلاسه.

¹ انظر تفصيلاً: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني نظرية الالتزام بوجه عام، تنقيح أحمد مدحت المراغي، نقابة المحامين، الجيزة، 2006. ص 1062-1065. قري عبد الفتاح الشهاوي، نظرية الحق في الجبس ودعوى الإعسار المدني، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2002 ص 56.

² سليمان مرقس. الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، ط. 2. دار الكتب القانونية، المجلد الرابع، الجزء الثاني، ص 398. محمد عبد المقصود غنايم، شرح قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2020. ص 8-13.

³ المادة (1) من المرسوم الاتحادي رقم 19 لسنة 2019 بشأن الإعسار.

⁴ Ramsay, Iain. "The Rise of Personal Insolvency Law." Personal Insolvency in the 21st Century: A Comparative Analysis of the US and Europe. Oxford: Bloomsbury Publishing, 2017. 1–33. P.3.

⁵ Anderson, Hamish, An Introduction to Corporate Insolvency Law, The Plymouth Law & Criminal Justice Review, Volume 08 – 2016. p.21.

وتتمثل إجراءات الإفلاس بصفة عامة في حصر أموال المدين وحجزها وبيعها وتوزيع عائدتها على الدائنين. فالإعسار insolvency حالة واقعية، والإفلاس bankruptcy نظام قانوني، حيث يكمن الاختلاف بين اصطلاحي الإعسار Insolvency واصطلاح الإفلاس Bankruptcy، أن الأول يدل على حالة عدم المقدرة على السداد أو التوقف عن السداد، بينما يشير الآخر إلى الإجراءات القانونية الواجب اتخاذها عند ثبوت حالة الإعسار.¹

وعرف تاريخ التشريع والقضاء الإنجليزي تميزاً بين إعسار الأفراد وإعسار الشركات، ولكن لم يشهد التمييز الذي أحده المشرع الفرنسي بين الإعسار المدني الخاص بالأفراد غير التجار، وبين نظام الإفلاس بوصفه نظاماً مرتبطاً بالتجار وحدهم أفراداً كانوا أم شركات.²

- التعريف القانوني للإعسار:

عرف المشرع الإماراتي الإعسار في المادة (1) من المرسوم بقانون رقم 9 لسنة 2019 بشأن الإعسار باعتباره: " مواجهة صعوبات مالية حالية أو متوقعة تجعل المدين غير قادر على تسديد ديونه"³، أي أنه جمع في تعريف الإعسار بين حالي الإعسار الفعلي والقانوني بالقول: إن الإعسار مواجهة صعوبات مالية حالية أو متوقعة لم تحل بعد. ويكون من شأن هذه الصعوبات جعل المدين غير قادر على سداد ديونه، وهو عين الإعسار القانوني، فلا يتبيّن عدم المقدرة على سداد الدين إلا عند حلولها.

وميز المشرع بين حالي طلب التسوية المالية من قبل المدين نفسه، وطلبه أو طلب الدائنين إشهار إعساره وتصفيته أمواله. ففي الحالة الأولى من الواضح أن المشرع أخذ بنظام الإعسار الفعلي حيث نص في الفقرات (5,2) من المادة(3) على بيان أسماء الدائنين الذين عجز أو يتوقع العجز عن سداد ديونهم، وتصريح المدين بالصعوبات المالية الحالية أو المتوقعة. فإنه غير قادر أو لا يتوقع أن يكون قادراً على تسديد كافة ديونه سواء المستحقة وقت تقديم الطلب أو تلك التي تستحق في المستقبل.

وفي الحالة الثانية أي عند طلب إشهار الإعسار والتصفية، سواء من قبل المدين أو دائنيه، فإن المشرع أخذ بمفهوم الإعسار القانوني حيث تنص المادة(28) على تقديم المدين طلب افتتاح إجراءات إعساره وتصفيته أمواله في حال توقف عن دفع أي من ديونه في مواعيد استحقاقها لمدة تزيد على خمسين يوم عمل متتالية نتيجة عجزه عن الوفاء بهذه الديون. وهو تميّز منطقي، ففي حال طلبه تسوية أو ضاغطه المالية، إنما يكون ذلك عن إدراك منه لأوضاعه المالية الحالية وما ستؤول إليه لاحقاً، فيسارع في طلب المساعدة للخروج من

¹ Ramsay, Iain, Cit, Op.p.8.

² Anderson, Hamish, Cit, Op.

³ المادة (1) من المرسوم بقانون رقم 9 لسنة 2019 بشأن الإعسار والمعدل بقرار مجلس الوزراء رقم 47 لسنة 2021.

حالة الاضطراب المالي التي يمر بها. أما عند طلب إشهار الإعسار والتصفية، فلا بد أن يكون الدين/ الديون مستحقة الأداء.

ويعرف المشرع الأردني الإعسار بوصفه: "توقف المدين أو عجزه عن سداد الديون المستحقة عليه بانتظام، أو عند تجاوز الالتزامات المترتبة عليه إجمالي قيمة أمواله".¹

فالمشروع الأردني يجمع بين حالي العجز عن سداد الديون والتوقف عن سدادها في مفهوم الإعسار، غير أنه يخص الإعسار الوشيك بتعريف مستقل بالقول: الحالة التي يتوقع فيها أن يفقد المدين القدرة المستقبلية على سداد ديونه عند استحقاقها خلال ستة أشهر رغم قدرته الحالية على سدادها.

ويعرف المشرع الإنجليزي الإعسار بوصفه عدم القدرة على سداد الديون inability to pay debts . وعليه فإن الإعسار هو تعريف عن حالة العجز عن سداد الديون والتي تعبّر عن اضطراب أحوال المدين المالية حيث تكون التزامات المدين أكثر من أمواله.

ثانياً: التعريف القانوني للإفلاس:

لم يعرّف المشرع الإماراتي الإفلاس بشكل مباشر في قانون الإفلاس الاتحادي رقم (9) لسنة 2016 كما فعل عندما عرّف الإعسار في قانون الإعسار، وإنما عرّف التوقف عن الدفع باعتباره: عجز المدين عن الوفاء بأي دين مستحق الأداء عليه.³ فالمشرع لا يفرق هنا بين العجز عن سداد الديون والتوقف عن سدادها. وعرّف المشرع الإماراتي في قانون الإعسار التوقف عن الدفع أيضاً بأنه: عجز المدين عن الوفاء بأي دين مستحق الأداء عليه.⁴ وهو أمر يتوجب التوقف عنده حيث لا يكون بالضرورة التوقف عن الدفع ناتجاً عن العجز عن السداد وهو ما أكدت عليه العديد من أحكام القضاء المصري.⁵ فلا بد من التأكيد على ارتباط التوقف عن الدفع باضطراب الأحوال المالية للمدين تاجراً كان أم مهنياً. وعرّف المشرع السعودي

¹ المادة (1) من قانون الإعسار الأردني رقم 28 لسنة 2018.

² Sec,123. Insolvency Act 1986.

⁴ المادة (1) من مرسوم بقانون اتحادي رقم 19 لسنة 2019 بشأن الإعسار. قضت محكمة القاهرة الاقتصادية برفض دعوى طلب إشهار تاجر بسبب عدم سداد شيكين لا يقابلهما رصيد. وأسست المحكمة حكمها على سند أن دعوى إشهار الإفلاس ليست الطريقة القانوني لتنفيذ الالتزامات وأن تحrir المدعي على شيكين سند الدعوى وعدم صرف قيمة المدعي بصرفهما لا يقطع أو ينم على اضطراب المركز المالي للمدعي عليه أو مروره بضائقة مالية مستحقة مما يخشى معه على حقوق الدائنين، ولا يتم على اضطراب مالي مستحكم يتزعزع معه الائتمان. وأضافت المحكمة في حيثيات حكمها أن عدم السداد قد يرجع إلى مجرد مماطلة التاجر أو عناهه مع القدرة على الدفع مادام هذا الامتناع لا يعرض حقوق الدائنين الآخرين للخطر، وللائنان أن يباشر إجراءات التنفيذ الجبri على أموال مدينه؛ لأن الإفلاس ليس وسيلة تنفيذ أو اقضاء ديون. القضية رقم 113 لسنة 2012 – إفلاس اقتصادي القاهرة- الدائرة الأولى، جلسه 26/1/2013. وفي حكم آخر لذات المحكمة قضت برفض دعوى الإفلاس على سند أن عدم سداد التاجر الشيك سند الدعوى لا يقطع بوقوع اضطراب بمركزه المالي؛ ذلك أن نظام الإفلاس لم يشرع للتنفيذ على أموال المدين، وإن غاية المشرع منه في المقام الأول هي معاونة التاجر على تجاوز الاضطراب المالي الذي ألم به بصفة عارضة وضمان حقوق دائنه. وأضافت المحكمة في حيثيات حكمها أن إشهار إفلاس التاجر ليس وسيلة للضغط على المدين والنكارة به، الأمر الذي يؤدي إلى أن يشهر إفلاس تاجر لعدم وفائه بديونه رغم ملائته وقدرته على الوفاء وعدم اضطراب مركزه المالي، وهو ما يضر بالاقتصاد القومي. القضية رقم 125 لسنة 2013 إفلاس اقتصادي القاهرة – الدائرة الأولى جلسه 26/1/2014. مشار إلى هذه الأحكام لدى الأسس القانونية لتنظيم إعادة الهيكلة والصلاح الواقي والإفلاس، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019، ص 17-18.

المفلس بأنه: مدين استغرقت ديونه جميع أصوله. وميز بين المفلس والمتغطر بوصف الأخير: مدين توقف عن سداد دين مطالب به في موعد استحقاقه.

فإفلاس في النظام السعودي هو مجموعة من القواعد النظامية التي تمكن المدين المفلس أو المتغطر أو المتوقع اضطراب أوضاعه المالية، سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً يمارس في المملكة أعمالاً تجارية أو مهنية أو أعمالاً تهدف إلى الربح، من تصحيح أوضاعه المالية ومساعدة نشاطه¹.

ويطبق نظام الإفلاس (الإجراءات الجماعية) في القانون التونسي على التاجر وغير التاجر إذا اتّخذ شكل الشركة لنشاطه ولو كان غير تجاري². وعرفه بعض الفقه بأنه: نظام أو أسلوب نصّ عليه القانون للتنفيذ على أموال المدين نتيجة توقفه عن دفع ديونه بقصد تصفية أمواله تصفية جماعية لصالح دانبيه، وتحقيق المساواة بينهم، حيث تتم التصفية لتوزيع ناتجها على الدائنين قسمة غرماء طالما تساوت مراكزهم القانونية³.

فإفلاس في النظم التي تميز بين التاجر وغيره هو نظام إجرائي يواجه حالة عجز التاجر حسن النية عن الوفاء بالتزاماته، بقصد وبهدف حماية حقوق الدائنين، واقتسام أموال المدين بينهم بالتساوي وفقاً لقاعدة قسمة الغراماء. فالشاهد أن المشرع لا يرتقي اختلافاً نوعياً بين دلالة اللفظين عند تنظيمه للإعسار والإفلاس، فكلاهما يدلان على حالة التوقف عن سداد الديون الناجمة عن اضطراب أحوال المدين المالية.

وطالما أن الإعسار في النظام القانوني المقارن يعبر عن حالة العجز عن السداد، والإفلاس هو إشهار هذا العجز ومعالجته إما بإعادة التنظيم والميكلة للمشروع أو بالتصفية أو بالصلح والتسوية؛ فهذا أدعى أن يجمعهما تشريع واحد بحيث يغدو قانوناً للإفلاس الذي يعبر عن حالة المدين العاجز عن سداد ديونه التجارية أو المهنية نظراً لاضطراب أحواله المالية.

¹ المادة الرابعة من نظام الإفلاس السعودي: تسرى أحكام النظام على كلٍّ من:

أ. الشخص ذي الصفة الطبيعية الذي يمارس في المملكة أعمالاً تجارية، أو مهنية، أو أعمالاً تهدف إلى تحقيق الربح.
ب. الشركات التجارية والمهنية والكيانات المنظمة وغيرها من الشركات والكيانات الأخرى الهادفة إلى تحقيق الربح، المسجلة في المملكة.

² الفصل 413 من قانون عدد 36 لسنة 2016 مؤرخ في 29 أفريل 2016 يتعلق بالإجراءات الجماعية.

³ عبد الرزاق السنوري، المرجع السابق، ص 1055-1061. وأنظر أيضاً: محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، مطبعة اتحاد الجامعات، الإسكندرية، 1955، ص 272. وأنظر سمحة القليوبى، المرجع السابق. ص 17. أحمد محمد محزز، العقود التجارية والإفلاس، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة ، 2001. ص 274. ومحمد بهجت عبد الله فائد، عمليات البنوك والإفلاس، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2، 2000. ص 2.

المطلب الثاني

مبررات التقارب بين نظامي الإعسار والإفلاس

نتناول تراجع التمييز بين العمل المدني والتجاري بوصفه واحداً من أسباب تقارب نظامي الإعسار والإفلاس في دول النظام اللاتيني التي تميز بين العمل التجاري والعمل المدني (الفرع الأول) وتوسيع نطاق تطبيق قانون الإفلاس (الفرع الثاني) والتوجه الدولي لتوحيد نظام الإعسار التجاري والمدني (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تراجع التمييز بين مفهوم العمل التجاري والعمل المدني:

يرى البعض أن مبرر تنظيم الإعسار المدني تنظيماً دقيقاً مشابهاً لتنظيم الإفلاس التجاري يجد مبرره في أن المشروعات الاقتصادية المدنية قد توسيع وانتشرت، مثل مشروعات استصلاح الأراضي ومشروعات الثروة الحيوانية، ومشروعات استغلال المناجم والمحاجر والصناعات الحرافية.¹

ولم يعد الائتمان ائتماناً استهلاكياً وقاصرأ على المشروعات الصغيرة، وإنما يشمل المشروعات المذكورة. فحاجة المزارع ومربي الحيوان للقروض لا تقل عن حاجة الناجر، فهو يفترض لشراء البذور، واستصلاح الأرض وريها، وصيانة المحصول وجمعه، وشراء الآلات الحديثة والسلالات المحسنة من الحيوانات والطيور.

ويشهد القانون التجاري تطوراً يتجاوز الطابع التقليدي لمفهوم العمل التجاري، سواء في معباره الشخصي أو الموضوعي وصولاً إلى تأصيل مفهوم جديد، هو مفهوم المشروع الاقتصادي حيث أصبحت قواعد القانون التجاري الحديث هي قواعد قانونية تنظم النشاط الاقتصادي (قانون الأعمال Business Law) فتنصب على تنظيم المشروع: تأسيساً، تنظيماً، إدارة وعلاقاته بالغير.²

وأصبح المشروع الاقتصادي إطاراً أشمل يضم قطاعات كانت تعد من قبيل الأعمال المدنية، حيث طفت عليها روح المضاربة واعتبارات الربح والخسارة، واستدعي احتياجها للتمويل المستمر نشوء علاقات مع المؤسسات المالية.

فالمشروع الاقتصادي كل "تنظيم يسعى إلى إنتاج سلعة أو تقديم خدمة للسوق من أجل تحقيق الربح"، ولم يعد أطرافها من التجار وحدهم، بل شملت كل أصحاب المهن والحرف المدنية مثل عقود التأجير التمويلي التي تقدم فيه مؤسسة مالية (مصرف في الغالب) قرضاً في صورة أصول يسترد قيمتها وفوائد القرض من أرباح المشروع.

¹ فهد سعيد فلاح سعيد، التنظيم القانوني للإعسار المدني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ص 31-33.

² علي سيد قاسم، مبادئ القانون التجاري في دولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة 2015. ص 52. يعرف المشروع الفرنسي المشروع الاقتصادي تعريفاً عاماً بوصفه: "أي شخص طبيعي أو اعتباري يسعى لتحقيق هدف اقتصادي بطريقة مستدامة".

فلم يعد القانون التجاري قانوناً للأعمال التجارية بالمعنى التقليدي ولا ذلك القانون الذي كان يجمع بين المعيارين الشخصي والموضوعي، وإنما هو قانون للأعمال الاقتصادية المنظمة والهادفة للربح.¹

ووفدت محكمة العدل الأوروبية متعدد الخدمات في معرض ردها على سؤال وجهته لها المحكمة العليا في ميونيخ حول نشاط الوكالة الألمانية الفيدرالية لتوفير العمالة للقطاع العام بأن نشاط متعدد تقديم خدمات العمالة: "يشمل كل كيان منخرط في نشاط اقتصادي، بغض النظر عن الوضع القانوني للكيان والطريقة التي يتم تمويله بها، وثانياً، أن شراء العمالة هو نشاط اقتصادي".²

يستنتج من المفهوم أن المقصود بعبارة "النشاط الاقتصادي" يقصد بها "النشاط الذي يتضمن عرضاً لسلع أو خدمات في سوق معين"

وأخصب المشرع الفرنسي المزارعين والحرفيين، بل وكافة أشخاص القانون الخاص الاعتبارية لنظام التسوية والتصفية القضائية التي نظمها القانون رقم 98 الصادر في 1985، ثم قانون 26 يوليو 2005 في شأن مساعدة المشروعات المتغيرة³. ويحجز المشرع الفرنسي لأصحاب المهن الحرة ممارسة مهنيهم في شكل شركات أموال (شركات مساهمة أو مسؤولية محدودة، توصية بالأسماء). وتخضع هذه الشركات لنظام التسوية الودية والتصفية، شأنها شأن الشركات التجارية الغرض.⁴.

ولذلك، نرى المشرع الإماراتي يتسع في تحديد الأعمال التجارية، فأضحت أعمال شراء العقارات بقصد الربح من بيعها بحالتها الأصلية أو بعد تحويلها أو تجزئتها، وأعمال الثروة الحيوانية والسمكية من الأعمال التجارية، إذا تم مزاولتها على سبيل الاحتراف.⁵

ولم يعد التركيز الرئيسي لتشريعات الإفلاس الحديثة وممارسات إعادة هيكلة الديون التجارية ينصب على القضاء على الكيانات المعسرة، ولكن على إعادة تشكيل الهيكل المالي والتنظيمي للمدينين الذين يعانون من ضائقة مالية للسماح بإعادة تأهيل واستمرار العمل.

وانطلق المشرع في النظام القانوني المقارن من فكرة تحقيق العدالة المتمثلة بسداد الديون ومعاقبة الدائن المفلس إلى فكرة إنقاذ المشروع والإبقاء على فعاليته في سياق المحافظة على سلامة الأداء الاقتصادي في

¹ أطلق المشرع البلجيكي على القانون التجاري اسم القانون الاقتصادي le Code de droit économique وهو القانون الصادر في الأول من مايو 2018. أنظر تقليلاً:

Sarah Cornet, Un travail écrit: "Le livre XX du Code de droit économique et l'extension du droit de l'insolvabilité aux titulaires de professions libérales: analyse critique et conséquences pratiques", Année académique 2018-2019. P.3.

² JUDGMENT OF THE COURT (Sixth Chamber) 26 April 1991. https://eur-ex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:1689d986-8f43-4ecc-a389-bb324927dfc5.0002.06/DOC_1&format=PDF.

³ Alexia AUTENNE, Nicolas THIRION, op. cit. p.827.)

⁴ سمحة القليوبى، الأساس القانونية لتنظيم إعادة الهيكلة والصلاح الواقى والإفلاس، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019.

⁵ البنود 6, 9, 13 من المادة (6) من قانون المعاملات التجارية الاتحادي رقم 18 لسنة 93.

المجتمع والعالم حيث أصبح الاقتصاد العالمي أكثر ترابطاً وأكثر اعتماداً على فعالية وسلامة النشاط المصرفي¹.

وهذا ما سار عليه المشرع الإماراتي – سواء في قانون الإعسار أو الإفلاس- حيث نظم إجراءات تسوية ديون المدين المعسر قبل شهر إعساره وتصفية أمواله، وكذلك الحال مع التاجر المفلس الذي منحه الحق في طلب الصلح الواقي من الإفلاس، بل ونظم في الباب الثاني من قانون الإفلاس إجراءات إعادة التنظيم المالي بموجبها تنشأ لجنة لإعادة التنظيم المالي بقرار من مجلس الوزراء يكون من شأنها المساعدة في إعادة تنظيم المؤسسات التجارية والحلولة دون إشهار إفلاسها.

فبعد توقيف التاجر عن سداد ديونه، يجب اتخاذ إجراءات فورية لتصحيح الوضع في أقرب وقت ممكن من أجل تجنب الإفلاس المحتمل، عن طريق توليد السيولة النقدية، وتقليل التكاليف والنفقات الخاصة بمزأولة تجارتة، وخفض نفقات المعيشة وتسوية أو إعادة التفاوض على الديون الحالية وسداد الديون.

وهو ما عمل المشرع الإماراتي على النص عليه في قانون الإعسار بحيث غدت التسوية المالية وإجراءاتها تقابل تماماً إجراءات الصلح الواقي من الإفلاس في قانون الإفلاس.

ولا يميز المشرع الإماراتي في اختصاص المحاكم حيث تختص المحاكم الابتدائية في دولة الإمارات بنظر المنازعات المدنية والتجارية على السواء².

الفرع الثاني: توسيع نطاق تطبيق الإفلاس الإماراتي:

ينص قانون الإفلاس رقم 9 لعام 2016 في الفقرة 5 من المادة (2): (تسري أحكام هذا المرسوم بقانون:

1- الشركات الخاضعة لقانون الشركات التجارية.

2- الشركات التي لم يتم تأسيسها وفقاً لقانون الشركات التجارية والمملوكة كلياً أو جزئياً للحكومة الاتحادية أو المحلية والتي تتبع تشريعات إنشائها أو عقودها التأسيسية أو أنظمتها الأساسية على إخضاعها لأحكام هذا المرسوم بقانون.

3- الشركات والمؤسسات في المناطق الحرة التي لا تخضع لأحكام خاصة تنظم إجراءات الصلح الواقي من الإفلاس أو إعادة الهيكلة والإفلاس فيها، وذلك مع مراعاة أحكام القانون الاتحادي رقم (8) لسنة 2004 في شأن المناطق الحرة المالية.

¹ انظر المواد 3,4 من قانون الإفلاس الاتحادي رقم (9) لسنة 2016 والمعدل بمرسوم القانون الاتحادي رقم (23) لسنة 2019. وانظر أيضاً حرص المشرع المصري على إصدار رقم 11 لسنة 2018 بتنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس، وينص نظام الإفلاس السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/50) بتاريخ 28/5/1439 على تمكين المدين المفلس أو المتعثر أو الذي يتوقع أن يعاني من اضطراب أوضاعه المالية من الاستفادة من إجراءات الإفلاس لتنظيم أوضاعه المالية لمساعدة نشاطه والاسهام في دعم الاقتصاد وتقويته (المادة 5).

² الاتحادية العليا في 22 نوفمبر 2003 طعن رقم 56 لسنة 24 ق. شرعى.

4- أي شخص يتمتع بصفة التاجر وفق أحكام القانون.

5- الشركات المدنية المرخصة ذات الطابع المهني.

فلم يقتيد المشرع الإماراتي في نطاق تطبيق قانون الإفلاس بتطبيقه على من يزاول التجارة، ولكن وسع من نطاق تطبيقه بحيث جعله يمتد إلى كل شركة مدنية تزاول نشاطاً مهنياً.

ونص المشرع في قانون الإعسار على سريان أحكامه على غير الخاضعين لقانون الإفلاس أي أنه سيطبق على المدين (الشخص الطبيعي) سواء كان موظفاً حكومياً أو لدى القطاع الخاص أو صاحب مهنة أو حرفة إذا كان لا يتخد لمهنته أو حرفيته شكل الشركة المدنية. أما إذا اتّخذ شكل الشركة المدنية لهذه الحرفة أو المهنة وكانت الديون تخص مهنته أو حرفيته فسيطبق عليه قانون الإفلاس¹.

فما هو الفرق بين شخص طبيعي يمارس مهنة بمفرده أو في شكل شركة مدنية حتى تطبق أحكام الإفلاس على الشركة المدنية التي تمارس نشاطاً مهنياً قد يمارسه شخص طبيعي بمفرده ولا تطبق على الأخير؟ هل هو الشكل القانوني أم مقدار رأس المال واتساع النشاط؟

لا نرى أن الشكل القانوني هو الفيصل في الأمر، حيث يطبق قانون الإفلاس على التاجر سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً. ومن حيث سعة النشاط وتعدد الالتزامات التي يمكن أن ترتبط بها الشركة المدنية، نعتقد أن الشخص الطبيعي الذي يمارس المهنة منفرداً يمكن له أن يتبعه في أعمال مهنته، ويكتسب عدداً وفيراً من العملاء. ربما أن الباعث هو تعدد الشركاء الذي قد يتبعه ضخامة رأس مال الشركة. ناهيك على أن المشرع الإماراتي قد أجاز تأسيس شركة الشخص الواحد².

إذا كانت المشكلة الأساسية التي يستهدف معالجتها قانون الإعسار هو ظاهرة التعثر في سداد القروض المصرفية، كان حرياً بالمشروع أن يعالج قواعد وشروط الاقتراض من المصارف، وليس وضع تشريع لا يختلف جوهرياً عن تطبيق نافذ هو قانون الإفلاس الذي امتد تطبيقه للشركات المدنية التي تزاول نشاطاً مهنياً. وكان يمكن أن يضاف إليها الشخص الطبيعي الذي يمارس ذات النشاط مع مراعاة مقدار مديونية المهني. ويكتفى بتطبيق الأحكام الواردة في قانون المعاملات المدنية على الشخص الطبيعي الذي ليس له مهنة أو حرفة كالموظف الحكومي أو العامل في القطاع الخاص.

لاسيما أن المشرع الإماراتي لم يعد يحصر تطبيق نظام الإفلاس على المعيار الشخصي أي على التاجر حيث امتد تطبيقه إلى الشركات المدنية، ولو كانت تزاول نشاطاً مهنياً. ومن جانب آخر لا يطبق نظام الإفلاس على صغار التجار الذين يزاولون حرفة بسيطة أو تجارة صغيرة يعتمدون فيها على عملهم للحصول

¹ في السابق حدد المشرع نطاق تطبيق قانون المعاملات التجارية على التجار، وعلى جميع الأعمال التجارية التي يقوم بها أي شخص ولو كان غير تاجر (المادة 1 من قانون المعاملات التجارية رقم 18 لسنة 1993). وقل أن يستقل نظام الإفلاس بتشريع مستقل كان من المفروض أن تطبق أحكامه على التجار فقط غير أن قانون الإفلاس – كما أسلفنا – يوسع من نطاق تطبيق نظام الإفلاس ليشمل الشركات المدنية.

² البند (3) من المادة (8) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (32) لسنة 2021 بشأن الشركات التجارية.

على قدر من الربح يؤمن معاشهم أكثر من اعتمادهم على رأس مال نقي، فلا يخضعون لواجبات التجار الخاصة بالدفاتر التجارية، وبالقيد في السجل التجاري ولا لأحكام الإفلاس والصلح الواقي منه¹.

وتوسيع المشرع الإماراتي في نطاق تطبيق قانون المعاملات التجارية طالما أن أحد أطراف العلاقة تاجر. وبالنظر إلى أحكام قانون الإعسار فإن أحد أهم أسباب تشريعه، هو مواجهة تعثر سداد قروض تمنحها مؤسسات مالية -سواء كانت مصارف أو غيرها من مؤسسات تمويلية- تمتها إقراض بفائدة، وهو نشاط تجاري.

ومن جانب آخر فإن قانون الإعسار الاتحادي رقم (؟) لسنة (؟) قد نص على إلغاء كل تشرع أو أحكام تتعارض معه مما يدل على إلغاء أحكام الحجر على المدين المفلس في قانون المعاملات المدنية رقم 5 لسنة 1985 (المواد من 401-413) غير أن قانون المعاملات المدنية الذي تم تعديله بالمرسوم بقانون رقم 30 لسنة 2020 الذي تم إصداره محتواً على أحكام الحجر على المدين المفلس دون تعديل أو إلغاء. فهل يقصد المشرع من الإبقاء على هذه الأحكام أن تقتصر في تطبيقها على ديون الأفراد في علاقاتهم المالية المتبادلة دون علاقتهم مع المؤسسات الائتمانية كالبنوك أن أنه خطأ غير مقصود؟

ويرى الباحث الإبقاء على هذه الأحكام حتى تطبق على كل مدين -غير تاجر ولا مهني- في نطاق الديون الناشئة عن العلاقات المالية المتبادلة بين هذه الفئة من المدينين.

الفرع الثالث: التوجه الدولي لتوحيد أحكام الإعسار:

اعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي دليلاً تشعرياً لقانون الإعسار يقسم بياناً شاملاً بالأهداف والمبادئ الرئيسية التي ينبغي أن تتمثل في قوانين الإعسار لدى الدول. والقصد منه تقديم المعلومات والمساعدة من أجل إصلاح قوانين الإعسار في جميع أنحاء العالم؛ وذلك بتوفير أداة مرجعية تستخدمها السلطات والهيئات التشريعية الوطنية حين إعداد قوانين ولوائح تنظيمية جديدة، أو حين إعادة النظر في مدى كفاية القوانين ولوائح التنظيمية الحال².

ثم اعتمدت قانوناً للإعسار عبر الحدود بهدف إلى توفير آليات فعالة لمعالجة حالات الإعسار عبر الحدود والتعاون القضائي بين الدول في حلها، ولا يميز القانون بين تاجر وغير تاجر ولا عمل تجاري وعمل مدني حيث يعرّف القانون المؤسسة بوصفها: «أي مكان عمليات يقوم فيه المدين بنشاط اقتصادي غير عارض بواسطة وسائل بشرية وسلح أو خدمات»³.

¹ المادة (17) من قانون المعاملات التجارية الاتحادي رقم 18 لسنة 93 والمعدل بمرسوم بقانون اتحادي رقم 14 لسنة 2020.

² تاريخ الاعتماد: الجزءان الأول والثاني، 25 حزيران/يونيه 2004؛ الجزء الثالث، 1 تموز/ يوليه 2010؛ الجزء الرابع، 18 تموز/ يوليه 2013، تموز/ يوليه 2019. انظر تفصيلاً: https://uncitral.un.org/ar/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law.

³ مشروع نص بشأن نظام مبسط للإعسار مقدم في الورقة السابعة والخمسون 11-14 مايو 2020.

وقدمت لجنة القانون التجاري الدولي مشروعًا بشأن نظام مبسط للإعسار في 14 مايو 2020، يتضمن تفسير بعض المصطلحات التي لم ترد في الدليل التشريعي لقانون الإعسار "حيث يعرف هذا المشروع "منظمو المشاريع الفرديون" باعتبارهم: "أشخاص طبيعيون يمارسون تجارة أو عملاً تجارياً أو حرفه أو مهنة في شكل منشأة وحيدة المالك أو نشاطاً لحسابهم الخاص أو بصفة مؤسس أو المالك أو عضو في منشأة صغرى أو صغيرة غير محدودة المسؤولية".¹

ونشأت الأزمة المالية العالمية -التي بدأت في عام 2008 -في القطاع المالي، وبالتالي أثرت على كل من الشركات والأفراد. كما أظهرت الأزمة، وللمرة الأولى، الارتباط بين المديونية الشخصية وأزمات الاقتصاد الرأسمالي المتكررة: فقد أظهر نشوء الأزمة المالية في ممارسات الإقراض عالي المخاطر في سوق الولايات المتحدة، روابط واضحة بين التوسع الائتماني المفرط للشركات والأفراد والصدمات المحتملة المؤثرة على الاستقرار المالي للاقتصاد الكلي.

وخلصت تحليلات الأزمات المالية العالمية إلى أن مديونية الأشخاص الطبيعيين والافتقار إلى الآليات المناسبة لمواجهة تحدياتها، قد يكون لهما تداعيات اجتماعية واقتصادية خطيرة.

ونظراً إلى أن الاقتادات الحديثة تقوم على الائتمان، فذلك يعني أن الأفراد يتحملون مستويات كبيرة من الديون، وبالتالي فإن معدلات الإعسار الشخصي ستميل إلى الارتفاع. ويمكن الاستنتاج أن ارتفاع حالات إفلاس المستهلكين في أجزاء كثيرة من العالم، هو نتيجة ثانوية لصعود الائتمان الاستهلاكي.²

ففي تقرير البنك الدولي حول التعامل مع إعسار الأشخاص الطبيعيين، يشير إلى أن معظم تشريعات الإعسار التجارية التقليدية تقصر إلى معالجة مناسبة لمديونية الأشخاص الطبيعيين، حيث تركز على حماية الائتمان والاستثمار، واستمرارية المشروع والوظائف، عوضاً عن توفير فرصة ثانية، أو بداية جديدة لأصحاب المشاريع الفردية أو الأفراد.

ولذلك، أوصى التقرير بدمج الإعسار الشخصي في برنامج الإعسار الخاص بالبنك الدولي؛ نظراً لما أظهرته الأزمات الاقتصادية الأخيرة من الارتباط بين استقرار المؤسسات المالية وازدهارها والمديونية الشخصية للأفراد.³

المطلب الثالث: تراجع الفوارق بين نظامي الإعسار والإفلاس

¹ تقرير البنك الدولي حول التعامل مع إعسار الأشخاص الطبيعيين على الرابط التالي:
<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/17606>.

² Teresa Sullivan, Elizabeth Warren, & Jay Lawrence Westbrook, *As We Forgive Our Debtors* (Oxford U. Press, 1989); David A. Moss and Gibbs A. Johnson, *The Rise of Consumer Bankruptcy: Evolution, Revolution, or Both*, 73 Am. Bankr. L. J. 311 (1999).

³ تقرير البنك الدولي حول التعامل مع إعسار الأشخاص الطبيعيين السابق.

درج الفقه المدني والتجاري في دول نظام القانون المدني¹ على التأكيد على اختلاف نظام الإعسار عن نظام الإفلاس من خلال الجوانب الآتية:

أولاً: يشهر إفلاس التاجر بمجرد التوقف عن الدفع لديونه التجارية حتى ولو كانت له سيولة مالية؛ إذ تكفي واقعة التوقف عن الدفع، بينما لا يمكن شهر إعسار المدين غير التاجر إلا إذا تم التثبت من أن أمواله غير كافية لسداد ديونه. فهل بقي هذا الفارق بعد صدور قانوني الإفلاس والإعسار؟

نلاحظ تقابل إجراءات التسوية المالية في قانون الإعسار مع إجراءات الصلح الواقي من الإفلاس في قانون الإفلاس، حيث منح قانون الإعسار المدين الحق في تقديم طلب التسوية المالية لديونه، ولو لم يكن في حالة خصومة².

وتهدف إجراءات الصلح الواقي من الإفلاس إلى مساعدة المدين التاجر للوصول إلى تسويات مع دائنيه بخطبة تشرف عليها المحكمة ويعين أمين للمساعدة في تنفيذها³، وهو ذات الهدف من التسوية المالية في قانون الإعسار حيث تشرف المحكمة عليها. ويسمى المدين خبيراً يرشحه لتولي الإجراءات (البند 8 من المادة 3) على أن يتم تعينه بقرار من المحكمة، ويجوز تعين أكثر من خبير لتولي إجراءات التسوية المالية (المادة 8 من قانون الإعسار).

ثانياً: حيث تقوم التجارة على الثقة والائتمان، فإن القاضي التجاري لا ينظر إلى الظروف الخاصة التي أدت إلى توقف التاجر عن سداد ديونه، ويشهر إفلاسه حتى لا يتضرر بقية الدائنين⁴، بينما يراعي القاضي المدني جميع الظروف التي أدت بالمدين إلى عدم الوفاء، سواء كانت شخصية أم موضوعية، ووجود موارد مالية حالية أو مستقبلية يمكن أن تعزز قدرته على الوفاء حالاً أو مستقبلاً⁵.

حيث كان يسود مفهوم تقليدي لتوقف التاجر عن دفع الديون، ويعتمد التفسير الحرفي للتوقف عن الدفع، غير أنّ المشرع في قانوني الإعسار والإفلاس لم يميز بين المدين المعسر والمدين التاجر. فإذا كان المدين المعسر في حالة توقف عن دفع أي من ديونه في مواعيد استحقاقها لمدة تزيد على خمسين يوم عمل متالية، نتيجة عجزه عن الوفاء بهذه الديون، لا يقبل منه طلب تسوية أوضاعه المالية، كما هو حال التاجر الذي يرفض طلبه للصلح الواقي من الإفلاس إذا كان متوقفاً عن سداد ديونه مدة ثلاثين يوم عمل.

¹ الدول التي تتخذ من النظام القانوني في فرنسا مصدراً لها، وما يسمى أحياناً بالنظام اللاتيني مقابل النظام الانجلوساكسوني والגרמני.

² حددت المادة (3) من القانون الوثائق المطلوب إرفاقها بالطلب وأهمها: ذكره تبين وضع المدين المالي. أسماء الدائنين وعناوينهم ومقدار ديونهم ومواعيد استحقاقها وضماناتها إن وجدت. بيان تفصيلي بأمواله المنقوله وغير المنقوله. الأموال اللازمة لإغاثة المدين وعائلته وأي شخص معال قبله. تسمية خبير يتولى إجراءات التسوية. أي مستندات تطلبها المحكمة.

³ الفقرة الأولى من المادة 135 من القانون رقم 9 لعام 2016.

⁴ الفقرة الأولى من المادة 135 من القانون رقم 9 لعام 2016.

⁵ محمود مختار أحمد بريري، قانون المعاملات التجارية، (الإفلاس – الأوراق التجارية) الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 33، بند 35، كمال أبو سرير، الإفلاس في القانون التجاري اللبناني، بدون دار نشر، 1988، ص 92، بند 9، ادوار عيد، أحكام الإفلاس وتوقف المصادر عن الدفع، الجزء الأول، مطبعة باخوس وشرتوني، بيروت، 1972. ص 41 وما بعدها، بند 1.

فالمشروع لم يميز بين رفض طلب التسوية ورفض طلب الصلح الواقي من الإفلاس إلا في مدة التوقف عن سداد الديون. ففي حالة الإعسار المدني يكون المدين متوقفاً مدة خمسين يوم عمل، وفي حالة الإفلاس التجاري ثلاثة أيام عمل. ولم يخص المدين المعسر بنظرة الميسرة التي كان متعارفاً عليها في قواعد الإعسار المدني التقليدية.

ثالثاً: يؤدي الحكم بإشهار الإفلاس إلى سقوط آجال الديون التي لم تحل بعد، فتسقط آجال جميع الديون التي على المدين المفلس سواء كانت عادية أو مضمونة بامتياز، بصدور حكم إشهار إفلاس المدين وتصفيته أمواله¹.

وذلك بخلاف ما هو عليه الشأن في نظام الإعسار، فيبقى كل دين بأجل استحقاقه حيث تراعي القوانين المدنية ومنها قانون المعاملات المدنية الإماراتية حالة المدين المعسر؛ إذ جعلت لقاضي أن يبقى على أجل الديون المؤجلة وأن يمد فيه، بل جعلت له أن ينظر الدين إلى ميسرة بالنسبة للديون المستحقة الأداء، وبهذا تناح له تصفية ديونه وديأً في أكثر الظروف ملائمة².

غير أنّ المشروع في قانون الإعسار رتب على إشهار إعسار المدين النتائج الآتية:

- عدم نفاذ التصرفات سواء كانت بعوض أو بغير عوض.
- عدم نفاذ إقرار المدين بأي دين في مواجهة دائنه.
- منع المدين من إدارة أعماله والتصرف في أمواله وممتلكاته باستثناء ما يتعلق بتكاليف معيشته أو من يعولهم وفقاً لما تقرره المحكمة، أو السداد عن طريق المقاصلة للوفاء بالتزامات متبادلة نشأت قبل صدور قرار افتتاح الإجراءات ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك.
- لا يجوز للمدين أن يسدّد أي دفعات تزيد على خمسة آلاف درهم دون موافقة الأمين.
- لا يجوز للمدين تقديم أي ضمانات شخصية أو عينية إلا بموافقة المحكمة.

رابعاً: كانت التصفية الجماعية لأموال التاجر المفلس هي الخاصية الجوهرية لنظام لإفلاس، حيث ترفع يد المدين عن أمواله، وتنتقل حيازة الأموال وحراستها إلى أمين (أمين التفليس)، ويتم الحجز والتنفيذ بواسطته باسم جماعة الدائنين³.

¹ المادة 403 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

² الفقرة الأولى من المادة 135 من القانون رقم 9 لعام 2016.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، تتفيق احمد مدحت المراغي، نقابة المحامين بالجيزة. 2006. ص 1056.

وهو عين مانصّ عليه المشرع في قانون الإعسار من تعين للأمين الذي يتولى إجراءات الإعسار والتصفية حيث حددت المواد(32-32) صلاحيات الأمين وواجباته وكيفية تصفية أموال المدين المعسر، وتوزيع حاصل بيع أمواله على الدائنين.

المطلب الرابع: أوجه التماثل الجوهرية بين أحكام التشريعين

تبدي أوجه التماثل الجوهرية بين أحكام تشريعي الإعسار والإفلاس في النظام القانوني الإماراتي من خلال أهم أحكام التسوية المالية للالتزامات المدين المعسر وأحكام الصلح الواقي من الإفلاس (فرع أول) وأحكام إشهار الإعسار والتصفية وأحكام إشهار الإفلاس (فرع ثانٍ).

الفرع الأول: أحكام التسوية المالية للمدين المدني والصلح الواقي من الإفلاس للتاجر:

تناول إجراءات تقديم طلب التسوية أو الصلح، وأتعاب الخبرة ونفقات التسوية والصلح، وتدابير حفظ أموال المدين أثناء إجراء التسوية المالية أو الصلح، وكيفية الفصل في طلب التسوية أو طلب الصلح، والآثار المترتبة على قبول المحكمة لطلب التسوية أو الصلح، وما هي الاستثناءات الواردة على قرار وقف حق الدائن في طلب التنفيذ على أموال المدين، وأخيراً الأحوال التي يمكن معها للمحكمة رفض طلب التسوية أو الصلح:

أولاً: تقديم الطلب:

يتقدم المدين نفسه بطلب إجراء التسوية للالتزامات المالية (المادة 3 من قانون الإعسار)، وكذلك يتقدم المدين التاجر دون غيره بطلب الصلح الواقي من الإفلاس (المادة 6 من قانون الإفلاس).

ونصّ المشرع على شروط قبول المحكمة لطلب التسوية المالية أو لإجراء الصلح الواقي من الإفلاس دون اختلافات جوهرية حيث تتمثل هذه الشروط في:

- 1 أن يقدم الطلب من المدين نفسه.
- 2 أن يستوفي الوثائق والبيانات المطلوبة.
- 3 تسديد الرسوم القضائية.
- 4 تسديد الأتعاب والنفقات المرتبطة بإجراءات التسوية المالية أو الصلح الواقي من الإفلاس.

ويلاحظ أن تسديد هذه النفقات أو الأتعاب يكون بإيداع مبالغ خزانة المحكمة تقدرها المحكمة أو كفالة مصرفيّة، ومنح المشرع المدين المعسر فرصة تأجيل هذه المبالغ إلى حين الفصل في الطلب على أن يكون لها حق امتياز على جميع الدائنين، ولم يمنح هذه الميزة للمدين التاجر المفلس.

ونصت المادة(5) من قانون الإعسار: على المدين سداد الرسوم القضائية عند تقديم طلب التسوية المالية ولما كان مقدار الرسم بحسب قانون الرسوم القضائية هو 500 درهم لطلب شهر الإعسار أو الإفلاس أو

الصلح الواقي من الإفلاس، وعليه فإن طلب التسوية المالية جدير بأن يعامل معاملة طلب الصلح الواقي من الإفلاس¹.

- ثانياً: أتعاب الخبرة ومصاريف ونفقات التسوية المالية أو الصلح:

نصت الفقرة (2) من المادة (5) من قانون الإعسار على أن تقوم المحكمة بتقدير هذه الأتعاب والنفقات المتوقعة لإجراءات التسوية المالية، وإخطار المدين بها في موعد لا يجاوز اليوم التالي لتقديم طلب التسوية. وبينص قانون الإفلاس على أن يودع المدين لدى خزينة المحكمة مبلغاً من المال أو كفالة مصرفيه، وذلك على النحو وفي التاريخ الذين تقررهما المحكمة لتغطية نفقات وتكاليف إجراءات الصلح الواقي، بما في ذلك أتعاب ومصاريف الأمين، وأي خبير يتم تعيينه (المادة 12 من القانون)²، غير أن المشرع في قانون الإعسار حرص على مراعاة المدين المعسر الذي قد تمثل له أتعاب الخبرة ومصاريف ونفقات التسوية المالية أعباء إضافية، فكيف له أن يؤديها وهو المثقل بالديون؛ لذلك نرى المشرع يمنح المحكمة سلطة تأجيل هذه الأتعاب والنفقات - بناء على طلب المدين-إلى حين استيفاء الديون، وهو ما يفهم من النص على منح هذه الأتعاب والنفقات حق امتياز بحيث تستوفى قبل سداد ديون الدائنين (البند (4) من المادة(5)) من قانون الإعسار الاتحادي.

بيد أن هذا التأجيل وإن كان يفيد المدين إلا أنه عبء إضافي عليه حيث كان نظام منح المدين نظرة الميسرة للدين الأصلي نفسه دون الحاجة إلى خراء.

ثالثاً: تدابير حفظ أموال المدين أثناء إجراء التسوية المالية أو الصلح:

وللحكم أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب طرف ذي مصلحة اتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على أموال المدين إلى أن يتم الفصل في طلب التسوية أو خلال إجراءات التسوية³. فإجراءات الحفظ أو إدارة أموال المدين من قبل المحكمة جوازية، فللمحكمة سلطة تقديرية في اتخاذها. وكذلك هو الحال في قانون الإفلاس، فللمحكمة التي تنظر في طلب الصلح الواقي من الإفلاس أن تقرر، بناء على طلب من أي طرف ذي مصلحة أو من تلقاء نفسها، اتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على أي من أموال المدين أو لإدارتها، بما في ذلك وضع الأختام على مقر أعمال المدين، وذلك إلى أن يتم الفصل في الطلب⁴. رابعاً: الفصل في طلب التسوية أو طلب الصلح:

¹ الجدول المرفق بالقانون رقم (13) لسنة 2016 بشأن الرسوم القضائية.

² وإن كان المشرع في قانون الإعسار منح المحكمة سلطة تأجيل إيداع هذه المبالغ أو الكفالة بطلب من المدين إذا تبين لها عدم توافر المبالغ اللازمة، ولكن يتم تحصيل هذه المبالغ بالامتياز على جميع حقوق الدائنين الآخرين.

³ المادة (6) من قانون الإعسار وعرف المشرع الطرف ذو الصالحة بأنه: شخص طبيعي أو اعتباري له حق أو مصلحة في أي من الإجراءات المنصوص عليها في القانون. أي أنه قد يكون أحد الدائنين أو كفيل شخصي أو عيني لدين من ديون المدين.

⁴ المادة 10 من قانون الإفلاس.

تنص المادة (7) من قانون الإعسار على الفصل في طلب التسوية أي قبوله أو رفضه بدون إعلان أو مرافعة خلال مدة لا تزيد على خمسة أيام عمل من تاريخ تقديم الطلب مستوفياً شروطه. وتقبل المحكمة في طلب الصلح الواقي من الإفلاس دون حاجة لحضور الخصوم خلال فترة لا تجاوز (5) خمسة أيام عمل من تاريخ تقديم الطلب مستوفياً لشروطه أو من تاريخ إيداع تقرير الخبرير حسب مقتضى الحال (المادة 14 من قانون الإفلاس).

وللمحكمة رفض طلب التسوية أو عدم استكمال إجراءاتها أو رفض طلب الصلح في الحالات الآتية:

- 1- إذا ثبت للمحكمة أن المدين قام أو امتنع عن القيام بأي تصرف بقصد إخفاء أو إتلاف أي جزء من أمواله.
- 2- إذا قدم المدين بيانات كاذبة عن ديونه أو حقوقه أو أمواله.
- 3- إذا كان المدين في حالة توقف عن دفع أي من ديونه في مواعيد استحقاقها لمدة تزيد على 50 يوم عمل متتالية نتيجة عجزه عن الوفاء بهذه الديون. (المادة 12 من قانون الإعسار).

وكذلك الحال في قانون الإفلاس، يشترط القانون لقبول طلب الصلح الواقي من الإفلاس ألا يكون المدين متوفقاً عن دفع ديونه المستحقة مدة 30 يوم عمل متتالية، نتيجة اضطراب مركزه المالي أو في حالة ذمة مالية مدينة. فلم يفرق المشرع في أمر رفض تسوية مديونية المدين المعسر أو المفلس إلا في المدة التي يكون فيها متوفقاً عن الدفع، حيث حدّدت بخمسين يوم بالنسبة للمعسر وثلاثين يوم بالنسبة للمفلس.

وهكذا نرى أن المشرع في قانون الإعسار تجاوز ما كان منصوصاً عليه في قانون المعاملات المدنية من أنه: "على القاضي في كل حال قبل أن يجر على المدين أن يراعي في تقديره جميع الظروف التي أحاطت به، ومدى مسؤوليته عن الأسباب التي أدت إلى طلب الحجر، ومصالح دائنيه المشروعة، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المادية"¹.

