



جامعة عجمان
AJMAN UNIVERSITY

مجلة العلوم القانونية

Email: lawmagazine@ajman.ac.ae

السنة التاسعة - العدد الثامن عشر - يوليو 2023

مجلة دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات القانونية

الإفصاح عن الخطر في عقد التأمين في القانونين الفلسطيني والفرنسي "دراسة تحليلية مقارنة"

إمكانية تطبيق اتفاقية فيينا بشأن البيوع الدولية للبضائع أمام القضاء القطري

تقييم العدالة الموضوعية لحجية سند الملكية العقارية في النزاعات العائلية دراسة تحليلية مقارنة

نحو تنظيم قانوني لشرط العمل الحصري في القانون الإماراتي "دراسة مقارنة"

المسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن مشروبات الطاقة: دراسة مقارنة

المصلحة الخاصة الأولى بالرعاية في إباحة إفشاء السر الطبي

الآثار المحتملة لتقنية البلوك تشين على النظام القانوني التقليدي في التعاقد والإثبات

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

ص.ب: ٣٤٦ عجمان، الإمارات العربية المتحدة هاتف: ٠٩٧١٦٧٠٥١١٣١ أو ٠٩٧١٦٧٠٥١٣٢٥ فاكس: ٠٩٧١٦٧٠٥١٢٧٠

ثمن العدد:

داخل الإمارات: عشرون درهماً

دول الخليج:

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

الوطن العربي:

سبعة دولارات أمريكية أو ما يعادلها

الدول الأجنبية:

عشر دولارات أمريكية أو ما يعادلها

الاشتراك السنوي للمجلة:

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

يُدفع الاشتراك بإحدى الطرق الآتية:

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

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

رقم الحساب (IBAN) : AE170330000010493141592

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

قال تعالى:

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

صدق الله العظيم

(سورة النساء: 58)

دولة الإمارات العربية المتحدة - جامعة عجمان - كلية القانون

مجلة علمية مُحَكَّمة "نصف سنوية" تهتم بنشر الدراسات القانونية

السنة التاسعة - العدد الثامن عشر - يوليو 2023

التقديم الدولي: ISSN: 2707 - 1081 / E - ISSN: 2707 - 1073

توجّه 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

الهيئة الاستشارية للمجلة

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

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

الدكتور صالح محمد أحمد محمد دياب
عميد كلية القانون - جامعة البحرين

الدكتور وسام نعمت إبراهيم السعدي
عميد كلية الحقوق - جامعة الموصل

الأستاذ الدكتور محمد حسن علي
القاسمي
عميد كلية القانون - جامعة الإمارات
العربية المتحدة

الدكتور حاتم عبد المنعم أحمد
عميد كلية العدالة الجنائية - جامعة نايف
العربية للعلوم الأمنية

هيئة التحرير

رئيس التحرير
أ. د. عبد العزيز الحسن

نائب رئيس التحرير
د. نجلاء فليح

سكرتير التحرير
أ. سناء صالح

أهداف مجلة العلوم القانونية

أهداف المجلة:

تسعى مجلة العلوم القانونية إلى تحقيق عدة أهداف، أهمها:

- 1- تعميق المعرفة بأحكام الفقه الاسلامي ذات الصلة بالقانون والتشريعات القانونية المختلفة.
- 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 أوامر التواصل مع كافة الأجهزة الحكومية والهيئات والمؤسسات العامة والخاصة العاملة في المجال القانوني.
- 5- تقديم العون للجهات القضائية من خلال التعليق على الأحكام والمبادئ القضائية وتحليلها.

اهتمامات المجلة:

تُعنى المجلة بنشر البحوث العلمية الرصينة في مجالات الفقه الاسلامي ذات الصلة بالقانون والتشريعات القانونية المختلفة، والتي من شأنها أن تسهم في رقي المجتمع حضارياً والمحافظة على هويته العربية والإسلامية، وتعزيز مبدأ سيادة القانون.

قواعد النشر في المجلة:

- 1- تعهد من الباحث بأن البحث لم يسبق نشره وأنه يلتزم بالمبادرة بإخطار المجلة في حالة تقديم البحث للنشر في مجلة أخرى طالما لمّا تبد المجلة رأيها في البحث.
- 2- لا يجوز نشر البحث في مجلة أخرى أو مؤتمر أو ندوة علمية أو بأي وسيلة أخرى بعد قبوله للنشر في المجلة إلا بعد الحصول على إذن كتابي من مدير التحرير.
- 3- أن يلتزم الباحث المنهجية العلمية والتوثيق العلمي لمادة البحث، وأن يتسم البحث بالأصالة والإضافة للمعرفة القانونية.
- 4- ألا يكون البحث مستلاً من رسالة علمية (ماجستير أو دكتوراه) نال بها الباحث درجة علمية، أو منشوراً من قبل بأية صورة من صور النشر.
- 5- ألا يتجاوز حجم البحث أربعين صفحة بما فيها قائمة المراجع وملخص البحث باللغتين العربية والإنجليزية.

- 6- تُقدّم البحوث مطبوعة بخط Simplified Arabic وتكتب العناوين الرئيسية والفرعية بالخط الأسود العريض بحجم (16)، وحجم (14) للنصوص في المتن، وبحجم (10) للهوامش في أسفل كل صفحة، ويكتب البحث على وجه واحد، مع ترك مسافة 1.15 بين السطور. وينبغي مراعاة التصحيح الدقيق في جميع النسخ.
- 7- تكون الحواشي 2.5 سم على جوانب الصفحة الأربعة.
- 8- أن يُراعى في الهوامش والترقيم والتواريخ وذكر المراجع والمؤلفين الآتي:
- أ. أن تكون الإشارة إلى صفحات المصادر والمراجع في الهامش وليس في صلب البحث.
- ب. أن ترقم هوامش كل صفحة على حده، ويُراعى في الترقيم الأرقام المتعارف عليها في الأسلوب العربي.
- ج. عند ذكر الأعلام والمؤلفين يذكر اسم الشخص أولاً ثم اسم أبيه وجده ثم لقبه.
- د. تثبت المصادر والمراجع العلمية ومؤلفوها في نهاية البحث بالترتيب الأبجدي، مع بيانات الطباعة والنشر.
- 9- يُقدّم البحث إلى المجلة بصيغة (word).
- 10- يُقدّم الباحث موجزاً لسيرته العلمية في حدود عشرة سطور في صفحة مستقلة، تتضمن: الاسم، وجهة عمله، ورتبته العلمية، وأهم أبحاثه، مع صورة شخصية حديثة.
- 11- يرسل الباحث ملخصاً لبحثه في حدود صفحة واحدة باللغتين العربية والإنجليزية على أن يتضمن الملخص عنوان البحث وأن يكون الملخص جزءاً من جسم البحث وليس منفصلاً عنه.
- 12- يتم عرض البحث على محكمين متخصصين من ذوي الكفاءة ممن يقع عليهم اختيار هيئة تحرير المجلة.
- 13- تُخطر المجلة أصحاب البحوث المقدّمة بموقفها من نشر بحوثهم على النحو التالي:
- أ. يُخطر أصحاب البحوث الواردة بوصولها إلى المجلة خلال أسبوع من تاريخ الوصول.
- ب. يخطر أصحاب البحوث المقبولة بإجازة بحوثهم للنشر.
- ج. في حالة وجود ملاحظات على البحث، يُعاد البحث لمؤلفه لاستيفاء هذه الملاحظات ليكون صالحاً للنشر.

د. يقوم الباحث بإرفاق تقرير مفصل عن التعديلات المطلوبة التي تم القيام بها، مع أهمية وضع خط تحت الإجراء المعدل على متن البحث وبلون مختلف، وذلك حتى يسهل على المحكم التحقق معها، وبيان مدى مطابقته مع التعديل المطلوب. مع احتفاظ هيئة تحرير المجلة بالتحقق من مدى المطابقة ما بين ملاحظات المحكم المقترحة وتعديلات الباحث.

14- يُعتدّر للباحث الذي لم توافق لجنة المحكمين على نشر بحثه دون الالتزام بإبداء الأسباب.
15- تحتفظ المجلة بكافة حقوق النشر.

16- تقدم البحوث بإحدى اللغات الآتية: العربية أو الإنجليزية أو الفرنسية.

17- يجب ضبط النصوص الشرعية بشكل كامل.

18- أبواب المجلة مفتوحة للنشر لجميع أعضاء الهيئة التدريسية في كليات القانون، وأكاديميات الشرطة، ومراكز البحث العلمي القانوني.

19- إعمالاً لمبدأ حرية الرأي ونسبته لصاحبه، فإنّ ما يطرح من آراء في البحوث المنشورة بالمجلة، إنّما تعبّر عن وجهة نظر صاحبها، ولا تعبّر عن رأي المجلة أو الجامعة، ولا تكون مسؤولة عن تبعاتها.

آلية التحكيم والنشر في المجلة:

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

المرحلة الأولى: مرحلة استلام البحث:

يكون استلام البحث من خلال البريد الإلكتروني للمجلة، ويتم تبليغ الباحث باستلام المجلة للبحث، عن طريق رسالة إلكترونية على بريد الباحث، في مدة أقصاها أسبوع من تاريخ استلام البحث، ثم تبدأ بعد ذلك عملية مسح أولي للبحث، للتأكد من أنّ البحث مطابق لشروط النشر المعمول بها في المجلة، وكذلك التأكد من أنّ الباحث قد قام بملء جميع النماذج المطلوب تقديمها مع البحث، كنموذج إقرار الملكية الفكرية، والتعهد بأن البحث غير منشور بمجلة علمية أخرى، أو غير مستل من رسالة جامعية.. الخ، ثم يتمّ بعد ذلك عرض البحث على برنامج كاشف "الاقْتباسات" العلمية، للتأكد من مدى الأمانة العلمية.

المرحلة الثانية: مرحلة التحكيم: تتألف من خطوتين:

الخطوة الأولى:

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

الخطوة الثانية: قرار هيئة تحرير المجلة:

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

المرحلة الثالثة: مرحلة النشر:

إذا ما 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 مستلثة من بحثه مع العلم بأن المجلة تراعى في أولوية النشر ما يأتي:

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

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كلمة العدد

تسعى جامعة عجمان دوماً إلى تشجيع البحث العلمي وتطويره في دولة الإمارات العربية المتحدة، ولذلك نسعى في كلية القانون ومن خلال مجلتنا إلى أن نكون 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 والسعي 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 وتواصل حتى تصدر أعداد مجلتنا في وقتها المناسب.

يسرُّ هيئة تحرير مجلة العلوم القانونية في جامعة عجمان أن تضع بين أيدي الباحثين، والقراء عددها الثامن عشر.

ونرجو أن يجد قراء المجلة ضالتهم 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	الإفصاح عن الخطر في عقد التأمين في القانونين الفلسطيني والفرنسي "دراسة تحليلية مقارنة" د. يوسف محمد شندي - د. محمود سلامة
67	إمكانية تطبيق اتفاقية فيينا بشأن البيوع الدولية للبضائع أمام القضاء القطري أ.د أمين دواس
100	تقييم العدالة الموضوعية لحجية سند الملكية العقارية في النزاعات العائلية دراسة تحليلية مقارنة د. عز الدين محجوب - د. ياسر الافتيحات
147	نحو تنظيم قانوني لشرط العمل الحصري في القانون الإماراتي "دراسة مقارنة" أ.د. عمر فارس
176	المسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن مشروبات الطاقة دراسة مقارنة د. هوشنك فرزندة جانكير - د. هذار جمال ياسين
215	المصلحة الخاصة الأولى بالرعاية في إباحة إفشاء السر الطبي د. هوزان حسن محمد
261	الآثار المحتملة لتقنية البلوك تشين على النظام القانوني التقليدي في التعاقد والإثبات د. نجلاء توفيق فليح

الإفصاح عن الخطر في عقد التأمين في القانونين الفلسطيني والفرنسي
"دراسة تحليلية مقارنة"

د. محمود سلامة
أستاذ القانون المدني المساعد
الجامعة العربية الأمريكية - فلسطين

د. يوسف محمد شندي
أستاذ القانون المدني المشارك
كلية القانون - جامعة قطر

تاريخ القبول: 2023-02-03

تاريخ التسليم: 2022-12-20

**Disclosure of risk in the insurance contract in the Palestinian and
French laws "an analytical, comparative study"**

Dr. Yousef M. Shandi

Associate Professor of Civil Law,
College of Law, Qatar University
yshandi@qu.edu.qa

Dr. Mahmoud A. Salameh

Assistant Professor of Civil Law,
Faculty of Law, Arab American
University, Palestine
mahmoud.salameh@aaup.edu

الملخص

تتناول الدراسة التزام المؤمن له بالإفصاح عن الخطر في عقد التأمين استنادا لقانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005 والسوابق القضائية الصادرة بمقتضاه، مقارنة بالقانون والسوابق القضائية الفرنسية. تركز الدراسة على بحث ماهية التزام المؤمن له بالإفصاح عن الخطر، ونطاق هذا الالتزام، سواء تعلق الأمر بالإفصاح الابتدائي المفروض على المؤمن له عند إبرام عقد التأمين، أم بالإفصاح المستمر عن الزيادة في الخطر خلال سريان العقد. وترتكز الدراسة أيضا على النتائج القانونية المترتبة على قيام المؤمن له بتنفيذ التزامه بالإفصاح على نحو قانوني سليم، وكذلك النتائج القانونية المترتبة على الحالة العكسية التي يخل فيها المؤمن له بتنفيذ التزامه بالإفصاح عن الخطر سواء كان ذلك بحسن نية أو بسوء نية.

وقد توصلت الدراسة، إلى أن التنظيم القانوني الفلسطيني لالتزام المؤمن له بالإفصاح عن الخطر في عقد التأمين - مثله مثل معظم القوانين العربية التي تأخذ بنفس الصيغة والأحكام تقريبا - يشتمل على كثير من الثغرات القانونية والنقص والغموض في العديد من أحكامه، سواء تعلق الأمر بماهية الالتزام بالإفصاح وآليات تنفيذه، أو بتحديد نطاقه، أو بتطبيق الجزاء المفروض قانونا عند انتهاكه. وهذا يثير العديد من الإشكاليات القانونية في التطبيق العملي، ما يتطلب تدخلا تشريعا لمعالجة ذلك، ويمكن الاستفادة في هذا الصدد بشكل خاص من القانون والسوابق القضائية الفرنسية التي تفادت كثيرا من هذه الثغرات والنواقص، وكذلك الاسترشاد ببعض السوابق القضائية المصرية في هذا الإطار.

الكلمات المفتاحية: عقد التأمين، الخطر، الإفصاح، المعلومات، حسن النية.

Abstract

This study deals with the obligation of the insured to disclose the risk to the insurance company under the Palestinian Insurance Law 20/2005 and case law, compared to the French law and court rulings. The study examines the nature of the insured's obligation to disclose the risk, and the scope of this obligation, whether it relates to the initial disclosure imposed on the insured when concluding the insurance contract, or the continuous disclosure of the increase in risk during the life of the contract. The study also focuses on the legal consequences of the insured performing his obligation to disclose in a sound legal manner, as well as the legal consequences resulting from the breach by the insured of such obligation, whether in good faith or bad faith.

The study finds that the Palestinian legal regulation of the insured's obligation to disclose the risk – like most Arab laws – includes many legal gaps, shortages and ambiguities in many of its provisions, in terms of the nature of the disclosure, the mechanisms for its implementation, the determination of its scope, and sanctions for its violation. Because this raised a large number of legal problems in practice, the study recommends a legislative intervention in this regard. The Palestinian legislator could benefit in this regard from the French and Egyptian legal texts and court rulings, which have avoided many of these gaps and shortcomings.

Keywords: insurance contract, risk, disclosure, information, good faith.

المقدمة

عرفت المادة (1) من قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005 (قانون التأمين) "عقد التأمين" على أنه: "أي اتفاق أو تعهد يلتزم بمقتضاه المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو مرتبا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".

يتبين من هذا التعريف أن عقد التأمين يقوم على ثلاثة عناصر رئيسة هي: الخطر المؤمن منه، وقسط التأمين، وضمان المؤمن للخطر المتمثل في التغطية التأمينية.

ويعتبر الخطر العنصر الأهم والأبرز من بين هذه العناصر، وذلك لسببين: الأول، أن الخطر يمثل نقطة البداية في جميع عقود التأمين، فلولا وجود الخطر لما تم اللجوء أصلا إلى التأمين، لذا فإن جميع عقود التأمين تدور وجودا وعدما مع وجود الخطر، فكل عقد تأمين يسعى إلى تغطية خطر معين أو أكثر، وينطبق ذلك على جميع أنواع التأمين، سواء كان تأمين أشخاص أو تأمين أموال أو تأمين من المسؤولية المدنية. الثاني، أن باقي عناصر التأمين تتحدد اعتمادا على الخطر، فعلى أساس تقدير المؤمن للخطر تتحدد أقساط التأمين، كما أن وقوع الخطر المؤمن منه يفتح باب التعويض، وعلى أساسه يتحدد مقدار الضمان¹.

ويتجسد الخطر في عقد التأمين في حادث احتمالي مستقبلي غير مؤكد الوقوع سواء من ناحية مدى احتمالية وقوعه من عدمه كالتأمين على الأموال والتأمين من المسؤولية المدنية، أو من ناحية تاريخ وقوعه كالتأمين على الحياة. ويشترط في الخطر أيضا أن يكون مشروعا، وألا يتوقف تحققه على إرادة أحد الأطراف.

ونظرا لأهمية الخطر في عقد التأمين، ومدى تأثيره على تحديد قسط التأمين ومقدار الضمان الذي يتحمله المؤمن، فقد أولى قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005 - كغيره من القوانين - عناية خاصة لمسألة تقدير الخطر من قبل المؤمن، وتحقيقا لهذه الغاية، فقد فرض القانون الفلسطيني التزاما بالإفصاح على عاتق المؤمن له، ليس فقط عند إبرام عقد التأمين، إنما أيضا خلال مرحلة تنفيذه.

¹ Cass. 1^{re} civ., 22 mai 1964, RGAT 1965, 49, note A. Besson.

وبناء عليه، تتمثل إشكالية الدراسة في بحث مدى كفاية ودقة التنظيم القانوني الفلسطيني لالتزام المؤمن له بالإفصاح عن الخطر في عقد التأمين. ويتفرع عن هذه الإشكالية عدد من الأسئلة سنحاول الإجابة عليها، أهمها: ما المقصود بالإفصاح الابتدائي والإفصاح المستمر عن الخطر في عقد التأمين؟ وهل اعتمد المشرع الفلسطيني نظام الإفصاح الحر أم المقيد في هذا الصدد؟ ما طبيعة المعلومات الواجب على المؤمن له تقديمها للمؤمن، والشروط الواجب توافرها في هذه المعلومات، وكيف ومتى ينفذ هذا الالتزام بالإفصاح عن الخطر؟ ما هي النتائج القانونية المترتبة على تنفيذ أو انتهاك المؤمن له لالتزامه بالإفصاح عن الخطر في عقد التأمين سواء كان ذلك بحسن أم بسوء نية؟

سنقوم بالإجابة على إشكالية الدراسة والأسئلة المتفرعة عنها، اعتماداً على منهج تحليلي مقارنة، من خلال دراسة الأحكام التي تنظم هذا الموضوع في القانون والقرارات القضائية الفلسطينية وتحليلها ونقدها، ومقارنتها بالأحكام المقابلة لها في القانون والقضاء الفرنسيين، مع الإشارة عند اللزوم إلى قرارات قضائية مصرية، وذلك بهدف تحديد نقاط القوة والضعف والثغرات التي يثيرها تطبيق أحكام القانون الفلسطيني في الواقع العملي، ومحاولة اقتراح الحلول المناسبة لسدها إن وجدت.

بناء عليه، فقد ارتأينا تقسيم موضوع الدراسة إلى مبحثين: نتناول في الأول ماهية التزام المؤمن له بالإفصاح عن الخطر في عقد التأمين، ونخصص الثاني لدراسة النتائج القانونية المترتبة على هذا الالتزام بالإفصاح.

المبحث الأول: ماهية التزام المؤمن له بالإفصاح عن الخطر

يعتمد قرار المؤمن بتغطية الخطر من عدمه، وتحديد مقدار قسط التأمين ونطاق الضمان الذي يتحمله، على أساس تقديره للخطر¹. وحتى يكون بمقدور المؤمن تقدير الخطر محل عقد التأمين، وتكوين فكرة واضحة عنه، فقد فرض قانون التأمين الفلسطيني كغيره من القوانين، على المؤمن له التزاماً بالإفصاح للمؤمن عن الخطر والظروف المحيطة به، وقسم هذا الإفصاح زمنياً إلى مرحلتين: إفصاح ابتدائي

¹ انظر: غازي خالد أبو عربي: أحكام التأمين وفق آخر التعديلات التشريعية "دراسة مقارنة"، ط2، دون ناشر، 2016، ص289؛ إيمان بغداداي: الالتزام بالإفصاح في عقد التأمين، مجلة قراءات علمية في الأبحاث والدراسات القانونية والإدارية، عدد2، 2021، "8-39"، ص26.

عن الخطر سابق على إبرام عقد التأمين (المطلب الأول)، وإفصاح لاحق مستمر عن زيادة الخطر خلال سريان عقد التأمين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإفصاح الابتدائي عن الخطر عند إبرام عقد التأمين

يعتمد تقدير المؤمن للخطر بشكل أساسي على المعلومات التي يدلي بها المؤمن له عن الخطر¹، لذلك حتى يكون بمقدور المؤمن تقدير هذا الخطر سابقاً على إبرام العقد، فقد فرضت الفقرة الثانية من المادة (15) من قانون التأمين الفلسطيني التزاماً على المؤمن له بالإفصاح للمؤمن عن الخطر عند إبرام العقد، وذلك بنصها على أنه: "يلتزم المؤمن له بأن... 2- يقر وقت إبرام العقد بكل المعلومات التي يطلب المؤمن معرفتها لتقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه".

وتتبنى القوانين عادةً أحد نظامين للإفصاح عن الخطر السابق على التعاقد، يمكن تسميتهما بنظامي الإفصاح الحر أو الطليق، ونظام الإفصاح المحدد أو المقيد. بعد عرض هذين النظامين (الفرع الأول)، سنعمل على تحديد النظام الذي اعتمده القانون الفلسطيني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نظامي الإفصاح الحر والمقيد عن الخطر

بموجب نظام الإفصاح الحر أو الطليق عن الخطر²، يترك للمؤمن له حرية تحديد الخطر الذي يريد التأمين عليه وبيان الظروف الواقعية الشخصية والموضوعية المحيطة بالخطر، مع إمكانية إجابة المؤمن له على الأسئلة التي يوجهها له المؤمن. ويجب على المؤمن له في هذا النظام أن يجتهد في تحديد الخطر والظروف المحيطة به، ذات التأثير على تقدير المؤمن للخطر، لا سيما تلك الظروف التي تزيد من احتمالية وقوع الخطر، أو توسع من نطاق الضرر الواجب التعويض عنه في حال وقوع الخطر المؤمن منه.

¹ في هذا الاتجاه، موسى الصياد (وآخرون)، شرح أحكام قانون التأمين الفلسطيني وتطبيقاته العملية، ط1، دون ناشر، 2015، ص125.

Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, Droit des assurances, 14 éd. Dalloz, 2017, n°358 et s., p. 279 et s. ; B. Beignier et S. Ben Hadj Yahia, Droit des Assurances, 3^e éd. LGDJ, 2018, n° 205 et s., p. 215 et s.

² يطلق عليه البعض أسلوب التقرير التلقائي. راجع: مصطفى محمد الجمال: التأمين الخاص وفقاً لأحكام القانون المدني المصري، ط2، دون ناشر، 2016، ف144، ص178؛ جلال محمد إبراهيم: التأمين "دراسة مقارنة" دار النهضة العربية، 2009، ص176؛ محمد حسن قاسم: القانون المدني - العقود المسماة: البيع - التأمين (الضمان) - الإيجار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013، ص609.

ويتسم هذا النظام من جهة بالتعقيد وعدم التحديد بالنسبة للمؤمن له، كونه يتطلب منه الاجتهاد في تحديد الخطر والظروف المحيطة به، دون وجود إطار محدد أو أسئلة محددة ليجيب عليها. ونتيجة لذلك، قد لا يعلم المؤمن له بطبيعة المعلومات الهامة التي يبحث عنها المؤمن لتقدير الخطر¹، أو ذات الأهمية والتأثير على تقدير الخطر²، وقد يغفل معلومات ليس عن قصد أو سوء نية إنما لجعله بطبيعة المعلومات الهامة والجوهرية وذات التأثير في تقدير المؤمن للخطر³، سواء المتعلقة باحتمالية وقوع الخطر أو بنطاق الضرر الناجم عن الخطر حال وقوعه⁴. ومن جهة أخرى، فإن هذا النظام يتسم بعدم العدالة بالنسبة للمؤمن لهم، كون هؤلاء ليسوا على نفس الدرجة من المعرفة والخبرة في مجال التأمين، وكذلك نظرا لوجود اختلافات وفروقات بين هؤلاء من ناحية التأهيل العلمي والخبرة والتخصص والعمر وطبيعة العمل وغير ذلك من المسائل التي يصعب قياسها أو وضع قاعدة موحدة بشأنها⁵. وتظهر عدم العدالة أيضا بسبب إجحافه في بعض الأحيان بحقوق المؤمن لهم، عندما يتم استبعاد

¹ ولكن ذلك لا ينفى عزوف بعض المؤمن لهم أحيانا عن ذكر أمور قد تسيئ إلى مراكزهم أو أوضاعهم، مما يجعل الإفصاح غير دقيق. جلال ابراهيم، مرجع سابق، ص 177.

² راجع: رمضان ابو السعود: أصول التأمين، ط2، دار المطبوعات الجامعية، 2000، 460، هامش 1؛ عبد الودود يحيى: عقد التأمين، دون ناشر، دون سنة نشر، ص154.

³ في هذا الاتجاه، مصطفى الجمال، مرجع سابق، ف143، ص177؛ جلال ابراهيم، مرجع سابق، ص 177.

⁴ ففي قضية تتلخص وقائعها في أن المؤمن له في تأمين على الحياة لم يفصح للمؤمن وقت إبرام العقد أنه مصاب بمرض التهاب الكبد (تشمع الكبد) إلا أن المحكمة رفضت أن تعتبره مخلا بواجب الإفصاح على أساس أنه كان قد فوض الشركة بالبحث عن المعلومات الطبية التي تهمها وقد جاء في القرار "وظالما أن من شروط العقد أن المؤمن له قد فوض الشركة المؤمنة بالتحقق من حالته الصحية ومراجعة الأطباء والمستشفيات لهذه الغاية أو إحالته إلى أطباء الشركة لفحصه والتأكد من حالته الصحية، فإن النعي بعدم الإفصاح والكتمان بمعلومات جوهرية غير وارد وتقرر عدم قبول هذا البند..." محكمة استئناف القدس (حقوق) رقم 2009/151 بتاريخ 2012/2/20 منشور على موقع قسطاس؛ وفي ذات الاتجاه راجع: استئناف القدس (حقوق) رقم 2009/151 بتاريخ 2013/2/26، منشور على موقع قسطاس.

⁵ تطبيقاً لذلك، دفع المطعون ضده في بوليصة تأمين على الحياة أمام محكمة النقض الفلسطينية بأن المؤمن لم يطلب منه إجراء فحص معين أو إجراء أية فحوصات طبية مما جعله غير قادر على معرفة البيانات الواجب الإدلاء بها. راجع: نقض مدني فلسطيني (حقوق) رقم 2008/168 بتاريخ 2008/9/2، مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض الفلسطينية (في القضايا الحقوقية) للسنوات 2007-2009، ج4، (أ)، 2011، ص400.

مسؤولية المؤمن عن تعويض الضرر الناجم عن الخطر المؤمن منه، على أساس انتهاك الالتزام بالإفصاح حتى لو كان ذلك عن جهل وبدون قصد.

من أجل تجنب عيوب نظام الإفصاح الحر أو الطليق، فقد تم استحداث نظام الإفصاح المقيد أو المحدد¹، فبموجب هذا النظام، يلزم المؤمن له بالإفصاح فقط عن المعلومات التي يطلبها المؤمن، والتي يرى المؤمن أنها مفيدة له وذات تأثير على تقديره للخطر المراد التأمين منه²، ونطاق التعويض الذي يتحمله في حال وقوع الضرر، ولا يتحمل المؤمن له المسؤولية عن عدم الإفصاح عن أية معلومات لم يسأل عنها³. ولجعل هذا النظام أكثر فاعلية، ولتسهيل إقامة الدليل على مدى التزام المؤمن له بالإفصاح وبمضمون المعلومات التي قدمها، يقوم المؤمن بإعداد نموذج إفصاح مكتوب لكل نوع من أنواع التأمين، يشتمل على مجموعة أسئلة مصاغة بشكل مسبق وواضح ومحدد بدقة، ثم يعرض هذا النموذج على المؤمن له ليجيب على جميع الأسئلة الواردة فيه⁴، بكل دقة وأمانة⁵، ولا يستطيع المؤمن بعد ذلك أن يحتج في مواجهة المؤمن له بعدم الإشارة إلى ظروف أخرى لم يطلبها المؤمن أو أن إجابات المؤمن له كانت عامة وغير دقيقة طالما أن الأسئلة نفسها كانت عامة أو غامضة أو غير محددة بدقة⁶.

¹ يسميه البعض: أسلوب الاجابة على الأسئلة: عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج7، مجلد 2 "عقد التأمين، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2004، ف616، ص1173؛ غازي ابو عربي، مرجع سابق، ص296؛ مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 144؛ فايز أحمد عبد الرحمن: الخطر في التأمين البري "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، 2010، ص97؛ جلال ابراهيم، مرجع سابق، ص177.

² في هذا الاتجاه، محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص609.

³ في هذا الاتجاه، محمود محمد الكيلاني: عقد التأمين من الناحية القانونية، ط5، دون ناشر، 2022، ص169-170؛ مصطفى الجمال، مرجع سابق، ف143، ص178؛ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص460. أنظر في اتجاه مخالف: جلال محمد ابراهيم، مرجع سابق، ص177.

⁴ بهاء الدين مسعود سعيد خويرة: الآثار المترتبة على عقد التأمين من المسؤولية المدنية، ط1، نابلس- فلسطين، الشامل للنشر والتوزيع، 2017، ص54.

⁵ حلمي فارس الكخن: الفارس في التأمين واحتساب تعويض مصابي حوادث الطرق، ط1، دون ناشر، 2018، ص44؛ موسى الصياد وآخرون، مرجع سابق، ص126؛ غازي أبو عربي، مرجع سابق، ص297؛ عبد الخالق حسن أحمد: عقد التأمين، ط2، أكاديمية شرطة دبي، 2008، ص98؛ عصمت عبد المجيد بكر: الوجيز في العقود المدنية المسماة: التأمين، ط1، مكتبة زين الحقوقية، 2018، ص263.

⁶ Cass. 2^e civ., 29 juin 2017, n° 16-18975, RGDA, 2017, 477, note L. Mayaux ; « Fausse déclaration intentionnelle du risque : appréciation souveraine des juges du fond », Dalloz actualité 20 juill. 2017, obs. A. Cayol.

الفرع الثاني: نظام الإفصاح المعتمد في القانون الفلسطيني

يظهر من القراءة المتأنية والدقيقة للفقرة الثانية من المادة (15) من قانون التأمين الفلسطيني، أن المشرع أخذ بنظام الإفصاح المقيد أو المحدد، وذلك بنصه على التزام المؤمن له بالإفصاح وقت إبرام العقد فقط عن "المعلومات التي يطلب المؤمن معرفتها لتقدير المخاطر"¹، وبمفهوم المخالفة فإن المعلومات التي لا يطلب المؤمن معرفتها، فلا يسأل عنها المؤمن له حتى لو كانت جوهرية لتقدير المخاطر من قبل المؤمن².

وعلى الرغم من وضوح موقف المشرع الفلسطيني من أخذه بنظام الإفصاح المقيد في هذه الفقرة، إلا أن تطبيق هذا النظام في القانون الفلسطيني يثير العديد من الإشكاليات القانونية. فلم يحدد القانون الفلسطيني طريقة هذا الإفصاح (أولاً)، ولا طبيعة المعلومات المطلوب الإفصاح عنها (ثانياً)، لا سيما كيفية التوفيق بين الفقرة الثانية من المادة (15) والمادة (16) من ذات القانون التي تحدد الجزاءات المترتبة على إخلال المؤمن له بالإفصاح.

أولاً: إشكاليات نظام الإفصاح المقيد الذي اعتمده القانون الفلسطيني

يثير نظام الإفصاح المقيد الذي اعتمده القانون الفلسطيني إشكاليات عملية وقانونية تتعلق بعدم تحديده لطريقة معينة للإفصاح، وفيما إذا كان يأخذ بنظام الاستجواب في الإفصاح من خلال طرح أسئلة شفوية على المؤمن له وإفراغ الأسئلة والإجابة عليها بعد ذلك كتابة من قبل المؤمن له، أم بنظام نموذج

تجدر الملاحظة في هذا الشأن، أن جانباً من الفقه يرى أنه إذا كانت هناك بيانات هامة متعلقة بالخطر المؤمن منه يعلمها المؤمن له ويتعين أن يعلم بها المؤمن، إلا أنه لم يرد عليها سؤال، فيجب على المؤمن له الإفصاح عنها، فإذا ما أغفلها الأخير، فإنه يعتبر مخلاً بالتزامه بالإفصاح ومستحقاً للجزاء سواء كان حسن النية أو سيئ النية. راجع: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ف 616، ص 1173؛ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 610.

¹ وتطبيقاً لذلك، جاء في حيثيات حكم صادر عن محكمة النقض الفلسطينية أن المؤمن قد وضع في نهاية طلب التأمين الذي قام المؤمن له بتعبئته "أن جميع الاجابات صحيحة وكاملة وأن أية إجابة غير صحيحة أو غير كاملة يمكن أن تؤدي إلى إبطال وإلغاء البوليصة" وهو ما حصل بالفعل عندما تبين إخفاء المؤمن له ما أصيب به من أمراض سابقة على توقيع بولية التأمين. نقض مدني فلسطيني رقم 2014/680 بتاريخ 2015/4/6.

² في هذا الاتجاه، ريم احسان الموسى صوافطة: الموجز في شرح أحكام عقد التأمين على ضوء قانون التأمين الفلسطيني رقم 20 لسنة 2005 - دراسة نقدية تحليلية من الناحية النظرية والعملية، ط1، نابلس - فلسطين، الشامل للنشر والتوزيع، 2018، ص 120.

الأسئلة المكتوبة مسبقاً من قبل المؤمن والزام المؤمن له بالإجابة عليها كتابة، أم بأي نظام آخر يحقق نفس الغرض، أو حتى الدمج بين نظامين أو أكثر في آن واحد.

فبموجب نظام الاستجواب من الناحية العملية، قد يوجه المؤمن للمؤمن له، أسئلة تتصف بالعمومية وعدم الدقة والتحديد، أو أسئلة فنية أو متخصصة، ما يثير صعوبة في فهمها من قبل المؤمن له أو بعض المؤمن لهم، وقد تكون الإجابات عليها غير دقيقة أو غير واضحة أو تتسم بالعمومية¹. وكذلك فإن قيام المؤمن بإعادة صياغة هذه الأسئلة والإجابة عليها والتي أعطيت شفويًا، وإفراغها في مستند مكتوب، قد تؤدي إلى إهمال أو إغفال معلومات هامة قد تم الإفصاح عنها، أو أخذ جزء منها فقط دون الجزء الآخر، أو قد تؤدي إلى تغيير في المعلومات المفصح عنها أو تغيير سياقها، أو حتى كتابة إجابات مناقضة تمامًا لما أفصح عنه المؤمن له في الواقع. بل إن هذا النظام قد يفتح باب الاحتيال على القانون من خلال قيام المؤمن بإغفال بعض المعلومات الهامة أو ترك ثغرات في المستند المكتوب لاستعمالها لاحقاً عند الحاجة². أمام هذا الوضع، فإننا نرى أن نظام الإفصاح الابتدائي عبر الاستجواب، أو أي نظام آخر قريب، هو نظام غير ملائم³.

ومن الناحية القانونية، فإن نظام الإفصاح بالاستجواب الابتدائي أو أي نظام آخر مماثل، قد يؤدي إلى إشكاليات قانونية متعلقة بإثبات ما تم الإفصاح عنه فعلاً من قبل المؤمن له، وما يترتب على ذلك من نتائج قانونية خطيرة متمثلة في الجزاءات المنصوص عليها في المادة (16) من قانون التأمين.

¹ جاء في أحد أحكام الاستئناف الفلسطيني " المدعي (المؤمن له) حين تقدم بطلب التأمين... صرح بأنه خالي من أي مرض وتم فحصه من قبل طبيب الشركة (شركة التأمين) والذي أوصى بأنه لا يعاني من مشاكل طبية حسب الفحص السريري، وأنه يوصي بتأمينه درجة أولى...". مع أنه ثبت لاحقاً أن المؤمن له كتم وأخفى أنه مصاب بمرض زيادة التخثر في الدم. راجع: حكم محكمة استئناف رام الله (حقوق) رقم 2013/814 بتاريخ 2018/3/19، مذكور سابقاً. ونستنتج من الحكم السابق العيوب التي تعترى نظام الإفصاح من الناحية العملية في شركات التأمين من حيث عدم دقة الأسئلة التي يوجهها المؤمن للمؤمن له وعموميتها.

² وهو ما يتضح من حكم محكمة استئناف القدس الذي يتبين منه أن المؤمن قد وافق على إبرام عقد التأمين على الحياة دون إفصاح من المؤمن له ودون إخضاع المؤمن له للفحص الطبي، وأنه قيل أن يكون مفوضاً بالبحث عن المعلومات التي تهمه، وبعد وقوع خطر الوفاة طعن بإخفاء المؤمن له لمعلومات جوهرية عن الخطر المؤمن منه. محكمة استئناف القدس رقم 2009/151، بتاريخ 2012/2/20، مذكور سابقاً؛ وفي ذات الاتجاه راجع: استئناف القدس رقم 2009/151، بتاريخ 2013/6/26، مذكور سابقاً.

³ ويعيب جانب من الفقه على هذا النظام بأنه قد لا يتضمن كل الأسئلة اللازمة للوقوف على الخطر. راجع: ايمان بغدادي، مرجع سابق، ص 28.

لهذا نرى أن نظام نموذج الأسئلة المكتوبة مسبقاً من قبل المؤمن، والذي يعرض على المؤمن له ليجيب على جميع الأسئلة الواردة فيه، هو النظام الأفضل والطريقة الأمثل للإفصاح الابتدائي، كونه يحقق مصلحة المؤمن والمؤمن له على حد سواء. فالنسبة للمؤمن، فإنه يأخذ الوقت الكافي لإعداد النموذج وصياغة الأسئلة الواردة فيه بدقة وبحسب كل نوع من أنواع التأمين، بحيث يستطيع من خلالها الكشف عن جميع المسائل والظروف ذات التأثير على تقديره للمخاطر، مع إمكانية عرض هذا النموذج على خبراء قبل طرحه للتطبيق الفعلي، ويوفر له دليل مكتوب عن الإفصاح الابتدائي الذي قام به المؤمن له يمكن استخدامه عند الحاجة¹. وبالنسبة للمؤمن له، يستطيع قراءة هذه الأسئلة بتمعن والإجابة عليها بدقة وأمانة، وتوفر له كذلك دليلاً كافياً عن المعلومات التي أدلى بها²، ما يجنبه إيقاع الجزاءات المنصوص عليها في المادة (16) من قانون التأمين، خصوصاً فيما يتعلق بحالتي الكتمان وتقديم بيانات غير صحيحة³، بل وتفيده أيضاً في احترام التزامه بالإفصاح المستمر عن الزيادة في الخطر المؤمن منه خلال سريان عقد التأمين، من خلال مراجعة إجاباته في الإفصاح الابتدائي للتحقق من مدى وجود ظروف مستجدة تؤدي إلى زيادة الخطر المؤمن منه⁴.

¹ وهو ما اعتمدت عليه شركة التأمين في أحد القضايا للتحلل من التزامها بدفع مبلغ التأمين لصالح المؤمن له والمطالبة بإبطال عقد التأمين بالاستناد إلى إجابات المؤمن له على طلب التأمين وموافقته على بند يجعل البوليصه باطلة حال ثبوت إخفاء الأخير لأي بيانات أو تقديمه معلومات غير صحيحة متعلقة بالخطر المؤمن منه، حيث استطاعت شركة التأمين لاحقاً وبعد قوع الخطر إثبات مخالفة هذا البند من خلال تقرير طبي صادر عن مستشفى هداسا، تبين فيه أن المؤمن له كان قد أصيب بشلل في عصب الوجه الأيسر المركزي وضعف خفيف في الذراع الأيسر والساق اليسرى... قبل إبرام العقد. راجع: نقض مدني فلسطيني رقم 2014/680 بتاريخ 2015/4/6، مذكور سابقاً.

² قريب من ذلك: جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص177؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص616، ص1174.

³ وبسبب عدم وضوح نظام الإفصاح في القانون الفلسطيني، يبدو أن المؤمن له فقد حقه في الحصول على مبلغ التأمين بسبب عدم إفصاحه وقت إبرام العقد للمؤمن أنه كان مطارداً من قبل قوات الاحتلال الإسرائيلي. راجع: نقض مدني فلسطيني رقم 2016/1548 بتاريخ 2021/1/20، منشور على موقع قسطاس.

⁴ وهذا يقتضي بالضرورة تسليم نسخة من نموذج الإفصاح الابتدائي عن الخطر للمؤمن له، وهو أمر لا تطبقه معظم شركات التأمين، والتي تحتفظ في العادة بهذا النموذج لنفسها، ولا تقوم بتسليم نسخة منه للمؤمن له، وهو انتقاد هام يجب تقاديه.

فعلى سبيل المقارنة، فإن قانون التأمين الفرنسي الصادر بتاريخ 1989/10/31 يأخذ بشكل أساسي بنظام الإفصاح الابتدائي بنموذج الأسئلة، حيث تلزم الفقرة الثانية من المادة (2-113.L) المؤمن له بأن "يجيب بدقة على الأسئلة التي يطرحها المؤمن، خصوصاً في نموذج الإفصاح عن الخطر والذي يسأل فيه المؤمن المؤمن له عند إبرام العقد، عن الظروف ذات التأثير على تقدير المؤمن للخطر الذي يأخذه على عاتقه"¹. في حين أن القانون القديم لسنة 1930 كان يأخذ بنظام الإفصاح الحر ونظام الاستجواب، واللذين كانا منتقدين بشدة²، على أساس أن المؤمن له لا يستطيع في كثير من الأحيان معرفة طبيعة المعلومات الهامة والملائمة التي يريد المؤمن معرفتها عن الخطر المؤمن منه، وعند وقوع الحادث، يقوم المؤمن بالتمسك ببطلان العقد (يقابل الفسخ استناداً للمادة 16 من قانون التأمين الفلسطيني) على أساس إخلال المؤمن له بالتزامه بالإفصاح الابتدائي عن الخطر المؤمن منه، ولهذا تم الاستعاضة عن النظام السابق بنظام الإفصاح بنموذج الأسئلة³. وقد جاء هذا التعديل بعد إدانة لجنة الشروط التعسفية الفرنسية لنظام الإفصاح الابتدائي الحر ونظام الاستجواب، وتوصيتها بتطبيق نظام نموذج الأسئلة⁴، وقد أخذ المشرع الفرنسي بالفعل بهذه التوصية في القانون الفرنسي الجديد لسنة 1989، من خلال النص الوارد أعلاه.

ثانياً: طبيعة المعلومات المطلوب الإفصاح عنها

لم تحدد الفقرة (2) من المادة (15) طبيعة المعلومات المطلوب من المؤمن له الإفصاح عنها، رغم أهمية ذلك من أجل تحديد نطاق التزام المؤمن له بالإفصاح، ونظراً للنتائج القانونية الخطيرة المترتبة على الإخلال بالالتزام بالإفصاح. ونورد في هذا الإطار الملاحظات التالية:

¹ في بيان كيفية تطبيق هذا النص، انظر القرار الشهير لمحكمة النقض الفرنسية:

Cass. ch. Mixte, 7 février 2014, n° 12-85.107, JurisData n° 2014-001528 ; RLDA, déc. 2014, p. 77, n° 35, act. jurispr. Note A. Astegiano-La Rizza ; LEDA, mars 2014, p. 2, note S. Abravanel-Jolly.

² Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, Droit des assurances, 14 éd. Dalloz, 2017, n°361, p. 281 et s. ; B. Beignier et S. Ben Hadj Yahia, précité, n° 212 et s., p. 218 et s.

³ Code des assurances, ed. Litec, 2011, note n° 17, p. 68.

⁴ Commission des clauses abusives, Recomm. n° 85-04, 20 sept. 1985

الملاحظة الأولى، من قراءة هذه الفقرة، يمكن الاستنتاج بأن المؤمن له ملزم بالإفصاح فقط عن المعلومات التي يعلمها شخصيا وقت إبرام العقد¹، ويفهم ذلك بسهولة من خلال استخدام تعبير "يقر وقت إبرام العقد"، والإقرار بالشيء يقتضي العلم به، ولا إقرار بدون علم. وبناء عليه، لا يلزم المؤمن له بالإفصاح عن معلومات كان يجهلها وقت إبرام العقد² - بل ولم يفترض القانون فيه هذا العلم - حتى لو كانت هذه المعلومات موجودة في الواقع ولها تأثير على تقدير المؤمن للخطر³، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية: "يجب أن يكون المؤمن له عالما بالبيانات التي يلتزم بتقديمها للمؤمن أو كان يستطيع أن يعلم بها، فإن كان يجهلها وكان معذورا في جهلها فإنه يعفى من الالتزام بتقديمها"⁴. ولكن في المقابل، يجب على المؤمن له أن يفصح عن كل المعلومات التي يعلمها والتي يطلب المؤمن منه معرفتها⁵، وأن يجيب عليها بكل صدق وأمانة⁶، على اعتبار ذلك من متطلبات حسن النية في إبرام

¹ لقد كان القانون الفرنسي القديم لسنة 1930 ينص صراحة على التزام المؤمن بالإفصاح فقط عن "المعلومات التي يعلمها"، وقد استمر الفقه والقضاء الفرنسي في تطبيق ذلك حتى اليوم رغم أن القانون الجديد لسنة 1989 لم ينص على ذلك صراحة. أنظر: نصوص المواد في قانون التأمين الفرنسي، تعليق رقم 20، ص 68. بعض القوانين تنص صراحة على أن الالتزام بالإفصاح يكون بالنسبة للمعلومات التي يعلمها المؤمن له، ومن ذلك المادة (986) من القانون المدني العراقي حيث جاء فيها: "يلتزم المؤمن له بما يلي...ب- أن يقرر وقت إبرام العقد كل الظروف المعلومة له، والتي يهيم المؤمن معرفتها ليتمكن من تقرير المخاطر التي جعلها المؤمن محل أسئلة مكتوبة".

² في هذا الاتجاه، حلمي فارس الكخن، مرجع سابق، ص 65؛ بهاء الدين خويبة، مرجع سابق، ص 54؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1172؛ جلال ابراهيم، مرجع سابق، ص 173؛ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 608؛ محمود محمد الكيلاني، مرجع سابق، ص 169؛ غازي أبو عربي، مرجع سابق، ص 294؛ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 450؛ فايز أحمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 94؛ مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 179.

³ راجع: نويري سعاد: الالتزام بالإفصاح وقت التعاقد في عقد التأمين: دراسة مقارنة، مجلة دراسات قانونية، عدد 13، 2011، "142-121"، ص 130، ص 134.

⁴ نقض مدني مصري، الطعن رقم 9424 لسنة 66 جلسة 2010/04/20 س 61 ص 578 ق 91.

⁵ في هذا الاتجاه، عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 264.

⁶ في هذا الاتجاه، مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 143، ص 178.

وفي هذا الإطار، جاء في حكم نقض بأنه "... يجب على الطاعن (المؤمن له) وقت إبرام العقد أن يعطي ويدلي بالبيانات والمعلومات الصحيحة وبالذقة المتناهية والأمانة التامة حتى يكون المؤمن (المطعون ضدها) على بينة ودراية من جسامه الخطر..."، نقض مدني فلسطيني رقم 2014/860 بتاريخ 2015/4/6، مجموعة الاجتهادات القضائية

العقود، لا سيما في عقود التأمين¹. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن "المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن عقد التأمين من العقود التي مبناهها حسن النية وصدق الإقرارات التي يوقع عليها المؤمن له والغش فيها أو إخفاء حقيقة الأمر يجعل العقد باطلاً"². وقضت محكمة النقض الفلسطينية بأن من خصائص عقد التأمين أنه من عقود منتهى حسن النية، ومقتضيات ذلك ألا يستتر المؤمن له أمراً مؤثراً على تقدير المؤمن للخطر، ويترتب على كتم مثل هذه المعلومات حق المؤمن في طلب فسخ العقد³. وهو ذات الاتجاه الذي تأخذ به محكمة النقض الفرنسية التي تلزم المؤمن له

الفلسطينية الصادرة عن محكمتي النقض والاستئناف (رام الله والقدس) في قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005، القاضي أحمد ظاهر، المحامي عصام شحروري، ج1، نابلس - فلسطين، دون ناشر، 2019، ص863.

¹ فقد جاء في حكم لمحكمة النقض الفلسطينية أن "... من المتفق عليه قضاءً وفقها أن عقود التأمين تعد من العقود التي تتسم بحسن النية، إذ يتطلب من المؤمن له أن يعلم المؤمن عن جميع التفاصيل التي تتعلق بحالته الصحية..."

نقض مدني فلسطيني رقم 2014/680، بتاريخ 2015/4/6، مذكور سابقاً؛ وجاء في حكم لمحكمة استئناف القدس أنه "... ولعقد التأمين معنى خاص، فحسن النية من مستلزمات عقد التأمين ذلك أن المؤمن يقع دائماً تحت رحمة المؤمن له... مما يقتضي أن يكون المؤمن له صادقاً أميناً في تلك البيانات حتى يحسن المؤمن تقدير الأمور" محكمة استئناف القدس رقم 2009/151، بتاريخ 2013/6/26، مذكور سابقاً؛ وقضت كذلك محكمة استئناف رام الله بأنه "... حيث أن عقد التأمين هو من عقود الأمانة (منتهى حسن النية) التي يؤثر فيها الغبن اليسير لوحده حتى دون وجود تغيير أو وجود الغبن الفاحش، مما يجعل العقد غير لازم..." محكمة استئناف رام الله (حقوق) رقم 2009/437، بتاريخ 2010/10/7، منشور على موقع المقتفي؛ وفي نفس الاتجاه راجع: نقض مدني فلسطيني رقم 2017/832، بتاريخ 2021/1/20، مذكور سابقاً؛ استئناف رام الله (حقوق) رقم 2013/814، بتاريخ 2018/3/19، مذكور سابقاً.

² نقض مدني مصري، الطعن رقم 9424 لسنة 66 جلسة 2010/04/20 س 61 ص 578 ق 91. وقضت محكمة النقض المصرية في قرارات أخرى بأن: "المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن عقد التأمين من العقود التي مبناهها حسن النية وصدق الإقرارات التي يوقع عليها المؤمن له والغش فيها أو إخفاء حقيقة الأمر يجعل التأمين باطلاً، فالمؤمن له ملزم بإحاطة المؤمن عند التأمين بجميع البيانات اللازمة لتمكينه من تقدير الخطر المؤمن منه وجسامته وقد يكون ذلك عن طريق الإجابة على أسئلة محددة في طلب التأمين حيث يسأل المؤمن له عن حقيقة ما يدلي به من بيانات، فإذا كان البيان قد جعله المؤمن محل سؤال محدد ومكتوب فإنه يعتبر جوهرياً في نظره ولازمياً لتقدير الخطر المؤمن منه وعليه أن يبلغ المؤمن بما يطرأ أثناء العقد من ظروف من شأنها أن تؤدي إلى زيادة هذه المخاطر ويترتب على الإخلال بهذا الالتزام أن يقع عقد التأمين باطلاً": نقض مدني مصري، الطعن رقم 5878 لسنة 75 جلسة 12/04/2006 س 57 ص 359 ق 73؛ نقض مدني مصري، الطعن رقم 1173 لسنة 47 جلسة 1981/05/25 س 32 ع 2 ص 1583 ق 286.

³ نقض مدني فلسطيني رقم 2019/174 بتاريخ 2021/4/6، منشور على موقع قسطاس.

بالإفصاح عند إبرام العقد عن حقيقة الخطر دون غش أو سوء نية¹. وقد جاء في حكم لمحكمة استئناف رام الله "إن التزام المؤمن له في عقد التأمين بالإبلاغ عن الأخطاء التي من شأنها تغيير محل الخطر هو التزام خاص يميز عقد التأمين عن غيره من العقود، حيث أن عقد التأمين هو من عقود حسن النية... وأنه إذا شاب رضا أي طرف من أطراف التعاقد غبن ناجم عن تدليس الطرف الآخر والمتمثل بإفشاء معلومات كاذبة أو عدم إفصاح عن معلومات لو تم الكشف عنها وعلم بها الطرف الآخر لما أقدم على التعاقد"².

الملاحظة الثانية، إن التفسير الحرفي للفقرة السابقة، يقيد نطاق التزام المؤمن له بالإفصاح عن المعلومات وقت إبرام العقد، حيث يقتصر التزامه فقط بالإفصاح عن المعلومات التي يطلب المؤمن معرفتها، أما أية معلومات أخرى خارجة عن حدود هذا الطلب، فلا يلزم المؤمن له الإفصاح عنها، حتى لو كانت جوهرية وذات تأثير على تقدير المؤمن للخطر³. فالقانون ألقى عبء تحديد ما يعتبر مؤثراً في تقدير الخطر على عاتق المؤمن وليس المؤمن له⁴، وبالتالي يقع على المؤمن عبء طرح الأسئلة المناسبة والاستعلام وتحري المعلومات المفيدة له في تقدير الخطر المؤمن منه⁵، ولا يستطيع التمسك بعد ذلك في مواجهة المؤمن له بأن هذا الأخير قد كتم معلومات جوهرية عنه طالما لم يوجه له أسئلة بهذا الشأن⁶، فلا يمكن اعتبار ذلك من قبيل الكتمان التدليس بالمعنى الوارد في المادة (16)

¹ Cass 1^{re} civ., 28 mars 2000, n° 97-18.737 : Bull. civ. I, n° 101 ; D 2000, jurispr. p. 574, note B. Beignier ; Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 1995, n° 91-12.562 ; RGAT 1996, p. 80, note F. Chardin.

² استئناف رام الله (حقوق) رقم 2013/814، بتاريخ 2019/3/19، مذكور سابقاً.

³ في هذا الاتجاه، نويري سعادة، مرجع سابق، ص 130.

⁴ في هذا الاتجاه، رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 453، ص 457.

⁵ في هذا الاتجاه، ريم إحسان الموسى صوافطة، مرجع سابق، ص 120.

⁶ وتأكيداً لذلك جاء في أحد أحكام الاستئناف الفلسطينية "يتضح للمحكمة من طلب التأمين المقدم من المؤمن له المرفق مع بوليصة التأمين أنه ورد في ذيله تفويض من قبله لأي طبيب أو مستشفى أو عيادة أو شركة تأمين... بإعطاء الشركة المستأنفة (المؤمن) أية وجميع المعلومات المتعلقة به بخصوص حالته وتاريخه الطبي...بمعنى أن المستأنفة (المؤمن) لها الحق في الحصول على أية معلومات طبية تتعلق بالمؤمن له... أي تنازل عن السرية الطبية لصالح المستأنفة... وحيث أنها لم تفعل، فإنها تكون قد قصرت في حق ذاتها... مما لا يعفيها من الالتزامات المترتبة بموجب

من قانون التأمين الفلسطيني¹. ولكن في المقابل، إذا طرح المؤمن أسئلة محددة فيجب على المؤمن له الإجابة عليها، وتعتبر في هذه الحالة جوهرية للمؤمن²، وهو ما قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "إذا كان البيان قد جعله المؤمن محل سؤال محدد ومكتوب أو تطلب من المؤمن له إثباته كتابة في طلب التأمين أعتبر جوهرياً في نظره ولازماً لتقدير الخطر المؤمن منه يترتب على الإخلال به أن يقع عقد التأمين باطلاً"³.

الملاحظة الثالثة، بحسب نص الفقرة الثانية من المادة (15) من قانون التأمين الفلسطيني، فإن المعلومات الواجب على المؤمن له الإفصاح عنها وقت إبرام العقد، هي تلك التي يطلب المؤمن معرفتها "لتقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه"⁴، وبقراءة الفقرة الأولى من المادة (16) من نفس القانون والتي تضع جزاء واحداً للإخلال بالتزام المؤمن له بالإفصاح الابتدائي والمستمر تشترط في الكتمان أو تقديم بيانات غير صحيحة أن تؤدي إما إلى (التقليل من أهمية الخطر المؤمن منه، أو تؤدي إلى تغيير موضوعه)⁵. وبقراءة هذين النصين معاً، يمكن القول بأن المعلومات التي تؤثر في تقدير المؤمن للخطر هي المعلومات التي تقلل إما من أهمية الخطر المؤمن منه، أو تؤدي إلى تغيير موضوعه.

المطلب الثاني: الإفصاح عن الزيادة في الخطر خلال سريان عقد التأمين

عقد التأمين (دفع مبلغ التأمين) "محكمة استئناف القدس رقم 2010/158، بتاريخ 2010/10/6، منشور على موقع قسطاس؛ وفي ذات الاتجاه: حكم استئناف القدس رقم 2009/151، بتاريخ 2013/6/26، مذكور سابقاً.

¹ في حين يرى جانب من الفقه أنه يقع على عاتق المؤمن له واجب الإفصاح عن المعلومات المتعلقة بالخطر حتى ولو لم يوجه المؤمن بشأنها سؤالاً ما دامت جوهرية. راجع: عبد الخالق حسن أحمد، مرجع سابق، ص 98.

² في هذا الاتجاه، محمد محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 168.

³ نقض تجاري مصري، الطعن رقم 731 لسنة 71 جلسة 2009/06/23 س 60 ص 734 ق 122؛ نقض مدني مصري، الطعن رقم 5878 لسنة 75 جلسة 2006/04/12 س 57 ص 359 ق 73؛ نقض مدني مصري، الطعن رقم 1173 لسنة 47 جلسة 1981/05/25 س 32 ع 2 ص 1583 ق 286.

⁴ تطبيقاً لذلك، جاء في حكم "... يلتزم المؤمن له في عقد التأمين على الحياة بواجب الإفصاح عن جميع البيانات والمعلومات عن ظروف المؤمن له الصحية والمخاطر التي تحيط به والتي قد تؤثر على حياة الإنسان وعمره وتقرب من احتمال وقوع الخطر المؤمن منه وهو الوفاة... " محكمة استئناف رام الله (حقوق) رقم 2013/814 بتاريخ 2018/3/19، منشور على موقع قسطاس.

⁵ وهو ما يؤكد القضاء الفلسطيني راجع: نقض مدني فلسطيني رقم 2017/832، بتاريخ 2021/1/20، مذكور سابقاً؛ استئناف رام الله (حقوق) رقم 2013/814، بتاريخ 2018/3/19، مذكور سابقاً؛ استئناف القدس رقم 2009/151، بتاريخ 2013/6/26، مذكور سابقاً.

بما أن عقد التأمين هو من العقود الزمنية مستمرة التنفيذ، فقد تظهر بعد إبرام العقد وخلال مدة سريانه، ظروف مستجدة تؤدي إلى زيادة الخطر المؤمن منه، بحيث يصبح تقدير المؤمن للخطر بناء على الإفصاح الابتدائي غير صحيح¹ أو غير مطابق للواقع². إن مثل هذا الوضع، يتطلب من المؤمن أن يعيد تقديره للخطر من جديد على ضوء الزيادة المستجدة على الخطر³، ليقرر بعدها فيما إذا كان يرغب في تغطية هذا الخطر بسبب الزيادة فيه مقابل رفع قسط التأمين أو بدونه، أو رفض تغطيته والمطالبة بفسخ العقد.

ونظرا لأهمية هذه الزيادة على تقدير المؤمن للخطر، فقد ألزم قانون التأمين الفلسطيني، كغيره من القوانين، المؤمن له بالإفصاح عن الزيادة في الخطر، وذلك بنصه في الفقرة الثالثة من المادة (15) على أنه: "يلتزم المؤمن له بأن... 3- يخطر المؤمن بما يلزم أثناء مدة العقد من أمور تؤدي إلى زيادة هذه المخاطر".