خامساً: الآثار المترتبة على قبول المحكمة لطلب التسوية أو الصلح:

- 1- وقف حق الدائن في طلب التنفيذ على أموال المدين.
- 2- وقف حق الدائن في طلب افتتاح إجراءات إعسار المدين وتصفية أمواله.
- 3- وقف التزام المدين بطلب إعساره وتصفية أمواله.
- 4- لا يترتب على طلب التسوية حلول الديون الآجلة.
- 5- تقديم الدائنين مستندات ديونهم مصحوبة ببياناتها وضمانتها خلال عشرين يوم من تاريخ نشر إعلان الخبرير المعين للقيام بإجراءات التسوية، الذي يلزم بنشر إعلان افتتاح إجراءات التسوية خلال خمسة أيام

¹ المادة 403 من قانون المعاملات المدنية.

عمل من تاريخ تبليغه بقرار تعينه. ويكون النشر في صحفتين يوميتين محلتين واسعتي الانتشار تصدر إداحتها بالعربية والأخرى بالإنجليزية.

6- إعداد الخبير لخطة التسوية المالية بالتعاون مع المدين، وتزويد الدائنين بنسخة منها وإيداع نسخة لدى المحكمة خلال 22 يوم عمل من تاريخ قرار المحكمة تكليف الخبير بإعداد الخطة.

ويترتب على قرار افتتاح إجراءات الصلح الواقي وإلى حين المصادقة على خطة الصلح الواقي، وقف الدعاوى والإجراءات القضائية وإجراءات التنفيذ القضائي على أموال المدين، وذلك ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك (المادة 32 من قانون الإفلاس). ولا يترتب على قرار افتتاح الإجراءات أو المصادقة على خطة الصلح الواقي، حلول آجال الديون التي على المدين أو وقف سريان فوائدها (المادة 33 من قانون الإفلاس).

7- لا يؤثر تعين الخبير على تمكين المدين من إدارة أعماله بشكل مباشر خلال تنفيذ خطة تسوية الالتزامات المالية، ولا يعفيه من أي واجبات قانونية أو تعاقدية ناشئة عن مزاولة أعماله. كذلك لا يترتب على صدور قرار الافتتاح فسخ أو إنهاء أي عقد ساري المفعول بين المدين ومن تعاقد معه، ويعين على الطرف المتعاقدين مع المدين الوفاء بالتزاماته التعاقدية ما لم يكن قد حصل قبل تاريخ صدور قرار افتتاح الإجراءات على حكم بعد التتنفيذ إثر تخلف المدين عن الوفاء بالتزاماته (البند 2 من المادة 21 من قانون الإعسار تقابلها المادة 34 من قانون الإفلاس).

سادساً: الاستثناءات الواردة على قرار وقف حق الدائن في طلب التنفيذ على أموال المدين:

نصت الفقرة(4) من المادة(7) من قانون الإعسار على استثناء حيث قررت أنه إذا كان لدائن دين مستحق ومضمون برهن يكون له الحق في التنفيذ على ضمانات هذا الرهن (أي على المال المرهون) بشرط الحصول على إذن من المحكمة، حيث ثبتت المحكمة في منح الإذن أو رفضه خلال عشرة أيام عمل من تاريخ طلبه. ويجوز الطعن على القرار الصادر برفض الإذن أمام محكمة الاستئناف التي يعتبر قرارها نهائية، ولا يترتب على الطعن إيقاف إجراءات التسوية.

وكذلك الحال في قانون الإفلاس للدائنين أصحاب الديون المضمنة برهن أو امتياز التنفيذ على ضماناتهم متى كانت ديونهم مستحقة، وعلى المحكمة البت في منح الإذن خلال (10) عشرة أيام عمل من تاريخ طلبه، ولا يتطلب البت في طلب منح الإذن إلى إخطار أو تبادل المذكرات. وعلى المحكمة أن تتحقق عند منح الإذن من عدم وجود توافق بين المدين والدائن المضمن، ومن درجة أولوية الدائن المضمن فيما لو كان هناك أكثر من دائن مضمون على نفس المال (المادة 32 من قانون الإفلاس).

سابعاً: الأحوال التي يمكن معها للمحكمة رفض طلب التسوية أو الصلح:

ينص قانون الإعسار-(المادة12) على أنه للمحكمة رفض الطلب بداية أو عدم استكمال إجراءات التسوية

في الحالات الآتية:

- 1- إذا ثبت للمحكمة أن المدين قام أو امتنع عن القيام بأي تصرف بقصد إخفاء أو إتلاف أي جزء من أمواله.
 - 2- إذا قدم المدين بيانات كاذبة عن ديونه أو حقوقه أو أمواله.
 - 3- إذا كان المدين في حالة توقف عن دفع أي من ديونه في مواعيد استحقاقها لمدة تزيد على 50 يوم عمل متتالية نتيجة عجزه عن الوفاء بهذه الديون.
- (1) وطبقاً لقانون الإفلاس تقضي المحكمة برفض طلب الصلح الواقي من الإفلاس في الأحوال الآتية :
- 1- إذا كان المدين خاضعاً لإجراءات صلح واقي أو إعادة هيكلة أو إفلاس وتصفية أمواله في الدولة وفقاً لأحكام هذا المرسوم بقانون.
 - 2- إذا لم يقدم المدين الوثائق والبيانات المنصوص عليها في المادتين (9) و(11) من هذا المرسوم بقانون اتحادي، أو قدمها ناقصة دون مسوغ.
 - 3- إذا ثبت لها أن المدين يتصرف بسوء نية أو أن الطلب يشكل إساءة استخدام لإجراءات التقاضي .
 - 4- إذا صدر حكم بات على المدين بالإدانة في إحدى الجرائم المنصوص عليها في الباب السادس من هذا المرسوم بقانون اتحادي أو في إحدى جرائم التزوير أو السرقة أو الاحتيال أو خيانة الأمانة أو اختلاس الأموال العامة ما لم يكن قد رد إليه اعتباره .
 - 5- إذا تبين لها أن إجراءات الصلح الواقي غير ملائمة للمدين استناداً إلى البيانات والمستندات المقدمة مع الطلب أو استناداً إلى التقرير الذي يعده الخبير وفقاً لأحكام البند (2) من المادة (13) من هذا المرسوم بقانون اتحادي.
 - 6- إذا قررت المحكمة افتتاح إجراءات الإفلاس وفقاً لأحكام الباب الرابع من هذا المرسوم بقانون اتحادي.
 - 7- إذا لم يودع المدين المبلغ المطلوب إيداعه أو لم يقدم الكفالة المصرفية المطلوبة، وفقاً لأحكام المادة (12) من هذا المرسوم بقانون اتحادي (المادة 15 من قانون الإفلاس).

ونلاحظ مما تقدم أن الفوارق بين أحكام التسوية المالية وأحكام الصلح الواقي أقل من أوجه التماثل، بحيث يمكن أن تخصص أقسام في التشريع الموحد للأحكام المتماثلة، وأخرى للأحكام التي تميز كل نظام.

الفرع الثاني: أحكام إشهار الإعسار والإفلاس:

قبل الشروع في إجراءات إشهار الإعسار أو الإفلاس للمحكمة -بناء على توصية الأمين وطلب المدين-أن تمنح المدين مدة ثلاثة أشهر لإجراء تسوية مع الدائنين، قابلة للتمديد لثلاثة أشهر أخرى (المادة 35 الفقرة 3 من

قانون الإعسار). وينص قانون الإفلاس على إجراءات إعادة الهيكلة (المادة 98-البند 3 والمواد 99-123 من قانون الإفلاس).

تناول أولاً الأحوال التي تقرر فيها المحكمة إنهاء إجراءات التسوية المالية أو الصلح ثم رفع دعوى التصفية أو الإفلاس ثانياً:

أولاً: الأحوال التي تقرر فيها المحكمة إنهاء إجراءات التسوية المالية أو الصلح الواقي:

أ-إذا تبين للمحكمة عدم إمكانية التوصل إلى تسوية الالتزامات المالية للمدين.

ب-إذا استحال تطبيق الخطة بسبب توقف المدين عن دفع أي من ديونه في مواعيد استحقاقها لمدة تزيد على (50) خمسين يوم عمل متتالية نتيجة عجزه عن الوفاء بهذه الديون.

ج-إذا طلب المدين من المحكمة إنهاء إجراءات تنفيذ الخطة قبل إتمام تسوية الالتزامات المالية مع الدائنين.

د-إذا انتهت المدة المحددة لتنفيذ الخطة دون التمكن من إتمام تسوية الالتزامات المالية للمدين.

ه-إذا تخلف المدين عن تنفيذ الخطة.

وتصدر المحكمة حكما بإشهار إفلاس المدين وتصفية أمواله في أي من الحالات الآتية:

1- إذا ثبت توقف المدين عن الدفع مدة 30 يوم عمل متتالية نتيجة اضطراب مركزه المالي أو كان في حالة ذمة مالية مدينة في تاريخ افتتاح الصلح الواقي أو تبين ذلك للمحكمة أثناء تنفيذ الصلح الواقي (المادة 1-65).

2- إذا استحال تطبيق خطة الصلح الواقي من الإفلاس (المادة 2-65).

3- إذا كان المدين هو مقدم الطلب وتصرف بسوء نية أو أن الطلب قصد به المماطلة أو التهرب من الالتزامات المالية.

4- إذا كانت إجراءات إعادة الهيكلة غير ملائمة للمدين استناداً إلى البيانات والمستندات المقدمة مع الطلب أو ما ورد في التقرير الذي يعده الخبير أو بناء على تقرير الأمين باستحالة الهيكلة.

5- إذا لم تتحقق الأغلبية المطلوبة بين الدائنين للمصادقة على مشروع خطة إعادة الهيكلة.

ثانياً: رفع دعوى الإعسار أو إشهار الإفلاس:

في حالة إشهار الإعسار يمكن رفع الدعوى من المدين نفسه أو أحد الدائنين. وفي حالة إشهار الإفلاس من المدين أو أحد الدائنين أو النيابة العامة أو للجهة الرقابية التي يخضع لها المدين.

يقدم المدين المدني إلى المحكمة طلب افتتاح إجراءات إعساره وتصفية أمواله في حال توقف عن دفع أي من ديونه في مواعيد استحقاقها لمدة تزيد على (65) خمسة وستين يوم عمل متالية؛ نتيجة عجزه عن الوفاء بهذه الديون.¹

وترى المشرع للسلطة التنفيذية أمر تحديد مبلغ الدين/ الديون التي يجوز معها تقديم الطلب من المدين نفسه حيث تم تحديدها بقرار مجلس الوزراء رقم 47 لسنة 2021 بمبلغ 250000 ألف درهم².

ويجوز للدائن أو مجموعة من الدائنين بمبلغ لا يقل عن 1,000,000 مليون درهم، تقديم طلب إشهار إعسار المدين بشرط إعذار المدين ومرور خمسة وستين يوم عمل على الإعذار دون وفاء³. وكذلك الحال للدائن أو مجموعة من الدائنين بمبلغ لا يقل عن 100,000 مئة ألف درهم، تقديم طلب إشهار إفلاس المدين بشرط إعذار المدين ومرور ثلاثين يوم عمل على الإعذار دون وفاء⁴.

¹ كانت المادة خمسون يوم وتم تعديلها بموجب قرار مجلس الوزراء رقم 47 لسنة 2021 المنصوص عليه في الجريدة الرسمية عدد 702 بتاريخ 16/5/2021.

² الفقرة (2) من المادة 28 من القانون.

³ الفقرة (1) من المادة 29 من القانون.

⁴ الفقرة (1) من المادة 69 من قانون الإفلاس.

الخاتمة:

- 1 لا يشكل الفارق بين اصطلاحي الإعسار والإفلاس مشكلة لغوية حيث يصح استعمال أي من الاصطلاحين لتشريع موحد ينظم حالة إعسار/إفلاس المدين التاجر والمهني في نشاطهما الاقتصادي، ولاسيما أنَّ الكثير من التشريعات المشار إليها في سياق البحث كالتشريع الأمريكي والإنجليزي، تستخدم مصطلح الإعسار لوصف حالة العجز عن سداد الدين سواء كان المدين تاجراً أم غير تاجر، وتستخدم مصطلح الإفلاس لوصف الإجراءات القضائية لاحتجاز أموال المدين وسداد الديون جبراً أو النظر في إمكانية إعادة الهيكلة والتنظيم إذا كان المدين مشروع اقتصادياً.
- 2 ضاقت الفوارق بين نظامي الإعسار والإفلاس سواء في نطاق تشريعات الأعمال التجارية من حيث تحديد الأعمال التجارية ونطاق تطبيق القانون، أو في نطاق تشريعي الإفلاس والإعسار من حيث الشروط والإجراءات.
- 3 شهد مفهوم العمل التجاري تحولاً نحو مفهوم أوسع هو المشروع الاقتصادي، بصرف النظر عن القائم به شخصاً طبيعياً أم شخصاً اعتبارياً، تاجراً كان أم مهنياً.
- 4 توسيع المشرع الإماراتي في تحديد نطاق تطبيق قانون الإفلاس التجاري بحيث يطال الشركات المدنية التي تمارس نشاطاً مهنياً، وترك لقانون الإعسار النشاط المهني والحرفي الفردي والأشخاص الطبيعيين الذي لا يمارسون مهنة أو حرفة معينة؛ بينما وسع المشرع السعودي من نطاق تطبيق نظام الإفلاس وصولاً لكل مهني أو قائم بنشاط هادف للربح. وبينما قصر المشرع الإماراتي نطاق تطبيق قانون الإفلاس على التاجر والمهني إذا اتَّخذ لنشاطه المهني شكل الشركة المدنية، كان الأجر أن يضم المهني الفرد إلى نطاق تطبيق القانون.
- 5 تتمثل إجراءات النظام القانوني للإعسار في المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2019 والنظام القانوني للإفلاس في قانون رقم 9 لسنة 2016 وتعديلاته تماثلاً شديداً، حيث نظم المشرع إجراءات التسوية المالية في قانون الإعسار، وهي تقابل إجراءات الصلح الواقي من الإفلاس. وأجاز للمدين المدني بشروط معينة استمرار نشاطه، وأجاز للمدين التاجر إمكانية إعادة هيكلة نشاطه، ونظم إجراءات إشهار إعسار وتصفية أموال المدين المدني، وكذلك نظم إجراءات إشهار وتصفية أموال المدين التاجر.
- 6 تتسم الإجراءات بالتقريب في القانونين من حيث التقديم للمحكمة المختصة، والنظر في الطلبات، وتعيين الأمين أو الخبير، والتصويت على خطط التسوية أو إعادة هيكلة، وإجراءات كل من إشهار الإعسار والتصفية لأموال المدين المدني أو التاجر. وتختلف في بعض الجوانب المتعلقة بتنوع النشاط التجاري، وتنوع الشركات والمؤسسات التجارية وأغراضها وطبيعة نشاطها ورؤوس أموالها التي حتمت أحكاماً إضافية، يمكن أن يفرد لها حيزاً خاصاً في نطاق التشريع الموحد.

الوصيات:

- 1 توصي الدراسة بدمج التشريعين في تشريع واحد تحت مسمى "قانون الإفلاس".
- 2 يطبق القانون على جميع من يشملهم نطاق تطبيق القانونين: قانون الإعسار وقانون الإفلاس، باستثناء الأشخاص الطبيعيين غير المتهنيين لمهنة أو حرف معينة، حيث يستحسن الإبقاء على القواعد الواردة في قانون المعاملات المدنية بشأنهم، ولا سيما أنها لم تزل موجودة في نطاق قانون المعاملات المدنية بالرغم من تعديله عقب إصدار قانوني الإفلاس والإعسار. فإن التصفية وإجراءاتها تقضي وجود أصول تبرر القيام بإجراءات التصفية من تعين للأمين والخبراء وخلاف ذلك، بينما المدين المعسر غير التاجر وغير المهني في علاقته بشخص مثله، قد لا يتتوفر لديه أكثر من العقار الذي يسكنه، ونفود هي حصيلة أجره الذي يقضى به حاجاته وحاجات من يعول.
- 3 يتم تنظيم هيكلية القانون الموحد بحيث يتضمن قسمين: القسم الأول للأحكام التي تصلح في التطبيق على المدين التاجر وغير التاجر، والقسم الثاني يتضمن بابين: الأول للأحكام الخاصة بالإعسار المهني الفردي، والثاني بالأحكام الخاصة بإعسار الشركات.
- 4 يتم التمييز بين إجراءات إعسار مشددة وأخرى مبسطة، بناء على حجم مدionية المدين وطبيعة نشاطه. فالتاجر أو المهني – شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً- الذي تزيد ميزانية مشروعه عن حد معين يخضع لإجراءات الإعسار المنصوص عليها في القانونين الحاليين والتي سيتم دمجها في التشريع الموحد. ويخضع التاجر أو المهني اللذان تقل رؤوس أموالهما عن الحد المنصوص عليه قانوناً لإجراءات أكثر تيسيراً. ويخضع المدين المدني المعسر غير المهني في علاقته بمن هم مثله لقواعد الواردة في قانون المعاملات المدنية.

المراجع باللغة العربية:

أولاً: المراجع اللغوية:

- 1- ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة.
 - 2- معجم المعاني: <https://www.almaany.com>
- ثانياً: المراجع العامة:
- 1- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تعليق وتحقيق وتحرير محمد صبحي حسن حلاق، الجزء الرابع، مكتبة ابن تيمية، القاهرة. ط 1415هـ.
 - 2- جوزيف ستيلجليتز، السقوط المدوي، الأسواق الحرة وغرق الاقتصاد العالمي، ترجمة محمد الصياد، الدار العربية للعلوم ناشرون، الطبعة الأولى 2021.

ثالثاً: المراجع القانونية:

- 1- إبراهيم بن داود، شرح قانون الإفلاس لدولة الإمارات العربية المتحدة طبقاً لقانون رقم 9 لعام 2016. دار الحافظ، 2018.
- 2- أحمد محمد محزز، العقود التجارية والإفلاس، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2001.
- 3- إدوار عيد، أحكام الإفلاس وتوقف المصروف عن الدفع، الجزء الأول، مطبعة باخوس وشرتوني، بيروت، 1972.
- 4- سليمان مرقس. الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، المجلد الرابع، الجزء الثاني ط. 2. دار الكتب القانونية، الإسكندرية.
- 5- سمحة القليوبي، الأسس القانونية لتنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019.
- 6- طارق فهمي الغنام، إجراءات الإفلاس في النظام السعودي، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2021.
- 7- قدرى عبد الفتاح الشهاوى، نظرية الحق في الحبس ودعوى الإعسار المدنى، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2002.
- 8- عبد الحميد الشواربى، الإفلاس فى ضوء القانون رقم 17 لسنة 1999، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- 9- عبد الرزاق السنہوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني نظرية الالتزام بوجه عام، تتفىح احمد مدحت المراغي، نقابة المحامين، الجيزة، 2006.

- 10- علي سيد قاسم، مبادئ القانون التجاري في دولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة 2015.
- 11- فهد سعيد فلاح سعيد، التنظيم القانوني للإعسار المدني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط.
- 12- محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، مطبعة اتحاد الجامعات، الإسكندرية، 1955.
- 13- كلثوم بن قراش، آثار الإفلاس على حقوق الدائنين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس سيدى بلعباس، الجزائر، 2020.
- 14- كمال أبو سريع، الإفلاس في القانون التجاري اليمني، بدون دار نشر، 1988.
- 15- محمد بهجت عبد الله قائد، عمليات البنوك والإفلاس، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2، 2000.
- 16- مصطفى كمال طه، القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1988.
- 17- نصر أبو الفتوح فريد، الوجيز في أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، دار النهضة العلمية، الإمارات، 2018.

المراجع الأجنبية:

- 1- Alexia AUTENNE, Nicolas THIRION, La nouvelle « définition générale » de l’entreprise dans le Code de droit économique : deux pas en avant, trois pas en arrière, Journal tribunaux des 2018.
- 2- Anderson, Hamish, An Introduction to Corporate Insolvency Law, The Plymouth Law & Criminal Justice Review, Volume 08 – 2016.
- 3- Fiona Tolmie, CORPORATE AND PERSONAL INSOLVENCY LAW, Second Edition, Cavendish(22) Publishing Limited, 2003.
- 4- David A. Moss and Gibbs A. Johnson, The Rise of Consumer Bankruptcy: Evolution, Revolution, or Both , 73 Am. Bankr. L. J. 311 (1999).
- 5- Elina Moustaira, International Insolvency Law, Springer Nature Switzerland AG 2019.
- 6- Kristin van Zwieten, Goode on Principles of Corporate Insolvency Law, 5th Edition, SWEET & MAXWELL, 2019.
- 7- Ramsay, Iain. "The Rise of Personal Insolvency Law." Personal Insolvency in the 21st Century: A Comparative Analysis of the US and Europe. Oxford: Bloomsbury Publishing, 2017.

8- Sarah Cornet, Un travail écrit: "Le livre XX du Code de droit économique et l'extension du droit de l'insolvabilité aux titulaires de professions libérales: analyse critique et conséquences pratiques", Année académique 2018-2019.

9-Teresa Sullivan, Elizabeth Warren, & Jay Lawrence Westbrook, As We Forgive Our Debtors (Oxford U. Press, 1989); https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:1689d986-8f43-4ecc-a389-bb324927dfc5.0002.06/DOC_1&format=PDF.

10-https://uncitral.un.org/ar/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law

11-<https://en.wikipedia.org/wiki/Bankruptcy#Etymology>.

التشريعات:

- 1 المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2019 بشأن الإعسار والمعدل بقرار مجلس الوزراء رقم 47 لسنة 2021.
- 2 المرسوم بقانون رقم 9 لسنة 2016 بشأن الإفلاس والمعدل بمرسوم بقانون اتحادي رقم 23 لسنة 2019 والمرسوم بقانون رقم 35 لسنة 2021.
- 3 قانون المعاملات المدنية رقم 5 لسنة 1985 المعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987 والمرسوم بقانون اتحادي رقم 30 لسنة 2020.
- 4 قانون المعاملات التجارية الاتحادي رقم 18 لسنة 93 والمعدل بمرسوم بقانون اتحادي رقم 14 لسنة 2020.
- 5 المرسوم بقانون اتحادي رقم (32) لسنة 2021 بشأن الشركات التجارية.
- 6 القانون رقم(13) لسنة 2016 بشأن الرسوم القضائية أمام المحاكم الاتحادية.

نظرات في عقد التخصيم وفقاً للمرسوم بقانون رقم (16) لسنة 2021 بشأن التخصيم وحوالة الذم المدينة

د. فؤاد القهالي

أستاذ القانون التجاري المساعد

جامعة أم القيوين

تاریخ القبول: 29-5-2022

تاریخ التسلیم: 9-5-2022

Reflections on factoring contract

According to the decree pursuant to Law No. (16) of 2021 regarding
factoring and transfer of receivables

Dr. Fouad Al Qahali

Assistant Professor in Commercial Law

Umm Al Quwain University

ملخص

عقد التخصيم هو عقد يلتزم بمقتضاه المدين بحالة الذمة المدينة الحالية أو المستقبلة، أو كليهما للمحال له، أو الاتفاق على أن يقوم المحال له بالاحتفاظ بالقيود المتعلقة بالذمة المدينة المحالة، وتحصيلها وتوفير الحماية للمحال له، في حال إخلال المدين بالذمة المدينة بالسداد.

وقد قسمنا موضوع البحث إلى مبحثين، تعرفنا في المبحث الأول على ماهية عقد التخصيم ومميزاته، أما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه الطبيعة القانونية لعقد التخصيم. وقد توصل الباحث إلى عديد من النتائج منها: أن نشاط التخصيم سوف يساهم في دولة الإمارات العربية المتحدة في دفع عجلة التنمية الاقتصادية، وخصوصاً في هذه المرحلة وما يمر به العالم من أزمة سببها جائحة كوفيد 19 وتداعياته الاقتصادية، حيث سيعود بالفائدة على الشركات التجارية وخصوصاً الصغيرة والمتوسطة، التي تعجز عن تحصيل الديون، فمن خلال عقد التخصيم تستطيع هذه الشركات الحصول على التمويل اللازم لمارسة نشاطها، بالإضافة إلى التقليل من مخاطر عدم السداد من خلال تحمل المحال له تلك المخاطر، هذا مع إيجاد فرص عمل جديدة، وتأسيس شركات جديدة لممارسة نشاط التخصيم. كما توصل الباحث إلى العديد من التوصيات أهمها ضرورة الإسراع في إصدار ضوابط تنفيذية تتعلق بنشاط التخصيم في دولة الإمارات العربية المتحدة، تتضمن بيان الخدمات التي يقدمها المخصص لبائعي الحقوق المالية، والشروط المتعلقة بالمدين بالذمة المالية المدينة، والنص على التخصيم الاستهلاكي والذي يكون فيه البائع مستهلكاً نهائياً، وكذلك طبيعة الشركات التي تمارس هذا النشاط.

Summary

factoring contract is a contract under which the assignor commits to transfer the current or future debtor, or both, to the assignee, or an agreement that the assignee will keep the entries related to the transferred debt, collect it and provide protection to the assignee, in the event the debtor breaches the debtor's obligation of repayment.

We divided the subject of the research into two themes, in the first Thesis, we got acquainted with the nature of the factoring contract and its advantages, As for the second Thesis, we dealt with the legal nature of the factoring contract, the researcher reached to many results, including: Factoring activities will contribute in the United Arab Emirates by advancing the wheel of economic development, especially at this stage and the world is going through a crisis caused by the Covid 19 pandemic and its economic repercussions, It will benefit commercial companies, especially small and medium ones, that are unable to collect debts, through the factoring contract, these companies can obtain the necessary financing to carry out their activities, in addition to reducing the risks of non-payment by assuming those risks to the assignee, and creating new job opportunities and establishing new companies to engage in factoring activity, The researcher also reached many recommendations, the most important of which is the need to expedite the issuance of executive controls related to factoring activity in the United Arab Emirates, including a statement of the services provided by the discounter to sellers of financial rights, the conditions related to the debtor of the debtor's financial liability, and the provision of consumer factoring in which the seller is a final consumer As well as the nature of the companies that engage in this activity.

مقدمة

تعتبر الديون التجارية من أهم المشكلات التي تواجه الشركات التجارية، وعلى وجه التحديد المشروعات الصغيرة والمتوسطة، والتي قد تؤدي في نهاية المطاف إلى تصفية تلك المشروعات، أو إعلان إفلاسها. ويزداد حجم المشكلة خطورة عندما يرغب التجار والشركات التجارية في تطوير أنشطتهم التجارية، وفتح أسواق جديدة داخلية أو خارجية، وتكون ديونهم مجده لا يستطيعون تحصيلها بالطرق التقليدية.

كما تزداد المسألة تعقيداً بكون المعاملات التجارية تقوم على أساس السرعة، فال الوقت يعد بالنسبة للناجر أمراً مهماً، وقد يؤدي التأخير إلى ضياع صفقات تجارية، كما أن رأس المال هو الآخر مهم بالنسبة للناجر فهو - كما يقال- "الдинامو" المحرك له سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً¹.

ومما يقلق الشركات التجارية، مسألة الديون لدى الغير، الأمر الذي سوف يؤدي -كما أسلفنا- إلى تصفية هذه الشركات أو إفلاسها في حال لم تستوف تلك الشركات ديونها، ومن هنا جاءت أهمية نشاط التخصيم، حيث يوفر هذا النشاط السيولة النقدية الكافية للشركات للاضطلاع بمهامها من جهة، والوقاية من المخاطر من جهة ثانية. ومؤدى نشاط التخصيم، هو قيام الدائنين بتقديم ديونهم وفوائيرهم المترتبة في ذمة المدينين إلى المخصم، ويقوم المخصم بدراسة تلك الفوائير والديون، ومدى إمكانية تحصيلها من عدمه، ثم بعد ذلك يقوم المخصم بشراء تلك الديون، مقابل تعجيل قيمتها للدائن قبل تاريخ استحقاقها، ويكون ذلك مقابل نسبة معينة من تلك الديون.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى تسليط الضوء على المرسوم بقانون رقم (16) لسنة 2021 في شأن التخصيم وحالة الديم المدينية، حيث يعتبر نشاط التخصيم من الأنشطة المستحدثة في دولة الإمارات العربية المتحدة، في حين نظمته معظم التشريعات المقارنة من قبل، ومثال ذلك المشرع المصري في القانون رقم (176) لسنة 2018 بشأن تنظيم نشاطي التمويل والتخصيم، وكذلك يهدف هذا البحث إلى بيان الطبيعة القانونية لعقد التخصيم.

إشكالية البحث:

يعتبر نشاط التخصيم من الموضوعات المهمة التي لم تحظ بالبحث والدراسة الازمة، وتحديداً لدى الفقه الإمارتي، وتكمّن إشكالية البحث في كون الشركات التجارية -خصوصاً الصغيرة والمتوسطة- تعجز عن تحصيل ديونها، وبالتالي يؤدي ذلك إلى تعثر تلك المشروعات أو إفلاسها، فمن خلال نشاط التخصيم تستطيع هذه الشركات الحصول على التمويل اللازم لممارسة نشاطها والبقاء في ميدان المنافسة. كما تدور إشكالية

¹ محمد فريد العريني، محمد السيد الفقي: القانون التجاري، منشورات الحلبي، 2002، بيروت، ص.6.

البحث في كون نشاط التخصيم من الأنشطة المستحدثة في دولة الإمارات العربية المتحدة، فهل يمكن تطبيق القواعد العامة في العقود على عقد التخصيم، أم إن هذا الأخير له طبيعة قانونية مستقلة.

أسئلة البحث:

يحاول الباحث الإجابة في هذا البحث على الأسئلة التالية:

- 1- ما هو التخصيم، وما هي مميزاته؟
- 2- هل يمكن اعتبار عقد التخصيم تطبيقاً لحوالة حق؟ أم إنه عقد وكالة؟
- 3- هل يعتبر عقد التخصيم عقداً مستقلاً بذاته له طبيعة خاصة؟ أم إنه خصم للأوراق التجارية؟
- 4- ما مدى إمكانية تطبيق الأحكام العامة للعقود التقليدية، على عقد التخصيم؟

منهجية البحث:

اعتمد الباحث في كتابة هذا البحث على منهجين:

- 1- منهج تحليلي، من خلال شرح وتحليل النصوص الواردة في المرسوم بقانون رقم (16) لسنة 2021 بالإماراتي بشأن التخصيم، مستعينين بالاجتهادات القضائية المصرية والإماراتية المتاحة⁽¹⁾.
- 2- منهج مقارن، من خلال بيان موقف المشرع الإماراتي من تلك المسائل المثارة بخصوص موضوع البحث، بهدف الوقوف على جوانب القصور التشريعي في هذا القانون، مقارنة مع القانون المصري رقم (176) لسنة 2018 بشأن قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم.

تقسيم خطة البحث:

لكون نشاط التخصيم من الأنشطة المستحدثة في الإمارات، التي توفر ميزات عديدة للشركات، رأينا تقسيم البحث بالطريقة التقليدية إلى مبحثين: قسمنا المبحث الأول (ماهية عقد التخصيم) إلى ثلاثة مطالب:تناولنا في المطلب الأول تعريف التخصيم، أما المطلب الثاني فقد خصصناه للبحث في أنواع التخصيم، وفي المطلب الثالث بينا أركان عقد التخصيم، أما المبحث الثاني (طبيعة عقد التخصيم القانونية) فقد قسمناه إلى مطلبين، بحثنا في المطلب الأول الاتجاه التقليدي لتحديد الطبيعة القانونية لعقد التخصيم، أما المطلب الثاني فقد خصصناه لبحث الاتجاه الحديث لتحديد الطبيعة القانونية لعقد التخصيم.

⁽¹⁾- تجدر الإشارة إلى أننا بحثنا عن الاجتهادات القضائية المصرية المتعلقة بالتخصيم، فلم نجد، و الحال كذلك في المحاكم الإماراتية، وذلك نظرأ لحداثة الموضوع.

المبحث الأول

ماهية التخصيم

تمهيد وتقسيم:

تَكْمِنُ أَهْمَىَةُ التَّعْرِيفِ بِالتَّخْصِيمِ فِي كُونِهِ يَبْيَنُ الْأَثَارَ الْمُتَرْتِبَةَ عَلَيْهِ، وَهِيَ آثَارٌ تَخْلُفُ حَسْبَ اخْتِلَافِ الْفَقَهِ حَوْلَ الطَّبِيعَةِ الْقَانُونِيَّةِ لِلتَّخْصِيمِ، وَالْأَسْلَةِ الَّتِي تَتَّهَّرُ هُنَا: مَا تَعْرِيفُ التَّخْصِيمِ؟ وَمَا هِيَ أَنْوَاعُهُ؟ وَمَا هِيَ أَرْكَانُ هَذَا الْعَدْدِ؟

وَتَرْتِيباً عَلَى مَا سَبَقَ، وَلِبَيَانِ مَاهِيَّةِ عَقدِ التَّخْصِيمِ، يَقْتَضِيُ الْأَمْرُ تَعْرِيفَ عَقدِ التَّخْصِيمِ فِي (مَطْلَبِ أَوَّل)، وَبَيَانِ أَنْوَاعِ التَّخْصِيمِ فِي (مَطْلَبِ ثَانٍ)، وَأَرْكَانِ عَقدِ التَّخْصِيمِ فِي (مَطْلَبِ ثَالِثٍ)، وَذَلِكَ عَلَى النَّحوِ التَّالِيِّ:

المطلب الأول

تعريف عقد التخصيم

سُوفَ نَبْحُثُ فِي هَذَا الْمَطْلَبِ تَعْرِيفَ عَقدِ التَّخْصِيمِ قَانُونًا (أَوْلًا) ثُمَّ تَعْرِيفَ عَقدِ التَّخْصِيمِ فَقَهًا (ثَانِيًّا)، وَمَزَايَاهُ، (ثَالِثًا)، وَنَبْيَنُ ذَلِكَ عَلَى النَّحوِ التَّالِيِّ:

أَوْلًا - تعريف التخصيم قانوناً:

عُرِفَ الْمَشْرُعُ الإِمَارَاتِيُّ التَّخْصِيمَ فِي الْمَادِيَةِ الْأَوَّلِيَّةِ مِنَ الْمَرْسُومِ بِقَانُونِ رَقْمِ (16) لِسَنَةِ 2021 بِأَنَّهُ "عِمَالَةٌ" يَقْوِمُ بِمَوجَبِهَا الْمُحِيلُ بِحَوْلَةِ الذَّمَّةِ الْمَدِينَةِ الْحَالِيَّةِ أَوِ الْمُسْتَقْبِلَةِ، أَوْ كُلِّيهِمَا لِلْمَحَالِ لَهُ، أَوْ الْإِتْفَاقُ عَلَى أَنْ يَقْوِمَ الْمَحَالُ لَهُ بِالاحْتِفَاظِ بِالْقِيُودِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالذَّمَّةِ الْمَدِينَةِ الْمُحَالَةِ وَتَحْصِيلِهَا وَتَوْفِيرِ الْحَمَاءِ لِلْمَحَالِ لَهُ، فِي حَالِ إِخْلَالِ الْمَدِينِ بِالذَّمَّةِ الْمَدِينَةِ بِالسَّدَادِ". أَمَّا بِالنَّسَبَةِ لِلْمَشْرُعِ الْمُصْرِيِّ فَقَدْ عُرِفَ التَّخْصِيمُ¹ فِي الْمَادِيَةِ الْأَوَّلِيَّةِ مِنَ قَانُونِ التَّأْجِيرِ التَّموِيليِّ وَالتَّخْصِيمِ رَقْمِ (176) لِسَنَةِ 2018 بِأَنَّهُ "عَقدٌ تَموِيلٌ يَنْشأُ بَيْنَ الْمَخْصُومِ وَالْبَائِعِ، وَيَقْوِمُ الْمَخْصُومُ بِمَقْضَاهِ بِشَرَاءِ الْحُقُوقِ الْمَالِيَّةِ الْحَالِيَّةِ² وَالْمُسْتَقْبِلَةِ³ النَّاشِئَةِ عَنْ بَيْعِ السَّلْعِ وَتَقْدِيمِ الْخَدْمَاتِ وَفَقَاءً لِلْحُكُمَّاهُ هَذَا الْقَانُونُ، وَيَتَمُّ ذَلِكُ عَنْ طَرِيقِ قِيامِ الْبَائِعِ بِإِحْالَةِ حُقُوقِ الْمَالِيَّةِ مُوضِوعَ الْعَدْدِ إِلَى الْمَخْصُومِ.

وَيُلَاحِظُ مِنْ خَلَالِ التَّعْرِيفَيْنِ السَّابِقَيْنِ، أَنَّ الْمَشْرُعَيْنِ الإِمَارَاتِيِّ وَالْمُصْرِيِّ قدْ خَرَجَا عَنِ الْقَوَاعِدِ الْعَامَّةِ فِي تَرْكِ أَمْرِ تَعْرِيفِ الْمُصْطَلِحَاتِ لِلْفَقَهِ، غَيْرَ أَنَّا نَفْسُلُ تَعْرِيفَ التَّخْصِيمِ فِي الْقَانُونِ وَذَلِكَ لِضَبْطِ مَفْهُومِ هَذَا

¹ نَعْتَدُ أَنَّ عَقدَ التَّخْصِيمِ لَا يَخْتَافُ عَنْ عَقدِ شَرَاءِ الْدِيْوَنِ، لِكُونِ الْأَخِيرِ يَتَمُّ بِإِتْفَاقِ بَيْنِ الْعَمِيلِ وَبَيْنِ مَؤْسَسَةِ الشَّرَاءِ الَّتِي تَعْمَلُ عَلَى تَعْجِيلِ قِيمَةِ حُقُوقِ الْعَمِيلِ عَلَى مَدِينِيَّهُ، وَذَلِكَ مُقَابِلُ نَقْلِ مَلْكَيَّهُ هَذِهِ الْحُقُوقِ لَهَا، بِشَرْطِ ضَمَانِ دُمِ الرَّجُوعِ عَلَيْهِ فِي حَالِ دُمِ السَّدَادِ مِنْ قَبْلِ الْمَدِينَيْنِ، وَهَذَا هُوَ جَوْهَرُ نَشَاطِ التَّخْصِيمِ. (هَشَامُ فَضْلِيٌّ: عَقدُ شَرَاءِ الْحُقُوقِ الْتَّجَارِيِّ، دَارُ النَّهْضَةِ الْعَرَبِيَّةِ، الْقَاهِرَةُ، 1997، صِ8).

² يَقْصَدُ بِالْحُقُوقِ الْمَالِيَّةِ: الذَّمَّةِ الْمَدِينَةِ الَّتِي نَشَأَتْ قَبْلَ إِبْرَامِ عَقدِ الْحَوَالَةِ أَوْ وَقْتِ إِبْرَامِهِ، الْمَادِيَةِ الْأَوَّلِيَّةِ مِنَ الْمَرْسُومِ بِقَانُونِ رَقْمِ (16) لِسَنَةِ 2021م.

³ يَقْصَدُ بِالْحُقُوقِ الْمُسْتَقْبِلَةِ: الْحُقُوقِ الَّتِي تَنْشَأُ بَعْدَ عَقدِ التَّخْصِيمِ، الْمَادِيَةِ الْأَوَّلِيَّةِ مِنَ الْمَرْسُومِ بِقَانُونِ رَقْمِ (16) لِسَنَةِ 2021م.

نظرات في عقد التخصيم وفقاً للمرسوم بقانون رقم (16) لسنة 2021 بشأن التخصيم وحالة الديم المدينة المصطلح، فبعض التشريعات تسمى هذا العقد بعقد تحويل الفاتورة¹، كما ذهب بعض الفقه إلى تسميته بعقد شراء الديون التجارية، أو وكالة التسويق (Factoring)².

كما يلاحظ كذلك أن عقد التخصيم يجب أن تتوافر فيه العناصر الآتية:

- 1- يتكون عقد التخصيم من طرفين الأول المحيل، والطرف الثاني هو المخصم (المحال له).
- 2- يلتزم المحيل بنقل الحق الحالي، أو المستقبلي إلى المحال له، بما لها من ضمانات.
- 3- يتحمل المخصم (المحال له) المخاطر المتعلقة بذلك الحقوق بدون حق الرجوع على البائع، إلا إذا كان هناك اتفاق بين المحيل والمحال له على حماية هذا الأخير، في حال لم يقم صاحب الديمة المدينة بالسداد، أو تأخر فيه.

فعقد التخصيم إذن، هو عبارة عن اتفاق بين المحيل والمحال له (المخصم) يتضمن التزام المحيل بإحالة الحقوق الثابتة بموجب العقد الأصلي بينه وبين المدين بالذمة المدينة إلى المحال له مقابل عمولة متقد عليها، سواء كانت هذه الحقوق قد نشأت قبل إبرام عقد الحوالة أو بعده، أو وقت إبرامه.

ثانياً- تعريف التخصيم فقهياً:

عرف بعض الفقه³ عقد التخصيم بأنه "عقد يلتزم فيه العميل بنقل ملكية حقوق التاجر أو المنتج، إلى إحدى المؤسسات المالية المسموح لها ب مباشره هذا النشاط، مع ضمان هذا الأخير القيام بوفاء قيمة الديون، وعدم الرجوع على التاجر في حال لم يستطع استيفاء تلك الحقوق، مع التزام التاجر بتسييل مهمة البنك لتحصيل تلك الديون".

كما عرف بعض آخر من الفقه التخصيم⁴ بأنه "قيام الدائن (المحيل)، بنقل حقوقه إلى المحال له، والذي يكون ملتزماً بضمان سداد الدين، في حال لم يقم المدين بالسداد، ويكون للمحال له القيام بسداد جزء أو كل مبلغ الحق المحال".

¹ عرفت المادة (543) من القانون التجاري الجزائري عقد التخصيم أو ما يسمى بعقد تحويل الفاتورة بأنه "عقد تحل بمقتضاه شركة متخصصة، تسمى "وسيط" محل زبونها المسمى المنتهي، عندما تسدد فوراً لهذا الأخير المبلغ الموجود في الفاتورة لأجل محدد ناتج عن عقد، وتتكلف بتتبعة عدم التسديد، وذلك مقابل أجر".

² تجدر الإشارة إلى أن أول ظهور لهذا النشاط كان في بريطانيا، وتحديداً في القرن الثامن عشر، وانتشر في أمريكا، حيث كان التجار البريطانيون لا يعرفون السوق الأمريكي فكان الوكيل في أمريكا يقوم بدور الوكيل ويمثل التجار الموجودين في بريطانيا، حيث كان الوكيل يقدم في بعض الأحيان دفعات على الحساب للبائعين، ويضمن أيضاً لهم إبرام الصفقات. (علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دون دار نشر، 1989، بند 523، ص643).

³ فائز نعيم رضوان: عقد شراء الديون التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1986، ص12.

وقد عرف المشرع الفرنسي عقد التخصيم أو ما يسمى بعقد شراء الديون التجارية في اللائحة المتعلقة بتعريف المصطلحات الاقتصادية والمالية تاريخ 1973/11/29 بأنه عقد يتم بموجبة إدارة مالية لحسابات العملاء، وذلك يتمثل الحقوق وتحصيلها لحساب شخص يسمى المحصل، وتحمل الخسائر المحتملة، إذا كان هذا التعامل مع عملاء معتبرين بهدف تحقيق سيولة نقدية.

⁴ أشرف وفا محمد: حالة الحق في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص189. انظر في هذا المعنى (محبي الدين إسماعيل علم الدين: موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، الجزء الأول، 1987، ص52).

نظرات في عقد التخصيم وفقاً للمرسوم بقانون رقم (16) لسنة 2021 بشأن التخصيم وحالة الذم المدينة

وبدورنا يمكن أن نعرف عقد التخصيم بأنه "عقد يلتزم بمقتضاه المحيل بنقل الحقوق المالية، سواء كانت هذه الحقوق قد نشأت قبل إبرام عقد الحوالة أو بعده، أو وقت إبرامه إلى المحل له (المخصم) مقابل أجر".

ثالثاً- مزايا التخصيم¹:

من أهم مزايا نشاط التخصيم ما يلي:

1- يعود بالفائدة على الشركات التجارية، وخصوصاً الصغيرة والمتوسطة، التي تعجز عن تحصيل الديون، فمن خلال عقد التخصيم تستطيع هذه الشركات الحصول على التمويل اللازم لممارسة نشاطها².

2- القليل من مخاطر عدم السداد من خلال تحمل المحل له تلك المخاطر.

3- تيسير مسألة تحصيل الديون والدخول في أسواق دولية من خلال تقديم خدمة الضمان.

4- الزيادة في حجم المشتريات دون المساس بالتسهيلات المصرفية التي تحصل عليها الشركة.

المطلب الثاني

أنواع التخصيم

نشاط التخصيم لا يقتصر على التجارة المحلية فحسب، بل يشمل كذلك التجارة الدولية، بحيث يساهم هذا النشاط في زيادة الإنتاج، وكذلك حركة التصدير الصناعية، بالإضافة إلى خلق فرص عمل جديدة بما يعود بالنفع على الاقتصاد بصفة عامة³.

وقد نصت المادة (35) من قانون التأجير التمويلي والتخصيم المصري رقم (176) لسنة 2018 على أنه "يكون التخصيم محلياً عندما يكون كل من البائع والمدين مسجلين أو مقيمين في جمهورية مصر العربية، ويكون التخصيم دولياً عندما يكون أحدهما مسجلأً أو مقيماً خارج الجمهورية". ويلاحظ من النص السابق أن التخصيم قد يكون محلياً وقد يكون دولياً، أو استهلاكياً، وبيان ذلك على النحو التالي:

أولاً- التخصيم المحلي:

يكون التخصيم محلياً عندما يكون كل من البائع والمدين بالذمة المدينة مقيمين في جمهورية مصر العربية، أو مسجلين فيها، والجدير ذكره أن التخصيم المحلي يقدم العديد من الفوائد منها، الحماية من مخاطر عدم سداد المشتري، وتحصيل الفوائير، وكذلك القيام بعملية تمويل البيع المحلي.

¹ انظر النشرة التعريفية لنشاط التخصيم الصادرة عن الهيئة العامة للرقابة المالية المصرية: متاح على موقع الهيئة الإلكتروني الآتي: 2021/3/3 <https://fra.gov.eg/consumers>.

² على جمال الدين عوض: مرجع سابق، بند 524، ص644.

³ نادر عبدالعزيز شافي: عقد "الفاكتورينغ" عقد شراء الديون التجارية، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة لكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، 2005م، ص35.

ثانياً-التخصيم الدولي¹:

يكون التخصيم دولياً في حال كان أحد الائعين، أو المدينين مقيماً، أو مسجلأً خارج إقليم جمهورية مصر العربية، وقد يكون العميل هو المصدر (الدائن) بينما شركة التخصيم هي المخصم، وهو ما يطلق عليه (تخصيم صادرات)، أما إذا كان العميل هو المستورد (المدين) وشركة التخصيم مخصم مراسل فهذا النوع من النشاط يطلق عليه (تخصيم استيراد). ويقدم التخصيم الدولي، فوائد عديدة منها، اعتناء الشركة بجميع الحسابات الخاصة بالمشتري للبضائع، ويتضمن ذلك الرقابة والمتابعة على الفواتير مستحقة الأداء.

ثالثاً- التخصيم الاستهلاكي :

يقصد بالتخصيم الاستهلاكي، ذلك الذي ينتج عن الحالات التي يكون فيها المدين مستهلكاً نهائياً، ويتوافق في الحق المبيع للمخصم أنه ناشئ عن عمليات بيع محلي فقط ناتجة عن عمليات بيع منتجات وخدمات تحددها الهيئة العامة للرقابة المالية²، بشرط ألا تقل قيمة الورقة المخصصة عن ألف جنيه مصرى، ولا يقل استحقاقها عن ثلاثة أيام³.

ويلاحظ من خلال استقراء نصوص المرسوم رقم (16) لسنة 2021 بشأن التخصيم وحالة الدم المدينة، أنه خلا من ذلك التقسيم لنشاط التخصيم، لذلك نقترح على المشرع الإماراتي إضافة نص للمرسوم كالتالي:

"يكون التخصيم داخلياً عندما يكون كل من البائع والمدين مسجلين، أو مقيمين في دولة الإمارات العربية المتحدة، ويكون التخصيم دولياً عندما يكون أحدهما مسجلأً، أو مقيماً خارج دولة الإمارات."

¹ تجدر الإشارة إلى أن، المنظمة الدولية للتخصيم (FCI) Factoring Chain International تأسست في عام 1968 كجمعية عالمية غير ربحية. مع ما يقرب من 400 شركة عضو في أكثر من 90 دولة ، تقام FCI شبكة فريدة للتعاون في العالم عبر الحدود، وتمثل معاملات الأعضاء ما يقرب من 60٪ من حجم التخصيم الدولي في العالم. وكانت الحاجة ماسة لوجود كيان في العالم بغية تنظيم نشاط التخصيم، وأحياناً شرط جهات الإدارة الداخلية أن تكون الشركات التي تعمل بنشاط التخصيم عضواً في هذه المنظمة والتي تعمل هذه الأخيرة على تيسير عمليات التصدير وتقديم استشارات تتعلق بنشاط التخصيم.

CI is the Global Representative Body for Factoring and Financing of Open Account Domestic and International Trade Receivables. FCI was set up in 1968 as a non-profit global association. With today close to 400 member companies in more than 90 countries, FCI offers a unique network for cooperation in cross-border factoring. Member transactions represent nearly 60% of the world's international correspondent factoring volume

لمزيد من التفصيل حول هذه المنظمة لطفاً الرجوع إلى الموقع الإلكتروني التالي:

-<https://fci.nl/en/about-fci.2-2-2022>.

² وفقاً للفقرة الثالثة من المادة السابعة بشأن ضوابط ممارسة نشاط التخصيم حدبت الهيئة العامة للرقابة المالية أنشطة يجب أن ينشأ الحق المبيع عنها مثل بيع السلع المعمرة، وسائل النقل، الخدمات التعليمية، والطبية، وخدمة السفر والسياحة، بالإضافة إلى خدمة الاتصالات، أو أي منتجات أو خدمات توافق عليها إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية.

³ المادة (7) من قرار مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية رقم(63) لسنة 2018 بتاريخ 31/10/2018 بشأن الضوابط التنفيذية لممارسة نشاط التخصيم.

نظرات في عقد التخصيم وفقاً للمرسوم بقانون رقم (16) لسنة 2021 بشأن التخصيم وحالة الذمة المدينة
كما ندعو المشرع الإماراتي إلى سرعة إصدار ضوابط تنفيذية تتعلق بنشاط التخصيم، تتضمن بيان الخدمات
التي يقدمها المخصص لبائع الحقوق المالية، والشروط المتعلقة بالمدين بالذمة المالية المدينة، والنص على
التخصيم الاستهلاكي والذي يكون فيه المدين مستهلاكاً نهائياً.

المطلب الثالث

أركان عقد التخصيم

الأصل في العقود سواءً كانت تجارية، أو مدنية هو الرضائية، فلا يجب لتكوين العقد إفراج العقد في شكل
معين أو القيام بإجراء معين كالتسليم. وقد أكدت على مبدأ الرضائية في العقود المدنية نص المادة (130) من
قانون المعاملات المدنية الإماراتي بقولها: "ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما قد
يقرره القانون من أوضاع معينة لانعقاده".

وقد اعتمد المشرع الإماراتي، وكذلك المصري مبدأ اعتبار عقد التخصيم من العقود الرضائية، حيث لم
ينص كلا التشريعين على ضرورة أن يكون عقد التخصيم مكتوباً، وعلى الرغم من ذلك فقد جرى العرف
على كتابة بنود هذا العقد لعدة اعتبارات منها:

- 1- الكتابة تنبه أطراف عقد التخصيم للمحيل، والمحال له إلى خطورة ما يقدمون عليه؛ حيث إن الكتابة
تحث أطراف العقد على التفكير والتروي قبل الإقدام على إبرام العقد.
- 2- يتضمن عقد التخصيم تفصيلات دقيقة وعديدة، ولا يمكن لذاكرة الإنسان الإحاطة بها، ولكن عن طريق
الكتابة يسهل التعرف عليها¹.

وترتيباً على ما سبق تعتبر الكتابة وسيلة لإثبات عقد التخصيم وليس ركناً من أركانه. ونظراً لكون عقد
التخصيم يرد على ديون تجارية في معظم الأحيان، فإنه يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات وفقاً لنص المادة
(94) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (13) لسنة 1993م، والتي تنص على أنه "يجوز إثبات
الالتزامات التجارية أيًّا كانت قيمتها بجميع طرق الإثبات مالم ينص القانون على غير ذلك".

كما يجب أن يتوافر ركن السبب في عقد التخصيم وأن يكون مشروعاً، طبقاً للمادة (2/207) من قانون
المعاملات المدنية الإماراتي والتي تنص على أنه "يجب أن يكون (السبب) موجوداً وصحيحاً ومباحاً وغير
مخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

وبالنسبة لركن الرضا وجود السبب، نرى أنهما تتطبق عليهما القواعد العامة المنصوص عليها في القانون
المدني، أما بالنسبة لركن المحل في عقد التخصيم، وطرف العقد فقد تطلب المشرع فيما شرط خاص،
وبيان ذلك كالتالي:

¹ شريف غنام، فؤاد القهالي: الشركات التجارية في القانون الإماراتي وفق أحدث التعديلات بالمرسوم بقانون رقم (25) لسنة 2020، دار الحكمة، الطبعة الأولى، 2021، ص54.

أولاً- طرفا عقد التخصيم¹:

يتكون عقد التخصيم من طرفين، الطرف الأول هو المحييل (البائع) والطرف الثاني المحال له (المخصم) وبيان ذلك على النحو التالي:

1- المحال له (المخصم):

يقصد بالمحال له الشخص الذي تمت حواله الديمة المدينة له²، أو الجهة المرخص لها بممارسة نشاط التخصيم³، ويشترط في هذا الأخير أن يمارس نشاط التخصيم بعد الحصول على ترخيص من الجهات المختصة. وللمخصم القيام بكل أو أي من الخدمات المتعلقة بنشاط التخصيم ومنها، الحماية ضد مخاطر عدم سداد المدين في مواعيد استحقاق الدين، وتقديم الخدمات الاستشارية والمعلومات عن المدينين المحتملين، كما يلتزم المخصم بتحصيل الحقوق من المدينين في مواعيد استحقاقها، كما يجوز للمخصم أن يوكل البائع بتحصيل تلك الديون لحسابه⁴.

وقد أشارت الاتفاقية الدولية (OTTAWA) الصادرة في عام 1988 إلى طرفي عقد التخصيم (عقد الفاكتورنخ) بالقول إن الغرض من هذه الاتفاقية (عقد الفاكتورنخ) الذي يكون طرافاه أحدهما (المحييل) أو الدائن والطرف الثاني هو المحال له⁵.

والسؤال الذي يثار هنا هو: ما هي شروط الحصول على ترخيص لشركات التي تزاول نشاط التخصيم؟ وقد أجبت الفقرة الأولى من المادة (7) من القرار رقم (163) لسنة 2018 بشأن الضوابط التنفيذية لممارسة نشاط التخصيم، حيث يشترط ل مباشرة نشاط التخصيم في الحالات التي يكون فيها المدين مستهلكاً نهائياً ما يلي:

- 1- لا يقل رأس مال الشركة التي تمارس نشاط التخصيم المدفوع نقداً عن خمسة عشر مليون جنيه مصرى.
- 2- يجب على شركة التخصيم، إصدار قوائم مالية عن سنة مالية كاملة، وإرفاق تقرير من مراقب الحسابات بعد الترخيص لها بمزاولة النشاط.
- 3- أن يكون البائع قد مارس النشاط المراد تخصيم الحقوق المالية المرتبطة به لمدة سنة ميلادية كاملة على الأقل، وأن يكون قد أصدر قوائم مالية مرافقاً بها تقرير من مراقب الحسابات عن العام المالي الأخير.

¹ بلغ عدد الشركات المقيدة لدى الهيئة العامة للرقابة المالية التي تمارس نشاط التخصيم 9 شركات في عام 2018م (التقرير السنوي الصادر عن الهيئة سنة 2018م)، كما سجلت قيمة الأوراق المخصصة في مصر ارتفاعاً بلغ 4.2% خلال الربع الأول من عام 2020م، وقد واصل الارتفاع على الرغم من جائحة كورونا وتاثيرها على الأنشطة الاقتصادية، بمعدل نمو سنوي قدره 6.6%. وبلغت قيمة الأوراق المخصصة 11.3 مليار جنيه خلال عام 2020 مقارنة بـ 10.6 مليار جنيه خلال العام الماضي (التقرير السنوي الصادر عن هيئة الرقابة المالية، ص 19)، متاح على الموقع الإلكتروني للهيئة التالي: http://www.fra.gov.eg/content/efsa_ar/reports_factor/report2_factor.htm 2022/2/22

² المادة الأولى من المرسوم الاتحادي بقانون بشأن التخصيم.

³ المادة الأولى من قانون التخصيم المصري.

⁴ المادة (2) من قرار مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية رقم (63) لسنة 2018 بتاريخ 31/10/2018 بشأن الضوابط التنفيذية لممارسة نشاط التخصيم.

⁵ Article (1-2) (Ottawa, 28 May 1988) . the purposes of this Convention, "factoring contract" means a contract concluded between one party (the supplier) and another party (the factor). <https://www.unidroit.org/instruments/factoring>. 2021/3/3 .

4-ألا يقل حجم نشاط البائع في آخر سنة مالية عن 25 مليون جنية مصرى وصافي حقوق الملكية عن خمسة ملايين جنية مصرى.

أما بالنسبة للمشروع الإماراتي فقد خلا المرسوم بقانون في شأن التخصيم من النص على طبيعة الشركات التي تزاول نشاط التخصيم، لذا نقترح أن يشترط المشروع الإماراتي في الشركات التي ترغب في ممارسة نشاط التخصيم أن تكون شركة مساهمة بحيث لا يقل رأس مالها عن (30) مليون درهم إماراتي.

2-المحيل (البائع):

يقصد بالمحيل الشخص الذي قام بحالة الذمة المدينة لصالحه، أو بائع السلع، أو مقدم الخدمات والتي تنتج عنها الحقوق المالية. وقد ألزم المشروع الإماراتي المحيل بالإقرار أنه يملك الصلاحية لحالة الذمة المدينة، وأنه لم ينقل الذمة المدينة إلى محل له آخر، وأنه ليس للمدين بالذمة المدينة الحق في إثارة أي دفع أو إجراء التقاضى.¹

أما بالنسبة للمشروع المصري، فقد ألزم المحيل بتزويد المحل له بكافة البيانات والمعلومات والمستندات حول العمليات التي تنشأ عنها الديون، وكل ما من شأنه أن يمكن المحل له من حقه.

ويجوز للمحل له أن يبرم اتفاقاً مع المحيل على إخباره قبل اتخاذ أي إجراءات في مواجهة المدين في حال عدم سداد الدين، وتضمينها في عقد التخصيم.²

ثانياً- محل عقد التخصيم:

يجب أن يكون عقد التخصيم وفقاً للقواعد العامة محل³، وأن يكون المحل معيناً تعيناً نافياً للجهالة، وإذا لم يكن المحل معيناً فمصير العقد البطلان⁴. ويجب أيضاً -من حيث المبدأ- أن يكون محل عقد التخصيم موجوداً عند إبرام العقد، غير أنه -طبقاً للقواعد العامة- لا يوجد مانع من التعاقد على شيء في المستقبل، في حال أمكن تحديده عند إبرام العقد. وتطبيقاً لذلك نصت المادة (202) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه "يجوز أن يكون محلاً للمعاوضات المالية شيء مستقبلي بشرط إنقاء الغرر".

وترتيباً على ما سبق فإن الديون التي تكون ناشئة عند إبرام عقد التخصيم، أو بعد إبرام عقد التخصيم تكون محل العقد، وقد أكد ذلك نص المادة الأولى من المرسوم بقانون بشأن التخصيم الإماراتي، وكذلك قانون التأجير التمويلي والتخصيم المصري رقم (176) لسنة 2018.

والسؤال الذي يثار: هو هل يقتصر نشاط التخصيم على الديون الناشئة عن المعاملات التجارية؟

¹ المادة (10) من المرسوم بقانون بشأن التخصيم.

² المادة (5) من قرار مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية رقم (63) لسنة 2018 بتاريخ 31/10/2018 بشأن الضوابط التنفيذية لممارسة نشاط التخصيم.

³ المادة (99) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

⁴ المادة (203) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

أجابت المادة (2) من المرسوم بقانون بشأن التخصيم، حيث نصت على أن يسري هذا القانون على الديون التي تتم في إطار المعاملات التجارية أو المدنية، ولو تمت من خلال سوق مالي يخضع للتنظيم، سواءً كانت مع الحق بالرجوع على المحيل، أو دون الحق في الرجوع.

ويشترط كذلك في الحق محل التخصيم أن يكون خالياً من أي نزاع، أو حقوق للغير. الجدير ذكره أن هذا المرسوم لا ينطبق على حوالات الدمة المدنية التي تنشأ بموجب المعاملات التي يقوم بها الشخص لمسائل شخصية أو عائلية مثل ذلك النفقة، أو العقود التي تنظمها اتفاقات مقاصة، وكذلك حوالات الدمة المدنية التي تنشأ عن معاملات الصرف الأجنبي، وأنظمة المقاصة على أساس الصافي، وتسوية المعاملات المتعلقة بالأوراق المالية، وكذلك إعادة شراء الأوراق المالية المودعة لدى شركات الوساطة.¹.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد أوجب أن يكون الحق المبيع للمحال له ناشئاً عن معاملات تجارية مرتبطة بنشاط البائع والمدين، ولا تكون ناشئة عن عمليات إقراض نقدi². كما اشترط أن يكون الحق المبيع خالياً من الحقوق الحالية أو المستقبلية للغير، وألا يكون مقيداً أو مشروطاً، مالم يتلقى المخصم (المحيل) والمحال له على غير ذلك.³.

ونعتقد بدورنا أن ما ذهب إليه المشرع المصري من اشتراط أن يكون الدين تجارياً، وأن يكون المدين تاجرًا هو الأصول، لأنه يتلقى مع الهدف من عقد التخصيم، وهو توفير السيولة النقدية لشركات التجارة. وقد ذهبت اتفاقية أتوا إلى ذلك الاتجاه حيث يقوم المحال له باستلام المستحقات المالية الناشئة عن العقود المبرمة باستثناء الديون المستخدمة لأغراض شخصية أو عائلية.⁴.

لذلك نقترح على المشرع الإماراتي أن يتم تعديل نص المادة الثانية من المرسوم بقانون بشأن التخصيم، بحيث يقتصر عقد التخصيم على الديون الناشئة عن معاملات تجارية، وأن يكون المدين تاجرًا⁵، وذلك كما فعل نظيره المصري.

والجدير ذكره أن الدين يكتسب الصفة التجارية متى كان ناشئاً عن عمل تجاري⁶ والعكس بالعكس.

¹ المادة (2) بالمرسوم بقانون بشأن التخصيم.

² المادة (176) من رقم (176) لسنة 2018 بشأن تنظيم نشاطي التمويل والتخصيم.

³ المادة (3) من قرار مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية رقم(63) لسنة 2018 بتاريخ 31/10/2018 بشأن الضوابط التنفيذية لممارسة نشاط التخصيم.

⁴ تنص المادة (2/1) من اتفاقية أتوا على أنه:

(a) the supplier may or will assign to the factor receivables arising from contracts of sale of goods made between the supplier and its customers (debtors) other than those for the sale of goods bought primarily for their personal, family or household use;

⁵ المادة (3) من قرار مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية رقم (163) لسنة 2018م.

⁶ نصت المادة (5) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي على الأعمال التجارية بطبعتها، منها :

- شراء السلع وغيرها من المنقولات المادية وغير المادية بقصد بيعها بربح سواء بيعت بحالها أو بعد تحويلها أو تصنيعها.

- شراء أو استئجار السلع وغيرها من المنقولات المادية وغير المادية بقصد تأجيرها ..

كما نصت المادة (4) من ذات القانون على اعتبار الأعمال التي يقوم بها التاجر لشؤون تتعلق بتجارته أعمالاً تجارية. لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع لطفأ راجع مؤلف أستاننا (فائز نعيم رضوان : الوجيز في مبادئ قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الأفاق المشرقية، الطبعة الثانية، 2014م، بند 74، ص125).

نظرات في عقد التخصيم وفقاً للمرسوم بقانون رقم (16) لسنة 2021 بشأن التخصيم وحالة الذم المدينة

ويترتب على ذلك أن يكون الدين تجاريًا إذا كان ناشئًا، أو مرتبًا بعمل من الأعمال الواردة في المادة الخامسة من قانون المعاملات التجارية التي تعدد الأعمال التجارية بطبيعتها، أو ناشئًا أو مرتبًا بأحد الأعمال الواردة في المادة السادسة، من القانون ذاته التي تعدد الأعمال التجارية التي تتم على وجه الاحتراف.

كما أن المشرع الإماراتي قد أقام قرينة على أن كل الأعمال التي يقوم بها التاجر تكون مرتبطة أو ناشئة عن أعمال تجارتة تعتبر أعمالاً تجارية، كما أنه قد أقام قرينة على أن كل ما يقوم به التاجر يعتبر مرتبًا أو ناشئًا عن التجارة. ويترتب على ذلك أن كل الأعمال التي يقوم بها التاجر تعتبر أعمالاً تجارية، ومن ثم ينشأ عنها ديون تجارية ما لم يثبت غير ذلك¹.

وفي هذا الصدد، تنص المادة (11) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي على أنه: "يعتبر تاجراً

1- كل من يشتغل باسمه ولحسابه في الأعمال التجارية وهو حائز للأهلية الواجبة متى اتخذ هذه الأعمال حرفة له".

وعملًا بهذا النص، يلزم لاكتساب الشخص صفة التاجر² بالاحتراف ثلاثة شروط تتمثل في: احتراف القيام بالأعمال التجارية، ومزاولة هذه الأعمال باسمه ولحسابه، وأن تكون لديه الأهلية الازمة لذلك، والتي يطلق عليها الأهلية التجارية. ويلاحظ على النص السابق أمران:

الأول، أن نطاق تطبيق هذا النص يقتصر على الأشخاص الطبيعيين فقط دون الأشخاص الاعتبارية؛ فالشخص الطبيعي هو الذي يكتسب صفة التاجر بالاحتراف، أما الأشخاص الاعتبارية فتخضع لنص البند الثاني من المادة (11) سالفة الذكر.

الثاني، يجب توافر الشروط المشار إليها في النص جميعًا، فإذا نقص منها شرط، فلا يكتسب هذه الصفة.

وهناك طريقة ثانية، يكتسب فيها الشخص صفة التاجر بقوة القانون دون تطلب اعتياده على مزاولة التجارة بشكل محترف، ويطلق عليه في هذه الحالة "التاجر بحكم القانون"، ومن هؤلاء:

1- من يعلن في وسيلة إعلانية عن محل أسسه للتجارة عملاً بنص المادة (12) من قانون المعاملات التجارية والتي تنص على أن "كل من أعلن للجمهور بأية طريقة عن محل أسسه للتجارة يعتبر تاجراً، وإن لم يتخذ التجارة حرفة معتادة له".

2- من يحترف ممارسة التجارة ولكن باسم مستعار عملاً بنص المادة (13) من القانون السابق التي تنص على أن: "ثبتت صفة التاجر لكل من احترف التجارة باسم مستعار أو كان مستترًا وراء شخص آخر

¹ وقد ورد هذا الحكم في المادة (4) من قانون المعاملات التجارية التي تنص على أن "الاعمال التجارية هي: 1- الاعمال التي يقوم التاجر لشنون تتعلق بتجارتة، وكل عمل يقوم به التاجر يعتبر متعلقاً بتجارتة ما لم يثبت غير ذلك....".

² لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع انظر ، فؤاد القهالي: الوجيز في مبادئ قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، وفق أحدث التعديلات، الطبعة الأولى، دار الحكمة، 2021، ص167، وما بعدها.

نظرات في عقد التخصيم وفقاً للمرسوم بقانون رقم (16) لسنة 2021 بشأن التخصيم وحوالة الضم المدينة
فضلاً عن ثبوتها للشخص الظاهر". فإذا ثبت أن شخصاً يباشر الأعمال التجارية واحترفها كمهنة له يرتفق
منها، فتثبت له صفة التاجر بغض النظر مما إذا كان يمارسها باسمه الحقيقي أو باسم وهمي يخفي اسمه
ال حقيقي.

3- من يمارس الأعمال التجارية عن طريق شخص آخر بدلاً منه، ويسمى الشخص الذي يزاول التجارة
"الظاهر"، أما من تمارس التجارة لحسابه فيطلق عليه "المستتر". وأساس اعتبار الظاهر والمستتر
على السواء تجاريًا هو نص المادة (13) من قانون المعاملات التجارية سالف الذكر.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لعقد التخصيم

تمهيد وتقسيم:

لتحديد الطبيعة القانونية لعقد التخصيم يوجد اتجاهان: الاتجاه الأول يرى أن التخصيم ما هو إلا عقد من العقود التقليدية كالوكالة وحالة الحق، وخصم الأوراق التجارية، والحلول، أما الاتجاه الثاني فيرى أن التخصيم عقد ذو طبيعة خاصة. وترتباً على ما سبق سوف نتناول الاتجاه التقليدي لتحديد الطبيعة القانونية لعقد التخصيم (مطلوب أول)، والاتجاه الحديث لتحديد الطبيعة القانونية لعقد التخصيم (مطلوب ثان) وبيان ذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

الاتجاه التقليدي لتحديد الطبيعة القانونية لعقد التخصيم

سوف نحاول في هذا المطلب أن بحث في طبيعة التخصيم القانونية من خلال مقارنة هذا الأخير مع حالة الحق (أولاً)، والوكالة (ثانياً)، وخصم الأوراق التجارية (ثالثاً)، والحلول الاتفاقية (رابعاً)، وبيان ذلك على النحو التالي:

أولاً- التخصيم هو حالة حق:

لم ينظم المشرع الإماراتي حالة الحق بصورة تفصيلية كما فعل في حالة الدين، غير أن المشرع قد أورد بعض النصوص المتعلقة بحالة الحق في المادة (1130) والمادة (1131) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985م.

ويقصد بحالة الحق ذلك العقد الذي بمقتضاه يتلقى الدائن (المحيل) وشخص آخر أن يحصل الحق الذي له في ذمة مدينة إلى هذا الشخص (المحال له)¹، كما عرفها بعض الفقه بأنها "اتفاق محله نقل الحق بين المحل والمحل له، تتعلق بحق الدائن في مواجهة طرف ثالث وهو المدين".²

وقد عرفها المشرع المصري في المادة (303) من القانون المدني بالقول يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون، أو اتفاق الطرفين، أو طبيعة الالتزام. وتتم الحالة دون رضا المدين.

¹ عبد الرازق حسين بيس: النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، مطبوعات أكاديمية شرطة دبي، 2006، بند 486، ص 425.

² حسام الدين الأهوناني: النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني أحكام الالتزام، دون دار نشر، 1996، ص 311.

وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا¹ في أحد أحكامها "بأنه من الجائز انتقال الحقوق والديون من الدائن الأصلي إلى شخص آخر إما بمقتضى القانون أو الاتفاق".

ويتضمن عقد حالة الحق ثلاثة أشخاص؛ دائن يحيل حقه، وهو الدائن المحيل، ودائن جديد يحال له الحق وهو المحال له، ومدين بالدين وهو المحال عليه. والأصل أن الدائن المحيل لا يلتزم بضمان الحق محل الحالة إلا إذا كانت الحالة بعوض، وفي هذه الحالة يقتصر التزام الدائن (المحيل) على وجود الحق فقط وقت الحالة ما لم يتفق على غير ذلك. والأصل كذلك، أنه في حالة رجوع الدائن الجديد (المحال له) على الدائن القديم (المحيل)، فإن المحيل لا يلتزم إلا برد ما حصل عليه فقط مع الفوائد، ولا يلتزم برد كل الدين لو كان الدين أكثر من ذلك. وللتوسيح ذلك نقول إنه لو كان دين (أ) لدى (ب) هو (1000) درهم، وحول هذا الحق إلى (ج) وحصل منه على 900 (تسعمائة درهم فقط)، ومع ذلك لم يتمكن المحال له (ج) من تحصيل حقه من (ب) المدين. فإذا أراد الدائن المحال له الرجوع على الدائن المحيل، فلا يجوز له أن يرجع عليه إلا بالمبلغ الذي حصل عليه المحيل أصلاً وهو 900 درهم بالإضافة إلى الفوائد.

وعقد التخصيم يشبه حالة الحق في كون طرفي عقد الحالة هما المحيل والمحال له، وكذلك الأمر في عقد الحالة. وفي عقد التخصيم يتم إرسال إخطار من المحيل أو المحال له، بسداد الدين للمدين بالذمة المدينية²، وفي حال تسلم هذا الأخير الإخطار، يكون من حق المحال له حصراً إصدار تعليمات السداد.³

أما بالنسبة لأوجه الاختلاف بين عقد التخصيم، وحالة الحق فهناك اختلافات عديدة منها، أنه في عقد التخصيم يجب أن يكون المخصم (المحال له) شركة تجارية، بينما في حالة الحق، لا يتشرط ذلك حيث يمكن أن يكون شخصاً مدنياً.

كما يختلف عقد التخصيم عن حالة الحق في أن الأخيرة لا تكون نافذة، إلا إذا تم إعلانها بطرق رسمية للمحال عليه أو قبوله لها بوثيقة ثابتة التاريخ⁴. وهذا ما لا يتفق مع طبيعة نشاط التخصيم التجارية، والتي تقوم على السرعة، والثقة، والانتقام، فالقواعد التي تنظم حالة الحق والتي تحكم المعاملات المدنية لا تصلح لتطبيقها في البيئة التجارية.

وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا⁵ بأنه "لما كانت الحقوق محل الحالة ناتجة عن أعمال مقاولة تقوم بها الشركة المحيلة وهي عمل تجاري فإن هذه الحالة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تتبع هذا العمل في وصفه، فينتقل الحق بصفته التجارية إلى المحال له بما لا مجال معه لإعمال قانون المعاملات المدنية في

¹ الطعن رقم 130 لسنة 1989، جلسة 17/3/1990، المحكمة الاتحادية العليا، مشار إلى في مؤلف. على أحمد المهداوي، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية الاتحادي، أحکام الالتزام، مكتبة الجامعة، الطبعة الأولى، الشارقة، 2019، ص 91.

² يقصد بالمدين بالذمة المالية المدينة الشخص المدين بسداد الذمة المدنية المحالة، بما في ذلك أي شخص متلزم بشكل ثانوي بسداد الذمة المدينية كالكفيل (المادة الأولى) من المرسوم بقانون بشأن التخصيم الإماراتي.

³ المادة (11/1) من مرسوم بقانون بشأن التخصيم الإماراتي.

⁴ المادة (1130) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

⁵ الطعن رقم 174، لسنة 2013، تجاري، جلسة الثلاثاء الموافق 21 يناير سنة 2014، المحكمة الاتحادية العليا.

النزع المطروح. وكان قانون المعاملات التجارية الذي أحال إليه في شأن هذه المعاملات قانون المعاملات المدنية، وإن لم ينظم أحكام حالة الحق على استقلال، إلا أنه يستفاد منه أنه يجيزها ولا يتطلب لانعقادها سوى مجرد تراضي المحيل والمحال له فقط دون حاجة لرضاء المدين (المحال عليه) الذي يستوي عنده أن يتم الوفاء لدائه الأصلي (المحيل) أو لدائه (المحال له) خلافاً لحالة الدين التي يكون فيها تغير المدين على دائه أشد خطراً ، ومن ثم لا يشترط رضاء المحال عليه في حالة الحق إذا كان ناتجاً عن عمل تجاري، ويكتفى لصحة انعقادها تراضي المحيل والمحال له مع ضرورة علم المحال عليه بها بما يجعلها نافذة قبله وغيره وثبوت ذلك طبقاً للقواعد العامة، وأنه بقبول الحالة فإنها تصبح نافذة في حق المحال عليه ويكون من آثارها انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بالحالة التي يكون عليها وقت قبولها".

وقد قضت محكمة النقض¹ المصرية بقولها إن "مؤدى النص في المادتين (٣٠٣ ، ٣٠٥) من القانون المدني أن حالة الحق بحسب الأصل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- تنتج آثارها بين طرفيها من تاريخ انعقادها دون حاجة لرضاء المدين، أو إعلانه بالحالة أو قبوله لها، ويترتب عليها انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بكل ضماناته و توابعه، إلا أنها لا تنفذ في حق المدين إلا بقبوله لها قبولاً صريحاً أو ضمنياً أو إعلانه بها بأي ورقة رسمية تعلن بواسطة المحضررين وتشتمل على ذكر وقوع الحالة وشروطها الأساسية، ولا يغنى عنها مجرد إخطار المدين بالحالة بكتاب مسجل أو علمه بها علمًا فعلياً - و لو أقر به - إلا في حالة الغش بتوطئه مع المحيل على الوفاء له إضراراً بحقوق المحال له، إذ أنه متى رسم القانون طريقاً محدداً للعلم فلا يجوز استظهاره إلا بهذا الطريق، وحين قرر المشرع لتنفيذ الحالة في حق المدين قبوله لها أو إعلامه بها قد أراد بذلك تحقيق مصالح افترض وجودها، ومن ثم فإذا تمسك المدين المحال عليه بما رتبه القانون في هذه الحالة من عدم نفاذ الحالة في حقه وجب على المحكمة أن تحكم له بعدم نفاذها دون أن تطالبه بإثبات مصلحته في القضاء له بذلك.

ويعتبر إخطار الحالة بالسداد نافذاً في حال تسلمهها المدين بالذمة المدنية بأي لغة يعلمها المدين وتعد كذلك في حال تم تحرير الإخطار بلغة العقد الذي تم إبرامه بين المحيل والمدين بالذمة المدنية والذي نشأت بموجبة الذمة المدنية².

والسؤال المطروح هو في حال تعدد الحالات هل يلزم تعدد الإخطارات بتسييد الدين للمدين؟ وهل تنتقل الضمانات مع الحقوق المحالة على الرغم من وجود اتفاق بين المحيل والمحال له يمنع ذلك؟

¹ الطعن رقم (3353) لسنة(83) قضائية، جلسه 12/3/2019، محكمة النقض المصرية، متاح على موقع المحكمة التالي:

2022/5/22 تاريخ الدخول <https://www.cc.gov.eg/judgments>

² المادة (14) من المرسوم بقانون بشأن التخصيم الإماراتي.

أجبت الفقرة (14/3) من المرسوم على السؤال الأول، بأنه في حال تعددت الحالات، يعتبر الإخطار بالحالة اللاحقة إخطاراً لجميع الحالات السابقة، ويجوز تعلق إخطار الحالة، أو تعليمات السداد بذمة مدينة تنشأ بعد توجيه الإخطار.

أما بالنسبة للإجابة على السؤال الثاني فقد نصت المادة (6) من المرسوم ذاته بشأن التخصيم على أنه "1- تنتقل الحقوق الإضافية إلى المحل له دون اتخاذ إجراء جديد لانتقالها، مالم يكن القانون الذي يقرر الحق يوجب على المحييل القيام بإجراء جديد لغایات انتقال الحق المحل، وفي هذه الحالة يكون المحييل ملزماً بنقل ذلك الحق وأية عوائد إلى المحل له."

2- تنتقل الحقوق الإضافية¹ وفق أحكام البند (1) من هذه المادة، ولو كان هناك اتفاق بين المحييل والمدين بالذمة المدينة، أو أي شخص آخر أنشأ تلك الحقوق يقيده حق المحييل في حالة الذمة المدينة أو الحق الإضافي بأي شكل".

ويلاحظ من المادة السابقة، أن المشرع الإماراتي يعتبر أن الحقوق الإضافية تعتبر جزءاً لا يتجزأ من الحق المحل به، وبالتالي تنتقل معه إلى المحل له بقوة القانون، كما يتبيّن من الفقرة الثانية من المادة ذاتها أن المشرع الإماراتي قد أوجب انتقال الضمانات الشخصية أو العينية على الرغم من وجود اتفاق بين المحييل والمدين بالذمة المدينة يقيده حق المحييل في حالة الذمة المدينة.

أما بالنسبة للمشرع المصري فتنتقل الحقوق من البائع إلى المخصم بالضمانات سواء كانت شخصية أو عينية، إلا إذا وجد اتفاق بين البائع والمدين بالذمة المدينة يمنع البائع من أن يقوم بحالة حقوقه، إلا إذا وافق المدين بالحالة.

ونعتقد أن ما ذهب إليه المشرع المصري من انتقال الحقوق من البائع إلى المخصم بالضمانات المقررة لها هو الأصوب، ذلك لأن انتقال الضمانات من المحييل إلى المخصم يتم بقوة القانون، إلا إذا اتفق الطرفان على استبعاد تلك الضمانات من توابع الحق المحل به، لأن قواعد القانون المتعلقة بالحالة ليست من النظام العام، وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها.

وترتيباً على ما سبق نقترح تعديل نص الفقرة الثانية من المادة السادسة من المرسوم بقانون بشأن التخصيم بحيث تصبح على النحو الآتي: "تنقل الحقوق الإضافية وفق أحكام البند (1) من المحييل إلى المحل له (المخصم) بالضمانات المقررة، إلا إذا وجد اتفاق بين البائع والمدين بالذمة المدينة يقضي بغير ذلك".

¹ ويقصد بالحقوق الإضافية أية حقوق شخصية، أو عينية تضمن الوفاء بقيمة الذمة المدينة التي تمت إحالتها، بما في ذلك حقوق الضمان المنشأة على البضائع والضمانات، والتأمين. المادة (1) من المرسوم بقانون بشأن التخصيم الإماراتي.

نظرات في عقد التخصيم وفقاً للمرسوم بقانون رقم (16) لسنة 2021 بشأن التخصيم وحالة الذمة المدنية
وخلاصة القول كما يبدو لنا من خلال مطالعة نصوص المرسوم بقانون والتأمل فيه أن المشرع الإماراتي
اعتبر التخصيم أقرب ما يكون لحالة الحق، وأورد أحكاماً عديدة تشبه إلى حد كبير الأحكام المتعلقة بالحالة.

ثانياً. التخصيم هو عقد وكالة:

عرف المشرع الإماراتي الوكالة بأنها عقد يقيم الموكيل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز
معلوم¹. وقد عرفت محكمة النقض² المصرية الوكالة بأنها "طبقاً للمادتين (٦٩٩ ، ١٧٠٣) من القانون
المدني "عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكيل، وأن الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة في
حدودها المرسومة فليس له أن يجاوزها، فإن جاوزها فإن العمل الذي يقوم به لا ينفذ في حق الموكيل".

ويرى بعض الفقه، أن عقد التخصيم هو عقد وكالة، حيث يعتبر المحيل (الدائن) هو الموكيل ويكون المحال
له (المخصم) هو الوكيل³.

ونعتقد أن الرأي القائل بأن عقد التخصيم ليس وكالة هو الأصوب وذلك للأسباب التالية:

- 1- يلتزم الوكيل في عقد الوكالة بتحصيل الديون باسم ولحساب الموكيل وهو مضمون عقد الوكالة،
وعلى خلاف ذلك فإن المخصم عندما يشتري الديون من المحيل، تدخل في ذمته المالية ويتملكها.
- 2- لا يضمن الوكيل في عقد الوكالة سداد الديون من المدينين للموكيل، بينما في عقد التخصيم يقوم
المحال له باتخاذ الإجراءات اللازمة والضرورية لاستيفاء الدين، بالإضافة إلى ضمان عدم الرجوع
على المحيل في حال عدم سداد الدين من المدين.

وقد أكدت على ذلك المادة (10/2) من المرسوم بقانون بشأن التخصيم، والتي تنص على أنه "لا يضمن
المحيل قدرة المدين بالذمة المدينة على السداد حالياً أو مستقبلاً".

وقد أجاز المشرع الإماراتي أن يشمل عقد التخصيم الاتفاق بين المحيل والمحال له على أن يكون للمحيل
صلاحيه لحالة الذمة المدينة، وأنه لم يقم بحالة الذمة المدينة إلى محل آخر في وقت سابق، وأن يشترط
المحيل أنه ليس للمدين في الذمة المدينة الحق في إثارة الدفع أو إجراء المقاضة⁴.

وفي المقابل أجاز المشرع المصري، الاتفاق بين المحيل والمحال له (المخصم) على أن يضمن المحيل الوفاء
بالتزامات المدين عند حلول الآجال، وكذلك أن يكون مسؤولاً عن الأفعال الشخصية التي يمكن أن تتسبب في

¹ المادة (924) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

² الطعن رقم (3412) لسنة(85) قضائية، جلسة 20/6/2021، محكمة النقض المصرية، متاح على موقع المحكمة التالي:

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111646202&&ja=289778 تاريخ الدخول 22/5/2022.

³ ياسن محمد السعدي: الطبيعة القانونية لعقد شراء الحقوق التجارية (الفاكتورنخ)، بحث منشور بمجلة كلية التربية جامعة واسط، العدد الحادي والأربعون،
الجزء الثالث، 2020، ص464.

⁴ المادة (10) من المرسوم بقانون بشأن التخصيم الإماراتي.

الانتهاص من الحق المبيع أو تؤدي إلى زواله¹. كما أجاز للمحال له الرجوع على المحيل، إذا امتنع المدين عن الوفاء بالحقوق للمحال له وكان السبب هو إخلال المحيل بالوفاء بالتزاماته التعاقدية مع المدين، أو في حالة زوال الحق قبل إحالته إلى المحال له، أو في حالة عدم قابلية الحقوق محل عقد التخصيم للإحالة أو سبق نقلها إلى محال إليه آخر².

ثالثاً. التخصيم وعملية خصم الأوراق التجارية:

عرفت المادة (440) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي الخصم بأنه "اتفاق يتعهد بموجبه البنك أن يدفع للمستفيد مقدماً قيمة الورقة التجارية مقابل نقل ملكيتها للمصرف".

ويعرف بعض الفقه³ خصم الأوراق التجارية بأنه عبارة عن قيام المصرف بدفع مبلغ من المال يمثل القيمة الحالية للكمبيالات، أو السندات لأمر، أو الشيك التي تقدم إليه قبل ميعاد الاستحقاق، أو إيداع القيمة في حساب العميل لديه، بعد تظهيرها إليه تظهيراً ناقلاً لملكية مقابل أجر.

ويتشابه عقد التخصيم، وعملية خصم الأوراق التجارية، في كون هذه الأخيرة تهدف إلى نقل ملكية الأوراق التجارية إلى البنك، من خلال تظهيرها للبنك في مقابل حصوله على خصم من قيمة الورقة التجارية، غير أن عملية خصم الأوراق التجارية، لا ترد إلا على الأوراق التجارية وهي الكمبيالة، والسند الإنذري، والسند لحامليه، والشيك، وذلك طبقاً لنص المادة (479) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي. بينما محل عقد التخصيم قد يرد على جميع الديون التجارية والمدنية الثابتة في محررات، مثل ذلك الفواتير⁴.

كما أنه في عملية خصم الأوراق التجارية يستطيع البنك الرجوع على العميل في حال لم يتمكن من استيفاء قيمة الورقة التجارية من المدين بها، طبقاً لنص المادة (443) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي.

وقد قضت محكمة تميز دبي في ذلك بقولها: "وإذا كان بإمكان المصرف الرجوع على المستفيد باعتباره مظهراً للورقة التجارية بالتطبيق لقواعد الصرف، وتبعاً لذلك يكون ضمناً الوفاء بقيمة الورقة، فإن المشرع مع ذلك حرص على منح المصرف حقاً مستقلاً عن قواعد قانون الصرف يجد أساسه في عقد الخصم ذاته يكون له بموجب هذا الحق استرداد المبالغ التي وضعها تحت تصرفه، واستيفاء ما حصل عليه من فائدة وعمولة"⁵.

¹ نصت المادة (43) من القانون رقم (176) لسنة 2018 بشأن قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم المصري على أنه "يجوز الاتفاق على أن يكون البائع ضامناً لوفاء المدين بالتزاماته عند حلول أجل الوفاء، وفي جميع الأحوال، يكون البائع مسؤولاً عن أفعاله الشخصية التي يكون من شأنها الانتهاص من الحق المبيع أو زواله".

² المادة (48) من القانون رقم (176) لسنة 2018 بشأن قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم.

³ سمحة القليوبى: الوسيط في شرح قانون التجارة المصرى، دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة، 2007م، فقرة 541، ص33.

⁴ هاني دويدار: عقد تحصيل الديون التجارية، مجلة الحقوق، صادرة عن كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، العدد 1، 1991، ص318.

⁵ الطعن رقم 95/277 /حكم محكمة تميز دبي، مشار إليه في (عماد الدين أحمد عبد الحي: العداد في العمليات المصرفية، مكتبة الجامعة، الطبعة الأولى 2015م، ص226).

بينما في عقد التخصيم لا يحق للمحال له الرجوع على المحيل (الدائن) في حال عدم استيفاء الدين من المدين، إلا إذا وجد اتفاق بينهما؛ فالعقد شريعة المتعاقدين، كما يختلف التخصيم عن عملية خصم الأوراق التجارية في كون أحد أطراف هذه العملية لابد أن يكون بنكاً، بينما في التخصيم لا يشترط أن يكون المخصم بنكاً، بل يمكن أن تكون شركة أو مؤسسة تقوم بعملية التخصيم¹.

رابعاً. التخصيم هو وفاء مع الحلول:

لا يقتصر الوفاء بالدين على المدين، فقد يقوم بالوفاء شخص آخر غير المدين، ولكن هذا الوفاء الذي تم من الغير يقضي على العلاقة الأصلية بين الدائن والمدين، وينشئ علاقة جديدة بين الغير الموفي بدين المدين للدائن، وبين هذا المدين².

وتجر الإشارة، إلى أن المشرع الإماراتي لم ينظم أحكام الوفاء بالحلول بشكل كامل، غير أنه أورد بعض النصوص والتطبيقات التي تتناول جانباً من تنظيم الوفاء بالحلول، حيث نصت المادة (333) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أن "من أوفى دين غيره بأمره كان له الرجوع على الآخر بما أداه عنه وقام مقام الدائن الأصلي في مطالبته به، سواء اشترط الرجوع عليه أم لم يشترط".

أما بالنسبة للشرع المصري فقد نظم الحلول القانوني والاتفاقية، حيث نصت المادة (326) من القانون المدني المصري على أنه "إذا قام بالوفاء شخص غير المدين محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال الآتية..." كما نصت المادة (327) من القانون ذاته على أن "للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتلقى مع هذا الغير على أن يحل محله، ولو لم يقبل المدين ذلك، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء".

يتضح من النصوص السابقة أنه يشترط للوفاء بالحلول الاتفاق شرطان:

الشرط الأول: أن يتم اتفاق بين الدائن والغير الموفي الذي قام بالوفاء على أن يحل هذا الأخير محل الدائن لاستيفاء دينه من المدين.

الشرط الثاني: عدم تأخير الاتفاق بين الدائن والغير الموفي عن وقت الوفاء. والهدف من ذلك أنه في حال الوفاء دون اتفاق، فسوف يترتب عليه انقضاء الدين، وبالتالي لا يستطيع الدائن بعد ذلك أن يحل غيره محله في حق انقضى سابقاً.

ويرى بعض الفقه، أن الشروط المطلوب توافرها في التخصيم، تتوافر في الحلول الاتفاقية، فطرفاً الحلول هما الدائن (المحيل) ومشتري الحقوق (المخصم)، أما المدين بالذمة المدينة فلا يعتبر طرفاً في العقد، ولا تشترط

¹ باسم محمد السعدي: مرجع سابق، ص 467.

² عبد الرزاق حسين يس: مرجع سابق، بند 67، ص 87.

موافقته، وإن كان البعض الآخر من الفقه¹ وهو ما نؤيده يرى ضرورة إعلامه بالاتفاق حتى لا يقوم بالوفاء إلى الدائن الأول.

وقد أخذ أصحاب هذا الاتجاه إلى اعتبار أن التخصيم ما هو إلا تطبيق لنظرية الحلول الاتفاقي مستدين إلى أحكام المادة (1248) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على الأحكام العامة للحلول، على الرغم من صدور قانون دالي لتنظيم الديون المهنية، وهذا ما أدى إلى اعتبار عقد التخصيم من العقود المسمة في فرنسا².

المطلب الثاني

الاتجاه الحديث في تحديد الطبيعة القانونية للتخصيم

استعرضنا سابقاً محاولات البحث في الطبيعة القانونية للتخصيم، ورأينا كيف أن بعض الفقه، حاول تقرير التخصيم من حالة الحق، لوجود أوجه شبه بينهما، إلا أنه وبالرغم من ذلك تختلف حالة الحق عن التخصيم حيث إن عقد التخصيم يجب أن يكون المخصم (المحال له) شركة تجارية، بينما في حالة الحق لا يشترط ذلك حيث يمكن أن يكون شخصاً مدنياً.

كما يختلف عقد التخصيم عن حالة الحق في أن الأخيرة لا تكون نافذة إلا إذا تم إعلانها بطرق رسمية للمحال عليه أو قبوله لها بوثيقة ثابتة التاريخ، وهذا ما لا يتفق مع طبيعة نشاط التخصيم التجارية، والتي تقوم على السرعة، والثقة، والائتمان، فالقواعد التي تنظم حالة الحق والتي تحكم المعاملات المدنية لا تصلح لتطبيقها في البيئة التجارية.

وكذلك هو الحال بالنسبة لعقد الوكالة حيث يختلف عن التخصيم في كون عقد الوكالة يلتزم فيه الوكيل بتحصيل الديون باسم ولحساب الموكل، وهذا هو مضمون عقد الوكالة، أما في التخصيم فتدخل الحقوق في ذمة المخصم المالية ويتملکها.

ونعتقد بدورنا أن الطبيعة القانونية لعقد التخصيم قبل صدور المرسوم بقانون -عقد غير مسمى³ وعليه كان يخضع للقواعد العامة التي تخضع لها العقود بصفة عامة، أما بعد صدور المرسوم بقانون رقم (16) لسنة 2021 بشأن التخصيم وحالة الذم المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة فأصبح عقد التخصيم من العقود المسمة ذات الطبيعة الخاصة، لأن المشرع الإماراتي خصه باسم معين وتولى تنظيمه، وفي حال عدم وجود

¹ علي أحمد المهداوي: مرجع سابق، ص88.

² نفلاً عن نادر عبدالعزيز شافي: مرجع سابق، ص237.

³ العقد غير المسمى هو مال يخصه المشرع باسم معين، ولم ينظم أحكامه، وبالتالي يخضع في تكوينه وأثاره المترتبة عليه للقواعد العامة التي تحكم العقود، كما هو الحال بالنسبة للعقود المسماة، عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-نظرية الالتزام بوجه عام-مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، فقرة 51، ص 155).

نظرات في عقد التخصيم وفقاً للمرسوم بقانون رقم (16) لسنة 2021 بشأن التخصيم وحالة الذمم المدينة حكم من أحکامه النصوص التفصيلية التي نظمت التخصيم، يخضع هذا الأخير للقواعد العامة -كما أسلفنا- التي يخضع لها سائر العقود.

وقد نصت المادة (128) من قانون المعاملات المدنية¹ الإماراتي رقم (5) لسنة 1985م على أنه

"1- تسرى على العقود المسماة وغير المسماة القواعد العامة التي يتضمنها هذا الفصل.

3- أما القواعد التي تتفق بها بعض العقود فتقررها الأحكام الخاصة المنظمة لها في هذا القانون أو في غيره من القوانين."

ونعتقد أن اعتبار عقد التخصيم من العقود المسماة ذات الطبيعة الخاصة، يتلاءم مع المعاملات التجارية التي تقوم على السرعة والثقة، فحالة الحق، والوكالة، والحلول الاتفاقية، هي قواعد تصلح للمعاملات المدنية التي تتميز بالثبات والاستقرار، هذا من جهة، ومن جهة ثانية يترتب على اعتبار عقد التخصيم عقداً مسمى، سريان أحكام قانون التخصيم على كل العمليات والعلاقات الناشئة عن عقد التخصيم.

أما بالنسبة للمشرع المصري فكذلك هو الحال، حيث اعتبر عقد التخصيم من العقود المسماة، ونظم أحکامه في القانون رقم (176) لسنة 2018 بشأن تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم، وقرار مجلس إدارة الهيئة رقم (163) لسنة 2018 بشأن الضوابط التنفيذية لممارسة نشاط التخصيم.

¹ الجريدة الرسمية العدد (158) السنة الخامسة عشرة بتاريخ 29-12-1985.