ويظهر من قراءة وتحليل هذه الفقرة، أنها رغم نصها على مبدأ إلزام المؤمن له بالإفصاح عن الزيادة في الخطر أو تفاقمه، إلا أنها لم تحدد: مفهوم هذه الزيادة في الخطر، ولا معايير تقدير هذه الزيادة بشكل واضح، ولا كيفية الإفصاح عنها، ولا الوضع القانوني لعقد التأمين بعد هذه الزيادة إلى حين الإفصاح عنها، ولا المدة التي يجب أن يتم الإفصاح خلالها. وكذلك فإنها لم تتناول الحالة العكسية التي ينخفض فيها الخطر عما تم الاتفاق عليه ابتداء في العقد. ويقتضي تطبيق هذا الفقرة الإجابة على جميع هذه الإشكاليات والعمل على سد هذه الثغرات، نظرا للنتائج القانونية الخطيرة المترتبة على إخلال المؤمن له بالتزامه بالإفصاح، لا سيما حرمانه من التعويض في معظم الحالات.

الفرع الأول: مفهوم الزيادة في الخطر

¹ عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص264؛ ايمان بغدادي، مرجع سابق، ص29-30.
² لذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية بأن "هناك واجب على المؤمن له... بأن يخطر المؤمن بما يلزم أثناء مدة العقد من أمور قد تؤدي إلى زيادة المخاطر، حيث يستدعي منه تزويد المؤمن ببيانات دورية تتعلق بأسماء العمال ورواتبهم في نهاية كل شهر خلال مدة سريان العقد (وهو ما خالفه المؤمن له)" نقض مدني فلسطيني رقم 2017/832، بتاريخ 2021/1/20، منشور على موقع قسطاس.

³ Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, Droit des assurances, 14 éd. Dalloz, 2017, n°365, p. 248 et s. ; B. Beignier et S. Ben Hadj Yahia, précité, n° 264 et s., p. 269 et s.

نص قانون التأمين الفلسطيني على وجوب الإفصاح عن الزيادة في الخطر غير أنه لم يحدد مفهوم هذه الزيادة، رغم أهميتها من جهة في تحديد نطاق التزام المؤمن له بالإفصاح حتى يعمل على احترامه، ونظرا من جهة أخرى إلى النتائج القانونية الخطيرة المترتبة على إخلال المؤمن له بهذا الالتزام. ولكن رغم هذا النقص، فقد تبين لنا فيما سبق ومن خلال التوفيق بين الفقرة الثالثة من المادة (15) والمادة (16) من قانون التأمين الفلسطيني، أن الزيادة في الخطر تتمثل الظروف التي تستجد بعد إبرام العقد وخلال مدة سريانه، وتؤدي (إما إلى التقليل من أهمية الخطر المؤمن منه، أو تغيير موضوعه)¹. وعلى سبيل المقارنة، فقد نصت الفقرة (3) من المادة 2-113.L من قانون التأمين الفرنسي على إلزام المؤمن له: "بالإفصاح، خلال سريان العقد، عن الظروف المستجدة التي ينجم عنها سواء زيادة في المخاطر، أو نشوء خطر جديد، ويترتب عليها أن تصبح الإجابات التي قدمها المؤمن له في الإفصاح الابتدائي، غير صحيحة أو لاغية"².

ومن الأمثلة العملية على الزيادة في الخطر، ما قضت به محكمة النقض الفلسطينية، حيث اعتبرت أن عدم قيام المؤمن له بإعلام المؤمن بتغيير رخصة المركبة من شاحنة تجارية مغلقة إلى شاحنة صهريج نضح مياه المجاري، يعد إخلالا بالتزاماته العقدية يحرم بموجبها من الحصول على تعويض عن الأضرار المادية³. وكذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية، من أن قيام المؤمن له بالإفصاح عند إبرام العقد بأنه لا يسوق مركبته إلا قليلا ويستعملها في منطقة معينة، ولكن اكتشف المؤمن بعد وقوع الحادث أن المركبة كان يقودها بشكل معتاد حفيد المؤمن له في منطقة باريس وأن هذا الحفيد قد

¹ ويؤيد بعض الفقه هذا الاتجاه، أنظر: محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 612؛ عصمت عبد المجيد بكر، ص 218؛ موسى الصياد وآخرون، مرجع سابق، ص 129؛ بهاء الدين خويرة، مرجع سابق، ص 58.

² Art. L. 113-2, 3 : « ...de déclarer, en cours de contrat, les circonstances nouvelles qui ont pour conséquence soit d'aggraver les risques, soit d'en créer de nouveaux et rendent de ce fait inexacts ou caduques les réponses faites à l'assureur ».

حول تكييف الزيادة في الخطر، انظر:

Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, Droit des assurances, 14 éd. Dalloz, 2017, n°394, p. 463.

³ نقض مدني فلسطيني رقم 2018/765، بتاريخ 2021/10/4، مذكور سابقا؛ وفي نفس الاتجاه نقض مدني فلسطيني رقم 2017/832، بتاريخ 2021/1/20، مذكور سابقا. بل أكثر من ذلك، اعتبرت محكمة النقض الفلسطينية أن عدم قيام المؤمن لها (في التأمين على الحياة) بالإفصاح عما استجد من ظروف (مرض أصيبت به) أثناء فترة توقف العقد وقبل عودته للسريان بعد دفع القسط، سببا لفسخ عقد التأمين كون العقد يقوم على توفر حسن نية المؤمن له، نقض مدني فلسطيني رقم 2019/174، بتاريخ 2021/4/6، مذكور سابقا.

قام بتغيير ماتور المركبة الأصلي بماتور مركبة أكثر قوة، في هذه الحالة تعتبر زيادة في الخطر لم يتم الإفصاح عنها تبرر للمؤمن فسخ العقد¹. ويخضع ذلك لتقدير قاضي الموضوع، فيما إذا كانت الظروف المستجدة تشكل زيادة في الخطر أم لا².

الفرع الثاني: نطاق الالتزام بالإفصاح عن الزيادة في الخطر

يفهم من نص الفقرة (3) من المادة (15) من قانون التأمين الفلسطيني، أن واجب الإفصاح عن الزيادة في الخطر تشمل جميع أنواع التأمين، وذلك على خلاف قانون التأمين الفرنسي الذي يستثني من نطاق الإفصاح المستمر، التأمين على الحياة³، ويعود السبب في هذا الاستثناء حسب الفقه الفرنسي إلى أن المؤمن يكون عند إبرام العقد، قد توقع الزيادة الطبيعية للخطر بسبب تقدم المؤمن له في السن⁴ أو مرضه أو حتى وفاته⁵. ونحن نعتقد بأنه كان يجب على المشرع الفلسطيني الأخذ بهذا الاستثناء الهام،

¹ Cass. 1^{re} civ., 17 juill. 2001, n° 98-22.386 : Bull. civ. I, n° 226 ; RGAT 2001, p. 954, note L. Mayaux ; Resp. civ. Et assur. 2001, comm. 344, obs. H. Groutel ; RTD civ. Janv.-mars 2002, no 1, p. 93, note J. Mestre et B. Fages.

² Com, 13 oct. 1998, n° 96-14.251 : Bull. civ. IV, n° 232.

³ Art. L.113-2 C. ass.

في هذا الاتجاه في الفقه العربي، راجع: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ف618، ص1178؛ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص469؛ مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص197، 159 وما بعدها؛ محمد حسام محمود لطفي: الأحكام العامة لعقد التأمين: دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، ط3، القاهرة، دون ناشر، 2001، ص194؛ نزيه محمد الصادق المهدي، عقد التأمين، دون ناشر، 2004، ص166.

⁴ M. Chagny et L. Perdrix, Droit des assurances, éd. LGDJ, Montchrestien, 2009, n° 244, p. 142-143.

⁵ حول هذا الموضوع، راجع: جلال ابراهيم، مرجع سابق، ص189؛ عبد الخالق حسن، مرجع سابق، ص102؛ موسى الصياد وآخرون، مرجع سابق، ص130؛ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص469؛ فايز أحمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص115؛ مصطفى الجمال، مرجع سابق، ف159، ص198؛ وقد جاء في أحد أحكام الاستئناف الفلسطيني "لو سلمنا جدلاً بوجود سوء النية في عقود التأمين... وحيث أن موضوع البوليصة هي التأمين على الحياة، وأن الموت والحياة هي من الغيبات التي لا يعلمها إلا الله، وعليه يكون سوء النية غير وارد في مثل هذه العقود"، محكمة استئناف القدس رقم 2009/151، بتاريخ 2012/2/20، مذكور سابقاً.

إنصافاً للمؤمن له، وتجنباً لإيقاع الجزاء المنصوص عليه في المادة (16) من قانون التأمين على هذا الأساس، خلافاً للمنطق والعدالة.

الفرع الثالث: شروط الإفصاح عن الزيادة في الخطر

يشترط في الزيادة في الخطر الواجب الإفصاح عنها عدة شروط:

أولاً، أن تكون الزيادة في الخطر من نفس طبيعة الخطر المؤمن منه، فمن أجل اعتبار الظروف المستجدة زيادة في الخطر بالمعنى القانوني، وبالتالي إلزام المؤمن له بالإفصاح عنها، يجب أن تكون من ذات طبيعة الخطر المؤمن منه¹، أو داخله ضمن نطاق عقد التأمين ومشمولاً بالتغطية التأمينية ابتداءً، ويكون الأمر كذلك عندما تكون الزيادة هي استمرار لهذا الخطر، وأن توجد علاقة ارتباط أو تبعية بين الخطر والزيادة فيه². وطالما وجدت علاقة ارتباط بين الخطر والزيادة فيه، يلزم المؤمن بالإفصاح عن هذه الزيادة في الخطر، سواء كانت ظروف شخصية أو موضوعية، لأن القانون قد فرض التزاماً بالإفصاح دون تحديد لنوع هذه الزيادة في الخطر.

في المقابل، فإن الزيادة المنفصلة أو التي لا تغير من طبيعة الخطر المؤمن منه، فإنها تعد خطراً جديداً وليس زيادة في الخطر³، فالخطر الجديد هو الخطر غير المشمول بعقد التأمين، إما لاختلاف طبيعة الخطر الجديد عن الخطر المؤمن منه، أو أن يكون من ذات طبيعة الخطر المؤمن منه، ولكنه خرج من التغطية التأمينية باتفاق الأطراف.

ثانياً، أن تكون هذه الزيادة في الخطر قد استجرت بعد إبرام العقد، أي أنها لم تكن موجودة حين الإفصاح الابتدائي⁴، أو أنها ظروف كانت موجودة بالفعل عند إبرام العقد ولكن المؤمن له كان يجهلها ولم يعلم بوجودها إلا بعد إبرام العقد⁵، لأن الإفصاح يقتضي العلم، ولا تكليف بمستحيل حتى لو كانت مؤثرة على تقدير المؤمن للخطر. وتأكيداً لهذا الشرط، قضت محكمة النقض الفلسطينية بأنه "لا يسوغ

¹ في هذا الاتجاه، نزيه محمد الصادق المهدي: عقد التأمين، دون ناشر، 2004، ص 260؛ حلمي فارس الكخن، مرجع سابق، ص 69.

² M. Chagny et L. Perdrix, Droit des assurances, précité, n° 245, p. 144.

³ Ibid.

⁴ حلمي فارس الكخن، مرجع سابق، ص 68-69؛ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 467؛ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 613؛ عبد الخالق حسن أحمد، مرجع سابق، ص 100.

⁵ حول المعيار المتبع في تقدير هذا العلم بالزيادة في الخطر: أنظر:

Groutel H. et Leduc F., Pierre Ph., Traite du contrat d'assurance terrestre, éd. Litec, 2008, n° 767.

للمدعية (المؤمن لها) عدم الإفصاح عن حالتها واستحقاقها لمبلغ قيمة وثيقة التأمين طالما أن المرض حصل للمدعية بعد إبرام العقد...¹

ثالثاً، أن تكون الزيادة مؤثرة على تقدير المؤمن للخطر²، وتكون الزيادة في الخطر مؤثرة، عندما تؤدي الظروف المستجدة وفق نص الفقرة الأولى من المادة (16) من قانون التأمين الفلسطيني إما إلى التقليل من أهمية الخطر المؤمن منه أو تغيير موضوعه. وتؤدي الظروف المستجدة إلى التقليل من أهمية الخطر المؤمن منه في حالتين: الأولى، عندما تؤدي هذه الظروف المستجدة إلى زيادة احتمالات وقوع الخطر المؤمن منه، والثانية عندما تؤدي هذه الظروف إلى زيادة حجم أو قيمة الأضرار الواجب التعويض عنها في حال وقوع الحادث المؤمن منه³.

ويلاحظ أن القانون الفلسطيني لم يضع أي معيار لتحديد متى تكون الزيادة مؤثرة على تقدير المؤمن للخطر، وذلك على خلاف قانون التأمين الفرنسي الذي اعتمد معيارين قانونيين لاعتبار الزيادة مؤثرة: المعيار الأول، نصت عليه الفقرة 3 من المادة L.113-2 والذي اشترط أن تجعل الظروف المستجدة (غير صحيح أو لاغ إجابة أو أكثر من إجابات المؤمن له على أسئلة المؤمن المفصح عنها ابتداءً عند إبرام العقد). المعيار الثاني، نصت عليه الفقرة الأولى من المادة L.113-4 حيث جاء فيها أنه: "في حالة زيادة الخطر خلال سريان العقد، فإنه لو تم الإفصاح عن هذه الظروف المستجدة عند إبرام

¹ نقض مدني فلسطيني رقم 2017/174، بتاريخ 2021/4/6، مذكور سابقاً؛ وفي حكم آخر حرمت المحكمة المؤمن له من استحقاقه لمبلغ التعويض بسبب عدم قيامه بالإفصاح عن تغيير نوع المركبة بعد إبرام العقد إلى المؤمن. نقض مدني فلسطيني رقم 6016/765، بتاريخ 2021/10/4، منشور على موقع قسطاس.

² ويضيف الفقه القانوني إلى الشروط السابقة شروطاً أخرى تتمثل في: أن تكون الظروف المستجدة معلومة للمؤمن له، ومجهولة للمؤمن. راجع مثلاً: عبد الخالق حسن أحمد، مرجع سابق، ص 100 وما بعدها؛ محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 198-199؛ نزيه محمد الصادق المهدي، مرجع سابق، ص 264 وما بعدها.

³ غازي أبو عربي، مرجع سابق، ص 299؛ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 467؛ فايز عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 112-113؛ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 613؛ عبد الخالق حسن أحمد، مرجع سابق، ص 100؛ حلمي فارس الكخن، مرجع سابق، ص 69-70.

M. Chagny et L. Perdrix, Droit des assurances, précité, n° 245, p. 144.

العقد أو عند تجديده، لأمتنع المؤمن عن إبرام العقد أو قام بإبرامه مقابل قسط تأمين أعلى¹. وبالتالي، فإن الزيادة في الخطر المعتبرة قانوناً والواجب الإفصاح عنها، هي الزيادة التي تكون على درجة من القوة والتأثير على تقدير المؤمن للخطر²، بحيث لو علم المؤمن بتلك الزيادة عند إبرام العقد أو عند تجديده، لأمتنع عن ذلك³، أو وافق على إبرام العقد أو تجديده ولكن مقابل قسط تأمين أعلى. وهو ما قضت به أيضاً محكمة النقض المصرية بقولها: "إنه وإن كانت القواعد العامة في نظرية العقد والمبادئ المسلم بها في عقد التأمين أنه إذا تعمد المؤمن له كتمان أمر أو قدم بيانات كاذبة وكان من شأن ذلك أن يتغير به موضوع الخطر المؤمن منه أو يقلل من شأنه على نحو ما كان يقبل معه المؤمن التأمين عنه لو عرف حقيقته فإنه يؤدي إلى بطلان العقد"⁴. وجاء في قرار آخر لذات المحكمة: "المقرر أنه تأكيداً لمبدأ حسن النية عند تنفيذ عقد التأمين فقد تناولت المادتين 347، 348 من قانون التجارة البحرية رقم 8 لسنة 1990 الأخذ بمفهومه عند تعرضهما لبعض حالات بطلان وفسخ عقد التأمين، فأجازت للمؤمن بجانب الالتزام بالقواعد العامة الواردة في القانون المدني طلب إبطاله إذا قدم المؤمن له بيانات غير صحيحة أو سكت عن تقديم بيانات لازمة وكان من شأن هذا الأمر أو ذلك أن قدر المؤمن الخطر بأقل من حقيقته أو طلب فسخ العقد إذا تراخى المؤمن له عن إخطار المؤمن في الميعاد القانوني بما يطرأ من ظروف زاد فيها الخطر المؤمن ضده"⁵.

ونرى أنه يجب على المشرع الفلسطيني الأخذ بهذين المعيارين، لأن عدم اعتمادهما يشكل إجحافاً بحق المؤمن لهم.

¹ « ... telle que, si les circonstances nouvelles avaient été déclarés lors de la conclusion ou du renouvellement du contrat, l'assureur n'aurait pas contracté ou ne l'aurait fait que moyennant une prime plus élevée »

² وقد جاء في أحد أحكام القضاء الفلسطيني "... إن واقعة الكتمان الصادرة عن المؤمن له بسوء نية... يجعل من هذا السكوت عمداً عن إخفاء واقعة ما كانت لتجعل المدلس عليه (المؤمن) لو كانت تعلم بتلك الواقعة لتبرم العقد أو تصدر البوليصة بهذه السهولة" نقض مدني فلسطيني رقم 2008/168، بتاريخ 2008/9/2، مذكور سابقاً؛ وفي نفس الاتجاه راجع: نقض مدني فلسطيني رقم 2019/174، بتاريخ 2021/4/6، مذكور سابقاً؛ نقض مدني فلسطيني رقم 2013/900، بتاريخ 2015/3/15، منشور على موقع قسطاس.

³ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 465؛ محمود محمد الكيلاني، مرجع سابق، ص 168؛ جلال إبراهيم، مرجع سابق، ص 181؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1175، ف 618؛ موسى الصياد وآخرون، مرجع سابق، ص 129؛ بهاء الدين خوييرة، مرجع سابق، ص 58؛ ايمان بغدادي، مرجع سابق، ص 30-31.

⁴ نقض مدني مصري، الطعن رقم 15977 لسنة 76 جلسة 23/11/2008 س 59 ص 819 ق 143

⁵ نقض تجاري مصري، الطعن رقم 10761 لسنة 77 جلسة 08/04/2008 س 59 ص 395 ق 72.

الفرع الرابع: طريقة أو آلية الإفصاح عن الزيادة في الخطر

لم يحدد قانون التأمين الفلسطيني أيضاً، الطريقة أو الآلية التي يتم بموجبها الإفصاح عن الزيادة في الخطر، وذلك على خلاف القانون الفرنسي الذي نظمها في المادة 3، L.113-2، والتي توجب على المؤمن له الإفصاح للمؤمن عن الزيادة في الخطر خلال 15 يوماً من اليوم الذي علم فيه بزيادة الخطر، ويكون ذلك بموجب رسالة مسجلة موجهة للمؤمن يبين فيها الظروف التي تزيد في الخطر¹. والرسالة المسجلة هي فقط للإثبات، ما يعني أنه يجوز الإفصاح عن الزيادة في الخطر بأية طريقة أخرى مناسبة²، ولكن مع ذلك فإن الرسالة المسجلة تبقى هامة كونها تسهل على المؤمن له عبء إثبات أنه أدى التزامه بالإفصاح.

الفرع الخامس: حالة خاصة بانخفاض الخطر

لم يتناول قانون التأمين الفلسطيني حالة انخفاض الخطر المؤمن منه، وذلك على عكس قانون التأمين الفرنسي الذي تناول ذلك في الفقرة 4 من المادة 4-L.113، بموجب هذا النص، يجوز للمؤمن له أن يطلب من المؤمن تخفيض قيمة قسط التأمين نتيجة انخفاض الخطر المؤمن منه خلال سريان عقد التأمين³، ويجب على المؤمن أن يرد على طلب المؤمن له خلال 10 أيام من تاريخ إعلان المؤمن له بانخفاض الخطر، وإذا لم يرد المؤمن خلال هذه المدة فيعتبر قبولاً منه لطلب المؤمن له بتخفيض القسط، أما إذا رفض المؤمن ذلك خلال المدة المحددة فيحق له فسخ العقد، وفي هذه الحالة، يرتب الفسخ أثره بعد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان المؤمن له بانخفاض الخطر للمؤمن، مع التزام المؤمن برد قيمة الأقساط التي لم يتحمل فيها تغطية للخطر.

ويلاحظ بشأن التنظيم القانوني لحالة انخفاض الخطر في القانون الفرنسي⁴ من جهة، أن القانون نفسه لم يحدد شكلاً خاصاً للإعلان عن انخفاض الخطر، وبالتالي يمكن أن يكون شفاهة أو كتابة، ولكن يفضل لغايات إثبات تاريخ الإعلان ومضمون هذا الإعلان، أن يكون ذلك كتابة بموجب رسالة

¹ أنظر في نفس الاتجاه، فايز أحمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 118-119؛ ايمان بغداددي، مرجع سابق، ص 31.

² في هذا الاتجاه: محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 616؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1179، ف 619؛ بهاء الدين خوييرة، مرجع سابق، ص 59.

³ أنظر في الاتجاه: حلمي فارس الكخن، مرجع سابق، ص 71؛ غازي أبو عربي، مرجع سابق، ص 308؛ فايز أحمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 110؛ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 614.

⁴ Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, Droit des assurances, 14 éd. Dalloz, 2017, n°374, p. 289.

مسجلة أو بالفاكس أو بالبريد الإلكتروني على عنوان المؤمن. ومن جهة أخرى، أن الإفصاح عن انخفاض الخطر ليس التزاماً مفروضاً على المؤمن له، إنما مجرد خيار له يستطيع ممارسته أو تركه بناءً على تقديره الشخصي ووفقاً لما يراه مناسباً، وذلك على خلاف الزيادة في الخطر التي تعتبر التزاماً على عاتق المؤمن له بالإفصاح عنها.

وعلى الرغم من عدم نص قانون التأمين الفلسطيني صراحة على حالة انخفاض الخطر المؤمن منه، فإننا نرى أنه يمكن تطبيق ذات الحلول التي يأخذ بها القانون الفرنسي في فلسطين، استناداً إلى الفقرة الثالثة من المادة (15) والتي توجب على المؤمن له الإفصاح عن الزيادة في الخطر خلال سريان العقد، لأن المقصود من هذا الإفصاح هو إعادة تقدير الخطر على ضوء الظروف المستجدة مع إمكانية زيادة قسط التأمين بما يتناسب مع هذه الزيادة في الخطر طالما أن المؤمن لا يزال يرغب بالاستمرار في تغطية الخطر. بالمقابل، ولاعتبارات العدالة، وعلى سبيل التوازي، يجب السماح للمؤمن له بطلب تخفيض قسط التأمين في حالة انخفاض الخطر المؤمن منه، لأن احتفاظ المؤمن بالأقساط المقابلة لهذا الانخفاض في الخطر لم تعد محقة كونه لا يتحمل مقابلها أية تغطية تأمينية. ويمكن تبرير تخفيض قسط التأمين تبعاً لانخفاض الخطر، على أساس نظرية السبب، على أساس أن قسط التأمين يقابل تغطية الخطر، وطالما أن تغطية المؤمن للخطر قد انخفضت، فإن ذلك يستتبع بالمقابل تخفيض قسط التأمين. أما بالنسبة لطريقة الإعلان عن انخفاض الخطر والنتائج المترتبة عليه، فإننا نرى ولغايات الإثبات ضرورة أن تتم كتابة، وأن يعطى المؤمن خياراً بين قبول تخفيض القسط على ضوء هذا الانخفاض في الخطر أو رفضه، مع إعطاء المؤمن الحق في فسخ العقد بعد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان المؤمن له عن انخفاض الخطر للمؤمن، ذلك أن مدة الثلاثين يوماً هي المدة التي اعتمدها قانون التأمين الفلسطيني في معظم أحكامه.

المبحث الثاني: النتائج القانونية المترتبة على الالتزام بالإفصاح عن الخطر

يتطلب تحديد النتائج القانونية المترتبة على الالتزام بالإفصاح، التمييز بين الحالة التي يقوم فيها المؤمن له بالإفصاح عن الخطر بشكل قانوني سليم (المطلب الأول)، والحالة التي يخل فيها المؤمن له بالالتزامه بالإفصاح بسوء نية أو بحسن نية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: النتائج المترتبة على الالتزام بالإفصاح بشكل قانوني سليم

يترتب على احترام المؤمن له لالتزامه بالإفصاح على نحو قانوني سليم، سواء بالنسبة للإفصاح الابتدائي عن الخطر عند إبرام العقد، أو بالنسبة للإفصاح المستمر عن الزيادة في الخطر خلال مرحلة تنفيذ العقد، فإن المؤمن يلتزم بتغطية الخطر المؤمن منه¹ ضمن الحدود² التي يفرضها القانون وشروط العقد³. ويستدل على هذا الحكم من مجموع نصوص قانون التأمين الفلسطيني، خصوصاً من خلال قراءة المادة 15 منه، والتفسير بمفهوم المخالفة لأحكام المادة 16 من ذات القانون.

وعلى الرغم من وضوح الحكم السابق، إلا أن قانون التأمين الفلسطيني لم يبين الحكم القانوني لعدد من المسائل الجوهرية التي يمكن أن تثير إشكاليات قانونية معقدة في التطبيق العملي، أهمها: ما هي المدة الزمنية الواجب على المؤمن له الإفصاح خلالها عن الزيادة في الخطر حتى يمكن القول بأن المؤمن له قد أدى التزامه بالإفصاح على نحو قانوني سليم؟ وما هي المدة التي يجب على المؤمن أن يرد خلالها على المؤمن له بشأن الزيادة في الخطر المفصح عنها؟ وما هو الوضع القانوني لعقد التأمين خلال الفترة الممتدة بين الإفصاح عن الزيادة في الخطر ورد المؤمن بشأنها، وفيما إذا كان لا يزال يرغب في تغطية الخطر أم لا؟ وهل يعتبر الخطر مغطى بموجب عقد التأمين، مع أو بدون الزيادة، خلال هذه الفترة؟

الفرع الأول: المدة القانونية الواجب على المؤمن له الإفصاح خلالها عن الزيادة في الخطر

إننا نرى أنه يمكن للقضاء تغطية هذه الثغرة القانونية، من خلال الأخذ بمفهوم المدة المعقولة⁴، والتي يمكن أن تكون مثلاً 15 يوماً على أن تبدأ من تاريخ علم المؤمن له بالزيادة في الخطر. ويمكن للقضاء أن يطبق هذه المدة المعقولة بطريقتين: إما أن يأخذ بمدة واحدة لجميع أنواع التأمين، أو أن يعتمد مدة

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1180، ف620؛ بهاء الدين خويرة، مرجع سابق، ص59؛ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص616.

² حيث جاء في أحد أحكام الاستئناف الفلسطينية أنه إذا كان المؤمن له قد فوض المؤمن الحق في الحصول على أية معلومات طبية تتعلق به من أي مصدر كان، وبما أن المؤمن لم يفعل فإنه يكون مقصراً في حق نفسه ولا يعفى بالتالي من الالتزامات التي يربتها عليه عقد التأمين (دفع مبلغ التأمين. محكمة استئناف القدس رقم 2010/158، بتاريخ 2010/10/6، مذكور سابقاً؛ كذلك: استئناف القدس رقم 2009/151، بتاريخ 2013/6/26، مذكور سابقاً).

³ فايز عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 119؛ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص471؛ محمود محمد الكيلاني، مرجع سابق، ص170؛ جلال ابراهيم، مرجع سابق، ص194؛ غازي أبو عربي، مرجع سابق، ص305.

⁴ عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص270؛ بها الدين خويرة، مرجع سابق، ص59.

معقولة لكل نوع من أنواع التأمين، مع الأخذ بضابط هام وهو ألا يكون التأخر في الإفصاح عن الزيادة في الخطر راجعاً لسبب غير مبرر أو لعذر غير مقبول¹.

الفرع الثاني: المدة الواجب على المؤمن أن يرد خلالها على الإفصاح عن الزيادة في الخطر

نحن نعتقد أنه يمكن للقضاء تطبيق مفهوم المدة المعقولة أيضاً، والتي يمكن أن تكون 15 يوماً من تاريخ العلم بهذا الإفصاح، وتطبيق هذه المدة المعقولة² يحقق التوازن بين مصلحة المؤمن ومصلحة المؤمن له على حد سواء. فالمؤمن يحتاج إلى هذه المدة المعقولة من أجل إعادة تقدير الخطر على ضوء الزيادة المستجدة، ومن أجل تحديد موقفه من هذه الزيادة في الخطر، إما بالإعلان عن قبوله تغطية هذا الخطر مع الزيادة مقابل رفع قيمة قسط التأمين أو بدونه، أو رفض تغطية هذه الخطر مع الزيادة، مع كل ما يقتضيه ذلك من فسخ للعقد وإعادة الأقساط التي لم يتحمل المؤمن مقابلها تغطية للخطر³. والمؤمن له، لا يستطيع الانتظار مدة طويلة لمعرفة وضعه بالنسبة للعقد، وهل هو مغطى بموجب عقد التأمين أم لا.

الفرع الثالث: الوضع القانوني لعقد التأمين خلال المدة الفاصلة بين الإفصاح عن الزيادة في الخطر

ورد المؤمن بشأنها

يرى الفقه الفرنسي في هذا الصدد، أن الخطر مع الزيادة يكون خلال هذه الفترة مغطى بموجب عقد التأمين بشكل مؤقت، انتظاراً لمعرفة قرار المؤمن بشأن هذه الزيادة في الخطر⁴. ونحن نرى أن قانون التأمين الفلسطيني يتبع ذات الحكم، وذلك لسببين: الأول، أن تغطية المؤمن للخطر خلال هذه المدة، تكون نتيجة لاحترام المؤمن له لالتزامه القانوني بالإفصاح عن الزيادة في الخطر، فطالما أنه لم يصدر من المؤمن له أي سلوك أو خطأ من جانبه يتناقض مع متطلبات القانون، فإن الوضع السابق يستمر

¹ في نفس الاتجاه راجع: فايز أحمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 117-118.

² عبد الخالق حسن أحمد، مرجع سابق، ص 103.

³ حلمي فارس الكخن، مرجع سابق، ص 74.

⁴ M. Chagny et L. Perdrix, Droit des assurances, précité, n° 248, p. 145.

وهذا هو موقف الفقه العربي راجع: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1180، ف 621؛ جلال إبراهيم، مرجع سابق، ص 194؛ فايز عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 120؛ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 472/471؛ غازي أبو عربي، مرجع سابق، ص 305؛ مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 199، ف 160.

على حاله¹. الثاني، أن جزاء الفسخ الوارد في المادة 16 من قانون التأمين، لا يقع إلا في حالة انتهاك المؤمن له لالتزامه بالإفصاح عن الزيادة في الخطر وليس في حالة احترام هذه الالتزام بالإفصاح.

¹ حلمي فارس الكخن، مرجع سابق، ص 74.

الفرع الرابع: موقف المؤمن من الإفصاح عن الزيادة في الخطر

بالنسبة لموقف المؤمن بشأن الزيادة في الخطر، فإننا نرى - على غرار القانون الفرنسي - أنه يملك ثلاثة خيارات:

الخيار الأول، أن يستمر في تغطية الخطر المؤمن منه، دون زيادة في الأقساط ودون تعديل في عقد التأمين¹، ويكون ذلك في الغالب إذا كان مقدار الزيادة في الخطر ضئيلاً من وجهة نظر المؤمن²، أو لاعتبارات تجارية صرفة³ تتمثل في المحافظة على الزبائن. ويمكن للمؤمن أن يعبر عن موقفه في هذا الصدد إما بشكل صريح وهو الغالب، أو بشكل ضمني من خلال استمراره في اقتطاع أقساط التأمين⁴، أو من خلال قيامه بدفع التعويضات عن الحادث⁵، ولكن يشترط لاعتبار ذلك قبولاً ضمناً بالاستمرار في العقد دون زيادة الأقساط، أن يأتي الاستمرار في اقتطاع أقساط التأمين أو دفع التعويضات، بعد علم المؤمن بالزيادة في الخطر⁶. في المقابل، فإنه يمكن للمؤمن له أن يعلن في إفصاحه عن زيادة الخطر، أنه لا يرغب في زيادة الأقساط، وفي هذه الحالة، إذا لم يرد المؤمن على ذلك خلال مدة معينة من تاريخ الإفصاح، فإن ذلك يعد قبولاً من المؤمن بالاستمرار في العقد دون زيادة الأقساط رغم الزيادة في الخطر.

¹ جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 201.

² فايز عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 124-125؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1183، ف 624؛ بها الدين خويرة، مرجع سابق، ص 59-60.

³ M. Chagny et L. Perdrix, Droit des assurances, précité, n° 248, p. 145.

غازي أبو عربي، مرجع سابق، ص 308؛ جلال إبراهيم، مرجع سابق، ص 201؛ عبد الخالق حسن أحمد، مرجع سابق، ص 108؛ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 475؛ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 618؛ حلمي فارس الكخن، مرجع سابق، ص 74.

⁴ M. Chagny et L. Perdrix, Droit des assurances, précité, n° 248, p. 145.

⁵ أو أن يحدد المؤمن للمؤمن له مدة معينة يجب عليه الرد خلالها وإلا اعتبر العقد مفسوخاً بانقضائها. جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 199.

⁶ Cass. 2^e civ., 10 nov. 2009, n° 08-21.447 ; Cass. 1^{re} civ., 14 juin 1978, n° 77-10.384 : Bull. civ. I, n° 230 ; RGAT 1979, p. 175, note Besson.

الخيار الثاني، أن يعلن المؤمن عن رغبته في تغطية الخطر المؤمن منه مع الزيادة¹ مقابل رفع أقساط التأمين²، ويجب عليه في هذه الحالة أن يقدم عرضاً جديداً للمؤمن له يعبر فيه عن رغبته في تغطية الخطر المؤمن منه مع الزيادة مع بيان قيمة الزيادة في أقساط التأمين التي يطلبها. ويحق للمؤمن له قبول هذا العرض أو رفضه³. في حال القبول، يتم إصدار تعديل للعقد يلحق بعقد التأمين⁴، وفي حال الرفض، يتم فسخ عقد التأمين مع وجوب قيام المؤمن برد الأقساط التي لم يتحمل مقابلها تغطية للخطر⁵. ويلاحظ في هذا الصدد، أن قانون التأمين الفلسطيني لم يحدد مدة معينة يجب على المؤمن له أن يعلن خلالها عن قبوله أو رفضه لهذا العرض، ولكن يمكن تغطية هذه الثغرة من خلال مفهوم المدة المعقولة السابق الإشارة إليها. وقد تقاضى مثلاً قانون التأمين الفرنسي هذه الثغرة، حيث أعطى المؤمن له مدة ثلاثين يوماً لقبول العرض أو رفضه. بل أكثر من ذلك، فإن المادة 4-113 L من ذات القانون، قد أعطت المؤمن، في حال رفض المؤمن له الصريح للعرض أو سكوته حتى انتهاء مدة الثلاثين يوماً، خياراً بفسخ العقد بعد انتهاء هذه المهلة، ولكن "بشرط أن يكون قد أعلم المؤمن له بهذا الخيار، وأن يعلن ذلك بشكل بارز في الورقة أو الكتاب الذي يشتمل على العرض".

الخيار الثالث، أن يرفض المؤمن تغطية هذه الزيادة في الخطر، والمطالبة بفسخ العقد⁶، وتنص المادة 4-113 L من قانون التأمين الفرنسي أن الفسخ لا ينتج آثاره إلا بعد عشرة أيام من تاريخ إشعار المؤمن له بالفسخ، ويلتزم المؤمن برد قيمة الأقساط عن المدة التي لم يتحمل فيها تغطية للخطر⁷.

¹ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 619؛ عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 270.

² مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 201، ف 163؛ عبد الخالق حسن أحمد/ مرجع سابق، ص 107.

³ موسى الصياد وآخرون، مرجع سابق، ص 132؛ جلال إبراهيم، مرجع سابق، ص 198؛ بهاء الدين خزيمة، مرجع سابق، ص 59.

⁴ فايز عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 123؛ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 474.

⁵ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1182، ف 623؛ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 618؛ غازي أبو عربي، مرجع سابق، ص 307؛ مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 201.

⁶ محمود محمد الكيلاني، مرجع سابق، ص 166؛ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 473؛ غازي أبو عربي، مرجع سابق، ص 305-306؛ عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 270؛ جلال إبراهيم، مرجع سابق، ص 197؛ فايز عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 121؛ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 618؛ مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 199-200، ف 161.

⁷ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1181-1182، ف 622؛ موسى الصياد وآخرون، مرجع سابق، ص 132.

ويلتزم المؤمن خلال مدة 10 أيام بتغطية الخطر المؤمن منه مع الزيادة في الخطر، كون المؤمن له قد نفذ التزامه القانوني بالإفصاح عن الزيادة في الخطر¹.
ولا يشمل فسخ عقد التأمين بسبب الزيادة في الخطر بموجب المادة 4-113.L من قانون التأمين الفرنسي التأمين على الحياة والتأمين الصحي عندما تتغير أو تتدهور صحة المؤمن له.

¹ وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفلسطينية في أحد أحكامها حيث جاء فيه " أما كتم المؤمن له وحجبه بعض المعلومات... فإن هذا الكتمان إن كان هو دافع المؤمن للتعاقد... أن تتحلل من التزامها بفسخ العقد أو بقبول التأمين أو رفضه"، نقض مدني فلسطيني رقم 2013/900 بتاريخ 2015/3/15، مذكور سابقا.

المطلب الثاني: النتائج المترتبة على الإخلال بالالتزام القانوني بالإفصاح

لقد تناول قانون التأمين الفلسطيني، الحكم القانوني لحالة انتهاك المؤمن له لالتزامه بالإفصاح عن الخطر، مع تطبيق هذا الحكم على نوعي الإفصاح دون تمييز بينهما¹: الإفصاح الابتدائي عند إبرام العقد، والإفصاح المستمر عن الزيادة في الخطر خلال سريان العقد². وعلى ذلك نصت المادة (16) من هذا القانون على أنه:

"1- إذا كتم المؤمن له بسوء نية أمراً أو قدم بياناً غير صحيح بصورة تقلل من أهمية الخطر المؤمن منه أو تؤدي إلى تغيير موضوعه أو إذا أخل غاشياً بالوفاء بما تعهد به، كان للمؤمن أن يطلب فسخ العقد، ويجوز له أن يطالب بالأقساط المستحقة قبل هذا الطلب.

2- إذا انتفى الغش أو سوء النية، وجب على المؤمن عند طلب الفسخ أن يرد للمؤمن له الأقساط التي دفعت أو يرد منها القدر الذي لم يتحمل في مقابله خطر ما"³.

يتضح من قراءة المادة السابقة، أنها قد ميزت بين جزاءات إخلال المؤمن له بالإفصاح، فيما إذا كان المؤمن له سيء النية (الفرع الأول)، أو كان على العكس حسن النية (الفرع الثاني)، ولكن قانون التأمين الفرنسي قد أضاف في الفقرة 9 من المادة 2-113.L حالة خاصة تتعلق بالإفصاح المتأخر وندرسها نظراً لأهميتها في الحياة العملية (الفرع الثالث).

¹ ومن الأحكام التي نحت هذا الاتجاه: نقض مدني فلسطيني رقم 2008/168، بتاريخ 2008/9/2، مذكور سابقاً؛ نقض مدني فلسطيني رقم 2019/174، بتاريخ 2021/4/6، مذكور سابقاً؛ نقض مدني فلسطيني رقم 2018/765، بتاريخ 2021/10/4، مذكور سابقاً؛ نقض مدني فلسطيني رقم 2016/1548، بتاريخ 2021/1/20، مذكور سابقاً؛ نقض مدني فلسطيني رقم 2017/832، بتاريخ 2021/1/20، مذكور سابقاً؛ نقض مدني فلسطيني رقم 2013/900، بتاريخ 2015/15/15، مذكور سابقاً؛ استئناف رام الله (حقوق) رقم 2013/814، مذكور سابقاً؛ استئناف رام الله (حقوق) رقم 2009/437، بتاريخ 2010/10/7، مذكور سابقاً.

² ويمتد عدم التمييز إلى الفقه القانوني، أنظر مثلاً: غازي أبو عربي، مرجع سابق، ص 310؛ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 481؛ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 622.

³ يقابل هذه المادة، المادتين 8-113.L و 9-113.L من قانون التأمين الفرنسي. ويعتبر القضاء الفرنسي أن أحكام هاتين المادتين من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، سواء بالاتفاق على وضع جزاء أشد أو أخف مما جاء فيهما. أنظر على سبيل المثال:

CA Pau, 23 sept. 2008, RG n° 06/03312.

الفرع الأول: جزاء إخلال المؤمن له بالتزامه بالإفصاح بسوء نية

يتطلب إيقاع جزاء الفسخ في قانون التأمين الفلسطيني، إثبات سوء نية المؤمن له بسبب إخلاله بالتزامه بالإفصاح، كما يقتضي تحديد آثار الفسخ، وأخيرا تناول حالة عقد التأمين الذي يغطي عدة مخاطر في نفس الوقت. وسنقوم بدراسة هذه النقاط الثلاثة على التوالي.

أولاً: إثبات سوء نية المؤمن له

طالما أن حسن النية مفترض في العقود، فإن المؤمن له يعتبر حسن النية، ويقع على كاهل المؤمن عبء إثبات غش أو سوء نية المؤمن له¹، وإذا عجز المؤمن عن ذلك، فلا يستطيع التمسك بفسخ العقد على أساس انتهاك المؤمن له لالتزامه بالإفصاح².

ويجب على المؤمن عند إثبات سوء نية المؤمن له لإخلاله بالتزامه بالإفصاح أن يثبت أمرين معاً: ✓ أن يثبت من جهة أن المؤمن له قد أخل بالتزامه بالإفصاح من خلال كتمان معلومات جوهرية عن الخطر أو إدلائه بمعلومات غير صحيحة عنه بشكل متعمد، وهذا يعني إثبات سوء نية المؤمن له³.

¹ تطبيقاً لذلك، قضت محكمة الاستئناف بأنه "يشترط لإبطال عقد التأمين أن يثبت أمامها ارتكاب غش من جانب المؤمن له... التصريح الخاطئ لا يؤدي إلى ابطال التأمين إذا لم يثبت المؤمن سوء نية المؤمن له"، محكمة استئناف القدس رقم 2009/151، بتاريخ 2013/6/26، مذكور سابقاً. وهو ذات الاتجاه الذي تأخذ به محكمة النقض الفرنسية: Cass. 2^e civ., 4 févr. 2010, n° 09-12.122 ; Cass. 2^e civ., 10 déc. 2009, n° 09-10.053 : Resp. civ. et assur. 2010, comm. 65.

راجع فقها حول هذا الموضوع: فايز أحمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 136/135؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1187، ف 626؛ جلال إبراهيم، مرجع سابق، ص 205؛ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 623؛ محمود محمد الكيلاني، مرجع سابق، ص 170-171.

² وتأييداً لذلك قضت محكمة الاستئناف بأنه " طالما أن من شروط العقد أن المؤمن له قد فوض الشركة المؤمنة بالتحقق من حالته الصحية ومراجعة الأطباء لهذه الغاية... فإن النعي بعدم الإفصاح والكتمان بمعلومات جوهرية غير واردة"، محكمة استئناف القدس رقم 2009/151، بتاريخ 2012/2/20، مذكور سابقاً.

³ غازي أبو عربي، مرجع سابق، ص 311؛ فايز عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 137؛ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 623.

✓ وأن يثبت من جهة أخرى بأن هذا الكتمان أو الإفصاح غير الصحيح المتعمد، كان له تأثير على تقدير المؤمن للخطر¹، سواء بالتقليل من أهمية الخطر المؤمن منه أو بتغيير موضوعه². فهذين الأمرين يجب إثباتها مجتمعين وليس كل منهما على انفراد، وهو ما يستشف من صريح الفقرة الأولى من المادة (16) من قانون التأمين الفلسطيني، والتي تنص على أنه: "إذا كتم المؤمن له بسوء نية أمراً أو قدم بياناً غير صحيح بصورة تقلل من أهمية الخطر المؤمن منه أو تؤدي إلى تغيير موضوعه"، وهي تقابل المادة 8-113 L. من قانون التأمين الفرنسي³.

ويخضع تقدير مدى اجتماع هذين الشرطين للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع⁴ من أجل الحكم بالفسخ في القانون الفلسطيني⁵ أو رفضه (أو بالبطلان في القانون الفرنسي)⁶. وتطبق هذه القاعدة في الإثبات على جميع حالات الكتمان أو تقديم معلومات غير صحيحة بشكل متعمد⁷، والتي يستخلص منها سوء

¹ Cass. 2^e civ., 18 mars 2004, Resp. civ. Et assur. 2004, comm. 240 ; Cass 1^{re} civ., 10 mars 1987, n° 85-16.194 : RGAT 1987, p. 391, note J. Bigot ; Cass. 2^e civ., 22 janv. 2009, n° 07-20378.

وفي القضاء الفلسطيني راجع: نقض مدني فلسطيني رقم 2013/900، بتاريخ 2015/3/15، مذكور سابقاً؛ استئناف رام الله (حقوق) رقم 2009/437، بتاريخ 2010/10/7، مذكور سابقاً.

² Cass. 2^e civ., 9 avril 2009, n° 08-12621 : Resp.civ. et assur. 2009, comm. 158.

راجع فقها: حلمي الكخن، مرجع سابق، ص 62-63؛ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 481؛ جلال إبراهيم، مرجع سابق، ص 205؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1188، ف 627؛ عبد الخالق حسن أحمد، مرجع سابق، ص 110، عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 276-277.

³ Cass. 2^e civ., 4 juill. 2007, n° 06-17568 ; Cass 1^{re} civ., 23 sept. 2003, n° 00-18.603.

⁴ جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 205.

⁵ وقد جاء في حكم الاستئناف أن "إخفاء معلومات جوهرية عن المستأنفة لو علم بها عند التعاقد قد لا يبزم العقد...، مما يجعل العقد غير لازم، ويعني غير لازم أن يكون من حق المستأنفة فسخ العقد من طرف واحد..." استئناف رام الله (حقوق) رقم 2009/437، بتاريخ 2010/10/7، مذكور سابقاً؛ وفي هذا المعنى راجع: نقض مدني فلسطيني رقم 2013/900، بتاريخ 2015/3/15، مذكور سابقاً؛ استئناف القدس (حقوق) رقم 2009/151، بتاريخ 2012/2/20، مذكور سابقاً؛

⁶ Cass. 2^e civ., 7 avr. 2005, n° 03-19.972 ; Cass. 2^e civ., 19 nov. 2009, n° 08-17.166 ; Crim., 8 févr. 2005, n° 04-84.598.

⁷ « Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si le fait omis avait faussé l'appréciation du risque vol par l'assureur, la cour d'appel a violé les textes susvisés (art. L.113-8 et art. L.113-9), Cass 1^{re} civ. 1999, n° 97-19.488.

نية المؤمن له¹. وتطبيقاً لذلك جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية أن كتمان المؤمن له الحكم عليه لمدة شهر مع وقف التنفيذ وسحب رخصة قيادته لمدة شهرين بسبب القيادة تحت تأثير السكر، وعدم الإفصاح عن ذلك خلال 15 يوماً من تاريخ الحكم، فهذه الظروف المستجدة تزيد من الخطر، وتجعل اجابات المؤمن له على الأسئلة غير صحيحة وقدرها قاضي الموضوع، بأن هذا الكتمان كان متعمداً². وقد ذهب القضاء الفلسطيني إلى أن "إخفاء المؤمن له عن الشركة المؤمنة ما يعاني منه، بأن ينفي معاناته أو إصابته بأية أمراض أو عمل صور إشعاعية أو فحوصات تشخيصية أو الطلب منه إجراء مثل هذه الفحوصات تؤكد وقوع التدليس لدى تنظيم بوليصة التأمين"³.

¹ وفي هذا الإطار جاء في قرارات لمحكمة النقض المصرية: "إذا تعاقد شخص مع شركة تأمين على التأمين عن البضائع الموجودة بمحله من السرقة وقرر كذباً في إجابته عن الأسئلة المدونة في طلب التأمين أنه يقيد مشترياته ومبيعاته في سجل خاص وأنه يحتفظ بقائمة جرد بضاعته، وكان منصوصاً في وثيقة التأمين على بطلان عقد التأمين إذا كان ما قرر طالب التأمين غير صحيح، ثم استخلص الحكم استخلاصاً سائغاً أن البيانات المشار إليها هي بيانات جوهرية ذات أثر في تكوين العقد ورتب على عدم صحتها سقوط حق المؤمن له في مبلغ التأمين إعمالاً لنص العقد، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون. ولا يغير من ذلك ان البيان الكاذب لم يكن له دخل في وقوع الخطر الذي حصل من أجله التأمين. ومتى كان الحكم قد أقام قضاءه على أساس الشرط الصحيح الوارد في عقد التأمين والذي من مقتضاه بطلان العقد لعدم صحة ما قرره طالب التأمين، وهذا الشرط جائز قانوناً، فلا يكون ثمة محل للنعي على الحكم بأنه أضاف إلى أسباب بطلان العقود سبباً جديداً لا يقره القانون": نقض مدني مصري، الطعن رقم 118 لسنة 17 جلسة 1949/04/14 س ع 5 ص 755 ق 407. وتقول في قرار آخر: إذ كانت الشركة الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بدرجيتها بدفاع حاصله بطلان عقد التأمين لقيامه على الغش لأن مورث المطعون ضده (المؤمن له) قد أدلى للشركة الطاعنة عند إبرام عقد التأمين ببيانات كاذبة خاطئة عن حقيقة حالته الصحية عند طلب التأمين وركنت في إثبات دفاعها إلى شهادة صادرة من جهة عمل مورث المطعون ضده تعيد بأنه كان مصاباً بالفشل الكلوي قبل إبرامه عقد التأمين معها وحصل على إجازات مرضية لهذا السبب رغم أنه أورد بإقراره أن حالته الصحية جيدة ولم يسبق إصابته بهذا المرض، وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد التفت عن تناول دفاع الشركة الطاعنة... إيراداً ورداً مع أنه دفاع جوهرى من شأنه لو صح أن يتغير وجه الرأي في الدعوى بما يعيبه فضلاً عن الإخلال بحق الدفاع بالقصور في التسيب": نقض مدني مصري، الطعن رقم 5878 لسنة 75 جلسة 12/04/2006 س 57 ص 359 ق 73.

² Crim., 2 mai 2001, n° 00-85.532 ; Crim. 30 oct. 2000, n° 99-87.330, Bull. crim. 2000, n° 319.

³ نقض مدني فلسطيني رقم 2008/168، بتاريخ 2008/9/2، مذكور سابقاً؛ وفي نف الاتجاه قضت المحكمة بأن "إخفاء المدعي (المؤمن له) للمعلومات الطبية وكتمانها للإصابة التي أصيب بها وفق ما هو موضح... يجعل من هذا

وفي هذا الإطار، يلعب نموذج الأسئلة الملحق بعقد التأمين بما يشمله من أسئلة وأجوبة، دورا كبيرا ومهما في إثبات سوء نية المؤمن له، من خلال إثبات أن كتمان المؤمن له أو تقديمه لمعلومات غير صحيحة كان متعمدا¹، وأن يكون لذلك تأثير على تقدير المؤمن للخطر المؤمن منه. وتقول محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد أن: "تقدير حسن أو سوء نية المؤمن له يتم بالضرورة اعتمادا على الإفصاحات الصادرة عنه عند إبرام العقد، حتى لو وجد فاصل زمني بين إبرام العقد ونموذج الإجابة على الأسئلة"²، وتضيف ذات المحكمة: "ولا يلزم المؤمن بحصر أسئلته بالخطر المراد التأمين عليه، إنما يجب على المؤمن له أن يجيب بصدق على جميع الأسئلة التي يطرحها عليه المؤمن من أجل تقدير هذا الخطر، وبخلاف ذلك يعرض نفسه للجزاءات الواردة في المادة 8-113 L. من قانون التأمين، إذا كان على الأقل لهذا الإخلال أثر على تقدير المؤمن للخطر"³. بل أكثر من ذلك، فقد جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2016/11/17 بأنه لا يفرض على المؤمن التحقق من صحة المعلومات التي يفصح عنها المؤمن له⁴، وذلك في قضية تتعلق بتأمين على عقار كان يشغله المؤمن له دون أن يصبح بعد مالكا له، حيث رفض المؤمن تعويض الضرر الناجم عن الحادث بحجة أن المؤمن له لم يكن مالكا للعقار لحظة وقوع الحادث، حيث قضت محكمة النقض في هذا القرار بتأييد حكم قاضي الموضوع لمدينة نيم الفرنسية، مؤكدة أنه لم يوجد سبب للشك حول صحة المعلومات المفصح عنها من المؤمن له، وأن المؤمن لم يرتكب خطأ لعدم قيامه بالتحقق من صفة مالك للعقار المصرح عنها من المؤمن له. وكذلك فإن نموذج الأسئلة المعروض على المؤمن له والذي يطلب فيه المؤمن الإفصاح فيما إذا كان قد حكم عليه خلال السنوات السابقة بحكم جنائي، فأجاب المؤمن له

الكتمان والإخفاء على موافقة شركة التأمين للتعاقد مع الطاعن الأمر الذي يكون معه تصرف الطاعن (المؤمن له) تدليسا وخديعة" نقض مدني فلسطيني رقم 2014/840، بتاريخ 2015/4/6، مذكور سابقا؛ وفي نفس الاتجاه راجع: نقض مدني فلسطيني رقم 2019/174، بتاريخ 2021/4/6، مذكور سابقا؛ استئناف رام الله (حقوق) رقم 2013/814، بتاريخ 2019/3/19، مذكور سابقا.

¹ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 481؛ حلمي فارس الكخن، مرجع سابق، ص 66.

² Cass 1^{re} civ., 26 avr. 2000, n° 97-22.560 : RGDA 2000, p. 816, note A. Favre-Rochex.

³ Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2002, n° 00-12.419 : Bull. civ. I, n° 136 ; Defrenois 30 déc. 2002, art. 37.644, p. 1627-1628, note J.-L. Aubert ; RGDA 2002, p. 687, note J. Kullmann ; Resp. civ. Et assur. 2002, comm.. 275, note H. Groutel.

⁴ Cass. 2^e civ., 17 nov. 2016, n° 15-25.5179.

بالنفي، على الرغم من صدور حكم جنائي على المؤمن له قبل عدة أسابيع من تاريخ هذا الإفصاح، ففي هذه الحالة، لا يستطيع المؤمن له دفع دعوى بطلان عقد التأمين من خلال تمسكه بأن نموذج الأسئلة لم يكن واضحاً كونه لم يفرق بين الأحكام الجنائية النهائية والأحكام غير النهائية أو الأحكام مع وقف التنفيذ، وبالتالي استخلصت محكمة الاستئناف من إجابة المؤمن له بالنفي خلافاً للحقيقة على سؤالين: بأن المؤمن له كان سيء النية وأنه قد أخفى بشكل متعمد الحكم الجنائي، وحكمت بالبطلان على هذا الأساس وأيدتها في ذلك محكمة النقض¹.

وفي ذات الإطار، يعتبر سيء النية المؤمن له الذي كتم بشكل متعمد عن المؤمن، العمليات الجراحية السابقة التي خضع لها²، وكذلك إخفاء المؤمن له المتعمد لمرض القلب الذي كان يعاني منه والمعلوم لديه³، أو إخفائه إصابته بمرض الكلى مع علمه بذلك⁴. كما يعتبر سيء النية المؤمن له الذي قام بإخفاء الحكم عليه في الدرجة الأولى بحكم جنائي حتى لو كان هذا الحكم قابلاً للاستئناف⁵، وكذلك إفصاح المؤمن له بالكاذب بشكل متعمد في إجابته على نموذج الأسئلة بأنه سائق متمرس في حين تبين من تحريات المؤمن عند وقوع الحادث أنه كان سائقاً جديداً وقليل الخبرة في قيادة السيارات، ما يستخلص منه سوء نية المؤمن له وحكم ببطلان العقد على هذا الأساس⁶. وكذلك، حالة إخفاء المؤمن له المتعمد عند الإجابة على نموذج الأسئلة عند إبرام العقد، بأن السائق الأساسي للمركبة لم يكن هو إنما ابنه، وأن هذا الابن كان مسؤولاً عن ثلاثة حوادث سابقة من أصل أربعة، وكان يقصد من هذا

¹ Cass. 2^e civ., 29 avr. 2004, n° 03-10.655 : Bull. civ. II, n° 1995.

² Cass. 2^e civ., 10 juill. 2008, n° 07-14270.

³ Cass. 2^e civ., 9 avril 2009, n° 08-14.748.

⁴ نقض مدني مصري، الطعن رقم 156 لسنة 34 جلسة 30/11/1967 س 18 ع 4 ص 1773 ق 269 ؛ نقض مدني مصري، الطعن رقم 5878 لسنة 75 جلسة 12/04/2006 س 57 ص 359 ق 73؛ نقض مدني مصري، الطعن رقم 4274 لسنة 74 جلسة 05/01/2006 س 57 ص 47 ق 10.

⁵ Cass. 2^e civ., 29 avr. 2004, n° 03-10.655, Bull. civ., II, n° 195.

⁶ Cass. 2^e civ., 9 déc. 2004, n° 03-16.285 ; Cass 1^{re} civ., 14 oct. 1997, n° 95-19-153 : Resp. civ. Et assur. 1998, comm. 32 ; Crim. 13 janv. 1993, n° 92.83.220 : RGAT 1993, p. 582, note J. Landel.

الإخفاء، تخفيض قيمة أقساط التأمين بشكل كبير¹. وكذلك الأمر عند إجابة المؤمن له على نموذج الأسئلة في الإفصاح الابتدائي، بأنه خضع لعملية جراحية لغدة البروستاتا، ولكنه أخفى في إجابته على سؤال فيما إذا كان لا يزال يتناول أدوية وهل توجد متابعة لحالته الطبية، فأجاب بالنفي على هذا السؤال، ولكن ثبت من خلال الخبرة بعدم صدقه، وتم استخلاص سوء نيته بإخفائه المتعمد لهذه المعلومات الهامة، هذا بالإضافة إلى أنه أخفى عن المؤمن زيادة سوء حالته الصحية، فحكمت المحكمة ببطلان العقد على هذا الأساس². كذلك يعتبر سيئ النية "المؤمن له الذي أخفى عن المؤمن ما يعاني منه من أمراض وآلام على جانبي منطقة (الاليتين) وخاصة على الجهة اليسرى والشعور بالحرقة... ووجود ارتخاء... وما يشكو منه من ضعف في الانتصاب وقذف مبكر"³.

في المقابل، لا يعتبر سيئ النية، المؤمن له الذي لم يفصح عن الحكم عليه بسحب رخصة قيادته بسبب القيادة تحت تأثير السكر، طالما أن الجريمة قد صدر بشأنها عفو⁴. وكذلك فإن كتمان المؤمن له لبعض المعلومات عن المؤمن حتى لو كان ذلك عن قصد، ولكن دون وجود نية للإضرار بالمؤمن، فلا تؤدي إلى بطلان العقد، طالما أنها لم تكن ذات تأثير على تقدير المؤمن للخطر⁵، وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بشأن كتمان المؤمن له لحادث تعرض منزله للسرقة تحت تهديد السلاح، كون أن هذا الحادث لم يكن له تأثير على تقدير المؤمن للخطر⁶. في المقابل، عندما يؤدي الكتمان

¹ Cass. 2^e civ., 23 sept. 2004, n° 03-14.180.

² Cass. 2^e civ., 20 juin 2000, n° 98-10.655.

³ نقض مدني فلسطيني رقم 2008/168، بتاريخ 2008/9/2، مذكور سابقاً؛ كذلك اعتبرت محكمة النقض الفلسطينية في حكم آخر لها عدم تقديم المؤمن لها ما يثبت حسن نيتها من عدم إفصاحها عن حالته الصحية التي طرأت لها بعد إبرام العقد وبعد سريان عقد التأمين إثر دفع القسط المستحق عليها من قبيل إخفاء معلومات جوهرية" نقض مدني فلسطيني رقم 2019/176 بتاريخ 2021/4/6 مذكور سابقاً؛ وفي نفس الاتجاه: استئناف رام الله (حقوق) رقم 2013/814، بتاريخ 2018/3/19، مذكور سابقاً؛ نقض مدني فلسطيني، رقم 2014/840، بتاريخ 2015/4/6، مذكور سابقاً.

⁴ Cass 1^{re} civ., 9 avril 1991, n° 89-21.636, Bull. civ. I, n° 132 ; RGAT 1991, p. 554.

⁵ كذلك لا يعتبر كتماناً من جانب المؤمن له عدم إفصاحه عن إصابته بمرض تشمع الكبد في التأمين على الحياة طالما قبل (رضي) المؤمن التعاقد مع المؤمن له بوجود إشارة (بدون فحص طبي) ووجود تفويض للمؤمن بالبحث والتحري عن المعلومات، وتنازل عن السرية الطبية من المؤمن له لصالح شركة التأمين" استئناف القدس (حقوق) رقم 2009/151، بتاريخ 2012/2/20، مذكور سابقاً؛ وفي نفس المعنى: استئناف القدس (حقوق) رقم 2009/151، بتاريخ 2013/6/26، مذكور سابقاً.

⁶ Cass. 2^e civ., 13 mai 2004, n° 02-20.765 ; CA Paris, 15 mai 2001, Resp. civ. Et assur. 2001, comm. 276.

المتعمد إلى التأثير على تقدير المؤمن للخطر، حتى لو تعلق الكتمان بظروف لم يكن لها تأثير على وقوع الحادث، كحالة كتمان مرض خطير بشكل متعمد عن المؤمن، فإنه يؤدي إلى بطلان العقد¹، طالما كان له تأثير على تقدير المؤمن للخطر، بصرف النظر إن كان لهذا المرض دخل في وقوع الحادث المؤمن منه أم لا، والمتمثل بحالة الشلل أو العجز الدائم الناجم عن سبب آخر غير الذي تم كتمانته².

وفي جميع الأحوال، فإن القاضي يأخذ بالاعتبار في العادة عدة أمور عند تقدير مدى توافر سوء نية المؤمن له بسبب انتهاكه لالتزامه بالإفصاح، أهمها: أولاً، أن مجرد قيام المؤمن له بكتمان معلومات أو تقديم معلومات غير صحيحة في إفصاحه، لا يثبت بصورة آلية سوء نيته أو غشه³.

ثانياً، أن استخلاص سوء النية من خلال إجابات المؤمن له على نموذج الأسئلة⁴، يقتضي أن يكون نموذج الأسئلة واضحاً بالنسبة للأسئلة التي يطرحها⁵، فإذا تحقق هذا الوصف، وهو وضوح نموذج الأسئلة، فإن عدم إجابة المؤمن عليه أو تقديم بيان غير صحيح بشكل متعمد، يؤدي إلى بطلان العقد⁶. في المقابل إذا كان نموذج الأسئلة غير واضح أو معقد أو غامض في صياغته، فإنه يجعل من الصعب استخلاص سوء نية المؤمن له⁷.

¹ حلمي الكخن، مرجع سابق، ص42؛ غازي أبو عربي، مرجع سابق، ص311-312؛ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص624.

² Cass 1^{re} civ., 28 mars 2000, n° 97-18.737, Bull. civ. I, n° 101 ; D 2000, p. 574, B. Beignier ; Cass. 2^e civ., 2 avr. 2009, n° 08-12942.

³ جلال محمد ابراهيم، مرجع سابق، ص205.

⁴ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص624.

⁵ قريب من ذلك: رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص482.

⁶ Cass. 2^e civ., 10 mars 2004, n° 03-10.134 ; Cass. 1^{re} civ., 22 juill. 1986 : RGAT 1986, p. 560, note F. Chapuisat.

⁷ Cass. 2^e civ., 17 juin 2010, n° 09-67.081 ; Cass 1^{re} civ., 15 oct. 1991, n° 90-11.725 : RGAT 1991, p. 825 ; Resp. civ. Et assur. 1991, comm. 433.

ثالثاً، أنه يمكن استخلاص صفة التعمد، من خلال عدد الإجابات غير الصحيحة أو التي كتمها المؤمن له، حيث قضت محكمة استئناف كولمار الفرنسية بشأن إفصاح كاذب من المؤمن له عن قيمة أجره اليومي وإخفاء وضعه الصحي السابق عن المؤمن، بأنه كان يمكن اعتبار إفصاح المؤمن له عن معلومة كاذبة واحدة غير متعمد، ولكن تعدد المعلومات الكاذبة يدل على أن الإفصاح الكاذب كان متعمداً، طالما أن الأسئلة التي طرحها المؤمن في نموذج الإفصاح الابتدائي كانت واضحة ولا غموض فيها¹، وبالتالي قضت المحكمة ببطلان عقد التأمين، كون أن هذا الكتمان أو الإفصاح الكاذب كان متعمداً، ومؤثراً على تقدير المؤمن للخطر، وذلك استقلاً عن تأثير المعلومات الكاذبة أو التي كتمها المؤمن له على وقوع الحادث المؤمن منه².

¹ CA Colmar. 9 janv. 2017, RG n° 15/05647.

² « La nullité du contrat est encourue en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de l'assuré quand cette réticence ou fausse déclaration change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur indépendamment de l'influence au risque omis ou dénaturé sur le sinistre », Ibid.

وتقول محكمة النقض المصرية في هذا الصدد: "متى كان البيان - الخاص بالمرض - في وثيقة التأمين قد جعله المؤمن محل سؤال محدد مكتوب فإنه يعتبر جوهرياً في نظره ولازماً لتقدير الخطر المؤمن منه فإذا أقر المؤمن له بعدم سبق إصابته بمرض الكلى مع ثبوت إصابته به وعلمه بذلك - على ما سجله الحكم المطعون فيه - فإن هذا الإقرار من شأنه أن ينتقص من تقدير الشركة المؤمنة لجسامة الخطر المؤمن منه ، ومن ثم فإذا لم يعمل الحكم الشرط الوارد في عقد التأمين والذي مقتضاه بطلان العقد وسقوط حق المؤمن له في مبلغ التأمين في حالة إدلائه ببيانات خاطئة في إقراراته الواردة في طلب التأمين والتي أبرم التأمين على أساسها وهو شرط جائز قانوناً وواجب الأعمال حتى ولو لم يكن للبيان الكاذب دخل في وقوع الخطر المؤمن منه فإن الحكم يكون قد خالف القانون بمخالفة شروط العقد مما يستوجب نقضه، ولا يبرئه من هذه المخالفة ما قاله من أن مرض الكلى الذي أصاب المؤمن له ليس مما يخشى منه سوء العاقبة وأنه كان مرضاً عارضاً وكان المؤمن له قد شفى منه وقت إبرام عقد التأمين إذ أن ذلك - بفرض صحته - لم يكن ليعفي المؤمن له من واجب ذكر هذا المرض في إقراراته الواردة في طلب التأمين مادام أن ذلك كان محل سؤال محدد مكتوب": نقض مدني مصري، الطعن رقم 156 لسنة 34 جلسة 30/11/1967 س 18 ع 4 ص 1773 ق 269 ؛ وتقول في قرار آخر لها: " إذ كان مورث المطعون ضدها - المؤمن على حياته - قد قدم بتاريخ 20/11/1998 إقراراً يتضمن أنه لم يصب بأية أمراض ولا يعالج حالياً منها وأنه لم يدخل أي مستشفى للعلاج وكانت الشركة الطاعنة قد تمسكت بدفاعها أمام محكمة الموضوع بأن المؤمن على حياته أخفى عنها حقيقة مرضه بالفشل الكلوي وقدمت الشهادات الطبية المؤيدة لذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أطر هذا الدفاع بتأييده الحكم الابتدائي لأسبابه التي ارتكنت على خلو الأوراق من دليل على أن مرض المؤمن له بالفشل الكلوي هو الذي سبب وفاته فإنه يكون قد خالف الشرط الوارد في عقد التأمين والذي مقتضاه بطلان العقد في حالة إدلاء المؤمن على حياته ببيانات خاطئة في إقراراته في طلب التأمين وهو شرط جائز قانوناً و واجب الأعمال ولو لم يكن للبيان الكاذب دخل في وقوع الخطر المؤمن منه إذ أنه بيان جوهري ذو أثر في تكوين العقد وقد حجب هذا الخطأ عن بحث هذا الدفاع رغم أنه دفاع

رابعاً، أن القاضي يأخذ بالاعتبار عن تقدير سوء نية المؤمن له، ليس فقط إجابات المؤمن له على نموذج الأسئلة في الإفصاح الابتدائي، إنما أيضاً بالإفصاحات المستمرة عن الزيادة في الخطر خلال سريان العقد، حتى لو جاءت هذه الإفصاحات بمبادرة شخصية من المؤمن له عند إبرام العقد¹.

خامساً، أن الاتجاه الغالب في القضاء، هو استخلاص سوء نية النية من الكتمان التدليسي للمؤمن له²، حيث يعتبر مثلاً سيء النية، المؤمن له الذي كتم معلومات حول خضوعه لعمليات جراحية سابقة³، وكذلك كتمان المؤمن له عند إبرام عقد تأمين على الحياة أنه مصاب بمرض زيادة التخثر في الدم (يسمى هيموستينيليا وهو مرض نادر جداً) خاصة بعد أن تأكد له ذلك من أكثر من مصدر، يعتبر سيء النية⁴، وأيضاً قيام المؤمن له بكتمان وإخفاء ما أصيب به من شلل في عصب الوجه وأمراض أخرى قبل توقيع عقد التأمين بسنوات، يعتبر من قبيل التدليس والخديعة⁵. ولكن يبدو في هذا الصدد، أن محكمة النقض الفرنسية تتمسك بفكرة أن الكتمان التدليسي لا يتحقق عندما يمتنع المؤمن له عن الإفصاح عن مسألة هامة طالما لم يوجه له سؤال دقيق حولها⁶، إلا أن جانباً من الفقه ينتقد ذلك⁷.

جوهرى قد يتغير بتحقيقه وجه الرأي في الدعوى"، نقض مدني مصري، الطعن رقم 4274 لسنة 74 جلسة 05/01/2006 س 57 ص 47 ق 10.

¹ Cass. 2^e civ., 19 févr. 2009, 07-21.655 : Bull. civ. II, n° 48.

² Cass. 1^{re} civ., 9 juin 1993, n° 91-17.868.

وفي القضاء الفلسطيني راجع: نقض مدني فلسطيني رقم 2008/168، بتاريخ 2008/9/2، مذكور سابقاً.

وهو ما يؤكد الفقه: ريم إحسان الموسى صوافطة، مرجع سابق، ص 79؛ فايز عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 137.

³ Cass 1^{re} civ., 17 juill. 1990, n° 89-13.324 : RGAT 1990, p. 880, note J. Kullmann ; Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 1987 : RGAT 1987, p. 118, note J.-L. Aubert.

⁴ استئناف رام الله (حقوق) رقم 2013/814، بتاريخ 2018/3/19، مذكور سابقاً.

⁵ نقض مدني فلسطيني رقم 2014/840، بتاريخ 2015/4/6، مذكور سابقاً.

⁶ Cass. 2^e civ., 15 févr. 2007, n° 05-20.865 : D 2007, p. 1635, note D. Noguéro.

⁷ ينتقد جانب من الفقه توجه محكمة النقض الفرنسية التي تستبعد سوء النية عندما لا يوجه سؤال محدد للمؤمن له، لأنه يفرغ مفهوم الكتمان التدليسي من مضمونه:

J. Kullmann, Traité de droit des assurances, sous dir. J. Bigot, Le contrat d'assurances, LGDJ 2002, t. 3, p. 748.

سادسا، أن القاضي الفرنسي يأخذ بالاعتبار عن تقدير سوء النية، بالظروف الشخصية للمؤمن له، خصوصا قدراته العقلية وخبراته السابقة ومؤهلاته العلمية، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد، بأنه لا يمكن اعتبار المؤمن له الذي لم يجب على بعض الأسئلة، سيء النية إذا تبين أن قدراته العقلية محدودة ولا تسمح له بفهم هذه الأسئلة خصوصا الفنية والمعقدة منها¹. في المقابل، قضت ذات المحكمة بأن الشخص المتمرس في بيع العقارات، لا يستطيع التذرع بعدم قدرته على فهم الأسئلة التي يطرحها عليه المؤمن، بحكم خبرته ومستواه التعليمي².

سابعا، أن القاضي يأخذ بالاعتبار الحالة التي يتم فيها إبرام عقد التأمين، ليس استنادا إلى إفصاحات المؤمن له من خلال الإجابة على نموذج الأسئلة، إنما استنادا إلى التحريات التي أجراها وكلاء التأمين عن الخطر، فإن المؤمن لا يستطيع التمسك بعد ذلك، بعدم صحة الإفصاح³ من قبل المؤمن له⁴، والتذرع بأنه لم يكن باستطاعته تحديد الظروف ذات التأثير على تقديره للخطر⁵.

ثامنا، إذا لم يتم وكيل التأمين بالتحقق من مدى توافق المعلومات التي أفصح عنها المؤمن له في الإفصاح الابتدائي، مع البيانات المدونة في رخصة المركبة، فلا يستطيع المؤمن التمسك ببطلان العقد على أساس عدم صحة المعلومات المفصح عنها⁶، لأن المؤمن في هذه الحالة هو الأولي بتحمل نتائج هذا الإهمال.

تاسعا، أنه يجوز إثبات سوء نية المؤمن له بكافة وسائل الإثبات⁷، وإذا عجز المؤمن عن إثبات سوء نية المؤمن له، فيمكن الحكم عليه بالتعويض استنادا لأحكام المسؤولية المدنية⁸.

¹ Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 1993, n° 91-17.112 : RGAT 1994, p. 111, note J. Kullmann ; Cass. 1^{re} civ., 23 oct. 1974, n° 73-12.875 : Bull. civ. I, n° 275 ; RGAT 1975, p. 366 ; Crim. 9 dec. 1992, n° 90-83.149 : RGAT 1993, p. 282.

² Cass. 1^{re} civ., 28 avril 1986, RGAT 1986, p. 193, note F. Chapuisat.

³ نقض مدني فلسطيني، رقم 2013/900، بتاريخ 2015/3/15، مذكور سابقا.

⁴ جلال محمد ابراهيم، مرجع سابق، ص 176.

⁵ Cass. 2^e civ., 13 mai 2004, n° 02-20.765 ; Cass. 2^e civ., 8 juill. 2010, n° 09-67.899 ; Cass. 2^e civ., 4 févr. 2010, n° 09-11.464.

راجع فقها: غازي أبو عربي، مرجع سابق، ص 311؛ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 485-486؛ فايز عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 137؛ محمود محمد الكيلاني، مرجع سابق، ص 166؛ ايمان بغداداي، مرجع سابق، ص 33.

⁶ Crim. 18 sept. 2007, n° 06-84.807.

⁷ جلال محمد ابراهيم، مرجع سابق، ص 205؛ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 624.

⁸ Cass. 1^{re} civ., 30 avr. 1985, RGAT 1985, p. 364, note J. Bigot.

عاشرا، أن توقيع المؤمن له على بوليصة التأمين أو قسيمة الاشتراك، وأخذ نسخة من الأحكام العامة وشروط وآليات عمل عقد التأمين على الحياة، تجعله عالما بكل ذلك، وبالتالي تكون حجة في مواجهته¹.

ثانيا: الحكم بالفسخ وآثاره

إذا استطاع المؤمن إقامة الدليل على سوء نية المؤمن له، من خلال إثبات أن المؤمن له قام بكتمان معلومات جوهرية أو قدم معلومات غير صحيحة بشكل متعمد وكان لذلك تأثير على تقدير المؤمن للخطر، فيمكن على هذا الأساس الحكم بفسخ العقد² في القانون الفلسطيني³، والحكم بالبطلان⁴ في القانون الفرنسي⁵.

ويمكن إيراد الملاحظات التالية على تنظيم الفسخ في القانون الفلسطيني بسبب انتهاك المؤمن له للالتزامه بالإفصاح بسوء نية:

أولا، أن الفسخ في القانون الفلسطيني لا يقع بقوة القانون، إنما يجب على المؤمن تقديم طلب بذلك للمحكمة⁶، وهو ما تشير إليه صراحة الفقرة الأولى من المادة (16) بنصها على أنه: "... كان للمؤمن أن يطلب فسخ العقد، ويجوز له أن يطالب بالأقساط المستحقة قبل هذا الطلب". ويكون للمحكمة السلطة التقديرية في تقرير الفسخ من عدمه وفق لما تراه مناسبا تبعا لظروف القضية⁷.

¹ Cass. 2^e civ., 29 janv. 2017, n° 16-22.422.

² موسى الصياد وآخرون، مرجع سابق، ص127؛ بهاء الدين خويرة، مرجع سابق، ص62-63.
³ ومن باب أولى، إذا فوض المؤمن له شركة التأمين بالبحث والتحري عن المعلومات الطبية التي تهمها، راجع: محكمة استئناف القدس رقم 2009/151، بتاريخ 2012/2/20، مذكور سابقا؛ وفي نفس المعنى: نقض مدني فلسطيني رقم 2014/840، بتاريخ 2015/4/6، مذكور سابقا؛ استئناف القدس (حقوق) رقم 2009/151، بتاريخ 2013/6/26، مذكور سابقا؛ استئناف رام الله (حقوق) رقم 2009/437، بتاريخ 2010/10/7، مذكور سابقا.

⁴ وقد كان ذلك مسلك القضاء الفلسطيني في أحكامه قبل صدور قانون التأمين رقم 20 لسنة 2005 النافذ حاليا، راجع مثلا: نقض مدني فلسطيني، رقم 2008/168، بتاريخ 2008/9/2، مذكور سابقا.

⁵ راجع كذلك: مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص146، 180؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص1189-1190، ف627؛ عصمت عبد المجيد بكر/ مرجع سابق، ص278.

⁶ في هذا الاتجاه، موسى الصياد وآخرون، مرجع سابق، ص127.

⁷ راجع مثلا: نقض مدني فلسطيني رقم 2019/176، بتاريخ 2021/4/6، مذكور سابقا؛ المحكمة العليا بصفتها محكمة نقض رقم 2018//765، بتاريخ 2021/10/4، مذكور سابقا؛ نقض مدني فلسطيني رقم 2017/832، بتاريخ 2021/1/20، مذكور سابقا؛ استئناف رام الله (حقوق) رقم 2013/814، بتاريخ 2018/3/19، مذكور سابقا.

ثانياً، لم يفرق القانون الفلسطيني في تنظيمه للفسخ بين انتهاك المؤمن له لالتزامه بالإفصاح ابتداءً عند إبرام العقد، وبين انتهاك التزامه المستمر بالإفصاح خلال سريان العقد¹. وقد كان حرياً بالمشرع الفلسطيني أن يأخذ بهذا التفريق لإيقاع جزاء الفسخ، لأن جزاء الفسخ إذا كان راجعاً إلى انتهاك المؤمن له لالتزامه الابتدائي بالإفصاح بسوء نية، فإن الفسخ يجب أن يسري بأثر رجعي مستنداً إلى لحظة إبرام العقد، وهذا يضمن للمؤمن حقه بالمطالبة بجميع التعويضات التي دفعها للمؤمن له وللغير على أساس عقد التأمين²، مع حقه كذلك في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته جراء ذلك. أما إذا كان جزاء الفسخ قد جاء نتيجة انتهاك المؤمن له لالتزامه بالإفصاح المستمر خلال سريان العقد، فإن الفسخ يجب أن يسري بالنسبة للمستقبل من لحظة الانتهاك وليس بالرجوع إلى لحظة إبرام العقد، وهو ما يسير عليه الفقه الفرنسي في هذا الإطار³.

ثالثاً، يجوز للمؤمن بموجب القانون الفلسطيني أن يطالب بالأقساط المستحقة قبل تقديم طلب الفسخ⁴، ونحن نرى أنه كان الأحرى بالمشرع الفلسطيني من جهة أن يسمح للمؤمن المطالبة بأقساط التأمين المستحقة حتى تاريخ الحكم بالفسخ وليس قبل تقديم طلب الفسخ⁵، لأن التزام المؤمن بالضمان يبقى قائماً إلى تاريخ صدور الحكم⁶، وليس إلى تاريخ تقديم طلب الفسخ، وطالما أن المؤمن يبقى من الناحية

¹ وينطبق ذلك على جانب من الفقه أنظر مثلاً: رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 481؛ فايز عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 134.

² ويشمل ذلك أيضاً حقه بالمطالبة بالأقساط المستحقة قبل طلب الفسخ. حلمي فارس الكخن، مرجع سابق، ص 63؛ محمود محمد الكيلاني، مرجع سابق، ص 167. ومن الناحية القضائية: حرمت محكمة النقض الفلسطينية المؤمن له من الحصول على التعويض عن الأضرار المادية جراء وقوع الخطر المؤمن من لعدم قيامه بإعلام المؤمن بتغيير استخدام المركبة خلال فترة سريان العقد. راجع حكم المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها محكمة نقض رقم 2018/765، بتاريخ 2021/10/4، مذكور سابق.

³ Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, Droit des assurances, Précis Dalloz, 12^e éd. 2005, n° 333.

⁴ ريم صوافطة، مرجع سابق، ص 79؛ بهاء الدين خويرة، مرجع سابق، ص 62-63؛ موسى الصياد وآخرون، مرجع سابق، ص 127.

⁵ علماً بأن الفقه القانوني لا يميز عند المطالبة بالأقساط المستحقة في حال الفسخ لإخلال المؤمن له بالتزامه بالإفصاح عن الزيادة في الخطر بسوء نية بين تاريخ تقديم طلب الفسخ وبين تاريخ الحكم بالفسخ. راجع مثلاً: غازي أبو عربي، مرجع سابق، ص 311.

⁶ عكس ذلك، حيث يذهب البعض إلى أن التعويض يكون من تاريخ تقديم طلب الفسخ وليس من تاريخ الحكم بالفسخ. راجع: عبد الخالق حسن أحمد، مرجع سابق، ص 113.

القانونية متحملاً لعبء الضمان فإنه يستحق قيمة الأقساط المقابلة لمدة الضمان¹. ومن جهة أخرى فإن التفسير بمفهوم المخالفة للفقرة الأولى من المادة (16) من قانون التأمين الفلسطيني، تلزم المؤمن برد قيمة الأقساط اللاحقة على تاريخ تقديم طلب الفسخ، في حين أن العدالة تقتضي الحكم للمؤمن بجميع الأقساط حتى نهاية مدة العقد وليس فقط حتى تاريخ تقديم طلب الفسخ، وذلك كتعويض للمؤمن عن الأضرار التي أصابته من جراء انتهاك المؤمن له لالتزامه بالإفصاح بسوء نية، وهو ما أخذ به القانون الفرنسي حيث أجاز للمؤمن الاحتفاظ بكامل الأقساط باعتبارها تعويضاً له عند الحكم ببطان العقد². ويكون احتفاظ المؤمن بالأقساط اللاحقة على طلب الفسخ، هو خروج على القواعد العامة (جزء خاص) التي تجعل الفسخ يسري بالنسبة للمستقبل في العقود الزمنية والتي منها عقد التأمين³، وهو ذات الاتجاه الذي تسير فيه محكمة النقض المصرية⁴.

¹ بل أن جانباً من الفقه يرى بأن من حق المؤمن في هذه الحالة أن يقوم برفع دعوى الفسخ أمام القضاء، وأن يطلب الحكم له بحقه في الأقساط التي دفعها المؤمن له السابقة على التعاقد. راجع: محمود محمد الكيلاني، مرجع سابق، ص167.

² ولكن استثناء على الأثر الرجعي للبطان، فإن الفقرة 2 من المادة 8-113.L تنص على جزاء خاص وهو أن المؤمن يستطيع الاحتفاظ بالأقساط التي أخذها، بل والمطالبة بالإقساط المتبقية إذا لم تكن قد دفعت. ولكن صعوبة ظهرت في القانون الفرنسي متعلقة بعدم الإفصاح عن الزيادة في الخطر. حول خصوصية البطان في هذه الحالة، أنظر:

B. Beignier et S. Ben Hadj Yahia, précité, n° 249, p. 257 et s.

تنص المادة (8-113.L) من قانون التأمين الفرنسي على أنه: "استقلالاً عن أسباب البطان العادية... يكون عقد التأمين باطلاً في حالة الكتمان أو الإفصاح غير الصحيح المتعمد من قبل المؤمن له، عندما يؤدي هذا الكتمان أو الإفصاح غير الصحيح إلى تغيير موضوع الخطر أو يقلل من تقدير المؤمن للخطر، حتى لو كان الخطر الذي تم إغفاله أو تغييره لم يكن له تأثير على وقوع الحادث.

يحتفظ المؤمن بالأقسام المدفوعة، كما يحق له المطالبة بقيمة الأقساط المتبقية التي لم تدفع بعد على سبيل التعويض (الضرر اللاحق والكسب الفائت)".

³ تنص الفقرة الثانية من المادة (8-113.L) من قانون التأمين الفرنسي على أنه: "يحتفظ المؤمن بالأقسام المدفوعة، كما يحق له المطالبة بقيمة الأقساط المتبقية التي لم تدفع بعد على سبيل التعويض (الضرر اللاحق والكسب الفائت)".

⁴ تقول محكمة النقض المصرية في هذا الصدد: "إنه وإن كانت القواعد العامة في نظرية العقد والمبادئ المسلم بها في عقد التأمين أنه إذا تعمد المؤمن له كتمان أمراً أو قدم بيانات كاذبه وكان من شأن ذلك أن يتغير به موضوع الخطر المؤمن منه أو يقلل من شأنه على نحو ما كان يقبل معه المؤمن التأمين عنه لو عرف حقيقته فإنه يؤدي إلى بطان

رابعاً، لم يحدد قانون التأمين الفلسطيني أثر فسخ عقد التأمين على التعويضات التي دفعها المؤمن سابقاً على الحكم بالفسخ¹. وبناءً عليه، وتطبيقاً للقواعد العامة، فإن عقد التأمين هو عقد زمني، وبالتالي فإن أثر الفسخ يسري بالنسبة للمستقبل، أي من تاريخ الحكم بالفسخ، مع بقاء التزام المؤمن بالضمان عن الفترة السابقة على الفسخ قائماً²، ويفهم ذلك حتى من خلال قراءة الفقرة الأولى من المادة (16) من قانون التأمين، التي تبين أن من حق المؤمن الاحتفاظ بالأقساط السابقة على طلب الفسخ، وبالتالي فإن هذه الأقساط هي مقابل تغطية المؤمن للخطر³. ونحن نعتقد أن هذا الحكم غير عادل بالنسبة للمؤمن، وهو ما تفاداه قانون التأمين الفرنسي الذي رتب البطلان بأثر رجعي على انتهاك المؤمن له لالتزامه بالإفصاح الابتدائي بسوء نية، وبناءً عليه، يلزم المؤمن له برد قيمة جميع التعويضات التي حصل عليها المؤمن له أو الغير (المستفيد أو ضحايا الحادث) استناداً لعقد التأمين⁴، ويشكل هذا

العقد إلا أن البطلان هنا بطلان خاص بعقد التأمين لا يسرى بشأنه أحكام البطلان في كل آثاره، وإنما وفقاً لما جرى عليه العرف التأميني فإن هذا البطلان وإن ترتب عليه زوال التزام المؤمن بضمان الخطر المؤمن منه منذ البداية فيعتبر كأن لم ينشأ أصلاً في ذمة المؤمن ويحق له استرداد مبلغ التأمين الذي أداه للمؤمن له قبل تقرير البطلان إلا أنه فيما يتعلق بالتزام الأخير بدفع أقساط التأمين فإن ما أداه منها يكون حقاً خالصاً للمؤمن ولا يردده ويلتزم بالرغم من بطلان العقد بدفع جميع الأقساط التي استحققت إلى يوم أن يتقرر البطلان ولم تؤدي وذلك باعتبارها تعويضاً للمؤمن عن البطلان الذي تسبب فيه المؤمن له بسوء نيته": نقض مدني مصري، الطعن رقم 15977 لسنة 76 جلسة 23/11/2008 س 59 ص 819 ق 143

¹ وهو ما كان يسير عليه القضاء الفلسطيني حتى قبل صدور قانون التأمين رقم 20 لسنة 2005 الناف، حيث جاء في أحد أحكامه "إن إخفاء المؤمن له عن الشركة المؤمنة ما يعاني منه... يجعل عقد التأمين باطلاً... تغدو معه الشركة الطاعنة في حل من التزاماته" نقض مدني فلسطيني رقم 2008/168، بتاريخ 2008/9/2، مذكور سابقاً، وفي حكم آخر قضت "المؤمن الحق في طلب إلغاء العقد طالما لم يقدم المؤمن له أية بيينة تؤكد إرسال كشف العمال، إذ كان على المؤمن له أن يتقيد بشروط العقد" نقض مدني فلسطيني رقم 2017/832، بتاريخ 2021/1/20، مذكور سابقاً؛ وفي حكم ثالث جاء فيه "إن إخفاء المؤمن له... معلومات هامة ودقيقة بالنسبة لوضعه الصحي عن الشركة المؤمنة... لوقوع التدليس لدى تنظيم بوليصة التأمين تكون شركة التأمين في حل من التزاماتها، يؤدي إلى إلغاء بوليصة التأمين" نقض مدني فلسطيني رقم 2014/840، بتاريخ 2015/4/6، مذكور سابقاً؛ وفي نفس الاتجاه: استئناف رام الله (حقوق) رقم 2009/437، بتاريخ 2010/10/7، مذكور سابقاً؛ استئناف رام الله (حقوق) رقم 2013/814، بتاريخ 2018/3/19، مذكور سابقاً.

² حلمي فارس الكخن، مرجع سابق، ص 19.

³ في هذا الاتجاه، إيمان بغدادي، مرجع سابق، ص 33.

⁴ تقول محكمة النقض المصرية: "حق المؤمن في الرجوع على المؤمن له لاسترداد ما يكون قد دفعه من تعويض إذا أخل الأخير بما يكون قد فرضه الأول - عليه من واجبات معقولة وقيود على استعمال السيارة وقيادتها وكذا إذا ثبت أن التأمين قد عقد بناء على إدلاء المؤمن له ببيانات كاذبة أو إخفاء وقائع جوهرية تؤثر في قبول المؤمن تغطية الخطر

بالتأكيد جزاء خطيرا للمؤمن له، ولكن الحصول على هذه المبالغ من التعويضات غالبا ما تثير صعوبات متعلقة بمدى القدرة المالية للمؤمن له على رد قيمة هذه التعويضات، وصعوبة أخرى متعلقة بالتقادم. أما بالنسبة للحكم ببطلان عقد التأمين على الحياة، فلا يكون له جزاء سوى الحكم بالبطلان، حيث يجب على المؤمن إعادة مبلغ معادل لقيمة الادخار، ولكن المؤمن يستحق قيمة الأقساط المدفوعة فقط وليس أكثر من ذلك¹.

خامسا، يسري أثر الفسخ في القانون الفلسطيني بسبب الإخلال بالالتزام بالإفصاح بسوء نية على الكافة، بحيث يحتج به في مواجهة المؤمن له وعلى جميع المستفيدين من عقد التأمين، وهو ما أخذ به القانون الفرنسي²، خصوصا في التأمين من المسؤولية في مواجهة ضحايا الحادث الناجم عن وقوع الخطر المؤمن منه³. ولكن المادة (R.421-5) من قانون التأمين الفرنسي، تلزم المؤمن الذي يريد التمسك بالبطلان على أساس الكتمان أو الإفصاح غير الصحيح المتعمد عن الخطر، بخصوص التأمين الإلزامي عن الأضرار، إخطار صندوق الضمان (يعادل صندوق تعويض مصابي حوادث الطرق في فلسطين) والضحايا وجميع المستفيدين من عقد التأمين. وبدون توجيه هذا الإخطار، فإن

أو على سعر التأمين أو شروطه أو استخدام السيارة في أغراض لا تبيحها الوثيقة...": نقض مدني مصري، الطعن رقم 21 لسنة 46 جلسة 1978/06/29 س 29 ع 1 ص 1612 ق 311؛ في نفس الاتجاه أيضا نقض مدني مصري، الطعن رقم 11 لسنة 55 جلسة 26/05/1988 س 39 ع 2 ص 988 ق 161.

¹ تنص الفقرة الثالثة من المادة L.113-8 على أن هذه المادة لا تطبق على التأمين على الحياة.

حول تطبيق هذه المادة، انظر: Kullmann J. (dir.), Lamy droit des assurances, éd. 2008, n° 320 ; Traité de droit des assurances, sous direction J. Bigot, Le contrat d'assurances, LGDJ 2002, t. 3, n°s 1010 et s. ; S. Corone et A. Boone, Souscription : la bonne ou la mauvaise foi de l'assuré, Argus 6 nov. 1998, 36. J. Bonnard, Droit et pratique des assurances, Encyclopédie Delmas pour le droit des affaires, 1^{re} ed. 1997, nos 481 et s. ; H. Groutel, Resp. civ. Et assur. 1990, chron. 21.

² Crim. 31 mai 1988, n° 87-84.010 : Bull. crim. 1988, n° 234 ; RGAT 1988, p. 804, note F. Chapuisat.

³ في هذا الاتجاه، رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص487؛ بهاء الدين خويبة، مرجع سابق، ص64.

القضاء الفرنسي يرفض تمسك المؤمن ببطلان العقد¹. بل أكثر من ذلك، فإنه لا يجوز تصحيح هذا الأمر بتوجيه إخطار لاحق على الحكم بالبطلان².

ثالثا: عقد التأمين الذي يغطي عدة مخاطر

إذا كان عقد التأمين يغطي عدة مخاطر في نفس الوقت، وحصل كتمان أو إفصاح غير صحيح متعمد من قبل المؤمن له، فهل يتم تقدير ذلك بالنظر إلى كل خطر على حدة، أم بالنظر إلى كافة المخاطر التي يغطيها العقد؟

في الإجابة على هذا السؤال، لم تعط المادة (16) من قانون التأمين الفلسطيني أي توضيح بهذا الخصوص، وبالتالي يترك الأمر لاجتهاد القضاء الفلسطيني للبت في هذه المسألة، وذلك بتبني أحد خيارين: الأول، إما اعتماد قاعدة عامة واحدة تطبق على جميع الحالات، تتمثل في اعتمادها إما التقدير المنفرد لكل خطر على حدة، أو التقدير المجمل لكامل المخاطر التي يغطيها العقد³. الثاني، هو الاعتماد على تقدير واقعي لكل حالة على حدة بالنظر إلى الوقائع الخاصة بكل قضية، لتقرر بعدها الأخذ بالتقدير المنفرد أو المجمل لكافة المخاطر التي يغطيها العقد.

ويمكن الاستعانة في هذا الخصوص باتجاه القضاء الفرنسي⁴، والذي يعتمد حاليا قاعدة عامة تقوم على فكرة تجزئة المخاطر، ومفادها أن تقدير الكتمان أو الإفصاح غير الصحيح المتعمد للمعلومات من قبل المؤمن له، يجب أن يكون تقديرا واقعيًا *in concreto* بالنظر إلى كل خطر على حدة واستقلالًا عن باقي المخاطر المشمولة بالعقد وعن الحادث أيضا⁵. وبالتالي يطبق البطلان فقط على

¹ Cass. 2^e civ., 7 févr. 2008, n° 07-10.206.

² Crim. 24 juin 2008, n° 07-86.521.

³ في هذا الاتجاه، فايز أحمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 126-127.

⁴ حول تطور موقف القضاء الفرنسي بشأن التأمين الذي يغطي عدة مخاطر، راجع:

B. Beignier et S. Ben Hadj Yahia, précité, n° 241 et s., p. 253 et s.

⁵ Cass. 1^{re} civ., 3 janv. 1996, n° 93-18.812 : Bull. civ. I, n° 4 ; Resp. civ. Et assur. 1996, n° 101, note H. Groutel ; JCP G 1996, p. 77, Rapp. P. Sargos ; Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2002, n° 00-12.419 : Bull. civ. I, n° 136, RGAT 2002, P. 687, note J. Kullmann ; Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2002, n° 99-12.044 : Bull. civ. I, n° 19 ; RGAT 2002, p. 355, note L. Fonlladosa ; Cass. 2^e civ., 21 déc. 2006, n° 05-20.752 : Resp. civ. Et assur. 2007, comm. 107 ; Cass. 2^e civ., 2 avril 2009, n° 08-12.942 : Resp. civ. Et assur. 2009, comm. 196.

الأخطار التي أثار الكتمان أو الإفصاح غير الصحيح المتعمد فيها على تقدير المؤمن للخطر، أما باقي الأخطار التي لم تتأثر بذلك، فتبقى صحيحة ومغطاة بموجب عقد التأمين¹. ففي إحدى القضايا، قضت محكمة النقض الفرنسية، بأن قيام الأب بتقديم إفصاح غير صحيح بشكل متعمد عن حقيقة أن ابنه هو السائق المعتاد للمركبة، يعتبر مخالفاً بالتزامه بالإفصاح، ولكن ذلك لا يؤثر على تحقق خطر احتراق المركبة، وبالتالي يبقى المؤمن مسؤولاً عن تغطية حادث احتراق المركبة، كونه لا يستطيع التمسك ببطلان العقد كاملاً على أساس هذا الإخلال بالتزامه بالإفصاح². خلاصة القول، أن البطلان يسري فقط على الخطر الذي يثبت بشأنه سوء نية المؤمن له وليس على العقد كاملاً بشرط أن تكون المخاطر قابلة للتجزئة، أما المخاطر الأخرى التي لم يثبت فيها سوء النية، فتبقى سارية ومنتجة لآثارها ولا تتأثر بالبطلان.

مع ذلك فإن قاعدة تجزئة المخاطر ليست مطلقة وإنما ترد عليها بعض الاستثناءات:

✓ الاستثناء الأول، أن الكتمان أو الإفصاح غير الصحيح المتعمد للمعلومات، يؤدي إلى بطلان العقد كاملاً إذا كان ينجم عنه عدم توازن عام للعقد حتى لو كان سبب الحادث يعود لخطر آخر غير الخطر الذي تم انتهاك الالتزام بالإفصاح بشأنه.

✓ الاستثناء الثاني، إذا كان لانتهاك الالتزام بالإفصاح تأثير على تقدير المؤمن للخطر وعلى قيمة أقساط التأمين، في هذه الحالة يتم الحكم ببطلان العقد كاملاً، وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بشأن سرقة مركبة، حيث تبين أن السائق المعتاد للمركبة هو شخص آخر غير الشخص المذكور في بوليصة التأمين³.

تنص المادة 8-113L أن جزء البطلان يطبق حتى لو كان الخطر الذي تم اغفاله أو تغييره ليس له تأثير على وقوع الحادث:

« ... alors même que le risque omis ou dénaturé a été sans influence sur le sinistre ».

¹ في هذا الاتجاه: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1183-1184، ف 625.

² Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1990, n° 87-12.386 : Bull. civ. I, n° 185 ; Resp. civ. Et assur. 1990, comm. 389, chron. 21 ; JCP G 1991, II, 21643, obs. J. Bigot.

³ Cass. 1^{re} civ., 8 nov. 1994, n° 92-11.517 : Bull. civ. I, n° 320 ; Resp. civ. Et assur. 1995, chron. 7, H. Groutel ; JCP G 1996, II, 22584, note p. Sargos.

✓ الاستثناء الثالث، إذا كانت التغطية التأمينية تشمل جميع الأخطار معا بشكل مجمل وغير قابلة للتجزئة، سواء لوجود اتفاق بين الأطراف يقضي بذلك، أو لأن أقساط التأمين كانت محددة بشكل مجمل ودون إمكانية تحديد القسط المقابل لكل خطر على انفراد¹، بحيث تكون المخاطر نفسها غير قابلة للتجزئة أو أن الأقساط غير قابلة للتجزئة.

¹ Lambert-Faivre Y. et Leveneur L., Droit des assurances, précité, n° 327.

الفرع الثاني: جزاء إخلال المؤمن له بالتزامه بالإفصاح بحسن نية

تتناول الفقرة الثانية من المادة (16) من قانون التأمين الفلسطيني الحالة العكسية التي يقوم فيها المؤمن له بالكتمان أو بتقديم إفصاح غير صحيح، ولكن دون أن يكون لديه غش أو سوء نية، حيث جاء فيها أنه: "2- إذا انتفى الغش أو سوء النية، وجب على المؤمن عند طلب الفسخ أن يرد للمؤمن له الأقساط التي دفعت أو يرد منها القدر الذي لم يتحمل في مقابله خطر ما".

إن تطبيق الجزاء المنصوص عليه في هذه الفقرة، يوجب توافر ثلاثة شروط مجتمعة وهي: أن يقوم المؤمن له بكتمان معلومات أو تقديم معلومات غير صحيحة، وأن يكون ذلك مؤثراً على تقدير المؤمن للخطر، وأن ينتفي الغش أو سوء النية لدى المؤمن له¹، مع الإشارة في هذا الصدد إلى أن مجرد عجز المؤمن عن إثبات سوء النية، يجعل حسن نية المؤمن له مفترض قانوناً². فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة معاً، فإن الفقرة السابقة، تجيز للمؤمن المطالبة بفسخ العقد مع التزامه برد الأقساط المدفوعة للمؤمن له بالقدر الذي لم يتحمل فيه المؤمن تغطية للخطر³.

ويلاحظ على تنظيم القانون الفلسطيني لهذا الجزاء ما يلي:

أولاً، أعطت الفقرة الثانية من المادة (16) سابقة الذكر، المؤمن حق طلب فسخ العقد، ويظهر هذا الجزاء وكأنه الخيار الوحيد الممنوح للمؤمن في حال انتهاك المؤمن له لالتزامه بالإفصاح بحسن نية⁴.

¹ بل إن محكمة النقض الفلسطينية ذهبت أبعد من ذلك حال الإخلال بحسن نية، فقد جاء في أحد أحكامها "لا يبرر لشركة التأمين أن تمتنع عن دفع التعويض إذا كان المؤمن له حسن النية في إخلاله بالتزامه، ولم يترتب على هذا الإخلال ضرر للمؤمن" نقض مدني فلسطيني رقم 2004/81، بتاريخ 2004/4/28، منشور على موقع المقتفي.

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص1191، ف628.

³ في هذا الاتجاه: جلال إبراهيم، مرجع سابق، صص207؛ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص495؛ فايز عبد الرحمن، مرجع سابق، صص141-142؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، صص1192، ف629؛ محمود محمد الكيلاني، مرجع سابق، صص167-168؛ حلمي الكخن، مرجع سابق، صص63؛ موسى الصياد وآخرون، مرجع سابق، صص127؛ ريم صوافطة، مرجع سابق، صص78؛ ومن الأحكام القضائية التي تسير في هذا الاتجاه: نقض مدني فلسطيني رقم 2016/1548، بتاريخ 2021/1/20، مذكور سابقاً.

⁴ على سبيل المقارنة، لم ترتب المادة 9-113.L من قانون التأمين الفرنسي البطان على انتهاك المؤمن له لالتزامه بالإفصاح طالما كان حسن النية، فهي تنص على أن: "الكتمان أو تقديم معلومات غير صحيحة من قبل المؤمن له والتي لا يثبت فيها سوء النية لا تؤدي إلى بطلان العقد".

والمواقع أن النص نفسه يعطي المؤمن خيار آخر ضمني، وهو حقه في الإبقاء على العقد¹، عن طريق عدم تمسكه بفسخ العقد². فإبقاء المؤمن على العقد، لا يثير صعوبة عندما لا يطالب بزيادة الأقساط نتيجة انتهاك المؤمن له لالتزامه بالإفصاح، ولكن يصبح الأمر مختلفا إذا طالب المؤمن بزيادة الأقساط. ثانيا، أن الفقرة الثانية من المادة (16) من قانون التأمين الفلسطيني، تضع جزاء واحدا وهو حق المؤمن في المطالبة بفسخ العقد، دون تمييز بين انتهاك المؤمن له لالتزامه بالإفصاح قبل وقوع الحادث أو بعد وقوعه³، وذلك على خلاف المادة (L.113-9) من قانون التأمين الفرنسي والتي ميزت في الجزاء بحسب التي اللحظة التي يظهر فيها انتهاك المؤمن له لالتزامه بالإفصاح، فيما إذا تم اكتشاف ذلك قبل وقوع الحادث المؤمن منه، أو بعد وقوعه⁴، فقد جاء فيها أنه: *إذا تم التحقق من وجوده (انتهاك الالتزام بالإفصاح) قبل وقوع الحادث، يحق للمؤمن الإبقاء على العقد مع زيادة في الأقساط يقبلها المؤمن له، أو فسخ العقد بعد عشرة أيام من تاريخ توجيه إشعار للمؤمن له بذلك برسالة مسجلة، مع التزامه برد قيمة الأقساط المدفوعة عن الفترة التي لم يعد يسري عليها عقد التأمين. في حالة التحقق من وجوده بعد وقوع الحادث، يتم تخفيض التعويض بالتناسب مع قيمة الأقساط المدفوعة مقارنة بالأقساط التي كان يتوجب دفعها، لو كان قد تم الإفصاح عن المخاطر على نحو كامل وصحيح.*

وبناء على النص الفرنسي السابق، إذا تم اكتشاف الإخلال بالالتزام بالإفصاح قبل وقوع الحادث، فإن المؤمن يملك في هذه الحالة خيارا يتمثل: إما في الإبقاء على العقد مع حقه في المطالبة بزيادة الأقساط، وإما المطالبة بفسخ العقد. وفي حال الإبقاء على العقد مع المطالبة بزيادة الأقساط، يشترط أن يقبل المؤمن له هذه الزيادة⁵، ويوجب القانون الفرنسي على المؤمن في هذه الحالة أن يوجه عرضا بذلك إلى المؤمن له، وأن يحدد المؤمن بنفسه المدة الواجب على المؤمن له أن يرد خلالها كون القانون لم

¹ في هذا الاتجاه: جلال ابراهيم، مرجع سابق، ص 2017؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1192، ف 629؛ ريم صوافطة، مرجع سابق، ص 78.

² في هذا الاتجاه، محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 625.

³ ومن الأحكام القضائية التي تسير في هذا الاتجاه: نقض مدني فلسطيني رقم 2004/81، بتاريخ 2004/4/28، مذکور سابقاً؛ نقض مدني فلسطيني رقم 2016/1548، بتاريخ 2021/1/20، مذکور سابقاً.

⁴ لاحظ التمييز بين الحالتين: محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 625-626؛ عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 279، جلال ابراهيم، مرجع سابق، ص 207-208.

⁵ يتفق مع هذا الاتجاه: غازي أبو عربي، مرجع سابق، ص 312؛ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 495-496؛ فايز عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 141-142؛ إيمان بغداددي، مرجع سابق، ص 34.

يحدد مدة معينة لذلك¹. وإذا رفض المؤمن له هذه الزيادة في الأقساط، يجوز للمؤمن طلب التعويض إذا كان له مقتضى أو فسخ العقد بعد 10 أيام من توجيه اخطار بذلك للمؤمن له برسالة مسجلة، وفي هذه الحالة الأخيرة، يجب على المؤمن أن يرد للمؤمن له قيمة أقساط التأمين التي لم يتحمل فيها خطرا. أما في حال اكتشاف الإخلال بالالتزام بالإفصاح بعد وقوع الحادث، فيتم "تخفيض التعويض بالتناسب مع قيمة الأقساط المدفوعة مقارنة بقيمة الأقساط التي كان من المفروض دفعها، لو كانت المخاطر قد تم الإفصاح عنها بشكل كامل وصحيح"². وتطبيقا لقاعدة التناسب مع القسط هذه، يتم دفع قيمة تعويض تتناسب مع قيمة الأقساط المدفوعة³، أما الزيادة في الخطر التي لم يقابلها أية أقساط، فلا يغطيها المؤمن إنما يتحملها المؤمن له⁴. وفي جميع الأحوال، ورغم عدم النص صراحة في القانون الفرنسي، يستطيع المؤمن فسخ العقد بعد الحادث.

ويتم حساب قيمة التأمين التي يتحملها المؤمن استنادا إلى قاعدة التناسب مع القسط بناء على المعادلة التالية:

<p>التعويض الذي يتحمله المؤمن = التعويض العادي كاملا × القسط المدفوع للمؤمن الأقساط التي كان من المفروض دفعها</p> <p>مثال: لو كانت قيمة التعويض 3000، وقيمة القسط المدفوع 150، ومقدار القسط الواجب دفعه 200 * فيكون الحل كالآتي:</p>
--

¹ H. Groutel, F. Leduc et Ph. Pierre, Traite du contrat d'assurance terrestre, précité, n° 788.

² Cass. 1^{re} civ., 24 juin 2003, n° 98-13.334.

³ يتفق مع هذا الاتجاه: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1193، ف 630؛ عبد الخالق حسن أحمد، مرجع سابق، ص 118-119؛ محمود محمد الكيلاني، مرجع سابق، 167؛ فايز عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 142-143؛ غازي أبو عربي، مرجع سابق، ص 313؛ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 296-298؛ عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 282؛ جلال إبراهيم، مرجع سابق، ص 208، ايمان بغدادي، مرجع سابق، ص 34-35.

⁴ Voir, H. Groutel, L'office du juge à l'égard de la réduction proportionnelle de l'article L.113-9 du code des assurances ; Resp. civ. Et assur. 1993, chron. 36 ; B. Beignier et S. Ben Hadj Yahia, précité, n° 254 et s., p. 261 et s.

$$2250 = 150 \times 3000$$

200

* وبالتالي يعرض المؤمن مقدار 2250، ويتحمل المؤمن له مقدار 750

إن قاعدة التعويض بالتناسب مع القسط هي قاعدة تعمل على إعادة التوازن إلى عقد التأمين بأثر رجعي.

وتوجد عدة محددات لقاعدة التعويض بالتناسب مع القسط أهمها:

أولاً، تطبق قاعدة التعويض بالتناسب مع القسط في جميع الأحوال، حتى لو كان الإخلال بالالتزام بالإفصاح يتعلق بمعلومات لم يكن لها أي دخل أو تأثير على وقوع الحادث المؤمن منه.

ثانياً، تسري قاعدة التعويض بالتناسب مع القسط في مواجهة ليس فقط المؤمن له أو المستفيد من العقد¹، إنما أيضاً الضحايا في التأمين من المسؤولية²، إلا إذا وجد نص قانوني أو شرط في العقد يقضي بخلاف ذلك. ولا يستثنى من تطبيق قاعدة التعويض بالتناسب مع القسط سوى تأمين المركبات³، وذلك استناداً للمادة R.211-13 من قانون التأمين الفرنسي⁴، بموجب هذا النص، لا يجوز الاحتجاج بقاعدة التعويض بالتناسب مع القسط في مواجهة ضحايا حوادث الطرق، بحيث لا يجوز تخفيض التعويض للضحايا حتى لو لم يعترض الضحية على ذلك⁵. ولا يجوز الاحتجاج كذلك في مواجهة ضحايا حوادث الطرق بشروط الإعفاء واستبعاد المسؤولية للمؤمن. وبالتالي يجب على المؤمن تعويض ضحايا حوادث الطرق في جميع الأحوال، مع حقه في الرجوع على المؤمن له بقيمة التعويضات التي دفعها⁶ بالتناسب مع قيمة الأقساط التي دفعها المؤمن له.

¹ مثلاً المهندس الذي لم يفصح عن بعض الورش ولم يدفع أقساط تأمين بشأنها، تطبق بشأنها قاعدة التعويض بالتناسب مع الأقساط.

² Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1994, Bull. civ. I, n° 361.

³ في هذا الاتجاه، فايز عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 143.

⁴ C. assur. R.211-13. Cass. 3^e civ., 4 janv. 2009, 07-16.647 ; n° 07-16.723 ; n° 08-16.129 ; Cass. 2^e civ., 17 avr. 2008, n° 07-13.053 ; Resp. civ. et assur. 2008, comm. 245 ; Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1994, n° 91-20.753 : Bull. civ. I, n° 361 ; Resp. civ. et assur. 1995, comm.. 67 et chron. 6, H. Groutel ; RGAT 1994, p. 1105, note J. Bigot.

⁵ Cass. 1^{re} civ., 29 oct. 2002, n° 00-21.907 ; RGDA 2003, p.50, note J. Landel.

⁶ Cass. 2^e civ., 8 févr. 2006, n° 05-16.031, Bull. civ. II, n° 40.

ثالثاً، يجب على المؤمن أن يبرر بأن قيمة التعويض التي دفعها قد تم تخفيضها بالتناسب مع قيمة الأقساط المدفوعة بالمقارنة مع الأقساط التي كان من الواجب دفعها لو تم الإفصاح عن الخطر بشكل كامل وصحيح¹. وإذا لم يستطع المؤمن تبرير مقدار التخفيض في التعويض بالتناسب مع القسط، يستطيع قاضي الموضوع استبعاد مقدار التخفيض الذي يعرضه المؤمن². ولا يجوز في جميع الأحوال، أن يقدر مقدار التخفيض في التعويض بالتناسب مع القسط جزافياً³.

رابعاً، لا يجوز للمؤمن القيام بتخفيض التعويض بالتناسب مع القسط عندما يكون الكتمان أو الإفصاح غير الصحيح معلوم لدى وكلاء أو وسطاء التأمين عند إبرام العقد⁴.

خامساً، تطبق قاعدة التعويض بالتناسب مع القسط على التأمين التعاوني من خلال الاشتراكات أو الاقتطاعات، فعندما يقوم المؤمن له بدفع اقتطاعات أو اشتراكات أقل مما يجب عليه، فيتم تخفيض التزام المؤمن بالتعويض بالتناسب بين قيمة الاشتراك الذي دفعه المؤمن له والاشتراك الذي كان يجب عليه دفعه.

سادساً، تطبق قاعدة التعويض بالتناسب مع القسط في تأمين الأموال، عندما تكون قيمة المال المفصح عنها أقل من القيمة الحقيقية لهذا المال يوم الحادث. في هذه الحالة، يتم تخفيض التعويض بالتناسب، أي تخفيض التعويض بالفرق بين القيمة المصرح عنها والقيمة الحقيقية للمال⁵.

سابعاً، تطبق قاعدة التعويض بالتناسب مع الأقساط، على عقود التأمين التي تغطي مجموعة مخاطر⁶.

الفرع الثالث: جزاء الإخلال بالإفصاح المتأخر

¹ Cass. 1^{re} civ., 6 juin 2000, n° 97-19.241, Bull. civ. I, n° 17 ; RGDA 2000, p. 806, note A. Favre-Rochex.

² CA Toulouse, 2^e ch. sect. 1, 6 sept. 2007, Juris-Data n° 2007-356153.

³ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 1998, n° 96-21052 ; Resp. civ. et assur. 1999, comm.. 56 ; RGDA 1999, p. 299, note J. Kullmann.

⁴ Cass. 1^{re} civ., 23 nov. 1999, n° 97-15.319, Bull. civ. I, n° 3012.

⁵ حلمي الكخن، مرجع سابق، ص 104-105؛ محمود محمد الكيلاني، مرجع سابق، ص 167.

⁶ Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 1997, n° 95-17.069, Bull. civ. I, n° 229 ; RGAT 1997, p. 1012, note L. Mayaux.

لم يتناول قانون التأمين الفلسطيني مسألة الإفصاح المتأخر عن الزيادة في الخطر، وذلك على خلاف قانون التأمين الفرنسي الذي تناول ذلك في الفقرة 9 من المادة 2-113.L حيث جاء فيها: "عندما يتم النص بموجب شرط في العقد، فإن السقوط بسبب الإفصاح المتأخر عن المدد المحددة... فلا يحتج به في مواجهة المؤمن له إلا إذا أثبت المؤمن أن هذا التأخير في الإفصاح قد سبب له ضرراً". وبالتالي يشترط لسقوط حق المؤمن له بالضمان بموجب هذه الفقرة، توافر شرطين معاً: الأول أن يكون السقوط منصوص عليه في العقد، والثاني أن يكون هذا التأخير في الإفصاح قد سبب ضرراً للمؤمن وأن يثبت ذلك. وينتقد الفقه الفرنسي هذا النص بشدة لسببين: الأول، أنه يربط السقوط بإصابة المؤمن بضرر نتيجة التأخر في الإفصاح¹، والثاني أنه يعامل المؤمن له حسن النية الذي قام بالإفصاح بشكل متأخر، بصورة أسمى من معاملة المؤمن له حسن النية الذي لم يقم بأي إفصاح، وذلك على خلاف المنطق والعدالة².

¹ أنظر حول هذا الموضوع:

Lambert-Faivre Y. et Leveneur L., Droit des assurances, précité, n°339 et 340 ; H. Groutel, F. Leduc et Ph. Pierre, Traite du contrat d'assurance terrestre, précité, n° 789 à 791.

² أنظر حول هذه النقطة

M. Chagny et L. Perdrix, Droit des assurances, précité, n° 256, p. 149-150.

الخاتمة

يتبين لنا في ختام هذا البحث، أن التنظيم القانوني الفلسطيني لالتزام المؤمن له بالإفصاح عن الخطر للمؤمن، سواء في الإفصاح الابتدائي عند إبرام العقد، أو في الإفصاح المستمر خلال سريان عقد التأمين، قد اشتمل على عدد كبير من الثغرات القانونية التي تحتاج الى معالجة، وذلك بالمقارنة مع قانون التأمين الفرنسي الذي تغادى معظم هذه الثغرات القانونية الهامة. وتطور معظم هذه الثغرات حول طبيعة المعلومات الواجب على المؤمن له الإفصاح عنها للمؤمن، والكيفية التي يجب أن يتم بها، ووقت ذلك، والآثار القانونية المترتبة خصوصاً على إخلال المؤمن له بالتزامه بالإفصاح.

وقد توصلنا في نهاية هذا البحث إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً: النتائج

1- بالنسبة لنظام الإفصاح الابتدائي، فقد تبين لنا أن نظام الإفصاح الحر أو الطليق غير ملائم وغير عادل، لما فيه من اجحاف بحق المؤمن له والذي قد يهمل تقديم بعض المعلومات الهامة للمؤمن ليس عن سوء نية إنما لجهلة بطبيعة هذه المعلومات وبمقدار أهميتها بالنسبة للمؤمن، إضافة إلى أن المؤمن لهم ليسوا جميعاً على نفس الدرجة من الخبرة والاختصاص والتأهيل الفني والقانوني، لمعرفة المعلومات الواجب عليهم الإفصاح عنها للمؤمن. بناء عليه، فقد توصلنا إلى أن نظام الإفصاح المقيد الذي يلزم المؤمن له بالإجابة على نموذج أسئلة معد مسبقاً من قبل المؤمن، يعد أكثر عدالة وأكثر تحديداً من نظام الإفصاح الحر أو المطلق، وهو النظام الذي اعتمده المشرع الفلسطيني على نحو غير واضح، وذلك خلافاً لموقف المشرع الفرنسي الذي اعتمد بشكل أساسي نظام الإفصاح المقيد على نموذج الأسئلة بشكل واضح ودقيق.

2- بالنسبة لطبيعة المعلومات الواجب على المؤمن له الإفصاح عنها ابتداءً، فهي حسب النص الفلسطيني المعلومات التي تقلل من أهمية الخطر المؤمن منه أو تؤدي إلى تغيير موضوعه، وقد توصلنا إلى أن المؤمن له يلزم فقط بتقديم المعلومات المؤثرة التي كان يعلمها وقت إبرام العقد، والمعلومات التي يطلب المؤمن معرفتها.

3- بالنسبة لالتزام المؤمن له بالإفصاح عن الزيادة في الخطر التي تطرأ خلال سريان عقد التأمين، فقد بين القانون الفلسطيني أنها الزيادة المؤثرة التي تؤدي إما إلى التقليل من أهمية الخطر المؤمن منه

أو تغيير موضوعه. غير أن القانون الفلسطيني قد أغفل كثير من المسائل الهامة المتعلقة بالزيادة في الخطر، منها المدة الواجب على المؤمن له الاعلان خلالها عن الزيادة في الخطر، والمدة الممنوحة للمؤمن للرد على هذه الزيادة في الخطر، والوضع القانوني لعقد التأمين خلال المدة الفاصلة بين افصاح المؤمن له عن هذه الزيادة في الخطر، وقرار المؤمن بشأنها، كما لم يشر القانون الفلسطيني إلى مسألة هامة وهي الزيادة في الخطر في عقود التأمين على الحياة، وذلك خلافا للمشرع الفرنسي الذي استثنى صراحة التأمين على الحياة من نظام الإفصاح المستمر عن الزيادة في الخطر، لأن مثل هذه الزيادة في الخطر متوقعة من المؤمن منذ لحظة ابرام العقد، والمتمثلة في التقدم بالسن والمرض واحتمال الوفاة.

4- بالنسبة للنتائج المترتبة على إخلال المؤمن له بالإفصاح عن الخطر، فقد وضع المشرع الفلسطيني جزءا واحدا وهو حق المؤمن في فسخ العقد دون تمييز بين نوعي الإفصاح الابتدائي عند ابرام العقد والإفصاح المستمر عن الزيادة في الخطر خلال سريان عقد التأمين، مع الاخذ بالحسبان حسن نية أو سوء نية المؤمن له عند اخلاله بالتزامه بالإفصاح.