الخاتمة

تناولنا موضوع البحث، من خلال مبحثين، تعرفنا في المبحث الأول على ماهية عقد التخصيم ومميزاته، أما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه البحث في الطبيعة القانونية لعقد التخصيم، ورأينا أن هناك من رأى أن عقد التخصيم ما هو إلا تطبيق للعقود التقليدية كحالة الحق، وعقد الوكالة، وخصم الأوراق التجارية، ونظرية الحلو، بينما يتجه الرأي الآخر ومن قال به المشرعان الإمارتي والمصري، إلى اعتبار عقد التخصيم عقداً من العقود المسماة لأن القانون خصه باسم معين وتولى تنظيمه، وترتباً على ذلك توصلنا إلى ما يلي:

أولاً- النتائج:

- 1- أن عقد التخصيم هو عقد يلتزم بمقتضاه المحيل بنقل الحقوق المالية، سواء كانت هذه الحقوق قد نشأت قبل إبرام عقد الحالة أو بعده، أو وقت إبرامه إلى المحل له (المخصم) مقابل أجر، ويكون هذا العقد من طرفين الأول المحيل، أو العميل، والطرف الثاني هو المخصم (المحل له).
- 2- يساهم نشاط التخصيم في دولة الإمارات العربية المتحدة في دفع عجلة التنمية الاقتصادية، وخصوصاً في هذه المرحلة وما يمر به العالم من أزمة سببها جائحة كوفيد 19 وتداعياته الاقتصادية، حيث سيعود بالفائدة على الشركات التجارية وخصوصاً المتوسطة، التي تعجز عن تحصيل الديون، فمن خلال عقد التخصيم تستطيع هذه الشركات الحصول على التمويل اللازم لممارسة نشاطها، بالإضافة إلى القليل من مخاطر عدم السداد من خلال تحمل المحل له تلك المخاطر، وإيجاد فرص عمل، وتأسيس شركات جديدة لممارسة نشاط التخصيم.
- 3- من خلال مطالعة نصوص المرسوم بقانون رقم (16) لسنة 2021 في شأن التخصيم وحالة الدم المدينة، يبدو لنا أن المشرع الإمارتي اعتبر التخصيم أقرب ما يكون لحالة الحق، وأورد أحكاماً عديدة تشبه إلى حد كبير الأحكام المتعلقة بالحالة على الرغم من الاختلاف بينهما، غير أننا نرى مع ذلك أن عقد التخصيم من العقود المسماة، لأن المشرع الإمارتي خصه باسم معين وتولى تنظيمه في المرسوم بقانون سالف الذكر بشأن التخصيم، وكذلك هو الحال بالنسبة للمشرع المصري.

ثانياً- التوصيات:

- 1- يلاحظ من خلال استقراء نصوص المرسوم رقم (16) لسنة 2021 بشأن التخصيم وحالة الدم المدينة، أنه خلا من ذكر أنواع التخصيم، لذلك نقترح على المشرع الإمارتي إضافة نص للمرسوم كالتالي:

"يكون التخصيم داخلياً عندما يكون كل من البائع والمدين مسجلين أو مقيمين في دولة الإمارات العربية المتحدة، ويكون التخصيم دولياً عندما يكون أحدهما مسجلاً، أو مقيماً خارج دولة الإمارات".

- 2- كما ندعو المشرع الإماراتي إلى سرعة إصدار ضوابط تنفيذية تتعلق بنشاط التخصيم، تتضمن بيان الخدمات التي يقدمها المخصم لبائع الحقوق المالية، والشروط المتعلقة بالمدين بالذمة المالية المدينة، والنص على التخصيم الاستهلاكي والذي يكون فيه البائع مستهلكاً نهائياً.
- 3- خلا المرسوم بقانون في شأن التخصيم من النص على طبيعة الشركات التي تزاول نشاط التخصيم، لذا نقترح أن يشترط المشرع الإماراتي في الشركات التي ترغب في ممارسة نشاط التخصيم أن تكون شركة مساهمة بحيث لا يقل رأس مالها عن (30) مليون درهم إماراتي.
- 4- نوصي المشرع الإماراتي بأن يعدل نص المادة الثانية من المرسوم بقانون بشأن التخصيم، بحيث يقتصر عقد التخصيم على الديون الناشئة عن معاملات تجارية، وأن يكون المدين تاجر⁽¹⁾، وذلك كما فعل نظيره المصري.
- 5- نعتقد أن ما ذهب إليه المشرع المصري من انتقال الحقوق من البائع إلى المخصم بالضمادات المقررة لها هو الأصوب، ذلك لأن انتقال الضمادات من المحيل إلى المخصم تنتقل بقوة القانون، إلا إذا اتفق الطرفان على استبعاد تلك الضمادات من توابع الحق المحال به، لأن قواعد القانون المتعلقة بالحالة ليست من النظام العام، وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها.
وتزتيجاً على ما سبق نقترح تعديل نص الفقرة الثانية من المادة السادسة من المرسوم بقانون بشأن التخصيم بحيث تصبح على النحو الآتي: "تنقل الحقوق الإضافية وفق أحكام البند (1) من المحيل إلى المحل له – المخصم - بالضمادات المقررة، إلا إذا وجد اتفاق بين البائع والمدين بالذمة المدينة يقضي بغير ذلك".

(1) - المادة (3) من قرار مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية رقم (163) لسنة 2018م.

قائمة بأهم المراجع

أولاً- المراجع العامة:

- 1- سمحة القليوبى: الوسيط في شرح قانون التجارة المصرى، دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة، 2007م.
- 2- شريف غنام، فؤاد القهالى: الشركات التجارية في القانون الإمارati وفق أحدث التعديلات بالمرسوم بقانون رقم (25) لسنة 2020، دار الحكمة، الطبعة الأولى، 2021.
- 3- فؤاد القهالى: الوجيز في مبادئ قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، وفق أحدث التعديلات، الطبعة الأولى، دار الحكمة، 2021.
- 4- علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دون دار نشر، 1989.
- 5- عبد الرزاق السنھوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد -نظرية الالتزام بوجه عام-مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- 6- علي أحمد المهاوى: الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية الاتحادي، أحكام الالتزام، مكتبة الجامعة، الطبعة الأولى، الشارقة، 2019.
- 7- عماد الدين أحمد عبد الحي: العماد في العملات المصرفية، مكتبة الجامعة، الطبعة الأولى 2015
- 8- محمد فريد العرينى، محمد السيد الفقى: القانون التجارى، منشورات الحلى، 2002.
- 9- محى الدين اسماعيل علم الدين: موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، الجزء الأول، 1987.
- 10- محمد فريد العرينى، محمد السيد الفقى: القانون التجارى، منشورات الحلى، 2002.

ثانياً-المراجع المتخصصة:

- 1- أشرف وفا محمد: حواله الحق في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 2- فائز نعيم رضوان: عقد شراء الديون التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1986.
- 3- نادر عبدالعزيز شافي: عقد الفاكتورينغ عقد شراء الديون التجارية، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، 2005.
- 4- هاني دويدار: عقد تحصيل الديون التجارية، مجلة الحقوق، صادرة عن كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، العدد 1، 1991.
- 5- هشام فضلي: عقد شراء الحقوق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

ثالثاً- التشريعات:

- 1 المرسوم بقانون رقم (16) لسنة 2021 بشأن التخصيم وحالة الذمم المدينة الإماراتي.
- 2 القانون رقم (176) لسنة 2018 بشأن تنظيم نشاطي التمويل والتخصيم المصري.
- 3 قرار مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة المالية رقم(63) لسنة 2018 بتاريخ 2018/10/31 بشأن الضوابط التنفيذية لممارسة نشاط التخصيم.
- 4 قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم 18 لسنة 1993م.

رابعاً- بعض مواقع الإنترن트:

- <https://fra.gov.eg/consumers>
- <https://fci.nl/en/about-fci>.

.<https://www.unidroit.org/instruments/factoring->

حقّ الْحَسْ وحقّ الاحتباس: تماذل أم تنازف

دراسة مقارنة بين القانون التونسي والقانون الإماراتي

الأستاذ الدكتور رابحة الغدرى

أستاذ القانون المدني

كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة تونس المنار

تاریخ القبول: 2022-7-8

تاریخ التسلیم: 2022-5-10

The right of retention, a comparative study of Tunisian law and Emirati law

**Rebha GHANDRI, Associate Professor - Faculty of Law and Political Science
of Tunis - University of Tunis El Manar.**

ملخص البحث

لم يؤدّ انتماء القانون التونسي والقانون الإماراتي إلى عائلة القوانين العربية الإسلامية إلى تكريس مطابقٍ لبعض المؤسسات القانونية تسميةً وأحكاماً. فما نظمه المشرع التونسي تحت مسمى الحق في حبس المال، نظمه المشرع الإماراتي تحت مسمى حق الاحتجاز. كما أنّ الأحكام المكرّسة لهذه المؤسسة القانونية تراوحت في هذين القانونين بين التماثل والتناقض. فقد تم رصد تماثل في النظام القانوني لكلّ من حق الحبس وحق الاحتجاز من خلال تقارب بلغ حدّ التطابق في الشروط المستوجبة لإجراء هذين الحقين سواءً فيما تعلق بالمال المحبوس أو بالدين المضمون، كما امتدّ هذا التماثل إلى تكريس نفس الآثار حيث يترتب عن حق الحبس ما يترتب عن حق الاحتجاز من واجبات محمولة على الدائن الحabis ومن الحقوق المعترف له بها. لكن هذا التماثل في النظام القانوني لحق الحبس وحق الاحتجاز بقي دون أثر على تحديد الطبيعة القانونية حيث تم الوقوف على تناقضها. في بينما كانت الطبيعة العينية ثابتة لحق الحبس من خلال حسم المشرع التونسي موقفه بإعلان انتماء هذا الحق إلى قائمة التأمينات العينية بعد تكريسِ لجميع خصائص الحق العيني فيه، كانت الطبيعة القانونية لحق الاحتجاز مشوبة بغموض موقف المشرع الإماراتي. ولقد كان مردّ هذا الغموض إمكانية اعتبار حق الاحتجاز في ذات الوقت حقاً شخصياً لانسجام أحكامه مع هذا الحق، وحقاً عيناً لتقاربه مع هذا الحق كذلك.

Summary

Even though Tunisian law and Emirati law are both considered to belong to the Arab-Islamic law, they differ in the way they name and regulate some legal institutions. In fact, Tunisian and Emirati legislators use different names when referring to the “right of retention”. In addition, while some provisions regulating “the right of retention” are very similar and even identical under both laws, others are different. Similar provisions include eligibility conditions for “secured claim” and “withheld asset” as well as the legal effect of the “right of retention” such as the legal rights and obligations of the “retentor”. On the other hand, the legal nature of “the right of retention” is different in Tunisia and the United Arab Emirates. While the Tunisian legislator unequivocally classifies the “right of retention” as a “real guarantee” and thus as a “Right in Rem”, the Emirati legislator does not specify the legal nature of this right. Since it is compatible with both “Right in Rem” and “Right in Personam”, the legal nature of the “right of retention” remains ambiguous under Emirati law.

المقدمة

لا تُمكِّن المقارنة بين تشريعات مختلفة إلاّ متى كانت هذه التشريعات قابلة للمقارنة فيما بينها¹ إما لسُنّها نفس القواعد القانونية، وإما لتكرارها لنفس المؤسسات القانونية²، وإما لانتسابها إلى نفس العائلة القانونية³. ولمقارنة القوانين المدنية العربية، يُرجح التركيز على مؤسساتها القانونية لكونها المستوى الأوسط للمقارنة والذي يظل الأفضل اعتبارا لأنّ خير الأمور أوسطها. فالخوض في هذا المستوى من المقارنة يجتب، من ناحية، التّيَّة في شُسُوع ميدان القواعد القانونية التي تُمكِّن مقارنتها. كما يجتب، من ناحية أخرى، ضيق ميدان المقارنة على مستوى العائلات القانونية⁴. فانتساب هذه القوانين لجذع مشترك، هو عائلة القوانين العربية الإسلامية⁵، يجعل من ميدان مقارنتها منحصرا في دراسة تفاوت درجة استلهامها من أهمّ مصادر ماديين لها وهمما الفقه الإسلامي والقوانين الأوروبيّة.

أولاً: نبذة عن موضوع البحث

تنصب هذه الدراسة على مقارنة حق الحبس كما كرسه القانون المدني التونسي، وحق الاحتجاز كما كرسه قانون المعاملات المدني الإماراتي. ويعود اختيار هذه المؤسسة موضوعا لدراسة مقارنة إلى أمرين اثنين. يعود أولهما إلى اعتبار حق الحبس أو حق الاحتجاز من أكثر المؤسسات التي أسالت حبر الشراح في جل القوانين التي كرستها. فقد كثرت التأوييلات الفقهية للقواعد المنظمة لهذه المؤسسة بسبب الغموض الذي شاب أحكامها سواء منها تلك المحددة لطبيعة هذا الحق أو لمجال تدخله، وهو ما لم يُيسِّر رسم الحدود بينه وبين غيره من الحقوق المجاورة له. أما الأمر الثاني الذي يبرر اختيار المقارنة بين حق الحبس في القانون المدني التونسي وحق الاحتجاز في القانون المدني الإماراتي، فيتمثل في انتماء هذين القانونين إلى منظومتين مختلفتين في التقنين. فمجلة الالتزامات والعقود التونسية⁶ تنتمي إلى منظومة التقنين المدني القائمة على تعدد

¹ Marc ANCEL, Utilité et méthodes du droit comparé, Éditions Idées et Calendes, Neuchâtel, 1971, p. 19.

² يقصد بالمؤسسة القانونية "مجموعة القواعد القانونية المنظمة حول فكرة رئيسة، مشكلة كلاماً مرتبًا بشكل منهجي و دائم":

Jean-Louis BERGEL, Théorie générale du droit, Dalloz, 2012, n° 153, p. 209.

³ هي العبارة التي فضل فقيه القانون المقارن ريني دافيد اعتمادها بدلا عن عبارة النظام القانوني، انظر:

René DAVID, Traité élémentaire de droit civil comparé, L.G.D.J., Paris, 1950, p. 7.

يراجع حول مختلف المصطلحات المترادفة للعائلة القانونية والمعتمدة من قبل فقهاء القانون المقارن:

Léon-Jean CONSTANTINESCO, Traité de droit comparé, Tome III, La science des droits comparés, Economica, Paris, 1983, n°48, p. 82 et 83.

⁴ يجمع فقهاء القانون المقارن التشريعات في عائلات قانونية بناء على ثلاثة معايير، وهي الانتفاء إلى نفس الإيديولوجية ونفس الدين ونفس الأسلوب القانوني. يراجع بمزيد من التفصيل:

Philippe MALINVAUD, Introduction à l'étude du droit, 16^{ème} édition, LexisNexis, n° 13, p. 13.

⁵ نهلت جميع القوانين المدنية العربية من نفس المصادر المادية التاريخية والمتقدمة بدرجة أولى في الفقه الإسلامي، وبدرجة أقل في القوانين الأوروبيّة المنحدرة من القانون الروماني. انظر: محمد حسين منصور، القانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص. 299 وما إليها. وانظر كذلك:

René DAVID et Camille JAUFRETT-SPINOSI, Les grands systèmes de droit contemporains, Précis Dalloz, 2002, p. 349 et s. ; Jean-François GERKENS, Droit privé comparé, Collection de la faculté de droit de l'Université de Liège, Larcier, 2007, p. 183 et s. ; Thierry RAMBAUD, Introduction au droit comparé, Les grandes traditions juridiques dans le monde, Quadrige manuels, P.U.F., Paris, p. 157 et s.

⁶ صدرت "مجلة الالتزامات والعقود التونسية" بموجب الأمر العلي المؤرّخ في 15 ديسمبر 1906 متضمنة 1632 فصلا، وشملت تقسيماً مزدوجاً بين كتاب أول خصص "لتعمير الدّمة" (الفصول من 1 إلى 663)، وكتاب ثان متضمن "العقود وشبهها" (الفصول من 564 إلى 1632). وبموجب القانون

المجلات المدنية¹ وإسناد دور "المجلة الأم" إليها²، وهو ما جعلها تشكل الشريعة العامة "التي تتمتع بقيمة المرجع المبدئي"³ لبقية المجالات المدنية كمجلة الأحوال الشخصية⁴ ومجلة الحقوق العينية⁵. الأمر الذي يجعل من مجلة الالتزامات والعقود الجنس للأصناف المختلفة من المجالات المذكورة تطبيقاً للمبدأ القائل بأن قواعد الجنس تطبق على الصنف إلا إذا أستثنى صراحة⁶. أما قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الذي يعتبر تقنياً جاماً لأحكام الحقوق الشخصية وأحكام الحقوق العينية⁷، فينتمي إلى منظومة التقنيين القائمة على وجود مجلة قانونية واحدة جامعة لكل فروع القانون المدني على النمط الذي سارت عليه المجلة المدنية المصرية⁸.

نظم المشرع التونسي حق الحبس في مجلة الالتزامات والعقود تحت عنوان "في حق حبس المال" في الفصول من 309 إلى 324. كما توالي تعريفه بأول هذه الفصول الذي جاء ناصحاً على أن "حق الحبس هو الحق في حوز الشيء الذي يملكه المدين حتى يؤدي ما عليه للدائن ولا يجري العمل به إلا في الأحوال التي خصّتها القانون". أما المشرع الإماراتي، فقد توالي تنظيم نفس الحق في قانون المعاملات المدنية في المواد من 414 إلى 419 تحت تسمية "حق الاحتجاب"⁹، وهو ما يبرره بعض الشرح برغبة المشرع في التمييز

عدد 87 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 تمت المصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام المجلة وصياغتها تحت عنوان جديد "مجلة الالتزامات والعقود". حول هذه المجلة يراجع بالخصوص، مؤلف "كتاب مأمونة مجلة الالتزامات والعقود 1906-2006"، مركز التحرير الجامعي، تونس، 2006.

¹ Mohamed Kamel CHARFEDDINE, « Codes civils ou code civil ? réflexion sur une éventuelle recodification », in *L'apport du XXème siècle au droit privé tunisien*, Ouvrage collectif, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2000, p. 35.

² تنتهي إلى هذه المنظومة كل من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، وظهير الالتزامات والعقود البناني، ومجلة الالتزامات والعقود الموريتانية. انظر: زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالشانع الإسلامي والمرومانية والقوانين الحديثة، المجلد الأول، الطبعة الثانية، دار الثقافة، بيروت، 1961-أحمد إدريوش، أصول قانون الالتزامات والعقود، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، أطروحة دكتوراه دولة في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس بالرباط، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط، 1992. وانظر كذلك:

Mohamed Kamel CHARFEDDINE, « Le C.O.C. Tunisien, Le D.O.C. marocain et le C.O.C. libanais : esquisse d'une comparaison », in *CEDROMA, 75ème anniversaire du code des obligations et des contrats libanais*, Bruylant, Bruxelles, 2010.

³ René CASSIN, « Lois spéciales et droit commun », *Recueil Dalloz*, 1961, p.91 et spéc. P. 92.
⁴ صدرت مجلة الأحوال الشخصية بموجب الأمر العلي المؤرخ في 13 أوت 1956 لتقن في 213 فصلاً الزواج والطلاق والتسبب والمواريث والثبرعات. انظر: رشيدة الجلاصي، "مجلة الأحوال الشخصية: مرآكمة وتأسيس"، سينيتي مجلة الأحوال الشخصية (1956-2016)، مركز التحرير الجامعي، تونس، 2019، ص. 27.

⁵ صدرت مجلة الحقوق العينية بموجب القانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرخ في 12 فيفري 1965 لتنظيم جميع مادة الأموال في نص واحد من كتابين أحدهما للحقوق العينية يوجه عام والثاني للعقارات المسجلة وإجراءات التسجيل العقاري. انظر: أحمد بن طالب، "تقنيات مادة الحقوق العينية"، خمسينية مجلة الحقوق العينية 1965-2015، مركز التحرير الجامعي، تونس، 2017، ص. 13.

⁶ Denis MAZEAUD, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations rétrospectives et perspectives à l'heure du bicentenaire du Code civil*, G. PIGNARE (dir), Dalloz, Paris, 2005, p. 73.

⁷ صدر قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة بموجب القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985، وتضمن 1528 مادة ونشر في الجريدة الرسمية، العدد 158 بتاريخ 29 ديسمبر. وقد جرى تعديله بالقانون الاتحادي رقم (1) لعام 1987 والقاضي باستمرار العمل بالقوانين والنظم القائمة بشأن المعاملات التجارية إلى أن يصدر قانون التجارة الاتحادي. انظر: نوري حمد خاطر، شرح قانون المعاملات المدنية الإماراتي، طبعة أولى، دار حافظ للنشر، العين، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2018.

⁸ حول التشريعات المدنية العربية وتأثير التدوين المصري في شأنها، يراجع: محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.

⁹ وهي نفس التسمية التي اعتمدتها المشرع الأردني في المواد من 378 إلى 392 من القانون المدني الأردني، وهي كذلك التسمية التي اعتمدها الفقيه مصطفى أحمد الزرقا "ثرنا استعمال لفظ "الاحتجاب" دون لفظ "الحبس" المأثور لأن الحبس يكثر استعماله في حبس الأشخاص، فاصطلحنا على تخصيص "الاحتجاب" بالأموال بعداً عن الاشتراك": مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، الطبعة الثالثة، دار القلم، دمشق، 1999، الهمش 2، ص. 48.

بين "حبس الأشخاص"، باعتباره عقوبة أساسية في قانون العقوبات، و"حبس الأموال" باعتباره من وسائل الضممان يتذرّع بها الدائن للضغط على مدينه حتى يؤدي ما عليه¹. وقد ورد تعريف حق الاحتجاز بالمادة 414 المخصصة لمفهوم هذا الحق من خلال اقتضائها بأنّه "لكلّ من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبًا به". ويؤخذ من هذين التعريفين اختلاف طريقة تكريس المشرع بين الإماراتي والتونسي لهذه المؤسسة. فالمشرع الإماراتي ارتأى وضع قاعدة عامة لحق الاحتجاز مستعيناً ببيان أحوال الحبس على سبيل الحصر متبعاً في ذلك الاتجاه السائد في الكثير من التشريعات المقارنة². أمّا المشرع التونسي، فقد تبنّى اتجاهها معايراً من خلال حصر العمل به في الأحوال التي خصّصها القانون كتطبيقات للنظرية العامة لحق الحبس كما جاءت بها الفصول من 309 إلى 324 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية³. وهو ما يعني عدم إمكانية العمل بهذا "الضممان القانوني"⁴ خارج تلك الصور، لا من خلال اللجوء إلى القياس عليه، وهو ما عمد إليه فقه القضاء الفرنسي قبل تكريس المشرع الفرنسي حق الحبس كمبداً عاماً بالفصل 2286 من المجلة المدنيّة⁵، ولا من خلال لجوء الأطراف إلى الاتفاق على إنشاء هذا الحق - وهو ما أقرّته الفقرة الأولى من الفصل 2286 الفرنسي⁶.

ثانياً: أهمية البحث

1- الأهمية التاريخية

تعود نشأة حق الحبس إلى القانون الروماني، حيث كرس البريتور الروماني في منشوره⁷ الدفع بالغش⁸ ليثيره كلّ من الحائز والمتعاقد في العقد الملزם لجانب واحد وفي العقد الملزם للجانبين بغية تحقيق العدالة. فالدفع بغضّ المالك في دعوى الاسترداد متاح للحائز حتى يسترد ما أنفقه على العين التي كان يعتقد أنها على ملكه، وذلك لتعذر هذا الاسترداد على أساس عقد الوكالة؛ لأنّه لم يكن وقت الإنفاق وكيلاً عن المالك،

¹ محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية، مرجع سابق، ف. 261، ص. 262.

² على غرار القانون المدني الأردني في المادة 387، والقانون المدني المصري في المادة 246، وكذلك القانون الفرنسي بعد تنفيذ 23 مارس 2006 المجلة المدنية الفرنسية في الفصل 2286 من المجلة المدنية. يراجع تباعاً حول هذه المسألة: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، إعداد المكتب الفني لنقابة المحامين، مطبعة التوفيق، عمان، دون تاريخ، ص. 435. عبد الرزاق أحمد الشهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني: نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات -أثار الالتزام -أثار الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون تاريخ شر، ف. 639، ص. 1131. ويراجع في القانون الفرنسي:

Yves PICOT, Droit des sûretés, 3^{ème} édition mise à jour, PUF., 2016, n°371, p. 441 et 442.

³ رابحة الغندي، "حق الحبس، مفرد أم جمع؟"، مجلة محكمة التّعقيب، حولية فقه قضاء محكمة التّعقيب في التّأمينات، عدد 2، مارس 2022، ص. 411، وخصوصاً ص. 418.

⁴ جان دوبلا، شرح مجلة الالتزامات والعقود التونسية، تعرّيف محمد الماليقي، الجزء الثاني، طبعة أولى، تونس، 1948، ص. 80.

⁵ Michel CABRILLAC, Christine MOULY, Séverine CABRILLAC et Philippe PÉTEL, Droit des sûretés, LexisNexis, 10^{ème} édition, LexisNexis, 2015, n°627, p. 469.

⁶ جاءت هذه الفقرة الأولى من الفصل 2286 ناصحة على أنه "يمكن أن يتذرّع من حق الحبس على الشيء": 1- كلّ من تم تسليمه الشيء لحين إيفاء دينه". القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز 2009 بالعربية، جامعة القديس يوسف في بيروت، 2012، ص. 2028.

⁷ البريتور هو الحكم العام بروم، وكانت سلطته تشمل السلطة الإدارية وسلطة إصدار أوامر ونواه إلى الأفراد. وازادت سلطات البريتور القضائية بفضل قانون إيبوتيما سنة 130 قبل الميلاد الذي أجاز للأفراد اللجوء إلى هذا القانون أو إلى نظام دعوى القانون. وهكذا استطاع البريتور أن يدخل بعض المبادئ الجديدة بواسطة منشوره الذي عدّ من أهم مصادر القانون الروماني خلال الفقرة التي تلت صدور قانون إيبوتو حتى أواسط عهد الإمبراطورية العليا. ومن بين هذه المبادئ كان الدفع بالغش. انظر: عباس العودي، تاريخ القانون، جامعة الموصل، 1994، ص. 124.

⁸ يسمى الدفع بالغش باللغة اللاتينية: Exceptio doli

ولا على أساس الفضالة؛ لأنَّه كان يعمل لمصلحة نفسه لا لمصلحة المالك¹. كما كان الدفع بالغش متاحاً في المجال التعاقدية، سواء في بعض العقود الملزمة لجانب واحد كعقد الوديعة بغية استرداد ما أنفقه المودع لديه على الوديعة، أو في العقود الملزمة للجانبين التي يجوز مبدأ حسن النية السائد فيها لكلا المتعاقدين أن يتمتع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم معاقده بتنفيذ الالتزام المقابل². وهذا ما أسماه لاحقاً القانون الفرنسي القديم بالدفع بعدم التنفيذ حيث رافق تبنيه للحلول الرومانية خلطاً بين الدفع بالغش كأحد تطبيقات حق الاحتجاز في العقود الملزمة للجانبين وبين الدفع بعدم التنفيذ كوسيلة كرسها القانون الكنسي للضغط على المدين للوفاء بالتزامه³.

كما عرف الفقه الإسلامي حق الاحتجاز كأحد الوثائق الشرعية⁴ التي يقرُّها حكم الشرع في صور معلومة ومحصورة⁵. وهو يستند في ذلك إلى عموم الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة التي تحض على الوفاء بالالتزامات كقوله تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أُوفُوا بِالْعُهُودِ"⁶. ويتأسّس حق الاحتجاز عند الفقهاء المسلمين على فكرة المساواة ومبدأ الانتصاف للنفس. ففكرة المساواة تؤسس لحق الاحتجاز في البيع باعتباره من عقود المعاوضات، وهذا ما أبرزه الفقيه الكاساني بقوله أن "المعاوضات مبنها على المساواة عادة وحقيقة، ولا تتحقق المساواة إلا بتقديم تسليم الثمن، ولأنَّ المبيع متعين قبل التسليم والثمن لا يتغير إلا بالتسليم فلا بد من تسليمه أو لا تتحقق المساواة"⁷. الأمر الذي جعل الفقيه السنّوري يعتبر الدفع بعدم التنفيذ فرعاً من حق الاحتجاز في الفقه الإسلامي⁸. أما الانتصاف للنفس، فيعني أنَّ للدائن أن يقتضي حقه من مال المدين الذي بين يديه في حدود الشرعية تحقيقاً للتكافؤ بين الأطراف وإعمالاً للقصاص المأذون به في الشريعة الإسلامية⁹. ومن أجل الظفر بالحق، أثبت الفقهاء حق الاحتجاز للملقط بما أنفقه على اللقطة بإذن القاضي حتى يرد له مالكها دينه¹⁰، وكذلك للحائز بما زاده في قيمة الشيء كالبناء والغرس بأرض الغير حتى يسترد ما أنفقه أو قيمة الزيادة¹¹.

¹ صبحي مسكوني، القانون الروماني، طبعة ثانية مزيدة ومنقحة، مطبعة شغيق، بغداد، 1971، ص. 201.

² Calixte ACCARIAS, Précis de droit romain, T. II, Plon, 4^{ème} édition corrigée et augmentée, 1891 ; Jean CARBONNIER, « Droits de l'Antiquité et sociologie juridique », in Mélanges Henri Lévy-Bruhl, Sirey, Paris, 1959, p. 346.

³ Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS, Leçons de droit civil, Tome III, 1^{er} Volume : Sûretés-Publicité foncière, 6^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 1988, n° 112, p. 131.

⁴ تقابل التأمينات الشرعية التأمينات "الجعلية"، أي التأمينات التي يجعلها أصحابها كذلك باراتهم. انظر: عبد الناصر توفيق العطار، التأمينات العينية، كلية أسيوط، مصر، 1980، ص. 184.

⁵ خلافاً لموقف الفقيه عبد الرزاق أحمد السنّوري الذي يرى أنَّ حق الاحتجاز مصدره العقد أيضاً: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الأجزاء 3-1، منشورات الحلبي الحقيقة، بيروت، 1998، ص. 36. وهو ما اعتبره بعض الشرح " محل نظر لأنه يخلط بين مصدر الحق ومدنه". فالحليس ينشأ عن الشرع لا عن العقد. وإن كان هذا ميدانه، فذلك مجال يجمع تطبيقاته دون أن يتنشه بهاته، وإنَّ كفيف نفس عدم ذكر الفقيه السنّوري لحبس المرتدين ضمن الصور التي عدها، والحال أنه أولى بالإشارة على رأيه: "أحمد بن طالب، "المحة عن التأمينات في الفقه الإسلامي" ، دراسات في قانون التأمينات، عمل جماعي لليبية تدريس قانون التأمينات بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، المطبعة العصرية، تونس، 1997، ص. 177، وخصوصاً الهمامش 99، ص. 203.

⁶ سورة المائد، الآية 1.

⁷ علاء الدين الكاساني، بائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مطبعة الجمالية، القاهرة، 1910، ج. 5، ص. 249.

⁸ عبد الرزاق أحمد السنّوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه العربي، ج. 6، مرجع سابق، ص. 235 و 236.

⁹ رأفت محمد أحمد حماد، حق الاحتجاز كوسيلة للضممان (دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي)، دار النهضة العربية، القاهرة 1990، ص. 21.

¹⁰ يذكر الفقهاء مع حبس اللقطة حبس العبد الآبق (أي الفار من سيده) بيد من وجد ضماناً لجعل مكافأته. لكن الدين في هذه الصورة ليس ناشئاً من الشيء المحسوس، بل عن الشرع نفسه استناداً إلى قوله تعالى "وَلَمْنَ جَاءَ بِهِ حَمْلٌ بَعْرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ" (سورة يوسف، الآية 72). وأساسه افتراء سيد العبد في جعل مكافأة لمن يعثر عليه ويرده: "أحمد بن طالب، "المحة عن التأمينات في الفقه الإسلامي" ، مقالة سابقة، الهمامش 109، ص. 205.

¹¹ Louis MILLIOT, Introduction à l'étude du droit musulman, Sirey, Paris, 1971, p. 614.

كما أقرّ الحففي ثبوت حقّ الحبس في قيمة الرّبأة ولو كان الحائز غاصباً إذا اختار المالك استرداد الشيء مع زيادته¹.

2- الأهمية النظرية

لن تكون الجذور التاريخية لحقّ الحبس دون تأثير على المصادر المادية التي اعتمدتها كلّ من أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، وهو ما يضفي أهميّة نظرية لهذه الدراسة المقارنة بين حقّ الحبس وحقّ الاحتجاز. إذ لا ينفي الانطلاق من الإقرار بوجود تشابه بين هاتين المؤسستين - وهو الشرط الأولى لكلّ دراسة مقارنة - الوقوف على اختلاف المصادر المادية التي نهلت منها مجلة الالتزامات والعقود التونسية وقانون المعاملات المدنية الإماراتي عند تنظيمهما حقّ الحبس وحقّ الاحتجاز. فبالرجوع إلى مشروع مجلة الالتزامات والعقود التونسية²، يلاحظ إشارة الهوامش المخصصة لأحكام الفصول المنظمة لحقّ الحبس إلى مرجعين أساسيين وهما الفقه الإسلامي على المذهبين الحنفي والماليكي³ والقانون السويسري⁴. أمّا قانون المعاملات المدنية الإماراتي، "فيقوم في جملته على أساس من القانون المدني الأردني"⁵ الصادر سنة 1976 والذي اختار أن يكون الفقه الإسلامي المصدر المادي "للأحكام الخاصة بالضمّان والأحكام الخاصة بالتوثيقات الشخصية والتوثيقات العينية"⁶. لكنّ مهما كانت درجة تأثير التشريعين التونسي والإماراتي بمصادرهما المادية، فهذا يفترض وضع كليهما "بصمتة الخاصة به"⁷ عند تقنين الأحكام المتعلقة بحقّ الحبس وحقّ الاحتجاز؛ لأنّ مؤدي "التقنين هو التّغيير"⁸ وفق العبارة الشهيرة للعميد كربوني. لكن إن كانت بصمة المشرع الإماراتي غائبة عند تقنينه أحكام حقّ الاحتجاز لاكتفائء بنقل جميعها عن أحكام القانون المدني الأردني⁹، فإنّ بصمة المشرع التونسي كانت موجودة؛ لأنّه لم يكتف بإعادة تقنين أحكام حقّ الحبس، كما أوردها القانون السويسري في الفصول من 224 إلى 227، بل أضاف إليها ثلاثة عشرة فصلاً بغایة أن تشکّل هذه

الأحكام العديدة نظرية عامة لحقّ الحبس.

¹ عثمان بن علي الزبيطي، تبيين الحقائق شرح كنز التقانق (حافظ الدين النسفي)، المطبعة الأميرية، بولاق القاهرة، 1314 هجري، ج. 5، ص. 236.

² صدر هذا المشروع سنة 1899 تحت عنوان "الائحة ابتدائية لقانون مدنى وتجاري للمملكة التونسية". انظر: بثينة بوقرة شعبان، "مجلس تدوين القوانين ومشروع مجلة الالتزامات والعقود لسنة 1899" ، كتاب مانوية مجلة الالتزامات والعقود 1906-2006، مرجع سابق، ص. 17.

³ حيث تنت الإشارة خاصة إلى مجلة الأحكام العدلية في موادها 24 و482 والفقیه الحنفی زین الدین ابن نجیم. كما تنت الإشارة إلى الفقیه المالکی محمد بن عبد الباقی الزرقاني.

Code civil et commercial tunisien, Livre 1^{er}, Avant-projet discuté et adopté au rapport de M.D. SANTILLANA, Tunis, 1899, pp. 154-158.

⁴ تنت الإشارة إلى الفصول من 224 إلى 227 من قانون الالتزامات السويسري الصادر في 14 يونيو 1881 والذي أدرج ضمن المجلة المدنية السويسرية الصادرة في 10 ديسمبر 1907 ليصبح ترجمة هذه الفصول من 895 إلى 898.

⁵ محمد وحید سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقہ الإسلامي والمدونات العربية، مرجع سابق، ف. 1، ص. 13.

⁶ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص. 26.

⁷ François GÉNY, « La technique législative dans la codification moderne, (à propos du centenaire du code civil) », in *Le code civil 1804-1904, Livre du centenaire*, présentation de Jean-Louis Halpérin, Dalloz, p. 987, et sp. P. 997.

⁸ « Codifier c'est modifier » : Jean CARBONNIER, *Essai sur les lois*, L.G.D.J, collection Anthologie du droit, 2013, p. 324.

⁹ جاءت أحكام المواد من 414 إلى 419 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي منتظمة مع أحكام المواد من 387 إلى 392 من القانون المدني الأردني.

3- الأهمية التطبيقية

تُعرَّف وسائل الضمان أو التوثيق بأنّها "ذلك السياج الذي يحمي الدين من الضياع"¹. وإن كان حق الحبس، كما حق الاحتجاز، ينتمي إلى هذه الوسائل، إلا أنّه الضمان الأكثر نجاعة لتفوّقه عليه بمصدره القانوني وطبيعته الحيازية. فحق الحبس ضمان قانوني يمنحه المشرع إلى الدائن دون أن تكون لإرادته أو إرادة المدين أي دور². فالدائن الحابس لا يحتاج إلى موافقة مدينه ليحبس ما تحت يديه توّثقة لدینه الذي حلّ أجله، بل يحتاج فقط إلى موافقة المشرع السابقة على اقتضاء حقه بنفسه "حتى تكون ممارسة حقه المشروع داخل الحدود المنشورة"³، وهو ما جعل البعض يعتبره نوعاً من العدالة الخاصة⁴. أمّا الطبيعة الحيازية لحق الحبس المترتبة عن سلطة الدائن الفعلية على المال المحبوس والإمساك عن تسليمه للمدين، وإن كانت تؤدي إلى تجميد الشيء محلّ حق الحبس بما يجعل من هذا الأخير "مضاداً اقتصادياً"⁵، فإنّها تسهم في جعل حق الحبس وسيلة ضغط تحت المدين على الوفاء⁶.

ثالثاً: إشكالية البحث

تتمثل الإشكالية المطروحة في هذا البحث في التساؤل عن مدى التقارب بين حق الحبس كما نظمته مجلة الالتزامات والعقود التونسية، وحق الاحتجاز الذي نظمه قانون المعاملات المدنية الإماراتي؟

رابعاً: منهجية البحث

استناداً إلى قاعدة إدراك الأشياء بالإبصار يكون بإمعان النظر في المُبصَر - التي وضعها الحسن ابن الهيثم⁷ سيتم إمعان النظر في أحكام حق الحبس وأحكام حق الاحتجاز بغاية إجراء مقارنة بينهما. فاعتماد مقاربة المقارنة في هذا البحث يُؤسَّس على اعتبارها جوهر القانون المقارن⁸ الذي يتمثل أساساً في التوصل إلى كنهها عبر التحليل الدقيق واستخراج أوجه الالتقاء والتباين الموجودة بين القانون التونسي والقانون الإماراتي.

رابعاً: خطة البحث

¹ صالح بن عثمان بن عبد العزيز الهليل، توثيق الديون في الفقه الإسلامي، الإداره العامة للثقافة والنشر، المملكة العربية السعودية، 2001، ص. 8.
² Augustin AYNÉS, « La consécration légale des droits de rétentions », *Dalloz*, paris 2006, p. 1301.

³) Louis JOSSERAND, De l'esprit des droits et de leur relativité, *Dalloz*, Paris, 2006, 53.
⁴ Gabriel MARTY, Pierre RAYNAUD et Philippe JESTAZ, Les sûretés – La publicité foncière, 2^{ème} édition, 1987, n° 16.

⁵ Michel CABRILLAC et Christian MOULY, Droit des sûretés, Litec, 1993, p. 421 : « La rétention est antiéconomique, car elle a pour résultat de stériliser la chose qui en est l'objet ».

⁶ Michel CABRILLAC, Christine MOULY, Séverine CABRILLAC et Philippe PÉTEL, Droit des sûretés, op.cit, n° 620, p. 465.

⁷ الحسن ابن الهيثم، المناظر، ترجمة وتحقيق عبد الحميد صبره، المقالات 1-2-3، المجلس الوطني للثقافة والفنون والأدب، الكويت، 1983، ص. 25.

⁸ Marc ANCEL, Utilité et méthodes du droit comparé, op.cit., p. 30.

سمحت مقارنة أحكام حق الحبس في القانون التونسي بأحكام حق الاحتجاز في القانون الإماراتي بمعاينته تماثل النظام القانوني لهذين الحقين (المبحث الأول)، وتناقض طبيعتهما القانونية (المبحث الثاني). وكانت الخطوة العامة للبحث على النحو التالي:

المبحث الأول: التماض في النظام القانوني

المطلب الأول: اعتماد شروط متماثلة

المطلب الثاني: ترتيب آثار متماثلة

المبحث الثاني: التناقض في الطبيعة القانونية

المطلب الأول: ثبوت الطبيعة العينية لحق الحبس

المطلب الثاني: تراوح طبيعة حق الاحتجاز بين الحق الشخصي والحق العيني

المبحث الأول: التماض في النظام القانوني

يُحدّد المشرعُ النّظامَ القانونيَ لأيِّ حقٍ من خلال تحديد الشروط المستوجبة لقيامه والآثار المترتبة عنه¹. وبالرجوع إلى أحكام حق الحبس وأحكام حق الاحتجاز، يلاحظ اعتماد كلٍّ من المشرع التونسي والمشرع الإماراتي شروطاً متماثلة لقيام هذين الحقين (المطلب الأول)، علاوة على ترتيب آثار متماثلة لهما (المطلب الثاني).

المطلب الأول: اعتماد شروط متماثلة

12 اعتمد المشرعان التونسي والإماراتي شروطاً متماثلة لقيام حق الحبس وحق الاحتجاز. فكان التماض في الشروط المتعلقة بال محل المحبوس (الفقرة الأولى)، والشروط المتعلقة بالدين المضمون (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: تماثل الشروط المتعلقة بال محل

13- يُعتبر محل حق الحبس متماثلاً مع محل حق الاحتجاز لسلطتها على الشيء (أ) الذي يجب أن يكون في حوز الحابس (ب).

أ-الشيء محل لحق الحبس وحق الاحتجاز

يُستفاد من الحضور القوي لمصطلح "الشيء" في كلٍّ من أحكام حق الحبس وأحكام حق الاحتجاز أنَّ محل هذين الحقين هو الشيء. فقد تراوح استعمال المشرع التونسي لهذا المصطلح بين المفرد والجمع في

¹ Jean-Louis BERGEL, Théorie générale du droit, op.cit., n° 192, p. 247.

الفصول من 309 إلى 322 من مجلة الالتزامات والعقود¹ ولم يغب إلا عن الفصلين 323 و324. كما استعمل المشرع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية مصطلح "الشيء"، لكن في صيغة المفرد في المواد 414 و418 و419²، مع استبداله بمصطلح "المعقود عليه" بالمادة 415، و"بملك الغير" في المادة 416. فما المقصود بالشيء في هذه النصوص القانونية؟

رغم توافر استعمال مصطلح "الشيء" من قبل كل من المشرع التونسي في مجلة الحقوق العينية والمشرع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية خاصة عند تقديمها لبعض التعريفات القانونية³، فإنّهما لم يريا ضرورة تعريف الشيء واستعاضا عنه بتعريف المال، إلا أنّ تعريف المال بالفصل الأول من مجلة الحقوق العينية التونسية بأنه "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون ومن شأنه أن يكون موضوع حق ذي قيمة نقدية"، وتعريفه بالمادة 95 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بأنه "كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل"، وإن كان لا يؤدي إلى مطابقة دائمة بين الشيء والمال. فكل الأشياء ليست أموالا وكل الأموال ليست أشياء⁴، فإنه تعريف يمكن أن تؤخذ منه مواصفات ذلك الشيء الذي يجب أن يكون مالاً ذا قيمة نقدية حتى يكون خاصعا لأهم تقييم للأموال وهو تقسيم المال إلى عقار ومنقول.

لقد كان تقسيم المال إلى عقار ومنقول تصنيفا تشريعيا⁵ معلنا عنه صراحة بالفصل الثاني من مجلة الحقوق العينية التونسية⁶ ومكرساً ضمنياً بالمادة 101 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي⁷. وتتمثل ميزته الأساسية في قيامه على معيار موضوعي شديد الوضوح⁸ بما أن إعماله يسمح بتقسيم الأموال على أساس اختلاف طبيعتها المادية من ثبات بعضها وتحرك البعض الآخر أو قابليتها للحركة⁹. وإذا ما كان الشيء هو المال ذو القيمة النقدية، وإذا ما كان المال يشمل العقار والمنقول، فإن الشيء محل حق الاحتجاز وحق الاترداد يمكن أن يكون منقولا وعقارا. ولقد كان تفكيك مجلة الالتزامات والعقود التونسية سنة 2005¹⁰ فرصة للمشرع

¹ انظر على سبيل المثال تباعا طوال الفصلين 309 و322، حيث نصّ الأول على أن "حق الاحتجاز هو الحق في حوز الشيء الذي يملكه المدين...". بينما اقتضى الثاني أنه "يجوز للمحكمة أن تأذن برد الأشياء المحبوبة عند الدائن...".

² هذه طوال المواد التي ورد فيها مصطلح "الشيء"، فقد نصت المادة 414 على أنه "كل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء..."، وجاء بالمادة 417 أنه "من احتبس الشيء استعمالا لحقه في جسمه...", وانتهت المادة 418 إلى إيراد أنه "ينقضى الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه...".

³ انظر على سبيل المثال تعريف العقار والعقارات الحكيم بالفصلين 3 و10 من مجلة الحقوق العينية التونسية، وبالمواد 101 و102 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

⁴ Christophe GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition », in *Les biens et les choses, Archives de philosophie de droit*, Sirey, 1979, p. 259 et spéci. p. 259.

⁵ هاجر فطناسي، "قراءة في التصنيف التشريعي للأموال إلى عقار ومنقول"، في خمسينية مجلة الحقوق العينية 1965-1915، مرجع سابق، ص. 199.

⁶ جاء بهذا الفصل الثاني ما يلي: "ينقسم المال إلى عقار ومنقول".

⁷ نصت هذه المادة التي جاء عنوانها "العقار والمنقول" على ما يلي: كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار، وكل ما عدا ذلك فهو منقول".

⁸ Michel VILLEY, « Préface historique », *Les biens et les choses*, op.cit., p.1 et spéci. p.2 ; René SAVATIER, « Classification juridique des biens », R.T.D., 1958, I, p. 133.

⁹ لم يكن اعتماد هذا المعيار بصفة مطلقة، والدليل على نسبة هذا المعيار هو استثناء المشرعين التونسي والإماراتي عنه في صدور العقارات الحكومية أو بالخصوص. فتأسسا على افتراض قانوني محض مؤداته مخالفة الحقيقة وطبيعة الأشياء تم تكيف المنقول بالعقار الحكيم في الفصلين 9 و10 من مجلة الحقوق العينية التونسية، وبالعقار بالخصوص في المادة 102 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي. انظر حول الافتراض القانوني كأساس لهذا الصنف من العقارات: رابحة الغندي، "الافتراض القانوني"، المجلة التونسية للإدارة العمومية، السادس الأول، 2021، ص. 7، وخصوصا ص. 20. وما يليها.

¹⁰ القانون عدد 87 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام "مجلة الالتزامات والعقود التونسية"، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 68، مؤرخ في 26 أوت 2005، ص. 2396.

كي يوضح غموض الفصل 312 بتغيير منطوقه، فبعد أن كان هذا النص يقتضي أن "حق الحبس يجري على المنشآت والعقارات".¹ أصبح ينص على أن "حق الحبس يجري على المنشآت والعقارات".

لكن إن وردت عبارة "الشيء" مطلقة بحيث تشمل المنشآت والعقارات، فهي لا يمكن أن تشمل الوثائق التي أجاز المشرع حبسها من قبل بعض أصحاب المهن الحرّة على غرار المحامين.² فهذه الوثائق لا يمكن أن تكون ملائمة لحق الحبس وحق الاحتجاز³، وعلّة ذلك تؤخذ من الأحكام ذاتها المنظمة لهذين الحقين. ففي مجلة الالتزامات والعقود التونسية، اختار المشرع عنواناً لهذه الأحكام "في حق حبس المال"، وهو عنوان إقصائي لأي حبس لا يتسلط على المال. أما في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، فيكفي الاعتداد بما أورده المادة 418 التي اعتبرت أن "من احتجس الشيء استعمالاً لحقه في احتجاسه كان أحق من باقي الغرماء في استيفاء حقه منه". فإذا زاد المشرع الإماراتي للدائن المحتبس اقتضاء حقه من الشيء المحتجس، يعني أن يكون ذلك الشيء قابلاً للتقويم بقيمة نقدية وللعقولة وللتقويم فيه⁴. لكن مثل هذه الخصائص المميزة للحقوق المالية غير متوفّرة في الوثائق التي يكون من حق المحامي، الامتناع عن تسليمها لموكله. فهذه الوثائق وإن كانت قيمتها الاعتبارية كبيرة عند صاحبها، إلا أنها غير قابلة للتقويم نقداً، وهو ما يجعلها غير قابلة للعقولة ومن ثم للتعامل فيها.

بـ- حيازة المحل في حق الحبس وحق الاحتجاز

يعتبر حوز الشيء الشرط الأساسي الذي استوجبه كل من المشرعين التونسي والإماراتي. فوفق مقتضيات الفصل 314 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية "لا يجوز إجراء حق الحبس إلا على الشروط الآتية: أولاً: أن يكون ذلك الشيء في حوز الدائن". كما يؤخذ شرط الحيازة من مقتضيات المادتين 415 و416 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي خولتنا تباعاً حق احتجاز "المعقود عليه وهو في يد [المتعاقدين]"

¹ هو ما جعل الفقه يجتهد للتدليل على تسلط حق الحبس على العقار من خلال اعتبار أن المشرع قصد بغير المنشآت، العقارات. انظر: رابحة الغندري، "حق حبس العقار"، بحوث في التأمينات العينية والشخصية، عمل جماعي لبيئة تدريس قانون التأمينات بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، المطبعة العصرية، تونس، 1999، ص. 165 وخصوصاً ص. 167. وانظر كذلك:

Ajmi BEL HADJ HAMMOUDA, « Le droit de rétention dans le code des obligations et des contrats », Revue tunisienne de droit, 1976, T.2, p.45 et spéc. p.60.