5- بالنسبة لجزاء اخلال المؤمن له بواجبه بالإفصاح عن الخطر بسوء نية، فإنه يقع على المؤمن عبء اثبات سوء نية المؤمن له كون حسن النية مفترض قانونا حسب القواعد العامة. فاذا استطاع المؤمن اثبات سوء نية المؤمن له، فيحق له وفق القانون الفلسطيني طلب فسخ العقد مع احتفاظه بالأقساط المستحقة قبل تقديم هذا الطلب، ولم يحدد قانون التأمين الفلسطيني أثر فسخ العقد على التعويضات التي دفعها المؤمن سابقا على الحكم بالفسخ، مع ملاحظة أن عقد التأمين هو عقد زمني يفسخ بالنسبة للمستقبل ولا ينجر إلى الماضي. وقد كان أحرى بالمشرع الفلسطيني تقرير بطلان العقد في هذه الحالة بسبب سوء نية المؤمن له وليس الفسخ، في حين ان المشرع الفرنسي قد رتب بطلان عقد التأمين بأثر رجعي في هذه الحالة، مع حق المؤمن بالاحتفاظ بالأقساط المدفوعة كجزاء خاص على سوء نية المؤمن له، مع حق المؤمن بالمطالبة بالتعويضات السابقة التي دفعها المؤمن ضمانا للخطر. كما يلاحظ أن المشرع الفلسطيني لم يتطرق إلى حالة اخلال المؤمن له بالتزامه بالإفصاح بشأن عقود التأمين التي تغطي عدة مخاطر وذلك خلافا للقانون الفرنسي الذي نظم هذه المسألة.

6- بالنسبة لجزاء اخلال المؤمن له بواجبه بالإفصاح بحسن نية، فقد رتب القانون الفلسطيني جزءا واحدا دون تمييز بين افصاح ابتدائي وافصاح مستمر، يتمثل في حق المؤمن بطلب فسخ العقد مع رد الأقساط المدفوعة التي لم يتحمل في مقابلها أي ضمان للخطر. ويعتبر موقف المشرع الفلسطيني في هذا الإطار منتقدا بشدة، لأن المسألة لا تتعلق فقط برد الأقساط وحدها، إنما بوقوع الحادث المؤمن منه

وضمائه. وهي مسائل تقادها القانون الفرنسي، حيث فرق في الجزاء بين حالة اكتشاف اخلال المؤمن له بواجبه بالإفصاح قبل وقوع الحادث المؤمن منه، وهنا يجوز للمؤمن فسخ العقد مع التزامه برد قيمة الأقساط التي لم يتحمل مقابلها أي ضمان للخطر، وبين حالة اكتشاف اخلال المؤمن له بواجبه بالإفصاح بعد وقوع الحادث المؤمن منه، حيث يكون الجزاء تخفيض قيمة التعويض المستحق بالتناسب مع قيمة أقساط التأمين المدفوعة، وهذا الجزاء لا شك أنه أفضل من الجزاء الذي يفرضه القانون الفلسطيني، كونه يحقق التوازن بين مصلحة المؤمن والمؤمن له على حد سواء.

ثانياً: التوصيات

نتمنى على المشرع الفلسطيني إجراء تعديلات تشريعية هامة على نظام الإفصاح المتعمد في قانون التأمين، مع الأخذ بالاعتبار التوصيات التالية:

1- أن يأخذ بنظام الإفصاح المقيد المبني على نموذج الأسئلة المعد مسبقاً، كونه أكثر تحديداً وتحقيقاً للعدالة من نظام الإفصاح المقيد.

2- أن يحدد المدة الواجب على المؤمن له الإفصاح خلالها عن الزيادة في الخطر، والمدة الواجب على المؤمن بيان موقفه خلالها عن هذه الزيادة في الخطر، بل وأن يحدد أيضاً الوضع القانوني للعقد خلال المدة الفاصلة بين الإعلان عن الزيادة في الخطر وإعلان المؤمن موقفه منها بقبول أو رفض تغطيتها. 3- أن يستثني من مسألة الإفصاح عن الزيادة في الخطر، التأمين على الحياة، لأن مثل هذه الزيادة متوقعة ومعروفة سلفاً من طرفي عقد التأمين، سواء بسبب التقدم السن أو احتمالية الإصابة بمرض أو تقاعمه أو زيادة خطر الوفاة.

4- أن يضع جزاء مختلفاً ومستقلاً لنوعي الإفصاح عن الخطر: الابتدائي والمستمر.

5- أن يفرق في الجزاء بين الاخلال المستمر بالإفصاح عن الزيادة في الخطر قبل وقوع الحادث المؤمن منه وبعد وقوعه، بحيث يرتب جزاء البطلان في الحالة الأولى، ويأخذ بقاعدة التعويض بالتناسب في الحالة الثانية.

6- أن يرتب جزاء البطلان وليس الفسخ على انتهاك الالتزام بالإفصاح في عقد التأمين، وذلك تماشياً من جهة مع معظم القوانين كالقانون الفرنسي والقانون المصري، وانسجاماً من جهة أخرى مع النظرية العامة للعقود، واتجاهات الفقه والقضاء، على أساس أن الاخلال بالالتزام بالإفصاح في عقد التأمين يرد إلى نظرية عيوب الإرادة، لا سيما عيب التغير من خلال الغش والكذب والكتمان التديليسي للمعلومات.

المصادر والمراجع

أولاً: المراجع العربية

1. ايمان بغدادي: الالتزام بالإعلام في عقد التأمين، مجلة قراءات علمية في الأبحاث والدراسات القانونية والادارية، عدد2، 2021، "8-39"
2. بهاء الدين مسعود سعيد خويرة: الآثار المترتبة على عقد التأمين من المسؤولية المدنية، ط1، نابلس- فلسطين، الشامل للنشر والتوزيع، 2017م.
3. جلال محمد ابراهيم: التأمين "دراسة مقارنة" دار النهضة العربية، 2009.
4. حلمي فارس الكخن: الفارس في التأمين واحتساب تعويض مصابي حوادث الطرق، ط1، دون ناشر، 2018م.
5. رمضان ابو السعود: أصول التأمين، ط2، دار المطبوعات الجامعية، 2000.
6. ريم احسان الموسى صوافطة: الموجز في شرح أحكام عقد التأمين على ضوء قانون التأمين الفلسطيني رقم 20 لسنة 2005- دراسة نقدية تحليلية من الناحية النظرية والعملية، ط1، نابلس- فلسطين، الشامل للنشر والتوزيع، 2018م.
7. عبد الخالق حسن أحمد: عقد التأمين، ط2، أكاديمية شرطة دبي، 2008م.
8. عبد الرزاق أحـم السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج7، مجلد 2 "عقد التأمين، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2004م.
9. عبد الودود يحيى: عقد التأمين، دون ناشر، دون سنة نشر.
10. عصمت عبد المجيد بكر: الوجيز في العقود المدنية المسماة: التأمين، ط1، مكتبة زين الحقوقية، 2018م.
11. غازي خالد أبو عربي: أحكام التأمين وفق آخر التعديلات التشريعية "دراسة مقارنة"، ط2، دون ناشر، 2016م.
12. فايز أحمد عبد الرحمن: الخطر في التأمين البري "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، 2010م.
13. محمد حسام محمود لطفي: الأحكام العامة لعقد التأمين: دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، ط3، القاهرة، دون ناشر، 2001م.

14. محمد حسن قاسم: القانون المدني - العقود المسماة: البيع - التأمين (الضمان) - الأيجار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013
15. محمود محمد الكيلاني: عقد التأمين من الناحية القانونية، ط5، دون ناشر، 2022م.
16. مصطفى محمد الجمال: التأمين الخاص وفقا لأحكام القانون المدني المصري، ط2، دون ناشر، 2016.
17. موسى الصياد (وآخرون) شرح أحكام قانون التأمين الفلسطيني وتطبيقاته العملية، ط1، دون ناشر، 2015.
18. نزيه محمد الصادق المهدي: عقد التأمين، دون ناشر، 2004م.
19. نويري سعاد: الالتزام بالإفصاح وقت التعاقد في عقد التأمين: دراسة مقارنة، مجلة دراسات قانونية، عدد 13، 2011، "142-121".

ثانيا: المراجع الأجنبية

1. Abravanel-Jolly S., note sous Cass. ch. Mixte, 7 février 2014, n° 12-85.107, LEDA, mars 2014, p. 2.
2. Astegiano-La Rizza A., note sous Cass. ch. Mixte, 7 février 2014, n° 12-85.107, RLDA, déc. 2014, act. jurispr., p. 77.
3. Aubert J.-L., note sous Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 1987, RGAT 1987, p. 118.
4. Aubert J.-L., note sous Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2002, n° 00-12.419, Defrenois 30 déc. 2002, art. 37.644, p. 1627-1628.
5. Beignier B. et Ben Hadj Yahia S., Droit des Assurances, 3e éd. LGDJ, 2018, no 205 et s., p. 215 et s.
6. Beignier B., note sous Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2000, n° 97-18.737, D 2000, jurispr. p. 574.
7. Besson A., note sous Cass. 1^{re} civ., 14 juin 1978, n° 77-10.384, RGAT 1979, p. 175.
8. Besson A., note sous Cass. 1^{re} civ., 22 mai 1964, RGAT 1965, 49.
9. Bigot J., note sous Cass. 1^{re} civ., 30 avr. 1985, RGAT 1985, p. 364.

10. Bigot J., note sous Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1994, n° 91-20.753, GAT 1994, p. 1105.
11. Bigot J., obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1990, n° 87-12.386, JCP G 1991, II, 21643.
12. Bigot J., note sous Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1987, n° 85-16.194, RGAT 1987, p. 391.
13. Bonnard J., Droit et pratique des assurances, Encyclopédie Delmas pour le droit des affaires, 1^{re} éd. 1997.
14. Cayol A., obs. sous Cass. 2^e civ., 29 juin 2017, « Fausse déclaration intentionnelle du risque : appréciation souveraine des juges du fond », Dalloz actualité 20 juill. 2017.
15. Chagny M. et L. Perdrix, Droit des assurances, éd. LGDJ, Montchrestien, 2009.
16. Chapuisat F., note sous Cass. 1^{re} civ., 22 juill. 1986, RGAT 1986, p. 560.
17. Chapuisat F., note sous Cass. 1^{re} civ., 28 avril 1986, RGAT 1986, p. 193.
18. Chapuisat F., note sous Cass. crim. 31 mai 1988, n° 87-84.010, RGAT 1988, p. 804.
19. Chardin F., note sous Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 1995, n° 91-12.562, RGAT 1996, p. 80.
20. Commission des clauses abusives, Recomm. n° 85-04, 20 sept. 1985.
21. Corone S. et Boone A., Souscription : la bonne ou la mauvaise foi de l'assuré, Argus 6 nov. 1998, 36.

22. Favre-Rochex A., note sous Cass. 1^{re} civ., 6 juin 2000, n° 97-19.241, RGDA 2000, p. 806.
23. Favre-Rochex A., note, sous Cass. 1^{re} civ., 26 avr. 2000, n° 97-22.560, RGDA 2000, p. 816.
24. Fonlladosa L., note sous Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2002, n° 99-12.044, RGAT 2002, p. 355.
25. Groutel H. et Leduc F., Pierre Ph., Traité du contrat d'assurance terrestre, éd. Litec, 2008.
26. Groutel H., L'office du juge à l'égard de la réduction proportionnelle de l'article L.113-9 du code des assurances ; Resp.civ. et assur. 1993, chron. 36.
27. Groutel H., note sous Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2002, n° 00-12.419, Resp. civ. Et assur. 2002, comm. 275.
28. Groutel H., note sous Cass. 1^{re} civ., 3 janv. 1996, n° 93-18.812, Resp. civ. Et assur. 1996, n° 101.
29. Groutel H., obs. sous Cass. 1^{re} civ., 17 juill. 2001, no 98-22.386, Resp. civ. Et assur. 2001, comm. 344.
30. Groutel H., Resp. civ. Et assur. 1990, chron. 21.
31. Groutel H., note sous Cass. 1^{re} civ., 8 nov. 1994, n° 92-11.517, Resp. civ. Et assur. 1995, chron. 7.
32. Groutel H., sous Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1994, n° 91-20.753, Resp. civ. et assur. 1995, chron., p. 6.
33. Kullmann J. (dir.), Lamy droit des assurances, éd. 2008.
34. Kullmann J., note sous Cass. 1^{re} civ., 17 juill. 1990, n° 89-13.324, RGAT 1990, p. 880.
35. Kullmann J., note sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 1998, n° 96-21052, RGDA 1999, p. 299.

36. Kullmann J., note sous Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 1993, n° 91-17.112, RGAT 1994, p. 111.
37. Kullmann J., note sous Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2002, n° 00-12.419, RGAT 2002, P. 687.
38. Kullmann J., Traite de droit des assurances, sous dir. Bigot J., Le contrat d'assurances, LGDJ 2002, t. 3, p. 748.
39. Lambert-Faivre Y. et Leveneur L., Droit des assurances, 14 éd. Dalloz, 2017.
40. Lambert-Faivre Y. et Leveneur L., Droit des assurances, Précis Dalloz, 12^e éd. 2005.
41. Landel J., note sous Cass. 1^{re} civ., 29 oct. 2002, n° 00-21.907, RGDA 2003, p.50.
42. Landel J., note sous Cass. crim., 13 janv. 1993, n° 92.83.220, RGAT 1993, p. 582.
43. Mayaux L., note sous Cass. 1^{re} civ., 17 juill. 2001, n° 98-22.386, RGAT 2001, p. 954.
44. Mayaux L., note sous Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 1997, n° 95-17.069, RGAT 1997, p. 1012.
45. Mayaux L., note sous Cass. 2^e civ., 29 juin 2017, RGDA, 2017, 477.
46. Mestre J. et Fages B., note sous Cass. 1^{re} civ., 17 juill. 2001, n° 98-22.386, RTD civ. Janv.-mars 2002, n° 1, p. 93.
47. Noguéro D., note sous Cass. 2^e civ., 15 fevr. 2007, n° 05-20.865, D 2007, p. 1635.

48. Sargos P. note sous Cass. 1^{re} civ., 8 nov. 1994, n° 92-11.517, JCP G 1996, II, 22584.
49. Sargos P., rapp. sous Cass. 1^{re} civ., 3 janv. 1996, n° 93-18.812, JCP G 1996, p. 77.

إمكانية تطبيق اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولية للبضائع

أمام القضاء القطري

أ. د. أمين دواس

أستاذ القانون الخاص

كلية القانون - جامعة قطر

تاريخ القبول: 2023-02-14

تاريخ التسليم: 2022-12-06

Applicability of the Vienna Convention

on International Sale of Goods before the Qatari Judiciary

Amin Dawwas

Professor of Private Law –Qatar University

الملخص

تحدد المادة (1) من اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1980 بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (اتفاقية فيينا) نطاق تطبيق الاتفاقية الجغرافي في حالتين: الأولى، عندما يكون العقد بين طرفين توجد أماكن عملهما في دولتين مختلفتين، وتكون كل منهما دولة متعاقدة (في اتفاقية فيينا)، والثانية، عندما يكون العقد بين طرفين توجد أماكن عملهما في دولتين مختلفتين وتشير قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة (في الاتفاقية ذاتها).

وأخذا بالحسبان أن تطبيق اتفاقية فيينا في الحالة الأولى يتعلق أساسا بالدول المتعاقدة، ولأن دولة قطر (وخلافا لبعض الدول العربية، وهي: مصر، وسوريا، والعراق، ولبنان، والبحرين، وموريتانيا، وفلسطين) لم تنضم إلى هذه الاتفاقية بعد، يسعى هذا البحث إلى مناقشة إمكانية تطبيق اتفاقية فيينا من قبل القضاء القطري وفقا لشروط الحالة الثانية فقط.

ومن خلال تحليل النصوص القانونية ذات العلاقة في كل من اتفاقية فيينا والقانون القطري، يبين البحث مدى التزام المحاكم في دولة قطر بتطبيق اتفاقية فيينا على عقود البيع الدولي للبضائع، وذلك عندما تؤدي قاعدة تنازع القوانين (الواردة في المادة 1/27 من القانون المدني القطري) إلى تطبيق قانون دولة طرف في اتفاقية فيينا (سواء أكان هذا القانون هو القانون الذي اختاره الطرفان ليحكم العقد، أو قانون الموطن المشترك للطرفين، أو قانون محل إبرام العقد)، أو حتى بالاستناد إلى قواعد أخرى في القانون الدولي الخاص.

الكلمات المفتاحية: عقود بيع البضائع الدولية، قواعد الإسناد، قانون التجار، اتفاقية فيينا، القانون القطري

Abstract

Article (1) of the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna Convention) defines the geographical scope of application of the Convention in two cases. Firstly, when the contract parties have their places of business in different Contracting States. Second, when the parties' places of business are in different States and the rules of private international law refer to the application of the law of a Contracting State.

The application of the Vienna Convention in the first case mainly involves CISG-Contracting States. Since the State of Qatar (unlike some Arab countries, namely Egypt, Syria, Iraq, Lebanon, Bahrain, Mauritania and Palestine) has not yet acceded to this Convention, this research seeks to discuss the possibility of applying the Vienna Convention by the Qatari judiciary according to the conditions of the second case only.

The research analyses the relevant legal texts in the Vienna Convention and Qatari law. It shows the extent to which the courts in the State of Qatar are committed to the application of the Vienna Convention to contracts for the international sale of goods, when the conflict-of-laws rule (contained in Article 27/1 of the Qatari Civil Code) leads to the application of the law of a State party to the Vienna Convention. This would surely be the case if this law were the law chosen by the parties to govern the contract, the law of the common domicile of the parties, or the law of the place of conclusion of the contract. This could also be the case because of other rules of private international law.

Keywords: Contracts on international sale of goods, conflicts rules, *lex mercatoria*, CISG, Qatari law

المقدمة

وفقاً للمادة (1/1) من اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1980 بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (اتفاقية فيينا)، يتحدد نطاق تطبيق هذه الاتفاقية الجغرافية في حالتين: الأولى، عند توافر شروط حددتها اتفاقية فيينا ذاتها، والثانية، تعتمد على تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص من قبل المحكمة الوطنية (أو هيئة التحكيم) التي تنظر النزاع.

ويشترط لتطبيق اتفاقية فيينا، في كلا الحالتين، أن يكون عقد بيع البضائع محل الاهتمام عقداً دولياً. ووفقاً لهذه الاتفاقية يكون العقد دولياً عندما توجد أماكن عمل كل من البائع والمشتري في دولتين مختلفتين،¹ ما يعني - بمفهوم المخالفة - عدم تطبيق الاتفاقية على عقد بيع البضائع الذي تكون أماكن عمل أطرافه في دولة واحدة.²

تنص المادة (1/1) من اتفاقية فيينا على أنه: "تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة: (أ) عندما تكون هذه الدول دولاً متعاقدة؛ أو

¹ ويشترط أن يعلم الطرفان بوجود مكان عمل كل منهما في دولتين مختلفتين، أو على الأقل أن يكون ممكناً العلم بذلك من قبلهما، قبل انعقاد العقد أو في وقت انعقاده، وليس بعد ذلك. ويستوي أن يتحقق هذا العلم لدى كل من الطرفين من خلال العقد ذاته، أو من التعامل السابق بينهما الطرفين، أو من المعلومات التي تم تبادلها بينهما: يكفي في هذا المجال أن تتوفر عناصر موضوعية تشير إلى هذه الصفة الدولية في العقد - كأن يتعامل المتعاقد بلغة أجنبية، أو يتفق الطرفان على أن يتم تسليم البضائع في بلد آخر غير بلد البائع. انظر:

Rolf Herber, in: E. von Caemmerer / P. Schlechtriem (eds.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht - CISG - [Commentary on Uniform UN-Sales Law] [commentaries by Eberstein, Hager, Herber, Huber, Junge, Leser, Schlechtriem, Schwenger, Stoll, Stumpf], München: Beck, 2nd ed. (1995), p. 57.

² انظر:

Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods prepared by the Secretariat (UN DOC. A/CONF. 97/5) ("Secretariat Commentary"), Article 1, Comment No. 3, available Online at: <http://www.globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=644>. تاريخ الزيارة 2022/11/25

(ب) عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة.¹

ينحصر نطاق هذا البحث في بيان إمكانية تطبيق اتفاقية فيينا من قبل المحاكم الوطنية في دولة قطر، ما يعني عدم الإشارة إلى تطبيق الاتفاقية من قبل هيئات التحكيم إلا للضرورة. واستناداً إلى المادة (1/1) من اتفاقية فيينا، إذا لم تتوفر شروط تطبيق اتفاقية فيينا (المادة 1-1/أ)، يتعين على المحكمة الوطنية الرجوع إلى قاعدة الإسناد المحلية لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للبضائع. ولأن دولة قطر ليست دولة متعاقدة في اتفاقية فيينا بعد،¹ وبالتالي لا تثار إمكانية تطبيق هذه الاتفاقية فيها وفقاً لشروط الحالة الأولى (المادة 1-1/أ)، يسعى هذا البحث إلى مناقشة إمكانية تطبيق اتفاقية فيينا وفقاً لشروط الحالة الثانية، وذلك عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة (المادة 1-1/ب من اتفاقية فيينا).

تنص المادة (1/27) من القانون المدني القطري على أنه: "يسري على العقد من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ومن حيث الآثار التي تترتب عليه، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه".

تتجلى مشكلة البحث في إمكانية أن يطبق القضاء القطري اتفاقية فيينا، رغم عدم انضمام دولة قطر إلى هذه الاتفاقية بعد. يسعى البحث إلى الإجابة عن سؤال: هل تستطيع المحكمة القطرية تطبيق اتفاقية فيينا باعتبارها جزءاً من القانون في الدولة التي تعين تطبيق قانونها وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص القطرية؟ ولا يخفى على أحد أهمية البحث عن الإجابة الصحيحة لهذا السؤال؛ على اعتبار أن عدم تطبيق اتفاقية فيينا في حالات ينبغي فيها تطبيقها يؤدي إلى عوار الحكم الذي تصدره بغيب الخطأ في تطبيق القانون.

¹ وذلك خلافاً لبعض الدول العربية، وهي: مصر، وسوريا، والعراق، ولبنان، والبحرين، وموريتانيا، وفلسطين. انظر: تاريخ https://uncitral.un.org/ar/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status

الزيارة 2022/1/25

يبين البحث الأوضاع التي يمكن فيها للمحاكم في دولة قطر أن تطبق اتفاقية فيينا على عقود بيع البضائع الدولية استناداً إلى قواعد القانون الدولي الخاص الوطنية. ولتحقيق هذا المسعى، يتبنى البحث منهجاً وصفيًا تحليليًا من أجل عرض الأحكام القانونية الواردة في النصوص محل الاهتمام في اتفاقية فيينا والقانون القطري، وكذلك مناقشتها وتحليلها في ضوء تطبيقاتها القضائية سواء في دولة قطر أو في غيرها من الدول (العربية والأجنبية) التي تعاملت محاكمها مع المادة (1/1-ب) من اتفاقية فيينا. ولأن الأحكام القضائية بهذا الشأن قليلة في دولة قطر، يهتم البحث أكثر بما صدر من أحكام في الدول العربية (المنظمة لاتفاقية فيينا)، ولا سيما في جمهورية مصر العربية.

يتناول البحث تطبيق اتفاقية فيينا من قبل المحاكم القطرية سواء عندما تؤدي قاعدة الإسناد (الواردة في المادة 1/27 من القانون المدني القطري) إلى تطبيق قانون دولة طرف في اتفاقية فيينا على عقد بيع دولي للبضائع (باعتباره القانون المختار من قبل البائع والمشتري، أو قانون الموطن المشترك لكل منهما، أو قانون محل إبرام العقد) أو بالاستناد إلى قواعد أخرى في القانون الدولي الخاص. وقبل ذلك يعرض البحث معيار دولية العقد في اتفاقية فيينا باعتباره شرطاً أساسياً لتطبيق هذه الاتفاقية.

وعليه، سيتم تناول موضوع البحث في مطلبين، كما يلي:

المطلب الأول: تطبيق اتفاقية فيينا استناداً إلى قواعد الإسناد

المطلب الثاني: تطبيق اتفاقية فيينا استناداً إلى قواعد أخرى في القانون الدولي الخاص

المطلب الأول: تطبيق اتفاقية فيينا استناداً إلى قواعد الإسناد

إذا لم تطبق اتفاقية فيينا ذاتياً وفقاً للحالة الأولى من حالتي التطبيق (المادة 1/1-أ)،¹ وجب على المحكمة الوطنية إعمال قواعد الإسناد لديها لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للبضائع. وتماشياً مع ذلك، تبين المادة (1/1-ب) من اتفاقية فيينا أنه، إذا كان مكان عمل كل من الطرفين في دولتين مختلفتين، وأشارت قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة في اتفاقية فيينا، وجب على المحكمة الوطنية تطبيق قانون تلك الدولة المتعاقدة، وتحديد اتفاقية فيينا السارية المفعول فيها باعتبارها القانون الخاص الناظم لعقود البيع الدولي للبضائع.

ويتضح أن المادة (1/1-ب) من اتفاقية فيينا لا تعد بذاتها قاعدة إسناد،¹ وإنما مجرد نص تفسيري.² فهي تبين فقط أنه، إذا أشارت قواعد القانون الدولي الخاص في الدولة التي تنتظر محاكمها النزاع³ إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة في اتفاقية فيينا، وجب على المحكمة تطبيق هذه الاتفاقية على عقد البيع الدولي للبضائع.⁴

¹ انظر:

Peter Schlechtriem, Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungsbereich des UN-Uebereinkommens ueber Vertraege ueber den internationalen Warenkauf (CISG), in: *AJP*, 1992, pp. 339-357, at 346, also available Online at: <https://www.cisg.info/cisg-library/publikation.php?id=33> تاريخ الزيارة 2022/11/25

² انظر:

Antonin I. Pribetic, An "Unconventional Truth": Conflict of Laws Issues Arising under the CISG, *Nordic Journal of Commercial Law* (2009), pp. 1-48, at 24, available Online at: http://www.njcl.utu.fi/1_2009/article3.pdf. تاريخ الزيارة 2022/11/25

³ Amin Dawwas, Applicability of CISG to Kuwaiti Businesses, *Kuwait International Law School Journal* Vol. 2, Issue 7, 2014, pp. 27-98, at 39.

وتجدر الإشارة إلى أنه، وفقاً للمادة (95) من اتفاقية فيينا، يجوز لأي دولة متعاقدة أن تعلن أنها لن تلتزم بأحكام الفقرة الفرعية (1) (ب) من المادة (1) من الاتفاقية (وقد أعلنت هذا التحفظ كل من الصين، وسلوفاكيا، وسنغافورا، والولايات المتحدة الأمريكية. وأما ألمانيا فقد أعلنت، عند التصديق على الاتفاقية، أنها لن تطبق أحكام الفقرة (1) (ب) من المادة 1 إزاء كل دولة أعلنت أنها لن تطبق أحكام الفقرة (1) (ب) من المادة 1، انظر:

ولعله من الطبيعي أن يسري هذا الحكم في كل دولة متعاقدة في اتفاقية فيينا؛¹ على اعتبار أن محاكمها ملتزمة بتطبيق نصوص هذه الاتفاقية جميعها،² بما في ذلك نص المادة (1/1-ب) منها. وأما في الدول غير المتعاقدة فلا يوجد التزام دولي على محاكمها بتطبيق اتفاقية فيينا. ومع ذلك، تلتزم المحكمة في الدول غير المتعاقدة بتطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالعقد في قانونها الوطني من تلقاء

تاريخ http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.
 (2022/). وعليه، فإذا أشارت قواعد الإسناد في هذه الدولة المتحفظة وفقا للمادة (95) المذكورة، والتي 1/25 الزيارة
 تنظر محاكمها في النزاع، إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة، فعندها يتم تطبيق القانون الداخلي لهذه الدولة المتعاقدة،
 K. Siehr, in: H. Honsell (ed.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)* [Commentary on the CISG article by article] [by Karollus, Magnus, Melis, Schnyder, Schönle, Siehr, R. H. Weber], Berlin/Heidelberg/New York: Springer (1997), p 47. لأن،
 (1997)، ما لم تكن شروط تطبيق الاتفاقية وفقا للمادة (1/1-أ) من اتفاقية فيينا قد توفرت. فمثلا، لأن (1997)،
 الولايات المتحدة الأمريكية تحفظت وفقا للمادة (95) على تطبيق الاتفاقية بموجب المادة (1/1-ب)، فقد تقرر أن العقد
 المبرم بين طرف له مكان عمل في الولايات المتحدة الأمريكية (دولة متعاقدة) وطرف آخر له مكان عمل في دولة
 أخرى (غير متعاقدة)، لا يخضع لتطبيق الاتفاقية، عندما يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الأمريكي (انظر:
 Princesse D'Isenbourg et CIE Ltd. v. Kinder Caviar, Inc. and Kinder Caviar, Inc. v. United Airlines, Inc. في الولايات المتحدة الأمريكية، في القضية Federal District Court [Kentucky] حكم محكمة)
 (، بتاريخ 2011/2/22، متوفر على الإنترنت في الموقع التالي: Inc
<https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/united-states-state-minnesota-county-hennepin-district-court-fourth-judicial-district-821/20>
 1.2022/ تاريخ الزيارة 821/20

لمزيد من التفصيل، انظر: امين دواس، اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1920 بشأن عقود البيع الدولي للبضائع في ضوء أحكام القضاء والفقهاء، عمادة البحث العلمي الجامعة العربية الأمريكية - جنين، 2013، ص 20 وما يليها.
¹ عادل محمد خير، عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فيينا وجهود لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي UNCITRAL والغرفة التجارية الدولية ICC، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 40.
 انظر أيضا:

Burghard Piltz, *Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht*, NJW (2011), pp. 1-21, at 5, also available Online at: http://www.cisg-library.org/content_deutsch/publikationen.php?id=7

تاريخ الزيارة 2022/11/23

² باستثناء ما يتم التحفظ على تطبيقه من قبل هذه الدولة وقت التوقيع أو التصديق أو القبول أو الإقرار أو الانضمام.
 انظر المواد (92-98) من اتفاقية فيينا.

ذاتها.¹ وإذا ما أشارت هذه القاعدة إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة في اتفاقية فيينا، التزمت المحكمة بتطبيق هذه الاتفاقية؛ على اعتبار أنها تعتبر جزءاً من القانون الساري في هذه الدولة الأخيرة.² وفوق ذلك، تعتبر اتفاقية فيينا في الدولة التي تعين تطبيق قانونها بمثابة القانون الخاص (*lex specialis*) لعقود بيع البضائع الدولية في مواجهة القانون المحلي.³ ولعل نص المادة (1/1-ب) من اتفاقية فيينا ذاتها، التي تنص صراحة على تطبيق الاتفاقية في مثل هذه الحالة، يساعدها على ذلك، وهو الأمر الذي قامت به فعلا المحاكم في عدة دول غير متعاقدة. وفي هذا المعنى، تقول لجنة الأمم المتحدة الخاصة بتوحيد قانون التجارة الدولية (*UNCITRAL*) إنه:

‘Although the Convention does not bind non-Contracting States, it has been applied in courts of non-Contracting States where the forum’s rules of private international law led to the law of a Contracting State.’⁴

¹ أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي - دراسة لأحكام الجنسية الإماراتية ولحلول مشكلات تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين في القانون الإماراتي، مكتبة الجامعة، الشارقة / إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، ص 321.

ويعارض ذلك: محمد خيرى كصير، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2012، ص 50 (القانون الأجنبي واقعة يجب على الخصوم إثباتها أمام القاضي الوطني)
² انظر: محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 68.

انظر أيضاً: Rolf Herber, in: E. von Caemmerer / P. Schlechtriem (eds.), *Ibid*, p. 40.
³ انظر:

UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2016 Edition, United Nations, New York, 2016, Article 1, Note 2. Antonin I. Pribetic, *Ibid*, p. 12. Secretariat Commentary, *Ibid*, Article 1, Comment No. 8. Burghard Piltz, *Ibid*, p. 5.

وانظر أيضاً: السيد خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، السنة 2008، مجلد 35، ص 93.

⁴ انظر: UNCITRAL Digest, Edition 2016, Article 1, Note 17.

وكما تقدم، ولأن دولة قطر ليست دولة متعاقدة في اتفاقية فيينا، لا تثور إمكانية تطبيق محاكمها الوطنية لهذه الاتفاقية تطبيقاً ذاتياً وفقاً للحالة الأولى الواردة في المادة (1/1-أ) من الاتفاقية ذاتها. ولكن، إذا ما تصدت المحكمة القطرية لنزاع حول عقد بيع فيه عنصر أجنبي،¹ أو - بالمعنى الوارد في اتفاقية فيينا - كان هذا العقد دولياً لوجود مكان عمل كل من البائع والمشتري في دولتين مختلفتين، وجب عليها تحديد القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد الإسناد في القانون القطري. ووفقاً للمادة (1/27) من القانون المدني القطري، يسري على العقد، بما في ذلك عقد البيع الدولي للبضائع، القانون المختار من قبل الطرفين أو قانون الموطن المشترك لكل منهما أو قانون محل إبرام العقد. وإذا تبين أن هذا القانون هو قانون دولة طرف في اتفاقية فيينا، وجب على المحكمة تطبيقها باعتبارها القانون الخاص الناظم للبيوع الدولية للبضائع في هذه الدولة. وفيما يلي تفصيل ذلك:

الفرع الأول: قانون الإرادة قانون دولة متعاقدة

إذا اختار الطرفان (صراحة أو ضمناً) قانون دولة متعاقدة لحكم عقد البيع الدولي للبضائع بينهما، وجب على المحكمة القطرية أن تطبق قانون تلك الدولة. وأخذاً بالحسبان أن اتفاقية فيينا، والتي هي جزء من القانون الساري في تلك الدولة المتعاقدة، تعتبر قانوناً خاصاً في مواجهة القانون الداخلي فيها، فإنه يتعين على المحكمة القطرية تطبيق هذه الاتفاقية، لا سيما وأن العقد بين الطرفين يتضمن بيعاً دولياً للبضائع.

وفي نزاع بين بائع من جمهورية مصر العربية ومشتري من الجمهورية اللبنانية، قررت محكمة النقض المصرية تطبيق اتفاقية فيينا على اعتبار أنها جزءاً من القانون المصري. صحيح أن أماكن عمل الطرفين توجد في دولتين مختلفتين ومتعاقدين، وبالتالي تم تطبيق اتفاقية فيينا وفقاً للمادة (1/1-أ) منها، إلا أن المحكمة قضت بصراحة أن اتفاقية فيينا تعتبر جزءاً من القانون المصري الذي اختاره الطرفان ليحكم عقد البيع بينهما.²

¹ لمزيد من التفصيل حول معيار دولية العقد، انظر: صلاح علي حسين، الوجيز في تحديد قانون العقد التجاري الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2016، ص 13 - ص 33.

² حكم محكمة النقض المصرية في القضية (National Port Said Steel Company v. Al Moussawi)، الصادر بتاريخ 2011/1/4. انظر: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/egypt-january-4-2011-> court-cassation-national-port-said-steel-company-v-al-moussawi تاريخ الزيارة 2202/11/15.

وفي نزاع آخر بين بائع كوري ومشتري أمريكي، وجدت محكمة (*Seoul Central District Court*)، في الجمهورية الكورية، أن اتفاق الطرفين على تطبيق القانون الكوري يعني ضرورة تطبيق اتفاقية فيينا على العقد بينهما؛ بحسبان أنها اندمجت - كقانون خاص (*lex specialis*) - في الإطار التشريعي للدولة.¹

ولعل ما يساعد المحاكم في دولة قطر على السير في هذا الاتجاه أن نص المادة (6) من اتفاقية فيينا ذاتها يأخذ بمبدأ سلطان الإرادة في مجال عقود البيع الدولية.² ووفقاً لهذا النص فإن اختيار الطرفين تطبيق قانون دولة متعاقدة لا يعني استبعاد تطبيق اتفاقية فيينا، وإنما - وعلى العكس من ذلك

وانظر أيضاً: حكم محكمة (Oberlandesgericht Linz) في النمسا، في القضية رقم (R 57/05 f 3 0)، الصادر بتاريخ 2005/8/8: (وجدت المحكمة أن أماكن عمل الطرفين في دولتين مختلفتين ومتعاقبتين، وأنهما اتفقا على سريان القانون النمساوي على عقدهما، ولذلك طبقت المحكمة اتفاقية فيينا باعتبارها جزءاً من القانون النمساوي المعين). راجع: <http://www.unilex.info/cisg/case/1091> تاريخ الزيارة 2202/11/15.

وفي الاتجاه ذاته، انظر:

- حكم محكمة (Supreme Economic Court of the Republic of Belarus) في روسيا البيضاء، في القضية رقم (2003/5-7)، الصادر بتاريخ 2003/5/20. راجع: <http://www.unilex.info/cisg/case/1011> تاريخ الزيارة 2202/11/15.

- حكم محكمة (Cour d'Appel, Liège) في بلجيكا، في قضية (Reinfenrath GmbH v. SA Herelixha)، رقم (RG/1579/2001)، الصادر بتاريخ 2004/1/21. راجع: <http://www.unilex.info/cisg/case/983> تاريخ الزيارة 2202/11/15.

- حكم محكمة (Zhejiang High People's Court) في الصين، في قضية (Zhejiang Henghao Garment v. Trio Selection Inc Co. Ltd.)، الصادر بتاريخ 2008/4/24. راجع: <http://www.unilex.info/cisg/case/1581> تاريخ الزيارة 2202/11/15.

- حكم محكمة (Gdansk Court of Appeal) في بولندا، في القضية رقم (I Aca 685/13)، الصادر بتاريخ 2014/1/22. راجع: <http://www.unilex.info/cisg/case/1983> تاريخ الزيارة 2202/11/15.

¹ حكم محكمة (Seoul Central District Court) في كوريا، في القضية رقم (2011gahap3744)، الصادر بتاريخ 2012/9/21. راجع: <http://www.unilex.info/cisg/case/1982> تاريخ الزيارة 2202/11/15.

² والتي جاء فيها أنه: "يجوز للطرفين استبعاد تطبيق هذه الاتفاقية، كما يجوز لهما، فيما عدا الأحكام المنصوص عليها في المادة 12، مخالفة نص من نصوصها أو تعديل آثاره."

– ضرورة تطبيقها باعتبارها جزءاً من قانون تلك الدولة.¹ ويستوي أن يكون اتفاق الطرفين، على سريان قانون دولة متعاقدة على عقد البيع الدولي للبضائع بينهما، صراحة أو ضمناً:

أولاً: الاختيار الصريح: يكون اختيار الطرفين لقانون دولة متعاقدة صريحاً، مثلاً، عندما يتفقا على سريان القانون المصري أو اللبناني أو البحريني (أو قانون أي دولة أخرى متعاقدة). ويستوي في هذا الصدد أن يكون البائع والمشتري على علم بأن اختيارهما لهذا القانون (المصري أو اللبناني أو البحريني أو قانون أي دولة أخرى متعاقدة) سيؤدي إلى تطبيق اتفاقية فيينا أم لا.²

وفي الممارسة العملية، طبقت محكمة (*The High Court of Justice, Queen's Bench Division [Commercial Court]*)، في المملكة المتحدة،³ (والتي هي دولة غير متعاقدة)

¹ حكم محكمة (Bundesgericht) في سويسرا، في القضية رقم (4C.94/2006)، الصادر بتاريخ 2007/7/17: (وجدت المحكمة أن اتفاق الطرفين خلال النظر في النزاع على تطبيق القانون السويسري لا يعني استبعاد تطبيق اتفاقية فيينا، وإنما تطبيقها على العقد بينهما باعتبارها جزءاً من القانون السويسري المعين). راجع: <http://www.unilex.info/cisg/case/1318> تاريخ الزيارة 2202/11/15.

انظر أيضاً: حكم محكمة (US Court of Appeals for the Fifth Circuit) في الولايات المتحدة الأمريكية، في قضية (BP Oil International and BP Exploration & Oil Inc v. Empresa Estatal Petroleos de Ecuador) (Ecuador PetroEcuador et al)، رقم (02-20166)، بتاريخ 2003/6/11: (وجدت المحكمة أن اتفاق الطرفين على تطبيق القانون الأكوادوري لا يعني استبعاد تطبيق اتفاقية فيينا التي هي جزء من القانون الساري في الأكوادور باعتبارها دولة طرف في هذه الاتفاقية. إن استبعاد تطبيق الاتفاقية وفقاً للمادة (6) منها يتطلب الإشارة صراحة في شرط الاختصاص التشريعي إلى تطبيق القانون الأكوادوري المحلي). راجع: <http://www.unilex.info/cisg/case/924> تاريخ الزيارة 2202/11/15.

وفي الاتجاه ذاته، انظر: حكم محكمة (U.S. District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division) في الولايات المتحدة الأمريكية، في قضية (Ajax Tool Works, Inc. v. Can-Eng Manufacturing Ltd)، رقم (C 5938 01)، بتاريخ 2003/1/29. راجع: <http://www.unilex.info/cisg/case/834> تاريخ الزيارة 2202/11/15.

² انظر:

Erik Jayme, in: C. M. Bianca / M. J. Bonell (eds.), *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè: Milan (1987) {Commentaries by J. Barrera Graf, H.T. Bennett, C.M. Bianca, M.J. Bonell, G. Eörsi, M. Evans, E.A. Farnsworth, W. Khoo, V. Knapp, O. Lando, D. Maskow, B. Nicholas, J. Rajski, K. Sono, D. Tallon, M. Will}, p. 33.

³ وذلك في قضية (Kingspan Environmental Limited, Tyrrell Tanks Ltd, Rom Plastics Limited, and Titan Environmental Ltd v. Borealis A/S and Borealis UK Ltd)، رقم (FOLIO 871 2009)، تاريخ: 2012/5/1. انظر:

اتفاقية فيينا على عقد بيع بين بائع بريطاني ومشتري دنماركي. وقد استندت المحكمة في ذلك إلى أن اتفاقية فيينا صارت جزءاً من القانون الدنماركي (المختار من قبل الطرفين) بعد أن التزمت بها الدنمارك. وكذلك، وفي نزاع حول عقد أبرم بين طرفين (فرنسي وألماني) عام 1983، وسندا للمادة (1-1/ب) من اتفاقية فيينا، قضت محكمة (Oberlandesgericht Koblenz)، في ألمانيا، بتطبيق هذه الاتفاقية على العقد المذكور، باعتبارها القانون الساري في فرنسا (دولة طرف في اتفاقية فيينا) على العقد محل النزاع، والواجب التطبيق (وفقاً لقاعدة الإسناد الألمانية) باتفاق المتعاقدين. وأوضحت المحكمة بشكل جلي أن اتفاقية فيينا - بعد أن صادقت فرنسا عليها - تتقدم في التطبيق على القانون الفرنسي الداخلي.¹

الزيارة تاريخ <https://www.casemine.com/judgment/uk/5a8ff7b860d03e7f57eb179e> 2202/11/15

¹ وذلك في القضية رقم (2 U 1230/91)، بتاريخ 1993/9/17. وقد قضت المحكمة صراحة أنه: 'Dieses Übereinkommen ist zwar für die Bundesrepublik erst am 1.1.1991 in Kraft getreten, gilt aber in Frankreich bereits seit dem 1. 1. 1988. Verweist - wie hier - das Internationale Privatrecht eines Nichtvertragsstaates - das war die Bundesrepublik damals - auf das interne Recht eines Vertragsstaates, der einen Vorbehalt nach Art. 95 CISG nicht erklärt hat, so kommt gemäß Art. 1 Abs. 1 Lit. b CISG das Übereinkommen zur Anwendung, wenn die Anwendungsvoraussetzungen im übrigen vorliegen. Das interne Recht des Vertragsstaates wird dann durch das Übereinkommen ersetzt'.
الزيارة تاريخ <http://www.unilex.info/cisg/case/64>. 2022/11/15

وانظر أيضاً:

- حكم المحكمة الاتحادية (Bundesgerichtshof) في ألمانيا، في القضية رقم (VIII ZR 410/12)، بتاريخ 2014/5/28: (طبقت المحكمة اتفاقية فيينا على النزاع بين الطرفين وفقاً للمادة (1-1/ب) من هذه الاتفاقية، وذلك بعد أن فسرت اتفاق الطرفين تطبيق القانون الألماني (وهي دولة متعاقدة) يتضمن تطبيق اتفاقية فيينا). راجع: <http://www.unilex.info/cisg/case/1832> تاريخ الزيارة 2022/11/15.

- حكم محكمة (Supreme Commercial Court of Ukraine) في أوكرانيا، في قضية (Bobst S.A. v. Express)، رقم (44/69)، بتاريخ 2007/12/11: (وجدت المحكمة أن الطرفين اتفقا على تطبيق القانون السويسري).

ثانياً: الاختيار الضمني: يكون اختيار الطرفين لقانون دولة طرف في اتفاقية فيينا ضمناً عندما تتبين المحكمة من الظروف الملايئة للعقد أن الطرفين قصدوا أن يسري على عقد البيع الدولي للبضائع بينهما قانون دولة متعاقدة معينة. فمثلاً، إذا كان العقد بين بائع ألماني ومشتري قطري، وتم تحريره باللغة الألمانية، وتضمن مصطلحات وتعابير قانونية مستمدة من القانون الألماني¹ ... إلخ، فهذا كله يشير إلى انصراف إرادة الطرفين إلى تطبيق هذا القانون.² وفي مثل هذه الحالة، واستناداً إلى المادة (1/27) من القانون المدني القطري، ينبغي على المحكمة في دولة قطر تطبيق اتفاقية فيينا؛ باعتبارها جزءاً من القانون الألماني المختار (ضمناً) من قبل البائع والمشتري.

وفي إحدى التطبيقات العملية، فسرت محكمة (*Gerechtshof Leeuwarden*)، في هولندا، إشارة كل من الطرفين في مرافعته إلى القانون الهولندي على أنها تعني - وفقاً للمادة (1/1-ب) من اتفاقية فيينا - اتفاقهما على تطبيق هذه الاتفاقية كجزء من القانون الهولندي الموضوعي الناظم لعقود بيع البضائع الدولية.³

وفي تطبيق عملي آخر، وجدت محكمة (*Cour de Justice de Genève*)، في سويسرا، أن عدم اعتراض المشتري في مرافعته على الإشارة من قبل البائع إلى نصوص في القانون السويسري، تعني ضمناً اتفاق الطرفين على تطبيق القانون السويسري. ولأن اتفاقية فيينا تعد جزءاً من القانون السويسري، قضت المحكمة بتطبيقها على النزاع بين الطرفين.⁴

ولأن سويسرا دولة متعاقدة في اتفاقية فيينا، طبقت المحكمة هذه الاتفاقية على النزاع بين الطرفين، باعتبارها جزءاً من القانون السويسري). راجع: <http://www.unilex.info/cisg/case/1379> تاريخ الزيارة 2022/11/15.

¹ أحمد محمد الهواري، مرجع سابق، ص 458.

² للمزيد حول الاختيار الضمني، راجع: صلاح علي حسين، مرجع سابق، ص 50 - ص 53. محمد الأيوبي، دور مبدأ سلطان الإدارة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مجلة القانون التجاري، ع2، 2015، ص 160 - ص 165، مسترجع من: <http://search.mandumah.com/Record/873012> تاريخ الزيارة 2022/11/23.

³ حكم محكمة (*Gerechtshof Leeuwarden*) في هولندا، في قضية (*Auto-Moto Styl S.R.O. v. Pedro Boat B.V.*)، رقم (0400549)، بتاريخ 2005/8/31. راجع: <http://www.unilex.info/cisg/case/1045> تاريخ الزيارة 2022/11/15.

⁴ حكم محكمة (*Cour de Justice de Genève*) في سويسرا، في القضية رقم (C/27176/2001)، بتاريخ 2006/1/20. راجع: <http://www.unilex.info/cisg/case/1195> تاريخ الزيارة 2022/11/15.

الفرع الثاني: الإسناد الجامد إلى قانون دولة متعاقدة

إذا لم يختار الطرفان قانونا معيناً لحكم عقد البيع الدولي للبضائع بينهما، وجب على المحكمة القطرية - وفقاً للمادة (1/27) من القانون المدني القطري - أن تطبق قانون الدولة التي للطرفين فيها موطن مشترك، وإلا قانون الدولة التي تم فيها إبرام العقد. وإذا كانت هذه الدولة أو تلك دولة متعاقدة في اتفاقية فيينا، وجب على المحكمة القطرية تطبيق هذه الاتفاقية باعتبارها جزءاً من القانون الساري في الدولة التي تعين تطبيق قانونها.¹

ولأن اتفاقية فيينا تعتبر قانوناً ينظم البيوع الدولية للبضائع على نحو خاص وشامل، فإنها تتقدم بالتطبيق على القانون المحلي في الدولة المتعاقدة التي تعين تطبيق قانونها. فهذه الدولة - عندما التزمت باتفاقية فيينا - ارتضت أن تكون هذه الاتفاقية بديلاً عن قانونها المحلي الناظم للبيوع الدولية للبضائع.²

وبوجه عام، فإن نصوص اتفاقية فيينا تتناسب مصالح التجارة الدولية أكثر من القانون المحلي لأي دولة. وفوق ذلك، تتوفر هذه الاتفاقية بلغات الأمم المتحدة الست، بما فيها اللغة العربية، ما يجعل الوصول إليها من قبل المحاكم الوطنية في دولة قطر أمراً سهلاً.³

ولأن المادة (37) من القانون المدني القطري⁴ ترفض الإحالة، يتعين على المحكمة في دولة قطر - عندما تعين قاعدة الإسناد القطرية قانون دولة متعاقدة للتطبيق على عقد البيع الدولي للبضائع - أن تطبق فقط القواعد الموضوعية ذات العلاقة في هذا القانون (وهي قواعد اتفاقية فيينا)، دون التي

¹ Amin Dawwas, Ibid, pp. 47-48.

² Ibid.

³ انظر: <https://uncitral.un.org/>، تاريخ الزيارة: 2022/11/25.

⁴ والتي جاء فيها أنه: " إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص."

تتعلق بالقانون الدولي الخاص. وعليه، لا يجوز للمحكمة القطرية أن تطبق قواعد الإسناد في الدولة التي تعين تطبيق قانونها من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد.¹

ويستوي في هذه الحالة أن يكون مكان عمل البائع والمشتري، أو أي منهما، في دولة متعاقدة أم لا.² وكذلك، يستوي أن تكون اتفاقية فيينا ستطبق في الدولة الواجب تطبيق قانونها أم لا،³ على اعتبار أن المحاكم في هذه الدولة الأخيرة تطبق قواعد الوطنية للإسناد والتي قد تشير إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة أو لا.

ويتضح أن المادة (1/1-ب) من اتفاقية فيينا توسع النطاق الجغرافي لتطبيق هذه الاتفاقية،⁴ الأمر الذي أدى في الواقع العملي إلى تطبيق اتفاقية فيينا في دول لم تكن متعاقدة بعد. فمثلاً، قضت محكمة (*Rechtbank van Koophandel, Hasselt*)، في بلجيكا، بتطبيق اتفاقية فيينا باعتبارها جزءاً من القانون الإيطالي المعين (وفقاً للإسناد الموضوعي حسب القانون البلجيكي)، مع العلم أن بلجيكا وقتئذ لم تكن دولة متعاقدة، بل أن الاتفاقية دخلت حيز التنفيذ فيها بتاريخ 1997/11/1.⁵ وكذلك، قضت محكمة (*Arrondissementsrechtbank Dordrecht*)، في هولندا، بتطبيق اتفاقية

¹ Amin Dawwas, *Ibid*, pp. 49.

² انظر: Erik Rolf Herber, in: E. von Caemmerer / P. Schlechtriem (eds.), *Ibid*, p. 53.

Jayne, in: C. M. Bianca / M. J. Bonell (eds.), *Ibid*, p. 32. Amin Dawwas, *Ibid*, p. 47.

انظر أيضاً: السيد خليل إبراهيم محمد، مرجع سابق، ص 92.

³ انظر: K. Siehr, in: H. Honsell (ed.), *Ibid*, p. 51.

⁴ انظر:

Deutsche Bundesregierung, Denkschrift der deutschen Bundesregierung zum Uebereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 ueber Vertraege ueber den Internationalen Warenkauf, in: *Deutscher Bundestag, BT-Drs. 11/3076*, 1989, pp. 38-63, at 40, also available Online at: http://www.cisg-library.org/content/cisg_kommentar_de.html. تاريخ الزيارة 2022/11/15.

⁵ وذلك في القضية رقم (AR 1970/95)، بتاريخ 1995/11/8. انظر:

<http://www.unilex.info/cisg/case/265> تاريخ الزيارة 2022/11/15.

فيينا باعتبارها جزءاً من القانون الفرنسي المعين، مع العلم أن هولندا في ذلك التاريخ لم تكن دولة متعاقدة، بل أن الاتفاقية دخلت حيز التنفيذ فيها بتاريخ 1/1/1992.¹

وبالمثل، قررت محكمة (*Landgericht Hamburg*)، في ألمانيا، تطبيق اتفاقية فيينا باعتبارها جزءاً من القانون الإيطالي الذي عينته قاعدة الإسناد على اعتبار أن للعقد صلة وثيقة بدولة إيطاليا، مع العلم أن ألمانيا في ذلك التاريخ لم تكن دولة طرف في اتفاقية فيينا بعد، بل أن هذه الاتفاقية دخلت حيز التنفيذ فيها بتاريخ 1/1/1991.²

وفي دولة قطر، بل وفي الدول العربية جميعها، لم نجد حكماً قضائياً واحداً يطبق نص المادة (1/1-ب) من اتفاقية فيينا. غير أننا عثرنا على حكم تحكيم صدر في جمهورية مصر العربية بهذا الخصوص. ونظراً لأهميته، فقد آثرنا عرضه عسى أن يكون نهجاً تسيير عليه المحاكم العربية، بما في ذلك المحاكم في دولة قطر.

قررت هيئة التحكيم التابعة لمركز التحكيم الدولي في الإسكندرية، واستناداً إلى المادة (1/1-ب) من اتفاقية فيينا، تطبيق هذه الاتفاقية باعتبارها جزءاً من القانون المصري الواجب التطبيق وفقاً لقاعدة الإسناد الواردة في المادة (19) من القانون المدني المصري³ (والتي تقابل المادة 27 من القانون المدني القطري).

¹ وذلك في القضية رقم (1989/2762)، بتاريخ 1990/11/21. انظر: <http://www.unilex.info/cisg/case/32> تاريخ الزيارة 2022/11/15.

² وذلك في القضية رقم (5 0 543/88)، بتاريخ 1990/9/26. انظر: <http://www.unilex.info/cisg/case/7> تاريخ الزيارة 2022/11/15.

وانظر أيضاً: حكم محكمة (*Amtsgericht Oldenburg in Holstein*) في ألمانيا، في القضية رقم (C 73/89 5)، بتاريخ 1990/4/24: (قررت المحكمة تطبيق اتفاقية فيينا باعتبارها جزءاً من القانون الإيطالي المعين على اعتبار أن للعقد صلة وثيقة بدولة إيطاليا، وذلك بسبب وجود محل الإقامة / مركز الإدارة للبائع فيها، باعتباره الطرف الذي يقوم بتنفيذ الالتزام الرئيس (التسليم) في العقد). راجع: <http://www.unilex.info/cisg/case/5> تاريخ الزيارة 2022/11/15.

³ حكم مركز التحكيم الدولي في الإسكندرية (*Alexandria Center for International Arbitration*)، في قضية (*Semi-dried dates*) رقم (6/2003)، بتاريخ 2005/01/16. انظر:

ثار النزاع بين بائعٍ من الجمهورية العربية المصرية (دولة متعاقدة) ومشتريٍ من المملكة المغربية (دولة غير متعاقدة) حول عقدي بيع رطب، وطالب المدعي (البائع المصري) بتطبيق اتفاقية فيينا على هذا النزاع. وجدت هيئة التحكيم أن العقدين تم إبرامهما في مصر، ولذلك قررت تطبيق القانون المصري. ولأن مصر - بعد أن صادقت على اتفاقية فيينا - صارت دولة متعاقدة وملتزمة بها، قررت هيئة التحكيم تطبيق هذه الاتفاقية على النزاع، استناداً إلى المادة (1/1-ب) من الاتفاقية ذاتها. وتقول هيئة التحكيم في هذا الصدد أنه:

‘Pursuant to the above stated provisions [Articles 10 & 19 Egyptian Civil Code], it is Egyptian law which applies to the parties' contractual relationship since the meeting of the will occurred in Alexandria, and, hence, both the disputed contracts were concluded in Egypt. ... In applying Egyptian law to the disputed contracts, the Claimant rightly argued the application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna Convention) concluded on April 11, 1980 and to which Egypt had acceded and became a Contracting State since January, 1988. The most relevant provisions of this Convention are Articles (1) and (100) ...’

غير أنه يؤخذ على هيئة التحكيم أنها قررت تطبيق اتفاقية فيينا إلى جانب نصوص القانون المصري الداخلي:

‘In this respect, and in addition to the Claimant's arguments, it must be clarified that the provisions of the Vienna Convention do not apply to the exclusion of national Egyptian law but in addition to it. However, since both tests coincide, it is worth mentioning that applying either, i.e., the Vienna

Convention or the FCC, would not affect the decision on the principal issues in dispute.'

صحيح أن هيئة التحكيم توصلت إلى أن النصوص ذات العلاقة في النزاع، سواء في القانون المدني المصري أو اتفاقية فيينا، متشابهة في أحكامها، إلا أنه كان ينبغي عليها تطبيق اتفاقية فيينا وحدها؛ باعتبارها قانونا خاصا (*lex specialis*) يحكم عقود البيع الدولية للبضائع، ويستبعد تطبيق القانون المصري الداخلي.

ولأن المادة (3/1) من اتفاقية فيينا تبين بوضوح أن الطبيعة القانونية للعقد، ما إذا كان عقدا مدنيا أم تجاريا، لا تؤخذ بعين الاعتبار لدى تحديد نطاق تطبيق الاتفاقية (اللهم إلا إذا كان أحد الطرفين (مدنيا) مستهلكا وفقا للمادة (2/أ) من اتفاقية فيينا)، وأن جنسية البائع أو المشتري، أو الصفة التي يتمتع بها أي منهما (سواء أكان تاجرا أم لا¹) غير ذات أهمية في هذا المجال، فكما يتم تطبيق اتفاقية فيينا في دولة غير متعاقدة (كدولة قطر)، ولم يتم فيها إبرام العقد أو تنفيذه،² فإنه - فوق ذلك - قد يتم أيضا تطبيق هذه الاتفاقية على عقد بين بائع ومشتري يحملان جنسيتها، طالما أن أماكن عملهما توجد في دولتين مختلفتين.³

ومع ذلك، تجدر الإشارة إلى أنه عندما يتم تطبيق اتفاقية فيينا وفقا للمادة (1/1-ب) منها، إنما يتم تطبيقها كقانون موحد للبيوع الدولية، وليس كقانون أجنبي.⁴ ويترتب على ذلك أن المحكمة

¹ حكم محكمة (Bundesgerichtshof) في ألمانيا، في القضية رقم (VIII ZR 60/01)، بتاريخ 2001/10/31، والذي جاء فيه:

"Zu Recht verweist das Berufungsgericht schließlich darauf, daß es gemäß Art. 1 Abs. 3 CISG für die Anwendung des Übereinkommens unerheblich ist, ob die Parteien "Kaufleute oder Nichtkaufleute" sind". <http://www.unilex.info/cisg/case/736>. 2022/11/15 الزيارة

² انظر: K. Siehr, in: H. Honsell (ed.), Ibid, p. 48.

³ انظر: Erik Jayme, in: C. M. Bianca / M. J. Bonell (eds.), Ibid, p. 32.

انظر أيضا: السيد خليل إبراهيم محمد، مرجع سابق، ص 97.

⁴ انظر: Rolf Herber, in: E. von Caemmerer / P. Schlechtriem (eds.), Ibid, pp. 54-55.

الوطنية، حتى ولو كانت تعامل القانون الأجنبي على أنه واقعة¹ - كما هو الحال في دولة قطر،² تلتزم بالبحث عن نصوص الاتفاقية وتطبيقها، ويكون حكمها بهذا الخصوص خاضعا لرقابة محكمة التمييز. ولعل مهمة المحكمة الوطنية في هذا المجال أكثر سهولة لتوفر نصوص اتفاقية فيينا، والأحكام التي صدرت تطبيقا لها، في عدة مواقع إلكترونية باللغة العربية وغير العربية.³

المطلب الثاني: تطبيق اتفاقية فيينا استنادا إلى قواعد أخرى في القانون الدولي الخاص

يتعين تفسير الإشارة، في المادة (1/1-ب) من اتفاقية فيينا، إلى القانون الدولي الخاص تفسيرا واسعا،⁴ بحيث لا تقتصر على قواعد الإسناد (في الدولة التي تنظر محاكمها النزاع)، وإنما تشمل أيضا على قواعد أخرى في القانون الدولي الخاص قد تؤدي إلى تطبيق اتفاقية فيينا.

وفي العادة، تثور إمكانية تطبيق اتفاقية فيينا استنادا إلى قواعد أخرى في القانون الدولي الخاص في الحالات التالية: عندما يتعذر الوصول إلى القانون الواجب التطبيق، وعندما يتعين استبعاد هذا القانون لمخالفته النظام العام في دولة القاضي، وعندما يتفق الطرفان على تطبيق قانون التجار (*lex mercatoria*) أو اتفاقية فيينا مباشرة.

¹ انظر تفصيل ذلك لدى: امين دواس، *تنازع القوانين في فلسطين دراسة مقارنة (في ضوء أحكام القضاء)*، دار الشروق، عمان (الأردن) / رام الله (فلسطين)، 2014، ص 201 وما يليها.

² انظر الأحكام التالية لمحكمة التمييز في دولة قطر:

- حكم رقم 137 لسنة 2010، تاريخ 2011/1/11. راجع:

تاريخ الزيارة 2022/11/15. <https://www-eastlaws-com.qulib.idm.oclc.org/data/ahkam/details/320896>

- حكم محكمة التمييز في دولة قطر، رقم 133 لسنة 2014، تاريخ 2014/6/17. راجع:

تاريخ الزيارة 2022/11/15. <https://www-eastlaws-com.qulib.idm.oclc.org/data/ahkam/details/377476>

- حكم محكمة التمييز في دولة قطر، رقم 24 لسنة 2007، تاريخ 2007/5/8. راجع:

تاريخ الزيارة 2022/11/15. <https://www-eastlaws-com.qulib.idm.oclc.org/data/ahkam/details/307961>

³ انظر، مثلا:

- <https://uncitral.un.org/>

- <https://iicl.law.pace.edu/cisg/cisg>

- <http://www.unilex.info/>

⁴ انظر: Erik Jayme, in: C. M. Bianca / M. J. Bonell (eds.), *Ibid*, p. 33.

غير أن المشرع القطري حسم الأمر بخصوص استبعاد القانون الواجب التطبيق لمخالفته النظام العام أو الآداب في دولة قطر، ونص صراحة (في المادة (38) من القانون المدني) على تطبيق القانون القطري في هذه الحالة، بما لا يترك مجالاً - للأسف - لتطبيق قانون آخر (كاتفاقية فيينا، لا سيما وأن دولة قطر ليست بعد دولة متعاقدة في هذه الاتفاقية). وعليه، سيقصر البحث هنا على دراسة إمكانية تطبيق اتفاقية فيينا في الحالتين الأخريين.

الفرع الأول: تطبيق اتفاقية فيينا عند تعذر الوصول إلى القانون الواجب التطبيق

قد يتعذر على المحكمة الوطنية، بعد إعمال قاعدة الإسناد، الوصول إلى القانون الواجب التطبيق - كما لو كان الوصول إلى هذا القانون يتطلب وقتاً يتجاوز الحدود الزمنية (المعقولة) للفصل في النزاع. وخلافاً للمادة (38)، المذكورة أعلاه، لا يوجد في القانون المدني القطري أي نص صريح يبين القانون الواجب تطبيقه في مثل هذه الحالة.

يختلف الفقه حول القانون الواجب تطبيقه بدلاً من القانون المعين الذي تعذر الوصول إليه. ويمكن إجمال القوانين التي نادى الفقه بتطبيقها في هذه الحالة بالتالي: القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون الذي تعذر الوصول إليه، والقانون الأكثر اتصالاً بالنزاع من القانون الذي تعذر الوصول إليه، والمبادئ العامة السائدة بين الأمم المتمدينة، والقانون الموحد، والقانون الطبيعي ومبادئ العدالة، وقانون القاضي، علماً بأن هذا الرأي الأخير هو الراجح لدى الفقه،¹ والذي تتبناه أيضاً محكمة التمييز القطرية.²

¹ امين دواس، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 302 - ص 304. أحمد محمد الهواري، مرجع سابق، ص 375 - ص 379.

² انظر:

- حكم محكمة التمييز القطرية، رقم 133 لسنة 2014، تاريخ 2014/6/17. <https://www-eastlaws-com.qulib.idm.oclc.org/data/ahkam/details/377476> تاريخ الزيارة 2022/11/15.

- حكم محكمة التمييز القطرية، رقم 24 لسنة 2007، تاريخ 2007/5/8. <https://www-eastlaws-com.qulib.idm.oclc.org/data/ahkam/details/307961> تاريخ الزيارة 2022/11/15.

صحيح أن هذا القول الراجح يسهل مهمة المحكمة الوطنية، ويمكنها من اختصار وقت التقاضي، على اعتبار أنها على دراية بهذا القانون أكثر من غيره من القوانين الأخرى (الأجنبية). غير أن هذا الرأي يؤدي، في الغالب، إلى تطبيق قانون القاضي على نزاع تجاري دولي غير ذي صلة (قوية) ببلد المحكمة، وإلا لكانت قاعدة الإسناد أشارت أساساً إلى تطبيقه.

وفيما يخص عقود بيع البضائع الدولية، فإنه يمكن - برأينا - تطبيق اتفاقية فيينا (كقانون موحد للبيوع الدولية للبضائع) عندما يتعذر على المحكمة الوطنية الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق،¹ شريطة أن تكون قواعد القانون الدولي الخاص (قواعد الإسناد) في بلد المحكمة لا تمنع ذلك. تعتبر اتفاقية فيينا أكثر ملائمة من غيرها (من القوانين المحلية في الدول المختلفة) للتطبيق على البيوع الدولية للبضائع؛ بحسبان أن قواعدا وضعت أساساً لمراعاة مصالح التجارة الدولية، وليس مصالح التجارة المحلية في أية دولة.

وكذلك، لا يوجد في القانون المدني القطري أي نص يلزم المحكمة بتطبيق القانون القطري (كما هو الحال بشأن استبعاد القانون المعين لمخالفته النظام العام)، أو يمنعها من تطبيق اتفاقية فيينا في هذه الحالة. وعليه، وبوجه عام، فإذا كان النزاع الذي تنظره المحكمة القطرية متعلقاً بالتجارة الدولية، جاز لها تطبيق أي وثيقة دولية ذات صلة موضوعية بالنزاع (كمبادئ النيديروا، أو اتفاقية فيينا، أو قواعد غرفة التجارة الدولية بشأن الاعتمادات المستندية ... إلخ).²

¹ قارن أيضاً: زبيدة عبد الهادي، القواعد المادية لمنازعات عقود قانون التجارة الدولية في الأنظمة العربية في إطار الاتفاقيات الدولية: دراسة مقارنة، المجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث، مج3، ع2، 2017، ص162 - ص163. مسترجع من: <http://search.mandumah.com/Record/813271> تاريخ الزيارة 2022/11/23.

² وأما إذا كان النزاع غير متعلق بعقد تجاري دولي (كمنازعات الأحوال الشخصية ذات العنصر الأجنبي)، وجب على المحكمة تطبيق قانونها الوطني عند تعذر الوصول إلى القانون الأجنبي المعين، وذلك لندرة توفر القواعد الموضوعية الموحدة في هذا المجال، ولتعلق الأمر بالنظام العام في أغلب الأحيان. وهذا ما استقر عليه القضاء في دولة قطر. انظر: حكم محكمة التمييز، رقم 137 لسنة 2010، تاريخ 2011/1/11، والذي جاء فيه أنه:

"لما كان من المقرر أن القانون الأجنبي هو واقعة مادية يتعين على من يتمسك به أن يقدمه، وإلا طبق القاضي القانون الوطني وكانت الأوراق قد خلت من وجود للقانون السوري ولم يقدمه الطاعن، ومن ثم يخضع النزاع المائل في إثبات الزواج وإثبات النسب إلى أحكام القانون القطري". راجع: <https://www-eastlaws-com.qulib.idm.oclc.org/data/ahkam/details/320896> تاريخ الزيارة 2022/11/23.

ويساعد على ذلك أن التوجه الحديث على الساحة الدولية يتبنى هذا النهج: فالفقرة الرابعة من ديباجة مبادئ اليونيدرو لعام 1994 تنص صراحة على تطبيق مبادئ اليونيدرو عند تعذر الوصول إلى مضمون القانون المعين.¹ صحيح أن صياغة هذه الفقرة تغيرت في النسخ اللاحقة من مبادئ اليونيدرو (عام 2004، وعام 2010، وعام 2016)،² إلا أنها من العموم بمكان بحيث تشمل على تطبيق مبادئ اليونيدرو عند تعذر الوصول إلى القانون الأجنبي المعين.³

توجّه المادة (34) من القانون المدني القطري المحكمة إلى اتباع مبادئ القانون الدولي الخاص في كل ما لم يرد في شأنه نص خاص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين. ولأن نصوص قواعد الإسناد القطرية لا تحدد القانون الواجب تطبيقه عند تعذر الوصول إلى القانون الأجنبي الذي عينته، يجوز للمحكمة تطبيق اتفاقية فيينا عند تعذر الوصول إلى القانون الأجنبي المعين للتطبيق على عقد بيع دولي للبضائع؛ بحسبان أن هذه الاتفاقية تعد قانوناً خاصاً (*lex specialis*) على الساحة الدولية لمثل هذه العقود. وبذلك، تراعي المحكمة القطرية - من جهة - التطورات الحاصلة في هذا الخصوص على صعيد التجارة الدولية، وتتجنب - من جهة أخرى - تطبيق قانون يكون في العادة معروفاً من قبل أحد الطرفين فقط.

الفرع الثاني: تطبيق اتفاقية فيينا باعتبارها قانون التجارة

يجوز أيضاً تطبيق اتفاقية فيينا باعتبارها جزءاً من قانون التجارة (*lex mercatoria*)،⁴ المعين من قبل الطرفين، وذلك بغض النظر عن توفر شروط تطبيقها جغرافياً الواردة في المادة (1/1) منها أم

¹ وقد جاء فيها أنه:

‘They [UNIDROIT Principles] may provide a solution to an issue raised when it proves impossible to establish the relevant rule of the applicable law.’

² وقد جاء فيها أنه: ‘They may be applied when the parties have not chosen any law to govern their contract.’

³ Amin Dawwas, Ibid, 73.

⁴ انظر: Antonin I. Pribetic, Ibid, p. 10.

لا. ويقصد بقانون التجار ذلك النظام القانوني فوق الدولي الذي يتضمن الأعراف التجارية الدولية والمبادي والقواعد القانونية المشتركة بين معظم الأمم.¹ وهو بذلك يشتمل على الاتفاقيات الدولية (كاتفاقية فيينا)، والمبادئ والقواعد القانونية العامة (كمبادئ النييروا لعقود التجارة الدولية)، والأعراف والعادات الموحدة (كقواعد غرفة التجارة الدولية بشأن الاعتمادات المستندية (النشرة 600)).²

تقدم القول إن المحكمة القطرية تلتزم بتطبيق اتفاقية فيينا - وفقاً للمادة (1/27) من القانون المدني القطري - عندما يختار الطرفان تطبيق قانون دولة متعاقدة. والسؤال الآن: هل يجوز للطرفين الاتفاق على تطبيق قانون التجار أو اتفاقية فيينا تحديداً، وبالتالي التزام المحكمة القطرية بتطبيقها باعتبارها جزءاً من قانون التجار؟

في ظل الصياغة العامة لنص المادة (1/27) المذكورة،³ فإنه لا يشترط أن يكون القانون المختار قانون دولة معينة، وإنما يجوز للطرفين اختيار قواعد قانونية معينة⁴ - مثل قانون التجار (*lex mercatoria*)،⁵ أو تحديداً اتفاقية فيينا⁶ أو مبادئ النييروا لعقود التجارة الدولية.⁷ فالمادة (1/27)، وإن اشترطت أن يكون قانون الموطن المشترك أو قانون محل إبرام العقد قانون دولة معينة، فهي لم

وانظر أيضاً: عبد المجيد المعروف، أعمال القواعد الخاصة في فض منازعات العقد التجاري الدولي، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، عدد 15، 2020، ص 111.

¹ Amin Dawwas, Ibid, p. 65.

² عبد المجيد المعروف، مرجع سابق، ص 111.

³ قارن: هاشم ناصر الدين محمود سويدان، القانون الواجب التطبيق على الجوانب الموضوعية للعقد الدولي: دراسة مقارنة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مج 15، ع 2، 2022، ص 525، مسترجع من: Record/com.mandumah.search://http/1292354 تاريخ الزيارة 2022/11/23.

⁴ هاشم ناصر الدين محمود سويدان، مرجع سابق، ص 525.

⁵ زبيدة عبد الهادي، مرجع سابق، ص 157: "وينسحب تعبير القانون المختار من قبل الأطراف إلى القانون الداخلي الصادر من دولة معينة تتمتع بهذا الوصف طبقاً لأحكام القانون الدولي والأعراف التجارية التي نشأت بين الجماعات العاملة في مجال التجارة الدولية بجانب القانون الداخلي لدولة معينة."

⁶ الفتلاوي، أحمد حسن حلاب / زغير، عباس غانم، أثر الاتفاقيات الدولية في التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، مج 13، ع 47، تموز 2020، ص 56.

⁷ زبيدة عبد الهادي، مرجع سابق، ص 162.

تشتد ذلك في قانون الإرادة، ما يعني أنه يجوز للبائع والمشتري الاتفاق على تطبيق قانون دولة معينة أو قواعد قانونية محددة - كاتفاقية فيينا - على العقد بينهما.¹

وفي التطبيق العملي، فقد اعترفت المحاكم في بعض الدول بإمكانية أن يختار الطرفان اتفاقية فيينا مباشرة لحكم عقد بيع البضائع بينهما، لا سيما وأن أحكامها تتلاءم وهذا العقد.² فمثلاً، في النزاع بين بائع فرنسي ومشتري بلجيكي حول عقد بيع قطن، قررت محكمة (*Rechtbank van Koophandel, Kortrijk*)، في بلجيكا، تطبيق اتفاقية فيينا لأن الطرفين اتفقا أثناء النظر في النزاع على تطبيقها على العقد بينهما.³

وفي نزاع آخر بين بائع روسي ومشتري أوزبكي، حول الثمن، وجدت محكمة (*The Judicial Chamber for Economic Cases, Tashkent*)، في أوزبكستان، أن العقد بين الطرفين ينص صراحة على أنه: (*the agreement between the parties had to be governed by*)

¹ انظر تفصيل ذلك لدى: امين دواس، اختيار الطرفين "قواعد قانونية" للتطبيق على العقد التجاري الدولي أمام المحاكم الوطنية، مجلة الجامعة العربية الأمريكية للبحوث، مجلد 5، العدد 2019/1، ص 95 - ص 99.

² زبيدة عبد الهادي، مرجع سابق، ص 159.

³ حكم رقم (8336)، بتاريخ 1996/12/16. راجع: <http://www.unilex.info/cisg/case/340> تاريخ الزيارة 2022/11/15.

انظر أيضا:

- حكم محكمة (Metropolitan Court of Budapest) في هنجاريا، في قضية (*MALEV Hungarian Airlines v. United Technologies International Inc. Pratt & Whitney Commercial Engine Business*)، رقم (G.50.289/1991/32.3)، تاريخ 1992/1/10: (طبقت المحكمة اتفاقية فيينا بناءً على اتفاق المتعاقدين، أثناء نظر النزاع، على أنها القانون الذي يحكم العقد). راجع: <http://www.unilex.info/cisg/case/43> تاريخ الزيارة 2022/11/15.

- حكم محكمة (Xiamen Intermediate People's Court) في الصين، بتاريخ 1994/9/5: (اعترفت المحكمة باختيار الطرفين، أثناء نظر النزاع، القانون الصيني واتفاقية فيينا لحكم عقدهما، وقامت فعلاً بتطبيقهما على النزاع أمامها حول مطابقة المبيع). راجع: <http://www.unilex.info/cisg/case/211> تاريخ الزيارة 2022/11/15.

- حكم محكمة (Oberlandesgericht Saarbrücken) في ألمانيا، في القضية رقم (U 69/92 1)، بتاريخ 1993/1/13: (وجدت المحكمة أن اتفاقية فيينا هي الواجبة التطبيق بسبب، من ضمن أشياء عدة، اختيار المتعاقدين لها أثناء نظر النزاع). راجع: <http://www.unilex.info/cisg/case/180> تاريخ الزيارة 2022/11/15.

CISG, the INCOTERMS 2010, the national law established under the private international rules of the forum and, in cases where it was impossible to find the relevant applicable law, the Unidroit Principles of International Commercial Contracts). وبناء عليه، فصلت المحكمة بالنزاع وفقا لنصوص اتفاقية فيينا (المادتين 53، 59).¹

وكذلك، طبقت المحاكم في بعض الدول اتفاقية فيينا باعتبارها جزءا من قانون التجار. فمثلا، في نزاع ثار بين بائع برازيلي ومشتري دنماركي، وجدت محكمة (*Court of Appeal, State of Rio Grande do Sul*)، في البرازيل، أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الدنماركي باعتباره قانون البلد الذي تم فيه إبرام العقد. ورغم عدم توفر شروط تطبيق اتفاقية فيينا، وجدت المحكمة أن هذه الاتفاقية (إلى جانب مبادئ الياندرورا) تعد تعبيراً عن قانون التجار الجديد (*new lex mercatoria*)، وبالتالي قامت بتطبيقها على النزاع المعروض أمامها؛ بحسبان أن ذلك يمثل الممارسة العملية الواسعة في مجال البيع الدولية للبضائع.²

وفي نزاع آخر ثار بشأن عقد بيع محلي بين بائع ومشتري إسبانيين، وتحديدًا حول مدى مطابقة المبيع للغرض الخاص الذي يرغب المشتري استعماله فيه، طبقت محكمة (*Audiencia Provincial de Barcelona*)، في إسبانيا، القانون الإسباني (المحلي) على هذا النزاع. غير أن المحكمة أشارت أيضا إلى المادة (35) من اتفاقية فيينا (رغم عدم توفر شروط تطبيقها الواردة في المادة (1) منها)، وذلك لتأكيد الحل الوارد في القانون الإسباني (المحلي). وبذلك تكون المحكمة اعترفت بأن اتفاقية فيينا

¹ حكم محكمة (The Judicial Chamber for Economic Cases, Tashkent) في أوزبكستان، في القضية رقم (4-10-2024/417)، بتاريخ 2021/2/12. انظر: <http://www.unilex.info/cisg/case/2286> تاريخ الزيارة 2022/11/15.

² حكم محكمة (Court of Appeal, State of Rio Grande do Sul) في البرازيل، في قضية (Noridane Foods S.A. v. Anexo Comercial Importação e Distribuição Ltda)، رقم (70072362940)، بتاريخ 2021/7/14. انظر: <http://www.unilex.info/cisg/case/2036> تاريخ الزيارة 2022/11/15.

تعد جزءا من قانون التجار، وأن القانون الإسباني المحلي يتماشى وهذه الاتفاقية فيما يخص المسألة محل النزاع.¹

ولعل ما يساعد المحاكم في دولة قطر على تبني هذا النهج أن التوجهات الحديثة على الساحة التجارية الدولية في هذا الخصوص،² والتي تكرسها مبادئ لاهاي لسنة 2015 بشأن اختيار القانون المنطبق على عقود التجارة الدولية،³ تسمح بذلك صراحة. فالفقرة الرابعة من ديباجة هذه المبادئ تنص على أنه: "يجوز للمحاكم وهيئات التحكيم تطبيق هذه المبادئ"، وتنص المادة (3) منها على أنه: "يجوز للأطراف أن تختار أن يكون القانون المنطبق قواعد قانونية عموما على المستوى الدولي أو فوق الوطني أو الإقليمي بوصفها مجموعة من القواعد المحايدة والمتوازنة، ما لم ينص قانون بلد المحكمة على خلاف ذلك." ولأن هذه المواصفات جميعها تتوفر في اتفاقية فيينا، فيجوز للمحكمة القطرية أن تطبق هذه الاتفاقية إذا ما اختار البائع والمشتري تطبيقها على عقدهما.

ويساعد على ذلك أيضا أن نص المادة (6) من اتفاقية فيينا (السابق ذكره) يأخذ بمبدأ سلطان الإرادة في مجال عقود البيع الدولية، وأن المادة (1/1-ب) من اتفاقية فيينا تسمح للطرفين باختيار تطبيق هذه الاتفاقية على عقدهما. ففي النزاع بين بائع هولندي ومشتري إنجليزي، حول مدى مطابقة المبيع للمواصفات المطلوبة، وجدت محكمة (*Rechtbank Oost-Brabant*)، في هولندا، أن الطرفين اتفقا في العقد على أن تحكمه اتفاقية فيينا. ولذلك، قضت المحكمة بأن هذه الاتفاقية هي القانون الواجب التطبيق سندا لنص المادة (1/1-ب) منها.⁴

¹ حكم محكمة (Audiencia Provincial de Barcelona) في إسبانيا، في قضية (Manipulados del Papel y Cartón, SA vs. Sugem Europa, SL)، بتاريخ 1997/2/4. انظر: <http://www.unilex.info/cisg/case/894> تاريخ الزيارة 2022/11/15.

² هاشم ناصر الدين محمود سويدان، مرجع سابق، ص525.

³ انظر: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135> تاريخ الزيارة 2022/11/15.

⁴ حكم محكمة (*Rechtbank Oost-Brabant*) في هولندا، في قضية (Genson B.V. v. S&A Produce Ltd)، رقم (C/01/322578 / HA ZA 17-428)، بتاريخ 2018/2/28. انظر: <http://www.unilex.info/cisg/case/2162> تاريخ الزيارة 2022/11/15.

وفي أسوأ الأحوال، فإذا لم ترغب المحكمة الوطنية في دولة قطر بالاعتراف باتفاقية فيينا على أنها القانون الذي اختاره البائع والمشتري لحكم عقدهما، فلا تستطيع هذه المحكمة أن تنكر انصراف إرادة الطرفين إلى تطبيقها، ما يعني التزام المحكمة بتطبيقها باعتبارها جزءاً من بنود العقد، وبما لا يتعارض مع النصوص الأمرة في القانون الوطني الواجب التطبيق وفقاً لقواعد الإسناد القطرية. ولأن النصوص الأمرة في القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للبضائع التي يمكن أن تتعارض مع نصوص اتفاقية فيينا، في حالة إدماجها في العقد بين الطرفين، قليلة نسبياً، فإنه لا يوجد حقيقة اختلاف كبير بين أن يختار البائع والمشتري اتفاقية فيينا كبنود في العقد أو كقانون يحكم العقد.

الخاتمة

تبين أن دولة قطر، وخلافا لبعض الدول العربية، لم تتضمن بعد لاتفاقية فيينا الخاصة بعقود البيع الدولية للبضائع. ولذلك، ولأنه لا يوجد على دولة قطر أي التزام دولي بتطبيق هذه الاتفاقية، ينبغي أن تقوم محاكمها الوطنية بالفصل في المنازعات المتعلقة بالبيع الدولية وفقا لما تقرره قواعد الإسناد فيها.

واستنادا إلى المادة (27) من القانون القطري، يسري على عقود التجارة الدولية (بما فيها عقود البيع الدولية للبضائع) قانون الإرادة، وإلا قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، وإلا قانون محل إبرام العقد. وعليه، وإذا تبين أن القانون الواجب التطبيق، وفقا لهذه المادة، هو قانون دولة طرف في اتفاقية فيينا، وجب على المحكمة القطرية تطبيق هذه الاتفاقية باعتبارها جزءا لا يتجزأ من القانون النافذ في الدولة التي تعين قانونها للتطبيق. ويؤيد ذلك أن المادة (1/1-ب) من اتفاقية فيينا ذاتها تنص على ضرورة تطبيق هذه الاتفاقية عندما تشير قواعد القانون الدولي الخاص (وهنا قواعد الإسناد) إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة.

وقد تبين أيضا أنه ينبغي على المحاكم في دولة قطر تطبيق اتفاقية فيينا على المنازعات المتعلقة بالبيع الدولية، استنادا إلى قواعد أخرى في القانون الدولي الخاص (كالمادة 34 من القانون المدني القطري). وهذا هو الحال عندما يختار الطرفان تطبيق اتفاقية فيينا (بشكل مباشر أو باعتبارها جزءا من قانون التجار) أو عندما يتعذر الوصول إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

وبناء على ما تقدم، يوصي الباحث بما يلي:

1- من أجل توسيع دائرة تطبيق هذه الاتفاقية من قبل المحاكم القطرية، ينبغي على دولة قطر الانضمام إليها والالتزام بأحكامها. ولعل ما يشجع على ذلك أن عدد الدول الأطراف في اتفاقية فيينا بلغ (95) دولة، وأن منها بعض الدول العربية (7 دول)، ما يجعل الفصل في حل منازعات البيع الدولية للبضائع يتم على وفق الأحكام الواردة في هذه الاتفاقية. إن الانضمام إلى اتفاقية فيينا يزيد من حركة البيع الخارجية، على اعتبار أن ذلك يشجع المتعاملين الأجانب

على التعاقد مع الأفراد والشركات في دولة قطر، وذلك لعلمهم المسبق بأن الذي يحكم عقودهم هو قانون موحد، ويسري في دول مختلفة في العالم.

2- وإلى أن يتم هذا الانضمام، ينبغي على القضاء القطري تفسير المادة 27(1) من القانون المدني القطري تفسيراً واسعاً، يكفل تطبيق اتفاقية فيينا على عقد البيع الدولي للبضائع، وذلك كلما تبين أن القانون الواجب التطبيق عليه هو قانون دولة متعاقدة، أو عندما يتعذر الوصول إلى مضمون هذا القانون.

3- ضرورة عقد الندوات والمؤتمرات في دولة قطر حول اتفاقية فيينا، وذلك من أجل رفع الوعي لدى الوسط القانوني بأحكام هذه الاتفاقية وأهميتها على الساحة التجارية الدولية.

قائمة المراجع

باللغة العربية:

1. أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي - دراسة لأحكام الجنسية الإماراتية ولحلول مشكلات تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين في القانون الإماراتي، مكتبة الجامعة، الشارقة / إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2015.
2. السيد خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، عدد 35، 2008، ص 80 - ص 125.
3. امين دواس، تنازع القوانين في فلسطين دراسة مقارنة (في ضوء أحكام القضاء)، دار الشروق، عمان (الأردن) / رام الله (فلسطين)، 2014.
4. زبيدة عبد الهادي، القواعد المادية لمنازعات عقود قانون التجارة الدولية في الأنظمة العربية في إطار الاتفاقيات الدولية: دراسة مقارنة، المجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث، مج3، ع2، 2017، ص 152 - ص 172. مسترجع من: <http://search.mandumah.com/Record/813271>
5. صلاح علي حسين، الوجيز في تحديد قانون العقد التجاري الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2016.
6. عبد المجيد المعروف، أعمال القواعد الخاصة في فض منازعات العقد التجاري الدولي، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، عدد 15، 2020، ص 109 - ص 120.
7. هاشم ناصر الدين محمود سويدان، القانون الواجب التطبيق على الجوانب الموضوعية للعقد الدولي: دراسة مقارنة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مج15، ع2، 2022، ص 520 - ص 537، مسترجع من: [Record/com.mandumah.search://http/1292354](http://1292354.com.mandumah.search://Record/com.mandumah.search://http/1292354)

باللغات الأجنبية:

1. Amin Dawwas, Applicability of CISG to Kuwaiti Businesses, *Kuwait International Law School Journal* 2(7) (2014), pp. 27–98.
2. Antonin I. Pribetic, An "Unconventional Truth": Conflict of Laws Issues Arising under the CISG, *Nordic Journal of Commercial Law* (2009), pp. 1–48, available Online at: http://www.njcl.utu.fi/1_2009/article3.pdf.
3. Burghard Piltz, Neue Entwicklungen im UN–Kaufrecht, *NJW* (2011), pp. 1–21, at 3, also available Online at: http://www.cisg-library.org/content_deutsch/publikationen.php?id=7.
4. Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods prepared by the Secretariat (UN DOC. A/CONF. 97/5) ("Secretariat Commentary"), available Online at: <http://www.globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=644>.
5. Erik Jayme, in: C. M. Bianca / M. J. Bonell (eds.), *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè: Milan (1987) {Commentaries by J. Barrera Graf, H.T. Bennett, C.M. Bianca, M.J. Bonell, G. Eörsi, M. Evans, E.A. Farnsworth, W. Khoo, V. Knapp, O. Lando, D. Maskow, B. Nicholas, J. Rajski, K. Sono, D. Tallon, M. Will}.
6. K. Siehr, in: H. Honsell (ed.), *Kommentar zum UN–Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)* [Commentary on the CISG article by article] [by Karollus, Magnus, Melis, Schnyder, Schönle, Siehr, R. H. Weber], Berlin/Heidelberg/New York: Springer (1997).
7. Rolf Herber, in: E. von Caemmere / P. Schlechtriem (eds.), *Kommentar zum Einheitlichen UN–Kaufrecht – CISG –* [Commentary on Uniform UN–Sales Law] [commentaries by Eberstein, Hager,

Herber, Huber, Junge, Leser, Schlechtriem, Schwenger, Stoll, Stumpf],
München: Beck, 2nd ed. (1995).

8. UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2016 Edition, United Nations, New York, 2016.

تقييم العدالة الموضوعية لحجية سند الملكية العقارية في النزاعات العائلية
دراسة تحليلية مقارنة

الدكتور عز الدين المحجوب
أستاذ القانون المدني المشارك
كلية القانون جامعة قطر

الدكتور ياسر الافتيحات
أستاذ القانون المدني المشارك
كلية القانون جامعة قطر

تاريخ القبول: 2023-02-22

تاريخ التسليم: 2023-01-08

**Critical Assessment of Fairness in the Indefeasibility Doctrine in
Family Real Property Disputes: Comparative Legal Analysis**

Dr. Ezieddin Elmahjub

Associate Professor of Law

Qatar University.

Dr. Yassir Al Iftaihat

Associate Professor of Law

Qatar University

ملخص البحث: تقرر تشريعات الملكية العقارية مبدأ حجية الشهادات العقارية الصادرة من دوائر الشهر العقاري. والشهادة الصادرة، وفقاً للاشتراطات الشكلية والموضوعية، حيث تعتبر، وبحسب الأصل، حجة في مواجهة الكافة بلا استثناء. فثبتت بها ملكية العين العقارية محل السند بأوصافها الواردة في ذلك السند وباسم الشخص المذكور فيه حصراً. ويحصل في بعض الأحيان، وخاصة بين الزوجين، أن تساهم الزوجة بعمل أو مال في شراء عقار أو أكثر. وبعد الطلاق أو الوفاة يحتج الزوج أو ورثته بالسند الرسمي الذي يعده المالك الوحيد لأنه المالك المسجل. فهل من حسن النظر عدلاً أن تبقى الشهادة عنواناً للحقيقة في شأن اثبات ملكية الزوج وحدودها؟

في القوانين الانكلوسكسونية المقارنة وخاصة قانون الملكية العقارية الإنجليزي والاسترالي طرح القضاء مبدأ الأمانة المفترضة (Constructive Trust) فبموجب هذا المفهوم لا يمكن للزوج الاحتجاج بالسند العقاري في مواجهة الزوجة ويمكن للأخيرة اثبات مساهمتها المباشرة من خلال المال أو العمل في تحصيل ملكية العين محل النزاع. فهل يمكن الوصول للنتيجة ذاتها في القوانين العربية؟ سيسعى هذا البحث للإجابة عن هذا السؤال وفقاً لما هو كائن وما يجب أن يكون في التشريعات العربية مع الاسترشاد بأصول التشريع الإسلامي ومقاصده في إطار مقارنة.

الكلمات المفتاحية: الملكية العقارية - الشهادة العقارية - حجية السند العقاري - الكد والسعاية - الفقه الإسلامي.

ABSTRACT:

Comparative real property laws deem certificates of ownership as indefeasible proof of ownership once issued by a competent government registrar of real property. The certificate of ownership that satisfies formal and substantive legal requirements can be enforced against any and all third parties. It is the frame of reference for the identity of the registered proprietor as well as the property rights and encumbrances related to the house or land. In many cases involving family disputes, especially among spouses, a family member would contribute with money or labour towards acquiring the ownership of the property. However, after divorce, one of the spouses, usually the husband, would claim exclusive property ownership since he is the only registered owner. Would this outcome be fair in situations where the wife has already contributed to the ownership but without being included in the certificate of ownership?

In common law jurisdictions such as the United Kingdom and Australia, courts have established the doctrine of constructive trust. Under this doctrine, the husband as the registered proprietor cannot rely on the indefeasibility of the certificate of ownership to the exclusion of his wife if the wife can prove that she made monetary or non-monetary contributions towards acquiring ownership. One might ask, would it be possible to arrive at the same conclusion under property laws in the Arab world? This paper will address this question by investigating the current status of real property ownership and its limits compared to common law and Islamic jurisprudence.

Keywords: Real Estate Ownership - Property Certificate - Authenticity of the Property Deed- Principle of Effort and Exertion- Islamic Jurisprudence

مقدمة:

تعد المساكنة والتراحم ركيزة أساسية في نظام الزواج في الشريعة الإسلامية مصداقاً لقوله تعالى (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۗ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ)¹. وكل ذلك يتوافق مع أهم المقاصد الشرعية من عقد الزواج المحفوف بالمودة والرحمة ترغيباً من الله للإنسان في الإبقاء على الجنس البشري². ورغم ذلك تباينت أحوال الناس في مسألة الزواج، فمن الرجال من يرغب بالمرأة لمالها أو حسبها بهدف تحسين الرفاه الاقتصادي والاجتماعي له من خلال صلته بعائلة زوجته، فالغاية هنا هي الاستفادة مما تملك الزوجة من مال وورثته أو كسبته قبل الزواج أو ما ستكسبه خلال حياتهما الزوجية، وليس في ذلك كله ضير، بشرط أن لا يكون هذا هو المقصد الوحيد بحيث تخرج عقد الزواج عن مقاصده الشرعية، الذي يهدف لإنشاء أسرة قوامها المودة والرحمة بين الزوجين وليس المصالح المالية والشخصية؛ التي ما إن تنتهي حتى يحصل الطلاق أو الفراق وتتبعه في الغالب، العداوة والبغضاء بين الزوجين من ناحية وأسرتيهما من ناحية أخرى³. ورغم كل ما يتضمنه عقد الزواج من معانٍ سامية إلا أن الشريعة

¹ سورة الزوم الآية 21.

² عرفت المادة 9 من قانون رقم (22) لسنة 2006 بإصدار قانون الأسرة القطري عقد الزواج على أنه: عقد شرعي بين رجل وامرأة على وجه الاستدامة، غايته السكن والإحسان.

³ نجد أن الناس تباينوا بحسب حاجاتهم في إبرام عقد الزواج، حتى أن الرسول عليه الصلاة والسلام قد أخبرنا بأحوال الناس ففي حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: تتكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، ولجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك. أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدين، رقم: (5090)، ومسلم، كتاب الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين، رقم: (1466). فالحديث يفيد أن الرغبة في المرأة مرتبطة بعدة عوامل لكن الإسلام يحث على رقي الإنسان والبحث عن المقصد الشرعي من الزواج وهو حفظ النسل الذي يلزم وجود أسرة تفهم المقصد من عقد الزواج وهو إنشاء أسرة لها نفع للمجتمع، وليس التكاثر بالصورة التي تتكاثر بها البهائم. فعندما يخبرنا الشرع عن أحوال الناس يحث على أن يكون مطمح نظر أصحاب العقول المستتيرة هو الدين لأن المسؤولية عظيمة في التربية ونشأة ذرية صالحة وإن أتت الصفات الثلاث الأخرى إلى جنب ذلك فهذا خير لا تتكره المقاصد الشرعية. فالتباين بين غايات الناس من الزواج تشابه مسألة الحج الذي هو ركن من أركان الإسلام فغاية الحج هو

الإسلامية أبقّت على مبدأ انفصال الذمة المالية بين الزوج وزوجته، فليس له سلطان على مالها والعكس كذلك، إنما معاشرة بإحسان مع وجوب أن يلتزم الزوج بالإففاق على الزوجة والأولاد. وقد تبنت القوانين العربية هذا الأصل وهو انفصال الذمة المالية بين الزوجين اقتداءً بالشريعة الإسلامية. فأصبح الغالب في أحكام الزواج في مختلف المذاهب الفقهية المعتمدة، أن يتكفل الزوج بتوفير مسكن الزوجية وعموم الملكية العقارية التي تستخدم خلال فترة الزواج لمن بسط الله له الرزق في المساكن والمزارع. ورغم أن هذا متوافق مع نظام انفصال الذم بين الأزواج فإن التطبيق الحرفي للأحكام المُهمل للمقاصد الشرعية، والتي يلزم أن تتناسب وظروف كل زمان ومكان قد تنتج عنه نتائج تخالف مراد الله من تشريعه¹، وكذلك يلبس الحق بالباطل ويصبح الناس محكومين بأحكام ظاهرها من الشرع وباطنها يمثل الانحراف والخروج عن مقاصد شرع الله، فتصبح شريعة الله صيداً يصطاد فيها من في قلبه مرض، فيعلوا صوته في القول بجمود الفقه الإسلامي وأنه لم يعد يناسب تطور المجتمع، فيبحثون في شرائع مغايرة عن أشياء لا تتناسب واقعنا الاجتماعي ويعملون على تطويع النصوص القانونية التي تحكمننا. وحيث إننا نعيش في ظل منظومة إعلامية واجتماعية متباينة الآراء والأهواء نجد أنه لا مفر من إعادة قراءة المستجدات التي طرأت منذ أكثر من نصف قرن، على واقعنا الأسري حيث أصبحت الزوجة في كثير من الأحيان تعمل خارج البيت؛ في وظيفة عامة أو خاصة بمرتب يقارب مرتب الزوج أو يزيد؛ وتساهم في شراء الأرض وكذلك نفقات إنشاء

الذهاب إلى بيت الله الحرام لكن لا ضير أن يستفيد الحاج من الإتجار فيكون له منافع غير الحج لكن ذلك يلزم ألا يكون هو الأساس من الذهاب للحج.

¹ وقد ذكر ابن عابدين ذلك في قوله: "فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله ولحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ورفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن إحكام" للمزيد حول ذلك انظر: محمد الكدي العمراني، فقه الأسرة المسلمة في المهاجر (هولندا أنموذجاً)، رسالة دكتوراه مقدمة في جامعة محمد الأول، المغرب، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان.

العقار الذي سيكون منزل الزوجية¹. لكن غالباً ما يكون سند الملكية العقارية، باسم أحدهما دون الآخر، وغالباً ما يكون الزوج بحجة أنه هو من يتابع هذه المسائل ولكونه أكثر إماماً بالإجراءات الإدارية والمتطلبات القانونية، وربما كانت حالة الألفة والمودة بينهما كبيرة فنترك الزوجة كل ما تملك بيد الزوج ظناً بالغالب ان الزوج يؤسس مسكناً للعائلة وقد يحصل ان يستحوذ الزوج على العقار ويستبعد زوجته²، وحتى في حالة وفاته ستجد أن كل شيء سيوزع ضمن تركته بين الورثة وهي منهم وربما حرمت بسبب مانع من موانع الإرث مثل اختلاف الدين³.

أهمية البحث:

¹ قد يتأتى الحصول على الأرض بسبب الوظيفة، وقد يكون الزواج مانعاً من حصول الموظفة على أرض إن كان زوجها قد حصل على أرض وهذا يعد من أهم المبادئ القانونية المعتمدة في التشريع العراقي - ويتمثل هذا المبدأ بالآتي (إن حصول أحد الزوجين على قطعة أرض سكنية من الدولة قبل قيام الرابطة الزوجية بينهما أو بعدها يمنع الزوج الآخر من الحصول على قطعة أرض سكنية). انظر قرار رقم 2015/1. منشور في موقع وزارة العدل العراقية. لذا قد يكون منطقياً الحديث عن حق للزوجة بشرط هذه الأرض.

[/ https://www.moj.gov.iq](https://www.moj.gov.iq)

² انظر مصداقاً لذلك، مقال بقلم شيرين النعنيش، الطلاق: "عملت لأكثر من عشر سنوات، لكنّ طريقي استحوذ على كل شيء"، في BBC بتاريخ 11 أغسطس 2021. تاريخ الزيارة 2022/12/27.

<https://www.bbc.com/arabic/middleeast-58072288>

³ رغم ان البحث يتناول سند الملكية في النزاعات العائلية الا انه يركز ويشكل أساساً على الزوجة. ذلك لا يعني خصها لوحدها بأي حماية تشريعية قد يقترحها هذا البحث وإنما اخذها مثالا للغالب كما نبين عند تناولنا للتطبيقات القضائية في الدول الانكلوسكسونية. لذلك فمن المتصور ان تتوافر الحماية المقترحة ان كنا بصدد حالة الزوج الذي يكذب ويسعى خارج البلد ويسجل العقار باسم زوجته

تتمثل أهمية هذا البحث في بيان مدى اتساق قواعد الشكلية القانونية في حجية السند العقاري مع قواعد العدالة التي تفرض التوازن في العلاقات الإنسانية وتأبى الظلم البواح فيها. بداية، فإن الغاية التي هدف إليها المشرع من الشكلية هي حفظ الحقوق، غير أنها قد لا تأتي أكلها في كل الأحوال بل تصبح على النقيض من ذلك سبباً لضياع الحق؛ لا سيما بين الأقارب لوجود المانع الأدبي؛ فالزوجة التي ساهمت بمالها الذي كسبته قبل الزواج أو أثناء العلاقة الزوجية وساهمت في إنشاء بيت الزوجية تجد نفسها بسبب الشكلية الصارمة التي لا تستثنيها غير قادرة على الطعن بحجية السند الرسمي، فنصيبها في العقار غير ممكن الإثبات والنظام المالي الذي يقضي بانفصال الذمة المالية يساهم في تأكيد ما إذا كان السند باسم الزوج فالعقار له وإذا ما كان باسم الزوجة فالعقار لها، والأثر الذي يترتب على ذلك هو أن تقف الزوجة عاجزة عن إثبات نصيبها فيما أنفقت فتجد الزوج يملك العقار بعد الطلاق وتحرم هي من حقها أو أن يشترك ورثة الزوج؛ بعد وفاته؛ معها في بيت الزوجية رغم أنها قد تملك في الأصل بعض العقار بما أنفخته من مالها، وبالتالي لا يكون لها إلا نصيبها الشرعي الذي قد يكون أقل حتى ممّا أنفقت.

مشكلة البحث:

تتمثل المشكلة في البحث عن حل لجمود النصوص القانونية، التي تؤكد على حجية السند الرسمي (الشهادة العقارية) الذي لا يمكن الطعن به إلا عن طريق الادعاء بالتزوير، أفلا يفترض بنا أن نجد حلاً منصفاً إحقاقاً للحق؟ فقد تساهم الزوجة في تملك الزوج لعقار أو أكثر لتجد نفسها عند الطلاق أو بعد وفاة الزوج عرضة لضياع حقها بسبب إنكار الزوج أو مشاركة ورثته في قسمة العقار الذي ساهمت من مالها فيه. هذه المُحصلة غير المتوازنة قد تحدث بسبب جمود مبدأ حجية السند الرسمي الذي لا يستثني الزوجة، فهل يكون المانع الأدبي سبباً يميّن الزوجة في الطعن بحجية السند الرسمي؟ وهل يمكن إيجاد طرق أخرى كدعوى الإثراء بلا سبب؟ لحفظ حقوقها المهضومة، ثم ما هو موقف التشريعات العربية من ذلك؟

فقد أوجدت القوانين الانكلوسكسونية حلولاً تفصيلية للنزاعات العقارية التي تكون الزوجة طرفاً فيها. لذلك سنعرّج على بيان هذه الحلول ثم نتناول بالتفصيل مضمون ونطاق ومستقبل حجية السند العقاري في الدعاوى التي تكون الزوجة طرفاً فيها. فما يلزمنا أن نتطلع له هو إيجاد الحلول العادلة مراعين لمبدأ أساسي متمثل بأن الملكية العقارية حق رئيس تحميه الدساتير حول العالم وتحفه

بالقداسة فلا ينتهك ولا ينزع إلا في الأحوال التي نص عليها القانون وفي مقابل تعويض عادل. وعليه ستكون دراستنا مقارنة بين النظام الانكلوسكسوني والقوانين العربية، لبلورة حل قانوني وأخلاقي يحقق العدالة لجميع أصحاب المصلحة.

خطة البحث

المبحث الأول: حجية السند العقاري وأثره في ضمان الحقوق المالية في الأنظمة الانكلوسكسونية

المطلب الأول: حجية تسجيل التصرفات العقارية وأثرها في حفظ العدالة الشكلية

المطلب الثاني: نظام العدالة الموضوعية (Equity System) وأثره في حفظ الحقوق المالية للأزواج

المبحث الثاني: حجية السند العقاري وأثره في ضمان الحقوق المالية في الأنظمة القانونية العربية

المطلب الأول: حجية تسجيل التصرفات العقارية ودور القضاء في تفسيرها

المطلب الثاني: رؤية تطويرية في حجية الشهادة العقارية في القوانين العربية

المبحث الأول: حجية السند العقاري وأثره في ضمان الحقوق المالية في الأنظمة الانكلوسكسونية

المبدأ العام في القوانين الأنكلوسكسونية أن السند العقاري حجة قطعية ما دام الذي يتضمنه شكلاً لا يتنافى تنافياً صارخاً مع الحقيقة الموضوعية لحق الملكية العقارية. في المطلب الأول سنتناول مفهوم ونطاق حجية السند العقاري في الأنظمة الانكلوسكسونية. وفي المطلب الثاني سنبيّن كيف تدخلت المحاكم الإنجليزية والأسترالية للحد من حجية السند العقاري عندما يؤدي التمسك بالشكلية الإجرائية لانتهاك قواعد العدالة الموضوعية.

المطلب الأول: حجية تسجيل التصرفات العقارية وأثرها في حفظ العدالة الشكلية

كانت الدول الأنكلوسكسونية تتبنى وبشكل حصري النظام الشخصي في قيد التصرفات العقارية فيما يعرف بقيد سندات الملكية (Deed Registration System).¹ بموجب هذا النظام، يتم الاعتماد بشكل رئيس على حيازة عقد البيع أو السند الناقل للملكية من البائع للمشتري أو ما يثبت انتقال العقار من المالك السابق للمالك الجديد عبر الميراث أو الوصية. وفي حال الرغبة في نقل ملكية عقار، فعلى البائع أن يثبت ملكيته للعقار ليس فقط بإبراز العقد التي تلقى به الملكية بل أيضاً العقود التي تلقى بها أسلافه حق الملكية فيما يعرف بسلسلة السندات العقارية Chain of Ownership.²

لقد بدأت بعض الدول ذات النظام الأنكلوسكسوني في التحول من النظام العقاري الشخصي إلى النظام العيني في منتصف القرن التاسع عشر. حيث نشأ أول نظام للتسجيل العقاري العيني في

¹ Henssen, Jo. "Basic principles of the main cadastral systems in the world."

Proceedings of the one-day seminar held during the Annual Meeting of Commission. Vol. 7. 1995, 7.

² Rose, Carol M. "Possession as the Origin of Property." The University of Chicago Law Review 52.1 (1985): 73-88.

مقاطعة جنوب أستراليا سنة 1858 على يد السير روبرت تورنس (Sir Robert Torrens).¹ وتم تضمينه في قانون الملكية العقارية لولاية جنوب أستراليا الصادر في سنة 1858 The Real Property Act 1858) ثم تلقت هذه المنظومة بقية الدول ذات النظام القانوني الانكلوسكسوني وعلى رأسها المملكة المتحدة بداية من سنة 1862 بموجب قانون إنشاء مكتب التسجيل العقاري الملكي Her Majesty's Land Registry² وانتقل النظام تدريجياً لعدد من الولايات الأمريكية وعلى رأسها كاليفورنيا سنة 1914.³

لقد قدم نظام التورنس للتسجيل العقاري العيني لأول مرة مفهوم الحجية القطعية للشهادة العقارية Notion of Indefeasibility of Title. فوفقاً لهذا المفهوم فإن الحدث المنشئ للملكية العقارية ليس عقد البيع العقاري وإنما العمل الإداري المتمثل في تسجيل البيع في دائرة الشهر العقاري.⁴ فمن حيث المبدأ، عند تقييم طلب التسجيل وصدور قرار جهة الإدارة بتسجيل ملكية عقارية لصالح شخص ما، فإن المالك المسجل Registered Proprietor يحظى بحجية قطعية حول ملكيته للعين العقارية يحتج بها في مواجهة الكافة.

¹ Esposito, Antonio. "Ulrich Hubbe's Role in the Creation of the 'Torrens' System of Land Registration in South Australia." *Adelaide Law Review*, The 24.2 (2003): 263–303.

² United Kingdom, Land Registration Act, 1862,
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/25-26/53/enacted>

³ Editorial Note, (1985) "Possessory Title Registration: An Improvement of the Torrens System," *William Mitchell Law Review*: Vol. 11: Iss. 3, Article 6. Available at:
<http://open.mitchellhamline.edu/wmlr/vol11/iss3/6>

⁴ Robert Norris Chambers, *An introduction to property law in Australia*. Wolters Kluwer, Year: 2013, 558

فبموجب هذا النظام يعد السند وحده عنواناً للحقيقة. فالمالك المسجل في الشهر العقاري يملك العقار بالأوصاف والقيود الواردة في الشهادة العقارية. ولا تأثير لأي دفع من عقد البيع مرتبطة بمعظم عيوب الإرادة مثل الغلط والإكراه والغبن. ولا يمكن كذلك استحضار دفع مرتبطة بتنفيذ عقد البيع كعدم دفع الثمن مثلاً. فمتى سجل المشتري، لا ينازع في الملكية. ولا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير أو الغش. وحتى في حال حصول التزوير أو الغش فإن دائرة التسجيل العقاري تكون ملزمة بتعويض المالك المتضرر من عملية الغش باعتبارها سجلت تصرفاً معيياً وفقاً لما يعرف بنظام تأمينات الشهر العقاري¹ Torrens Insurance System.

بيد أن نظام الشهر العقاري بالصورة السابق توضيحها يعمل في إطار محاكم القانون في النظام الأنكلوسكسوني. وهي محاكم تستند إلى فكرة العدالة الشكلية وفقاً لموجبات التشريع Legal Formalism. فهنا يحدد الحق الذي يحميه القانون بمرجعية تشريعية فقط. فعلى سبيل المثال، ينص القانون على أن المالك المسجل هو المالك الحقيقي والوحيد. بحسب فكرة العدالة الشكلية، فالصواب هو تمكين المالك المسجل من استعمال العقار واستغلاله ومنحه حق التصرف فيه حتى ولو حامت شكوك موضوعية حول كيفية حصوله على العقار. لكن هذه الصورة من صور تطبيق القانون ليست الصورة الوحيدة في النظم الأنكلوسكسونية، فهناك ما يعرف بنظام العدالة الموضوعية الذي يتدخل للحد من جمود الصياغة التشريعية. وهذا النظام أثر بشكل كبير جداً في حدود حجية السند العقاري على نحو ما سنبين أدناه.

المطلب الثاني : نظام العدالة الموضوعية (Equity System) وأثره في حفظ الحقوق المالية للأزواج

تميّز نظام التقاضي في بريطانيا (ومن ثم الدول ذات النظام الأنكلوسكسوني) بوجود نظام العدالة الموضوعية. وهو نظام للسوابق القضائية كان يدار عبر محكمة المستشارية الملكية English Court of Chancery لتحقيق العدالة العامة أو العدالة الطبيعية عندما يؤدي تطبيق

¹ Robert Norris Chambers, op.cit 11.

القانون بمحتواه الشكلي الصارم إلى نتائج غير عادلة¹. وأبرز تطبيقات قواعد العدالة نجدها في نزاعات الملكية العقارية². ففي مجال الملكية العقارية اعترفت القوانين في الدول ذات النظام الانكلوسكسوني بنظام التسجيل الشكلي كوسيلة لتوثيق وإثبات الملكية العقارية منذ العام 1858 كما ذكر في الصفحة السابقة، لكن يحصل في العمل أن يكون هناك تضارب بين الحجية الشكلية للسند وبين تمثيله للحقيقة الموضوعية. فلربما يكون المالك المسجل على السند العقاري ليس المالك الحقيقي كأن يسجل أخ باسم أخيه عقارا لم يدفع المالك المسجل ثمنه. أو تشارك الزوجة في دفع أقساط البيت من حر مالها ويسجل الزوج في سند الملكية باعتباره المالك الوحيد. هنا يكون من المتوقع في بعض الأحيان أن يستغل المالك المسجل صرامة النظام التشريعي للتسجيل ويدعي ملكيته الكاملة للعين العقارية ويشرع في الظهور عليها بمظهر المالك استعمالا بالسكنى أو استغلالا بالانتفاع أو تصرفا في الرقبة. فهنا تدخل منظومة العدالة الموضوعية عبر ما يعرف بقواعد النزاهة Equity and Trust. والمبدأ الأساسي في هذه المنظومة عدم السماح باستخدام الشكلية التشريعية كوسيلة لارتكاب الغش Equity will not allow legislation to be used as an instrument of fraud³.

وباعتبار أن نظام الملكية العقارية بصورته المعروفة في أغلب دول العالم نشأ في استراليا، فيمكن شرح المفاهيم الرئيسة لقواعد العدالة الموضوعية في تقرير تحديد نطاق حق الملكية العقارية عبر السوابق القضائية في استراليا. خاصة أنها تتشابه مع السوابق القضائية في بريطانيا مهد النظام الانكلوسكسوني برمته⁴. وهناك ثلاثة مبادئ قانونية تستخدمها المحاكم في النظام الانكلوسكسوني

¹ Haskett, Timothy S. "The Medieval English Court of Chancery." Law and History Review 14.2 (1996), 245.

² Samantha Hepburn, Principles of Equity and Trusts Law 2nd edition, 2001, 3.

³ Mark Pawlowski, Fraud, Legal Formality and Equity, 2001

⁴ *Stack v Dowden* [2007] UKHL 17; *Jones v Kernott* [2011] UKSC 53

للد من الشكلية المفرطة في نظام الملكية العقارية وتهذيب الحجية الصارمة للسند العقاري في إطار العلاقات الأسرية بشكل عام. أولها يعرف بنظام النزاهة التبعية، والثاني النزاهة القائمة على النية المفترضة. والثالث عدم جواز الادعاء بالملكية المسجلة بسوء نية.

الفرع الاول: النزاهة التبعية Resulting Trust

أولى هذه الأنظمة هي ما يعرف بالنزاهة التبعية Resulting Trust. حيث يقوم هذا النظام على افتراض مساهمة أحد أفراد العائلة (غالبا الزوجة) بشكل مباشر إما جزئيا أو كليا في ثمن شراء العقار المبيع مساهمة مالية. ويحصل عملا ظهور الزوج مثلا لوحده في سند الملكية العقارية باعتباره المالك الحصري.¹ وقد يحصل في بعض الأحيان أن يقوم شخص مقيم بالخارج مثلا، بشراء عقار يسجله باسم أبيه أو أخيه بسبب عدم تمكنه من الحضور للبلد أو بسبب تخوف من إجراءات حجز أو مصادرة. فيدفع المشتري الحقيقي للعقار الثمن بالكامل ويتم تسجيل العقار باسم الأب أو الأخ. في هذه الحالات تتدخل قواعد العدالة الموضوعية عبر مبدأ النزاهة التبعية وتمنع المالك المسجل من الاحتجاج بالسند العقاري في مواجهة الزوجة أو الأخ أو الابن حتى في ظل عدم وجود ورقة ضده كما هو معروف في الاتفاقات الصورية. ومن أشهر القضايا التي حكمت فيها المحكمة العليا الاسترالية بحق المرأة في الملكية العقارية المشتركة مع الرجل هي قضية *Calverly v Green* (1984) 155 CLR 242. ففي هذه القضية استمرت السيدة (قرين) ولمدة عشر سنوات في المساهمة مع الزوج وبدرجات متفاوتة في دفع ثمن منزلها إلى أن انتهت العلاقة بينهما. وعندما طالبت بحصتها في المنزل، دفع الزوج بعدم أحقيتها في أي جزء من المنزل واستند للحجية القطعية للسند العقاري وحقيقة أنه المالك الوحيد للمنزل مستندا للحماية التشريعية التي يفرضها القانون لصالح الحجية الشكلية للمالك المسجل. فلم يكن للزوجة من وسيلة لإثبات دعواها. فعلى سبيل المثال لم تتمكن من إنتاج ورقة ضد تثبت صورية الملكية الخالصة للزوج. وهنا رفضت المحكمة العليا هذا الطرح، مستندة إلى نظام النزاهة التبعية وقررت حق الزوجة في الملكية المشتركة للمنزل استنادا إلى مساهماتها الكبيرة خلال فترة العلاقة بين طرفي النزاع.

¹ Robert Norris Chambers, op.cit 10, 379.

² Calverley v Green (1984) 155 CLR 242; [1984] HCA 81.

الفرع الثاني: النزاهة المفترضة Constructive Trust

تتوسع المحاكم في الأنظمة الانكلوسكسونية في فرض الالتزام بالنزاهة في إطار العلاقات العائلية. فليس شرطاً أن تكون الزوجة مثلاً قد ساهمت مساهمة نقدية مباشرة في ثمن شراء العقار حتى تستحق الحماية القانونية في مواجهة احتجاج الزوج بالسند العقاري. حيث تتوسع المحاكم هناك، بفرض ما يعرف بالنزاهة المفترضة التي تستند على النية المشتركة للزوجين أو مجرد سوء نية الزوج في استبعاد الزوجة من ملك ساهمت في تحصيله. وسنتناول هاتين الحالتين تباعاً¹.

أولاً: النزاهة المفترضة القائمة على النية المشتركة Common Intention Constructive Trust

تعد النزاهة المفترضة القائمة على النية المشتركة للزوجين من أبرز تطبيقات العدالة الموضوعية لنظام الملكية العقارية في النظم الانكلوسكسونية. فوفقاً لهذا التطبيق، لا يحق لأي من الزوجين الدفع بالحجية الشكلية المطلقة للسند العقاري في مواجهة الزوج الآخر في حال أثبت الزوج الزوجة المتضررة أنه أنها ساهمت بأي شكل في تحصيل الزوج للملكية العقارية. حتى ولو لم تكن المساهمة في شكل نقدي موجه لدفع ثمن العقار المبيع. فلقد سعت المحاكم الإنجليزية منذ وقت طويل لإرساء دعائم مبدأ أخلاقي اجتماعي قوامه واجب النزاهة وحسن النية والولاء والعدالة بين الزوجين. ففي الصورة التقليدية النمطية للأسرة الإنجليزية (قبل توحش الليبرالية والعلمانية في العقود الأخيرة) كان الإنفاق على المنزل وتوفير احتياجاته الرئيسية واجبا رئيساً يقع على عاتق الزوج. وإن ساهمت الزوجة في نفقات ليس تلزمها بافتراض أن لها حق ملكية مشترك مع الزوج، فالمحاكم في النظام الانكلوسكسوني لا تسمح للزوج بالاستناد لسند الملكية العقارية واستبعاد حق الزوجة في المشاركة بالملكية العقارية. حيث يسمح للزوجة باللجوء إلى كافة طرق الإثبات في ادعائها بالمشاركة في الملكية العقارية. والشرط الأساسي أن تثبت وجود نية مشتركة بينها وبين الزوج قوامها تملك العقار

¹ Robert Norris Chambers, op.cit 11, 391.

بينهما مناصفة أو بنسب متفاوتة حسب مقدار مشاركة الزوجة¹. وتقدير نسب المساهمة هنا مسألة تستقل به محكمة الموضوع مستندة في ذلك إلى التدقيق في الأدلة الحسابية التي تقدمها الزوجة وردود الزوج عليها. وبهذا المضمون حكمت المحكمة الفيدرالية الأسترالية في قضية *Ogilvie v Ryan* (1976) 2 NSWLR 504². ففي حال وجود نية مشتركة بين الزوجين وقيام الزوجة بالمساهمة المستدامة في الإنفاق على البيت يكون من غير المقبول عدلا السعي في استبعادها من المشاركة في الملكية بعد كل هذه السنوات بالاحتجاج بسوء نية، بوجود حجة شكلية لإثبات الملكية العقارية الحصرية للزوج.