² انظر مثلاً الفصل 41 من المرسوم عدد 79 لسنة 2001 المؤرخ في 20 أوت 2011 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة، حيث اقتضى فقرته الثالثة أنه "كما يمكن له [المحامي] حبس الرسوم والوثائق الزاجعة لمدنه إذا رأى في ذلك ضماناً لحقوقه...". الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 63 مرسوم في 23 أوت 2011، ص. 1591. وانظر كذلك الفقرة الثانية من المادة 26 من القانون الاتحادي رقم 23 لسنة 1991 الصادر في 16 ديسمبر 1991 بشأن تنظيم مهنة المحاماة والتي نصت على أنه "ومع ذلك يجوز له [المحامي] إذا لم يكن قد حصل على أتعابه أن يستخرج على نفقة موكله صوراً من جميع المحترفات التي تصلح سندًا في المطالبة بهذه الأتعاب، وأن يبقى لديه المستندات والأوراق الأصلية حتى يؤدي له الموكل مصاريف استخراج الصور، ولا يلزم المحامي أن يسلم موكله مسودات الأوراق التي حزّرها في الدّاعوى ولا الكتب الواردة إليه منه ولا المستندات المتعلقة بما أذاه عنه ولم يؤده إليه"؛

³ انظر الرأي المخالف:

Philippe DEVÉSA, « La rétention des documents : contribution à la notion générale de rétention », Les petites affiches, 19 juin 1995, p. 25 ; Michel CABRILLAC, Christine MOULY, Séverine CABRILLAC et Philippe PÉTEL, Droit des sûretés, op.cit., n° 642, p. 477.

⁴ Pierre BERLIOZ, La notion de bien, L.G.D.J., Paris, 2007, préface de Laurent AYNÈS, n°842, p. 276.

واحتباس "ملك الغير وهو في يد [من أفق عليه] مصروفات ضروريّة ونافعة". فالسمة الأساسية لهذه الحيازة أَلْهَا حيازة ماديّة لأنّه يتمثّل في إمكانية مواصلة وضع الدائن يده مادياً على شيء موجود لديه¹ دون أن تكون الغاية من هذه الحيازة اكتساب ملكيّة ذلك الشيء، "فالحبس ليس على وجه الإجمال إِلَّا حيازة الشيء حيازة فعلية"².

وهذه الحيازة الفعلية للشيء المحبوس أو الشيء المحتجس يمكن أن تكون غير مباشرة. وما يؤسّس لجواز الحيازة الفعلية بواسطة شخص آخر غير الدائن في قانون المعاملات المدنيّة الإماراتي ما أورده المادة 418 ضمنياً عندما اقتضت أنه "ينقضي الحق في الاحتجاز بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه مالم ينصّ القانون على غير ذلك". فالمشرع قصد باستعمال أداة العطف "أو" بين مصطلحي "حائزه" و"محرزه" عدم الجمع بينهما³، أي لا يتشرط انقضاء حق الاحتجاز جمع الشخص الذي خرج الشيء من يديه صفة الحائز والمحرز. هذا، علاوة على أن الترافق اللغوبي بين محرز الشيء وحافظه⁴ يحيل إلى مفهوم "يد الحفظ"⁵ أو "يد الأمانة"⁶ في الحيازة كما تعرّض إليها الفقه الإسلامي، وإلى مفهوم الحائز العرضي كما توادر الفقه المدني الحديث على استعماله⁷. أمّا في القانون التونسي، فإنّ الحيازة بواسطة كرسها الفصل 38 من مجلة الحقوق العينية عندما عرف الحوز بأنه "سيطرة فعلية لشخص نفسه أو بواسطة على حق أو شيء". وبذلك تعود صفة محرز الشيء أو حائزه بواسطة إلى وكيل الحائز وإلى تابعه وإلى المستعير وحتى إلى المؤتمن العدلي الذي يكون التخلّي لفائدة عن حيازة العقار إذ عانا من المقاول لحكم المحكمة وليس تخلياً اختيارياً⁸.

لكن في مقابل تسامح صريح من المشرّعين التونسي والإماراتي في الاعتداد بالحيازة بواسطة، لم تكن صرامتهما في اشتراط حسن نية الحائز على نفس القدر من الوضوح. فصرامة المشرع التونسي كانت واضحة ولا لبس فيها نظراً إلى عدم اعتداته بالحوز المادي إِلَّا متى كان الحائز حسن النية، وهذا ما يُستشفّ من تكريس الشرط و نتيجته في فصلين متتابعين. فقد كان تكريس شرط حسن النية بطالع الفصل 310 من مجلة الالتزامات والعقود الذي جاء ناصحاً على أنه "من حاز شيئاً عن حسن نية جاز له حبسه". أمّا تكريس نتيجة الشرط، فكان من خلال حرمان الحائز شيء النية من حق الحبس بالفصل 311 من المجلة المذكورة

¹ Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de droit civil*, Tome III, 1^{er} Volume : Sûretés-Publicité foncière, op.cit., n°122, p. 140.

² المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص. 444.

³ الإمام العلامة ابن منظور، لسان العرب، طبعة مراجعة ومصححة، المجلد الأول، دار الحديث، القاهرة، 2003، باب الهمزة، ص. 287.

⁴ "أحرزت الشيء إذا حفظه وضمته إليك وصنته عن الأخذ": الإمام العلامة ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، المجلد الثاني، باب الحاء، ص. 393.

⁵ شمس الدين السرخسي، المبسوط ج. 16، مطبعة السعادة، القاهرة، 1913، ص. 149: ميز هذا الفقيه الحنفي بين يد الحفظ التي تكون في أحوال كيد المستأجر ويد الوكيل ويد الخصومة التي هي يد واسع اليد الذي يدعى الملكية.

⁶ علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج.6، ص. 249: اعتبر هذا الفقيه الحنفي أن "اليد قد تكون يد ملك وقد تكون يد أمانة".

⁷ Michel CABRILLAC, Christine MOULY, Séverine CABRILLAC et Philippe PÉTEL, *Droit des sûretés*, op.cit., n° 638, p. 474.

⁸ راجحة الغندري، "حق حبس العقار"، مقالة سابقة، ص. 188.

والذي اقتضى أنه "لا حق في حبس الشيء إذا كان الحائز مدلساً"، وهو ما يعني حرمان الغاصب من هذا الحق؛ لأنّه لم يكن حسن النية عندما وضع يده على ذلك الشيء¹. أمّا المشرع الإماراتي فلم يشر صراحة إلى هذا الشرط، وهو ما حدا ببعض الفقهاء إلى الجزم بحق الغاصب في اعتقال العين التي أحرزها انطلاقاً من قراءته لأحكام المادة 416 من قانون المعاملات المدنيّة الإماراتيّة. فالرجوع إلى هذه المادة التي أوردت أنه "من أنفق على ملك غيره وهو في يده مصروفات ضروريّة أو نافعه أن يتمتع عن ردّه حتى يستوفي ما هو مستحق له قانوناً ما لم يتقدّم أو يقض القانون بغير ذلك"، يعتبر هذا الفقيه أن استعمال "من" وهي "من الفاظ العموم تشمل الغاصب وغيره"². ويمكن القول أنّ مثل هذه القراءة سليمة لو تم الاكتفاء بتأويل "من" لغوياً باعتبارها اسم موصولاً عاماً مشتركاً يستوي لفظها مع المفرد والمثنى والجمع³، لكن فهم مراد المشرع يكون من خلال تأويل النص في كلّيته وليس الاقتصر على مطلعه إعمالاً بالقاعدة الأصوليّة⁴ المطلقة يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة⁵. فالمحاطب ليس عموم الحائز من حائز بشبهة وغاصب، كما يوحي به لفظ "من" لتقييد المشرع إطلاق هذا اللفظ في نفس المادة 416 ليقتصر على الحائز الذي له أن يتمتع عن ردّ ملك الغير "حتى يستوفي ما هو مستحق له قانوناً". وبالرجوع إلى أحكام الغصب والتعدي في قانون المعاملات المدنيّة الإماراتيّ، يلاحظ أنّ المشرع لم يقرّ حقوق الغاصب إلاّ "إذا تغيّر المغصوب بزيادة الغاصب شيئاً من ماله"⁶، وهي صورة مغایرة لصورة المادة 416 بسبب اختلاف طبيعة الدينين. فالمادة 416 تتعلق بالمصاريف الضروريّة أو النافعه لملك الغير، بينما تتعلق المادة 311 بمصاريف الإنشاء التي أنفقها الغاصب لما تحققها هذه المصاريف من زيادة في قيمة المغصوب.

الفقرة الثانية: تماثل الشروط المتعلقة بالدين

يعود تماثل الشروط المتعلقة بالدين في مجلة الالتزامات والعقود التونسيّة وقانون المعاملات المدنيّة الإماراتيّ إلى ما تضمنته هاتان المدونتين من أحكام مُستوجبة لوجود ترابط قانوني (أ)، أو مادي (ب) من شأنه أن يؤسّس لحق الاحتجاز.

أ-اشتراط الترابط القانوني لقيام حق الاحتجاز

¹ جان دوبلا، شرح مجلة الالتزامات والعقود التونسيّة، تعرّيب محمد الملاقي، مرجع سابق، ص.81.
² محمد وحيد سوار، الآتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمذنونات العربية، مرجع سابق، الهاشم 3، ص. 260.
وانظر في نفس هذا الاتجاه في القانون الفرنسي:

Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS, Leçons de droit civil, Tome III, 1^{er} Volume : Sûretés-Publicité foncière, op.cit., n°123, p. 140 : « Du moment que l'on accorde au constructeur et au possesseur un droit né à l'occasion de la chose retenue, le droit de rétention devrait garantir cette créance sans qu'on ait à examiner la mentalité du créancier ».

³ "من" اسم لمن يصلح أن يخاطب، وهو بهم غير متّكّن، وهو في اللفظ واحد ويكون في الجمع": الإمام العلامة ابن منظور، لسان العرب، طبعة مراجعة ومصححة، مرجع سابق، المجلد الثالث، باب الميم، ص. 378.

⁴ المادة 262 من قانون المعاملات المدنيّة الإماراتيّ.

⁵ جاءت الفقرة الثالثة من المادة 311 من قانون المعاملات المدنيّة الإماراتيّ نصّتها على ما يلي: "إذا تغيّر المغصوب بزيادة الغصب شيئاً من ماله يخسر المغصوب منه بين أن يدفع قيمة الزيادة ويسترد المغصوب عيناً وبين أن يضمن الغاصب بدلها".

يفترض الترابط القانوني وجود علاقة قانونية سابقة تربط بين المدين والحابس ويترتب عنها دين هذا الأخير، بحيث تشكل هذه العلاقة القانونية مصدرا في ذات الوقت لحوز الشيء وللدين. وقد تضمن شرط الترابط القانوني كل من الفصل 314 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية القاضي بأنه "لا يجوز إجراء حق الاحتجاز إلا على الشروط الآتية: أولا... ثانيا... ثالثا: أن يكون الدين نشأ من معاملات بين الدائن والمدين"، والمادة 315 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي جاء فيها أنه "لكل من المتعاقدين في المعاوضات المالية بوجه عام أن يحتبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البدل المستحق". لكن اشتراك هذين النصين في اشتراط الترابط القانوني لا يعني اعتمادهما نفس المفهوم بما أنه كان مفهوما ضيقا في النص الإماراتي (1)، ومفهوما واسعا في النص التونسي (2).

كان مفهوم الترابط القانوني ضيقا بالمادة 415 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي لحصره مجال حق الاحتجاز في "المعاوضات المالية" أي العلاقة التعاقدية التبادلية. ويمكن تبرير مثل هذا التضييق بأن الارتباط "يوجد أول ما يوجد ما بين التزامين متبادلين في عقد ملزم للجانبين"¹. ففي هذا الصنف من العقود، يكون كل من المتعاقدين في نفس الوقت دائنا ومدينا² نظرا إلى أن سبب التزام أحدهما هو التزام المعائد الآخر³. وهو ما جعل المقصود من الترابط القانوني في المعاوضات المالية، وجود ترابط بين الدينين المترتبين عن نفس العلاقة التعاقدية على غرار الترابط في عقد البيع الذي ينشئ التزامات في جانب البائع محلها هو المبيع، وينشئ التزامات في جانب المشتري محلها الرئيسي هو الثمن⁴. لكن المادة 315 من القانون الإماراتي وإن ضيقـت مجال حق الاحتجاز ليكون خاصا بالمعاوضات المالية فقط، فهي تتسع لتشمل كل العقود الملزمة للجانبين لتكريسها حق الاحتجاز بوجه عام، الأمر الذي يتطلب عنه إعمال هذا الحق في كل العقود التبادلية سواء أعادت أحکامها تكريس حق الاحتجاز كأحكام عقد البيع⁵ أو سكتت عن ذلك.

أما المشرع التونسي، فقد اختار مفهوما موسعا للترابط القانوني عندما اكتفى في الفقرة الثالثة من الفصل 314 من مجلة الالتزامات والعقود باشتراط أن يكون الدين قد "نشأ عن معاملات بين الدائن والمدين". إذ تؤخذ عبارة "المعاملات" على إطلاقها وتكون مستوعبة الديون الواردة من العقد أو شبهه والمتوفر فيها ما سبق لنفس النص أن اشترطه من حوز عن حسن نية وحلول أجل الدين⁶. فيكون الترابط القانوني متحققا في

¹ عبد الرزاق أحمد السنہوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجع عام، الإثبات-أثار الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون تاريخ النشر، ف. 643، ص. 1146.

² Jean CARBONNIER, Droit civil, Les biens- Les obligations, 1^{re} édition « Quadrige », P.U.F., Paris, 2004, n°930, p. 1942.

³ Jacques GHESTIN, Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : Formation, Tome 2, L'objet et la cause-les nullités, 4^{ème} édition, L.G.D.J., Paris, 2013, n° 645.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنہوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية -البيع والمقاولة، عینت سابق، ف. 100 ص. 190.

⁵ أوردت المادة 557 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي تطبيقا صريحا لحق الاحتجاز بتخصيصها على أنه "البائع أن يحتبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له من الثمن ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة".

⁶ اقتضى الفصل 314 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية: "لا يجوز إجراء حق الاحتجاز إلا على الشروط الآتية:

أولا: أن يكون ذلك الشيء في حوز الدائن.

ثانيا: أن يكون أجل الدين قد حل فإن كان مقدار الدين غير منحصر عينت المحكمة للدائن أقصر أجل ممكن لحصر

الديون المترتبة عن العقود المازمة لجانب واحد أو للجانبين، وكذلك في الديون المترتبة عن أشباء العقود كلما افترضت هذه المعاملات تسلیم العین إلى الدائن¹. ففي العقود المازمة لجانب واحد، لا يكون دفع المصارييف من قبل الملتم إلّا بصفة عرضية؛ لأنّه غير ملزم بصفة أصلية إلّا بحفظ العين التي سلمت له. لذلك لا حق للمستودع حبس الوديعة إلّا من أجل استخلاص "المصارييف الازمة لحفظها"²، ولا حق للمستعير حبس العارية إلّا بغاية استرجاع "المصارييف الطارئة التي تأكّد صرفها"³. أما في العقود المازمة للجانبين - وهي مجال التقطيع بين القانونين التونسي والإماراتي- فإنّ حقّ الحبس يتسلط على أحد محلي هذه العقود، كعقد البيع الذي يُحول فيه للبائع حبس المبيع عند عدم دفع الثمن⁴ وتحوّل فيه للمشتري حبس الثمن عند حصول شغب في المبيع⁵. وبالنسبة إلى شبه العقد، فقد أجاز المشرع إجراء حقّ الحبس في الفضالة التي تنشأ عند ما يقوم شخص (الفضولي) بعمل لمصلحة شخص آخر (صاحب الحق) بدون وكالة منه، و كنتيجة لهذا التدخل تنشأ التزامات في جانب الفضولي وأخرى في جانب صاحب الحق⁶. ويُعتبر ردّ المصارييف الضروريّة والنافعة من أهم التزامات هذا الغير نظير ما قدمه له الفضولي من عمل. ومن أجل كلّ "ما سبقه وصرفه أو خسره" الفضولي، أجاز له الفصل 1187 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية أن يحبس العين التي أنفق عليها⁷.

ب- اشتراط الترابط المادي لقيام حقّ الحبس وحق الاحتباس

يُقصد بالترتبط المادي تولّ الدين مباشرة وفعلياً عن الشيء بمعنى أن يكون "الدين قد نشأ بمناسبة الشيء المحبوس"⁸. ولئن اشترك كلّ من المشرّعين التونسي والإماراتي في اشتراط الترابط المادي لإجراe حقّ الحبس وحق الاحتباس، إلا أنها اختلفا في التعرّض إلى هذا الشرط. فالفقرة الثالثة من الفصل 314 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية تضمنت مفهوم الترابط المادي بتنصيصها على شرط أن "يكون الدين تولّ من الشيء المراد حبسه". بينما تضمنت المادة 416 من قانون المعاملات المدنيّة الإماراتي صورةً عن هذا الترابط المادي عندما اقتضت أنه "من أنفق على ملك غيره وهو في يده مصروفات ضرورية أو نافعة أن

حقّه".

ثالثاً: ان يكون الدين نشأ من معاملات بين الدائن والمدين أو تولّ من الشيء المراد حبسه.

¹ Ajmi BEL HADJ HAMMOUDA, « Le droit de rétention dans le code des obligations et des contrats », art. précité, p.73.

² وفقاً لما اقتضاه الفصل 1031 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية: "ليس للمستودع حبس الوديعة إلّا فيما صرفه من المصارييف الازمة لحفظها وليس له الحبس لوجه آخر".

³ وهو ما نصّ عليه الفصل 1071 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية: للمستعير أن يرجع على المغير بالمصارييف الطارئة التي تأكّد صرفها على العارية قبل أن يمكنه الإعلام بها وله حبس العارية فيها".

⁴ طبقاً لما أورده الفصل 601 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية: "البائع حبس المبيع ولو مع تأليله للمشتري في الثمن: أولاً: إذا صار المشتري ذا عشرة بعد البيع. ثانياً: إذا كان مفلساً حين البيع وجهم البائع ذلك. ثالثاً: إذا ارتكب ما يقتضي إنقاص الثقة التي أعطاها في دفع الثمن وصار البائع بسبب ذلك يخشى ضياع حقّه".

⁵ وفق ما جاءت به الفقرة الأولى من الفصل 682 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية: "إذا حصل للمشتري شغب في المبيع أو خاف وقوته قريباً بسند معتبر بموجب حقّ منقتم على البيع فإن للمشتري الحقّ أن يحبس الثمن إلى أن يزيل البائع الشغب".

⁶ محمد الملاقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، الطبعة الثانية، مركز النشر الجامعي، 2003، ص. 91.

⁷ جاء بهذا الفصل أنه "لفضولي حبس ما لصاحب الحق إلى أن يوفي له بالمباغ المذكورة في الفصل 1184 وليس له ذلك إذا تدخل في أمر صاحب الحقّ كرها عليه".

⁸ Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS, Leçons de droit civil, Tome III, 1^{er} Volume : Sûretés-Publicité foncière, op.cit., n°114, p. 133.

يمتنع عن ردّه حتى يستوفي ما هو مستحق له قانوناً ما لم يتحقق أو يقضى القانون بغير ذلك". ويُبَرِّز تطبيق شرط التّرابط المادي في هذا النص من خلال اعتبار المصارييف الضروريّة والنافعة ديناً لفائدة الحائز لأنّه أنفقها بمناسبة وجود العين المملوكة من الغير لديه. ونظراً إلى أنّ عبارة "من أنفق على غيره" الواردة بالمادة 416 المشار إليها أعلاه جاءت مطلقة، فإنّ مدلوها يمكن أن ينسحب على الحائز بشبهة ملك الغير وكذلك على الفضوليّ. فحائز العين الذي ينفق عليها أموالاً من أجل حفظها وتحسّبها؛ لأنّه يعتقد أنّه مالكها دون أن يكون كذلك، يكون من حقه احتباسها إلى أن يستوفي ما هو مستحق له. كما يكون من حق الفضوليّ أيضاً أن يحتبس ملك الغير؛ لأنّه أنفق عليها مصارييف بما فيه منفعة لصاحب الحقّ مالك تلك العين رغم كونه على بيته من أنّه تصرّف لفائدة هذا الغير. ويتأكّد حق الفضوليّ في احتباس العين التي أنفقها عليها من خلال ما اقتضته المادة 331 من قانون المعاملات المدنيّة الإماراتيّ من وجوب ردّ العمل إلى الفضوليّ "النفقات الضروريّة والنافعة التي سوّغتها الظروف"¹. وكما كان عموماً للفظ المعتمد بالفصل 314 من مجلة الالتزامات والعقود التونسيّة مسوّغاً لإدراج الفضالة كأحد أوجه أشباه العقد ضمن المعاملات التعاقدية التي يتحقّق فيها التّرابط القانوني المستوجب لإجراء حق الحبس، كان عموماً لفظ المُنفق على ملك غيره بالمادة 416 من قانون المعاملات المدنيّة الإماراتيّ مسوّغاً كذلك للإقرار بحق الفضوليّ احتباس العين التي أنفق عليها، لكن بسبب تحقق شرط التّرابط المادي بين الدين والشيء المُنفق عليه. وعليه، لم يحل اختلاف تعامل المشرعين التونسي والإماراتي مع شرطي التّرابط القانوني والتّرابط المادي دون الوصول إلى اعتماد نفس المجالات التي ينطبق فيها حق الحبس وحق الاحتجاز، وهو ما يؤكّد في الغالب إلى ترتيب نفس الآثار.

المطلب الثاني: ترتيب آثار تماذلة

كان التّماذل واضحاً بين الآثار التي ربّها المشرع التونسي عن حق الحبس والآثار التي ربّها المشرع الإماراتي عن حق الاحتجاز من خلال تكريسهما لنفس الآثار بين الأطراف (الفقرة الأولى) وإزاء الغير (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تماذل آثار حق الحبس وحق الاحتجاز بين الأطراف

اختزلت أحكام الفصلين 420 و421 من مجلة الالتزامات والعقود التونسيّة وأحكام المادة 417 من قانون المعاملات المدنيّة الإماراتيّ آثار حق الحبس وحق الاحتجاز بين الدائن الحابس والمدين في الواجبات المحمولة على كاهل الحابس فقط؛ وذلك بسبب حيازته الشيء المحبوس. وتتلخّص واجباته في الحفظ (أ) وتقديم الحساب (ب).

أ- واجب حفظ الشيء المحبوس

¹ جاءت المادة 331 من قانون المعاملات المدنيّة الإماراتي ناصحة على أنه "على رب العمل أن ينفذ التعهّدات التي عقدها الفضولي لحسابه، وأن يعوّضه عن التعهّدات التي التزم بها وأن يردّ له النفقات الضروريّة والنافعة التي سوّغتها الظروف..".

حمل المشرّع عن التونسي والإماراتي الحابس واجب المحافظة على الشيء المحبوس، لكن تحميته هذا الواجب كان بصياغة مختلفة. إذ خلافاً على اقتصر الفقرة الأولى من المادة 317 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على اقتضاء أنه "على من احتجس الشيء أن يحافظ عليه"، كانت الاستفاضة بالفصل 420 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية من خلال التنصيص على أنه "إذا أجرى الدائن حقه في الحبس فعليه ضمان الشيء على مقتضى القواعد المقررة في حق المرتهن". ويؤخذ من هذا التنصيص توسيع في نطاق واجب الحفظ من خلال إدراجه ضمن واجب الضمان الذي يشمل تحميلاً للhabis بواجب الحفظ الذي يكون مقتناً بواجب غرم الضرر إن حصل¹. كما يؤخذ من هذا التنصيص كذلك ضبط لمحتواه من خلال الإحالة إلى الأحكام المنظمة لرهن المنقول الحيادي²؛ لأنّه من "المنطقي إخضاع الوضعيات المشابهة إلى أحكام متماثلة"³.

27- لكن لا تأثير لهذه الصياغات المختلفة على جوهر واجب محافظة الحابس على الشيء المحبوس الذي يبقى التزاماً ببذل عناية ولا يعتبر التزاماً بتحقيق نتيجة⁴. ومقدار العناية المطلوب منه أن يبذله في المحافظة على العين المحبوبة هو عناية الشخص المعتاد في المادة 417 الإماراتية أخذًا بالمعايير الموضوعي "المقرر في الفقه الإسلامي"⁵، وهو عناية الحابس "بالأشياء التي على ملكه" وفق الفصل 233 من مجلة الحقوق العينية⁶ التي أحال إليها الفصل 320 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية. والملاحظ أنّ هذا المعيار التشريعي الذي اختاره المشرع التونسي معيار ذاتي وليس موضوعي، ولا يمكن من تحديد تقدير الحابس في كل الحالات بنفس الطريقة. فالدائن الحابس المعروف بإهماله وتقصيره لا يعتبر مقصراً، ولا يلزم بالتعويض إذا ما تسبّب في هلاك العين المحبوبة بفعله طالما أنه لم ينزل عن العناية التي يبذلها في حفظ ماله، والعكس صحيح؛ إذ يسأل الدائن الحابس الحرير عن الهلاك الذي لحق العين المحبوبة، حتى ولو لم ينزل عن عناية الرجل المعتاد بل نزل عن العناية التي تعود بذلها في حفظ ملكه⁷. ولعلّ كان من الأنسب أن يختار المشرع التونسي هو الآخر معيار عناية الرجل المعتاد وهو معيار موضوعي يحول دون التسامح مع الدائن الحابس المهمل ويحول كذلك دون التشدد مع الدائن الحابس الحرير.

ويكتسي القول بأنّ واجب الحابس حفظ الشيء المحبوس من قبيل الالتزامات ببذل عناية في القانونين التونسي والإماراتي أهمية على مستوى إثبات التقصير. فوجود الشيء في حيازة الدائن الحابس وقت الهلاك

¹ محمد الملاقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، مرجع سابق، ص. 275.

² هي القواعد التي تضمنتها الفصول من 233 إلى 246 من مجلة الحقوق العينية.

³ Jean-Louis BERGEL, « Vices et vertus de la législation par référence », in *La législation par référence, revue de la recherche juridique, droit prospectif*, 1997, 22^{ème} année, n°4, p. 1209.

⁴ يراجع حول هذا التفصيم:

André TUNC, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *Juris-classeur périodique*, 1945, I, p. 449.

⁵ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص. 441.

⁶ جاء كامل الفصل 233 ناصتاً على ما يلي: "على الدائن أن يعتني بحفظ وصيانة الشيء أو الحق المرهون عنيته بالأشياء التي على ملكه".

⁷ رابحة الغندري، "حق حبس العقار"، مقالة سابقة، ص. 196.

أو التّلف قرينة على أنّه تسبّب في ذلك بتقصيره أو تقصير الأشخاص المسؤول عنهم، إلا أنّها تبقى قرينة بسيطة تُدْعَى بـ"إثبات عكسها حيث يمكن للدائن الحابس أن يدرأ عنه مسؤولية التّعويض"، إذا أثبت أنّ الهاك كان بفعل السبب الأجنبي كالأمر الطارئ والقوة القاهرة¹.

كما يتفرّع عن واجب الحفظ الذي يتحمّل به الدائن الحابس إجراء خاص يتمثل في المبادرة بطلب بيع الشيء المحبوس. وهو إجراء بلغ تمثيل تنظيم سببه وطريقته وأثره حدّ التّطابق في كل من الفصل 321 من مجلة الالتزامات والعقود التونسيّة الذي جاء فيه "إذا كان الشيء المحبوس مما يتغيّر أو مما يخشى فساده فللدان أن يستأنف في بيده على الصورة المقرّرة لبيع الرهن ليجري حقّ الحبس على ثمن المبيع"، ومن الفقرة الثانية من المادة 417 من قانون المعاملات المدنيّة الإماراتي النّاك على أنه "وله أن يستنصر إذا من المحكمة ببيع الشيء المحتبس إذا كان يخشى عليه الهاك أو التّعيب، وذلك وفقاً للإجراءات الخاصة ببيع المرهون حيازه، وينتقل حقّ الاحتباس من الشيء إلى الثمن".

سبب المبادرة ببيع المحبوس واحد: أتاح النّص التونسي المبادرة ببيع المحبوس "إذا كان الشيء المحبوس مما يتغيّر أو مما يخشى فساده"، كما أتاحها النّص الإماراتي "إذا كان الشيء المحتبس يُخسّى عليه الهاك أو التّعيب". ويخلص من هاتين الصياغتين أنّ سبب المبادرة بالبيع واحد لترافق هذه المصطلحات، فالهاك يعني ضياع الشيء وتلفه كلياً، واقترانه بالتعيب يعدّ تخصيصاً له دالاً على معناه الجرئي فحسب بحيث يكون الهاك كلياً والتعيب جزئياً². أمّا الفساد الذي هو التّلف والعطب الذي يصيب الشيء³، فيعدّ مرادفاً للهاك متى اتّلف الشيء في كلّيته، ويعدّ مرادفاً للتعيب إذا اقتصر على إتلاف البعض من ذلك الشيء⁴.

طريقة بيع المحبوس واحدة: اقتضى النّص التونسي أنّه "للدان أن يستأنف في بيع الشيء المحبوس"، وهي نفس الطريقة التي أقرّها النّص الإماراتي عندما أورد أنّه لمن احتبس الشيء "أن يستنصر إذا من المحكمة ببيع الشيء المحتبس". قد يكون هذا الإجراء في ظاهره مجرّد إمكانية مفتوحة للدائن الحابس، لكن في باطنّه هو واجب متولد عن واجب الحفظ؛ لأنّ الدائن الحابس إن أتيق بفساد الشيء أو هلاكه أو تعيبه، يصبح من واجبه المبادرة باستئذان المحكمة في بيده حتى لا يُطالب بغرم الضرر.

¹ وهو ما نصّت عليه تباعاً الفقرة الثانية من الفصل 240 من مجلة الحقوق العينية "ولا يسأل الدائن عن الأمر الطارئ والقوة القاهرة إلا إذا سبق ذلك مطالبة منه أو خطأ، وعليه إثبات الأمر الطارئ والقوة القاهرة"، والمادة 386 من قانون المعاملات المدنيّة الإماراتي "إذا استحال على المدين أن ينفّذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه".

² أحمد بن طالب، "تفصيل مادة الحقوق العينية"، مقالة سابقة، ف. 30، ص. 45.

³ المعجم الوسيط، الطبعة الثانية، المكتبة الإسلامية للطباعة والتشر والتوزيع، إسطنبول، 1982، ص. 688.

⁴ يكون استعمال مصطلحات متشابهة أو مترادفة بقصد إظهار الفروق بينها وتبيّن دلالتها على معانٍ الأحكام المختلفة بسببيها. وهو ما يُعرف بـ"تقنيّة التقريب التي تفترّع عن فن الفروق الذي تبيّن به الفروق بين القواعد والأفاظ المتشابهة. انظر خاصة: كتاب الفروق لشهاب الدين القرافي المسمى "أنواع البروق في أنواع الفروق"، وحاشية "إدراك الشرور على أنواع الفروق" لأبي القاسم بن الشاطئ، وتحذيفه المسمى "تهذيب الفروق والقواعد السنّية في الأسرار الفقهية لابن الحسين المكي المالكي. هذه الكتب منشورة جميعها في مجلدين بعنوان "الفروق"، دار العلم للكتب، بيروت، على طبعة دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة لسنة 1928".

أثر بيع المحبوس واحد: لا تعتبر مبادرة الحابس طلب بيع الشيء المحبوس تنفيذا عليه¹، إنما تعتبر مجرد إجراء ضروري للمحافظة على الشيء من الفساد أو الهلاك أو التعيب. فلا يفقد الحابس حقه في الحبس ولا المحبس حقه في الاحتجاز، ولكن ينتقل هذا الحق من الشيء إلى ثمنه. ويُشكل المنطوق المتشابه بين التص التونسي القاضي بأنه "يجري حق الحبس على ثمن المبيع" والنّص الإماراتي الوارد فيه أنه "ينتقل حق الاحتجاز من الشيء إلى ثمنه"، حالة من حالات الحلول العيني المنصوص عليها قانونا نظرا إلى ما أجازته من استبدال شيء مكان شيء آخر مع خضوع المستبدل إلى نفس النظام القانوني للعنصر الذي عرضه.² فالشيء المحبوس يتم استبداله بالثمن المتأتي من البيع الذي يجري "وفقا للإجراءات الخاصة ببيع المرهون حيازة" مثل ما أقرّته الفقرة الثانية من المادة 417 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي أصلية، ومثل ما أقرّته أحكام الفقرة الثانية من الفصل 235 من مجلة الحقوق العينية³ بموجب إحالة الفصل 321 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية إليها.⁴

بــواجب تقديم الحساب على الغلة

انفرد المشرع الإماراتي بتحميل الدائن المحبس واجبا إضافيا بالفقرة الأولى من المادة 417 تمثل في تقديمها حسابا على غلة الشيء المحبس. ويوسّس هذا الواجب على انعدام حق المحبس في الانتفاع بالشيء الذي في حيازته؛ لأن الغلة التي تعد من توابع الشيء المتولدة عنه تخضع إلى نفس ما يخضع له الأصل تطبيقا لمبدأ الفرع يتبع الأصل⁵. فإذا لم يكن من حق المحبس إلا احتجاز الشيء دون استعماله أو استغلاله، لا يكون له احتجاز ما تولد عنه من غلة، كما ليس له أن يمتلكها خصما من الدين. ولا شيء أفضل من تقديم المحبس حسابا على تلك الغلة لمالك الشيء المحبوس إبراء لذمه من تلك التصرفات.

الفقرة الثانية: تماثل آثار حق الحبس وحق الاحتجاز إزاء الغير

يتجلّى تماثل آثار حق الحبس وحق الاحتجاز إزاء الغير من خلال تكريس كل من المشرع التونسي والمشرع الإماراتي لحق تقدّم (أ) ولحق استرداد (ب).

أــحق التقدّم أثر لحق الحبس وحق الاحتجاز

31- يُعرف حق التقدّم⁶ أو حق التفضيل⁷ بأنه الحق الذي يقرر المشرع لبعض الدائنين قصد استيفاء

¹ فكري عبد الفتاح الشهاوي، نظرية الحق في المليس ودعوى الاعسار المدني، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2002، ص. 95.

² Véronique RANOUIL, La subrogation réelle en droit civil français, L.G.D.J., Paris, 1985, p.2.

³ جاءت هذه الفقرة الثانية من الفصل 235 من مجلة الحقوق العينية ناصحة على ما يلي: "وعلى الدائن في صورة التأكيد أن يستأنف من السلطة القضائية بالمكان في بيع الزهن بعد التحقيق من حاله وتقديمه بواسطة خبير يعين لذلك وتقرر السلطة القضائية ما تراه من الوسائل اللازمة لصالح الطرفين".

⁴ انظر أعلى الفقرة 26.

⁵ Gilles GOUBEAUX, La règle de l'accessoire en droit privé, Préface D. TALLON, L.G.D.J., Paris, 1969, n°18.

⁶ هو المصطلح الذي اعتمد المشرع الإماراتي في العنوان الوارد تحته أحكام المادة 1425 والمتعلقة بآثار الرهن التأميني إزاء بقية الدائنين.

⁷ استعمل المشرع التونسي هذا المصطلح في عدد من الفصول من بينها خاصة الفصل 193 من مجلة الحقوق العينية الذي اقتضى أن "الأسباب القانونية في تفضيل بعض الدائنين على بعض هي الامتياز والرهن وحق الحبس".

ديونهم من ثمن محل التأمين العيني قبل غيرهم من الدائنين¹. وهو المعنى الذي يمكن تقويفه في الفصل 323 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية الذي خوّل الدائن الحابس "أن يستأنف المحكمة في بيع ما تحت يده توقية لخلاص دينه من الثمن قبل غيره من الدائنين"، وكذلك في المادة 418 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي ورد فيها "من احتبس الشيء استعمالاً لحقه في احتجابه كان أحق من باقي الغرماء في استيفاء حقه منه". فقد جمع هذان النصان المكوّنن الأساسيين لمفهوم حق التقدّم² والمتطلّبين في تزامن الدائنين. وهو ما يؤخذ من عبارتي "الدائنين" والغرماء" الواردتين في صيغة الجمع، ومنح أولوية الرّتبة إلى الدائن الحابس والمحتبس من خلال إقرار النص التونسي بأسبيقيته في الخلاص وإقرار النص الإماراتي بأحقّيته في ذلك.

واللافت للانتباه أنّ أحكام القانون التونسي التقت مع أحكام القانون الإماراتي في إقرار حق التقدّم كأثر لحق الحبس وحق الاحتباس رغم اختلاف مصدرها المادي التارخي. فبينما استلهم الفصل 323 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية أحكامه من الفصل 228 من قانون الالتزامات السويسري وفق ما تمت الإشارة إليه في هوامش مشروعها التمهيدي³، كان استلهام المادة 418 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي أحكامها من المادة 391 من القانون المدني الأردني التي كرّست بدورها "ما كان مقرراً في المذهب الحنفي"⁴. ولقد اقتصر أثر اختلاف المصدر المادي التارخي لهذين النصين على الطريقة المعتمدة الموصولة لممارسة حق التقدّم. فكان التنصيص الصريح بالنص التونسي على أنّ "سبيل [الدائن الحابس] في البيع وما يتربّ عليه سبيل المرتهن الحائز للرهن"، وهو ما يستوجب قيام الحابس بالتنفيذ على الشيء المحبوس وفق الفصول من 247 إلى 257 من مجلة الحقوق العينية باعتبارها الفصول التي تمت الإحالة الصريحة إليها. لكن اقتداء بالفقه الفرنسي، اعتبر بعض الشرّاح التونسيين أنّ الدائن الحابس يمكن أن يتم خلاصه قبل غيره من الدائنين دون لجوء إلى البيع، وذلك بالامتناع عن تسليم الشيء المحبوس لمن يطلبه احتجاجاً منه بحق حبسه إزاء الكافية⁵ وخاصة إزاء غيره من الدائنين الذين يرثون إجراء عقلة على الشيء المحبوس تمهدًا لبيعه⁶. فهو لاء الدائنين لا يمكن لهم تخليص الشيء المحبوس إلا من خلال ترضية الدائن الحابس بعرض خلاص دينه كاملاً.

أما النص الإماراتي، فقد التزم الصمت بخصوص كيفية توصيل الدائن المحتبس إلى التقدّم على غيره من الدائنين في استيفاء دينه مكتفيًا بالإشارة إلى أنّ استخلاص الدين يكون "منه" أي يكون من الشيء المحتبس. وبالعودة إلى شرح النص الأردني المأخوذ منه المادة 418 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، يتبيّن أنّ

¹ حاتم محمد، "حق الأفضلية في التأمينات العينية"، دراسات في قانون التأمينات، مرجع سابق، ص. 375 وخصوصاً ف.1، ص. 377.

² Gérard CORNU, Droit civil, Introduction-Les personnes- Les biens, 10ème édition, Montchrestien, Paris, 2001, n° 996, p. 412.

³ Code civil et commercial tunisien, Livre 1^{er}, Avant-projet discuté et adopté au rapport de M.D. SANTILLANA, Tunis, 1899, p. 158.

⁴ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص. 442. وانظر كذلك: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي مرجع سابق، ص. 48: "ويمتاز عنهم [صاحب حق الاحتباس] في استيفاء حقه من ثمن المال المحتبس مقاماً على غيره".

⁵ كرس الفصل 324 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية مبدأ احتجاج الحابس إزاء الكافة بتنصيصه على أنه "يسوغ احتجاج بحق الاحتباس على الدائنين وعلى من انجر له حق المدين كلما ساغ احتجاج بذلك الحق على المدين".

⁶ Ajmi BEL HADJ HAMMOUDA, « Le droit de rétention dans le code des obligations et des contrats », art. précité, p.82.

المقصود بذلك هو "أن ينقدم الدائن الحابس بقية الدائنين في اقتضاء حقه المحبوس لأجله من الشيء المحبوس أو ثمنه"¹. لكن إذا كان هذا مراد واضع النص الأردني، فإن الصياغة لم تكن متماشية معه ولا يمكن أن توحى بذلك. ولعله كان من الأنسب لو أضاف المشرع الإماراتي تدقيقاً مشابهاً لما أورده نظيره التونسي من حيث الإحالة إلى قواعد بيع المرهون حيازة، خصوصاً وأنه أحال إليها في النص السابق، أي المادة 417.

لكن غياب مثل هذا التدقيق عن النص الإماراتي لا يحجب أبعاد مضمونه التي تجعله مصنفاً مع النص الأردني والنص التونسي ضمن التشريعات "التي عزّرت حق الحبس بتحويل الحابس حق امتياز على الشيء المحبوس"². وهو ما يجعلها تشريعات على طرف نقيس مع الاتجاه العام السائد عربياً وحتى أوروباً والذى لم يعترف بتقدّم الدائن الحابس على غيره من الدائنين. فقد قضى القانون المدني المصري ومن سار على نهجه من بقية القوانين العربية³ صراحة بأن " مجرد الحق في حبس الشيء لا يعطي الحابس حق امتياز عليه"⁴. وقد كان هذا الحل نفسه معتمداً في المجلة المدنية الفرنسية لسکوت مادتها 2286 عن تكريس صريح لحق تقدّم الدائن الحابس عن بقية الدائنين⁵، وهو ما اعتبره الفقه الفرنسي موقفاً يعبر عن رفض المشرع الفرنسي منح هذا الحق⁶.

بـ- حق الاسترداد أثر لحق الحبس وحق الاحتجاز

يعتبر حق الاسترداد الأثر الثاني الذي اشترك حق الحبس وحق الاحتجاز في ترتيبه واختلف المشرعان التونسي والإماراتي في تكريسه. فقد نظمت أحكام الفصل 316 من مجلة الالتزامات والعقود حق الاسترداد كمبدأ لاقتضائه أنه "إذا نقلت الأشياء التي حبسها الدائن من محلها إلى محل آخر خفية أو رغمما عن معارضته، كان له الحق أن يطلب ردّها للمحل الذي نقلت منه في مدة ثلاثة أيام من وقت علمه بنقلها وبعد انقضاء الأجل المذكور لم يبق له حق في هذا الطلب"، بينما نظمته الفقرة الثانية من المادة 419 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي كاستثناء لمبدأ انقضاء حق الاحتجاز بفقدان المحتبس الحيازة⁷ عندما أوردت أنه "ومع ذلك يجوز لمن احتبس الشيء إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته، أن يطلب استرداده خلال ثلاثة أيام من الوقت الذي علم فيه بخروجه من يده، وقبل انقضاء سنة من وقت

¹ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص. 442.

² محمد وحيد سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية، مرجع سابق، ف. 261، ص. 259.

³ على غرار القانون السوري بالمادة 248 والقانون العراقي بالمادة 283.

⁴ المادة 247 من القانون المدني المصري.

⁵ جاءت هذه المادة 2286 ناصحة على أنه "يمكن أن يتذرع من حق الحبس على الشيء": 1- كل من تم تسليمه الشيء لحين إيفاء دينه. 2- كل من كان دينه غير المستد ناتجاً عن عقد يلزم به بالشليم. 3- كل من كان دينه غير المستد قد نشأ بمعرض وضع يده على الشيء، يزول حق الحبس عند التخلص الإرادي عن الشيء". القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز 2009 بالعربية، جامعة القيس يوسف في بيروت، 2012، ص. 2028.

⁶ CABRILLAC, Christine MOULY, Séverine CABRILLAC et Philippe PÉTEL, Droit des sûretés, op.cit., n° 644, p. 478.

⁷ أورت الفقرة الأولى من المادة 419 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ما يلي: "ينقضي الحق في الاحتجاز بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه ما لم ينص القانون على غير ذلك".

خروجه". لكن مثلاً ما يؤخذ من منطق النصين، فإن الاختلاف في تناول حق الاسترداد مبدأ واستثناءً لم يكن له تأثير على مضمونه الذي كاد أن يكون واحداً من حيث تقرير نفس الشروط ونفس الأجال.

نظراً إلى أن حيازة الشيء المحبوس مادياً هي جوهر حق الحبس وحق الاحتجاز، فإن ممارستهما تقضي أن تكون الحيازة متواصلة ومستمرة إلى أن يستوفي الدائن الحابس دينه. لذلك عذر رفع الدائن الحابس يده على الشيء باختياره تركاً له للضمان وتنازلًا موجباً لانقضاء حقه، وعد فقدان حيازة ذلك الشيء عنوةً شرطاً لإجراء حق الاسترداد. ويتجزب على الدائن الحابس عند تحقق هذا الشرط أن يقوم بدعوى الاسترداد في أجل الثلاثين يوماً من وقت علمه بخروج الشيء من يده. يبقى أن تعاطي المشرع الإماراتي مع أجل ممارسة حق الاسترداد كان أشد صرامة من تعاطي المشرع التونسي، حيث وضع حدّاً زمنياً ينقضي حق الاحتجاز في خلاله ولو لم يعلم الحابس بخروج الشيء من يده "الوضع حد للمنازعات"¹. وفي ذلك اقتداءً بعض القوانين العربية -على غرار القانون المدني المصري في مادته 248 - رغم اختلاف موقف هذه القوانين من الطبيعة القانونية لحق الحبس.

المبحث الثاني: التنازف في الطبيعة القانونية

لا يسري المبدأ القائل بأن "وحدة الطبيعة القانونية تساوي وحدة النظام القانوني"² على حق الحبس وحق الاحتجاز، لأن تماذل نظاميهما القانونيين لم يساو تماذلاً في طبيعتيهما القانونيتين³. فكان ثبوت الطبيعة العينية لحق الحبس (المطلب الأول) متنافراً مع تراوح طبيعة حق الاحتجاز بين العينية والشخصية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ثبوت الطبيعة العينية لحق الحبس

يعود ثبوت الطبيعة العينية لحق الحبس إلى تماهيه مع الحق العيني عموماً (الفقرة الأولى)، ومع الحق العيني التبعي خصوصاً (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تماهي حق الحبس مع الحق العيني

يتماهي حق الحبس مع الحق العيني تعرضاً (أ) واحتاجاً به (ب).

أ- تماهي تعريف حق الحبس مع تعريف الحق العيني

¹ المذكرات الإصلاحية للقانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص. 444.

² Jean-Louis BERGEL, « Différence de nature (égale) Différence de régime », Revue trimestrielle de droit civil, 1984, p. 235.

³ Frédéric ROUVIÈRE, "Le revers du principe « Différence de nature (égale) Différence de régime », in Mélanges en l'honneur de Jean-Louis BERGEL, Bruylant, 2013, p. 427.

رغم أهمية تعريف المصطلح من حيث ضبط انتماهه إلى أنماط قانونية معينة وتحديد خصائصه المميزة له¹، فقد تجنب المشرع التونسي تعريف الحق العيني في مجلة الحقوق العينية. وقد يُبرر هذا السكوت بما يتمتع به أي مشروع من حرية في اختيار مضمون التعريف أو رفضه التعريف كتعبير عن موقف، لكن الأرجح أنه كان سيرا على خطى أغلب التشريعات المقارنة² التي غاب عن مجلاتها المدنية تعريف قانوني للحق العيني. ولذلك كان وجوبا على الفقه أن يسد مثل هذا الفراغ التشريعي، ويقدم تعريفا للحق العيني. وباستقراء مجموعة التعريفات المقترحة، يلاحظ تقارب في اعتماد عناصر التعريف مع اقتضاب متقاول في الصياغة، الأمر الذي يجعل من التعريف الأكثر رواجا وتدولا في كل المؤلفات سواء تلك المتعلقة بقانون الأموال أو المتعلقة بالنظيرية العامة للحق، ذاك الذي يعتبر الحق العيني سلطة قانونية يمارسها الشخص مباشرة على العين.³

وبالعودة إلى الفصل 309 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، يلاحظ أن المشرع عندما عرف حق الحبس قد التزم باعتماد نفس الخصائص المميزة لتعريف الحق العيني وهي مصدره وهيكليته ومضمونه. فحق الحبس "لا يجري إلا في الأحوال التي خصّتها القانون"، وهو بذلك يشتراك مع الحق العيني في انفراد القانون بإنشائه وتحديد ملامحه وضبط مدى مشروعيته⁴. أما اشتراط قيام حق الحبس بوجود الشيء المحبوس بين يدي الدائن الحابس، فهو ترجمة لهيكليّة الحق العيني المكونة من عنصرين اثنين: العنصر الأول هو صاحب الحق العيني أي الشخص المستفيد من ذلك الحق. والعنصر الثاني هو محل الحق أي الشيء الذي يتسلط عليه الحق⁵. كما يتتطابق مضمون حق الحبس مع مضمون الحق العيني لما يسمح به للدائن الحابس من ممارسة سلطة قانونية على الشيء المحبوس بفضل نفس ذلك الاتصال المادي الموجود بين صاحب الحق العيني ومحله، وهو ما يؤسس للاحتجاج به إزاء الكافة.