ثانياً: الالتزام بالنزاهة في مواجهة سوء النية *Unconscionability Constructive Trusts*

المحكمة العليا الأسترالية في حكم قضائي شهير *Baumgartner v Baumgartner* (1987) 164 CLR 137³ قررت أن الاحتجاج بسوء نية بالسند العقاري غير جائز وخصوصاً في مواجهة أفراد العائلة المقربين وخاصة أحد الزوجين أو الأبوين أو الأبناء أو بين الأخوة³. فبلا شك أن الادعاء بحجية السند العقاري الناتج عن التسجيل واعتبارها حجة في مواجهة الكافة يحقق قدراً عالياً من الثقة واليقين في صحة معلومات الملكية الواردة في الشهادة العقارية بما يحقق استقرار المعاملات في عمليات انتقال الملكية واستدامتها وبما يحقق القيمة الاجتماعية والاقتصادية لحق الملكية. لكن في حالة الزوجين، طالما سعى كلاهما لحشد مدخراتهما ومجهودهما المشترك نحو إدراك الثمن المتزايد لحق الملكية العقارية فلا ينبغي السماح باستخدام الدليل الكتابي المستند للشهادة العقارية لإقصاء الزوجة مثلاً من حقها في جزء من الملكية العقارية⁴.

¹ Hayward, Andy. "Common intention constructive trusts and the role of imputation in theory and practice." *Conveyancer and property lawyer*. 80.3 (2016): 235.

² *Ogilvie v Ryan* [1976] 2 NSWLR 504

³ *Baumgartner v Baumgartner* (1987) 164 CLR 137; [1987] HCA 59.

⁴ Black, Ashley. "Baumgartner v. Baumgartner, the Constructive Trust and the Expanding Scope of Unconscionability." *UNSWLJ* 11 (1988), 117.

وتتلخص وقائع الدعوى *Baumgartner v Baumgartner* في مشاركة المرأة في نفقات منزل الزوجية بشكل أساسي وإعفاء الزوج من جزء كبير منها. حيث سهل هذا الأمر على الزوج عمليات دفع أسرع وأكبر للرهن العقاري المقيد لحق الملكية. وبعد مرور عدة سنوات انفصل الزوجان. وعند مطالبة الزوجة بحقها فيما ساهمت به في تحصيل ملكية العقار، دفع الزوج بمبدأ الحجية القطعية للسند العقاري وأنه المالك المسجل والوحيد للعقار. بعد أن أثبتت الزوجة مساهماتها بعدد من المخالصات وشهادة الشهود المؤكدة لادعاءاتها، رفضت المحكمة الموضوع وأيدتها المحكمة العليا الاسترالية، استناد الزوج لسند الملكية العقارية وقررت أن قواعد العدالة الموضوعية تأبى فتح الباب لاستخدام الحماية التشريعية لسند الملكية العقارية وبسوء نية كوسيلة لحرمان المرأة من المشاركة في ملكية العقار محل النزاع. فنظام الملكية العقارية له وضع خاص يميزه عن ملكية المنقولات العادية. فالدولة ممثلة في جهاز إدارة دائرة الشهر العقاري تشرف على عمليات حصر وتسجيل الملكيات العقارية وإصدار سندات إثباتها. فليست العقود هي عنوان الحقيقة في إثبات من يملك العقار. بل الشهادة العقارية. ومن يحوزها باسمه، تكون له سند قطعي في إثبات دعواه بالملكية. وتشير إلى قيمة وحجية السند (بشكل مباشر أو غير مباشر)

فخلاصة القول: لو كان الزوج قد كد وعمل واشترى المسكن من حر ماله وتملكه بموجب السند العقاري، فيكون السند العقاري في محتواه الشكلي مطابقاً للحقيقة الموضوعية، وبذلك يكون عنواناً للحقيقة شكلاً ومضموناً. بيد أن المشكلة تدق، حينما تساهم الزوجة في تحصيل الملكية العقارية وينتهي السند باسم الزوج فقط. فلربما تعمل الزوجة وتدفع من راتبها في عملية البناء، أو سداد القرض. أو يكون لها مال من إرث أو غيره فتساهم في نفقات البيت وترفع عن كاهل الزوج واجبه الشرعي كله أو بعضه في مصاريفها ومصاريف أسرته. وتكون بذلك قد ساهمت بشكل غير مباشر في توفير المناخ الملائم للزوج لتملك العقار وتسجيله باسمه وفقاً لشهادة عقارية بالملكية. فهل يكون السند الشكلي هنا عنواناً للحقيقة؟ وقد وجدنا، النظام الانكلوسكسوني قد أتى بحلول تتوافق وقواعد العدالة الاجتماعية، فحجية السند العقاري في نهاية المطاف سواء أكانت مطلقة أم نسبية، مسألة

يقدرها المشرع، بحسب الظروف المرتبطة بالزمان والمكان والأشخاص. فهل نجد الأمر نفسه في التشريعات العربية؟ هذا ما سيكون موضع حديثنا في المبحث التالي:

المبحث الثاني: حجية السند العقاري وأثره في ضمان الحقوق المالية في الأنظمة القانونية العربية

اختلفت الأنظمة القانونية العربية في معالجة موضوع أموال الزوجية، (المنقولات والعقارات)، فمن جهة: أبقى غالبية الأنظمة القانونية العربية على حرفية الأحكام القائمة على مبدأ انفصال الذمة المالية، مبقيةً الفكرة القديمة التي نجدها في بطون كتب الفقه في مذاهبه المختلفة التي تتحدث عن أنه بعد الانفصال، ما كان للزوج فله وما كان للزوجة فلها وفيما كان مشتركاً فيكون لمن له البينة ولا تفرقة بين الأموال عندهم في ذلك عقارات أم منقولات¹. ومن جهة أخرى، يأتي أثر ذلك متوافقاً مع حجية السندات العقارية المطلقة وصرامتها، والتي لا يجوز الطعن بها إلا بالتزوير باعتبارها محررات رسمية. فكيف يمكن إعادة قراءة الأمر بصورة تتناسب وقواعد العدالة الاجتماعية؟

المطلب الأول: حجية تسجيل التصرفات العقارية ودور القضاء في تفسيرها

لأهمية العقارات في حياة الناس لجأت القوانين العربية إلى تنظيم الملكية العقارية، منعاً للنزاعات ولإستقرار المعاملات، وبذلك يتم تطبيق نظام التسجيل العقاري على كافة التصرفات والحقوق العقارية، ومنح السند العقاري حجة قانونية وقضائية لإثبات الملكية العقارية، لكن هل حجية السند العقاري مطلقة لإثبات الملكية العقارية؟ واعتبارها عنواناً مطلقاً للحقيقة؟ أم أن للقضاء كلمته في ذلك؟

باستعراض توجه بعض القوانين العربية سيمكننا بلورة اتجاهين اثنين حول نطاق حجية السند العقاري في إثبات الملكية:

¹ للمزيد حول مفهوم أثاث الزوجية وما يشملها من منقولات انظر: جعفر محمد جواد الفضلي ورعد مقداد محمود، نظرة في ملكية أثاث دار الزوجية، الرافدين للحقوق مجلد (1/السنة التاسعة) عدد (20) سنة (2004)، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق.

الفرع الأول: الحجية الصارمة للسند العقاري وأثره على مبدأ انفصال الذمة

للسند العقاري حجية من حيث الرسمية وحجية بالنسبة للأشخاص لا يطعن به الا بالتزوير. كما للبيانات المدونة في السند حجية، ولنأخذ بعض الأمثلة من القوانين العربية، لبيان كيفية تفسير هذه الحجية:

أولاً: التفسير المطلق لحجية السند الرسمي

ولنبدأ بالقانون المصري¹ فقد نص القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقاري² في المادة التاسعة على أن (جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات، الوقف والوصية. ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن... الخ). وتتص المادة العاشرة من القانون نفسه على أن (جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق

¹ كانت لمصر السبق في إصدار قانوني التسجيل العقاري رقمي 18 لسنة 1923، 19 لسنة 1923 فيما يُعرف بالتسجيل المزدوج. للمزيد انظر: محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، شهر التصرفات العقارية، العقد كسب لكسب الملكية، مكتبة وزارة العدل، المطبعة العالمية، القاهرة، 1949، ص 81.

² وحتى بعد صدور قانون رقم 9 لسنة 2022 بقي التسجيل عنواناً للحقيقة، ولا يمكن ان يثبت حق للزوجة بل حتى بقاء الزوجة في مسكن الزوجية المسجل باسم الزوج لا يمنحها حق اكتسابه بالتقادم للافتقار للركن المعنوي. انظر: حسام الدين كامل الأهواني، طارق جمعه السيد راشد، جابر محجوب على، دور التسجيل في اكتساب الملكية العقارية عن طريق التقادم في القانون المصري (دراسة تحليلية بين القانونين: رقم 114 لسنة 1946 ورقم 9 لسنة 2022)، المجلة الدولية للفقهاء والقضاء والتشريع، المجلد 3، العدد 3، 2022، مصر، ص: 644-649.

العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير)¹. ومما يستخلص من النصوص سالفة الذكر، ان المشرع المصري يأخذ بمبدأ الحجية المطلقة للسند العقاري، فإن كانت الحقوق العينية كحق الملكية لا تنشأ ولا تنتقل ولا تزول الا عبر التسجيل، فبمفهوم المخالفة ان هذه الحقوق تنشأ وتكون حجة في مواجهة الكافة بمجرد التسجيل. وفي هذه الجزئية يتشابه موقف المشرع المصري مع موقف التشريعات الأنجلوسكسونية التي تجعل من التسجيل حجة في انشاء ونقل الحقوق العينية على العقارات.

ولم يذهب المشرع القطري بعيداً عما ذهب إليه المشرع المصري فلقد نصت المادة الرابعة من قانون رقم (14) لسنة 1964 بنظام التسجيل العقاري القطري. على أنه (يجب تسجيل جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني عقاري آخر أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك. ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المذكورة لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة للغير. ولا يكون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين). فبمفهوم المخالفة وكما هو الحال في القانون المصري المشار اليه علاه، فانه وفقاً للقانون القطري، فإن التسجيل سيكون له حجيته بصورة مطلقة ولا يستثنى من ذلك الزوجة فضلاً عن غيرها².

¹ قانون تنظيم الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946 المعدل.

² فبيانات السند العقاري للزوج التي دونها الموظف لها حجة مطلقة لا يطعن فيها الا بالتزوير، فالأصل أن من بيده سند ملكية للعقار يعتبر حجة على الغير الذي يضار أو يستفيد من هذا المحرر، وتعد الزوجة من الغير ما دام انها ليست طرفاً في توثيق السند الرسمي للعقار، فالزوجة لا يمكنها ان تطعن بحجية السند الرسمي. لكن ذلك لن يمنع الزوجة ان تثبت انها قدمت للزوج كل أو جزء من ثمن العقار، عندها يمكن ان تطالب الزوج بالمبالغ التي دفعتها لشراء العقار ويتم لها ذلك بكافة طرق الاثبات المعتمدة، لكن لا يمكن ان تعامل بظاهر النصوص القانونية بمعاملة متميزة عن بقية الخلف العام والخاص. فالدعوى الشخصية لا يمنحها الحق على العقار بل الحق فقط في استرداد ما دفعت للزوج ضمن دعوى شخصية. عبد الحكم فودة، المحررات الرسمية والمحررات العرفية في ضوء مختلف الآراء الفقهية

أما في المملكة العربية السعودية، فلقد أقر نظام التسجيل العيني للعقار في شهر ابريل من عام 2022، ويعني التسجيل العيني للعقار تخصيص صحيفة في السجل العقاري لكل وحدة عقارية وتوصف فيها الوحدة بشكلٍ مفصل من حيث موقعها ومساحتها وطبيعتها وتبين فيها حقوق الوحدة والالتزامات المترتبة عليها¹. وقد نصت المادة 11 الفقرة الثانية من نظام التسجيل العيني للعقار في المملكة العربية السعودية على أنه (... يكتسب التسجيل العيني الأول الحجية المطلقة بعد انقضاء سنة من تاريخ نشر قوائم الملاك، وللمتضرر من التسجيل العيني الأول بعد اكتسابه الحجية المطلقة حق اللجوء إلى المحكمة المختصة وطلب التعويض من المتسبب دون الحق في طلب إلغاء التسجيل العيني الأول أو تعديل بياناته أو الحقوق الواردة فيه). وهذا الأمر سيعطي العقار حجية مطلقة غير قابلة للطعن، حيث إن ذلك سيشكل نقلة نوعية للقطاع العقاري بزيادة موثوقية صكوك الملكية العقارية. لكن تطبيق ذلك بشكل مطلق سيؤدي إلى وضع عقبات أمام حق الزوجة في إثبات ما أنفقت من أموال في الحصول على ملكية عقار ينتهي تسجيله باسم الزوج.

ثانياً: التفسير النسبي لحجية السند الرسمي

ولنبدأ بالقانون الجزائري، فقد نصت المادة 19 من الأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 والمتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على ما يلي: تسجل جميع الحقوق الموجودة على عقار ما وقت الإشهار في السجل العقاري في الدفتر الذي يشكل سند الملكية. وتفرقت الآراء في تفسير ذلك. فرأي يرى أن المشرع الجزائري منح السند العقاري حجية مطلقة معتبراً إياه العنوان الرسمي الوحيد للحقيقة المتمثلة بإثبات الملكية العقارية والحقوق على العقار، فلا يمكن

وأحكام محكمة النقض، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2006، ص: 31 وما بعدها.؛ أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الجزء الأول، طبعة الأولى، سنة 2005، ص: 226.

¹ الهيئة العامة للعقاري، المنصة الوطنية الموحدة. رؤية 2030 المملكة العربية السعودية. الهيئة العامة للعقاري.

أن يدعي أي شخص؛ والأمر مطلق؛ عكس ما وجد في السند العقاري بل لم يُقر توجه القضاء الجزائري إلى مخالفة ما سبق ذكره في اعتبار الدفتر العقاري الدليل الوحيد لإثبات الملكية العقارية¹. لكن ظهر رأي آخر بدأ مخالفاً للتوجه الأول الذي استند إلى ما جاء في المادة 16 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 1993/05/19 بنصها التالي " لا يمكن إعادة النظر في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي الذي تم بموجب أحكام المواد 12،13،14، إلا عن طريق القضاء"². واستنبطوا من ذلك حق الطعن في الحقوق الثابتة مقللين من شأن القوة الثبوتية للحقوق المقيدة ومعتبرين أن الدفتر العقاري يعد قرينة بسيطة. وحجة الرأي الثاني في وجود حالات ترقيم العقارات باسم المالك الظاهر سواء في العقود العرفية أو عن طريق شهادة الشهود ومنح الحجية المطلقة يضيع حقوق أشخاص آخرين حسني النية. ورغم أن توجه هذا الرأي لم يسلم من النقد، في أن ذلك يفقد الدفتر العقاري الثقة في حماية حق الملكية والانتمان العقاري³. إلا أن هذا التوجه قد يكون في مصلحة الأشخاص حسني النية وخاصة الزوجة التي قد يفتح لها الباب في إثبات حقوقها تجاه الزوج حال تمسك الأخير بمبدأ الشكلية بالمخالفة لمقتضيات حسن النية.

¹. لقد أقرت المحكمة العليا في الجزائر في القرار رقم 197920 بتاريخ 2000/06/28 حين أن رأي الغرفة المدنية في المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1994/03/16 تحت رقم 108200 اعتبرت الدفتر العقاري ذا حجية نسبية ويمكن الطعن فيه أمام القضاء. انظر منى معكوف، حجية الدفتر العقاري في إثبات الملكية العقارية الخاصة، مجلة إسهامات قانونية، المجلد 1 العدد 02 /2021، ص: 4 وما بعدها.

². بكاري عبد الرزاق، دور المحافظة العقارية في تثبيت الملكية العقارية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، 2015، الصفحة: 7-8. وانظر الصفحة: 27-29.

³ جليط جهيدة، حجية الدفتر العقاري في إثبات الملكية العقارية، حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، المجلد 10 العدد 01 لسنة 2018، ص: 204 وما بعدها. وانظر كذلك: عيساوي عبد القادر وبوشنافة جمال، إعادة النظر في الحقوق الناتجة عن الترقيم العقاري النهائي (دراسة تحليلية)، مجلة الفكر القانوني والسياسي، العدد الثالث، جامعة عمار تليجي الأغواط، 2018، ص: 398 وما بعدها.

أما المشرع العراقي، فظاهر الأمر أنه لم يخرج عن هذه القاعدة فأكد على مبدأ حجية السند الرسمي. فبمجرد أن تتوفر في السند الرسمي الشروط التي يتطلبها القانون يصبح قرينة قانونية على كونه سنداً رسمياً صحيحاً يعني صاحبه من عبء الإثبات¹، فلا يطعن فيه إلا بالتزوير². ويتوافق ذلك

¹ تنص المادة 21 من قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979: أولاً: السندات الرسمية، هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود اختصاصه ما تم على يديه أو ما أدلى به ذو الشأن في حضوره. ثانياً - إذا لم تستوف السندات الشروط التي استلزمها الفقرة السابقة فلا يكون لها إلا حجية السندات العادية في الإثبات إذا كان ذو الشأن قد وقعها بإمضاءاتهم أو ببصمات إبهامهم.

وفي مسألة حجية هذه السندات فنصت المادة 22 /أولاً: السندات الرسمية حجة على الناس بما دون فيها من أمور قام بها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً. أما ما ورد على لسان ذوي الشأن من بيانات أو إقرارات فيجوز إثبات عدم صحتها طبقاً لإحكام هذا القانون. ثانياً - تعتبر من قبيل السندات الرسمية، شهادات الجنسية وبراءات الاختراع وأحكام المحاكم وسجلات التسجيل العقاري وما هو في حكم ذلك .

² وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز العراقية، فسندات التسجيل العقاري تعتبر حجة على الناس كافة فيما دون فيها ولا يطعن فيها إلا بالتزوير. فعند التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون قد اتبعت قرار النقض التمييزي الصادر بعدد 1028/الهيئة الاستئنافية عقار/2007 في 2007/6/3 وواصلت السير في الدعوى وحسمتها وفق القانون، وقد ثبت من خلال التحقيقات التي أجرتها المحكمة بأن المميزين (المدعى عليهم) يعارضون المدعي بمنفعة العقار العائد له تسلسل 2509/17 دون مسوغ قانوني لأن العقار مسجل باسم المدعي في سجلات التسجيل العقاري وأصبح حجة على الناس كافة بحيث لا يجوز الطعن به إلا بالتزوير استناداً لأحكام المادة العاشرة من قانون التسجيل العقاري لذلك قرر تصديق الحكم المميز ورد اللائحة التمييزية مع تحميل المميزين رسم التمييز وصدر القرار بالأكثرية في 9/ربيع

مع المبدأ السائد في انفصال الذمة المالية، بين الأزواج، فالسند العقاري إن كان باسم الزوج، فهو حجة في البيانات التي يتضمنها السند والتي تقع في حدود اختصاص الموظف الرسمي. لكن هذه الحجية لا تمتد إلى بيانات لم تتم أمام الموظف الرسمي ولا تكون حجة على الغير فهي لم تقع بحضور الموظف إنما دوتها على مسؤولية ذوي العلاقة، فرسمية السند لا تحرم الغير أن يثبت واقعة مادية حصلت كإثبات الزوجة أنها ساهمت بمالها في ثمن العقار الذي اشتراه الزوج، وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز العراقية، فاتحة الباب للتخفيف من حجية السند الرسمي. ففي حكم لها بتاريخ 2008/11/10، لم تخرج عن المبدأ القائم على حجية السند الرسمي على الجميع، لكنها بالمقابل عابت على حكم محكمة الاستئناف العراقية، أنها ردت دعوى المدعية وأيدت حكم محكمة الموضوع، في قضية تتعلق بزوجة طالبت زوجها بقيمة أرض اشترتها من حر مالها ودفعت نصف تكاليف تشييد بناءٍ عليها الا ان الأرض والمسكن سُجلا باسم الزوج وحده. وفي هذا رأيت محكمة التمييز أن محكمة الاستئناف لم تميز ما بين حجية السند الرسمي الذي يثبت أن العقار والأرض باسم الزوج رسمياً بموجب السند الرسمي، وحق الزوجة في السماح لها بإثبات ما تدعيه، فمحكمة التمييز وبعيداً عن حجية السند الرسمي بينت أنه من المفترض السماح للزوجة بإثبات ادعائها بأنها قد دفعت ثمن الأرض ونصف ثمن التشييد، ورأت أن محكمة الاستئناف قد حرمت الزوجة من إثبات حقها ولو باليمين الحاسمة، مع أن الأمر لا يرتبط بحجية السند الرسمي¹.

وبالرغم من رجاحة الرأي الذي ذهبت اليه محكمة التمييز العراقية، فإن الأمر قد لا يؤتي أكله في حالة تغيير الأسعار وارتفاع قيمة العقار بمرور الوقت. فملكية العقار قانوناً لمن كان سند الملكية باسمه. وادعاء الطرف الثاني بملكية كاملة للعقار أو بجزء منه ادعاء يخالف ما استقر عليه الأمر

الأول/1429 هـ الموافق 2008/3/16. انظر حكم محكمة التمييز الاتحادية، مدني، رقم الحكم: 2574/حجية

السندات/2008، 2008/3/16

حكم محكمة التمييز العراقية، رقم الحكم: 2670/حجية السندات/2008، تاريخ إصدار

¹ الحكم: 2008/11/10.

<https://www.hjc.iq/qview.954/>

قانوناً في حجية السند الرسمي الذي يعد حجة على الناس بما دون فيه من أمور قام بها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، ولا يطعن فيها إلا بالتزوير¹.

كما أن حكم محكمة التمييز العراقية، لم يشر صراحة إلى دعوى الإثراء بلا سبب كأساس قانوني لحق الزوجة في إثبات حقوقها بالمخالفة لحجية السند العقاري، إلا أن الحكم المشار إليه يكرس هذا الحق. فالمحكمة ترى في دفع الزوجة من أموالها الخاصة مبلغاً مالياً لشرء العقار واقعة قانونية تماثل واقعة الافتقار\ الاغتناء اللازمة لقيام دعوى الإثراء بلا سبب. ومن هذا المنطلق يمكن للزوجة رفع دعوى الإثراء بلا سبب. بمعنى آخر أن شروط الإثراء بلا سبب متحققة. فالزوج أثرى مادياً ومعنوياً على حساب مال زوجته؛ خلال قيام الزوجية؛ وافتقار الزوجة متحقق حيث إنها ما قبلت بدفع مالها للزوج وهي تعلم شرعاً أنها غير ملزمة، إلا لغالب ظنها أن الزوج يشيد عقاراً للأسرة²،

¹ فيلزم لتحقيق العدالة التفريق بين ظاهر السند الرسمي والبيات المدونة وكيفية نشوء أصل الحق المراد حمايته بالسند الرسمي. وهذا يتوافق مع اتجاه محكمة التمييز القطرية في مسألة اقتصار حجية الأوراق الرسمية على البيانات التي قام بها الموظف العام في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره، ولا يطعن فيها إلا بالتزوير. لكن غير ذلك من البيانات الخارجة عن هذه الحدود أو ما تعلق بمدى صحة ما ورد على لسان ذوي الشأن من بيانات. فيرجع لإثباتها حقيقتها إلى القواعد العامة في الإثبات دون سلوك طريق الطعن بالتزوير. انظر: محكمة التمييز - الدائرة المدنية والتجارية - رقم: 2008/ 82.

² فأخذ مال الزوجة يلزم أن يكون عن طيب نفس بلا مخادعة فلا يحلُّ له إلا ما طابت به نفسها، ومصدق ذلك قوله تعالى عن مال الزوجة.. مهراً كان أو مرتباً أو غير ذلك: فَإِنْ طِبَّنْ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً سورة النساء، الآية 4 . فتعليق السماح بأخذ مال الزوجة بطيب النفس وهو أبلغ من مجرد الإذن، فإن منحته مالها أو مرتبتها وهي تعلم أنه مقبل على تشييد مسكن لهما ولأودهما فذلك قرينة على أنها لم تعطه المال هبة أو هدية إنما لتعينه على تكاليف الحياة ، فإن ادعى عكس ذلك وجب أن يتثبت هو ذلك. وفي الحديث الذي رواه أحمد وصححه الألباني أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبة الوداع المشهورة: ... ألا لا تظلموا، ألا لا تظلموا، إنه لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفس منه.

فَعِنْدَهَا سَتَتَوَافَرُ دَعْوَى الْإِثْرَاءِ بِلَا سَبَبٍ¹، فَالزَّوْجُ زَادَتْ ذِمَّتُهُ الْمَالِيَّةُ بِأَنْ تَمْلِكَ عَقَارًا بِمَسَاهِمَةِ زَوْجَتِهِ مِنْ مَالِهَا وَالزَّوْجَةُ مَا دَفَعَتْ الْمَالَ إِلَّا لِأَنَّهَا تَعْلَمُ يَقِينًا أَنَّ الْعَقَارَ أَوْ جِزَاءَ مِنْهُ سَيَكُونُ لَهَا وَأَوْلَادِهَا. فَهِيَ غَيْرُ مَلْزَمَةٍ بِالْبَدءِ بِدَفْعِ مَالِهَا لِلزَّوْجِ وَلَوْ دَفَعْتَهُ فَلَا يُمْكِنُ أَنْ نَفْتَرِضَ أَنَّهَا تَدْفَعُهُ عَلَى سَبِيلِ التَّبَرُّعِ إِنَّمَا الْغَالِبُ أَنَّهَا دَفَعْتَهُ لِدَوَامِ الْعِشْرَةِ وَالْمُودَةِ، فَهَلْ تَجَازَى عَلَى ذَلِكَ بِأَنْ تَحْرِمَ حَقَّهَا؟ أَتُرَى لَوْ عَلِمْتَ مِنْذُ الْبَدءِ أَنَّهُ سَيَكْتُبُ الْعَقَارَ بِاسْمِهِ وَيُخْبِرُهَا أَنَّهُ لَنْ يُعْطِيَهَا مِنْهُ شَيْئًا هَلْ كَانَتْ سَتَدْفَعُ مَالَهَا؟ فَالْغَالِبُ أَنَّهَا لَوْ عَلِمَتْ أَنَّهُ سَيَمْنَعُهَا نَصِيبَهَا فِيهِ مَا دَفَعَتْ وَلِظَهْرِ الشَّقَاقِ بَيْنَهُمَا، فَالْأَمْرُ يَدْخُلُ فِي قَاعِدَةِ لَا ضَرَرَ وَلَا ضَرَارَ². فَحِجِّيَّةُ السَّنَدِ الرَّسْمِيِّ الْمَطْلُوقَةِ؛ بِهَذِهِ الصُّورَةِ؛ يَسَاهِمُ فِي أَكْلِ أَمْوَالِ الزَّوْجَةِ بِالْبَاطِلِ وَهَذَا مَعَارِضُ لِقَوْلَةِ تَعَالَى (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ)³.

وَبِرَأْيِنَا: أَنَّ حُكْمَ مَحْكَمَةِ التَّمْيِيزِ الْعِرَاقِيَّةِ قَدْ أَصَابَ عَيْنَ الْحَقِيقَةِ، فَمُنِحَ الزَّوْجَةُ حَقَّ إِثْبَاتِ أَنَّهَا سَاهَمَتْ فِي تَشْيِيدِ عَقَارِ الزَّوْجِيَّةِ وَكَمَا يَبْدُو أَنَّ ذَلِكَ يَعِدُ قَرِينَةَ قِضَائِيَّةَ يَسْمَحُ لَهَا بِاسْتِرْدَادِ مَا دَفَعْتَهُ لِلزَّوْجِ. وَقَدْ يَحْتَاجُ الْأَمْرُ إِلَى أَنْ يَتَحَوَّلَ إِلَى قَرِينَةِ قَانُونِيَّةٍ⁴، فِي أَحْوَالٍ مَعِينَةٍ مِنْهَا عَلَى سَبِيلِ الْمَثَالِ، أَنَّ تَثَبُّتَ الزَّوْجَةِ أَنَّهَا مَوْضُفَةٌ تَعْمَلُ بِرَاتِبٍ ثَابِتٍ وَأَنَّ زَوْجَهَا مَوْضُفٌ كَذَلِكَ وَلَا يَبْقَى الْأَمْرُ لِاجْتِهَادِ

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- مصادر الالتزام دار النشر للجامعات المصرية. القاهرة - 1956 ص 949 وما يليها.

² عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: «لا ضَرَرَ وَلَا ضَرَارَ». رواه ابن ماجه. موسوعة الأحاديث النبوية.

<https://hadeethenc.com/ar/browse/hadith/4711>

³ سورة البقرة آية 188.

⁴ القرينة القانونية من صنع المشرع، حيث يثبت واقعة مجهولة من واقعة معلومة وثابتة، فهي تغني من تقررت لصالحه على أي دليل من أدلة الإثبات. انظر: عبد الرحمن أبو بكر سيد احمد، دور القرائن في إثبات الانحراف في استعمال السلطة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية المجلد 18 العدد 1، يونيو 2021، ص: 70 وما بعدها.

القضاء في تقدير القرينة¹، أو أن تثبت الزوجة أنها قد حصلت على قرض من بنك، أو سددت قرضاً حصل عليه زوجها خلال قيام الزوجية، فإن قدمت ما يثبت واحدة من هذه الأحوال والأحوال المشابهة، وأثبتت أنها لا تملك عقاراً وبالمقابل فإن الزوج يملك عقاراً مثل منزل الزوجية، فإن كل ذلك يعد قرينة قانونية على مشاركة الزوجة في تشييد المسكن العائلي، ولكن تبقى حجة قانونية قابلة لإثبات العكس ليمنح الفرصة للزوج لإثبات أن العقار شيد من ماله الخاص، وهو الملزم بأن يثبت أنه لم يستفد من مال الزوجة.

فمن أهم آثار دعوى الزوجة بإثراء الزوج بلا سبب، يتمثل بالتخفيف من نطاق حجية السند الرسمي في مواجهة الزوجة، فقد يكون من حسن النظر ألا يكون هذا السند عنواناً لحقيقة ظاهرة هاضمة لحق الزوجة. فالقانون يلزم أن يكون انعكاساً للعدل، فأى قانون ذلك الذي يعين الزوج على أكل مال الزوجة؟ فأيهما أقرب للقسط أن تعطي الزوجة مالها على أن تشارك الزوج فيما اشتراه بذلك المال أم تعطيه مالها وله أن يبيعه ولا يعطيها منه شيئاً؟

وغير ذلك لا يبدو متوافقاً مع مقاصد الشرع الحنيف، فالحديث عن الأولويات بين جلب مصلحة الاستقرار أم درء مفسدة الظلم، فإن العدالة تقتض أن لا يقر مطلقاً ما استقر في وجدان المشرع في منع الزوجة التي تساهم بالمال والجهد ولا تحصل إلا على مؤخر صداق قد لا يكفي لحياة كريمة. فمناقشة الأمر من خلال التفاضل بين جلب المصلحة في إثبات حق الزوجة ودرء المفسدة في مذهب التشدد الشكلي في السند العقاري، بالضرورة سترجح كفة حق الزوجة في نقض محتوى السند العقاري إن كان لذلك وجه. أما الاحتجاج بأن التمسك بالحجية الشكلية للسند العقاري هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق استقرار المعاملات وقفل الباب أمام ادعاءات محتملة غير متناهية تسعى للنيل من حجية السند العقاري، كلام يقبل كأصل؛ لكن ليس على إطلاقه؛ فلقد أريد به أن يكون وجّها لتطابق الحقيقة الواقعية مع الحقيقة القانونية، في أن من سجل اسمه في السند الرسمي فهو

¹ عباس قاسم مهدي الداوقوي، الاجتهاد القضائي مفهومه - حالاته - نطاقه دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، العراق، 2015، ص 21 وما بعدها.

المالك، رغم أن الحقيقة الواقعية غير ذلك، فعدم قدرة الزوجة على إثبات عكس السند الرسمي ناتج عن عملية استدلال منطقي هو احترام الحقيقة الشكلية التي تلزم أن يبقى السند الرسمي وجهاً للحقيقة يستدل به على التناسق وعدم التناقض بين المقدمات (استخراج السند الرسمي) والنتائج (الاحتجاج بها على الجميع)، لكنها ليست حقيقة إجرائية *Vérité procédurale* مقيدة بإجراءات ووسائل إثبات مقرر قانوناً وبشكل سابق ليكون وجهاً للحقيقة الواقعية، ولن يقبل القاضي أن يضحى بها احتراماً للقانون الذي منحها هذه القوة وهنا تتجسد حقيقة أن القاضي «ينتصر للقانون ولكن لا ينتصر للحقيقة» القانون الذي يلزمه أن لا يقبل دليل إثبات لواقعة معينة إلا إذا توافقت مع أدلة الإثبات القانونية والتي بحد ذاتها تتباين بقوة الحجية ولا يعلو على حجية السند الرسمي دليل إثبات آخر¹.

الفرع الثاني: حجية السند العقاري وأثره على نظام الاشتراك في الملكية العقارية

لم يعتبر المشرع التونسي سند الملكية مجرد وثيقة إدارية، بل إن فكرة إنشاء سند الملكية أتى لدعم حقوق المالك المسجل. ذلك أن المقصد الأساسي الذي انبنى عليه السند هو جعله وثيقة ينفرد بها المالك دون غيره، فلقد نص الفصل 364 من مجلة الحقوق العينية التونسية على أنه: (يسلم لكل مالك سند مطابق للبيانات الثابتة بالرسم العقاري ممضي ومصادق على صحته من حافظ الملكية العقارية). فمن يملك هذا السند يعد المالك الحقيقي متى نص السند على ذلك. فلا يمكن أن تكون هذه الملكية عرضة للانقراض أو الزوال. ويمكننا القول إن حجية سند الملكية العقارية في القانون التونسي مطلقة. لكنه بالمقابل وحماية للزوجة قام المشرع التونسي، بإنشاء نظام الاشتراك في الملكية العقارية بصورة وقائية ابتداءً منذ لحظة إبرام عقد الزواج.

أولاً: القيود على نشوء نظام اندماج الذمة المالية للأزواج

¹ سالم السحيمي، هل أن إثبات الفساد مهمة القضاء دون سواه؟ (حول إشكالية الحقيقة القضائية والحقيقة الحقيقية /

لا يمكننا إخفاء تأثر القانون التونسي، بالنظام اللاتيني (الفرنسي) القائم في الأصل على اندماج الذمة المالية للأزواج، فلقد أقرّ نظام الاشتراك في الأملاك في تلك الأنظمة بدعوى حماية الزوجة. فلقد تلقف المشرع التونسي هذا التوجه وذلك في القانون رقم 91 لسنة 1998 بتاريخ 9 نوفمبر 1998، معتبراً أن هذا النظام نظام اختياري عند إبرام عقد الزواج أو بعده¹. ويلتزم الموظف المكلف بإبرام عقد الزواج، بشرح مفهوم هذا النظام للزوجين، ويلزم بأن يدون ردهما سواء في الرغبة بقبول هذا النظام أم لا. حيث لا يلزم أصحاب الشأن بهذا النظام ويبقى نظاماً استثنائياً على نظام انفصال الذمة، فبقي الأصل هو انفصال الذمة على عكس نظام اندماج الذمة الذي يعد الأصل في القانون الفرنسي، والذي يكون في المنقولات والعقارات على السواء.

1- حرية الاختيار للنظام المالي بين الزوجين

فالفكرة التي أتى بها هذا النظام هو منح الزوجين القدرة عند إبرام عقد الزواج ولو في وقت لاحق على أن يشتركا في العقارات إن تعلقت بالاستعمال العائلي بمعنى ارتباط هذه العقارات بالحياة الزوجية ولمصلحتها ويلحق بها توابع هذه العقارات وما تأتيه من ثمار طبيعية أو مدنية². بمعنى أن يكون نظاماً استثنائياً على الأصل الذي يقوم على انفصال النظام المالي بين الزوجين. فإن أثبت أحد الزوجين أن ما آل إليه كان من خلال الهبة أو الإرث أو الوصية فلا يكون ضمن الأملاك

¹ عقد الزواج بمقتضى القانون عدد 94 لسنة 1998 المؤرخ في 9 نوفمبر 1998 والمتعلق بنظام الاشتراك في

الأملاك بين الزوجين

² جاء في الأحكام العامة لهذا القانون تأكيد على انه نظام اختياري في جعل العقارات ملكا مشتركا عندما يتعلق

بمتعلقات العائلة.

المشتركة¹. فالغاية هو حماية الزوجة عند شراء الزوج للعقار ويسجل باسمه وقد تكون الزوجة ساهمت في إنشاء العقار أو دفعت ثمنه، وبذلك لا يمكن بيعه إلا بمصادقة القرين.

ويفترض القانون التونسي، أن يتفق الزوجان على تفصيل الأمر لأن قيام هذا النظام منحصر بحدود الاشتراك في الحياة الزوجية فلا تكون الأملاك المهنية جزءاً منه إلا إن وجد اتفاق على ذلك، بل ويسمح القانون في مشاركة الزوجين في كافة الأملاك بغض النظر عن طريقة كسبها. بمعنى أن حجر الأساس في نظام الاشتراك هو الرضا بين الزوجين والاتفاق على قبوله ولهم حق تحديد الأموال التي تكون مشتركة. والشرط الجوهري لبدء هذا النظام يكون بعد إبرام عقد الزواج وليس قبله. فكل ما يكتسب في فترة الخطبة لا يكون مشتركاً، فنظام الاشتراك في الملكية ينطلق بعد إبرام عقد الزواج وإتمام البناء، ويتم تسجيل ذلك في دفاتر حافظ الملكية العقارية مع سندات الملكية للعقارات المكتسبة والدفاتر وجميع المضامين والنسخ المستخرجة.

2- غاية نظام الاشتراك حفظ حقوق الأزواج

وأهم ما يميز هذا النظام، هو تنبيه الأزواج؛ بحكم القانون؛ إلى معرفة حقوقهم المالية على العقارات لا سيما المشتركة منها، فمساهمة الزوجة في إنشاء مسكن الزوجية، لن يضيع حقها كون هذا القانون يمنحها حق الاشتراك سلفاً. بل ويمنح القانون كلا الزوجين حق إدارة العقار. وليتم ترتيب الحقوق على العقار بالاشتراك كحق الرهن لضمان قرض أو ما شابه، وكما أن هذا الحق اختياري فإن الغاء نظام الاشتراك والعودة لنظام انفصال الذمة يعد حقاً متى اراد ذلك.

ثانياً: تقييم نظام الاشتراك في الملكية العقارية

¹ فلقد نص الفصل 10 من القانون عدد 91 لسنة 1998 المؤرخ في 9 نوفمبر 1998 المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين على أنه: تعتبر مشتركة بين الزوجين العقارات المكتسبة بعد الزواج أو بعد إبرام عقد الاشتراك ما لم تؤل ملكيتها على أحدهما بوجه الإرث أو الهبة أو الوصية، بشرط أن تكون مخصصة لاستعمال العائلة أو لمصلحتها، سواء كان الاستعمال مستمرا أو موسميا أو عرضيا. كما تعد مشتركة بالتبعية توابع ذلك العقار وغلته مهما كانت طبيعتها. ولا تعد كذلك العقارات المعدة لاستعمال مهني بحت.

هذا النظام لم يكن كما يبدو مثالياً، فعند وقوع الطلاق يتم النظر بصفة قانونية في هذه الأملاك المشتركة بين الزوجين ليتم تصفيتها، لكن المحاكم التونسية تحكم بإيقاع الطلاق دون البت في مسألة الأملاك المشتركة، كما أن هنالك عدة صعوبات تنفيذية على مستوى إدارة الملكية العقارية¹. لكن الجانب الإيجابي من هذا النظام أنه يمنح الزوجة حقاً في الاختيار على مالها في أن يكون مشتركاً مع الزوج أو أن تبقى الأمر في انفصال الذمة، وبذلك لن تجد نفسها بعد الانفصال أو وفاة الزوج ترث ما كان يلزم أن يكون في ذمتها المالية.

وختاماً القول: ومن خلال البحث في اتجاهات المحاكم في الدول العربية، نجد أن الطابع العام المتمثل باحترام حجية السند العقاري الرسمي بصورة نجد معها أن لا يسمع معها دعوى لإثبات عكس السند لكن في المقابل نجد توجهاً من قبل القضاء العراقي يحاول التخفيف من صرامة هذا المبدأ، كصورة علاجية، في حين نجد توجهاً للقانون التونسي في عرضه لفكرة جديدة أنت كصورة وقائية لا تخرق مبدأ حجية السندات العقارية المطلقة، وقد حاولت أن تتناغم مع النظام اللاتيني المتمثل في اندماج الذمة المالية للأزواج؛ فأتى بنظام الاشتراك في الملكية العقارية. وكل الحلول المقدمة أنت حلولاً مبسطة يصعب معها في غالب الأحيان إثبات الزوجة لحقوقها باعتبار أنها تثبت عكس السند الرسمي الذي منحه القانون حجية شبه مطلقة، لذا لم تتحقق العدالة الموضوعية المنشودة للأزواج، فيكون لزاماً علينا أن نحاول تقديم حلاً يتوافق وقواعد العدالة الموضوعية. فواقعة اشتراك الزوجة في تحصيل الملكية العقارية تعاضمت في العصر الحديث بسبب دخول كثير من النساء لسوق العمل. من أجل ذلك ينبغي ألا تترك قوانين الملكية العقارية هذه المسألة عرضة لعدم اليقين أو ساحة لظلم الزوجة استناداً إلى الشكلية القانونية للسند العقاري. أما كيف يتم ذلك؟ هذا ما سنبينه في المطلب الآتي.

المطلب الثاني: رؤية تطويرية في حجية الشهادة العقارية في القوانين العربية

¹ الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، موقع وزارة العدل التونسية.

أقرت الشريعة الإسلامية حق المرأة على مالها ولا سلطان للزوج على مالها إلا بطيب نفس، فإذا لا تأثير للجنس على مسألة امتلاك المال والتصرف فيه، فمالها لها وحدها ويكون مندوباً أن تساهم في الإنفاق على بيت الزوجية، والذي يكون في الأصل من واجب الزوج وحتى لو خرجت للعمل يبقى الراتب في الأساس لها ولا يسقط نفقتها الواجبة على الزوج ما لم يتحقق في خروجها معنى النشوز المسقط للنفقة¹. لكن الأمر ليس بهذه السهولة في فصل مالها عن ماله، فكما يبدو لنا أن عقد الزواج متعدد الآثار أحداها الآثار المالية، ليكون بلا ريب سبباً لاغتناء أحد الزوجين أو كليهما إما بالاستفادة من مال الزوجة من جانب الرجل أو بأن تساهم لاحقاً في بناء ثروة مالية لتزيد من ذمة الزوج الايجابية دونها.

¹ استعلاؤهن على أزواجهن وارتفاعهن وعصيانهن، وعدم طاعتهن، فيما تلزم طاعتهم فيه، بغضا منهن وإعراضا عنهم. وأحد صور النشوز هو الخروج بلا إذن من البيت لكن لو كانت موظفة فلا يعد خروجها نشوزاً لأن الخروج أتى بالاتفاق المسبق بينهما في الأصل. النشوز: استخفاف المرأة بزوجها وعصيانه، رقم الفتوى 1103، موقع إسلام ويب،

الثلاثاء 11 جمادى الأولى 1422 هـ - 2001-7-31. <https://www.islamweb.net/ar/fatwa>

الفرع الأول: عامل الثقة سبباً لاختلاط المال

لقد كان لعامل الثقة بين الزوجين سبباً لاختلاط الأموال، فالميثاق الغليظ وهو العهد الذي أخذ للزوجة على زوجها عند عقد النكاح. مصداقاً لقوله تعالى (وَأَخْذُنْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا)¹ فالمساكنة والإنفاق والسعي كلها أسباب لمخالطة المال، فأصبح أمراً لا مفر منه فقد تنفق الزوجة جل مالها؛ أكان مالا ورثته عن أهلها أو اكتسبته بسعيها؛ في شراء العقار وبناء بيت الزوجية وقد يكون الأمر غير مباشر بأن ينفق الزوج ماله على بناء بيت العائلة وتنفق مالها على الأسرة وهذا ليس من واجبها شرعاً². وهذه المسألة متجددة بصورٍ مختلفة، بحسب كل مكان وزمان، ففي وقتنا الحاضر يلزم إيجاد حل جوهري لمسألة الاشتراك في المال لا سيما أن غالب النساء في عصرنا بحال مختلف عما مضى من سابق العصور فغالبهن يعملن، براتب شهري أو قد يتركنّ وظيفتهنّ لكفالة الأسرة

¹ سورة النساء الآية 21.

² يعدّ عمل الزوجة المتواتر في وقتنا الحاضر نازلة من نوازل عصرنا فقد أصدر مجمع الفقه الإسلامي الدولي قراره بشأن الزوجة الموظفة فقرر أن الذمة المالية تبقى في الأصل منفصلة بينها وبين زوجها وأن لها حق النفقة الكاملة لا يسقط بخروجها للعمل كما أكد على أن مشاركة الزوجة فعلياً من مالها أو كسب عملها في تملك مسكن أو عقار أو مشروع تجاري فإن لها الحق في الاشتراك في ملكية ذلك المسكن أو المشروع بنسبة المال الذي أسهمت به. انظر تفاصيل القرار رقم: 144 (2/16) بشأن اختلافات الزوج والزوجة الموظفة، مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السادسة عشرة بدبي (دولة الإمارات العربية المتحدة) من 30 صفر إلى 5 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 9-14 نيسان (إبريل) 2005.

<https://iifa-aifi.org/ar/2174.html>

والقيام بأعمال إضافية في المنزل ليست من واجبهنّ، أو على الأقل يلزم دفع نفقة إضافية كتدريس الأولاد¹ أو كالإرضاع². لذا يلزم أن تحدد ضوابط موضوعية توائم روح العصر.

¹ المسؤول عن تربية وتعليم الأولاد داخل الأسرة، رقم الفتوى: 359245، موقع إسلام ويب، الثلاثاء 28 ذو الحجة 1438 هـ - 19-9-2017 تاريخ الزيارة 2022/06/05.

<https://www.islamweb.net/ar/fatwa>

² وأما الرضاع فلا يجب على الأم إرضاع ولدها إن وجد غيرها، ولها أن تطلب أجره الرضاعة من مال الصبي أو ممن تلزمه النفقة على الصبي إن لم يكن للصبي مال، قال الله تعالى: فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ [الطلاق:6]. انظر الفتوى: لا تجبر الأم على إرضاع الولد إن وجد غيرها، رقم 31165، موقع إسلام ويب، الخميس 22 صفر 1424 هـ - 24-4-2003. تاريخ الزيارة 2022/06/05.

<https://www.islamweb.net/ar/fatwa>

أولاً: خصوصية عقد الزواج

يعد هذا العقد من العقود القائمة على الديمومة وعلى أسس المودة والرحمة وبذلك يسمو على مسألة المال متميزاً بذلك عن عقد الشراكة التي هدفها الربح، فرغم أن أموال الزوج والزوجة يختلطان بمجرد عقد الزواج سواء أكانت أموالاً سابقة أو لاحقة، لذا قد يكون ضرورياً وضع شروط تكون آمنة بنصوص قانونية كحد أدنى لتقليل حالات النزاع ومنع هضم الحقوق لاحقاً. فرغم أن الشريعة الإسلامية؛ أقرت التأييد في عقد الزواج محرمة الزواج الوقتي المتعارض مع المقاصد من قدسية هذا العقد، إلا أنها لم تحرم إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق والتفريق والخلع، وعندها يلزم أن تتباين الأموال فيرجع مال الزوج للزوج ومال الزوجة للزوجة، سواء أكان هذا المال مملوكاً لأحدهما قبل الزواج أو اكتسبه أحدهما بعد الزواج. ولكن مسألة الفصل مسألة في غاية التعقيد، فعقد الزواج بموجب الشريعة الإسلامية لا يطلق يد الزوج على مال الزوجة الخاص بلا قيود والعكس صحيح، فيلزم أن يتم الأمر عن طيب خاطر. لكن هذا الأمر قد يكون شبه مستحيل بعد شراكة طويلة، ورغم أن فقهاء الشريعة الإسلامية فصلوا الأمر في مسألة أثاث الزوجية وكان للقضاء كلمته في ذلك¹. لكن الأمر يذهب إلى أبعد من ذلك في وقتنا الحاضر حتى أننا يمكننا أن نعدّها، نازلة من النوازل

¹ ترى المالكية أن الزوجة ملزمة بالتأثيث من مهرها في حين يرى الجمهور أن التأثيث واجب على الزوج، وهذا اتجاه القانون العراقي لذا فإن استعمال الزوج للأثاث الزوجية يعتبر إباحة من الزوجة عند سكن الزوجين دار الزوجية وعند حصول الفرقة بينهما تنقلب يد الزوج إلى يد غاصبة لانتهاء الإباحة ويضمنها إذا هلكت بتعد منه أو بدون تعد بحسب ما ورد في المادة 193 مدني. عراقي. رقم الحكم: 2933/أثاث زوجية/2008، 2008/9/15، محكمة التمييز الاتحادية. تاريخ الزيارة 2022/06/05.

<https://www.hjc.iq/qview.755>

وانظر: وهبة الزحيلي، كتاب الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي - الحنفية - المكتبة الشاملة الحديثة، ص 6825-

6825.

<https://al-maktaba.org/book/33954/6809#p6>

المحدثة التي لا يمكن أن نجد لها حلاً قطعية لدى الفقهاء المحدثين، لا سيما أن النصوص القانونية قد تحسم الأمر بحلول قد تكون مجافية للعدالة ولا تعطي للآراء الفقهية مجالاً لمناقشة المسألة ضمن نظرة شرعية تتوافق ومقاصد الشرع الحنيف. فالخلاف حول مسألة الأموال بين الزوجين لحظة الانفصال مسألة حتمية كأثر لانتهاء عقد الزواج، وغالباً لا يكون لديهما ضوابط واضحة لآلية التقسيم ولم يدونوا ذلك في عقد الزواج القائم على التأييد والذي يتسامى على هذه الأمور حيث إنهم لم يتوقعوا حصول الفراق.

ثانياً: الفصل بين مؤخر الصداق وأموال الزوجة الأخرى

لا يمكن الخلط بينهما، فمؤخر الصداق حق للزوجة بأقرب الأجلين الوفاة أو الطلاق، ويكون محدداً سلفاً وقد يسقط عندما تطلب الزوجة المخالعة أو عندما يكون التفريق بسببها. في حين أن أموال الزوجة التي في ذمتها، يبقى لها الحق فيها، ولو حصل خلع فلا يسقط بل لها حق المطالبة بأموالها ولها أن تستردها لأنها أموال اختلطت بأموال الزوج. فمسألة الود والرحمة بين الأزواج لا تجعلهن يفكرن كثيراً في فصل الأموال، فتختلط أموالهما ونداراً ما يستأذن أحدهما في الاستعمال أو الإنفاق من مال الآخر، ولا يمكننا افتراض أن الزوج يستخدم أموال الزوجة والعكس دون انعكاسات إيجابية على الطرف المستخدم ولناخذ مثلاً عن ذلك لو افترضنا أن الزوجة هي من اشترت السيارة من مالها واستخدمها الزوج عندها سيكون قد وفر على نفسه ثمن سيارة وهذا المثال يقودنا إلى فرضيات أوسع فالحياة اليوم بتعقيداتها، وبغلاء أثمان الأشياء التي تقتنى لم يعد ممكناً أن يتقبل القول بوجوب مسامحة الزوج والزوجة لبعضهما البعض عند الانفصال بل يلزم أن يرد المال لصاحبه فقد تكون الزوجة هي من اقترضت مرابحة لشراء السيارة وهي من سدد ثمنها في حين أن الزوج استخدم السيارة، لذا يلزم أن ينظر في قضية الحقوق المالية للزوجة وللزوج، فكل الفرضيات سائلة الذكر تؤكد على أن هناك صورة مختلفة عما كان عليه الأمر في الماضي، فالفرضيات سائلة الذكر يلزم أن تكون حاضرة في ذهن القاضي ملزماً بالاستماع لمدعيها، فربما أنفقا مالهما على بناء مسكن الزوجية ليكتب رسمياً في السجل العقاري، باسم أحدهما دون الآخر وقد يكون من باب الإنصاف لحق الزوجة مناقشة مسألة حق الزوجة في الكد والسعي.

الفرع الثاني: مبدأ "الكد والسعاية"

لن تكون الأسرة بمنأى عن زخم الضغوط الاجتماعية والاقتصادية على الأسرة والمجتمع، ولتواتر خروج الزوجة الموظفة وأحياناً الزوجة المعيلة، وقد لا يكون للزوج دور يذكر لأسباب شتى، مثل المرض وبطالة الزوج عن عمد أو بلا عمد أو لأسباب تقييد الحرية بحبس أو حتى لسفر، فإن الزوجة في هذه الصورة وما يشابهها حق في أن يعاد النظر في حقوقها بصورة مختلفة عن الزوجة

التي جلست في بيت الزوجية وكفل الزوج بكافة نفقاتها، ورب قائل يرى أن مثل هذا الحديث يثير حفيظة المجتمع وأن فيه زيادة في تسلط المرأة على حساب الزوج؟

ولا نعدم جواباً عن ذلك لأن العدل والإحسان يلزمنا ألا نخط الأوراق. فحق الزوجة في حالة كدها وتعبها بالعمل خارج البيت والإنفاق على بيت الزوجية لا يمكن أن يجازى بعدها بأن يكون كل شيء باسم الزوج، فالمسألة بحاجة إلى تنظيم مسبق بنصوص قانونية وقائية تمنع الخلاف المستقبلي بشعور المرأة من قبل الزوجة أو الزوج بأن حقوقهم المالية هضمت. فالمشكلة تظهر عند حصول تبادل للأدوار وهي حالة أن تنفق الزوجة من مالها في حين الأصل يكون ذلك واجباً على الزوج، ففي هذه الحالة والتي يلزم أن تبقى استثناءً يلزم أن تتحقق الحماية القانونية للزوجة التي سيكون من حقها طلب التفريق لعدم الإنفاق، فلا يمكن بعدها أن تجازى إن أنفقت من مالها أن يهضم حقها¹.

أولاً: أحكام الكد والسعاية

لقد أرجع أصل الحق إلى رواية وردت في الأثر إلى عهد أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فيما يعرف بنازلة حبيبة بنت زريق زوجة عامر بن الحارث، وكانت حبيبة نساجة طرازة ترقم الثياب والعمائم، وكان زوجها عامر بن الحارث يتاجر بما تصنعه زوجته، وعند وفاة الزوج أخذ ورثة عامر ماله كونهم ورثة شرعيين وهم لم يأخذوا إلا نصيبهم الشرعي، فاخصمت حبيبة مع ورثة زوجها لدى الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ونازعتهم مدعية أن زوجها عامر قد كون الثروة بمساهمة منها ويعمل يديها وسعايتها معه، ففضى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب،

¹ للفقهاء رأيان في مسألة حق الزوجة بطلب التفريق لعدم الإنفاق فرأي الحنفية بعدم الجواز أكان معسراً فلم يقع منه ظلم أم موسراً فظلمة لا يدفع بالتفريق بل ببيع ماله جبراً للإنفاق على زوجته. أما رأي الجمهور فبالجواز ولديهم حججهم منها حديث أبو الزناد: سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، أيفرق بينهما؟ قال: نعم، قلت له: سنّة؟ قال: سنّة. وقول سعيد: سنّة، يعني سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم. وهبة الزحيلي، كتاب الفقه الإسلامي وأدلته، أراء الفقهاء في التفريق لعدم الإنفاق - المكتبة الشاملة الحديثة. تاريخ الزيارة في 2022/06/04.

بتقسيم التركة إلى نصفين فحكم لحبيبة بنت زريق بالنصف من جميع المال جزاء سعائتها، ثم حكم لها بالربع من نصيب الزوج باعتبارها وارثة لأنه لم يترك ولداً¹.

ثانياً: تقييم مبدأ الكد والسعاية

لقد أحييت هذه الرواية التي تبناها فقهاء المالكية²، الدعوة لتبنيها ضمن التشريعات القانونية. ونجد في فتاوى فقهاء المالكية القدماء ما يعزز الاتجاه نحو مفهوم أحكام السعاية، كفتوى ابن عرضون المشهورة لديهم، في المرأة تخدم زرع زوجها بالبادية فيكون لها نصيب من ذلك الزرع شركة مع زوجها، بل إن الفقهاء عابوا على اختزال هذا الحق بالزوجة وحدها ووجب عندهم أن يشمل كل أفراد الأسرة³. ورغم وجود مثل هذه الفتاوى إلا أن كثيراً من الفقهاء المحدثين يعارضها بحجة أنها تؤدي إلى تقويض نظام الإرث من جانب وصعوبة ضبطها من ناحية أخرى. ويمكننا من خلال حجج المعارضين أن نبين أن الأمر متروك لكل حالة ما دام الأمر غير منظم بنصوص قانونية⁴، بمعنى أن يبقى الباب مفتوحاً للزوجة فضلاً عن الزوج أن يثبتوا أمام القضاء بالبينة أن لهم نصيباً قبل

¹ عمر المزكلي، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 2005-2006، ص: 93-96.

² مؤمن، محمد، حق الكد والسعاية: دراسة لحق المرأة في اقتسام الممتلكات المكتسبة خلال فترة الزواج في القانون المغربي، مجلد 30، العدد 2، مجلة الحقوق، الكويت، 2006.

³ عمر المزكلي، مصدر سابق، ص: 17-18.

⁴ عبد اللطيف الانصاري، مفهوم السعاية ونطاق تطبيق احكامها بين الفقه المالكي والقضاء المغربي، مجلة مغرب القانون، 20 يناير 2018 .

تقسيم التركة، وهذا يدخل من باب إثبات الديون التي يلزم أن تقسم قبل تقسيم التركة التزاما بالقاعدة الشرعية (لا تركة إلا بعد سداد الديون).

ثالثاً: تأصيل حق الزوجة بإثبات حقوقها المالية

تعد محاولة تأصيل حق الزوجة في المطالبة بحقوقها المالية لا سيما الحقوق العقارية، مسألة تتوافق ومقاصد الشرع الحنيف، فمن ثوابته حفظ المال، ومنع أكل أموال الناس بالباطل، لذا فقد أُلْفنا سماع الدعاوى من الشريك على شريكه في التجارة ودعوى الوارث على بقية الورثة¹ فما المانع من منح هذا الحق للزوجة في إثبات حقوقها المالية تجاه زوجها، فالاحتجاج عليها بسند الملكية الرسمي لا يتعارض مع منحها حق إثبات مساهمتها المالية. أما منعها من ذلك يؤدي إلى ترسيخ عدم توافق الحقيقة الواقعية مع الحقيقة القضائية، ولا يعني ذلك إفراغ مبدأ حجية السند الرسمي من محتواه، فسيبقى هو الأصل أمام الغير لكن منح الزوجة حصراً حق إثبات عكس الوضع الظاهر يأتي انطلاقاً من الميثاق الغليظ الذي ربطها بزوجها؛ حيث هان أمامها الجانب المالي؛ فمنحت الزوج ثقة لا تمنحها لغيره وبما أنها بعد الطلاق أو الوفاة تدعي أنها ساهمت في تملكه للعقار، فلتمنح عندها حق الادعاء وعليها الإثبات إن استطاعت إلى ذلك سبيلاً، وتأصيل حق السعاية لا يعني أن الزوجة تطالب بحق شرعي لها كأثر من آثار الزواج المالية، بل هو حق نتج عن كدها وسعيها نتيجة للعلاقة الزوجية، فقامت بعمل أو قدمت مالا للزوج لو قدمه له غيرها لطالب به أو لشاركه فيما استثمر فيه. فمشاركة الزوج في تنمية أمواله بجهدا أو بمالها يمنحها حق المطالبة بحق مباشر على العقار محل النزاع. ويمكننا تحديد مفهوم السعاية: بأنه بذل المرأة لمالها أو جهدها أثناء قيام الزوجية بما لا تلزم به شرعاً أو عرفاً، بشرط أن تثبت هي ذلك².

¹ موالى سويقة عبد الرحمان سلطة القاضي في تقدير ادلة الإثبات في المواد المدنية، رسالة ماجستير مقدمة جامعة

عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2019، ص: 12 وما بعدها.

² جاء في التاج والإكليل: لم يختلف قول مالك أن الرجل إذا أكل مال زوجته وهي تنظر ولا تغير أو أنفقت عليه ثم طالبته بذلك أن ذلك لها وإن كان عديماً في حال الإنفاق ويقضى لها عليه بعد يمينها أنها لم تنفق ولا تتركه يأكل إلا

قد يقول قائل لماذا لا نلجأ للقواعد العامة في دعوى الاثراء بلا سبب وتطبيق دفع غير المستحق؟ فالزوجة التي دفعت مالا على غير سبيل التبرع قد تنطبق عليها احكام القواعد العامة في الدعوى المذكورة. فهي افتقرت بخروج مال من ذمتها المالية. واغتنى الزوج بدخول مال في ذمته المالية وقد لا يكون هناك نية تبرع يمكن استخلاصها من ظروف الحال. وبالتالي تستحق الزوجة مبلغا ماليا قد يغطي ما أصاب ذمتها المالية من افتقار!¹

لا شك ان دعوى الاثراء بلا سبب ودفع غير المستحق يعد طرحا ممكنا وفقا للقواعد العامة إذا توافرت شروطه وفق ما تقدم. ولكن هذه الدعوى لا تحقق العدالة المنشودة للزوجة التي نرى انه يجب ان يكون لها حقا عينيا على العقار محل النزاع يمكنها من المشاركة في ملكية العقار. فدعوى الاثراء بلا سبب غير كافية لسببين رئيسيين: الأول انها دعوى بحق شخصي وليس حقا عينيا. فينطبق عليها ما ينطبق على الحقوق الشخصية من مطالب إذا ما قورنت بالحقوق العينية فيما يتعلق بالتزام مع بقية الدائنين ووجوب تدخل المدين للوفاء بالحق. لذلك لم تُطبق المحاكم في الأنظمة الأنكلوسكسونية مبادئ الاثراء بلا سبب Unjust Enrichment بل قررت حقا عينيا للزوجة يمكنها من استيفاء حقا على العقار مباشرة. والسبب الثاني: ان دعوى الاثراء بلا سبب لا تمكن الزوجة الا اقتضاء اقل القيمتين، قيمة ما افتقرت به او قيمة ما اثري به الزوج. وهذا قد يؤدي بدوره الى نتيجة غير عادلة في نهاية المطاف. فلو ان الزوجة دفعت 10000 وحدة نقدية في عقار قيمته 50000 وحدة نقدية في سنة 1990 فهذا يعني انها لن تستحق اكثر من هذه القيمة اذا صارت قيمة العقار مليون وحدة نقدية في 2023. وبهذا تتفاقم خسارة الزوجة وهذا ما تأباه قواعد العدالة.

لترجع عليه بحقا. فتوى: هل يجوز للمطلقة المطالبة بما أنفقت من مالها على زوجها وبيتها، رقم الفتوى: 123451،

اسلام ويب، الثلاثاء 16 جمادى الآخر 1430 هـ - 9-6-2009. تاريخ الزيارة 2022/06/05 .

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني-، مرجع سابق، 944 وما بعدها.

الخاتمة

وتتضمن النتائج التي توصلنا إليها يعقبها توصيات نسأل الله ألا نجانب الصواب فيها:

تسعى تشريعات الملكية العقارية حول العالم، سواء ذات الطابع الانكلوسكسوني أو اللاتيني، إلى إحاطة سند الملكية العقارية بالحجية الصارمة باعتباره ورقة رسمية وحجة لإثبات أصل وحدود الملكية العقارية. إن كان هذا الحكم العام يصلح إطلاقه على عموم الناس فإنه قد يخلق أوضاعاً يُظلم فيها ذوو القربى وخاصة الزوجة التي تساهم بمال أو عمل في تحصيل الملكية العقارية التي تنتهي في كثير من الأحيان باسم الزوج وحده استثناءً دون الزوجة. فحقاً إن مبدأ الحجية الشكلية للسندات العقارية له ما يبرره من الدعوة إلى استقرار المعاملات وعدم فتح الباب على مصراعيه للجميع للتشكيك في حجية ورقة رسمية إتبعته إجراءات صارمة في إعدادها. لكن الدعوة التي نتبناها هنا ليست استثناءً عاماً للكافة بل محدودة فقط في إطار العلاقات الأسرية. بحيث إذا اشتركت الزوجة في تحصيل الملكية العقارية التي تنتهي باسم الزوج وحده، يفتح الباب للزوجة لإثبات مشاركتها في تحصيل الملكية العقارية للعين المتنازع عليها. فالقول بتمكين المالك المسجل من الاستناد للحجية الشكلية للسند العقاري لإبعاد الزوجة المساهمة في الملكية يخلق وضعاً ظالماً تداركته التشريعات الأنجلوسكسونية تحت مذهبها المختلفة في تحقيق العدالة الموضوعية عبر استثناءات الأمانة المفترضة بين الزوجين Constructive Trust كما سبق الإشارة إليه.

أليس من المفترض أن نكون أولى بالبحث عن العدل وتحقيقه؟ فإن إعطاء كل ذي حق حقه أصل من أصول شريعتنا (لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ)¹ فهل من العدل أن تكذب الزوجة وتشقى في البيت وخارجها أو تخرج مالا من ذمتها مع عدم لزومها بذلك ثم بعد ذلك يستحوذ عليه الزوج استناداً لحجية السند العقاري؟ لا شك أن في ذلك ظلماً كبيراً. وربما يقول قائل بأنه يجب على الزوجة مسبقاً الركون للملكية المشتركة وطلبها بشكل صريح. فيكون الجواب هذا ما نؤكد عليه وننصح به. بيد أن بيئة الزواج وطبيعة العلاقة بين الزوجين ساعة الود والثقة قد تمنع من هذه المطالبات. فلو جاءتنا دعوى تدّعي فيها الزوجة أنها ساهمت من حرّ مالها في تحصيل الملكية العقارية لزوجها، فهل نرفض دعواها بحجة أن السند العقاري يشير للزوج وحده

¹ سورة الحديد، الآية 25.

استنادا لفكرة الحاجة لاستقرار المعاملات؟ وهل مصلحة استقرار المعاملات أولى بالجلب من مفسدة تكريس ظلم للزوجة في هذه الحالة؟

من أجل ذلك فإن التوصية العامة لهذا البحث هي إيجاد توازن في نصوص تشريعات الملكية العقارية العربية بين التأكيد على حجية السند العقاري بشكل عام في مواجهة الناس ووضع استثناء عام في إطار العلاقات العائلية يسمح لصاحب(ة) المصلحة بإثبات عكس السند الكتابي إذا قدم أدلة كافية لقاضي الموضوع تثبت عدم التطابق بين الحقيقة الشكلية التي أنتجها السند في مواجهة الحقيقة الموضوعية

لملكية العقار عندما تساهم الزوجة في استحصال ملكية العقار.

المراجع:

باللغة العربية:

• الكتب:

- أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الجزء الأول، طبعة الأولى، سنة 2005، ص: 226.
- عباس قاسم مهدي الداوقوي، الاجتهاد القضائي مفهومه- حالاته- نطاقه دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، العراق، 2015.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- مصادر الالتزام دار النشر للجامعات المصرية. القاهرة - 1956.

• المجالات المحكمة:

- حسام الدين كامل الأهواني، طارق جمعه السيد راشد، جابر محجوب على، دور التسجيل في اكتساب الملكية العقارية عن طريق التقادم في القانون المصري (دراسة تحليلية بين القانونين: رقم 114 لسنة 1946 ورقم 9 لسنة 2022)، المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، المجلد 3، العدد3، 2022، مصر، ص: 644-649.
- جليط جهيدة، حجية دفتر العقاري في إثبات الملكية العقارية، حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، المجلد 10 العدد 1 لسنة 2018.
- جعفر محمد جواد الفضلي ورعد مقداد محمود، نظرة في ملكية أثاث دار الزوجية، الرافدين للحقوق مجلد (1/السنة التاسعة) عدد (20) سنة (2004)، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق.
- عبد الرحمن أبو بكر سيد أحمد، دور القرائن في إثبات الانحراف في استعمال السلطة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية المجلد 18 العدد 1، يونيو 2021.
- عبد اللطيف الانصاري، مفهوم السعاية ونطاق تطبيق أحكامها بين الفقه المالكي والقضاء المغربي، مجلة مغرب القانون، 20 يناير 2018.

[/ https://www.maroclaw.com](https://www.maroclaw.com)

- عيساوي عبد القادر وبوشنافة جمال، إعادة النظر في الحقوق الناتجة عن الترقيم العقاري النهائي (دراسة تحليلية)، مجلة الفكر القانوني والسياسي، العدد الثالث، جامعة عمار ثليجي الأغواط، 2018.
- سالم السحيمي، هل أن إثبات الفساد مهمة القضاء دون سواه؟ (حول إشكالية الحقيقة القضائية والحقيقة الحقيقية / الواقعية)، صحيفة المغرب، 2021/03/29 .
<https://ar.lemaghreb.tn/>
- مؤمن، محمد، حق الكد والسعاية: دراسة لحق المرأة في اقتسام الممتلكات المكتسبة خلال فترة الزواج في القانون المغربي، مجلد 30، العدد 2، مجلة الحقوق، الكويت، 2006.
- منى معكوف، حجية دفتر العقاري في إثبات الملكية العقارية الخاصة، مجلة إسهامات قانونية، المجلد 1 العدد 02 / 2021.
- وهبة الزحيلي، كتاب الفقه الإسلامي وأدلته، آراء الفقهاء في التفريق لعدم الإنفاق - المكتبة الشاملة الحديثة. تاريخ الزيارة في 2022/06/04.
<https://al-maktaba.org/book/33954/7029#p5>

• الرسائل العلمية:

- بكاري عبد الرزاق، دور المحافظة العقارية في تثبيت الملكية العقارية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، 2015.
- عمر المزكلي، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 2005-2006.
- محمد الكدي العمراني، فقه الأسرة المسلمة في المهاجر (هولندا انموذجًا)، رسالة دكتوراه مقدمة في جامعة محمد الأول، المغرب، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان.
- موالى سويقة عبد الرحمان، سلطة القاضي في تقدير أدلة الإثبات في المواد المدنية، رسالة ماجستير مقدمة جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2019.

• القوانين:

- قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979
- قانون رقم (22) لسنة 2006 بإصدار قانون الأسرة القطري.
- الهيئة العامة للعقاري، المنصة الوطنية الموحدة. رؤية 2030 المملكة العربية السعودية.
- [/https://www.rega.gov.sa](https://www.rega.gov.sa)
- الفصل 10 من القانون عدد 91 لسنة 1998 المؤرخ في 9 نوفمبر 1998 المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، تونس.
- القانون عدد 94 لسنة 1998 المؤرخ في 9 نوفمبر 1998 والمتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، تونس.
- المواقع الإلكترونية الرسمية:
- قرار رقم 2015/1. منشور في موقع وزارة العدل العراقية.
- <https://www.moj.gov.iq>
- محكمة التمييز الاتحادية، مدني، رقم الحكم: 2574/حجية السندات/2008 ، 2008/3/16
- <https://www.moj.gov.iq>
- حكم محكمة التمييز العراقية، رقم الحكم: 2670/حجية السندات/2008 ، تاريخ اصدار الحكم: 2008/11/10.
- <https://www.hjc.iq/qview.954>
- محكمة التمييز القطرية - الدائرة المدنية والتجارية - رقم: 82 /2008.
- [/https://www.almeezan.qa](https://www.almeezan.qa)
- الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، موقع وزارة العدل التونسية.
- <https://wrcati.cawtar.org/>
- رقم الحكم : 2933/أثاث زوجية/2008 ، 2008/9/15، محكمة التمييز الاتحادية. تاريخ الزيارة 2022/06/05.
- <https://www.hjc.iq/qview.755>

- النشوز: استخفاف المرأة بزوجها وعصيانه، رقم الفتوى 1103، موقع اسلام ويب ، الثلاثاء 11 جمادى الأولى 1422 هـ - 31-7-2001.

<https://www.islamweb.net/ar/fatwa>

- الفتوى: 359245، موقع إسلام ويب ،الثلاثاء 28 ذو الحجة 1438 هـ - 19-9-2017 تاريخ الزيارة 2022/06/05.

<https://www.islamweb.net/ar/fatwa>

- الفتوى: لا تجبر الأم على إرضاع الولد إن وجد غيرها، رقم 31165، موقع إسلام ويب، الخميس 22 صفر 1424 هـ - 24-4-2003 . تاريخ الزيارة 2022/06/05.

<https://www.islamweb.net/ar/fatwa>

- القرار رقم: 144 (2/16) بشأن اختلافات الزوج والزوجة الموظفة، مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السادسة عشرة بدبي (دولة الإمارات العربية المتحدة) من 30 صفر إلى 5 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 9-14 نيسان (إبريل) 2005.

<https://iifa-aifi.org/ar/2174.html>

باللغة الإنجليزية:

Books

- Robert Norris Chambers, An introduction to property law in Australia. Wolters Kluwer, Year: 2013.
- Samanth Hepburn, Samantha Hepburn, Principles of Equity and Trusts Law (Routledge, 2nd edition), 2001

Articles

- Rose, Carol M. "Possession as the Origin of Property." The University of Chicago Law Review 52.1 (1985): 73-88
- Esposito, Antonio. "Ulrich Hubbe's Role in the Creation of the'Torrens' System of Land Registration in South Australia." Adelaide Law Review, The 24.2 (2003): 263-303.
- Editorial Note, (1985) "Possessory Title Registration: An Improvement of the Torrens System," William Mitchell Law Review: Vol. 11: Iss. 3, Article 6. Available at: <http://open.mitchellhamline.edu/wmlr/vol11/iss3/6>
- Haskett, Timothy S. "The Medieval English Court of Chancery." Law and History Review 14.2 (1996): 245-313.
- Pawlowski, Mark. "Fraud, legal formality and equity." Liverpool law review 23.1 (2001): 79-94.
- Black, Ashley. "Baumgartner v. Baumgartner, the Constructive Trust and the Expanding Scope of Unconscionability." UNSWLJ 11 (1988): 117.

Reports

- Henssen, Jo. "Basic principles of the main cadastral systems in the world." Proceedings of the one day seminar held during the Annual Meeting of Commission. Vol. 7. 1995, 7.
- Hayward, Andy. "Common intention constructive trusts and the role of imputation in theory and practice." Conveyancer and property lawyer. 80.3 (2016): 233-242.

Legislation

- United Kingdom, Land Registration Act, 1862, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/25-26/53/enacted>

Cases

- Stack v Dowden [2007] UKHL 17; Jones v Kernott [2011] UKSC 53
- Calverley v Green (1984) 155 CLR 242; [1984] HCA 81.
- Ogilvie v Ryan [1976] 2 NSWLR 504
- Baumgartner v Baumgartner (1987) 164 CLR 137; [1987] HCA 59.

نحو تنظيم قانوني لشرط العمل الحصري في القانون الإماراتي
"دراسة مقارنة"

الأستاذ الدكتور عمر فارس

أستاذ قانون الأعمال – جامعة المدينة عجمان

الإمارات العربية المتحدة

تاريخ القبول: 2023-5-19

تاريخ التسليم: 2023-5-3

**Towards a legal regulation of the exclusive employment clause in
UAE law
Comparative study**

Dr. Omar Fares

Professor of Business Law

City University Ajman – UAE

ملخص

يعتبر العامل في الأصل حراً في ممارسة أي عمل خارج أوقات العمل، إلا إذا اشترط صاحب العمل عليه أداء العمل حصرياً في منشأته، وعدم العمل لدى أية منشأة أخرى أثناء سريان عقد العمل بينهما، ويعرف هذا الشرط بـ "شرط العمل الحصري". وعلى اعتبار أن قانون العمل الإماراتي الصادر بالمرسوم بقانون اتحادي رقم 33 لسنة 2021 لم يتضمن أحكاماً خاصة بهذا الشرط، جاءت هذه الدراسة لتبين القواعد القانونية التي يمكن تبنيها بغرض تنظيم شرط العمل الحصري. فهي حاولت توضيح آلية تجنب تعارض هذا الشرط مع حرية العامل في العمل، وحددت القيود القانونية الشكلية والموضوعية التي يجب مراعاتها عند الاتفاق على العمل الحصري، لضمان صحة هذا الاتفاق ونفاذه في مواجهة العامل المقصود. كما وضحت الدراسة أيضاً الأعمال التي لا يمكن أن يشملها شرط العمل الحصري، والجزاءات التأديبية والمدنية التي تلحق بالعامل في حال مخالفته لهذا الشرط. وقد خلص البحث إلى جملة من النتائج والتوصيات ركزت على أهمية تنظيم شرط العمل الحصري في قانون العمل الإماراتي، بما يضمن تحقيق التوازن بين حرية العامل في العمل وحماية المصالح المشروعة لصاحب العمل.

الكلمات المفتاحية: شرط العمل الحصري، حرية العمل، واجب الولاء، عدم المنافسة، المصالح المشروعة.

Summary

The worker is originally considered free to engage in any work outside working hours, unless the employer stipulates that he must perform the work exclusively in his establishment, and not work for any other establishment during the validity of the work contract between them. This condition is known as "the exclusive employment condition". Considering that the UAE labor law did not contain specific provisions to this condition, this study came to show the legal rules that can be adopted for the purpose of regulating the exclusive employment condition. It tried to clarify the mechanism for avoiding the conflict of this condition with the freedom of the worker to work, and identified the formal and substantive legal restrictions that must be taken into account when agreeing on exclusive employment, to ensure the validity and enforcement of this agreement in the face of the intended worker. It also indicated the works that cannot be covered by the exclusive employment condition, and the disciplinary and civil penalties that befall the worker if he violates this condition. The research concluded with a number of results and recommendations that focused on the importance of regulating the exclusive employment condition in the UAE Law, in order to ensure a balance between the freedom of the worker to work and the protection of the legitimate interests of the employer.

Keywords: exclusive employment condition, freedom of work, duty of loyalty, non-competition, legitimate interests.

مقدمة

في الواقع العملي، كثيراً ما يمارس العمال أعمالاً مأجورة أو غير مأجورة في أوقات فراغهم، فيختار البعض إعلام صاحب العمل بهذه الأعمال فلا يمانع بذلك، بينما يفضل آخرون التكتّم على هذا الأمر، فلا يجاهرون به حتى لا يصل إلى علم صاحب العمل، فيعرضون أنفسهم للمساءلة القانونية والعقوبات التأديبية. ولأجل حماية مصالحهم، يلجأ بعض أصحاب العمل أحياناً إلى إدراج شرط في عقد العمل يقضي بمنع العامل من العمل لدى صاحب عمل آخر خلال فترة تنفيذ العقد، بهدف إجبار هذا العامل على تكريس كامل جهده وطاقته لأداء المهام التي يكلف بها في المؤسسة، وضمان ولائه لصاحب العمل. وقد درج العرف على تسمية هذا الشرط بـ "شرط العمل الحصري". وأحياناً أخرى، يكون أصحاب العمل أكثر تساهلاً مع عمالهم الذين يرغبون في زيادة دخلهم عن طريق العمل لدى الغير، فيضمنون عقد العمل شرطاً يسمح للعامل بالعمل لدى صاحب عمل آخر، ولكن بشرط الحصول على موافقة مسبقة على ذلك من صاحب العمل الأول. والحقيقة أن هذا الشرط الأخير ما هو إلا صورة خاصة من صور شرط العمل الحصري، فماذا يقصد بشرط العمل الحصري؟

يقصد بشرط العمل الحصري ذلك الشرط الذي يدرج في عقد العمل، ويتعهد فيه العامل بعدم العمل لدى صاحب عمل آخر خلال مدة تنفيذ العقد¹. وفي الواقع، يهدف صاحب العمل من إدراج هذا الشرط في عقد العمل إلى إلزام العامل بتكريس كل جهده وطاقته لأداء المهام المكلف بها في منشأته، وتعزيز ولائه إليه. ولذلك، يسري شرط العمل الحصري خلال فترة تنفيذ عقد العمل فقط، بعكس شرط عدم المنافسة الذي يبدأ في السريان عند انتهاء عقد العمل. وبمجرد أن يتم إدراج شرط العمل الحصري في عقد العمل، يصبح العامل ملزماً باحترامه متى توفرت فيه القيود القانونية المطلوبة لصحته، والتي سوف نتعرف عليها لاحقاً. وبالمقابل، إذا خلا عقد العمل من شرط العمل الحصري يجوز للعامل العمل لدى صاحب عمل آخر بشرط عدم تجاوز الحد الأقصى لساعات العمل، والمحافظة على ولائه إلى صاحب العمل الأول، بما في ذلك امتناعه عن ممارسة أية أعمال من شأنها التنافس مع منشأته.

ولو رجعنا إلى قانون العمل الإماراتي الجديد الصادر بالمرسوم بقانون اتحادي رقم 33 لسنة 2021 الذي سيشار إليه لاحقاً في هذا البحث بـ "قانون العمل الإماراتي"، لوجدنا أن المشرع الإماراتي

¹ Brigitte Hess-Fallon, Sandrine Maillard-Pinon et Anne-Marie Simon, Droit du travail, Dalloz, 24^e éd., 2015, p. 112.

سهى عن تنظيم شرط العمل الحصري، بخلاف ما فعله بشأن شرط عدم المنافسة. وليس هناك سوى فقرة وحيدة تتعلق بالعمل الحصري هي الفقرة 9 من المادة 16 من قانون العمل، والتي قضت بالتزام العامل بعدم العمل لدى الغير بشكل مخالف لأحكام هذا القانون وغيره من التشريعات النافذة في هذا الشأن. فهل يفهم من ذلك أن هذا النص يلقي واجباً عاماً على جميع العمال، مضمونه: منع العامل من العمل لدى الغير! في الحقيقة، النص المذكور جاء عاماً، ولم يتضمن أية تفاصيل حول ما إذا كان العامل يتمتع بحق العمل لدى صاحب عمل آخر أثناء تنفيذ عقد العمل، وفيما إذا كانت ممارسة هذا الحق تخضع لقيود قانونية معينة.

وعندما عرفت المادة 1/6/و من اللائحة التنفيذية لقانون العمل الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم 1 لسنة 2022 تصريح العمل الجزئي، أشارت صراحة إلى حق العامل في العمل لدى أكثر من صاحب العمل بشرط الحصول على تصريح بذلك من الوزارة. وبالرجوع إلى القواعد العامة لعلاقة العمل المنصوص عليها في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، نجد أن المادة 907 منه نصت على أنه: "لا يجوز للعامل أن يشغل نفسه وقت العمل بشيء آخر، ولا أن يعمل خلال مدة العقد لدى غير صاحب العمل، وإلا جاز لصاحب العمل فسخ العقد أو إنقاص الأجرة بقدر تقصير العامل في عمله لديه". ولا شك أن هذا النص يتضمن اعترافاً ضمناً من المشرع الإماراتي بحق العامل في العمل لدى صاحب عمل آخر، إلا أن ممارسته لهذا الحق تجيز لصاحب العمل الأول فسخ العقد أو إنقاص الأجرة بقدر تقصير العامل في عمله لديه.

استناداً إلى ما تقدم، يطرح شرط العمل الحصري العديد من الأسئلة، أهمها: ما مدى تعارض هذا الشرط مع حرية العامل في العمل؟ وهل هناك قيود قانونية معينة لصحته ونفاذه على العامل؟ وما هي الأعمال التي يمكن أن يشملها الشرط المذكور؟ وما طبيعة الجزاءات التي يتعرض لها العامل في حال مخالفته لشرط العمل الحصري؟ ولأجل الإجابة على هذه التساؤلات وغيرها، سوف نوضح فيما يلي إلى أي مدى يستطيع العامل المرتبط بعلاقة عمل التمتع بحرية العمل (المبحث الأول)، ثم نبين القيود القانونية المطلوبة لصحة شرط العمل الحصري (المبحث الثاني)، وبعد ذلك نشرح آلية تنفيذ

العامل لالتزامه بهذا الشرط من خلال تحديد الأعمال غير المشمولة به، وحصر الجزاءات التي يمكن أن يتعرض لها في حال مخالفته للشرط المذكور (المبحث الثالث).

المبحث الأول: تمتع العامل بحرية العمل

لا شك أن إدراج شرط العمل الحصري في عقد العمل يتعارض مع إحدى أهم الحريات الدستورية، هي "حرية العامل في العمل". وصحيح أن العامل المقصود في هذا البحث ذلك العامل المرتبط بعقد عمل تضمن شرطاً يلزمه بالعمل حصرياً لدى صاحب العمل، إلا أنه من المفترض أن يظل هذا العامل متمتعاً بحرية العمل خارج أوقات العمل، والاستفادة من هذه الأوقات بأعمال مأجورة أو غير مأجورة. فما هو المقصود بحرية العامل في العمل (المطلب الأول)؟ وما هي شروط تمتع العامل بحرية العمل (المطلب الثاني)؟

المطلب الأول: المقصود بحرية العامل في العمل

يعتبر حق العمل وحرية العامل في العمل من الحقوق والحريات الأساسية التي لا يجوز التنازل عنها، وقد حرصت معظم الدساتير في العالم على النص عليها صراحة. فعلى سبيل المثال: جاء في المادة 20 من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة لسنة 1971: "كل مواطن حر في اختيار عمله أو مهنته أو حرفته في حدود القانون...". كما تم على سبيل المثال النص صراحة على حق الشخص في الحصول على عمل في ديباجة الدستور الفرنسي الذي أقر بتاريخ 1946/10/27. وهذا يعني أنه من حيث المبدأ لا يجوز المساس بحرية العامل في العمل لأنها من الحقوق والحريات الأساسية، وذلك ما لم يكن هناك مبرر مشروع، وسمحت القوانين بتقييد هذه الحرية، كما هو الحال بالنسبة لشرط العمل الحصري محل الدراسة. وفي السياق ذاته، قضت المادة (1-1121L) من قانون العمل الفرنسي بأنه: "لا يجوز لأحد أن يفرض قيوداً على حقوق الأشخاص والحريات الفردية والجماعية التي لا تبررها طبيعة المهمة التي يتعين القيام بها أو تتناسب مع الهدف المنشود".

إذاً، يقضي المبدأ العام بأنه من حق كل عامل ممارسة أية أعمال يرغب بها في أوقات فراغه، أي بعد الانتهاء من أداء العمل المتفق عليه في عقد العمل. ويؤكد ذلك أحد الكتاب بالقول: "يتمتع العامل بالحرية الكاملة في الاستفادة من أوقات فراغه بعد أداء العمل المطلوب منه في المواعيد المحددة، فهو يستطيع شغل فراغه بالترفيه عن نفسه أو إشباع هواياته أو العمل لحسابه الخاص أو لحساب

صاحب عمل آخر¹. وهذا يعني أن العامل ملزم بالعمل لدى صاحب العمل في أوقات العمل المحددة في عقد العمل أو لوائح تنظيم العمل، أما خارج هذه الأوقات فيبقى حراً في شغل وقته بأي عمل آخر، بغض النظر عما إذا كان هذا العمل مأجوراً أم لا. فارتباط العامل بعقد عمل لا يعني - بأية حال من الأحوال - أنه مرتبط بـ "عقد عبودية".

بناءً عليه، يحق للعامل أن يستغل أوقات فراغه في أي عمل كان، وأن يستفيد من خبراته المتراكمة بما يعود عليه بالنفع المادي أو المعنوي. وليس لصاحب العمل أن يعترض على ذلك إلا إذا كان العمل الذي يمارسه العامل خارج أوقات عمله ينافس نشاط صاحب العمل²، أو يؤثر على أدائه للعمل في منشأته، كما لو كان يؤدي إلى إرهاقه أو خفض كفاءته وإنتاجيته³. وإذا رغب أي عامل بالعمل لدى صاحب عمل آخر، فليس ملزماً بطلب الإذن من صاحب العمل، ولا إخطاره بذلك، لأنه يمارس حرية دستورية. مع ذلك، يبقى هذا العامل ملزماً بالتصريح لصاحب العمل بأنه ليس من شأن عمله الثاني تجاوز الحد القانوني الأقصى لساعات العمل⁴، وفق ما سنوضحه لاحقاً.

المطلب الثاني: شروط تمتع العامل بحرية العمل

في الأصل، لا تمنع قوانين وأنظمة العمل العامل من العمل لدى صاحب عمل آخر، سواء كان يعمل بدوام كامل أم بدوام جزئي أم وفق أي نمط آخر من أنماط العمل التي أجازها قانون العمل ولائحته التنفيذية⁵. وإذا رغب أي عامل بالعمل لدى صاحب عمل آخر فليس ملزماً بإخطار صاحب العمل أو طلب الإذن منه، وإن كان يجب عليه السماح لأصحاب العمل الأول والثاني بالتأكد من احترام الحد الأقصى لساعات العمل. مع ذلك، يشترط لتمتع العامل بحرية العمل، والعمل لدى صاحب

¹ عبد الرزاق حسين يس، الوسيط في شرح أحكام قوانين العمل والتأمينات الاجتماعية: عقد العمل الفردي، أكاديمية شرطة دبي، 2004، ص 541.

² محمد حسين منصور، قانون العمل، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 310.

³ رغييد عبد الحميد فتال، شرح قانون تنظيم علاقات العمل ومبادئ التأمينات الاجتماعية في دولة الإمارات العربية المتحدة، الآفاق المشرقة ناشرون، الشارقة، 2018، ص 171.

⁴ Pierry Dorothee, Peut-on cumuler deux emplois ? Les conditions à respecter selon les cas : <https://www.aide-sociale.fr/cumul-emploi/>

⁵ المادة 1/7 قانون العمل الإماراتي.

عمل آخر توفر شرطين رئيسيين: عدم تجاوز الحد الأقصى لساعات العمل (أولاً)، والالتزام بواجب الولاء لصاحب العمل (ثانياً).

أولاً- عدم تجاوز الحد الأقصى لساعات العمل

لقد وضعت المادة 1/17 من قانون العمل الإماراتي حداً أقصى لساعات العمل العادية، وهو ثمان ساعات في اليوم الواحد، وثمانية وأربعون ساعة في الأسبوع. كما أجازت المادة 1/19 من القانون المذكور لصاحب العمل تشغيل العامل ساعات عمل إضافية زيادة على ساعات العمل العادية، على ألا تزيد عن ساعتين في اليوم الواحد، وبذلك يكون الحد الأقصى لساعات العمل العادية مع ساعات العمل الإضافية عشر ساعات في اليوم، وستين ساعة في الأسبوع. وسمحت المادة 5/17 من القانون ذاته للعامل الجمع بين أكثر من عمل مأجور، وخاصة عندما يعمل بغير نظام الدوام الكامل. إلا أن القانون المذكور خلا من النص على منع العامل من العمل لدى صاحب عمل آخر في حال كان مجموع ساعات العمل العادية والإضافية فيهما يتجاوز الحد الأقصى لساعات العمل المذكور آنفاً. وبرأينا، إنه لأمر بديهي ألا يسمح للعامل بالعمل لدى صاحب عمل آخر متى كان من شأن هذا العمل أن يؤدي إلى تجاوز العامل للحد الأقصى لساعات العمل العادية والإضافية المحددة في قانون العمل الإماراتي. ولذلك، نحث المشرع الإماراتي على تبني مبدأ عام يقضي بمنع العامل من ممارسة أعمال مأجورة لأكثر من الحد الأقصى لساعات العمل العادية والإضافية المحددة في قوانين العمل وأنظمتها، أسوة بموقف بعض المشرعين الوطنيين لا سيما المشرع الفرنسي¹.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا: في حال مارس العامل خارج أوقات عمله أعمالاً لحسابه الخاص، هل تؤخذ أوقات القيام بهذه الأعمال بعين الاعتبار عند حساب الحد الأقصى لساعات العمل؟ لا نعتقد ذلك لأن هذه الأوقات خارج نطاق تطبيق قانون العمل. يضاف إلى ذلك، في بعض الأحيان نجد عمالاً يعملون بـ "دوام كامل" حسب نظام العمل في مؤسساتهم، إلا أن دوامهم يقل عن الحد الأقصى لساعات العمل المنصوص عنه في قانون العمل، كالمدرسين في المدارس الذي يعملون عادةً ست ساعات في اليوم، وخمسة أيام في الأسبوع. وهناك عمال آخرون يعملون خمسة أيام بدلاً من ست أيام في الأسبوع، والتي هي الحد الأقصى لأيام العمل في القانون المذكور. فهل يحق لمثل هؤلاء

¹ L'article L8261-1 du Code de travail français prévoit que : « Aucun salarié ne peut accomplir des travaux rémunérés au-delà de la durée maximale du travail, telle qu'elle ressort des dispositions légales de sa profession ».

العمال العمل لدى صاحب عمل آخر لإكمال الحد الأقصى القانوني لساعات العمل؟ نعتقد: نعم، بمعنى أن لهم الحق في استغلال ما ينقصهم من ساعات عن الحد الأقصى لساعات العمل. وأكثر من ذلك، يحق - برأينا - لجميع العمال الذي يعملون بنظام الدوام الكامل ولكن دون تنفيذ أية ساعات عمل إضافية، أن يعملوا لدى صاحب عمل آخر خارج أوقات عملهم لإكمال الحد الأقصى لساعات العمل العادية والإضافية (عشر ساعات في اليوم، وستون ساعة في الأسبوع).

وفي جميع الأحوال، إذا ثبت أن العامل مارس عملاً مأجوراً لدى صاحب عمل آخر، وتجاوز بذلك الحد الأقصى لساعات العمل المسموح بها قانوناً، عرض نفسه للمساءلة القانونية. ففي هذه الحالة، يجب على العامل المخالف إنهاء عقد العمل المبرم مع صاحب العمل الثاني إذا كان يرغب باستمرار تنفيذ عقد العمل مع صاحب العمل الأول، وإلا سيكون عرضة لعقوبة الفصل من العمل دون إنذار بالنسبة لعمله الأول والثاني، وذلك لمخالفته الحد الأقصى لساعات العمل المسموح بها قانوناً¹. وبخصوص أجور الساعات التي نفذها العامل لدى صاحب العمل الثاني، فيجب على هذا الأخير دفعها إليه، حتى لو اعتبرت ساعات عمل غير مشروعة بسبب تجاوزها للحد الأقصى لساعات العمل المسموح بها قانوناً². وإذا ثبت أن صاحب العمل الثاني قام بتشغيل العامل المذكور مع علمه بأن ذلك سيؤدي إلى تجاوز هذا العامل للحد الأقصى لساعات العمل المسموح بها قانوناً، وجب تطبيق الجزاءات الإدارية و/أو الجنائية عليه لمخالفته أحكام قانون العمل ولائحته التنفيذية والقرارات الصادرة تنفيذاً له.

على الرغم مما تقدم، نتساءل: هل توجد استثناءات على مبدأ منع العامل من ممارسة أعمال مأجورة خارج أوقات عمله، لأكثر من الحد الأقصى لساعات العمل المحددة في قانون العمل الإماراتي أو لائحته التنفيذية؟ في الحقيقة، ورد في المادة 4/15 من اللائحة التنفيذية لقانون العمل الإماراتي ذكر فئات من العمال المستثناءة من الحد الأقصى لساعات العمل بخصوص عملهم داخل مؤسساتهم، وهم: أعضاء مجالس الإدارة وأصحاب المناصب الشرفية والبحارة وغيرهم. أما الأعمال المأجورة أو

¹ المادة 10/44 قانون العمل الإماراتي.

² Les fiches sur le droit du travail du site du Ministère du Travail, 27/2/2015 : https://www.ffnatation.fr/sites/default/files/ckeditor_files/le_cumul_demplois_1.pdf

غير المأجورة التي يمارسها العامل خارج أوقات عمله فلم يرد بشأنها أي نص في قانون العمل الإماراتي أو لائحته التنفيذية، في حين أن هناك تشريعات وطنية تضمنت نصوصاً صريحة على استثناء بعض الأعمال التي يمارسها العامل في أوقات فراغه من قاعدة منع العامل من تجاوز الحد الأقصى لساعات العمل. فعلى سبيل المثال، استتنت المادة (3-8261-L) من قانون العمل الفرنسي من قاعدة منع العامل من العمل خارج أوقات العمل الاعمال التالية: الأعمال العلمية والأدبية والفنية وسائر الأعمال ذات الاهتمام العام، والأعمال التي يمارسها العامل لحسابه الخاص، والأعمال المجانية أو الطوعية، والأعمال المنزلية الصغيرة، وأعمال الطوارئ.

ثانياً- التزام العامل بواجب الولاء لصاحب العمل

إذا كان العامل يتمتع - من حيث المبدأ - بحرية العمل وشغل أوقات فراغه بأي عمل كان، سواء كان هذا العمل مأجوراً أم لا، وسواء كان لحسابه الخاص أم لحساب صاحب عمل آخر، فإنه يبقى ملتزماً بواجب الولاء دون الحاجة للنص عليه صراحة في عقد العمل. والحقيقة أن واجب الولاء يفرض على العامل القيام بكل ما من شأنه المحافظة على مصالح صاحب العمل، والامتناع - في الوقت ذاته - عن كل ما يمكن أن يضر بتلك المصالح أو يتعارض معها¹. ونتساءل هنا: هل واجب ولاء العامل لصاحب العمل يفرض عليه إعلام هذا الأخير بأي نشاط مهني يرغب بممارسته إلى جانب عمله؟ لا نعتقد ذلك، لأن العامل عندما يمارس أي عمل آخر خارج أوقات عمله لدى صاحب العمل، إنما يمارس حريته في العمل، وهي حرية دستورية كما سبق ونوهنا، وبالتالي هو لا يحتاج لممارستها لإعلام أو إذن أحد طالما أنه لا يخالف القوانين والأنظمة.

ويتفرع عن واجب ولاء العامل لصاحب العمل التزامه بعدم القيام بأعمال منافسة لصاحب العمل خارج أوقات العمل، بغض النظر عما إذا كانت هذه الأعمال لحسابه الخاص أم لحساب صاحب عمل آخر²، وسواء كان هناك شرط في عقد العمل يلزمه بذلك أم لا³. إذ "لا يمكن العمل مع شخص

¹ محمد حسين منصور، قانون العمل، مرجع سابق، ص 316.

² عفيف محمد كلوب وأكرم صبحي مزهر، مدى ارتباط التزام عدم إفشاء الأسرار بالتزام عدم المنافسة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة تامنغست، الجزائر، العدد 3، 2021، ص 55.

³ سعاد بنور، التزام العامل بعدم المنافسة بين السر المهني والحرية في العمل، مجلة دراسات، جامعة عمار ثلجي الأغواط، العدد 45، أغسطس 2016، ص 157.

ومنافسته في آن واحد¹. فعلى سبيل المثال: لا يجوز للعامل الذي يعمل في محل لتجارة الألبسة، أن يسوق لبيع الألبسة في أوقات فراغه، بغض النظر عما إذا كان سيؤدي هذا العمل لحسابه الخاص أم لحساب الغير. وبالمقابل، يجوز للعامل أن يقوم بأعمال غير منافسة لصاحب العمل، أي لا تتصل بنشاط صاحب العمل، كما لو كان العامل يعمل خياطاً في مصنع، وأراد أن يستغل أوقات فراغه للعمل نادياً في مطعم بهدف زيادة دخله. مع التأكيد على أنه حتى لو سمح صاحب العمل للعامل بممارسة نشاط منافس خارج أوقات العمل لدى الغير أو لحسابه الخاص، يبقى هذا العامل ملتزماً بأداء عمله لدى صاحب العمل بأمانة وإخلاص، وعدم التسبب بأية أضرار لمؤسسته².

ويرجع أساس واجب العامل بالولاء إلى التزامه بتنفيذ التزاماته العقدية والقانونية تجاه صاحب العمل بحسن نية، وفقاً لما تقضي به القواعد العامة، حيث جاء في المادة 1/246 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية". فأطراف أي عقد - وليس فقط عقد العمل - يلتزمون بتنفيذ العقد الذي يبرمونه بحسن النية، بمعنى أن التزاماتهم لا تقتصر على ما اشتمل عليه العقد من بنود، وما تقضي به مصادر القانون المختلفة، وإنما تمتد لتشمل كل ما يوجبه عليهم مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود³. انطلاقاً من هذا المبدأ، لا يجوز للعامل أن يمارس خارج أوقات عمله أي عمل من شأنه أن يؤثر على طاقته وإنتاجيته في عمله لدى صاحب العمل الأساسي. ولا شك أن التزام العامل بواجب الولاء لمؤسسة صاحب العمل التزام جوهري، ولذلك يترتب على الإخلال به تعرضه لجزاءات تأديبية من صاحب العمل، وعلى رأسها فصله من العمل دون إنذار.

¹ أمينة ناعمي، حدود شرط عدم المنافسة على ضوء مدونة الشغل: بحث منشور على موقع وزارة العدل المغربية:

[/https://adala.justice.gov.ma](https://adala.justice.gov.ma)

² صلاح محمد أحمد دياب، التزام العامل بالأمانة والإخلاص في علاقات العمل الفردية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2010، ص 169.

³ المادة 246 قانون المعاملات المدنية.

المبحث الثاني: قيود صحة شرط العمل الحصري

لم يرد في قانون العمل الإماراتي ولا في لائحته التنفيذية أي نص حول جواز شرط العمل الحصري من عدمه، وفيما إذا كان هناك قيوداً معينة لصحته ونفاذه. ولهذا، وجب الرجوع إلى القضاء الإماراتي للتأكد من جواز فرض الشرط المذكور على العامل، والتعرف على الشروط المطلوبة لصحته، إلا أننا وجدنا صعوبة في إيجاد أحكام صادرة سابقاً عن المحاكم الإماراتية، ومتعلقة بالشرط المذكور. وإذا كان المشرع الفرنسي سهى أيضاً عن تنظيم شرط العمل الحصري، إلا أن القضاء الفرنسي لم يُقصر في وضع الضوابط اللازمة لمشروعية هذا الشرط. وانطلاقاً مما استقر عليه الاجتهاد القضائي في فرنسا، يمكن القول بأن شرط العمل الحصري لا يصح إلا إذا روعي فيه قيد شكلي "الكتابة" (المطلب الأول) وعدد من القيود الموضوعية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: القيد الشكلي "الكتابة"

لا يوجد نص في قانون العمل الإماراتي يشترط الكتابة لصحة شرط العمل الحصري ولا لإثباته، ولذلك يفترض أن هذا الشرط يصح بمجرد التراضي بين العامل وصاحب العمل على التزام الأول بعدم العمل لدى صاحب عمل آخر أثناء تنفيذ عقد العمل بينهما. ولكن - من وجهة نظرنا - يجب على المشرع الإماراتي النص صراحة في قانون العمل على ضرورة كتابة شرط العمل الحصري في عقد العمل لا اعتباره صحيحاً وناظراً بحق العامل المقصود، وذلك لعدة أسباب: أولها أن هذا الشرط يمثل قيداً على حرية العامل في العمل، وثانيها إن اشتراط الكتابة يسهل إثبات هذا الشرط ومضمونه، وثالثها كتابة الشرط تيسر على القضاء التأكد من توفر القيود المطلوبة لصحة هذا الشرط.

ويجب صياغة شرط العمل الحصري بطريقة واضحة وصريحة تؤكد على توفر جميع الشروط المطلوبة لصحته، والتي سيتم عرضها تباعاً. ولهذا، حكم بعدم صحة الشرط الذي تمت صياغته على النحو التالي: "يتعهد العامل صراحة بطلب تفويض الشركة لأي نشاط إضافي يرغب في القيام به"، وذلك بسبب عدم توضيح المقصود بالنشاط الإضافي المنوه عنه في هذا الشرط¹. وبالمقابل، لا يجوز أن يكون الاتفاق على منع العامل من العمل لدى صاحب عمل آخر شاملاً وعماماً، لأن في ذلك تعدياً صارخاً على حرية العامل في العمل. هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها، الذي جاء فيه: "يعد شرط العمل الحصري صحيحاً طالما أنه يتعلق بعامل مكلف بواجبات تؤثر على نشاط

¹ Ass. Plan. 16/5/2018, n. 16-25272.

الشركة وسرية العمل فيها، وطالما أنه لا ينشئ حظراً مطلقاً¹. بناءً عليه، يشترط لصحة شرط العمل الحصري أن يحدد فيه بشكل واضح وصريح نطاق الأنشطة المحظورة، كالاختراط على العامل عدم العمل في منشأة منافسة تمارس نشاط صاحب العمل ذاته أو مشابه له². مع ذلك، يجوز برأينا الاتفاق على السماح للعامل بممارسة أي عمل آخر خارج أوقات العمل بشرط الحصول على إذن مسبق من صاحب العمل، بغض النظر عما إذا كان العمل المقصود يدخل ضمن نشاط صاحب العمل أم لا.

ومن ناحية أخرى، يجوز لصاحب العمل الاتفاق مع العامل على العمل لديه حصرياً عند إبرام العقد أو في وقت لاحق. وفي حال عرض صاحب العمل مثل هذا الاتفاق على العامل في وقت لاحق، فإنه يعتبر بمثابة تعديل لعقد العمل، وبالتالي يكون من حق العامل قبول الاتفاق المذكور أو رفضه. فإذا قبل العامل بشرط العمل الحصري لدى صاحب العمل التزم بعدم العمل لدى صاحب عمل آخر بدءاً من تاريخ سريان هذا الاتفاق، وحتى تاريخ انتهاء عقد العمل. أما إذا رفض العامل الاتفاق على العمل الحصري، وقام صاحب العمل بفصله من العمل بسبب هذا الرفض، اعتبر هذا الفصل غير مشروع، واستحق العامل تعويضاً خاصاً عن الضرر الذي قد يصيبه من هذا الفصل، على ألا يزيد مبلغ هذا التعويض على أجر العامل لمدة 3 أشهر تحسب وفق آخر أجر كان يتقاضاه، وفق ما جاء في المادة 2/47 من قانون العمل الإماراتي. يضاف إلى ذلك، في حال تم الاتفاق بين صاحب العمل والعامل على السماح لهذا الأخير بالعمل لدى صاحب عمل آخر، ولكن بعد الحصول على موافقة مسبقة من صاحب العمل، فإن هذا الاتفاق يعد أقل تقييداً لحرية العامل في العمل من شرط العمل الحصري، إلا أنه ينتج الآثار نفسها في حال رفض صاحب العمل السماح للعامل بالعمل لدى صاحب عمل آخر³. ولهذا، تقرر في القضاء الفرنسي اعتبار شرط الموافقة المسبقة للسماح للعامل بالعمل لدى صاحب عمل آخر صورة من صور شرط العمل الحصري، ويخضعان للأحكام ذاتها⁴.

¹ Cass. Soc. 29/9/2016, n. 14-24296.

² Cass. Soc. 16/5/2016, n. 16-25272.

³ François Gaudu et Florence Bergeron-Canut, Droit du travail, Dalloz, 6^e éd., 2018, p. 28.

⁴ Cass. Soc. 16/5/2018, n. 16-25272.

ويخضع إثبات الاتفاق على العمل الحصري بين العامل وصاحب العمل للقواعد العامة، بمعنى أن عبء إثباته يقع على من يدعيه، وهو في الغالب صاحب العمل لأنه المتضرر من خرق العامل للاتفاق المذكور. ويعتبر شرط العمل الحصري بمثابة تصرف قانوني غير محدد القيمة قياساً على شرط عدم المنافسة، ولذلك لا يجوز إثباته إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها كالإقرار واليمين في حال اعتبار الشرط المذكور بمثابة اتفاق غير شكلي¹. أما إذا اشترط القانون كتابة شرط العمل الحصري لصحته وفق ما تم مناقشته سابقاً، فلا يصح ولا يثبت إلا بالكتابة. وبما أن التزام العامل بشرط العمل الحصري يمثل استثناءً من مبدأ حرية العامل في العمل، وبما أنه لا يجوز التوسع في تفسير الاستثناء، لذلك إذا وجد شك حول وجود شرط العمل الحصري، وجب تفسير هذا الشك لصالح العامل لأن الشرط المذكور يقيد حرية العامل في العمل².

المطلب الثاني: القيود الموضوعية

كما سبق ونوهنا بأن قانون العمل الإماراتي لم ينظم شرط العمل الحصري، والقضاء الإماراتي - على الأغلب - لم يسبق أن عرض عليه نزاع محله هذا الشرط. ولو رجعنا إلى القضاء الفرنسي لوجدنا أن الاجتهاد فيه استقر على اعتبار شرط العمل الحصري صحيحاً وناظراً³، وذلك متى كان ضرورياً لحماية المصالح المشروعة للمنشأة (أولاً)، وتبرره طبيعة العمل المكلف به العامل (ثانياً)، إلا هناك تذبذب في الرأي حول صحة الشرط المذكور في كان العامل مرتبط مع صاحب العمل بعقد عمل بدوام جزئي (ثالثاً).

أولاً- أن يكون الشرط مبرراً بطبيعة العمل المكلف به العامل

يشترط لصحة ونفاذ شرط العمل الحصري الذي يمنع العامل من العمل لدى صاحب عمل آخر، أن تكون طبيعة العمل الذي يكلف به العامل تبرر فرض هذا الحظر عليه. وقياساً على شرط عدم المنافسة، واستناداً إلى المادة 1/10 من قانون العمل الإماراتي، يفترض أنه لا يجوز الاشتراط على العامل عدم العمل لدى صاحب عمل آخر أثناء سريان عقد العمل إلا إذا كان العمل المكلف به

¹ رغيّد عبد الحميد فتال، شرح قانون تنظيم علاقات العمل ومبادئ التأمينات الاجتماعية في دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص 177.

² عبد الرزاق حسين يس، الوسيط في شرح أحكام قوانين العمل والتأمينات الاجتماعية: عقد العمل الفردي، مرجع سابق، ص 544.

³ Cass. Soc. 11/5/2005, Bull. Civ. V, 2005, n. 159.

"يسمح له بمعرفة عملاء صاحب العمل أو الاطلاع على أسرار العمل". فالعامل الذي تسمح طبيعة عمله بمعرفة عملاء صاحب العمل، يمكنه التأثير عليهم ليتحولوا إلى المنشأة الأخرى التي يعمل لديها في أوقات فراغه. وكذلك الأمر في حال كانت طبيعة عمل العامل تسمح له بالاطلاع على أسرار العمل، حيث من الممكن كشفها لصاحب عمل آخر ليستفيد منها، مما يشكل خطراً على المصالح المشروعة لصاحب العمل الأول.

بناءً على ما سبق، لا يجوز فرض شرط العمل الحصري على جميع العمال في المنشأة، وإنما يجوز فرضه فقط على العمال الذين تسمح لهم المهام الموكلة إليهم معرفة عملاء صاحب العمل أو الاطلاع على أسرار العمل. وكمثال على العمال الذين يجوز الاتفاق معهم على شرط العمل الحصري: المدراء التنفيذيين وموظفو قسم المشتريات والمبيعات وغيرهم. وبالمقابل، إذا تم الاتفاق على شرط العمل الحصري مع عمال لا تسمح المهام الموكلة إليهم بمعرفة عملاء صاحب العمل أو الاطلاع على أسرار العمل كالعمال المكلفين بأعمال مادية أو بدنية، اعتبر هذا الشرط باطلاً قياساً على شرط عدم المنافسة¹، ولعدم وجود مبرر للحد من حرية العامل في العمل. وبالتالي إذا وجد شرط العمل الحصري في عقد العمل لعامل مكلف بأداء أعمال ومهام لا تشكل تهديداً جدياً للمصالح المشروعة لصاحب العمل، وجب الحكم ببطالان هذا الشرط لأنه يقيد حرية العامل في العمل دون مبرر مشروع².

ثانياً- أن يكون الشرط ضرورياً لحماية المصالح المشروعة لصاحب العمل

لا يصح شرط العمل الحصري إلا إذا كان ضرورياً لحماية مصالح صاحب العمل المشروعة، ولذلك إذا وقع نزاع بين العامل وصاحب العمل حول صحة هذا الشرط وجب على هذا الأخير إثبات أن سبب إدراجه لشرط العمل الحصري تجنب الأضرار الاقتصادية التي قد تصيب منشأته من جراء قيام العامل بالعمل لدى صاحب عمل آخر. ولهذا، لا يجوز لصاحب العمل إلزام أي عامل بالعمل

¹ محمد لبيب شنب، شرح أحكام قانون العمل، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2010، ص 250.

² عفيف محمد كلوب وأكرم صبحي مزهر، مدى ارتباط التزام عدم إفشاء الأسرار بالتزام عدم المنافسة، مرجع سابق، ص 57.

الحصري لديه، إلا إذا كانت طبيعة المهام المسندة إلى هذا العامل تهدد المصالح المشروعة لصاحب العمل، كما لو كانت مهامه تسمح له بالاطلاع على أسرار العمل أو معرفة عملاء صاحب العمل¹.

ففي الحالة المذكورة أعلاه، من حق صاحب العمل أن يخشى إفشاء العامل أسرار العمل إلى المنافسين، أو استفادة العامل منها ضمن مشروع خاص ينشئه بنفسه، أو اتصال العامل بعملاء صاحب العمل لتحريضهم على التعامل مشروعه الخاص أو مع مؤسسة صاحب العمل الثاني. وبالتالي، إذا اشترط صاحب العمل على أحد عماله العمل حصرياً لديه، وكانت طبيعة الوظيفة المسندة إلى هذا العامل لا تهدد مصالح صاحب العمل، وجب اعتبار هذا الشرط باطلاً لعدم مراعاة نوع العمل المكلف به العامل، ولأنه ليس ضرورياً لحماية مصالح صاحب العمل المشروعة.

ثالثاً - ألا يكون العامل مرتبطاً بعقد عمل بدوام جزئي

يشترط لصحة شرط العمل الحصري ألا يخص عاملاً بدوام جزئي، لأن هذا الشرط يحرم هذا العامل من حقه في العمل لدى أكثر من صاحب عمل. ويقصد بالعمل بدوام جزئي أداء العامل للعمل لدى صاحب عمل بعدد ساعات أو أيام أقل من تلك المقررة للعمل بدوام كامل²، كالعامل لمدة أربع ساعات في اليوم لدى منشأة ما. وقد نصت المادة 1/6 و من اللائحة التنفيذية لقانون العمل الإماراتي صراحة على حق العامل بدوام جزئي في العمل لدى أكثر من صاحب عمل، ولكن بشرط الحصول مسبقاً على تصريح بذلك من وزارة الموارد البشرية والتوطين. بناءً عليه، يجب - برأينا - الحكم ببطان كل شرط يلزم العامل بدوام جزئي بالعمل الحصري لدى صاحب العمل، أو الحصول على إذن مسبق من هذا الأخير في حال رغب بالعمل لدى صاحب عمل آخر. وتكمن العلة في بطلان الشرط الذي يحرم العامل بدوام جزئي من العمل لدى منشأة أخرى أثناء سريان عقد العمل، تمكين هذا العامل من استغلال طاقته الكاملة في العمل، وتأمين دخل كافٍ له يغطي احتياجاته واحتياجات أسرته التي يعيلها.

وننوه هنا إلى أنه سبق للقضاء الفرنسي أن وضع مبدأً عاماً يقضي ببطان شرط العمل الحصري الذي يرد ضمن عقد العمل بدوام جزئي³، نظراً لأن مثل هذا العامل لا يعمل بكامل طاقته، ولأن الشرط المذكور يمثل انتهاكاً لحق العامل في العمل بدوام كامل. ولكن بدءاً من سنة 2004،

¹ محمد خليل يوسف أبو بكر، التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل بين التشريع وأحكام القضاء، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عمان، 2019، ص463.

² عمر فارس، شرح قانون العمل الإماراتي ونظام التأمينات الاجتماعية، دار النهضة العلمية، دبي، 2022، ص197.

³ Cass. Soc. 11/7/2000, Bull. civ. V, 2000, n. 277.

بدأت الأحكام القضائية المخالفة للمبدأ المذكور تتواتر، وصار شرط العمل الحصري الوارد في عقد العمل بدوام جزئي يعامل المعاملة ذاتها التي يتلقاها الشرط نفسه عند وروده في عقد العمل بدوام كامل. بمعنى آخر، أصبح شرط العمل الحصري الوارد في عقد العمل بدوام جزئي صحيحاً متى استوفت القيود القانونية المطلوبة لصحة شرط العمل الحصري عموماً، والمتمثلة في كونه ضرورياً لحماية المصالح المشروعة لصاحب العمل، وتبرره طبيعة المهام الموكلة للعامل¹. وعلى الرغم من ذلك، نحن مع الذين يؤيدون الاستمرار بتطبيق مبدأ بطلان شرط العمل الحصري في حال ورد في عقد العمل بدوام جزئي.

وأخيراً، نشير إلى أنه إذا تحققت جميع القيود المطلوبة في شرط العمل الحصري اعتبر شرطاً صحيحاً وناظراً، والتزم به العامل خلال فترة تنفيذ عقد العمل كاملة، دون أن يمتد ذلك إلى ما بعد انتهاء هذا العقد. وهذا يعني أن العامل الملزم بشرط العمل الحصري، يتحلل من هذا الالتزام بمجرد انتهاء عقد العمل، ولأي سبب كان، ومن ثم يستعيد حريته الكاملة في ممارسة أي عمل، حتى لو كان هذا العمل من نوع العمل الذي كان يمارسه لدى صاحب العمل السابق. كما يحق للعامل بعد انتهاء عقد العمل أن يباشر عملاً منافساً لصاحب العمل السابق، سواء كان هذا العمل لحسابه الخاص أم لحساب الغير، ما لم يكن ملتزماً بشرط عدم المنافسة يمنعه من منافسة صاحب العمل بعد انتهاء عقد العمل. فشرط عدم المنافسة شأنه شأن العمل الحصري يقيّد حرية العامل في العمل، ولكن آثاره لا تترتب إلى بعد انتهاء عقد العمل.

أما إذا ثبت عدم توفر واحد أو أكثر من القيود المطلوبة لصحة شرط العمل الحصري، وجب على المحكمة الحكم ببطلان هذا الشرط². وفي حال تقرر بطلان شرط العمل الحصري، أضحي من حق العامل المعني الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء التزامه بشرط غير صحيح قانوناً، والمتمثل في حرمانه من العمل في أوقات فراغه لدى صاحب عمل آخر، وتقويت فرص الحصول على دخل إضافي³. وفي حال تمت معاقبة العامل بعقوبة تأديبية نتيجة مخالفته لشرط العمل

¹ Cass. Soc. 25/2/2004, n. 01-43392.

² Ass. Plan. 11/7/2000, n. 98-43240.

³ Cass. Soc. 24/3/2021, n. 19-16418.

الحصري، وثبت بطلان هذا الشرط لعدم توفر القيود المطلوبة لصحته، كان من حق هذا العامل المطالبة بإلغاء قرار العقوبة التأديبية الذي صدر بحق بشكل مخالف للقانون، والحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك¹.

المبحث الثالث: تنفيذ العامل لالتزامه بالعمل الحصري

إذا اشترط صاحب العمل على العامل عدم العمل لدى أي صاحب عمل آخر أثناء سريان عقد العمل بينهما، واستوفى هذا الشرط جميع القيود القانونية المطلوبة لصحته، التزم هذا العامل بعدم العمل لدى صاحب عمل آخر، مع حفظ حقه في ممارسة الأعمال غير المشمولة بشرط العمل الحصري (المطلب الأول). وإذا ثبت مخالفة العامل للشرط المذكور، تعرض لعدة جزاءات (المطلب الثاني)، بعضها جزاءات تأديبية يفرض صاحب العمل بنفسه على العامل المخالف، وبعضها الآخر جزاءات مدنية يطالب صاحب العمل بإيقاعها على هذا العامل عن طريق القضاء.

المطلب الأول: احتفاظ العامل بحق مزاولته الأعمال غير المشمولة بشرط العمل الحصري

في حال تضمن عقد العمل شرط العمل الحصري بما يفيد منع العامل من العمل لدى صاحب عمل آخر، واستوفى هذا الشرط القيود القانونية المطلوبة لصحته، والتي سبق عرضها آنفاً، اعتبر هذا الشرط صحيحاً وناهماً في مواجهة العامل. ويترتب على صحة ونفاذ شرط العمل الحصري، التزام العامل بعدم العمل لدى صاحب عمل آخر، والاكتفاء بالعمل المكلف به في عقد العمل. مع ذلك، يحتفظ بحقه في ممارسة الأعمال التي لا يشملها الشرط المذكور، لا سيما الأعمال غير المأجورة (أولاً)، والأعمال غير المنافسة لصاحب العمل (ثانياً).