ب-تماهي الاحتجاج بحق الحبس مع الاحتجاج بالحق العيني

خلافا للحق الشخصي الذي لا يُحتاج به إلا على المتعاقدين بسبب نسبته، فإن الحق العيني يُحتاج به إزاء الكافة؛ لأنّه حق مطلق "يختلط بمحله ويشاركه في قيامه كيانا مستقلا واجب الاحترام على الناس كافة"⁶. ولقد كان لهذه الخاصية حضور في أحكام حق الحبس بما أن المشرع التونسي خول الدائن الحابس الاحتجاج

¹ Gérard CORNU, "Les définitions dans les lois", in Études offertes à Jean VINCENT, Dalloz, Paris, 1981, p. 72 et spéc. N°19, p. 86.

² باستثناء البعض منها على غرار قانون المعاملات المدنية الإماراتي الذي عرفت مادته 1/109 الحق العيني بأنه "سلطة مباشرة على شيء معنٍ يعطيها القانون لشخص معنٍ"، وكذلك القانون المدني الأردني الذي تولى تعريف الحق العيني بالمادة 1/69.

³ تعود نسبة هذا التعريف للفقيهين أوبيري ورو في مؤلفهما دروس القانون المدني الفرنسي:

Charles AUBRY et Charles RAU, Cours de droit civil français, Librairie Marchal et Billard, Paris, 1922, T.II, n° 172.

⁴ رابحة الغنوري، "مفهوم الحق العيني"، خمسينية مجلة الحقوق العينية 1965-2015، مرجع سابق، ص. 143 وخصوصا الصفحة 152 وما يليها.

⁵ خلافا لهيكليّة الحق الشخصي المكونة من عنصرين اثنين هما شخص الدائن وشخص المدين.

⁶ عبد الرزاق أحمد السنوسي، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثامن: حق الملكية، مرجع سابق، ف. 116، ص. 210. ويراجع كذلك: Marc Levis, l'opposabilité du droit réel, de la sanction judiciaire des droits, Préface Pierre RAYNAYD, Economica, Paris, 1989.

بحقه إزاء الكافه، بناء على نص عام يتمثل في الفصل 324 من مجلة الالتزامات والعقود الذي جعل نطاق الاحتجاز بحق الحبس شاملا الدائنين والمدين وخلفه الخاص؛ لاقضائه أنه "يسوغ الاحتجاز بحق الحبس على الدائنين وعلى من انجر له حق من المدين كلما ساغ الاحتجاز بذلك الحق على المدين". فطبق هذا النص، يجوز للدائن الحابس الاحتجاز بحقه على الدائنين العاديين سواء كان تاريخ ديونهم سابقا لقيام حق الحبس أو لاحقا له نظرا لعدم اكتسابهم لأي حق عيني على الشيء المحبوس. أما بالنسبة إلى الخلف الخاص للمدين، فاحتجاز الدائن الحابس به يستدعي تحديد أمرتين اثنين. فينبغي أولا تحديد الحق الذي انجر له من المدين، إن كان حقا عينيا تبعيا كالرهن أو حقا عينيا أصليا كحق الملكية الذي انتقل إليه بمقتضى عقد بيع مثلا. كما ينبغي ثانيا تحديد زمن اكتساب هذا الحق إن كان قد اكتسب قبل قيام حق الحبس أو بعده. وتبعا لهذا التحديد، يمكن القول بأن الدائن الحابس لا يعارض بحبسه إلا الدائن المرتهن أو المالك الجديد الذي اكتسب حقه المنجر له من المدين بعد إجرائه الحبس. ويمكن إثبات أسبقيته نشأة حق الحبس بكل الوسائل؛ لأن المراد إثباته هو المسك المادي للملال المحبوس الذي يعتبر مجرد واقعة قانونية¹. ويؤسس هذا الاحتجاز على ضرورة حماية نجاعة حق الحبس؛ لأنّه لو تعذر الاحتجاز بحق الحبس إزاء الدائن المرتهن للشيء المحبوس وإزاء مالكه الجديد، لأمكن للمدين توظيف رهن على ذلك الشيء المحبوس أو بيعه في أي وقت ليفك حبسه عنه².

أما إذا كان الحق الذي اكتسبه الدائن المرتهن أو المالك الجديد سابقا لحبس العين، فعندئذ يتعرّض على الدائن الحابس أن يحتاج بحبسه إزاءهما؛ لأن إشهار عقد الرهن وإشهار البيع من شأنه أن يقيم قرينة علم الغير بوجود هذه الحقوق العينية، الشيء الذي يجعل الدائن الحابس سيء التيبة لحبسه شيئا "يعلم أو كان من حقه أن يعلم أنه ليس على ملك المدين بناء على أحوال أو إعلانات يقتضيها القانون".³

الفقرة الثانية: تماهي حق الحبس مع الحق العيني التبعي

يبرز تماهي حق الحبس مع الحق العيني التبعي ضمنيا من خلال توافر خصائص هذا الحق فيه (أ)، وصراحة من خلال تصرح المشرع بانتماهه إلى قائمة الحقوق العينية التبعية (ب).

أ- التماهي الضمني لحق الحبس مع الحق العيني التبعي

يختلف مضمون الحق العيني التبعي عن مضمون الحق العيني الأصلي بسبب اختلاف الغاية من وجوده والمتمثلة في تعزيز حظوظ الدائن في استخلاص دينه بمنحة ثقة في قدرة مدينه على الوفاء.⁴ لذلك كان

¹ Jean-Louis BERGEL, Théorie Générale du droit ? op.cit., n° 260, p. 331.

² عبد الزراق أحمد الشهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني: نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، أثار الالتزام، مرجع سابق، ف. 674، ص. 1180.

³ الفقرة الثانية من الفصل 313 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية. وانظر في نفس المعنى: حاتم محمد، "حق الأفضلية في التأمينات العينية"، مقالة سابقة، ص. 401.

⁴ Pierre CROCQ, Propriété et garantie, Bibliothèque de droit privé, Tome 248, L.G.D.J., Paris, 1995, n°271, p. 222.

هذا الحق العيني تابعا لالتزام شخصي، فالعنصر المتبوع وهو أصلي يتمثل في التزام بأداء مبلغ مالي¹. وكان في مضمونه سلطة قانونية تتكون من مجموعة الصالحيات التي تخول الدائن في الوفاء المفضل على قيمة مال أو مجموعة أموال تم تخصيصها قانونا أو اتفاقا لهذا الغرض². وبالرجوع إلى الأحكام التي تضمنتها الفصول من 309 إلى 324 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، يعتبر حق الحبس حقا عينيا تبعيا لتوافر جميع خصائص هذا الحق فيه.

فحق الحبس حق عيني تبعي؛ لأنّه لا ينشأ مستقلا ومقصودا لذاته بل يستند في وجوده إلى التزام بأداء مالي ليضمن الوفاء به. وهو ما يؤخذ من تعريف حق الحبس بأنه "الحق في حوز الشيء الذي يملكه المدين حتى يؤدي ما عليه للدائن"³، فتُقييد عبارة "حتى يؤدي ما عليه للدائن" أن الدين الذي في ذمة المدين للدائن هو سبب وجود حق الحبس وغايته. فحق الحبس لا يمكن أن ينشأ بمعزل عن وجود الدين، ومتى نشأ فإنه يسير معه وجودا وعدهما بحيث يبقى قائما ما دام الدين لم يقع خلاصه، كما ينقضي حق الحبس متى انقضى الدين بكل أوجه انقضاء الالتزامات⁴.

وحق الحبس حق عيني تبعي تمثل وظيفته في ضمان استخلاص الدين بالأفضليّة؛ ولذلك يلحق بالتأمينات العينية تكييفا بناء على الفصل 323 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية الذي خوله أن "خلاص دينه من التّمن قبل غيره من الدّائنين". وهو ما يعني تكريسا صريحا للخاصيتين المميّزتين لحق أفضليّة الدائن الحبس وهما وعاء حق الأفضليّة وما يمنحه من أولويّة عند الترتيب. فوعاء حق الأفضليّة يتمثل في الثمن المتحصل عليه إثر بيع الشيء المحبوس بما يجعل التمييز قائما بين محل حق الحبس -الذي يمكن أن يكون متقولا أو عقار- وبين محل حق الأفضليّة الذي يتسلط على القيمة التقنية المتحصل عليها من بيع محل حق الحبس⁵. كما يمكن أن يتمثل ذلك الوعاء في العوض الذي يؤخذ عن الشيء المحبوس في صورة هلاكه، وهو ما كرّسته أحكام الفصل 321 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية عندما أفرّطت الحلول العيني لحق الحبس على الثمن المتحصل عليه إثر بيع المحبوس الذي يخشى فساده⁶. أمّا ترتيب أفضليّة الدائن الحبس، فقد توّلأه الفصل 323 عندما قدّمه على غيره من الدّائنين. فهو يستخلص دينه قبل جميع الدّائنين سواء كانوا دائنين عاديين أو كانوا دائنين آخرين مفضلين، وهو ما تسمح به عموميّة عبارة "قبل غيره من الدّائنين" والمدعومة

¹ يمكن أن يكون الالتزام الأصلي التزاما بالقيام بعمل أو التزاما بالامتناع عن عمل، ولكن عدم تنفيذ هذا النوع من الالتزامات يترجم إلى تعويض خسارة، فيشير الالتزام الأصلي في نهاية الأمر التزاما بأداء مبلغ مالي. وهو ما نص عليه الفصل 275 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية "إذا التزم أحد بعمل شيء طول بالخسارة عند عدم العمل"، والفصل 276 من نفس المجلة "إذا كان موضوع الالتزام النهي عن عمل شيء فالالتزام مطلوب بالخسارة بمجرد مخالفته ذلك".

² Michel CABRILLAC et Christian MOULY, Droit des sûretés, Litec, Paris, 1990, n°503, p. 387.

³ الفصل 309 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

⁴ هي الأسباب التي عدّها الفصل 339 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية: "تفصي الالتزامات بأحد الأوجه الآتية وهي: أولا: الوفاء، ثانيا: تعذر الوفاء، ثالث: الإبراء الاختياري، رابعا: تجديد الالتزام، خامسا: المقاومة، سادسا: اختلاط الذمة، سابعا: سقوط الدّعوى بمرور الزمن".

⁵ تعود أهميّة التمييز بينهما إلى تعلق تحديد محل حق الحبس بمرحلة قيامه بينما يهم محل الأفضليّة إحداث هذا التأمين لأثاره، انظر: حاتم محمدي، "حق الأفضليّة في التّأمينات العينية"، مقالة سابقة، ف. 53، ص. 407.

⁶ انظر أعلاه الفقرة 27.

بـ حق الدائن الحابس في الاحتجاز بالسلطة الفعلية التي يمارسها على الشيء المحبوس على الكافة¹. فطالما أن حق الدائن الحابس في الاحتفاظ الشيء المحبوس يبقى متواصلاً إلى أن يتم خلاصه من قبل كل من يريد التنفيذ على ذلك الشيء، فإن بلوغ مرامه في الوفاء المفضل يُصبح أمراً حتمياً.

كما أن حق الحبس حق عيني تبعي؛ لأنّه حق غير قابل للتجزئة، والمقصود بعدم التجزئة أن " محل التأمين في مجموعه وفي أجزائه يضمن إيفاء كامل الدين وكل جزء منه"²، فيستترجع من هذا المفهوم أن عدم التجزئة نطاقة مزدوجة؛ إذ يبقى حق الحبس قائماً ولا يتجزأ سواء تجزأ الدين الذي ضمنه أو تجزأ المحل الذي يتسلط عليه. وفي غياب نص يكرّس صراحة عدم تجزئة حق الحبس على غرار الفصل 208 من مجلة الحقوق العينية الذي كرس عدم تجزئة الرهن³، يكون الاستناد إلى الفصل 322 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية الذي رتب بعض النتائج القانونية لعدم التجزئة. فقد جاء هذا النص مقتضايا أنه "يجوز للمحكمة بحسب الأحوال أن تأمر برد الأشياء المحبوسة عند الدائن، إذا عرض المدين أن يودع عنده مبلغاً أو شيئاً يعادله أو أن يؤمّن المبلغ الذي ادعى به الدائن إلى فصل الخصم بينهما. وإعطاء ضامن توثقة لا يكون كافياً لفك المحبوس". فإقرار المشرع بعدم تجزئة حق الحبس واضح من خلال جعل إمكانية حكم المحكمة برد الشيء المحبوس إلى المدين مقيدة بشرط إيداع مبلغ مالي مساوٍ له أو تأمين مثل ذلك المبلغ، وهو ما يعني بقاء حق الحبس قائماً دون تجزئة بموجب الحلول العيني أي بموجب ممارسة الدائن الحابس حبسه على العوض النقدي الذي يضعه أو يؤمّنه المدين. كما أن استبدال الشيء المحبوس بتقديم كفالات لا يسمح للمحكمة برد المال المحبوس بسبب اختلاف الطبيعة القانونية للكفالات عن حق الحبس. فالكافالة تؤمن شخصياً لا يمكن أن يحل محل حق الحبس الذي هو تأمين عيني بموجب الأحكام الذي نظمته، وبموجب التصريح بعينيته وانت茂ه إلى قائمة الحقوق العينية التبعية.

بـ التماهي الصريح لـ حق الحبس مع الحق العيني التبعي

لم يكن الواقع القانوني لـ حق الحبس على قدر من الوضوح قبل صدور مجلة الحقوق العينية التونسية؛ لأن طبيعته القانونية كانت محل جدل فقهي، هل كان حقاً شخصياً أم هو تأمين عيني. وكانت حجج من تمسك بشخصية حق الحبس قائمة على تنظيم أحكامه في مجلة الالتزامات والعقود، وهو ما يضفي عليه الصبغة الشخصية باعتبارها مجلة خاصة بالحقوق الشخصية كما تدلّ عليه تسميتها. هذا بالإضافة إلى أن تنظيمه تحت عنوان "في بعض الوسائل التي يحصل بها الوفاء بالعقود"⁴ يجعله مشتركاً معها في طبيعتها الشخصية على

¹ لا تكفي عمومية عبارة "قبل غيره من الدائنين" للقول بأفضلية الدائن الحابس على غيره من الدائنين لوجود مثل هذا العبارة العامة في الفصل 195 من مجلة الحقوق العينية التونسية والتي بموجبها تمنح الأولوية لصاحب الامتياز "الذين الممتاز مفضل على غيره من الديون".

² محمد سعيد، "عدم تجزئة التأمينات العينية"، بحث في التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص. 223، وخصوصاً ص. 231.

³ جاء بهذا الفصل ما يلي: "الرهن غير قابل للتجزئة ويفقد بكمله على كل جزء من الشيء الذي هو موضوعه ويضمن جملة الدين". انظر: راجحة الغندرى، الرهن العقاري، دار الكتاب، تونس، 2020، ف. 17، ص. 33.

⁴ هو العنوان الرابع من الباب الثاني الحامل لعنوان "في الوفاء بالالتزامات".

غرار العربون والدعوى المنحرفة. لكن الاتجاه المدافع على عينية حق الحبس¹ قام بالرّد على هذه الحجج. فالتمسّك بتنظيم حق الحبس بمجلة الالتزامات والعقود، يمكن أن يكون حجّة قوية للقول بالطبيعة الشخصيّة لحق الحبس لو كانت هذه المجلة منذ صدورها خاصّة بالحقوق الشخصيّة. لكن من المعلوم أنّ مجلة الالتزامات والعقود، كانت تنظم سائر التأمينات العينية من امتيازات ورهن²، وبالتالي لا يمكن الجزم بأنّ التنظيم بمجلة الالتزامات والعقود يضفي آلياً الصبغة الشخصيّة على ما تمّ تنظيمه من حقوق. أمّا تنظيم حق الحبس مع بقية الوسائل التي يحصل بها الوفاء بالعقود فلا يُفيد اشتراكه معها في طبيعتها الشخصيّة، بل يُفيد اشتراكه مع الدّعوى في وظيفتها كضمانته، واشتراكه مع العربون³ في وظيفته كوسيلة ضغط على المدين⁴. وهو ما يجعل تفوق حق الحبس على سائر الدّعوى الأخرى ثابتاً من خلال ازدواجيّة وظيفته. فحق الحبس يشكّل ضماناً؛ لأنّه كبقيّة الدّعوى الأخرى يمكن من مواجهة إعسار مدينه "الفعلي أو المفتعل"⁵، لكنه يختلف عنها من حيث طريقة مواجهة الإعسار. فلا يكتفي الدائن الحابس بمجرد التّصدّي إلى محاولات المدين إفراغ دمّته الماليّة "غشاً أو تهالينا"⁶، بل هو يستبق تلك المحاولات من خلال حوزه شيئاً على ملك مدينه للتنفيذ عليه واستخلاص دينه منه بالأفضلية متى أجاز له المشرع ذلك. ومن خلال تفّرده بالجمع بين مصدره القانوني وطبيعته الحيازية، يتفوق حق الحبس على العربون كذلك. فالعربون، رغم كونه "نوعاً من الخطية معجلة الدفع"⁷، لا يكون فاعلاً كوسيلة ضغط على المدين لحثّه على إتمام العقد إلا إذا تمّ الاتفاق عليه، في حين يكون حق الحبس فاعلاً في كل الحالات التي نصّ عليها القانون ولا يحتاج إلى إرادة الأطراف لتنشئه.

ولعل رغبة المشرع في المحافظة على هذه الازدواجيّة في وظيفة حق الحبس، من كونه ضماناً ووسيلة ضغط على المدين، هي التي جعلته يُبقي تنظيم أحکامه في مجلة الالتزامات والعقود ولا يقوم بترحيلها إلى مجلة الحقوق العينية عند صدورها كما فعل بأحكام الامتياز والرّهن، ويكتفي بالتصريح بعينيته في الفصل 193 منها.

لقد كان لصدور مجلة الحقوق العينية سنة 1965 فرصة ملائمة للمشرع حتى يتدارك سكوته حول تحديد الطبيعة القانونية لحق الحبس. فقد جزم صراحة بأنّ حق الحبس تأمّن عينيّ بالفصل 193 من هذه المجلة معتبراً إياها "أحد الأسباب القانونية في تفضيل بعض الدّائنين على بعض" إلى جانب الامتياز والرّهن.⁸

¹ رابحة العنيري، "حق الحبس يكون أو لا يكون؟ تعليق على قرار تعقيبي مدني عدد 58222 بتاريخ 6 مارس 2012"، قراءات في اتجهادات قضائية I-، وحدة البحث "فقه قضاء"، مركز النشر الجامعي، تونس، 2018، ص. 353.

² كانت مجلة الالتزامات والعقود التونسيّة تنظم الامتيازات في الفصول من 1623 إلى 1632، والرهون في الفصول من 1533 إلى 1547، ثم نسخت هذه الفصول بموجب الفقرة الثانية من الفصل الثاني من القانون عدد 5 لسنة 1959 المتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية.

³ تمّ تنظيم العربون في الفصول من 303 إلى 305 من مجلة الالتزامات والعقود التونسيّة في القسم الأول من الباب الرابع المشار إليه أعلاه.

⁴ Philippe GERBAY, *Moyens de pression privée et exécution du contrat*, Thèse Dijon, 1976, p. 76 et suivant.

⁵ حاتم بن عبد الحميد الرواتي، *الحماية القانونية للدائنين العادي*، دار النشر للميزان، سوسة، 2008، ف. 85، ص. 131.

⁶ عبد الرّزاق أحمد السنّوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني: نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات-أثار الالتزام، مرجع سابق، ف. 940، ص. 526.

⁷ جان دوبلا، *شرح مجلة الالتزامات والعقود التونسيّة*، تعرّيب محمد الملاقي، مرجع سابق، ص. 60.

⁸ جاء الفصل 193 من مجلة الحقوق العينية التونسيّة ناصتاً على ما يلي: "الأسباب القانونية في تفضيل بعض الدّائنين على بعض هي الامتياز والرّهن وحق الحبس".

حق الاحتجاز وحق العينيّة: تماذل أم تناقض

وبذلك يعد الفصل 193 مكملاً تشريعياً قاطعاً بالطبيعة العينية لحق الاحتجاز ليس فقط لتواجده في المجلة الخاصة بتنظيم مختلف الحقوق العينية، بل وكذلك لمضمونه القائم على اعتراف بانتفاء حق الاحتجاز إلى القائمة الحصرية للحقوق العينية التبعية. ولعل غياب مثل هذا الشاهد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي هو الذي يبرر بقاء تراوح طبيعة حق الاحتجاز بين الحق الشخصي والحق العيني.

المطلب الثاني: تراوح طبيعة حق الاحتجاز بين الحق الشخصي والحق العيني

يبرز تراوح طبيعة حق الاحتجاز بين الشخصية والعينية من خلال انسجام هذا الحق مع الحق الشخصي من ناحية (الفقرة الأولى)، وتقاربه من الحق العيني من ناحية أخرى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: انسجام حق الاحتجاز مع الحق الشخصي

يتحلى انسجام حق الاحتجاز مع الحق الشخصي من خلال المصدر الذي ينشأ عنه (أ)، والوظيفة التي يقوم بها (ب).

أ- انسجام حق الاحتجاز مع الحق الشخصي مصدرًا

تختلف الحقوق العينية عن الحقوق الشخصية من حيث المصدر. فالحقوق العينية أوردها القانون على سبيل الحصر بما لا يتيح فرصة لإرادة الأفراد إنشاء حقوق عينية غير تلك التي حدّدها المشرع. أما الحقوق الشخصية، فيستطيع الأفراد بواسطة تصرّفاتهم القانونية المختلفة إنشاءها ولو لم ينظمها القانون.¹ ونتيجة لهذا الطابع الانفرادي للقانون في إنشاء الحق العيني، لا يمكن اعتبار حق الاحتجاز حقاً عيناً تبعياً بناءً على عدم تنصيص المشرع عليه بالفقرة الثانية من المادة 110 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، حيث اقتضت هذه الفقرة أن "الحقوق العينية التبعية هي الرهن التأميني والرهن الحيازي وحق الامتياز". وإذا ما غاب حق الاحتجاز عن هذه القائمة المغلقة للحقوق العينية، فإن تكييفه كحق شخصي يصبح أمراً حتمياً. فهو ينتمي إلى صنف الحقوق الشخصية باعتباره "صنفاً قانونياً مفتوحاً يستوعب كلّ ما لا يدرج في الأصناف الموازية له"²؛ لأن الحق إن لم يكن عيناً بإرادة المشرع، فهو شخصي بإرادة الأطراف. وتؤكدنا لانتفاء حق الاحتجاز لصنف الحقوق الشخصية، ارتئى المشرع الإماراتي عدم إبراد أحوال الاحتجاز على سبيل الحصر مستعيناً بذلك بوضع قاعدة عامة بالمادة 414 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي³ فتحامى بذلك ما ينطوي عليه البيان على سبيل الحصر من إسراف في الحرج والتضييق³.

ويعتبر غياب حق الاحتجاز عن قائمة الحقوق العينية التبعية معياراً محدداً لطبيعة هذا الحق. ففي القانون التونسي كان الفصل 193 من مجلة الحقوق العينية قاطعاً بعينية حق الاحتجاز بسبب وجوده ضمن

¹ حاتم محمد، دروس في القانون المدني، جزء أول: قانون الأموال، منشورات مجمع الأطروش للكتاب المختص، تونس، 2012، ف. 68.

² Edmond PICARD, Le droit pur, Flammarion, Paris, 1908, p. 76.

³ المذكرات الإيضاحية لقانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص. 435.

القائمة الحصرية للتأمينات العينية. أما في القانون المصري، فبعد أن كان حق الحبس حقاً عيناً متواجداً في نفس قائمة الحقوق العينية التي تترتب على الأموال إلى جانب حق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الامتياز وحق الرهن وحق الاختصاص، أصبح حقاً شخصياً؛ لأن المادة 19/5 التي كانت تتضمن هذه القائمة قد تم إلغاؤها عند صدور القانون المدني المصري سنة 1948. يبقى أن الفقه المصري لم يعتبر إخراج المشرع لحق الحبس من قائمة الحقوق العينية معياراً حاسماً وقطعاً بشخصية هذا الحق، بل ظل متربّداً بين اعتباره تأميناً شخصياً أو تأميناً عيناً¹.

لكن نفي المشرع الإماراتي الصيغة العينية عن حق الاحتجاز لم يبق دون أثر على وظيفته. فعدم انتماء حق الاحتجاز إلى قائمة الحقوق العينية التبعية يعيق اعتباره تأميناً عيناً مما يحول دون قيامه بالدور الانتمائي المنوط بعهدة التأمينات العينية. لكن إن لم يكن حق الاحتجاز تأميناً عيناً، فما عساه أن يكون؟

ب-انسجام حق الاحتجاز مع الحق الشخصي وظيفة

إذا كانت التأمينات العينية "تُعبر عن نظام قانوني موحد، له وسائله الفنية وسماته الخاصة، فإن فكرة الضممان تُعبر عن وظيفة اقتصادية أكثر من تعبيرها عن نظام قانوني موحد"². من ثم، أمكن القول أن عدم تكيف حق الاحتجاز بالتأمين العيني لا يحول دون اعتباره وسيلة من وسائل الضممان. ولقد استشعر المشرع الإماراتي هذه الوظيفة لحق الاحتجاز عندما نظمها تحت عنوان "الوسائل المشروعة لحماية التنفيذ". فأن يأخذ المشرع على عاتقه حماية تنفيذ الالتزامات، فذلك يعني أنه وفر ضماناً قانونياً للدائن المحتجس من خلال الضغط الذي يمارسه على المدين لينفذ التزامه، فامتناعه عن إرجاع الشيء المحتجس يُشكّل وسيلة إكراه ناجعة تجعل المدين يتسارع إلى الوفاء بما التزم به متى أراد استرجاع ذلك الشيء من بين يديه.

ومن مؤيدات القول أن حق الاحتجاز يُشكّل ضماناً للدائن المحتجس طريقة ممارسته في الالتزامات التعاقدية. فحق الحبس يُمارس عن طريق الدفع وتحديداً عن طريق الدفع بعدم التنفيذ، وهذا ما كرّسته صراحة المادة 414 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي "كل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به"³. فالدفع بعدم التنفيذ يُشكّل المتعاقد ضد معاقدة بحكم القانون ويتمثل في حق الامتناع مؤقتاً عن الوفاء بالتزامه نحوه إلى أن يؤدي الطرف الآخر التزامه المقابل. ولقد كرّست المادة 247 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي هذا المفهوم باقتضائه أنه

¹ يراجع مثلاً موقف الفقيه عبد الرزاق أحمد الشتيري الذي أقصى حق الحبس من دراسة التأمينات الشخصية، لأنَّه حسب رأيه "لا يمت إلى التأمينات الشخصية بصلة"، كما اعتبر أنه "ليس من التأمينات العينية" رغم إقراره الصريح بشبهة بها "بل هو أقرب إلى التأمينات العينية، لأنَّ الدائن يحبس في يده مالاً مملوكاً للدائن"، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر: في التأمينات الشخصية والعينية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1970، ف. 9، ص. 15. وانظر في نفس الاتجاه: فكري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص. 23: "مما سبق يتضح جلاءَ أنَّ الحق في الحبس في التقين المدني المصري الحديث ليس هو بالحق العيني ولا بالحق الشخصي". وكذلك نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، دار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص. 52: "وضع المشرع الحق في الحبس في منزلة التأمينات، بالرغم من أنه ليس تأميناً بالمعنى الفني الدقيق".

² Laurent AYNÈS, « Les garanties du financement », Rapport de synthèse présenté au 82^e congrès des notaires, 1980, Defrénois, 1986, p. 910, et spéc. N°3, p. 911.

³ المذكرات الإيضاحية لقانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص. 435.

"في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المترتبة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به". فالدفع بعدم التنفيذ يُشكل من هذه الناحية استثناء للقوة الملزمة للعقد المنصوص عليه بالمادة 246 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي. وأن يشفع المشرع هذا المبدأ باستثناء في المادة الموالية- أي المادة 247-، فإن ذلك لم يكن من قبيل الصدفة، بل كان من قبيل إقرار بوجدة الطبيعة القانونية للمبدأ والاستثناء. فعملاً بقاعدة أن "كل مسألة يجب أن تُطلب في موضعها"¹، تعتبر القوة الملزمة للعقد كمبدأ والدفع بعدم التنفيذ كاستثناء، حقيقين شخصيين؛ لأنّ الموضع الوارد به كان مختصاً "للآثار العقدية بالنسبة للمتعاقدين"، أي هو موضع خاص بالحقوق الشخصية.

يبقى أن التدليل على انسجام حق الاحتجاز مع الحق الشخصي من حيث وظيفته يحتاج إلى تدقيق في تكييفه كضمان، فما عساه أن يكون النعت الموافق لهذا الضمان؟

بالرجوع إلى الأحكام التي تنظمه موضعاً ومضموناً، يُعدّ حق الاحتجاز ضماناً قانونياً خاصاً. فمفرد وصف حق الاحتجاز بالضمان قانونيٌّ تنظيمه من قبل المشرع ضمن "الوسائل المشروعة لحماية التنفيذ" بما يجعل القانون مصدر هذا الضمان دون إرادة الأفراد، وهو ما ينفي عنه وصفه بالضمان الاتفاقي أو إمكانية أن يكون ضماناً اتفاقياً على النحو الذي أقرّه مثلاً المشرع الفرنسي الذي أجاز إجراء حق الاحتجاز من قبل الدائن الذي سلمه مدينه إرادياً شيئاً على ملكه إلى حين وفائه بالدين². أمّا وصفه بالضمان الخاص، فهو من باب تمييزه عن الضمان العام المتاح لكل الدائنين دون استثناء بناء على عمومية عبارة "الديون" الواردة بالمادة 391 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي "أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه".

يبقى أن هذه السلسلة في التدليل على انسجام حق الاحتجاز مع الحق الشخصي لا تقيم الحجة القاطعة على حسم المشرع موقفه من الطبيعة القانونية لهذا الحق، وذلك لوجود حجج مقابلة يمكن أن يستخلص منها تقارب حق الاحتجاز مع الحق العيني.

الفقرة الثانية: تقارب حق الاحتجاز من الحق العيني

يستخلص تقارب حق الاحتجاز مع الحق العيني من خلال تميزه عن الدفع بعدم التنفيذ (أ)، وتشابهه مع الرهن العقاري (ب).

أ- تميز حق الاحتجاز والدفع بعدم التنفيذ

¹ ابن رشد، فصل المقال، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 1997، ص 93.
² وهو ما اقتضته الفقرة الأولى من المادة 2286 من المجلة المدنية الفرنسية: "يمكن أن يتذرع من حق الاحتجاز على الشيء: 1- كل من سلم الشيء لحين إيفاء دينه"، القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، طبعة دالوز 2009، مرجع سابق، ص. 2028. انظر: Augustin AYNÈS, « Le droit de rétention conventionnel, quelle efficacité ? », *Revue droit et patrimoine*, novembre 2005, p. 40.

لا يُعتبر تأسيس ممارسة حق الاتباع على الدفع بعدم التنفيذ حجة على اعتباره حقاً شخصياً لاختلاف هاتين الوسائلتين الضامنتين للوفاء بالدين أساساً ومجالاً وأثاراً.

تمايز حق الاتباع والدفع بعدم التنفيذ أساساً: لا يؤسس حق الاتباع على الدفع بعدم التنفيذ كما لا يؤسس عدم التنفيذ على حق الاتباع؛ لأنّ لكلّ وسيلة أساسها القانونيّ الخاصّ بها. أساس حق الاتباع أحکام المواد من 414 إلى 419 من قانون المعاملات المدنيّة الإمارتيّ في حين تشكّل المادة 247 من نفس القانون أساس الدفع بعدم التنفيذ لاقتضائه أنّه "في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المترافقية مستحقة الوفاء جاز لكلّ من المتعاقدين أن يتمتع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به". لكنّ منطوق هذا النص وإن كان يقترب من منطوق المادة 414 من حيث تكريس كليهما لآلية الدفع، إلا أنّهما لا يتطابقان لاختلاف موضوع الدفع بينهما. فموضوع الدفع بالمادة 247 هو عدم تنفيذ أي التزام سواء كان التزاماً بالقيام بعمل أو التزاماً بعدم القيام بأداء شيء في حين حدد المشرع موضوع الدفع بالمادة 414 بعدم الوفاء بالتزام بأداء شيء. لكن إمكانية استيعاب موضوع الدفع بعد التنفيذ لموضوع الدفع في حق الاتباع لا تعني الخلط بينهما. فعندما يتعلق موضوع الدفع بالتزام بأداء شيء في عقد ملزمة للجانبين يتقطع حق الاتباع مع الدفع بعدم التنفيذ، لكن دون أن يصير أحدهما تطبيقاً من تطبيقات الآخر. فلا يمكن اعتبار حق الاتباع هو الأصل، والدفع بعدم التنفيذ تطبيقاً لهذا الأصل في مجال العقود الملزمة للجانبين¹؛ لأن المفترض في الأصل أن يكون أوسع من التطبيق وشاملاً لكلّ أنواع الالتزامات، لا أن يكون أضيق منه ومنحصراً في الالتزام بأداء شيء. ويترتب عن القول بخلاف ذلك دحض قرينة أن المشرع لا يكرر نفسه وإفراغ المادة 247 من محتواها ومن جدواها لإمكانية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ على أساس المادة 414 المكرّسة لقاعدة حق الاتباع.

تمايز حق الاتباع والدفع بعدم التنفيذ مجالاً: يقتصر ميدان تطبيق الدفع بعدم التنفيذ على جميع الالتزامات المرتبطة التي تنشأ عن العقود البادلية. أما ميدان حق الاتباع فهو أوسع من ذلك؛ لشموله الحالات القائمة على الارتباط القانوني عند وجود علاقة بين مصدر الاتباع وبين دين الدائن المحتجس، وكذلك الحالات القائمة على الارتباط المادي عند وجود علاقة بين الشيء المحتجس وبين دين الدين المحتجس. ويُعتبر إجراء حق الاتباع خارج كلّ علاقة تعاقدية معياراً محدداً لتمييز حق الاتباع عن الدفع بعدم التنفيذ في قانون المعاملات المدنيّة الإمارتيّ، وفي غيره من القوانين المدنيّة المقارنة على غرار القانون التونسي الذي اشترط في الفقرة الثالثة من الفصل 314 من مجلة الالتزامات والعقود "أن يكون الدين نشاً من معاملات بين الدائن والمدين أو تولد من الشيء المراد حبسه" لإجراء حق الاتباع، أو كذلك القانون المصري في المادة

¹ يراجع هذا الموقف لدى الفقيه عبد الرزاق السنّوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ف. 494، ص. 731.

حق الاحتجاز وحق الاحتباس: تمايز أم تناقض

لكن لا يمكن مسايرة من بالغ في الاعتداد بهذا المعيار إلى حد الجرم بأنه "في الحقيقة لا يوجد سوى نوع واحد من الحق في الاحتجاز، وهو الذي يقوم على الارتباط المادي بين الشيء المحبوس وبين الحبس، أما الحق في الاحتجاز المزعوم الذي يقوم على الارتباط القانوني ما هو في الحقيقة إلا دفع بعد التنفيذ"². ويعد رفض مثل هذه المبالغة إلى تعارضها الواضح مع التصوص الصربيحة التي وسعت من ميدان حق الاحتجاز ليشمل العلاقات التعاقدية وغير التعاقدية.

تمايز حق الاحتجاز والدفع بعدم التنفيذ آثاراً: إذا كان لكل من حق الاحتجاز والدفع بعدم التنفيذ أثره في الضغط على المدين للوفاء بالتزامه، فإن مآل هذا الضغط مختلف لمحدودية نجاعة الدفع بعدم التنفيذ. فنجاعة هذه الآلية محدودة لأن ممارستها تؤدي إلى إيقاف تنفيذ العقد لمدة فقط وليس إلى ما لا نهاية له. ويكون إنهاء تعليق التنفيذ إما قضائيا بطلب أحد المتعاقدين فسخ العقد لاغفائه نهائياً من التزامه تبعاً لعدم وفاء المتعاقدين الآخر بالتزامه المقابل. كما يكون الإنماء اتفاقياً من خلال لجوء المتعاقدين إلى الإقالة باعتبارها أحد أسباب انقضاء الالتزامات المتمثلة في تراضي المتعاقدين على فسخ الالتزامات الناشئة من العقود إثر التعاقد³، وهو ما أقرّته صراحة المادة 268 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي "للمتعاقدين أن يتقايلوا العقد برضائهم بما أنّ المشرع الإماراتي أجاز أن يكون وسيلة تنفيذ من خلال الاعتراف للدائن المحتجز بأنه "أحق من باقي الغرماء في استيفاء حقه"⁴ من الشيء المحتجز. ومن المؤكد أن تفوق نجاعة حق الاحتجاز عن الدفع بعدم التنفيذ يعود إلى اختلاف في الطبيعة القانونية لكليهما. فالدفع بعدم التنفيذ يبقى حقاً شخصياً، أما حق الاحتجاز، فانسجامه مع الحق الشخصي عند إجرائه لا يحجب تقاربه مع الحق العيني عند ممارسته التي تتقرب مع حق عيني آخر هو الرهن الحياري.

ب-تشابه حق الاحتجاز والرهن الحياري

يؤدي التقارب في الطبيعة القانونية إلى تطبيق نفس الظالم القانوني، ولعل هذه الغاية المنشودة من كل عملية تكيف⁵. وتجد هذه القاعدة المنهجية تطبيقاً لها مع حق الاحتجاز باعتبار أن إ حالات المشرع الإماراتي في المادة 417 من قانون المعاملات المدنية إلى "الإجراءات الخاصة ببيع المرهون حيازة" عند هلاك أو تعيب الشيء المحبوس لم تكن إ حالات من فراغ، بل كانت إ حالات مؤسسة على اشتراك في الطبيعة المزدوجة

¹ نصت المادة 246 من القانون المدني المصري على ما يلى: "1-لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا. 2- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محزمه إذا هو أنفق عليه مصاريف ضرورية أو نافعه، فإن له أن يتمتع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالردد ناشئاً عن عمل غير مشروع".

² فواز صالح، "الطبيعة القانونية لحق في الاحتجاز (دراسة مقارنة)"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الأول، 2013، ص. 39 وخصوصاً. 58.

³ Imed ARIBI, « Regards sur "al Iquala" ou le "mutuus dissensus" », Revue Tunisienne de Droit, 1999, p.21.

⁴ المادة 418 من قانون المعاملات المدنية الإماراتية.

⁵ Frédéric ROUVIÈRE, « Le revers du principe " Différence de nature (égale) Différence de régime" », article précité, n°10, p. 431.

لهذين الحقين من كونهما حقين عينيين تبعيin وحيازبيin. فلا يمكن للمشرع أن يحيل إلى أحكام الرهن الحيازي إذا كان يعتبر أن طبيعة حق الاحتجاز تناقض مع طبيعة هذا التأمين العيني خاصة وأن موضع الإحالة كان متعلقا بإجراءات التنفيذ على الشيء المحتبس، وهو ما يفترض في هذين الحقين اشتراكاهما في الطبيعة العينية التي تتيح سلطة التنفيذ على محل كل منهما. كما يعزى إحالة المشرع إلى أحكام الرهن الحيازي إلى قيام حق الاحتجاز هو الآخر على الحيازة التي ينبغي أن توجد ابتداءً وتتواصل انتهاءً. ولقد كان لوحدة الطبيعة الحيازية لحق الاحتجاز والرهن الحيازي أثرها كذلك في تقرير حق استرداد محل كليهما متى خرج بغير إرادة الدائن المحتبس أو الدائن المرتهن. فوجوب أن تبقى الحيازة عند هذين الدائنين يشكل دعامة قوية لحقهما سوّغت لبعض الفقهاء اعتبار حق الاحتجاز والرهن الحيازي بمثابة "المضاد الاقتصادي" بسبب ما يسمح به من تجميد الشيء محلهما¹.

يبقى التدقيق مستوجبا، حتى لا يؤخذ من إحالة المشرع الإماراتي إلى أحكام الرهن الحيازي على أنه خلط بين حق الاحتجاز وهذا الرهن الحيازي لترتيب هذا الأخير أثرا قبل التنفيذ على المرهون يُسمى هو الآخر حق الحبس. فحق الاحتجاز يظل حقاً مستقلًا ومنصوصاً عليه بأحكام خاصة به هي المواد من 414 إلى 419 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي. أما حق حبس المرهون، فهو أثر من آثار الرهن ولا يتمتع بأية استقلالية وفق ما أورده المادة 1477 من أنه "للمرتهن أن يحبس المرهون حيازياً إلى أن يستوفي كامل دينه وما يتصل به من ملحقات أو نفقات وبعدئذ عليه أن يرد المرهون إلى راهنه".

¹¹ Michel CABRILLAC et Christian MOULY, Droit des sûretés, op.cit, p. 421.

الخاتمة

60- يسمح هذا البحث في نهايته بالوقوف على نتائج وتقديم توصيات.

تتمثل النتائج المستخلصة في عمق التماذل الموجود بين حقّ الحبس كما نظمته مجلة الالتزامات والعقود التونسيّة وحقّ الاحتباس كما تم تنظيمه بموجب أحكام قانون المعاملات المدنيّة الإماراتيّ. فقد تم رصد الكثير من التشابه بين هذه الأحكام بلغ حدّ تطابقها في بعض الأحيان. ولم يكن للوقف على بعض الاختلافات في هذه الأحكام أثر على هذا التماذل؛ لأنّ هذه الاختلافات لم تمسّ بجوهر الأحكام بقدر ما كانت متعلقة إما بعدم اعتماد نفس الصياغة عند وضع بعض الأحكام أو بتعديل بعض ما جاء في مضمونها. لكن هذا العمق المرصود في تماذل النظام القانوني لكلّ من حقّ الحبس وحقّ الاحتباس واكبه في المقابل تناقض في الطبيعة القانونية حيث كان حقّ الحبس حقّاً عينياً بموجب موقف تشريعيٍ صريح ومصرّح بانت茂ائه إلى قائمة التأمينات العينية. بينما ظلّ الغموض سائداً حول الطبيعة القانونية لحقّ الاحتباس لبقاءه في منزلة بين المنزلتين، فهو ليس تأميناً عينياً؛ لأنّ المشرع الإماراتي لم يدرجه مع قائمة الحقوق العينية التبعية الواردة حسراً في المادة 110/2. وهو ليس حقّاً شخصياً؛ لأنّ تعامل المشرع معه كان مشابهاً لتعامله مع بقية التأمينات العينية خاصةً من خلال الإقرار بجوهرها المتمثّل في حقّ التقدّم ومن خلال الإحالة إلى أحكام الرهن الحيّاري.

أما التّوصيات، إن جاز تقديمها، فسيكون ذلك بغية تحقيق المعادلة بين تعزيز حقّ الحبس وحقّ الاحتباس بوصفهما ضمانين يدعمان حظوظ الدائن في استخلاص دينه وحماية مال المدين الذي يوجد لسبب تعادي أو مادي بين يدي الدائن. فتعزيز حظوظ الدائن في استخلاصه دينه يقتضي من المشرع الإماراتي أن ينسج على منوال نظيره التونسيّ ويعلن صراحة عن انتماء حقّ الاحتباس إلى قائمة الحقوق العينية التبعية. ومن شأن هذا الإعلان أن يشكّل إضافة نوعية إلى الضمانات العينية التي تحتاجها دولة مستقطبة للاستثمارات الأجنبية كدولة الإمارات العربية المتحدة. أما حماية مال المدين، فتقتضي تدخلاً من المشرع التونسيّ بنفتح بموجبه الأحكام المتعلقة بواجب الحفظ المحمول على كاهل الدائن الحابس. فالخلص من المعيار الذاتي القائم على مساءلة الدائن الحابس الذي لم يعتن بالمال المحبوس عنيته بالأشياء التي على ملكه، يكون باستبداله بالمعيار الموضوعي الذي اعتمد نظيره الإماراتي والمتمثّل في عنایة الرجل المعتمد. فهذا المعيار من شأنه أن يحول دون التسامح مع الدائن الحابس المهمّل كما يحول دون التشدّد مع الدائن الحابس الحريري.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

1- المؤلفات

- أحمد إدريوش، أصول قانون الالتزامات والعقود، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، أطروحة دكتوراه دولة في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس بالرباط، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط، 1992.
- جان دوبلا، شرح مجلة الالتزامات والعقود التونسية، تعریب محمد المالقي، الجزء الثاني، طبعة أولى، تونس، 1948.
- حاتم بن عبد الحميد الرواتبي، الحماية القانونية للدين العادي، دار النشر للميزان، سوسة، 2008.
- حاتم محمدي، دروس في القانون المدني، جزء أول: قانون الأموال، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2012.
- حسن ابن الهيثم، المناظر، ترجمة وتحقيق عبد الحميد صبره، المقالات 1-2-3، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1983.
- رابحة الغنري، الرهن العقاري، دار الكتاب، تونس، 2020.
- رافت محمد أحمد حماد، حق الحبس كوسيلة للضمان (دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي)، دار التهضة العربية، القاهرة، 1990.
- زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالشريائع الإسلامية والرومانية والقوانين الحديثة، المجلد الأول، الطبعة الثانية، دار الثقافة، بيروت، 1961.
- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج. 16، مطبعة السعادة، القاهرة، 1913.
- شهاب الدين القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، دار العلم للكتب، بيروت، على طبعة دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة لسنة 1928.
- صالح بن عثمان بن عبد العزيز الهليل، توثيق الدين في الفقه الإسلامي، الإدارية العامة للثقافة والنشر، المملكة العربية السعودية، 2001.
- صبحي مسكوني، القانون الروماني، طبعة ثانية مزيدة ومنقحة، مطبعة شفيق، بغداد، 1971.
- عباس العبدلي، تاريخ القانون، جامعة الموصل، 1994.
- عبد الرزاق أحمد الستهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- عبد الرزاق أحمد الستهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
 - * الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دون تاريخ نشر.
 - * الجزء الثاني: نظرية الالتزام بوجه عام، الإثباتات-آثار الالتزام، دون تاريخ نشر.
 - * الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية - البيع والمقايضة، دون تاريخ نشر.
 - * الجزء الثامن: حق الملكية، دون تاريخ نشر.
 - * الجزء العاشر: في التأمينات الشخصية والعينية، 1970.
- عبد الناصر توفيق العطار، التأمينات العينية، كلية أسيوط، مصر، 1980.

حق الحبس وحق الاحتجاز: تماذل أم تناول

- عثمان بن علي الزيلعي، *تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (حافظ الدين النفسي)*، الجزء الخامس، المطبعة الأميرية، بولاق القاهرة، 1314 هجري.
- علاء الدين الكاساني، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*، مطبعة الجمالية، القاهرة، 1910.
- محمد حسين منصور، *القانون المقارن*، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، الطبعة الثانية، مركز التّشـرـاجـعـيـ، 2003.
- محمد وحيد الدين سوار، *الاتجاهات العامة في القانون المدني*، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.
- مصطفى أحمد الزرقا، *المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي*، الطبعة الثالثة، دار القلم، دمشق، 1999.
- نبيل إبراهيم سعد، *الضمادات غير المسماة في القانون الخاص*، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.
- نوري حمد خاطر، *شرح قانون المعاملات المدنية الإماراتي*، طبعة أولى، دار حافظ للنشر، العين، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2018.

2- المقالات

أحمد بن طالب:

* "تقنين مادة الحقوق العينية"، *خمسينية مجلة الحقوق العينية 1965-2015*، مركز التّشـرـاجـعـيـ، تونس، 2017، ص 13.

* "لمحة عن التأمينات في الفقه الإسلامي"، دراسات في قانون التأمينات، عمل جماعي لهيئة تدريس قانون التأمينات بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، المطبعة العصرية، تونس، ص 177.

- بثينة بوقدة شعبان، "مجلس تدوين القرآن ومشروع مجلة الالتزامات والعقود لسنة 1899"، كتاب مأوية مجلة الالتزامات والعقود 1906-2006، مركز النشر الجامعي، 2006، ص 17.

- حاتم محمدي، "حق الأفضلية في التأمينات العينية"، دراسات في قانون التأمينات، عمل جماعي لهيئة تدريس قانون التأمينات بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، المطبعة العصرية، تونس، 1997، ص 375.

رابحة الغنادي

* "الافتراض القانوني"، *المجلة التونسية للادارة العمومية*، السادس الأول، 2021، ص 7.

* "حق الحبس، مفرد أم جمع؟"، *مجلة فقه قضاء محكمة التعقيب في التأمينات*، عدد 2، مارس 2022، ص 411.

* "حق الحبس يكون أو لا يكون؟ تعليق على قرار تعقيبي مدني عدد 58222 بتاريخ 6 مارس 2012"، قراءات في اتجهادات قضائية -I، وحدة البحث "فقه قضاء"، مركز التّشـرـاجـعـيـ، تونس، 2018، ص 353.

* "مفهوم الحق العيني"، *خمسينية مجلة الحقوق العينية 1965-2015*، ص 143.

* "حق حبس العقار"، بحوث في التأمينات العينية والشخصية، عمل جماعي لهيئة تدريس قانون التأمينات بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، المطبعة العصرية، تونس، 1999، ص 165.

- رشيدة الجلاصي، "مجلة الأحوال الشخصية: مرآكمة وتأسيس"، *ستينية مجلة الأحوال الشخصية (1956-2016)*، مركز التّشـرـاجـعـيـ، تونس، 2019، ص 27.

- محمد سعيد، "عدم تجزئة التأمينات العينية"، بحوث في التأمينات العينية والشخصية، عمل جماعي لهيئة تدريس قانون التأمينات بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، المطبعة العصرية، تونس، 1999، ص 223.
- هاجر فطناسى، "قراءة في التصنيف التشريعى للأموال إلى عقار ومنقول"، في خمسينية مجلة الحقوق العينية 1965-2015، ص 199.
- فواز صالح، "الطبيعة القانونية للحق في الحبس (دراسة مقارنة)", مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الأول، 2013، ص 39.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

1- Les ouvrages

- ACCARIAS (Calixte), Précis de droit romain, T. II, Plon, 4^{ème} édition corrigée et augmentée, 1891.
- ANCEL (Marcel) (M Utilité et méthodes du droit comparé, Éditions Idées et Calendes, Neuchâtel, 1971.
- AUBRY (Charles) et RAU (Charles), Cours de droit civil français, T.II, Librairie Marchal et Billard, Paris, 1922.
- BERGEL (Jean-Louis), Théorie générale du droit, Dalloz, 2012.
- BERLIOZ, La notion de bien, L.G.D.J., Paris, 2007.
- CABRILLAC (Michel), MOULY (Christine), CABRILLAC (Séverine) et PÉTEL (Philippe), Droit des sûretés, LexisNexis, 10^{ème} édition, LexisNexis, 2015.
- CABRILLAC (Michel) et MOULY (Christian), Droit des sûretés, Litec, 1993
- CARBONNIER (Jean) :
 - * *Essai sur les lois*, L.G.D.J, collection Anthologie du droit, 2013.

* Droit civil, Les biens- Les obligations, 1^{ère} édition « Quadrige », P.U.F., Paris, 2004.

- CONSTANTINESCO (Léon-Jean), Traité de droit comparé, Tome III, La science des droits comparés, Economica, Paris, 1983.
- CROCQ (Pierre), Propriété et garantie, Bibliothèque de droit privé, Tome 248, L.G.D.J., Paris, 1995.
- CORNU (Gérard), Droit civil, Introduction-Les personnes- Les biens, 10^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 2001.
- DAVID (René), Traité élémentaire de droit civil comparé, L.G.D.J., Paris, 1950.
- DAVID (René) et JAUFRET-SPINOSI (Camille), Les grands systèmes de droit contemporains, Précis Dalloz, 2002.

-
- **GERBAY (Philippe)**, Moyens de pression privée et exécution du contrat, Thèse Dijon, 1976.
 - **GERKENS (Jean-François)**, Droit privé comparé, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Larcier, 2007.
 - **GHESTIN (Jacques)**, Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : Formation, Tome 2, L'objet et la cause-les nullités, 4^{ème} édition, L.G.D.J., Paris, 2013.
 - **GOUBEAUX (Gilles)**, La règle de l'accessoire en droit privé, Préface D. TALLON, L.G.D.J., Paris, 1969.
 - **JOSSERAND (Louis)**, De l'esprit des droits et de leur relativité, Dalloz, Paris, 2006.
 - **Levis (Marc)**, l'opposabilité du droit réel, de la sanction judiciaire des droits, Préface Pierre RAYNAYD, Economica, Paris, 1989.
 - **MALINVAUD (Philippe)**, Introduction à l'étude du droit, 16^{ème} édition, LexisNexis, 2017.
 - **MARTY (Gabriel), RAYNAUD (Pierre) et JESTAZ (Philippe)**, Les sûretés – La publicité foncière, 2^{ème} édition, 1987.
 - **MAZEAUD (Henri) et (Léon), MAZEAUD (Jean) et CHABAS (François)**, Leçons de droit civil, Tome III, 1^{er} Volume : Sûretés-Publicité foncière, 6^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 1988.
 - **MILLIOT (Louis)**, Introduction à l'étude du droit musulman, Sirey, Paris, 1971.
 - **PICARD (Edmond)**, Le droit pur, Flammarion, Paris, 1908.
 - **PICOT (Yves)**, Droit des sûretés, 3^{ème} édition mise à jour, PUF., 2016.
 - **RAMBAUD (Thierry)**, Introduction au droit comparé, Les grandes traditions juridiques dans le monde, Quadrige manuels, P.U.F., Paris.
 - **RANOUIL (Véronique)**, La subrogation réelle en droit civil français, L.G.D.J., Paris, 1985.

2- Les articles

- **ARIBI (Imed)**, « Regards sur "al Iquala" ou le "mutuus dissensus" », Revue Tunisienne de Droit, 1999, p.21.
- **AYNÉS (Augustin)**,
 - * « La consécration légale des droits de rétentions », Dalloz, paris 2006, p. 1301.

* « Le droit de rétention conventionnel, quelle efficacité ? », Revue droit et patrimoine, novembre 2005, p. 40.

-
- **AYNÈS (Laurent)**, « Les garanties du financement », Rapport de synthèse présenté au 82^e congrès des notaires, 1980, Defrénois, 1986, p. 910.
 - **BEL HADJ HAMMOUDA (Ajmi)**, « Le droit de rétention dans le code des obligations et des contrats », Revue tunisienne de droit, 1976, T.2, p.45.
 - **BERGEL (Jean-Louis)** :
- * « Différence de nature (égale) Différence de régime », Revue trimestrielle de droit civil, 1984, p. 235.
- * « Vices et vertus de la législation par référence », in La législation par référence, revue de la recherche juridique, droit prospectif, 1997, 22^{ème} année, n°4, p. 1209.
- **CARBONNIER (Jean)**, « Droits de l'Antiquité et sociologie juridique », in Mélanges Henri Lévy-Bruhl, Sirey, Paris, 1959.
 - **CASSIN (René)**, « Lois spéciales et droit commun », *Recueil Dalloz*, 1961, p.91.
 - **CHARFEDDINE (Mohamed Kamel)** :
- * « Codes civils ou code civil ? réflexion sur une éventuelle recodification », in *L'apport du XXème siècle au droit privé tunisien*, Ouvrage collectif, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2000, p. 35.
- * « Le C.O.C. Tunisien, Le D.O.C. marocain et le C.O.C. libanais : esquisse d'une comparaison », in *CEDROMA, 75^{ème} anniversaire du code des obligations et des contrats libanais*, Bruylant, Bruxelles, 2010.
- **CORNU (Gérard)**, « Les définitions dans les lois », in Études offertes à Jean VINCENT, Dalloz, Paris, 1981, p. 72.
 - **DEVÉSA (Philippe)**, « La rétention des documents : contribution à la notion générale de rétention », Les petites affiches, 19 juin 1995, p. 25.
 - **GÉNY (François)**, « La technique législative dans la codification moderne, (à propos du centenaire du code civil), in Le code civil 1804-1904, Livre du centenaire, présentation de Jean-Louis Halpérin, Dalloz, p. 987.
 - **GRZEGORCZYK (Christophe)**, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition », in *Les biens et les choses, Archives de philosophie de droit*, Sirey, 1979, p. 259.
 - **MAZEAUD (Denis)**, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations rétrospectives et perspectives à l'heure du bicentenaire du Code civil*, G. PIGNARE (direction), Dalloz, Paris, 2005, p. 73.

-
- **ROUVIÈRE (Frédéric)**, « Le revers du principe « Différence de nature (égale) Différence de régime », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis BERGEL*, Bruylant, 2013, p. 427.
 - **René SAVATIER**, « Classification juridique des biens », *R.T.D.*, 1958, I, p. 133.
 - **TUNC (André)**, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *Juris-classeur périodique*, 1945, I, p. 449.
 - **VILLEY (Michel)**, « Préface historique », *Les biens et les choses, Archives de philosophie de droit*, Sirey, 1979, p.1.

شروط إجراء الصلح الواقي من الإفلاس

دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين الإماراتي والمصري

الأستاذ الدكتور طارق كمبل

أستاذ القانون التجاري

كلية القانون-جامعة العين-دولة الإمارات العربية المتحدة

صالحة الكرببي

ماجستير القانون الخاص- جامعة العين

تاريخ القبول: 2022-7-15

تاريخ التسليم: 2022-6-24

**Conditions of Preventive Composition of Bankruptcy: An Analytical study of
Emirati and Egyptian Laws**

Tariq Kameel

Professor in commercial law

Al Ain University

Saleha Alkarbi

Master's degree in private law - Al Ain University

الملخص

تناول هذا البحث شروط إجراء الصلح الواقي من الإفلاس، حيث تم بيان الشروط الموضوعية التي يجب توافرها لانعقاد هذا الصلح، والتي تتعلق بالشخص ذاته مقدم طلب الصلح، أو تتعلق بالظروف والصعوبات المالية التي يواجهها هذا الشخص. ثم بينت الشروط الشكلية الالزامية لانعقاد هذا الصلح، من خلال تحديد الإجراءات التي رسمها المشرع الإماراتي في المرسوم بقانون اتحادي رقم (9) لسنة 2016 بشأن الإفلاس، والمشرع المصري في قانون إعادة الهيكلة والصلح الواقي من الإفلاس رقم (11) لسنة 2018 للدين للحصول على الصلح الواقي من الإفلاس مع دائنيه.

وقد توصلت الدراسة إلى العديد من النتائج التي أبرزت أوجه الاختلاف بين كل من التشريعين الإماراتي والمصري في مجال تطبيق نظام الصلح الواقي من الإفلاس. ومن أهم التوصيات التي تم التوصل إليها، دعوة المشرع الإماراتي لتقدير حق ورثة التاجر المتوفى بتقديم طلب الصلح الواقي من الإفلاس، في حال تبين أنّ مورثهم كان في حالٍ تعثرٍ ورغباً في الاستمرار بتجارته، أسوة بما أورده المشرع المصري، وأن يتبنى المشرع الإماراتي ما جاء في المادة 32 من القانون المصري بشأن منع لجوء الشركة تحت التصفية لإجراء الصلح الواقي من الإفلاس .

Summary

This research addresses the terms of actions that could be taken to prevent bankruptcy. It intends to handle the subjective conditions that must be available to conduct such settlement, including the person who applied, or the circumstances and economic hardships he suffered that led to seeking a preventative composition of bankruptcy. In addition, the structural conditions that are required to apply for the preventive composition according to the procedures mentioned within the provisions of the Emeriti Federal Law No (9) 2016 related to Bankruptcy and the Egyptian Law No (11) 2018 concerning Rescheduling debts and Preventive Composition of Bankruptcy in order to assist the debtor to avoid bankruptcy.

The study reached many results that highlighted the similarities and differences between Egyptian and Emeriti legislations regarding the application of preventive composition of bankruptcy system. Among the important outcomes and recommendations, the research figured on the subject matter under study, is the stance of the Emeriti legislator for the successors/ inheritors of the debtor, to apply for a preventive composition from bankruptcy after the death of the debtor, as long as they showed interest in continuing the trade of what they inherited, as professional traders and that the deceased trader was in difficult situation prior to his death, just like it was stated by the Egyptian legislator. In addition, the UAE federal legislator is advised to adopt Art. 32 of the Egyptian law that bans the company under liquidation from applying to a preventive composition from bankruptcy.

Keywords: Preventive Composition of Bankruptcy, Substantive conditions, Procedural conditions, Faltering Debtor.

المقدمة

أهمية البحث:

من المعروف أن المعاملات التجارية تقوم على أساس الثقة والائتمان والسرعة في التعامل بين التجار، ذلك أن التجار تربطهم علاقات تجارية مشابكة، فإذا احتل هذا الائتمان، فإن ذلك سيلحق ضرراً بالتجار الدينين. فهؤلاء التجار نظموا علاقاتهم التجارية، وربوا مواعيد معينة لسداد ديونهم، بناءً على مواعيد استحقاق ديونهم على مدينهم التاجر. فإذا توقف مدينهم عن سداد ديونه التجارية، فإن ذلك سيؤدي إلى سلسلة من التوقفات عن سداد الديون، وما يترتب عليها من اضطراب الأوضاع التجارية، مما يجعل المدين معرضاً لشهر إفلاسه؛ الأمر الذي ينعكس سلباً في النهاية على الاقتصاد بشكل عام، وعلى حقوق الدينين بشكل خاص.

وتفادياً لذلك، فقد اهتمت غالبية التشريعات بتقرير نظام خاص يهدف إلى مؤازرة المدين حسن النية، سيء الحظ المتعثر الذي قد يعجز عن دفع ديونه التجارية؛ وذلك بمنحه فرصة الوفاء بديونه. ويُسمى هذا النظام بالصلح الواقي من الإفلاس حيث يهدف إلى مساعدة المدين للوصول إلى تسويات مع دائناته بمقتضى خطوة صلح واق من الإفلاس تحت إشراف المحكمة.

ومن هذا المنطلق، نجد أنّ المشرع الإماراتي قد أصدر المرسوم بقانون اتحادي رقم (9) لسنة 2016 بشأن الإفلاس، والذي يحتوي على (231) مادة. وقد وردت أحكام الصلح الواقي من الإفلاس في هذا المرسوم، حيث تبدأ النصوص القانونية المنظمة له من المادة (5)، وتنتهي في المواد (66) منه. وكذلك نجد أنّ المشرع المصري قد نظم أحكام طلب الصلح الواقي من الإفلاس بالم المواد من (30 إلى 74) في قانون إعادة الهيكلة والصلح الواقي من الإفلاس رقم (11) لسنة 2018.

مشكلة البحث:

يثير موضوع هذا البحث إشكالية تتعلق بمدى كفاية نصوص الصلح الواقي من الإفلاس في تحقيق الأهداف المرجوة من هذا النظام باعتباره آلية من آليات إنقاذ المدين المتعثر، ولاسيما أنه ينبغي تحقيق نوع من التوازن بين معالجة تعثر المدين، لتشجيعه على تصويب وضعه المالي؛ لكي يتمكن من الخروج من حالة التعثر التي

يتعرض لها بأسرع وقت ممكن، وبين مراعاة مصالح الدائنين وأصحاب الحقوق. فهل يتم تطبيق نظام الصلح الواقي من الإفلاس على جميع الأفراد، أم أنه يقتصر على فئة معينة فقط حددتها القانون؟ وهل تختلف هذه الفئة الخاضعة لنظام الصلح الواقي من الإفلاس في القانون الإماراتي عن نظيره المصري أم لا؟ وما هي الشروط الواجب توافرها في الشخص مقدم طلب الصلح الواقي من الإفلاس؟ وهل يكتفي فقط أن يكون هذا الشخص متوفقاً عن دفع ديونه، أم أن هناك شروطاً أخرى يجب توافرها لقبول هذا الطلب؟ وما الحكم إذا كان الشخص مقدم طلب الصلح الواقي من الإفلاس سيئ النية؟ وما هي الجهة المختصة قانوناً بتناقسي طلب الصلح الواقي من الإفلاس؟ وما هي المستندات والوثائق التي يجب إرفاقها بهذا الطلب؟ وهل هناك ميعاد محدد يجب أن يتم فيه الرد على طلب الصلح الواقي من الإفلاس أم لا؟ وما هي الإجراءات التي يجب اتباعها للبت في هذا الطلب؟

أسباب اختيار البحث:

يُعدّ تعثر المدين أمراً متوفعاً الحدوث في ظل الظروف الاقتصادية الحالية، ويُعدّ الصلح الواقي من الإفلاس أحد الوسائل القانونية التي أقرّها كلّ من المشرعين الإماراتي والمصري لتسوية التزامات المدين حسن النية، سيء الحظ المتوفع عن دفع ديونه التجارية. وهذا لا شك، يكون متوفقاً مع متطلبات القطاع الاقتصادي والتوجهات العالمية المتبعة لمعالجة اضطراب الأحوال المالية للمدين، وتصويب وضعه المالي؛ لكي يتمكن من مواجهة ظروفه، وتجاوز حالة التعثر التي يتعرض لها، وبالتالي إتاحة الفرصة له لإعادة تنظيم أعماله، لسداد ديونه من خلال طرق وآليات محددة. ولهذا، فقد تمّ اختيار موضوع هذا البحث للتعرف على الشروط المطلوبة للسير في إجراء الصلح الواقي من الإفلاس، وبيان مواطن القوة والضعف في النصوص القانونية التي تناولها في التشريعين الإماراتي والمصري.

المنهج المتبّع:

تمّ اتباع المنهج الوصفي التحليلي المقارن الذي يقوم على استخلاص النتائج، وذلك باستقراء النصوص القانونية المنظمة للصلح الواقي من الإفلاس الواردة في المرسوم بقانون اتحادي رقم (9) لسنة 2016م، ومن ثمّ تحليلها للوصول إلى إجابات عن أسئلة الدراسة، فضلاً عن المقارنة بين هذه النصوص القانونية، ومثيلتها الواردة

في القانون المصري رقم (11) لسنة 2018م. وقد تم تقسيم هذا البحث إلى مبحثين، وذلك على النحو التالي:

- المبحث الأول: الشروط الشخصية لموضوعية للصلح الواقي من الإفلاس
- المبحث الثاني: الشروط الشكلية للصلح الواقي من الإفلاس

المبحث الأول: الشروط الشخصية والموضوعية للصلح الواقي من الإفلاس

لابد من توافر العديد من الشروط الشخصية والموضوعية، عند تقديم الصلح الواقي من الإفلاس: أولهما يتعلق بالشخص ذاته مقدم طلب الصلح، فيجب أن يكون هذا الشخص ذات صفة في تقديم طلب الصلح وأن يكون حسن النية، وثانيهما يتعلق بالظروف والصعوبات المالية التي يواجهها هذا الشخص وتدل على تعثره في سداد ديونه.

المطلب الأول: الشروط الشخصية

حتى يستطيع الشخص تقديم طلب الصلح الواقي من الإفلاس لا يكفي أن تتوافر فيه صفة المدين، وإنما يجب أيضاً أن يكون المدين حسن النية.

الفقرة الأولى: صفة الشخص مقدم طلب الصلح

لم يجعل المشرع الإماراتي الحق في تقديم طلب الصلح الواقي من الإفلاس مقتراً فقط على المدين التاجر كما كان في السابق¹، حيث بينت المادة الثانية من المرسوم بقانون الإفلاس الإماراتي² الأشخاص الذين تسري عليهم أحكام هذا المرسوم على سبيل الحصر وليس المثال، حيث مذكّر نطاق تطبيق أحكامه لطال الشركات

¹ عرفت المادة (11) من قانون المعاملات التجارية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (18) لسنة 1993 التاجر بأنه " كل من يشتمل باسمه ولحسابه في الأعمال التجارية وهو حائز للأهلية الواجبة متى اتخذ هذه الأعمال حرفة له " 2- كل شركة تباشر نشاطاً تجارياً أو تتحذّل أحد الأشكال المنصوص عليها في قانون الشركات التجارية حتى ولو كان النشاط الذي تبasherه مدنياً " ، وبالتالي نجد أن كل من يقوم بالأعمال التجارية باسمه ولحسابه يكون تاجرًا .

² نصت المادة (2) من المرسوم بقانون بشأن الإفلاس الإماراتي على أنه "تسري أحكام هذا المرسوم بقانون على ما يلي:
1- الشركات الخاضعة لأحكام قانون الشركات التجارية .
2- الشركات التي لم يتم تأسيسها وفقاً لقانون الشركات التجارية والمملوكة كلياً أو جزئياً للحكومة الاتحادية أو المحلية والتي تتصل تشريعات إنشائها أو عقودها التأسيسية أو أنظمتها الأساسية على إخضاعها لأحكام هذا المرسوم بقانون .
3- الشركات والمؤسسات في المناطق الحرة التي لا تخضع لأحكام خاصة تنظم إجراءات الصلح الواقي من الإفلاس أو إعادة الهيكلة والإفلاس فيها، وذلك مع مراعاة أحكام القانون الاتحادي رقم(8) لسنة 2004 في شأن المناطق الحرة المالية .
4- أي شخص يتمتع بصفة التاجر وفق أحكام القانون .
5- الشركات المدنية المرخصة ذات الطابع المهني ."

المدنية المرخصة ذات الطابع المهني¹ بالإضافة إلى الشركات التجارية والتاجر الفرد. وهذا يعني أنّ المشرع الإماراتي غير من نظرته التقليدية التي كانت تسيطر على نظام الإفلاس القديم الملغى باعتباره قانوناً خاصاً بفئة معينة من الأشخاص وهم التجار فقط، ولكنه في ذات الوقت قصر تطبيق أحكام المرسوم بشأن الإفلاس ومن بينها أحكام الصلح الواقي على ممارسة الأنشطة المهنية التي تخذ شكل شركة مدنية، مما يعني أنّ الأشخاص الطبيعيين لا ينتقدون من تطبيق أحكام هذا المرسوم عند ممارستهم المهنة بصورة فردية، وإنما لا بدّ من ممارسة تلك المهنة من خلال شركات مرخصة من قبل الجهات الرسمية المختصة. أمّا المشرع المصري فقد اكتفى بذكر التاجر سواء كان شخصاً طبيعياً أم شخصاً اعتبارياً، ومن دون أن يتسع في نطاق تطبيق أحكامه ليشمل غير التاجر.²

ويجب أن يقدم طلب الصلح من قبل الشخص ذي الصفة المحددة من قبل المشرع. فقد أجاز المشرع الإماراتي للمدين دون غيره أن يتقدم للمحكمة بطلب الصلح الواقي من الإفلاس³. وعليه فإنه لا يجوز تقديم طلب الصلح من أي شخص آخر غير المدين. فلا يجوز للمحكمة من تقاء نفسها أن تطلب الصلح، كما لا يجوز أن يُقدم هذا الطلب من الدائنين حتى ولو كانت هناك مصلحة قائمة في تقديم الطلب، كما لا يجوز تقديم هذا الطلب باسم المدين من خلال التقدم بدعوى غير مباشرة لكون الحق متصلة بالمدين بشخصه. ومع ذلك فإنه يجوز للمدين أن يوكل غيره في تقديم هذا الطلب، وفي هذه الحالة يكون الطلب هنا مقدماً باسم المدين باعتباره الشخص الأصيل.⁴.

ولعلّ المحكمة من اشتراط المشرع تقديم طلب الصلح من قبل المدين فقط، ترجع إلى أنه هو الأقدر على فهم حالته المادية؛ إذ أنه يكون -من الناحية الواقعية- على علم ودرأية بحقيقة وضعه المالي، ونقطة قوته وضعفه، والأسباب التي أدت إلى اضطراب حالته المادية. كذلك يكون هذا المدين على علم تامّ بما له من حقوق، وما عليه من التزامات، وكذلك علمه بالديون الحالية والمستقبلة، وغير ذلك من ظروف

1 لقد عرّف البعض الشركات المدنية ذات الطابع المهني بأنّها "عبارة عن شخص معنوي ينشأ بالاتفاق بين عدة أشخاص، هم بحسب الأصل أشخاص طبيعيون يمارسون المهن الحرة في ظل ممارسة قانونية". للمزيد راجع جمال عبد الرحيم "النظام القانوني للشركات المدنية المهنية . دراسة مقارنة " دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2015.ص. 109.

2 راجع نص المادة 30 من القانون رقم 11 لسنة 2018 بإصدار قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس المصري.

3 راجع المادة (6) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (9) لسنة 2016.

4 نورة غلوم محمد البلوشي، الصلح الواقي من الإفلاس في النظام القانوني الإماراتي، دراسة مقارنة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، سنة 2019م، ص.42.

وأسباب قانونية وواقعية، تجعله قادرًا على تحديد ما إذا كان طلب الصلح يكون مفيداً له وللدائنين، وهذا جدوى من عدمه¹.

وقد استبعد القانون المصري غير التاجر من نطاق الاستفادة من نظام الصلح الواقي من الإفلاس، حيث أن المادة (30) من القانون رقم (11) لسنة 2018 بشأن تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي من الإفلاس، قد اشترطت أن يقدم طلب الصلح الواقي من الإفلاس من المدين التاجر؛ استناداً إلى أن الغرض من الصلح الواقي هو تمكين التاجر من توقي صدور الحكم بإشهار إفلاسه. ونظام الإفلاس نظام خاص بطائفة التجار، إذ لا يسرى على غيرهم؛ لذا فإنه يشترط لمن يقدم طلب الصلح أن يتوافر فيه صفة التاجر. وهو على هذا النحو، إما أن يكون فرداً أي شخصاً طبيعياً، وهو يكتسب هذه الصفة متى احترف القيام بالأعمال التجارية، وإنما أن يكون شخصاً اعتبارياً، ويقصد به الشركات التجارية، فأي شركة تتخذ شكلاً من أشكال الشركات التجارية الواردة بالقانون تعد تاجراً، وتخضع لأحكام القانون التجاري².

يبين مما سبق أن المشرع الإماراتي قد توسع في نطاق تطبيق نظام الصلح الواقي من الإفلاس عن نظيره المصري؛ إذ لم يشترط المشرع الإماراتي أن يكون مقدم طلب الصلح الواقي من الإفلاس مديناً تاجراً، وإنما وسّع من نطاق الأشخاص المستفيدين من طلب الصلح الواقي من الإفلاس، طالما توافرت الشروط المنصوص عليها قانوناً في هذا الشأن. وذلك على خلاف المشرع المصري الذي قصر طلب الصلح الواقي من الإفلاس على كل من توافرت بشأنه صفة التاجر، سواءً كان فرداً أو شركة، طالما توافرت شروط هذا الصلح المتطلبة قانوناً.

ومن ناحية أخرى، لم يكتف المشرع المصري باستبعاد غير التاجر من نطاق الاستفادة من نظام الصلح الواقي من الإفلاس، وإنما جعل مزاولة التجارة لمدة سنتين سابقتين لطلب الصلح والالتزام بأحكام السجل والدفاتر التجارية شرطاً لتقديم طلب الصلح وقبوله، وذلك وفق ما جاء بالمادة (31) من القانون رقم (11) لسنة 2018 بشأن تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي من الإفلاس.

1 - إبراهيم صبريالأرناوطي، خطة إعادة التنظيم الاعتيادية لإنقاذ المشروعات الاقتصادية المتعثرة وفقاً لقانون الإعسار الأردني، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، ع3، 47، الجامعة الأردنية، سنة 2020م، ص154.

2 سامان أحمد شهاب "الصلح الواقي من الإفلاس، دراسة مقارنة" دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2017م، ص140.

وترجع العلة التي استند إليها المشرع المصري في هذا الشرط، هي أن الصلح الواقي ما هو إلا ميزة تمنح للمدين التاجر تقيه من صدور الحكم ضده بالإفلاس؛ لذا لا ينبغي أن يستفيد منها التاجر الجدد. يضاف إلى ذلك أن انقضاء مدة السنتين في الاشتغال بالتجارة قبل طلب الصلح كفيل بإعمال الشروط القانونية لطلب الصلح الواقي؛ إذ يبسر السبيل على المحكمة في الكشف عن حقيقة مركز المدين المالي، وما إذا كان يعذّم لا يعذّم حسن النية. ويكون من السهل على الدائنين والعملاء الذين استمر المدين على التعامل معهم خلال هذه المدة، الوقوف على قدر أمانة التاجر، وحرصه على الوفاء بالتزاماته التجارية، وانتهاج سلوك الشرف في المعاملات¹.

وت Tingيًّا على ذلك، فإنه- وفقاً لما ورد في القانون المصري- لا يجوز للتاجر الذي اعتزل التجارة أن يطلب الصلح، بيد أنه في حالة وفاة التاجر يجوز لورثته الذين قرروا الاستمرار في التجارة، تقديم طلب الصلح الواقي بشرطين: أولهما أن يكون لهذا التاجر المتوفي الحق في تقديم طلب الصلح؛ أي كان متوفراً في حقه الشروط المنطلبة قانوناً لتقديم طلب الصلح، وثانيهما أن يقوموا بتقديم هذا الطلب في الشهور الثلاثة التالية للوفاة. ولعل الحكمة من اشتراط هذه المدة، ترجع إلى أنها تعتبر فترة كافية إلى حد ما للوقوف على الوضع المالي للمتوفى، وفيما إذا كانت هناك مصلحة للورثة في طلب الصلح من عدمه². وتجدر الإشارة إلى أنه لم يرد في التشريع الإماراتي ثمة نصٌّ قانوني يمنح لورثة المدين المتوفي الحق في تقديم طلب الصلح الواقي من الإفلاس، وإنما جعل هذا الحق شخصياً لصيقاً بالمدين فقط دون غيره.

ويلاحظ أن المشرع المصري لم يكتف باشتراط القيد في السجل التجاري وإمساك الدفاتر التجارية خلال هذه المدة المذكورة، ولكنه استعمل عبارة أعم، وهي أن يكون التاجر قد قام خلال هذه المدة بالواجبات والأحكام الخاصة بالسجل التجاري والدفاتر التجارية. وبناءً على ذلك، لا يستحق ميزة الصلح الواقي من لم يراع أحكام السجل التجاري من وجوب ذكر السجل التجاري، ورقم القيد في جميع المكاتب والمطبوعات المتعلقة بالأعمال التجارية.

1 حسين الماحي "تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي من الإفلاس" دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2020-2021م، ص26. زينة غانم عبد الجبار الصفار ، الجديد في قانون الإفلاس رقم (9) لسنة 2016م لدولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة القانون المغربي، ع36، سنة 2017م.
2 المادة (31) من القانون رقم (11) لسنة 2018 بشأن تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي من الإفلاس.

ونشيد بما فعله المشرع الإماراتي من إلغاء هذا الشرط الذي يلزم التاجر بموجبه الاستمرار في مزاولة التجارة لمدة معينة؛ وذلك لأنّه يؤدي إلى حرمان التاجر حديث العهد بالتجارة من ميزة الصلح الواقي عندما تضطرب أعماله التجارية، مما قد يؤدي ذلك إلى قيام التاجر بإخفاء أمواله، أو اتباع أساليب غير مشروعه للإضرار بدائنيه، فضلاً عن أنّ هذا الشرط يمكن الاستغناء عنه؛ وذلك لأنّ أمر الصلح مرهون بالمحكمة المختصة. فطالما أنها تقوم بفحص المستندات التي يقدمها المدين التاجر، وكانت تلك المستندات جميعها صحيحة، وتدل على وجود اضطراب في أعمال التاجر وكان حسن النية، فإنّ طلبه يقبل دون النظر إلى المدة التي قضاها التاجر في مزاولته للأعمال التجارية.

الفقرة الثانية: حسن نية المدين

يشترط في المدين الذي يطلب الصلح الواقي من الإفلاس أن يكون حسن النية؛ لأنّ الصلح الواقي من الإفلاس ما هو إلا ميزة يتم منحها للمدين الذي يواجه اضطراباً في مركزه المالي، يعوقه عن سداد ديونه، حيث يتم من خلاله تسوية حالته المالية في مواجهة دائنيه، ومن ثم سداد ديونه؛ لذا فإنه من غير المنطقى منحه هذه الميزة إذا كان سيء النية، أو متعمداً عدم سداد ديونه، أو بسبب غش أو تقصير متمثل في خطأ لا يصدر عن المدين العادي¹.

وبالرغم من أنّ المشرع الإماراتي لم ينص صراحة على هذا الشرط، إلا أنه يمكن استنتاجه ضمنياً، من خلال نص المادة 3/15 من المرسوم بقانون اتحادي رقم (9) لسنة 2016م، والتي خولت صراحة للمحكمة الحق في رفض طلب الصلح الواقي من الإفلاس، إذا ثبت لها أنّ المدين يتصرف بسوء نية أو أنّ الطلب يشكل إساءة استخدام لإجراءات التقاضي.

ويقصد بحسن النية التزام التاجر بالأمانة والنزاهة واتباعه الأصول التجارية الصحيحة²، فالمدين يعدّ حسن النية إذا اضطررت أعماله المالية بالرغم عنه، وذلك إذا واجه ظروف غير متوقعة أو لم يستطع تجنبها، فالظروف خارجة عن إرادته ولا دخل له فيها، كنّقلب الأسعار بسبب الظروف الاقتصادية أو حصول اضطرابات أو وجود

1 حمد سالم المسافري، مرجع السابق، ص729. سارة عماد الحزامي، مرجع سبق، ص.53.

2 عاطف الفقي "الإفلاس" دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2008م ، ص33.

قيود على الاستيراد والتصدير أو نشوب حرب فجأة لم تكن في الحسبان. فهذا الحالات قد يترتب عليها اضطراب أحوال المدين المالية، وحينئذ يحقّ له طلب الصلح الواقي، طالما تتوافر في حقه الشروط الأخرى المتطلبة قانوناً¹.

وعلى ذلك لا يقبل طلب الصلح الواقي من المدين سيئ النية، الذي اضطررت أحوال المالية بسبب الغش، أو الإسراف في إصدار أوراق مجاملة بقصد الحصول على الثمان وهمي، أو الاقتراض بفوائد مرتفعة، أو غير ذلك من التصرفات الضارة التي تعبر عن سوء نيته ومحاولته للإفلات من سداد ديونه المستحقة².

بينما يقبل طلب الصلح من المدين سيئ الحظ، حيث تضطرب أحواله المالية أيضاً بسبب ظروف غير متوقعة ولم يكن في استطاعته تجنبها، كإعسار مدينيه أو انخفاض قيمة بضائعه وعقاراته، أو هلاك أمواله بسبب الغرق أو الحريق أو الحرب، أو عجزه عن تصريف بضاعته أو تحصيل ثمن مبيعاته، أو قبض البنوك يدها عن الإقراض إثر أزمة أو كساد³.

أما في القانون المصري، فجُدَّ أن المادة (30) من القانون رقم (11) لسنة 2018، قد أشارت صراحة إلى عدم جواز طلب الصلح الواقي من الإفلاس ممَّن ارتكب غشًا أو خطأ لا يصدر عن التاجر العادي، أي أنه يشرط أن يكون التاجر ملتزمًا بالأمانة والنزاهة والأصول التجارية القويمة في تجارتة.

بيَدُ أنَّ المشرع المصري لم يبيَّن على وجه التحديد المقصود بالغش والخطأ الجسيم، إلا أنه يمكن تعريف الغش في المجال التجاري بأنه كل فعل يخالف النزاهة التجارية، وشرف المعاملات والأصول التجارية القويمة، مع إدراك التاجر لخطورة الفعل الذي يقوم به وما قد يترتب عليه من نتائج ضارة، ومن صور الغش التي يمكن للتاجر أن يلجأ إليها مثلاً إخفاء جزء من أمواله، أو المغالاة في تقديرها أو إخفاء دفاتره التجارية، أو التزوير من أجل إخفاء أوضاعه المالية، أو تهريب الأموال بقصد

1 حسين المحامي، مرجع سابق، ص24.
2 - عاطف الفقي، مرجع سابق، ص33.

3 عاطف الفقي، مرجع السابق، ص34. سارة عماد الحزامي، مرجع سابق، ص66.

الإضرار بدائنيه¹. فالغش يتمثل في انصراف الإرادة إلى ارتكاب الفعل أو الترك غير المشروع، وإلى إحداث الضرر، وبذلك يكون التدليس نوعاً من الغش.

أما فيما يتعلق بالخطأ الجسيم، فيعرف بأنه هو الإخلال بواجب قانوني مترتب بإدراك المخل بذلك الإخلال، ودون القصد بإضرار الغير، ولا يتصور وقوع ذلك الخطأ من الشخص العادي. حتى يستوي الخطأ الجسيم مع الفعل المتعمد، لا بد أن تكون الجسامنة في الخطأ بالغة حد الخطورة المساوية للفعل العمد. ومن أمثلة ذلك: منح قروض بدون ضمانات، أو المبالغة في النفقات الشخصية والعائلية، أو الإهمال في إدارة شؤونه التجارية أو أساء التصرف فيها، بحيث يترتب على هذا الإهمال أو إساءة التصرف ضرر جسيم للدائنين.

وعلى ذلك يمكن القول بأن الخطأ الجسيم يختلف عن الغش، بتخلف قصد الإضرار من جانب مرتكبه، ويتمثل في عدم بذل العناية أو الحيطة في شؤون الغير، بقدر لا يمكن لأقل الناس عناية أو أقلهم ذكاء أن يغفله في شؤون نفسه، ويتحدد بأنه لا يصدر من أقل الناس تبصرًا. وتقدير الخطأ لا يتم بمعايير شخصي، ولا تتجه فيه إرادة فاعله ناحية إحداث ضرر، وإنما يتميز نطاقه بجسامنة تنم عن عدم كفاءة أو عدم مبالاة².

وفي هذا الصدد، نشير إلى أنه لا يلزم أن تكون هناك علاقة سببية بين الغش أو الخطأ بشكل عام، وتحقق حالة الاضطراب أو التوقف عن الدفع. فللمحكمة أن ترد طلب الصلح الواقي إذا تبين لها أن التاجر مارس الغش أو ارتكب الخطأ الجسيم، حتى لو لم يكن ذلك هو السبب في اضطراب أعماله، فالمشرع إنما أراد قصر إمكانية الوقاية من الإفلاس باعتبارها ميزة لكل تاجر جدير بها، ويلزم بأصول المهنة، وأخلاقها.

ومن خلال ما تقدم، يتبيّن أن مفهوم الالتزام بحسن النية، وسوء الحظ الوارد في القانون الإماراتي، لا يخرج عن مفهوم عدم ارتكاب الغش، والخطأ الجسيم الوارد في القانون المصري. وعليه فإن التاجر متى ما كان حسن النية في القيام بأعماله

1 سليمان بن زهران بن سليمان الهنائي "الصلح الواقي من الإفلاس" رسالة ماجستير، جامعة السلطان قابوس، عمان، سنة 2012م، ص 37-38
2 سامان أحمد شهاب، مرجع سابق، ص 256

التجارية، وأنّ سوء حظه أدى به إلى اضطراب أعماله، فإنه يجوز له طلب الصلح الواقي والتمتع بمزاياه مع توافر بقية الشروط.

وبالتالي، على كلّ من يدعي أنه ينطوي على سلوك المدين التاجر صفة الغش أو الخطأ عليه عبء الإثبات، وعلى المحكمة تقدير تلك المسألة من خلال الاستعانة بأهل الخبرة في تقدير مدى تحقق شرط حسن نية المدين التاجر أو سوء حظه في ضوء الواقع الواقعي والقانونية المعروضة بمحل النزاع.¹

ويعود تقدير وجود حسن النية وسوء الحظ إلى قاضي الموضوع الذي له الاستدلال بالمعايير الموضوعية والمعايير الشخصية، لمعرفة مدى توافر حسن النية وسوء الحظ من عدمه، ويمكن لقاضي الموضوع الاستدلال على ذلك من خلال الاستعانة بالأحكام القانونية المتعلقة بالإفلاس بالتدليس. وفي هذا الصدد قضت محكمة استئناف القاهرة بأنه: "متى ثبت وجود خسائر الشركة، وبالرغم من هذه الخسائر، قامت الشركة بفتح فرع جديد، وتكتبت في تأسيسه مصاريف، فهذا يدل بجلاء على أن الشركة أخطأت، وخالفت العرف التجاري؛ لأن افتتاحها لفرعها الجديد، أدى إلى عدم انتفاعها بقيمة المبالغ المنصرفة في التأسيس، فضلاً عن تحملها ديوناً جديدة فوق طاقتها. وقد عجل هذا بعدم قدرتها على الوفاء بالتزاماتها، وكان ينبغي عليها عدم التفكير في ذلك إطلاقاً، وهي في مثل حالتها، أي في الوقت الذي اضطربت فيه أعمالها المالية. يضاف إلى ذلك، ثبوت ما أبداه الدائرون من احتمال أن هذا العمل أي افتتاح المحل الجديد، إنما قصدت منه خديعة التجار، بإيهامهم أن الشركة في رواج، وحصلت منهم بهذه الطريقة المخادعة على بضائع بالأجل، لم يكن في استطاعتها الوفاء بقيمتها. ويخلص مما تقدم أن شرط حسن النية وسوء الحظ غير متوفّر، ومتى تقرر ذلك يكون الصلح المطلوب غير متوفّر الأركان".².

وقد قضي أيضاً في هذا الصدد بأنه: "يتعين على محكمة الموضوع أن تفصل في حكمها - الصادر بالإفلاس - الواقع المكونة لحالة التوقف عن الدفع، وأن تبين إن كان هذا التوقف ينبع عن اضطراب خطير في حالة المدين المالية، وتزعزع ائتمانه والأسباب التي تستند إليها في ذلك. لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه اتخذ من مجرد امتياز الطاعنة عن سداد الدين موضوع الدعوى دليلاً

1 سامان أحمد شهاب، مرجع سابق، ص256

2 استئناف القاهرة، 14 يونيو سنة 1955م، وقد أشار إليه، حسين الماحي، المرجع السابق، ص25

على توقفها عن الدفع دون أن يبيّن الأسباب التي من شأنها اعتبار هذا التوقف كاشفاً عن اضطراب خطير في مركز الطاعنة المالي وتزعزع ائتمانها بما يعرض حقوق دائنها للخطر.. فإنه يكون واجباً نقضه^١.

١ نقض مدني مصري، الطعن رقم 2439 لسنة 65 قضائية، جلسه 7 نوفمبر سنة 1996م، مجموعة أحكام المكتب الفني، السنة 47، ص 1266.

المطلب الثاني: تعثر حال المدين

يشترط لقبول طلب الصلح الواقي من الإفلاس أن يواجه المدين صعوبات مالية، تعيقه عن معاودة نشاطه بالشكل الطبيعي المعتمد، الأمر الذي يستدعي مساعدته للوصول إلى تسويات مع دائنيه؛ وذلك طبقاً لما جاء في الفقرة الأولى من المادة السادسة من المرسوم بقانون اتحادي رقم (9) لسنة 2016م، والمادة (30) من القانون رقم (11) لسنة 2018م. كما يمكن قبول طلب الصلح الواقي من الإفلاس إذا توقف المدين عن دفع ديونه بشرطين أوردهما كلاً من المشرّعين: الإمارati والمصri، وهم:

الشرط الأول: أن يكون توقف المدين عن الدفع بسبب اضطراب مركزه المالي¹. وهنا تكون الخطورة أكبر؛ إذ أن المدين يكون قد تجاوز في هذه الحالة مرحلة اضطراب أعماله المالية إلى مرحلة أخرى أكثر خطورة، وهي مرحلة التوقف عن سداد الديون؛ تلك المرحلة التي تكون معبراً عن الاضطراب الشديد في مركزه المالي، والصعوبات المالية التي واجهته².

الشرط الثاني: اشتهرت المشرّع الإمارati أن يكون المدين قد توقف عن دفع ديونه لمدة لا تزيد عن ثلثين يوم عمل متتالية، أما المشرّع المصri فقد سمح للمدين تقديم طلب الصلح الواقي من الإفلاس في حال توقف عن دفع ديونه المستحقة لمدة لا تزيد عن خمسة عشر يوماً، عملاً بنص المادة (30) من القانون رقم (11) لسنة 2018م. ويعدّ توافر هذا الشرط من عدمه من المسائل الموضوعية التي تقدرها محكمة الموضوع وفقاً لظروف كل حالة على حدة. فإذا ما ارتأت المحكمة عدم توافر

¹ حيث قررت محكمة النقض بـأبوظبي: "أنه وفقاً لنص المادة 1/645 من قانون المعاملات التجارية - وهو القانون الواجب التطبيق - مع مراعاة أحكام الصلح الواقي من الإفلاس، يجوز إشهار إفلاسها كل من توقف عن دفع ديونه التجارية في مواعيد استحقاقها لاضطراب مركزه المالي وتززعه انتقاماً" ونص المادة 1/650 من ذات القانون: "لكل دائن بدين تجاري أو مدني حال أن يطلب الحكم بإشهار إفلاس مدينه بشرط أن يقدم الدائن ما يثبت أن المدين توقف عن دفع دينه التجاري"، وكذلك نص المادة 2/647 من ذات القانون: "ويجوز للمحكمة أن تقضي بإشهار إفلاس الناجر بناء على طلب النيلية العامة أو من تلقاه نفسها ومؤدي تلك التصوّص السالف ذكرها بالإضافة لنص المادتين 801، 802 من قانون المعاملات التجارية أنه: "يجوز لدائن الشركة ذات المسؤولية المحدودة أن يطلب من المحكمة شهر إفلاسها إذ توقفت عن دفع دين تجاري مستحق له بدمتها في موعد استحقاقه لاضطراب مركزها المالي وتززع انتقامها، إلا أنه من المقرر أنه وإن كان امتناع المدين عن دفع ديونه التجارية المستحقة الأداء دون أن تكون لديه أسباب مشروعة يعتبر قرينة في غير مصلحته، إلا أنه لا يعتبر متوقفاً عن الدفع بالمعنى السالف بيانه؛ إذ قد يكون مرجع هذا الامتناع عذراً طرأ عليه مع اقتداره على الدفع أو أن يكون مرجع ذلك الامتناع لمنازعة في الدين من حيث صحته أو مقداره أو حلول أجله، وأنقضائه لأي سبب من أسباب الانقضاء، وأن تكيف ما بعد توقفاً عن دفع الديون بالمعنى السالف بيانه من مسائل القانون التي يتبعن على محكمة الموضوع بحثها واستخلاصها بنفسها وهي ت Nexus في ذلك لرقابة محكمة النقض، باعتبار أن حالة التوقف عن الدفع من الشروط التي يتطلبها القانون لإشهار إفلاس المدين، ومن المقرر أنه لا يشترط لإشهار إفلاس المدين توقفه عن دفع ديون تجارية متعددة، بل يمكن لإشهار إفلاسه مجرد توقفه عن دفع دين تجاري واحد طالما كان ذلك يبني عن اضطرابه المالي وتززع انتقامته. والمقرر في قضاء محكمة النقض في أبوظبي أن شهر الإفلاس متزوك تغیره لمحكمة الموضوع التي لها أن تستخلص حالة التوقف عن الدفع من الإمارات والدلائل المقدمة في الدعوى دون معقب عليها متى أقامت قضاءها على أسباب سائفة تكتي لحمله". الطعن رقم 88 لسنة 2008 طعن تجاري جلة 9 سبتمبر 2009.

² حسين الماحي، مرجع سابق، ص26. زينة غانم عبد الجبار الصفار، مرجع سابق، ص 44.

الحد الأدنى من اضطراب أعمال المدين المالية، فإنها ترفض طلب الصلح الواقي، حتى لا يكون هذا الطلب وسيلة يلجأ إليها المدين للهروب والإفلات من مطالبة دائنيه بمستحقاته¹.

ولا توجد ثمة صعوبة أمام المحكمة في قبول طلب الصلح الواقي، إذا ما تجاوز المدين مرحلة اضطراب أعماله المالية إلى مرحلة التوقف عن سداد الديون؛ فالتوقف عن الدفع ليس معناه مجرد امتناعه عن الدفع لسبب يراه أو لغير سبب، ولكن معناه وقوع المدين في ضيق عام وإنهيار تجارتة²؛ إذ يكون المدين في هذه الحالة أولى بالرعاية، وأشد احتياجاً إلى الانتفاع بالميزة التي يرتبيها الصلح الواقي له.

وإذا كان المشرع المصري لم يورد تعريفاً للتوقف عن الدفع، فإنّ المشرع الإماراتي قد عرّفه بموجب المادة الأولى من المرسوم بقانون اتحادي رقم (9) لسنة 2016م بأنه: "عجز المدين عن الوفاء بأي دين مستحق عليه"، كما عرّفه البعض بأنه: "عجز المدين عجزاً حقيقياً عن الوفاء بديونه لعدم قدرته عليها ولو كان راغباً في الدفع مهتماً به"³، وكذلك عرّفه البعض بأنه: "عجز المدين القسري عن دفع ديونه التجارية في آجالها عجزاً حقيقياً، ناجماً عن اضطراب تجارتة وقدانه لائتمانه"⁴. وقد عرّفه محكمة النقض المصرية بأنه: "هو الذي ينبع عن مركز مالي مضطرب وضائقه مستحكة يتزعزع معها ائتمان التاجر، وتعرض بها حقوق دائنيه إلى خطر محقق أو كبير الاحتمال. فليس كل امتناع عن الدفع يعتبر توقفاً، إذ قد يكون مرجع هذا الامتناع عذر طرأ على المدين مع اقتداره، وقد يكون منازعة في الدين من ناحية صحته أو مقداره أو حلول أجل استحقاقه أو انقضائه بسبب من أسباب الانقضاء"⁵. وجدير بالذكر أنّ الدين الذي يشهر الإفلاس عند التوقف عن دفعه، يجب أن يكون ديناً حال الأداء، ومعلوم المقدار، وحالياً من أي نزاع جدي⁶.

1 عاطف الفقي، الإفلاس، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2008م، ص 32.

2 سامان أحمد شهاب، مرجع سابق، ص 238.

3 عبد الحميد الشواربي، الإفلاس، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة 2000م، ص 63.

4 سامان أحمد شهاب، مرجع سابق، سنة 2017م، ص 239.

5 حكم محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 399، س 222، وقد أشار إليه، نوره غلوم، مرجع السابق، ص 22.

6 قضت المحكمة الاتحادية العليا بالطعن(11/12/1995 لسنة 46/1355) بأنّه" والدين الذي يشهر الإفلاس عند التوقف عن دفعه يشرط فيه أن يكون ديناً تجاريًّا حل الأداء ومعلوم المقدار وحالياً من النزاع الجدي، ويجب على محكمة الموضوع عند الفصل في طلب شهر الإفلاس أن تبين جميع المنازعات التي يثيرها المدين حول توافق هذه الشروط لتغیر حدية المنازعة في الدين المرفوعة بشأنه دعوى الإفلاس وحاله التوقف عن الدفع إلا أن ذلك مشروط بأن تكون قد أقامت قضايتها في هذا الخصوص على أسباب سانحة تكفي لحمله،..."

ويقتصر دور المحكمة بالنسبة للمنازعة في الدين من جانب المدين على تقدير مدى جدية هذه المنازعة، دون الفصل فيها، أو بيان وجه الحق فيها؛ لأن ذلك يخرج عن نطاق اختصاصها. وفي هذا الصدد قضي بأنه: "لئن كان لمحكمة الموضوع السلطة التامة لتقدير جدية المنازعة في الدين المرفوع بشأنه دعوى الإفلاس وحالة التوقف عن الدفع، إلا أن ذلك مشروط بأن تكون قد أقامت قضاها في هذا الخصوص على أساس سائغة تكفي لحمله، وكان الثابت من أوراق الدعوى أن الطاعن نازل المطعون ضدهما الثالث والرابع في دينهما، استناداً إلى أنه ليس مديناً لهما بأية مبالغ وطعن بالتزوير على سندات المديونية المقدمة منهما، وكان الحكم المطعون فيه إذ التفت عن هذا الدفاع الجوهرى بمقولة أن الطعن بالتزوير غير جدى قصد به تعطيل الفصل في الاستئناف، وهو ما لا يواجه جوهر دفاع الطاعن الذي من شأنه لو صاح أن يتغير به وجه الرأى في الدعوى؛ فإن الحكم يكون معيباً بالقصور فضلاً عن مخالفة القانون"¹.

ومن ناحية أخرى، فقد اشترط المشرع الإماراتي لقبول طلب الصلح أن يكون المدين في ذمة مالية مدينة، وقد عرّفتها المادة الأولى من المرسوم القانوني اتحادي رقم (9) لسنة 2016م بأنّها هي: "الحالة التي يتبيّن فيها بأنّ أموال المدين لن تغطي في أي وقت من الأوقات التزاماته مستحقة الدفع"؛ أي أن إيراداتاته لن تغطي المستحقات الواجبة الدفع عليه، ومن ثم يكون له الحق في طلب الصلح².

ويبدو الفارق جلياً بين مصطلحي الذمة المالية للمدينة والتوقف عن الدفع؛ إذ أنّ الذمة المالية للمدينة تشمل كافة أصول المدين سواء الحالة أو الآجلة، المنقوله أو العقارية، وبالتالي يمكن القول بأنّها تتكون من عنصرين أحدهما: إيجابي والآخر سلبي، فالعنصر الإيجابي يعبر عنه (بالحقوق)، والعنصر السلبي يعبر عنه (بالديون). فكلّما زادت حقوق المدين عن ديونه، كانت ذمته المالية كافية لسداد ديونه، ومن ثم فهي ذمة مالية غير مدينة، أما إذا زادت ديونه عن حقوقه، أصبحت ذمته المالية غير كافية لسداد ديونه، ومن ثم يطلق عليها ذمة مالية مدينة³.

1 نقض مدني مصرى، الطعن رقم 6206 لسنة 64 قضائية، جلسة 11 ديسمبر سنة 1995م، مجموعة أحكام المكتب الفني، السنة 46 قضائية، ص 1355.
 2 حمد سالم المسافري، وسائل حملية المشروعات التجارية في قانون الإفلاس الإمارati، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، مج 6، ع 22، سنة 2018م، ص 731. سارة عماد الحزامي، الصلح الواقي من الإفلاس، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الشارقة، سنة 2017م، ص 33. زينة غانم عبد الجبار الصفار، مرجع سابق، ص 70.
 3 خالد عطشان الظيفي، حالة الإعسار في القانون المدني الكويتي، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، سنة 2011م، ص 139. سارة عماد الحزامي، مرجع سابق ، ص 35.

أما التوقف عن الدفع فلا يقصد به سوى أمواله وأصوله لسداد ديونه الحالة فقط، وبالتالي يكون في حكم المتوقف عن الدفع الذي يمتلك أصولاً عقارية أو منقولات، ولكنها ليست في صورة نقدية يستطيع بها الوفاء بدين حال عليه.

وعلى ذلك لا يعتبر المدين متوقفاً عن دفع الدين، ومن ثم إشهار إفلاسه، إذا قام بأداء ديونه في مواعيد استحقاقها حتى لو ثبت أن ذمته معسرة؛ ذلك أن المدين قد يتمكن من الحصول على آجال لديونه من دائنيه أو أن يجدّد ديونه فيتمكن من استيفاء ديونه، في حين أنه يجوز اعتباره متوقفاً عن الدفع متى عجز عن دفع ديونه في آجالها ولو كانت ذمته مؤسراً. فعجز المدين عن الدفع له أسبابه الكثيرة، فقد يحدث أحياناً أن يكون لديه المال الكافي لدفع ما عليه من ديون ولكنه عاجز عن التصرف في هذه الأموال، فأمواله هذه قد تكون ديوناً على الغير لم تحل آجالها، أو أن يكون بعضها عبارة عن عقارات يصعب بيعها، أو أن دائنيه قد تعرضوا للظروف ذاتها فيتوقفون عن الدفع بدورهم، وبالتالي لا يمكن المدين من الوفاء بديونه¹.

ونشيد بموقف المشرع الإماراتي في هذا الصدد؛ إذ أنه لو اكتفى فقط بذكره لمصطلح التوقف عن الدفع، فإن ذلك قد يؤدي إلى مماطلة المدين في سداد الديون المستحقة للأداء للدائنين، رغم أن لديه أصولاً ومتلكات أخرى قد تكون كافية لسداد ديونه.

ومن ثم فإنه يجب على المحكمة أن تنظر إلى كافة أصول الممتلكات الخاصة بالمدين، سواء كانت حالة أم أجلة لتقدير ما إذا كانت الذمة المالية للمدين كافية لسداد ديونه أم لا.

وأخيراً، تجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري قد نصّ صراحة على عدم جواز تقديم طلب الصلح الواقي من الإفلاس من الشركات التي تكون في دور التصفية²، ولعل الحكمة من ذلك هو أن هذه الشركات تظل محتفظة بالشخصية المعنوية بالقدر اللازم فقط للتصفيه وفي حدود إجراءات التصفية بمعنى أن الشركة سائرة نحو الزوال، وبالتالي لا فائدة من إجراء الصلح الواقي في هذه الحالة. أما

1 سامان أحمد شهاب، مرجع سابق، ص203.

2 راجع المادة 30 من القانون رقم (11) لسنة 2018 بشأن تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي من الإفلاس المصري.

المشروع الإماراتي فلم يحدّد موقفه من مدى جواز تقديم هذا النوع من الشركات لطلب الصلح من عدمه.

المبحث الثاني: الشروط الشكلية للصلح الواقي من الإفلاس

يُقصد بالشروط الشكلية، الإجراءات التي رسمها المشرع للمدين للحصول على الصلح الواقي من الإفلاس مع دائنيه؛ وذلك بهدف تحقيق سرعة الفصل في طلب الصلح، وكذلك توفير قدر كافٍ من الضمانات لكلٍ من المدين والدائنين على حد سواء، مما يساهم في تحقيق الحماية الكافية والفعالة لكلٍ منهم، من خلال الوصول إلى الصلح المنشود الذي يسعون إلى تحقيقه.¹

وفي هذا الصدد، فقد أفرد كلٌ من المشرعين: الإماراتي والمصري العديد من النصوص القانونية التي تتناول الشروط الشكلية الواجب مراعاتها عند تقديم المدين لطلب الصلح الواقي من الإفلاس؛ تلك الشروط التي يجب توافرها جنباً إلى جنب مع الشروط الموضوعية² لقبول هذا الطلب. وتنقسم الإجراءات الشكلية إلى مرتبتين: الأولى: تقديم طلب الصلح الواقي من الإفلاس، والثانية: الرد على طلب الصلح الواقي من الإفلاس.

1 - سامان أحمد شهاب، مرجع سابق، ص263
2 - والسابق بيانها تفصيلاً المبحث الأول

المطلب الأول: تقديم طلب الصلح الواقي من الإفلاس

يجب أن يقدم طلب الصلح الواقي من الإفلاس إلى الجهة المختصة قانوناً، المحددة من قبل المشرع، فضلاً عن أنه يجب أن يرفق بالطلب جميع المستندات والوثائق المؤيدة له، الدالة على موقف المدين المالي والاقتصادي.

ولقد كان كل من المشرعين: الإماراتي والمصري حريصاً تماماً على الحرص على النص صراحة على المستندات والوثائق التي يجب إرفاقها بطلب الصلح المقدم من المدين. ومن ثم فقد تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: يحدد الأول الجهة المختصة قانوناً بتلقي الطلب، بينما يبين الثاني مرفقات الطلب.

الفقرة الأولى: الجهة المختصة بتلقي الطلب

إذا كان المشرع الإماراتي - كما سبق وأن بينا - قد اشترط تقديم طلب الصلح الواقي من الإفلاس من المدين نفسه، فإن المدين لا يقدم هذا الطلب لأية جهة كيما يشاء، وإنما يجب أن يقدمه إلى الجهة المختصة قانوناً بتلقي مثل هذه الطلبات.

حيث ألم يلزم المشرع الإماراتي المدين صراحة تقديم طلب الصلح للمحكمة المختصة¹ طبقاً لقواعد الاختصاص الواردة في القانون الاتحادي رقم (11) لسنة 1992م بإصدار قانون الإجراءات المدنية وتعديلاته².

ومن ثم، فإنه إذا طبقنا هذه القواعد العامة للوصول إلى تحديد المحكمة المختصة قانوناً بتلقي طلبات الصلح الواقي من الإفلاس، نجد أن المحكمة المختصة نوعياً بتلقي طلبات الصلح هي المحكمة الابتدائية، تلك المحكمة التي جعلها المشرع مختصة بنظر جميع المنازعات المدنية والتجارية والإدارية والعمالية والأحوال الشخصية³.

1 الفقرة الأولى من المادة (6) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (9) لسنة 2016

2 وتتجدر الإشارة إلى أن الاختصاص القضائي ينقسم إلى أربعة أنواع؛ النوع الأول: هو الاختصاص الولائي أو الوظيفي الذي يحدد الجهة القضائية التي يدخل النزاع في اختصاصها، فجهاز القضاء الاتحادي هي الجهة صاحبة الولاية العامة للقضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة في الإمارات المنضمة للقضاء الاتحادي؛ ولذا فهي تختص بكلية المنازعات التي تدخل في حدود الولاية القضائية، عدا المنازعات التي يختص بها القضاء المحلي في الإمارات التي لم تتضمن للقضاء الاتحادي والمنازعات التي بموجب نصوص خاصة تكون ولاية الفصل فيها لمحاكم أو لجان قضائية، أما النوع الثاني فهو الاختصاص النوعي والذي يحدد المحكمة المختصة على أساس نوع الدعوى، بينما النوع الثالث فهو الاختصاص العممي والذي يحدد المحكمة المختصة وفقاً لقيمة الدعوى. أما النوع الرابع والأخير فهو الاختصاص المحلي وهو الذي يجعل المحكمة مختصة بالمنازعات التي تقع فقط في دائرةتها.

3 تتجدر الإشارة إلى أن المشرع الإماراتي جعل الاختصاص بالنظر في طلبات إعادة الهيكلة للمحكمة المختصة وفقاً لقواعد الاختصاص المنصوص عليها في المواد (30-33-35) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية رقم (11) لسنة 1992، حيث يتم تقديم طلبات الصلح الواقي إلى المحكمة الابتدائية الكلية باعتبارها المختصة نوعياً بنظر تلك الطلبات، كما جعل الاختصاص المحلي في الدعاوى المتعلقة بالإفلاس من اختصاص المحكمة التي يقع في

ومن ناحية ثانية، وإعمالاً للفقرة الثانية من نص المادة (30) من قانون الإجراءات المدنية المعدلة بالمرسوم بقانون اتحادي رقم 18 لسنة 2018م، نجد أن الدوائر الكلية المشكلة من ثلاثة قضاة هي المختصة بنظر طلبات الصلح الواقي.

وكذلك، فإنه تطبيقاً لقواعد الاختصاص المحلي، يجب أن يقدم طلب الصلح إلى المحكمة التي يقع في دائريتها المحل التجاري للمفلس، إعمالاً للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة (35) من القانون الاتحادي رقم (11) لسنة 1992م بشأن إصدار قانون الإجراءات المدنية المعديل بموجب المرسوم بقانون اتحادي رقم (10) لسنة 2014م، والتي تنص على أن: "الدعوى المتعلقة بالإفلاس تجاريًا تكون من اختصاص المحكمة التي يقع في دائريتها المحل التجاري للمفلس، وإذا تعددت حاله التجارية فتختص بها محكمة المحل الذي اتخذه مركزاً رئيسياً لأعماله التجارية".

هذا، وقد اشترط المشرع المصري صراحة بأن يتم تقديم طلب الصلح الواقي من الإفلاس إلى رئيس إدارة الإفلاس¹ بالدائرة الابتدائية بالمحكمة الاقتصادية المختصة بنظر الدعوى والمنازعات الناشئة عن الصلح الواقي.

وعليه، فإن المشرع المصري قد حدد في القانون رقم (11) لسنة 2018 جهة محددة لتقديم طلبات الصلح، بخلاف المشرع الإماراتي الذي ترك أمر تحديد المحكمة المختصة طبقاً لقواعد الاختصاص العامة الواردة في قانون الإجراءات المدنية.

الفقرة الثانية: مرفقات الطلب

سبق وأن تبيّن أنه يجب تقديم طلب الصلح الواقي من المدين، ونظرأً لما يمر المدين بظروف مادية صعبة تجعله في مركز مالي مضطرب؛ لذا فقد يدرج في طلبه العديد من البيانات المجافية للحقيقة والتي لا تعبر عن الحالة المادية الواقعية التي يعيشها، وذلك ظناً منه أن ذلك قد يجعل المحكمة المختصة قبل طلبه للصلح، استناداً

دائرتها المحل التجاري للمفلس، وإذا تعددت حاله التجارية فتختص بها محكمة المحل الذي اتخذه مركزاً رئيسياً لأعماله التجارية. وبالنسبة للشركات يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائريتها الرئيسي؛ وذلك لأن المشرع الإماراتي لم يعلم على إنشاء محاكم تجارية متخصصة للنظر في المنازعات التجارية ومن بينها قضايا الإفلاس. وذلك على خلاف المشرع المصري الذي جعل الاختصاص في نظر طلبات إعادة الهيكلة من اختصاص الدائرة الابتدائية بالمحكمة الاقتصادية المختصة التي تم إنشائها بموجب القانون رقم 120 لسنة 2008 بشأن المحاكم الاقتصادية لمواكبة التطورات التي يشهدها عالم التجارة.

1 عرفت المادة الأولى من القانون رقم 11 لسنة 2018م إدارة الإفلاس بأنها: "الادارة المنشأة بموجب هذا القانون داخل كل محكمة اقتصادية لتقاضي طلبات إعادة الهيكلة، والصلح الواقي من الإفلاس، وشهر الإفلاس، ومبشرة إجراءات الوساطة".

إلى المركز المالي الوهمي، مما قد يساهم - من وجهة نظره - في تسوية ديونه قبل دائنيه¹.

ولهذا سعى كلّ من المشرّعين: الإماراتي والمصري إلى قطع السبيل أمام المدين سيئ النية الذي يرغب في تضليل المحكمة المختصة بقبول طلب الصلح، من خلال ادعاء مركز مالي وهمي مخالف للحقيقة، حيث اشترط كلّ من المشرّعين ضرورة أن يقدم المدين العديد من الوثائق والمستندات المؤيدة لطلبه والمؤكدة على ما جاء به من بيانات.

فقد أوردت المادة (٩) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (٩) لسنة ٢٠١٦م، العديد من الوثائق والمستندات التي يجب إرفاقها بالطلب المقدم، وهي على النحو التالي:

مذكرة وافية وموجزة تكون معبرة ومحدة لحقيقة وضع المدين الاقتصادي والمالي، وبيانات عن جميع أمواله، وكذلك عن العاملين لديه. ولعلّ الحكمة من اشتراط المشرع تقديم هذه المذكرة من قبل المدين، هي التعرف على مدى إمكانية المدين للوفاء بالتزاماته الحالية والمستقبلية قياساً على ما يملكه حالياً ومستقبلاً من أموال حسب مصادر دخله ووضعه المالي الحالي والمستقبلبي.

صورة من الرخصة التجارية أو الصناعية أو المهنية للمدين ومن سجله التجاري أو المهني².

صورة من الدفاتر التجارية أو البيانات المالية المتعلقة بأعمال المدين عن السنة المالية السابقة على تقديم الطلب، الأمر الذي قد يكون من شأنه معاونة المحكمة

1 سامان أحمد شهاب، مرجع سابق، ص 243.

2 تحدد طبيعة النشاط الاقتصادي الكيان القانوني للشركة ونوع الرخصة سواء كانت تجارية أو صناعية أو مهنية، إلخ. وهناك ستة أنواع من الرخص، تشمل: ((صناعية - تجارية - حرفة - سياحية - زراعية - مهنية)) يمكن أن تشمل الرخصة أكثر من نشاط عمل واحد. وهناك أكثر من 2000 نشاط اقتصادي متعدد يمكن الاختيار من بينها ضمن لائحة الأعمال في الإمارات. في أبو ظبي، يقدم مركز أبو ظبي للأعمال خدمة الرخصة الفورية، التي تسمح للمستثمر بتأسيس الأعمال عبر الإنترنت والحصول على الرخصة التجارية فوراً دون الحاجة إلى زيارة مراكز الخدمة. وفي دبي، أطلقت اقتصادية دبي بالشراكة مع الجهات الحكومية المحلية الأخرى في الإمارة برنامج منظمة دبي التجارية الافتراضية (VCC) الذي يمكن رواد الأعمال التجارية، وأصحاب المهن الحرة في معظم أنحاء العالم من بدء شركة تجارية افتراضية في دبي، والحصول على رخصة تجارية افتراضية، دون اشتراط الإقامة أو العمل في دولة الإمارات.

<https://u.ae/ar-ae/information-and-services/business/steps-to-start-a-business-on-the-mainland>

المختصة، في الكشف عن حقيقة مركز المدين، وما إذا كان يُعدّ حسن النية أم لا، ومدى حرصه على الوفاء بالتزاماته المالية¹.

تقرير يتضمن توقعات السيولة النقدية وتوقعات الأرباح والخسائر عن فترة (12) الإثنى عشر شهراً التالية لتقديم الطلب. وكذلك بيان يحدد ماهية هذه الديون سواء من حيث مواعيد الاستحقاق، وأسماء الدائنين، ومقدار دين كل منهم على وجه التحديد. وتبدو الحكمة من وجوب تقديم هذا البيان هي التعرف على حقيقة الديون ومقدارها بشكل محدد والمواعيد المطلوبة لسدادها، مما قد يساهم في إثبات وجود ديون على المدين وعدم قدرته على الوفاء بها في مواعيد استحقاقها².

بيان تفصيلي عن أموال المدين عند تاريخ تقديم الطلب. ويقصد بأموال المدين جميع الأموال المنقوله وغير المنقوله التي تدخل في الجانب الإيجابي للذمة المالية للمدين بتاريخ تقديم هذا الطلب³، حيث أنّ تقدير إفلاس المدين من عدمه يتمّ وفقاً لما يملكه المدين من أصول ومتلكات. فالمدين يكون في حالة إفلاس عندما تكون كافة ممتلكاته سواء كانت المنقوله أو العقارات لا تغطي قيمة الديون المستحقة من تاريخ تقديم طلب الصلح.

مقترنات المدين بشأن الصلح الواقي؛ فقد يقترح مثلاً إمكانية تأجيل وقت استحقاق الدين أو إمكانية تقسيطه، أو غير ذلك من اقتراحات وحلول يرى أنها تكون ملائمة وذات أثر فعال في تحقيق الصلح مع دائننه.

تسمية المدين لأمين يرشحه لتولي الإجراءات؛ فالمشرع الإماراتي قد أوجب - كما سنرى لاحقاً - على المحكمة أن تأمر في قرار افتتاح إجراءات الصلح بتعيين أمين أو أكثر.

إذا كان مقدم الطلب شركة، يجب أن يرفق مع الطلب صورة عن قرار الجهة المختصة في الشركة بتحويل مقدم الطلب بتقديم طلب باتخاذ إجراءات الصلح الواقي من الإفلاس، وصورة من مستندات تأسيس الشركة، وأية تعديلات طرأت عليها وهي مودعة لدى السلطة المختصة في الإمارة.

1 - حسين الماجي، مرجع سابق، ص26

2 - فهد سعيد فلاح سعيد، التنظيم القانوني للإعسار المدني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، سنة 2014، ص62.

3 - المادة الأولى من المرسوم بقانون اتحادي رقم (9) لسنة 2016.

أي مستندات أخرى تدعم تقديم الطلب أو طلبهما المحكمة. وهنا يتبيّن أنَّ المشرع الإماراتي قد ترك المجال مفتوحاً أمام المدين، لتقديم ثمة مستندات أو وثائق أخرى لم ينصّ عليها المشرع صراحة، طالما أنَّه أي المدين - يرى أنها قد يكون لها دور هام في بيان حقيقة وضعه المالي وإثبات حسن نيته، وأنَّه يواجه بالفعل حالة إفلاس تجعله في أمس الحاجة لقبول طلب الصلح الذي تقدم به للمحكمة المختصة، حماية له وحفاظاً على حقوق دائنيه¹.

ومن ناحية أخرى، يلاحظ أنَّ المشرع المصري قد أورد في المادة (36) من القانون رقم (11) لسنة 2018 العيد من المستندات التي يجب إرفاقها بالطلب المقدم للصلح الواقي²، كما أجاز للقاضي إلزام مقدم الطلب بتقديم أية مستندات إضافية أو معلومات يراها لازمة لتحديد الوضع الاقتصادي والمالي للمدين. واشترط أن تكون هذه الوثائق والمستندات مؤرخة ومؤودة من طلب الصلح. وإذا تعذر تقديم بعضها أو استيفاء بيانتها، وجوب أن يتضمن الطلب أسباب ذلك.

ومما سبق، يتبيّن أنَّ كلاً من المشرَّعين: الإماراتي والمصري قد اتفقا في اشتراط إرفاق العديد من المستندات والوثائق المؤيدة لطلب الصلح المقدم من المدين، كما يتبيّن أيضاً أنَّ جميع البيانات والمستندات التي أوجب كلَّ من المشرَّعين: الإماراتي والمصري على المدين أن يرفقها بطلب الصلح المقدم منه للمحكمة المختصة، تدور جميعها حول تحقيق هدف واحد، وهو الوقوف على حقيقة الوضع المالي للمدين بشكل محدد ومفصل، وبالتالي تقدير ما إذا كان يواجه حالة إفلاس بالفعل أم لا، وما إذا كان هناك إمكانية لتحقيق الصلح مع دائنيه من عدمه.

وبناءً على ما سبق، إذا لم يقم المدين طالب الصلح بارفاق الوثائق والمستندات المطلوبة قانوناً دون سبب أو عذر قبله المحكمة، فإنَّ ذلك قد يُعدّ بمثابة دليل على عدم جديته في طلبه، مما قد يكون له الأثر في رفض هذا الطلب من قبل المحكمة

¹ إيلاف فؤاد فالح، إنقاذ المشروعات المتعثرة وفقاً لقانون الإفلاس رقم (21) لسنة 2018م، رسالة ماجستير، كلية القانون، الأردن، سنة 2019م، ص 33.

² حيث تنص هذه المادة على أنه: "يرفق بطلب الصلح الواقي المستندات الآتية: أ- الوثائق المؤيدة للبيانات الواردة في طلب الصلح. ب- شهادة من مكتب السجل التجاري، تثبت قيام التاجر بما تفرضه الأحكام الخاصة بالسجل التجاري خلال السنين السابقتين على طلب الصلح. ج- شهادة من الغرفة التجارية تقيد بມزاولة التجارة بصفة مستمرة خلال السنين السابقتين على طلب الصلح. د- صورة من الميزانية وحساب الأرباح والخسائر عن السنين السابقتين على طلب الصلح. هـ- بيان بالجاملي المصرفوفات الشخصية في السنين السابقتين على طلب الصلح عدا الطلب المقدم من إحدى الشركات المساهمة. وـ- بيان تفصيلي بالأموال المنقوله وغير المنقوله وقيمتها التقريرية عند طلب الصلح. زـ- بيان باسماء الدائنين والمدينين وعنوانيهن ومقدار حقوقهم أو ديونهم والتأمينات الضامنة لها. حـ- ما يفيد إيداع مبلغ عشرة آلاف جنيه خزينة المحكمة على ذمة مصروفات نشر ما يصدر من أحكام. طـ- شهادة بعدم شهر إفلاس التاجر أو تقديم طلب إعادة الهيكلة. وإذا كان الطلب خاصاً بشركة وجب أن يرفق به صورة من عقد الشركة ونظمها مصدقاً عليها من مكتب السجل التجاري والوثائق المثبتة لصفة مقدم الطلب وصورة من قرار الشركاء أو الجمعية العامة بطلب الصلح وبيان باسماء الشركاء المتضامنين وعنوانيهن وجنسياتهم.

المختصة¹، إلا أنه ورغبة من المشرع في الوقوف مع المدين طالب الصلح حسن النية الذي يكون قد تعذر عليه بالفعل في الحصول على بعض المستندات المطلوبة، فقد أجاز للمحكمة المختصة منحه أجلًا لتقديم أي ثمة بيانات أو وثائق إضافية².

¹ البند الثاني من المادة (9) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (9) لسنة 2016 م.
² المادة (11) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (9) لسنة 2016 م.

المطلب الثاني: الرد على طلب الصلح الواقي من الإفلاس

سبق وأن تبين فيما تقدم أنّ طلب الصلح المقدم من المدين لا يقطع على وجه اليقين بصحة هذا الطلب، وما ورد فيه من بيانات؛ لذا فإنّه لا يكون له أثر في البدء في إجراءات الصلح إلا بعد استئناف المحكمة المختصة مما ورد فيه من بيانات، وما أرفق به من مستندات، ومن ثمّ البث فيه بالقبول أو الرفض، بيد أنّ المحكمة المختصة بالرد على الطلب تكون ملزمة باتباع العديد من الإجراءات الشكلية في هذا الشأن، سواء فيما يتعلق بالميعاد الذي يجب عليها الالتزام به عند البث في الطلب، أو الإجراءات الواجب اتباعها في حالة ما إذا تم قبول الطلب أو رفضه. وهذا ما سوف يتم بيانه من خلال فرعين، حيث يحدد الفرع الأول الميعاد المحدد للرد على الطلب، أما الثاني فيبيّن إجراءات البث في الطلب.

الفقرة الأولى: الميعاد المحدد للرد على الطلب

اشترط المشرع الإماراتي على المحكمة المختصة أن تفصل في طلب الصلح في موعد أقصاه خمسة أيام من تاريخ تقديم هذا الطلب، بشرط أن يكون هذا الطلب قد قدم مستوىًًا لكافة الاشتراطات القانونية المطلوبة¹.

وتبدو الحكمة من اشتراط الفصل في الطلب في هذا الموعد، هو رغبة المشرع الإماراتي في تحديد مراكز المدين والدائنين في أقرب وقت ممكن؛ لكي لا تكون أمام المدين فرصة واسعة بين تقديم الطلب والفصل فيه للتصريف في أمواله على نحو يضر بالدائنين؛ فكان من الواجب حسم الأمر بالرد على طلب الصلح بصفة مستعجلة².

أما المشرع المصري، وإن كان لم يحدد ميعاداً محدداً يجب على المحكمة أن تلتزم به عند الفصل في الطلب، إلا أنه قد اشترط ضرورة الرد على طلب الصلح المقدم من المدين على وجه الاستعجال³.

وحرصاً من المشرع الإماراتي على تحقيق نوع من السرعة في الرد على طلب الصلح المقدم، فقد أجاز للمحكمة المختصة الاستعانة بخبير من الخبراء المقيدين

1 المادة (14) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (9) لسنة 2016.

2 حسين الماحي، مرجع سابق، ص 37.

3 راجع المادة 37 من القانون رقم (11) لسنة 2018 بشأن تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي من الإفلاس المصري.

في جدول الخبراء أو من خارجه إذا لم تجد من لديه الخبرة الكافية، حيث تكون مهمة هذا الخبير إعداد تقرير دقيق عن الوضع المالي والاقتصادي للمدين، متضمناً لرأيه في مدى توافر الشروط الالزمة لقبول طلب افتتاح إجراءات الصلح الواقي، وما إذا كانت أموال المدين كافية أو غير كافية لتنفيذ الصلح الواقي، ويكون الخبير ملزماً بالانتهاء من إعداد هذا التقرير خلال موعد محدد، لا يتجاوز عشرين يوم عمل من تاريخ تبليغه بقرار تعينه¹.

أما المشرع المصري فلم ينص صراحة على حق المحكمة في الاستعانة بخبير. ومع ذلك نجد أن المادة (37) من القانون رقم (11) لسنة 2018²، قد جاءت بعبارات عامة ومطلقة تجيز للمحكمة المختصة اتخاذ الإجراءات الممكنة للاحاطة بالدائن المالية وأسباب اضطرابها، وبالتالي فقد تشمل هذه الإجراءات على الاستعانة بخبير إذا ما ارتأت المحكمة المختصة أنها في حاجة إلى ذلك.

وكذلك، حرصاً على الحفاظ على حقوق الدائنين، وتوفير الحماية الكافية لهم من تصرفات المدين خلال الفترة منذ تقديم طلب الصلح وحتى الفصل فيه من قبل المحكمة المختصة، فقد أجاز كل من المشرعين: الإماراتي والمصري للمحكمة التي تتظر طلب الصلح، أن تأمر بناءً على طرف أي ذي مصلحة أو من تلقاء نفسها، باتخاذ التدابير الالزمة لمحافظة على أموال المدين إلى حين الفصل في الطلب³.

فقد تأمر المحكمة بوضع الأختام على مقر أعمال المدين، أو أن تأمر أيضاً بإيداع النقود في إحدى المصارف أو خزينة المحكمة، أو أن تعين حارساً على أموال المدين أو تعين مديرًا على أعمال المدين، أو غيرها من التدابير الاحترازية الأخرى التي ترى المحكمة أنها ملائمة ومجدية لحفظ حقوق الدائنين.

الفقرة الثانية: إجراءات البت في الطلب

¹ نص المادة (12) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (9) لسنة 2016م. وجدير بالذكر أن المشرع الإماراتي قد حظر صراحة على سبيل الحصر بعض الفئات من تعينها بخبير، هذه الفئات وفقاً للمادة (19) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (9) لسنة 2016 هي كالتالي: - 1- أحد الدائنين-2- زوج المدين أو صهره أو أحد أقاربه حتى الدرجة الرابعة.

³- أي شخص صدر عليه حكم بات في جنائية أو في جنحة سرقة أو اختلاس أو غش في المعاملات التجارية أو خيانةأمانة أو احتيال أو تزوير أو شهادة زور أو إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون أو رشوة أو أي جنحة ماسة بالاقتصاد الوطني حتى وإن رد إليه اعتباره-4- أي شخص كان خلال السنتين السابقتين على افتتاح إجراءات الصلح الواقي شريكاً للمدين أو مستخدماً عنده أو مدققاً لحساباته أو وكيله له". ولعل المحكمة من حظر المشرع هذه الفئات على سبيل الحصر هي الخشية من محاباة أي طرف من الأطراف على حساب مصلحة الطرف الآخر.

² تنص المادة (37) من القانون رقم (11) لسنة 2018م على أن: "المحكمة التي تتظر في طلب الصلح أن تأمر باتخاذ التدابير الالزمة لمحافظة على أموال المدين إلى حين الفصل في الطلب ويجوز للمحكمة أن تتخذ من الإجراءات ما يمكنها من الإحاطة بحالة المدين المالية وأسباب اضطرابها...".

³ المادة (1/10) من المرسوم بقانون اتحادي رقم 9 لسنة 2016، والمادة (37) من القانون رقم (11) لسنة 2018م.

لا يخرج رد المحكمة المختصة على طلب الصلح المقدم من المدين عن

فرضين:

الفرض الأول: أن تجد المحكمة أن طلب الصلح قد جاء مستوفياً لكافية الاشتراطات القانونية، ومرفقاً به كافة المستندات المطلوبة قانوناً، والتي تكون معبرة عن حقيقة الوضع المالي للمدين، والدالة بالفعل على أنه يواجه حالة إفلاس، وأنه من الممكن تحقيق الصلح مع دائنيه، فهنا تقوم المحكمة بقبول هذا الطلب تمهدًا لافتتاح إجراءات الصلح.

فهنا يجب على المحكمة، أن تصدر القرار بافتتاح إجراءات الصلح الواقي من الإفلاس¹. كما تلتزم أن تعين في قرار قبول الصلح أميناً أو أكثر، وتقوم بإبلاغهم بقرار التعين في موعد أقصاه اليوم التالي لصدور قرارها بافتتاح الإجراءات.

أما الفرض الثاني: وهو الذي تجد فيه المحكمة أن الطلب المقدم من المدين غير كافٍ، وليس معبراً عن حقيقة الوضع المالي الذي يواجهه المدين، وأن هذا المدين ليس في حالة إفلاس بالفعل، أو أنه في حالة إفلاس، وليس من الممكن تحقيق الصلح مع دائنيه، فهنا لا يكون أمام المحكمة سبيلاً سوى رفض هذا الطلب.

وإذا كان الأصل أن المحكمة تتمتع بسلطة تقديرية في قبول طلب الصلح أو رفضه، بعد تتحققها من حقيقة الوضع المالي للمدين، وما إذا كان يواجه حالة تعذر من عدمه، وكذلك مدى إمكانية تحقيق الصلح مع دائنيه من عدمه، إلا أن المشرع الإماراتي قد قيد من تلك السلطة، حيث أوجب على المحكمة أن تقضي برفض طلب الصلح في بعض الحالات، الواردة على سبيل الحصر في المادة (15) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (9) لسنة 2016م، وهي كالتالي:

- إذا كان المدين خاضعاً لإجراءات صلح واقٍ أو إعادة هيكلة أو إفلاس وتصفية أمواله في الدولة.
- إذا لم يقدم المدين الوثائق والبيانات المنصوص عليها قانوناً دون إبداء ثمة سبب لعدم تقديمها؛ لأن عدم تقديم هذه المستندات إنما يؤكّد على عدم جديّة الطلب وعدم تأسيسه على سند قانوني سليم، وبالتالي استحقاقه الرفض.

¹ المادة 2/14 من المرسوم بقانون اتحادي رقم (9) لسنة 2016، والمادة (40) من القانون رقم (11) لسنة 2018م.

- إذا ثبت لها أن المدين يتصرف بسوء نية أو أن الطلب يشكل إساءة استخدام إجراءات التقاضي. وتبدو الحكمة هنا من رفض طلب الصلح في رغبة المشرع معاقبة المدين سيئ النية، ويكون المدين سيء النية إذا قد تعمد إخفاء حقيقة مركزه المالي، أو أن الأضطراب الذي لحق به كان بسبب إهماله ورعيته¹. بينما يكون حسن النية إذا كان الأضطراب الذي لحق به يرجع لظروف لا دخل له فيها، ولم يكن يتوقعها، أو لم يستطع تجنبها أي أن الأضطراب جاء بالرغم منه، ولظروف خارجة عن إرادته لا دخل له فيها².
- إذا صدر حكم على المدين بالإدانة في إحدى الجرائم المنصوص عليها في الباب السادس من المرسوم بقانون رقم (9) لسنة 2016م أو في إحدى جرائم التزوير أو السرقة أو الاحتيال أو خيانة الأمانة أو اختلاس الأموال العامة مالم يكن قد رُدّ إليه اعتباره. وتبدو الحكمة هنا في رفض طلب الصلح هي رغبة المشرع في كون المدين مقدم الطلب شخص سوياً لم يرتكب غشًا، أو أي من الجرائم المخلة بالشرف ، ويشرط أن يكون الحكم الصادر في تلك الجرائم باًأي لا يجوز الطعن فيه بالطرق العادلة أو غير العادلة³.
- إذا تبين للمحكمة أن إجراءات الصلح الواقي غير ملائمة للمدين، استناداً إلى البيانات والمستندات المقدمة مع الطلب أو استناداً إلى التقرير الذي يعدّ الخبر.
- إذا قررت المحكمة افتتاح إجراءات الإفلاس.
- إذا لم يودع المدين المبلغ المطلوب إيداعه أو لم يقدم الكفالة المصرفية المطلوبة، لتغطية نفقات وتكاليف إجراءات الصلح الواقي المنصوص عليها في المادة (12) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (9) لسنة 2016م.

وعلى الجانب الآخر، نجد أن المشرع المصري قد سار أيضاً في ذات إتجاه المشرع الإماراتي، حيث ألم المحكمة برفض طلب الصلح في بعض الحالات الواردة على سبيل الحصر، وذلك بموجب المادة (38) من القانون رقم (11) لسنة 2018م. أولاهما: إذا لم يقدم طالب الصلح الوثائق والبيانات المطلوبة قانوناً دون إبداء أي

¹ مصطفى كمال طه، وسائل أنور بن دقق "أصول الإفلاس" مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2016م، ص416.

² حسين الماحي، مرجع السابق، ص24.

³ نورة غلوم، مرجع سابق، ص42

مبررات لعدم تقديمها. وثانيتها: إذا سبق الحكم على التاجر بالإدانة في إحدى جرائم الإفلاس بالتدليس في جريمة التزوير أو السرقة أو النصب أو خيانة الأمانة أو إصدار شيك بدون رصيد أو اختلاس الأموال العامة مالم يكن قد رُدّ إليه اعتباره. وثالثتها: إذا اعتزل التجارة أو لجا إلى الفرار. ولعلّ الحكمة من رفض طلب الصلح في هذه الحالة الأخيرة تتوافق مع الهدف من إقرار نظام الصلح الواقي من الإفلاس، وهو حماية المدين من عثرته وتمكينه من الاستمرارية في تجارتة¹.

وحرصاً من المشرع المصري على التأكيد على جدية المدين في تقديم طلب الصلح، فقد أجاز للمحكمة في حالة رفضها طلب الصلح الواقي بناء على توافر إحدى الحالات السالفة الإشارة إليها، فرض غرامة مالية على التاجر لا تقل عن عشرين ألف جنيه، ولا تجاوز مائة ألف جنيه، أو تبين للمحكمة أن المدين تعمّد أن يوهم المحكمة باضطراب أعماله المالية أو إحداث الاضطراب فيها².

يتبيّن مما سبق أن كلا من المشرعين: الإماراتي والمصري قد ساکا ذات النهج، من حيث النص على بعض الحالات - على سبيل الحصر - التي تقيد من سلطة المحكمة في قبول طلب الصلح المقدم من المدين أو رفضه، حيث يتعين عليها - إذا توافرت أي حالة من هذه الحالات - رفض طلب الصلح المقدم من المدين، دون أن يكون لها ثمرة سلطة تقديرية في هذا الشأن. فقد ارتأى كل من المشرعين - كل حسب وجهة نظره - أن توافر أي حالة من هذه الحالات يتناهى مع الهدف الأساسي الذي تم من أجله إقرار نظام الصلح الواقي من الإفلاس، وهو توفير الحماية الكافية لكل من المدين والدائن على حد سواء.

بيد أنه يلاحظ أن المشرع الإماراتي قد توسع في حالات رفض طلب الصلح عن نظيره المصري، حيث ذكر حالات عديدة ومفصلة، يتعين على المحكمة رفض طلب الصلح إذا توافرت أي منها. ونشيد بموقف المشرع الإماراتي في هذا الشأن؛ لأنّه - من وجهة نظرنا - كلما كانت حالات رفض طلب الصلح المقدم من المدين مفصلة ومحددة على سبيل الحصر - بشرط أن تكون قائمة على أسباب سائغة - كلما كان المدين أكثر جدية وحرصاً عند تقديم طلب الصلح، الأمر الذي يساعد المحكمة المختصة في

¹ نورة غلوم، مرجع سابق، ص36، 37.

² المادة (39) من القانون رقم (11) لسنة 2018م.

سرعة البت في هذا الطلب، مما يحقق الحماية الكافية لكل من المدين والدائنين على حد سواء. وهذا ما حاول المشرع المصري من تحقيقه بطريقه غير مباشرة، حينما فرر صراحة فرض غرامة مالية على التاجر في حالة رفض طلب الصلح المقدم منه، إذا توافرت الحالات المنصوص عليها. وفي هذا نوصي المشرع الإماراتي بأن يحذو حذو المشرع المصري في هذا الشأن، كنوع من أنواع العقاب للمدين سيئ النية، وتحقيقاً لمزيد من الحماية للدائنين.

تناول هذا البحث شروط صحة إجراء الصلح الواقي من الإفلاس وفقاً لأحكام المرسوم بقانون اتحادي رقم (9) لسنة 2016، مقارنةً بأحكام القانون المصري رقم (11) لسنة 2018م، كآلية لإنقاذ المدين المتغادر من الواقع في فخ الإفلاس. وتم التوصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات يمكن إجمالها بما يلي:

النتائج:

1- الصلح الواقي من الإفلاس هو بمثابة صلح رضائي، طرفاً هما: المدين والدائنين. وينعقد هذا الصلح عن طريق الإيجاب والقبول بين طرفيه، ويهدف إلى إنقاذ المدين من عثرته ومساعدته على التغلب على الظروف الطارئة التي تواجهه.

2- توسيع المشرع الإماراتي في نطاق تطبيق الصلح الواقي من الإفلاس، حيث جعل تطبيق أحكامه تمتد لتشمل الشركات المدنية ذات الطابع المهني فقط دون الأشخاص الطبيعيين، وبالتالي لم يتطلب أن يكون مقدم طلب الصلح الواقي حكراً على التجار فقط، وإنما وسع من دائرة الأشخاص المستفيدين من طلب الصلح الواقي من الإفلاس، وذلك على خلاف المشرع المصري الذي قصر طلب الصلح الواقي من الإفلاس على كل من توافرت بشأنه صفة الناجر فقط سواءً كان فرداً أو شركة.

3- حدّد المشرع المصري في القانون رقم (11) لسنة 2018م جهة محددة لتقاضي طلبات الصلح، وهي الدوائر الكلية المشكلة من ثلاثة قضاة هي المختصة بنظر طلبات الصلح الواقي، بخلاف المشرع الإماراتي الذي ترك أمر تحديد المحكمة المختصة طبقاً لقواعد الاختصاص العامة الواردة في قانون الإجراءات المدنية.

4- لقد ساک كل من المشرعين: الإماراتي والمصري ذات النهج، من حيث النص على بعض الحالات - على سبيل المحصر - التي تقييد من سلطة المحكمة في قبول طلب الصلح المقدم من المدين أو رفضه، حيث يتعين عليها إذا توافرت أي حالة من هذه الحالات - رفض طلب الصلح المقدم من المدين، دون أن يكون لها ثمرة سلطة تقديرية في هذا الشأن، وذلك من أجل توفير الحماية الكافية لكل من المدين والدائنين على حد سواء.

الوصيات:

- 1-نقترح على المشرع الإماراتي أن يعمل على اسْتِحداث محاكم تجارية متخصصة للنظر في المنازعات التجارية، وأن يكون قضاها متخصصين في المسائل التجارية البحتة التي تتطوي على خصوصية معينة تراعي بينة المعاملات التجارية.
- 2-نقترح على المشرع الإماراتي أيضاً بتقرير حق ورثة التاجر المتوفى بتقديم طلب الصلح الواقي من الإفلاس، في حال تبيّن أنّ مورثهم كان في حالة تعثر، ورغبوا في الاستمرار بتجارته أسوة بما أورده المشرع المصري.
- 3-أن يتبنّى المشرع الإماراتي ما جاء في المادة 32 من القانون المصري بشأن منع لجوء الشركة تحت التصفية لإجراء الصلح الواقي من الإفلاس.
- 4-نوصي المشرع الإماراتي بأن يقرر صراحة فرض غرامة مالية على المدين في حالة رفض طلب الصلح المقدم منه، كنوع من أنواع العقاب للمدين سيئ النية، وتحقيقاً لمزيد من الحماية للدائنين.

قائمة المراجع**المراجع العامة**

- جمال عبد الرشيد "النظام القانوني للشركات المدنية المهنية ، دراسة مقارنة " دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،الأردن ،الطبعة الأولى ،سنة 2015م.
- خالد عطشان الظفيري، حالة الإعسار في القانون المدني الكويتي، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، سنة 2011م.
- زينة غانم عبد الجبار الصفار، الجديد في قانون الإفلاس رقم (9) لسنة 2016م لدولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة القانون المغربي، ع36، سنة 2017.
- عاطف الفقي، الإفلاس، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2008م.
- عبد الحميد الشواربي، الإفلاس، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2000م.
- فهد سعيد فلاح سعيد، التنظيم القانوني للإعسار المدني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، سنة 2014م.

- مصطفى كمال طه، ووائل أنور بن دق، أصول الإفلاس، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2016م.

*المراجع المتخصصة

- إبراهيم صبرى الأرناؤوط، خطة إعادة الترتيب الاعتبادىة لإنقاذ المشروعات الاقتصادية المتعثرة وفقاً لقانون الإعسار الأردنى، دراسة مقارنة، مج 47، ع3، الجامعة الأردنية، سنة 2020م.

- أيلاف فؤاد فالح، إنقاذ المشروعات المتعثرة وفقاً لقانون الإعسار رقم 21 لسنة 2018م، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة آل البيت، الأردن، سنة 2019م.

- حسين المحاكي، تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي من الإفلاس، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2020-2021م.

- حمد سالم المسافري، وسائل حماية المشروعات التجارية في قانون الإفلاس الإماراتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، مج 6، ع22، سنة 2018م.

- رفعت فضل الراعي، الصلح الواقي من الإفلاس في النظام القانوني الإماراتي، دراسة مقارنة مع القانونين المصري والفرنسي، أكاديمية شرطة دبي، سنة 2017م.

- سارة عماد الحزامي، الصلح الواقي من الإفلاس، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الشارقة، سنة 2017م.

- سامان أحمد شهاب، الصلح الواقي من الإفلاس، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2017م.

- سليمان بن زهران بن سليمان الهنائي، الصلح الواقي من الإفلاس، رسالة ماجستير، جامعة السلطان قابوس، عمان، سنة 2012م.

- نورة غلوم محمد البلوشى، الصلح الواقي من الإفلاس في النظام القانوني الإماراتي، دراسة مقارنة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، سنة 2019م.

*التشريعات

- مرسوم بقانون اتحادي رقم(9)لسنة 2016 بشأن الإفلاس الإماراتي، منشور في مجلق الجريدة الرسمية الاتحادية - العدد 604 السنة السادسة والأربعون، 29 سبتمبر 2016م.
- القانون رقم 11 لسنة 2018 بإصدار قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس المصري المنصور في الجريدة الرسمية العدد 7 مكرر (د) في 19 فبراير سنة 2018م.

• أحكام المحاكم

- حكم محكمة النقض أبو ظبي ، الطعن رقم 88 لسنة 2008 طعن تجاري جلسة 9 سبتمبر 2009م.
- حكم المحكمة الاتحادية العليا الطعن(11/12/1995 لسنة 46، ع/2)
- نقض مدني مصرى، الطعن رقم 6206 لسنة 64، قضائية، جلسة 11 ديسمبر سنة 1995م، مجموعة أحكام المكتب الفنى، السنة 46، قضائية.



جامعة عجمان
AJMAN UNIVERSITY

Journal of Legal Sciences

Year Eight - sixteen Issue - july 2022

Email: lawmagazine@ajman.ac.ae

A scientific journal that deals with legal, sharia and economic studies

ISSN: 2707 - 1073
E - ISSN: 2707 - 1081

- Towards a legal regulation of trade secrets in the UAE legislation
- Convergence of some provisions of the insolvency and bankruptcy laws from a jurisprudential perspective
- Reflections on factoring contract According to the decree pursuant to Law No. (16) of 2021 regarding factoring and transfer of receivables
- The right of retention, a comparative study of Tunisian law and Emirati law
- Conditions of Preventive Composition of Bankruptcy: An Analytical study of Emirati and Egyptian Laws
-