أولاً- حق العامل في مزاولته الأعمال غير المأجورة

بدايةً، ننوه إلى أنه لا يجوز لصاحب العمل التمسك بشرط العمل الحصري في مواجهة العامل الذي يمارس إلى جانب عمله نشاطاً تطوعياً أي غير مأجور، لأن الشرط المذكور لا ينتج أثره إلا بخصوص الأنشطة المهنية المأجورة، وذلك بغض النظر عما إذا كانت هذه الأنشطة منافسة لنشاط صاحب العمل أم لا. فهناك شبه إجماع على عدم جواز الاحتجاج بشرط العمل الحصري في مواجهة العامل الذي يؤدي أنشطة تطوعية بالتوازي مع عمله لدى صاحب العمل. وتشمل الأنشطة التطوعية جميع الأنشطة غير مدفوعة الأجر، بغض النظر عما إذا كانت خاصة بجمعية خيرية أم غير ذلك.

¹ Cass. Soc. 24/3/2021, n. 19-16418.

بناءً عليه، يجوز للعامل أن يكون عضواً في جمعية خيرية على سبيل المثال، وأن يشغل أية وظيفة فيها، بما في ذلك وظيفة المدير لهذه الجمعية، دون أن يكون لصاحب عمله الحق بالتمسك بشرط العمل الحصري، فيما لو كان هذا الشرط مدرجاً في عقد العمل.

ولا شك أن نطاق الأنشطة الطوعية لا يقتصر على نشاط الجمعيات الخيرية، وإنما يمتد ليشمل العديد من الأنشطة الثقافية والرياضية والترفيهية. فقد حكم على سبيل المثال بأن مشاركة العامل تطوعياً في معسكر لرياضة التنس كمدرّب، لا يمثل خرقاً لشرط العمل الحصري، طالما أن العامل لم يحصل مقابل ذلك على أي ميزة مالية¹. ونؤكد هنا على أنه لا يجوز حساب ساعات العمل غير المأجورة أو التطوعية التي ينفذها العامل خارج أوقات عمله، لحساب جمعية خيرية أو منظمات إنقاذ كمنظمة الهلال الأحمر الإماراتية، لأنها خارج نطاق تطبيق قانون العمل الذي لا يسري إلا على علاقات العمل المأجورة.

ثانياً- حق العامل في ممارسة الأعمال غير المنافسة

برأينا، لا يجوز القول بسريان شرط العمل الحصري على جميع الأعمال المأجورة بغض النظر عما إذا كانت منافسة لصاحب العمل أم لا، إذ يجب أن يسري هذا الشرط على الأعمال المأجورة المنافسة لصاحب العمل فقط، لأنه يصعب تصور الإضرار بمصالح صاحب العمل المشروعة في حال أداء العامل عملاً لدى صاحب عمل ثانٍ غير منافس لصاحب العمل الأول. بناءً عليه، إذا مارس العامل المرتبط بشرط العمل الحصري عملاً خارج أوقات عمله لا يدخل في مهنة أو نشاط صاحب العمل، فلا يعتبر قد خالف هذا الشرط، لأن نشاط صاحب العمل الثاني ليس منافساً لنشاط صاحب العمل الأول. وتشمل الأنشطة المنافسة لنشاط صاحب العمل الأنشطة المهنية المطابقة لنشاطه، وكذلك جميع الأنشطة المهنية المرتبطة بنشاطه، وذلك متى كانت هذه الأنشطة تؤثر مباشرة على مصالح صاحب العمل.

¹ CJS 3^e, 31/10/2019, n. 00698 : Chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://cjbl.lu/archive/docs/selection-jurisprudence-travail-conference-cjbl-2020-final.pdf

ومن ناحية أخرى، لا يسري شرط العمل الحصري على الأعمال التي يمارسها العامل لحسابه الخاص، متى كانت غير منافسة لصاحب العمل. أما إذا كانت هذه الأعمال منافسة لصاحب العمل، فيشملها الشرط المذكور لأنها تمثل انتهاكاً لواجب الولاء لصاحب العمل، كما تخالف أحكام المادة 2/16 من قانون العمل الإماراتي التي ألزمت العامل "بحسن السلوك والأخلاق أثناء العمل، وتوخي الأمانة والنزاهة المهنية". مع العلم أنه في حال كان العامل يعمل بدوام كامل يعادل الحد الأقصى القانوني لساعات العمل العادية والإضافية، فلا جدوى أصلاً من فرض شرط العمل الحصري على هذا العامل، لأنه لا يجوز لهذا العامل قانوناً العمل فيما يجاوز الحد الأقصى لساعات العمل، لا عند صاحب عمله، ولا عند صاحب عمل آخر. مع ذلك، إن وجد شرط العمل الحصري في عقد العمل لمثل هذا العامل، فيعد - برأينا - صحيحاً، ويكون الغرض منه منع العامل من العمل لحسابه الخاص في مجال نشاط صاحب العمل.

المطلب الثاني: تعرض العامل المخالف لشرط العمل الحصري لجزاءات تأديبية ومدنية

يجوز لصاحب العمل إثبات مخالفة العامل لشرط العمل الحصري بجميع طرق الإثبات حتى لو تمت المخالفة عن طريق إبرام عقد عمل ثانٍ، لأن صاحب العمل الأول يعتبر من الغير بالنسبة لعقد العمل الثاني، ولأن محل الإثبات واقعة مادية وهي أداء العامل للعمل لدى صاحب عمل آخر بما يخالف مضمون الشرط المذكور، وذلك قياساً على مخالفة العامل لشرط عدم المنافسة عن طريق العمل لدى صاحب عمل منافس بعد انقضاء عقد العمل¹. وفي حال ثبوت مخالفة العامل للشرط المذكور، كان عرضة لمعاقبة صاحب العمل له بجزاء تأديبية يصل إلى حد الفصل من العمل دون إنذار (أولاً)، إضافة إلى حق صاحب العمل بالمطالبة بإيقاع جزاءات مدنية على العامل المخالف لشرط العمل الحصري (ثانياً).

أولاً- الجزاءات التأديبية القابلة للتطبيق على العامل المخالف

لا يلتزم العامل بعدم العمل لدى صاحب عمل آخر خلال مدة تنفيذ عقد العمل، إلا إذا وجد اتفاق بينه وبين صاحب العمل يقضي بذلك. فإن وجد شرط العمل الحصري في عقد العمل، التزم العامل بعدم العمل لدى صاحب عمل آخر، متى كان نشاط هذا الأخير منافس لنشاط صاحب العمل. وإذا خالف العامل الشرط المذكور، اعتبرت هذه المخالفة بمثابة مخالفة جوهرية لالتزاماته المتفق عليها

¹ محمد نبيب شنب، شرح أحكام قانون العمل، مرجع سابق، ص 254.

في عقد العمل¹، أو "سوء سلوك جسيم" بحسب تعبير محكمة النقض الفرنسية². ولا شك أن ثبوت مخالفة العامل لأي التزام من التزاماته العقدية أو القانونية يبزر لصاحب العمل معاقبته تأديبياً بدءاً من عقوبة لفت النظر الخطي حتى عقوبة الفصل من العمل دون إنذار³.

وبالرجوع إلى المادة 4/44 من قانون العمل الإماراتي نجد أنها تعتبر عدم قيام العامل بواجباته الأساسية المنصوص عليها في عقد العمل، إحدى أهم الحالات التي تبرر لصاحب العمل معاقبة العامل المخالف بالفصل من العمل دون إنذار. ولا يوجد أدنى شك في أن التزام العامل بشرط العمل الحصري المتمثل في عدم العمل لدى منشأة أخرى أثناء سريان عقد العمل، يعتبر من الواجبات الأساسية المفروضة عليه في عقد العمل، وخاصة إذا تم إدراج الشرط المذكور ضمن هذا العقد، وبشكل مكتوب. وبحسب ما جاء في المادة المذكورة آنفاً، يشترط لتطبيق عقوبة الفصل من العمل دون إنذار على العامل الذي خالف شرط العمل الحصري، إجراء التحقيق مع هذا العامل، والتنبيه عليه مرتين بالفصل إذا تكرر منه ذلك، وفي المرة الثالثة يجوز لصاحب العمل إصدار القرار بمعاقبته بالفصل من العمل دون إنذار. ويبدو واضحاً أن الهدف من التنبيهين المذكورين إتاحة الفرصة للعامل المخالف لترك العمل الثاني، والالتزام بشرط العمل الحصري، مما يعني المحافظة على علاقة العمل.

ونؤكد هنا على أنه لا يجوز معاقبة العامل تأديبياً إلا إذا ثبت أنه خالف شرط العمل الحصري، وشغل عملاً ثانياً على التوازي مع عمله الأول ضمن منشأة منافسة لمنشأة صاحب العمل الأول. ففي هذه الحالة فقط، يعتبر شرط حماية مصالح صاحب العمل المشروعة متحققاً، ويبزر لصاحب العمل الأول معاقبة العامل المخالف تأديبياً، بما في ذلك فصله من العمل دون إنذار، على اعتبار أن هذه المخالفة تمثل إخلالاً بواجباته العقدية الأساسية. وتأييداً لذلك، حكم بصحة فصل العامل الذي يعمل بصفة مدير في الشركة، وتضمن عقد عمله شرطاً يقضي بالالتزام بالعمل الحصري لدى الشركة أثناء

¹ Brigitte Hess-Fallon, Sandrine Maillard-Pinon et Anne-Marie Simon, Droit du travail, op. cit., p. 112.

² Cass. Soc. 23/10/2013, n. 12-15893.

³ المادة 1/39 قانون العمل الإماراتي.

تنفيذ هذا العقد، لثبوت أنه قام خلال فترة عمله بنشاط موازٍ مستقل في شركة أخرى منافسة بصفة مدير أيضاً، ودون علم صاحب العمل الأول¹.

ثانياً- الجزاءات المدنية التي يتعرض لها العامل المخالف

إذا ثبت إخلال العامل بشرط العمل الحصري اعتبر مسؤولاً تجاه صاحب العمل مسؤولية عقدية أساسها الاتفاق على عدم العمل لدى أية منشأة أخرى منافسة أثناء سريان عقد العمل بينهما، والذي يرد عادة ضمن بنود هذا العقد. ومتى استطاع صاحب العمل إثبات عناصر المسؤولية العقدية الثلاث المتمثلة في الضرر والخطأ والعلاقة السببية، كان من حقه مطالبة العامل بالتنفيذ العيني والتعويض، بالإضافة إلى إمكانية مطالبة صاحب العمل الثاني بالتعويض.

بناءً على ما سبق، في حال ثبوت أداء العامل للعمل لدى صاحب عمل آخر بشكل مخالف لشرط العمل الحصري، كان من حق صاحب العمل الأول مطالبة العامل بالتنفيذ العيني، أي المطالبة بتوقف العامل مباشرة عن أداء العمل المخالف. مع العلم أنه لا أثر لمخالفة شرط العمل الحصري على عقد العمل المبرم مع صاحب العمل الثاني، بمعنى أن عقد العمل الثاني يبقى صحيحاً لاستيفائه الأركان المطلوبة لصحة انعقاده. ومخالفة العامل لشرط العمل الحصري المنصوص عليه في عقد العمل الأول، لا تؤدي إلى بطلان عقد العمل الثاني أو إنهائه. فجل ما يحصل، يلتزم العامل المخالف لشرط العمل الحصري الوارد في عقد العمل الأول، بإنهاء عقد العمل الثاني لمخالفته التزامه مسبقاً بعدم العمل لدى صاحب عمل آخر. ويجوز الحكم على العامل بالغرامة التهديدية لإجباره على ترك العمل الثاني المخالف لما تعهد به من خلال شرط العمل الحصري.

يضاف إلى ما تقدم، يحق لصاحب العمل مطالبة العامل بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي لحق به من جراء مخالفة هذا الأخير لشرط العمل الحصري. ويجري تقدير التعويض الذي يستحقه صاحب العمل وفقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 390 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي. وبالمقابل، إذا عجز صاحب العمل عن إثبات إصابته بالضرر من جراء قيام العامل بالعمل لدى صاحب عمل آخر على الرغم من إدراج شرط العمل الحصري في عقد العمل، وجب

¹ CJS 8^e, 4/4/2019, n. 45383 : chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://cjbl.lu/archive/docs/selection-jurisprudence-travail-conference-cjbl-2020-final.pdf

رفض طلبه بالتعويض، كما لو كان العمل الثاني الذي يؤديه العامل مختلفاً كلياً عن العمل الذي يشغله لدى صاحب العمل الأول. وتأكيداً لذلك، أعلنت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها بأن أداء العامل الذي يعمل لدى المدعي صاحب العمل بصفة مدير مستودع، لعمل ثانٍ على التوازي بصفة مدير مطعم، لا يعتبر سوء سلوك جسيم يبهر فصله من عمله الأول، ولا يسبب ضرراً موجباً لتعويض صاحب العمل الأول¹. وهذا يعني أنه لا يجوز لصاحب العمل التمسك بشرط العمل الحصري في مواجهة العامل الذي يثبت أنه يشغل عملاً ثانياً بالتوازي مع عمله الأول إلا إذا كان العمل الثاني من طبيعة العمل الأول، وضمن منشأة منافسة لصاحب العمل الأول، ويتعارض مع مصالح صاحب العمل المشروعة².

ونؤكد هنا على أنه لا شيء يمنع أطراف علاقة العمل من تضمين الاتفاق على العمل الحصري شرطاً جزائياً يقضي مقدماً بتحديد مبلغ التعويض الذي يلتزم به العامل في حال خالف الاتفاق المذكور. فإذا اقترن شرط العمل الحصري بشرط جزائي، وجب على المحكمة الحكم بإلزام العامل بدفع مبلغ الشرط الجزائي المتفق عليه إلى صاحب العمل، وذلك متى أثبت هذا الأخير إصابته بالضرر من جراء قيام العامل بالعمل لدى منشأة أخرى، مخالفاً بذلك شرط العمل الحصري المتفق عليه في عقد العمل. مع العلم أنه إذا ثبت للمحكمة أن التعويض الذي تم تحديده ضمن الشرط الجزائي مبالغ فيه، ولا يتناسب مع حجم الضرر الذي أصاب صاحب العمل من جراء مخالفة العامل لشرط العمل الحصري، كان لها سلطة تعديل مبلغ التعويض ليتناسب مع حجم الضرر، وذلك استناداً إلى القواعد العامة التي تقضي أيضاً ببطلان كل اتفاق يحجب عن المحكمة سلطة تعديل مبلغ الشرط الجزائي³.

وأخيراً، نشير إلى إمكانية مساءلة صاحب العمل الثاني الذي يستخدم العامل الملتزم بشرط العمل الحصري، متى ثبت أنه قام بتوظيف هذا العامل على الرغم من علمه بوجود هذا الشرط، أو علم لاحقاً بالشرط المذكور، واستمر - مع ذلك - في تشغيل العامل لديه. وتكون مسؤولية صاحب

¹ Cass. Soc. 11/7/2000, n. 98-43240.

² Ass. Plan. 4/5/2011, n. 09-71566.

³ المادة 2/390 قانون المعاملات المدنية الإماراتية.

العمل الثاني في هذه الحالة مسؤولية تقصيرية تجاه صاحب العمل الأول لعدم وجود رابطة عقدية بينهما. فإذا انعقدت مسؤولية صاحب العمل الثاني بالصورة المذكورة اعتبر مسؤولاً بالتضامن مع العامل عن الإخلال بشرط العمل الحصري، وبالتالي يلتزم معه بتعويض صاحب العمل الأول عن الضرر الذي نجم عن مخالفة العامل للشرط المذكور.

الخاتمة

لقد بدا واضحاً من خلال هذا البحث أن شرط العمل الحصري يقيد حرية العامل في العمل، لأنه يحرمه من استغلال أوقات فراغه في تحصيل دخل إضافي يعينه في قضاء احتياجاته الشخصية والأسرية. مع ذلك، كان هناك ضرورة للاعتراف بمشروعية هذا الشرط بغرض تحقيق التوازن بين حق العامل في الحفاظ ما أمكن على حريته في العمل، وحق صاحب العمل في حماية مصالحه المشروعة. وللأسف لم يهتم المشرع الإماراتي بتنظيم شرط العمل الحصري كما فعل بخصوص شرط عدم المنافسة، حيث تم تحديد شروط صحة هذا الشرط والآثار التي تترتب على مخالفة العامل له. كما خلا الاجتهاد القضائي الإماراتي من أي حكم يتعلق بشرط العمل الحصري، ولذلك كان لا بد من الاستعانة بالاجتهاد القضائي الفرنسي الذي ساهم - مع بعض القصور - في إيجاد قواعد قانونية خاصة بهذا الشرط. وقد حاولنا من خلال هذه الدراسة تحديد القيود القانونية اللازم مراعاتها لصحة شرط العمل الحصري، وبيان الأعمال التي لا يجوز أن يشملها هذا الشرط، بالإضافة إلى توضيح الآثار التي تترتب على مخالفة العامل للشرط المذكور. وفي ختام هذا البحث توصلنا إلى العديد من النتائج والتوصيات، والتي نوجزها فيما يلي:

أولاً- النتائج

- 1- في الأصل، يحق لكل عامل استغلال أوقات فراغه للقيام بأية أعمال يرغب بها، بغض النظر عما إذا كانت هذه الأعمال مأجورة أم لا، وسواء مارسها لحسابه الخاص أو لحساب الغير، وذلك استناداً إلى تمتعه بحرية دستورية، هي "حرية العمل".
- 2- يجب على العامل الذي يقرر العمل لدى أكثر من صاحب عمل ألا يتجاوز الحد الأقصى لساعات العمل العادية والإضافية (عشر ساعات في اليوم، وستون ساعة في الأسبوع)، وإلا عرض نفسه لعقوبة الفصل من العمل دون إنذار من صاحب العمل الأول، مع إمكانية معاقبة صاحب العمل الثاني مدنياً وجنائياً إذا ثبت علمه بتجاوز العامل للحد الأقصى لساعات العمل.

3- يفرض واجب الولاء لصاحب العمل الذي يستند إلى مبدأ حسن النية، على العامل عدم القيام بأية أعمال أو تصرفات من شأنها الإضرار بمؤسسة صاحب العمل، وذلك حتى لو أذن صاحب العمل له بممارسة أعمال منافسة له لحسابه الخاص أو لحساب الغير.

4- يعتبر باطلاً شرط العمل الحصري الذي يمنع العامل من العمل لدى صاحب عمل آخر بشكل عام ومطلق، لأنه يمثل تعدياً صارخاً على حرية العامل في العمل، ولذلك لا بد من تحديد نطاق الأعمال المحظورة على العامل في الشرط لضمان صحته، والتي يجب أن تكون منافسة لصاحب العمل.

5- لا يصح شرط العمل الحصري إلا إذا كان مبرراً بطبيعة عمل العامل التي تسمح له بمعرفة عملاء صاحب العمل أو الاطلاع على أسرار العمل، وضرورياً لحماية المصالح المشروعة لصاحب العمل، نظراً لأن هذا الشرط يقيد حرية العامل في العمل.

6- لا يجوز لصاحب العمل التمسك بشرط العمل الحصري في حال مارس العامل المقصود أعمالاً غير مأجورة أو تطوعية، أو مارس أعمالاً مأجورة لحساب الغير أو أعمالاً لحسابه الخاص ولكنها غير منافسة له، لأنه لا يتصور أن تضر هذه الأعمال بالمصالح المشروعة لصاحب العمل.

7- تعتبر مخالفة العامل لشرط العمل الحصري سوء سلوك جسيم تبرر معاقبة صاحب العمل له بالفصل من العمل دون إنذار، ولكن بعد التحقيق معه أصولاً، والتنبيه عليه مرتين بالفصل إذا تكرر منه ذلك، وذلك لإتاحة الفرصة له لترك العمل الثاني، والالتزام بالشرط المذكور بهدف المحافظة على علاقة العمل.

8- لا يجوز لصاحب العمل مطالبة العامل المخالف لشرط العمل الحصري بالتعويض إلا إذا أثبت تعرضه للضرر، مع العلم أنه يصعب عليه إثبات الضرر، وخاصة إذا كان العمل الثاني الذي مارسه العامل المخالف مختلفاً بطبيعته عن العمل الأول، وضمن مجال عمل مغاير لعمل صاحب العمل الأول.

ثانياً- التوصيات

1- لا بد من تبني قاعدة عامة تقضي بمنع العامل من ممارسة أعمال مأجورة لأكثر من الحد الأقصى القانوني لساعات العمل العادية والإضافية (عشر ساعات في اليوم، وستون ساعة في الأسبوع)، في حال قرر العمل لدى أكثر من صاحب عمل، مع ضرورة استثناء بعض فئات العمال من هذه

القاعدة، لا سيما من يمارسون الأعمال العلمية والأدبية والفنية، وسائر الأعمال ذات الاهتمام العام.

2- يجب النص في قانون العمل الإماراتي على وجوب كتابة الاتفاق على العمل الحصري كشرط لصحة هذا الاتفاق وإثباته تحت طائلة البطلان، نظراً لأن هذا الشرط يمثل قيداً على حرية العامل في العمل، والتي هي من أهم الحريات الدستورية، ومنصوص عليها في أغلب الدساتير الوطنية.

3- يبدو ضرورياً تقرير بطلان الاتفاق على العمل الحصري مع العامل الذي يعمل بدوام جزئي، لتمكين هذا العامل من استغلال كامل طاقته وجهوده، وذلك خلافاً للتطور الحاصل في الاجتهاد القضائي الفرنسي، الذي أضحى يقرّ بصحة الشرط في هذه الحالة كما لو كان متفقاً عليه مع عامل بدوام كامل.

4- لا بد من حصر نطاق شرط العمل الحصري بالأعمال المأجورة والأعمال التي يمارسها العامل لحسابه الخاص، وذلك متى كانت هذه الأعمال منافسة لصاحب العمل، لضمان أن تقييد حرية العامل مبرر بحماية المصالح المشروعة لصاحب العمل.

5- منح صاحب العمل الحق بالمطالبة بالتنفيذ العيني لمضمون شرط العمل الحصري في حال مخالفة العامل لهذا الشرط، وأدائه عملاً لدى صاحب عمل آخر منافس لصاحب عمله، وذلك بإلزام هذا العامل بإنهاء عقد العمل المبرم مع صاحب العمل الثاني، وإنذاره بالفصل من العمل في حال لم يتوقف فوراً عن أداء العمل المخالف.

6- يفترض مساءلة صاحب العمل الثاني عن مخالفة العامل لشرط العمل الحصري، وذلك متى ثبت علمه بالتزام العامل بهذا الشرط، وقبوله مع ذلك بالعمل لديه، على أن يعتبر مسؤولاً في هذه الحالة بالتضامن مع العامل المخالف عن تعويض صاحب العمل الأول عن الضرر الذي أصابه.

المراجع العلمية

- 1- أمينة ناعمي، حدود شرط عدم المنافسة على ضوء مدونة الشغل، بحث منشور على موقع وزارة العدل المغربية: [/https://adala.justice.gov.ma](https://adala.justice.gov.ma)
- 2- حسن كيره، أصول قانون العمل: عقد العمل، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 3، 1983.
- 3- رعيد عبد الحميد فتال، شرح قانون تنظيم علاقات العمل ومبادئ التأمينات الاجتماعية في دولة الإمارات العربية المتحدة، الآفاق المشرقة ناشرون، الشارقة، 2018.
- 4- سعاد بنور، التزام العامل بعدم المنافسة بين السر المهني والحرية في العمل، مجلة دراسات، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، العدد 45، أغسطس 2016.
- 5- سليمان بدري الناصري، الوجيز في قانون العمل والضمان الاجتماعي: دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2010.
- 6- صلاح محمد أحمد دياب، التزام العامل بالأمانة والإخلاص في علاقات العمل الفردية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2010.
- 7- عبد الرزاق حسين يس، الوسيط في شرح أحكام قوانين العمل والتأمينات الاجتماعية: عقد العمل الفردي، أكاديمية شرطة دبي، 2004.
- 8- عفيف محمد كلوب وأكرم صبحي مزهر، مدى ارتباط التزام عدم إفشاء الأسرار بالتزام عدم المنافسة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة تامنغست، الجزائر، العدد 3، 2021.
- 9- عمر فارس، شرح قانون العمل الإماراتي ونظام التأمينات الاجتماعية، دار النهضة العلمية، دبي، 2022.
- 10- محمد حسين منصور، قانون العمل، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
- 11- محمد خليل يوسف أبو بكر، التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل بين التشريع وأحكام القضاء، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عمان، 2019.
- 12- محمد لبيب شنب، شرح أحكام قانون العمل، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2010.
- 13- Brigitte Hess-Fallon, Sandrine Maillard-Pinon et Anne-Marie Simon, Droit du travail, Dalloz, 24^e éd., 2015.

François Gaudu et Florence Bergeron-Canut, Droit du travail, Dalloz, 6^e -14
éd., 2018.

Piery Dorothée, Peut-on cumuler deux emplois ? Les conditions à -15
respecter selon les cas : <https://www.aide-sociale.fr/cumul-emploi/>

المسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن مشروبات الطاقة: دراسة مقارنة

د. هذار جمال ياسين

مدرس القانون المدني

كلية الإدارة والاقتصاد - جامعة زاخو

د. هوشنك فرزندة جانكير

مدرس القانون المدني

كلية القانون - جامعة دهوك

تاريخ القبول: 2023-06-06

تاريخ التسليم: 2023-04-2

Civil Liability for Damages Caused by Energy Drinks: A Comparative Study

Dr. Hoshang Farznda Jangeir

Assistant Professor, University of

Duhok

Dr. Hajar Gamal Yaseen

Assistant Professor, University of

Zakho

ملخص

بينت العديد من الدراسات العلمية الآثار السلبية لاستهلاك مشروبات الطاقة وخاصة على صحة الأطفال والمراهقين والنساء، ومع ذلك فإن سوق مشروبات الطاقة في تصاعد مستمر. وتتفاوت مواقف الدول حول هذه المشروبات بالرغم من تأثيراتها السلبية على الصحة العامة، فقد سنت دولة ليتوانيا عام 2014 أول قانون يمنع بيع أو شراء أو نقل مشروبات الطاقة إلى الأفراد الذين تقل أعمارهم عن ثمانية عشر عام. أما في العراق وإقليم كردستان، فهناك فراغ تشريعي فيما يخص مشروبات الطاقة، بالرغم من أن هناك ما يقارب عشرون نوعاً من مشروبات الطاقة سواء المحلية أو المستوردة في الأسواق. كما لم يتطرق القانون العراقي إلى المسؤولية المدنية الناشئة عن أضرار استهلاك مشروبات الطاقة، وبيان موقفه من هذا النوع من المسؤولية، مما يعني خضوعها للمبادئ العامة الواردة في القانون المدني. وهذا يعد خطأ كبيراً لأن الرجوع إلى القواعد العامة لا يسعف في حل الإشكاليات المتشعبة التي تثيرها مسؤولية المنتج عن أضرار منتجاته الغير آمنة. وتوصلت الدراسة إلى حاجة العراق إلى قانون ينظم بيع وتداول مشروبات الطاقة، وبالإضافة إلى ذلك فإن مسؤولية المنتجين بشكل عام تحتاج إلى نصوص قانونية خاصة تعالج المسألة أسوة بالقوانين المقارنة الحديثة.

الكلمات الدالة: مشروبات الطاقة، التنظيم القانوني، المسؤولية المدنية، الضرر، العيب.

ABSTRACT

Many scientific studies have shown the negative effects of consuming energy drinks, especially on the health of minors and women. Although, the energy drinks market is increasing rapidly. In 2014, Lithuania enacted the first law prohibiting the sale, purchase or transfer of energy drinks to minors. Whereas, in Iraq and the Kurdistan Region, there is no law regulating the process of selling energy drinks. Add to that, the Iraqi law did not address the civil liability arising from the harm caused by the consumption of energy drinks, and its position on this type of responsibility, which means that the responsibility is subject to the general principles contained in the civil law. This is a major flaw because referring to the general rules does not help in solving the complex problems raised by the producer's responsibility for the damages of his unsafe products.

Keywords: Energy, Drink, Liability, Law, Regulation,

المقدمة

انتشرت في السنوات الأخيرة ما يسمى بمشروبات الطاقة والتي يقبل الشباب على استهلاكها بشدة في الوقت الحاضر. حيث يعتقد أكثرية الشباب والرياضيين بأنها ستزيد من الطاقة الذهنية وتساعدهم في التركيز، لما يشاهدونه من البرامج الدعائية لأنواع كثيرة وبعوات جذابة صغيرة وكبيرة الحجم وألوان براق، ورسومات مستوحاة من قوة الأسد والثور، وعبارات تعيد بأنها ذات مذاق لذيذ وتهب النشاط والحيوية. ولكن أثبتت الكثير من الدراسات¹، مدى التأثير السلبي والخطير لهذه المشروبات²، لما لها من ضرر على أجهزة الجسم المختلفة كالجهاز العصبي والهضمي والدورة الدموية وغيرها، وذلك بسبب احتوائها على مواد كيميائية معينة تقلل فاعلية الجهاز العصبي. وقد حذرت هذه الدراسات أن تناول مشروبات الطاقة لا تعطي الإنسان سوى طاقة وقتية وهمية وبعدها يلاحظ المرء الفتور وربما الاكتئاب بسبب الحرق السريع للسكر ومن ثم هبوط في تركيز الجسم وحاجته للسكر مرة أخرى.

وفي كل دولة من دول العالم توجد أسماء تجارية لأنواع الرائجة لمشروبات الطاقة، عدد منها يتم استيراده بذات الاسم التجاري المعروف والمشهور، كما يتم الترويج له عالمياً، وبعض الأنواع تكون مصنعة محلياً. وتعتبر الأسواق العراقية ومن ضمنها إقليم كردستان، أسوة بباقي الدول، أسواق مفتوحة لمنتجات متنوعة من مشروبات الطاقة بأنواعها، خاصة تلك التي تروج للشباب والمراهقين والتي تختلف

¹ Alford, Chris; Hamilton–Morris, Jennifer; Verster, Joris.” The effects of energy drink in combination with alcohol on performance and subjective awareness, *Psychopharmacology*”. Aug, 2012, Vol. 222 Issue 3, p519–532.

² في شهر ديسمبر من عام 2011، كانت الفتاة أنيس (Anais Fournier)، البالغة من العمر 14 عام، مع رفيقاتها تتجول في أحد مراكز التسوق في ولاية Maryland الأمريكية، وشربت مشروب طاقة من نوع (Monster) علبة كميته 240 ملغم. وخلال 24 ساعة أنيس أستهلكت علبة أخرى من نفس النوع والكمية. بعد ساعات قليلة من العلبة شربها للعلبة الثانية، أصيبت أنيس بسكتة قلبية وتوفيت لاحقاً بسبب عدم إنتظام ضربات القلب. حيث تبين خلال تشريح الجثة، أن سمية الكافيين تسببت في عدم انتظام ضربات قلب أنيس وأعاقت قدرة قلبها على ضخ الدم. للمزيد من المعلومات ينظر:

Energy Drinks, Huffington post, March,2012

https://www.huffpost.com/entry/anais-fournier-energy-drinks-caffeine-toxicity-poisoning_n_1373655

مصادرها. ونلاحظ أنها تباع دون حسيب أو رقيب، لجميع فئات المجتمع. وظهرت التقارير العلمية خطورة هذه المشروبات على صحة نسبة كبيرة من شرائح المجتمع، حيث تبذل العديد من الدول حول العالم مجهودات كبيرة في وضع النظم والتشريعات التي من شأنها الحد من التأثيرات السلبية لمشروبات الطاقة على المستهلكين، وفي هذا المجال قرر مجلس الوزراء السعودي حظر الإعلان عن مشروبات الطاقة أو القيام بالحملات الدعائية والترويجية لها بأي وسيلة اعلامية، سواء كانت مقروءة او مسموعة او مرئية، كما أصدر مجلس دول الاتحاد الأوروبي (قانون الممارسة للتسويق ووضع العلامات على مشروبات الطاقة في 9 /كانون الأول 2014)، وسنت بعض الدول أيضاً قوانين من خلالها تم حظر بيع مشروبات الطاقة للأشخاص الذين تقل أعمارهم عن 18 عاماً، ولكن المشرع العراقي والكوستاني لم يلتفت إلى هذه الظاهرة لحد اللحظة.

أهمية الدراسة

يهتم البحث بدراسة المسؤولية المدنية الناجمة عن أضرار مشروبات الطاقة، وتبرز أهمية هذا البحث من الناحيتين الصحية والقانونية. فمن الناحية الصحية يكتسب هذا الموضوع أهمية بالغة نظراً لإرتباطه بجانب مهم من حياة الإنسان فهو يتعلق بصحة وسلامة الإنسان، ومن الناحية القانونية، فإن المشرع العراقي والكوستاني لم يعالج بشكل خاص المسؤولية المدنية للمنتج وكذلك لم يحدد طبيعة المسؤولية التي تحدث بسبب تداول وترويج مشروبات الطاقة سواء بقانون خاص أو إدماج نصوص قانونية جديدة في القانون المدني. لذلك جاءت أهمية هذا البحث في تسليط الضوء على هذا الجانب المهم من أجل حماية حياة الإنسان وصحته في الدرجة الأولى .

مشكلة الدراسة

يثير البحث عدة إشكاليات وتساؤلات قانونية منها: مشروبات الطاقة كمنتج والأضرار الناجمة عنها، وهل يدرج التحذير والاعلام على علب المشروب؟ ومن يحق له البيع، هل هم الصيدليات أم السوق بصفة عامة والتجار، ولماذا؟ وما طبيعة مسؤولية المنتج لمشروبات الطاقة، أهي مسؤولية مدنية عقدية أم تقصيرية؟ وما هو نطاق هذه المسؤولية؟ وإذا قامت المسؤولية المدنية، فما هو حكمها؟ وما هي الأضرار التي يتم جبرها؟

منهجية الدراسة

لتحقيق أكبر قدر من الفائدة والشمولية، سيتم اعتماد المذهب الوصفي التحليلي المقارن في إعداد هذا البحث، حيث يتم جمع المعلومات النظرية والعلمية المتعلقة بالموضوع، وعرض النصوص القانونية والآراء الفقهية والأحكام القضائية لبيان مدى امكانية مساءلة منتج مشروبات الطاقة وحماية حق المتضرر في التعويض عن الأضرار التي تتسبب بها تلك المشروبات. ومن ثم الوصول إلى رؤية واقعية من أجل السعي لصياغة مقترح قانون لتنظيم بيع وتسويق مشروبات الطاقة.

هيكلية الدراسة

على ضوء هذا التقديم فقد ارتأينا تقسيم البحث على النحو التالي:

مطلب تمهيدي: ماهية مشروبات الطاقة

الفرع الأول: تعريف مشروبات الطاقة

الفرع الثاني: الآثار السلبية لتناول مشروبات الطاقة

المبحث الأول: الانعكاسات القانونية لبيع وتداول مشروبات الطاقة

المطلب الأول: التنظيم القانوني لمشروبات الطاقة

المطلب الثاني: كيفية إثارة المسؤولية المدنية لشركات مشروبات الطاقة

المبحث الثاني: نطاق المسؤولية المدنية لشركات مشروبات الطاقة والأحكام الناتجة عنها

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية لشركات مشروبات الطاقة

المطلب الثاني: أركان المسؤولية المدنية لمنتجي مشروبات الطاقة

المطلب الثالث: الأحكام القانونية لتحقق المسؤولية المدنية عن أضرار مشروبات الطاقة

مطلب تمهيدي: ماهية مشروبات الطاقة وبيان الأضرار الناجمة عنها

سيسلط هذا المطلب الضوء على تعريف مشروبات الطاقة، وطبيعة الأضرار التي تنتج عند استهلاكها في فرعين على التوالي.

الفرع الأول: تعريف مشروبات الطاقة

أولاً: مشروبات الطاقة لغةً

مَشْرُوب: (اسم)، الجمع: مشروبات و مشاريب¹، اسم مفعول من شَرِبَ مَشْرُوبٌ: كُلُّ مَا يُشْرَبُ مِنْ مَاءٍ أَوْ عَصِيرٍ أَوْ كُحُولٍ². اما مصطلح الطاقة يعنى به في اللغة: طاقة: (اسم) الجمع: طاقات الطَّاقَةُ: القُدْرَةُ الطَّاقَةُ: ما يستطيع الإنسان أن يفعلهُ بمشَقَّةٍ³.

ثانياً: مشروبات الطاقة اصطلاحاً

عرفت إدارة الغذاء والدواء الامريكية (The Food and Drug Administration) مشروب الطاقة بأنه "منتج سائل يحتوي على مادة الكافيين مع إضافة مكونات أخرى عادةً"⁴. كما عرفت منظمة الجودة الصحية البريطانية (Health Quality) مشروب الطاقة بأنه "نوع من المشروبات يحتوي على مستويات عالية من السكر والكافيين والتي يتم تسويقها على أنها توفر التحفيز الذهني والبدني"⁵. كما عرفت من قبل الفقه، "مشروبات الطاقة هي عادة مشروبات غير كحولية، وتحتوي على مستويات عالية من الكافيين والسكر مع مكونات أخرى معروفة باحتوائها على منبهات الخصائص. يتم تسويقها صراحة كطريقة لتخفيف التعب وتحسين اليقظة العقلية"⁶.

¹ محمد بن مكرم بن منظور الاقريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 2007، ص 436.

² ابراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج1، دار الدعوة، بيروت، ص 472، 1989.

³ إبراهيم أنيس وعبد الحليم منتصر و عطية الصوالحي ومحمد خلف الله أحمد، المعجم الوسيط، ط4، مجمع اللغة العربية- مكتبة الشروق الدولية، 2004، ص 375.

⁴ Joyce A. Generali, Energy Drinks: Food, Dietary Supplement, or Drug? , Article has been published on National Library of Medicine, visited on (25, Aug, 2022): <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3839443/>

⁵ لتفاصيل اكثر يرجى زيارة الرابط الآتي، تاريخ الزيارة (2022/8/26):

<https://foodactive.org.uk/wp-content/uploads/2016/07/GULP-3-Energy-Drinks-v2.pdf>

⁶ Shelina Virsam and Kawther Hashem, Energy Dinks: What's the evidence? , Food research Collaboration, July, 2016, P 1.

ومن ناحية قانونية تعد دولة ليتوانيا، أول دولة أوروبية، وفي العالم أيضاً، سنت قانون رقم 12 لسنة 2014، ينظم بيع وتداول مشروبات الطاقة. حيث عرفت المادة (1) مشروب الطاقة بأنه "مشروب غير كحولي يحتوي على أكثر من 150 مجم / لتر من الكافيين، و واحد أو أكثر من منبهات الجهاز العصبي المركزي الأخرى (جلوكورونيد لاكتون، إينوزيتول، غوارانين، جينسينوسيدات، التورين)، وقد يحتوي مشروب الطاقة أيضاً على الكربوهيدرات والفيتامينات والمعادن والأحماض الأمينية والمضافات الغذائية وعصائر الفاكهة أو المستخلصات النباتية".

كما صدر في دولة لاتفيا (أحد أعضاء الإتحاد الأوروبي) عام 2016 قانون التعامل بمشروبات الطاقة،¹ (Law on The Handling Of Energy Drinks)، وهو ثاني قانون يصدر من دولة تنظم من خلاله بيع وتسويق مشروبات الطاقة. حيث جاء في المادة الأولى من هذا القانون بأن "مشروبات الطاقة هي مشروبات غير كحولية حيث تتجاوز الكمية الإجمالية للكافيين 150مجم/لتر، والتي تحتوي أيضاً على مكونات أخرى كالتورين و الإينوزيتول". كما حدد المشرع في المادة الثانية بأن الغرض من هذا القانون هو حماية صحة الإنسان من الآثار الضارة لمشروبات الطاقة على الجسم. نلاحظ هنا بأن المشرع اللاتيفي قد اعترف بالتقارير العلمية التي تشير الى مضر مشروبات الطاقة على جسم الإنسان.

من خلال ما تقدم يتضح لنا، أن مشروبات الطاقة هي مشروب يحتوي على السكر ومركبات منبهة و مواد حافظة و مواد ملونة و مطعومة، إلا أن فيها نسبة عالية من الكافيين. وتعد هذه المشروبات فقيرة من ناحية الالياف الغذائية الضرورية لسلامة الجهاز الهضمي وتحسين امتصاص المواد الغذائية وامتصاص العديد من السموم من جسم الانسان ولها العديد من الأضرار السلبية على الجسم الانسان.²

¹ (Law on the Handling of Energy Drinks in Latvia), came in force in 1/6/2016. For more details:

<https://likumi.lv/ta/en/en/id/280078-law-on-the-handling-of-energy-drinks>

² عادل شحاتة، المشروبات الرياضية ومشروبات الطاقة، المجلة العربية للغذاء والتغذية -مجلة فصلية محكمة تصدر عن مركز البحرين للدراسات والبحوث - السنة السادسة - العدد (13)، 2005، ص99.

ولبيان الفرق بين مشروبات الطاقة والمشروبات الأخرى، فقد ظهرت منذ ثمانينات القرن الماضي، المشروبات الغازية التي تحتوي على الكافيين في الولايات المتحدة الأمريكية. ومع ذلك، فإن مشروبات الطاقة تم تسويقها كقوة مشروبات منفصلة في الولايات المتحدة بدءاً من استيراد مشروب الطاقة النمساوي (Red Bull) في عام 1997. ومنذ ذلك الحين، فإن استهلاك مشروبات الطاقة في تزايد ملحوظ مع تراجع طفيف في سوق المشروبات الغازية التي لا تحتوي على الكافيين (Soft Drinks)، حيث نما سوق مشروبات الطاقة ليصل إلى حوالي 16 مليار دولار في عام 2017، مع هيمنة كاملة لكل من العلامات التجارية (Monster) و (Red Bull)¹.

يعتبر الكافيين هو المادة ذات التأثير النفسي الأكثر شيوعاً في العالم، حيث أن 90% من البالغين يتناولون مادة الكافيين يومياً. للكثير من الناس، تعتبر القهوة هي المشروب المفضل الذي يحتوي على الكافيين. القهوة كما نعرفها اليوم يعود تاريخها إلى القرن الثالث الميلادي. ومع ذلك، فإن استهلاك الكافيين هو ليس بالشيء الجديد، ومع ذلك، فإن مشروبات الطاقة هي منتج جديد نسبياً.²

ومن جانب آخر، يخط الكثير من الناس بين مشروبات الطاقة والمشروبات الرياضية، فالمشروب الرياضي يتكون من السكريات البسيطة والأملاح المعدنية كالصوديوم والبوتاسيوم، حيث يعمل على تعويض الفاقد من سوائل الجسم ويمنع حدوث الجفاف ويزود الجسم بالسرعات الحرارية أثناء ممارسة النشاط الرياضي، وهذا ما لا يحققه مشروب الطاقة الذي يعمل على طرد السوائل من الجسم.³

¹ Trefis Team, Coca-Cola Might Look To Advance In the Energy Drinks Market, Article has been published on Nasdaq.com, (14,Jan,2014), visited on (24,Aug,2022): <https://www.nasdaq.com/articles/coca-cola-might-look-advance-energy-drinks-market-2014-01-14>

² Diane C. Mitchell, Beverage Caffeine Intake in the U.S, 63, Food and Chemical Toxicology, 2014, p. 136.

³ عادل شحاتة، مصدر سابق، ص 100.

الفرع الثاني: الآثار السلبية لتناول مشروبات الطاقة

اتضح من خلال الكثير من الدراسات أن مشروبات الطاقة لها ضرر كبير على جسم الإنسان¹، وفيما يلي سندرج لكم أهم أضرار مشروبات الطاقة والتي قد تعود بها على الجسم:

1- إن احتواء مشروبات الطاقة على نسبة عالية من السكر والكربوهيدرات قد يؤدي إلى حدوث زيادة الوزن، السمنة (Obesity) ، كما قد تؤدي مشروبات الطاقة للإصابة بمرض السكري النوع الثاني، حيث أثبتت بعض الأبحاث دورها في خفض استجابة الأنسجة لهرمون الأنسولين².

2- يؤدي مشروب الطاقة إلى زيادة معدل ضربات القلب وضغط الدم بسبب نسبة الكافيين الكبيرة، حيث أظهرت دراسة جديدة صادرة من منظمة الصحة العالمية (WHO) أن مشروبات الطاقة تسبب زيادة خفقان القلب وفي الحالات القصوى تسبب قصور القلب والذي يؤدي إلى الوفاة³.

3- تؤدي مشروبات الطاقة للإصابة بهشاشة العظام على المدى القصير نتيجة احتوائها على بعض الأحماض الفسفورية، كما قد تسبب هذه المشروبات تسوس الأسنان نتيجة تأثر وتآكل طبقة المينا الخارجية للأسنان، وذلك بسبب احتواء مشروبات الطاقة على بعض الأحماض مثل: الفوسفوريك والكاربونيك⁴.

4- وجد بأن بعض أنواع مشروبات الطاقة قد تكون سبباً للصداع الشديد أو للصداع النصفي، فعدد كبير جداً من مشروبات الطاقة يمكن أن يؤدي إلى الصداع الشديد كنتيجة لانسحاب الكافيين من

¹ عبد الباسط خلف، مشروبات الطاقة هل هي سموم أنيقة تباع في الاسواق بشكل قانوني، بحث منشور في مجلة البيئة والتنمية، العدد (27)، 2009، ص4.

² Keith Pearson (13-4-2017), Are Energy Drinks Good or Bad for You?, www.healthline.com , Retrieved 29-3-2021. Edited.

³ Harron Siddique, Energy drinks could cause public health problems, says WHO study, The article is published in the Guardian online, for more details: (visited on 2/oct.2022): <https://www.theguardian.com/society/2014/oct/14/energy-drinks-significant-health-risk-who-study-finds>

⁴ Keith Pearson, Ibid.

الجسم. كما أن مشروبات الطاقة قد تسبب الأرق والقلق أثناء النوم نتيجة لكمية المنبهات والكافيين العالية، فبالطبع عند زيادة استهلاك مشروبات الطاقة سيؤدي ذلك إلى فقدان القدرة على التركيز والقلق والعجز عن النوم¹.

5- استهلاك الكثير من مادة الكافيين في مشروبات الطاقة قد يكون ذا تأثير سلبي على الأعصاب وعلى الحالة النفسية، وقد يؤدي إلى العصبية وزيادة نسبة السلوك العدواني.

6- من المعروف أنه يمكن للإنسان الإدمان على الكافيين وكل المشروبات التي تحوي الكافيين ومن ضمنها مشروبات الطاقة.

7- عدم ملاءمته للأطفال والمراهقين: حيث وُجد أنّ 31% تقريباً من الغير بالغين الذين تتراوح أعمارهم بين 12-17 سنة يستهلكون مشروبات الطاقة بانتظام على الرغم من أنّ الأكاديمية الأمريكية لطب الأطفال قد أشارت إلى أنّ الأطفال والمراهقين لا يحبذ استهلاكهم لهذه المشروبات،² وذلك لأنّ الكافيين الموجود فيها قد يسبب الإدمان، وقد يؤدي إلى ظهور بعض الأضرار الجانبية في القلب والدماغ، واللذان لا يزالان قيد النمو والتطور خلال هذه الفترة العمرية. وفقاً لسلطة الأمن الغذائي الأوروبية (EFSA)، لا توجد معلومات كافية لمعرفة كمية استهلاك الكافيين الآمنة للأطفال والمراهقين، وعدم يوفر اليقين حول الآثار الجانبية للاستهلاك المعتاد للكافيين لدى البالغين. ويقترحون 3 ملجم من الكافيين لكل كيلو جرام من وزن الجسم يومياً، كمستوى آمن من قبل الأطفال والبالغين الذين ليس لديهم أمراض. وهذا يعني أن ان مراهق يبلغ من العمر 14 عام ويزن 50 كيلو جرام، يجب أن لا يستهلك أكثر من 150 ملجم من الكافيين في اليوم الواحد. علماً أن علبة واحدة من مشروبات الطاقة المشهورة مثل علامة (Monster)، تحتوي 160 ملجم من الكافيين. وبسبب أن الأطفال أكثر عرضة للآثار الجانبية لاستهلاك الكافيين، كقلة النوم وصعوبة الهضم، فإن جمعية المشروبات الغازية البريطانية (BSDA)، توصي بعدم تناول الغير بالغين لمشروبات الطاقة.³

¹ Harron Siddique, Energy drinks could cause public health problems, Ibid.

² EFSA Panel on Dietetic Products Nutrition and Allergies, Scientific Opinion on the safety of caffeine, EFSA Journal 2015, 13(5), p. 4102.

³ BSDA. Position Statements. Energy Drinks. Available at: (visited 28/Aug/2022): <http://www.britishsoftdrinks.com/Position-Statements/energy-drinks>

وفي دراسة أجرتها سلطة الأمن الغذائي الأوروبية (EFSA)، حول 52000 مستهلك لمشروبات الطاقة، في 16 دولة أوروبية. حيث بينت النتائج أن 30% من مستهلكي مشروبات الطاقة هم من البالغين، و 58% من المستهلكين هم من المراهقين (10 الى 17) عام من العمر، بينما 12% من المستهلكين هم ممن تقل أعمارهم عن 10 اعوام. كما بينت الدراسة أن أكثر دولة يستهلك فيها الصغار ممن يقل أعمارهم عن 10 سنوات هم في جمهورية التشيك، وتبلغ نسبتهم 40% من مستهلكي مشروبات الطاقة¹.

المبحث الاول: الانعكاسات القانونية لبيع وتداول مشروبات الطاقة

لا شك في أن مشروبات الطاقة تعد من المشروبات الضارة بالصحة²، ولكن مع ذلك فإن الدول تعتبرها منتجات مشروعة وتسمح تداولها في أسواقها، بالرغم من انها تعد من المسببات الرئيسية للكثير من الامراض. لذا يطرح تساؤل حول كيفية تنظيم التشريعات الوطنية والدولية لإنتاج وتوزيع منتجات مشروبات الطاقة وكذلك طريقة إثارة المسؤولية المدنية لمنتجي مشروبات الطاقة تجاه المستهلكين رغم تمتعها بالحماية القانونية، وهذا ما سنبينه في مطلبين مستقلين.

¹ Nomisma Arete Consortium, External scientific report. Gathering consumption data on specific consumer groups of energy drinks. 2013, European Food Safety Authority: Parma, Italy.

² للمزيد من المعلومات يراجع المطلب السابق من هذا البحث.

المطلب الاول: التنظيم القانوني لمشروبات الطاقة

لا يوجد حتى الآن تشريع أوروبي موحد خاص بمشروبات الطاقة بحيث يتم تطبيقه عبر 28 دولة عضو في الاتحاد الأوروبي (EU)، وتخضع مشروبات الطاقة لتشريعات الاتحاد الأوروبي التي تنطبق على الأطعمة بشكل عام، بما في ذلك حظر وضع الأطعمة غير الآمنة في السوق الأوروبية والمتطلبات المتعلقة بوضع ملصقات على محتوى الكافيين وادعاءات المنتج. حيث يلتزم المصنعون بالإشارة إلى محتوى الكافيين المرتفع والمحتوى الدقيق للكافيين حيث يتعدى المنتج 150 مجم / لتر. اعتباراً من 13 ديسمبر 2014 (بموجب لائحة المعلومات الغذائية الجديدة)، يجب أن يذكر ملصق هذه المنتجات "غير موصى به للأطفال أو النساء الحوامل أو المرضعات"¹.

كما تحظر تعليمات وضع العلامات وتسويق مشروبات الطاقة التي طورها اتحاد جمعيات المشروبات الغازية الأوروبية (UNESDA) لعام 2010، والتي تم تبنيها من قبل الاتحاد الأوروبي، بقانون توفير المعلومات الغذائية للمستهلكين، رقم 1169 لسنة 2011،² مزامم المنتج بأن مشروبات الطاقة لها تأثير إعادة النشاط ومحاربة الجفاف كالمشروبات الرياضية، وكذلك التسويق المستهدف لمشروبات الطاقة إلى الأطفال أو بيع مشروبات الطاقة بالقرب من المدارس. وتنص المادة 14 من قانون توفير المعلومات الأوروبي، بأنه يجب وضع عبارة "تستهلك باعتدال" (Consume Moderately)، على العبوة وبمكان يمكن رؤيته بسهولة. كما أكدت المادة 15، من نفس القانون، بأن معلومات المنتج الغذائي وبضمنها المشروبات الطاقة يجب أن تكون بلغة سهلة ومفهومة للمستهلك وحسب اللغة الرسمية لدولة المستهلك.

وبخصوص الخطوات الواجب اتباعها في الدول الأوروبية بخصوص بيع وتسويق مشروبات الطاقة والتي صدرت عن اتحاد المشروبات الأوروبية (UNESDA)، فهي كما يلي:

¹ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_14_2560

² REGULATION (EU) No 1169/2011 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 25 October 2011. For more information: (visited 18/8/2022): <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0018:0063:en:P>
DF

1- لا يجوز توجيه الإعلان بأي وسيلة للتواصل عن مشروب الطاقة للجمهور ممن تقل أعمارهم عن 13 سنة.

2- عند الترويج عن فوائد مشروبات الطاقة فإنه يجب النصح بعدم خلطها مع المشروبات الكحولية.

3- لن يشارك أعضاء (UNESDA)¹، في أي نشاط تجاري مباشر فيما يتعلق بمشروبات الطاقة في المدارس الابتدائية أو الثانوية ، بما في ذلك وضع آلات للبيع.

وعلى صعيد التشريعات الوطنية تعتبر دولة ليتوانيا، أول دولة أوروبية، وفي العالم أيضاً، شرعت قانون رقم 12 لسنة 2014، ونصت المادة (2) من القانون على: "يحظر بيع أو شراء أو نقل مشروبات الطاقة إلى الأشخاص الذين تقل أعمارهم عن 18 عاماً. ويجب على بائعي مشروبات الطاقة، عندما يكون هناك شك في أن الشخص أقل من 18 عاماً، أن يطلبوا من الشخص الذي يشتري مشروب الطاقة تقديم إثبات الهوية، فإن لم يقدم مثل هذا الشخص وثيقة تؤكد هويته، فإنه يجب على بائعي مشروبات الطاقة رفض بيع مشروبات الطاقة له". نلاحظ أن المادة الثانية من القانون تمنع بيع مشروبات الطاقة لغير البالغين كما تمنع أيضاً نقل هذه المشروبات اليهم، أي بمعنى أنه لا يجوز لشخص شراء مشروبات الطاقة نيابةً عن من هم أقل من 18 عام من العمر. ويعاقب كل شخص يخالف هذا القانون بغرامة مقدارها 400 (Lithuania Litas)، أي ما يقارب 150 دولار امريكي².

¹ الدول الأعضاء هي: ألمانيا، فرنسا، بلجيكا، المملكة المتحدة، بلغاريا، التشيك، النمسا، الدنمارك، استونيا، فنلندا، اليونان، إيطاليا، أيرلندا، النرويج، رومانيا، البرتغال، لوكسمبورج، السويد، اسبانيا، سلوفينيا، سلوفاكيا، هولندا، سويسرا). <https://www.unesda.eu/our-members>

² Eileen Shim, One European Country Just Banned Energy Drinks for Minors, Article published on MIC website, 11/3/2014, visited on 6/9/2022:

<https://www.mic.com/articles/103108/one-european-country-just-banned-energy-drinks-for-minors>

كما صدر في دولة لاتفيا (أحد أعضاء الإتحاد الأوروبي) عام 2016 قانون التعامل بمشروبات الطاقة،¹ (Law on The Handling Of Energy Drinks)، وهو ثاني قانون يصدر من دولة تنظم من خلاله بيع و تسويق مشروبات الطاقة. كما حدد المشرع في المادة الثانية بأن الغرض من هذا القانون هو حماية صحة الإنسان من الآثار الضارة لمشروبات الطاقة على الجسم. نلاحظ هنا بأن المشرع اللاتيفي قد اعترف بالتقارير العلمية التي تشير إلى مضرار مشروبات الطاقة على جسم الإنسان. وتحظر الفقرة 1 من المادة الثالثة من قانون التعامل بمشروبات الطاقة اللاتيفي بيع هذه المشروبات لمن هم تحت سن البلوغ القانوني (18 سنة)، وعلى بائع التجزئة أو المفرد، التأكد من عمر المستهلك وذلك من خلال الإطلاع على وثيقة رسمية أو هوية شخصية رسمية تؤكد عمر المشتري. وبالإضافة إلى ذلك فإن المشرع اللاتيفي منع بيع هذه المشروبات في المؤسسات التعليمية كافة من مدارس ومعاهد وجامعات². وبينت الفقرة 3 من المادة الثالثة من هذا القانون، منع تقديم مشروبات الطاقة لمن لم يبلغ الثامنة عشر من العمر مجاناً لتذوقها. وأكدت المادة الخامسة من هذا القانون، بأن من يخالف هذا القانون يعاقب بالغرامة.

وحول النظم والتشريعات في الدول العربية، تعد السعودية أول دولة عربية في هذا المجال، حيث قرر مجلس الوزراء السعودي حظر الإعلان عن مشروبات الطاقة أو القيام بحملات الدعائية أو الترويجية له بأي وسيلة اعلامية مقرأة أو مسموعة أو مرئية أو أي وسيلة أخرى. ومن ذلك إزالة اللوحات الدعائية من المحلات والسيارات والطرق وجميع ما يشير إلى الدعاية والترويج للمشروب سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة، بالإضافة إلى ذلك يحظر على شركات مشروبات الطاقة القيام برعاية أي مناسبة رياضية أو اجتماعية أو ثقافية أو القيام بأي عمل يؤدي إلى الترويج بها، كما يحظر توزيع مشروبات الطاقة مجاناً على المستهلكين بجميع الشرائح العمرية. كما أن التعليمات تحظر أيضاً بيع مشروبات الطاقة في المطاعم والمقاصف في المنشآت الحكومية والمنشآت التعليمية والصحية والصالات والأندية الرياضية الحكومية والخاصة³.

¹ (Law on the Handling of Energy Drinks in Latvia), came in force in 1/6/2016. For more details:

<https://likumi.lv/ta/en/en/id/280078-law-on-the-handling-of-energy-drinks>

² الفقرة 2 من المادة (3)، قانون مشروبات الطاقة اللاتيفي لسنة 2016.

³ للمزيد من المعلومات ينظر الموقع الإلكتروني، <https://www.alriyadh.com/938099> تاريخ الزيارة 2022/12/9.

وفي هذا السياق طالبت الهيئة الشركات المستوردة بالالتزام بكتابة التحذيرات على العبوة باللغة العربية والإنجليزية بطريقة واضحة وبارزة وبلون مختلف، ومسبوقة بكلمة تحذير بخط يعادل ضعف خط مكونات المستحضر يمكن الشخص من قراءتها بسهولة.

ومن ضمن الاشتراطات الجديدة كتابة عبارة محددة على عبوة مشروبات الطاقة بأنه ليس لهذا المنتج أي فائدة صحية وتناول أكثر من عبوتين في اليوم قد يؤدي إلى أضرار بصحة المستهلك، وكذلك كتابة تحذير بعدم تناول هذا المنتج للحوامل والمرضعات ومن هم أقل من ست عشرة سنة ومن يعانون من أمراض القلب وارتفاع ضغط الدم والسكر ومن لديهم حساسية لمادة الكافيين والرياضيون أثناء ممارسة الرياضة¹.

كما ألزمت الهيئة الشركات بأن يكون عرض منتجات مشروبات الطاقة في ثلاجات أو أرفف مخصصة لها مفصولة عن المشروبات والمنتجات الغذائية الأخرى، وأن يكتب على الثلاجات أو الرفوف المخصصة لتلك المشروبات في المتاجر العامة التحذيرات المدونة على العبوة، وأن تكون بطريقة واضحة وبارزة ومسبوقة بكلمة تحذير².

أما في العراق وبشكل عام، بهدف حماية المستهلك فقد صدر قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1) لسنة 2010، وتنص المادة السادسة منه على حقوق المستهلك كما يلي:

أولاً : للمستهلك الحق في الحصول على ما يأتي :

أ - جميع المعلومات المتعلقة بحماية حقوقه ومصالحه المشروعة .

ب - المعلومات الكاملة عن مواصفات السلع والتعرف على الطرق السليمة لاستعمالها أو لكيفية تلقي الخدمة بالشكل واللغة الرسمية المعتمدة .

¹ المصدر السابق.

² للمزيد من المعلومات ينظر الموقع الالكتروني، <https://www.alriyadh.com/938099> تاريخ الزيارة 2022/12/9.

ج - ما يثبت شراؤه أي سلعة أو تلقيه أي خدمة مبيناً فيها قيمة وتاريخ ومواصفات السلعة وعددها وكميتها ونوعها وسعرها .

د - الضمانات للسلع التي تستوجب طبيعتها مثل هذا الضمان وللمدة التي يتم الاتفاق عليها مع المجهز، دون تحميلها نفقات إضافية .

ثانياً : للمستهلك وكل ذي مصلحة في حالة عدم حصوله على المعلومات المنصوص عليها في هذه المادة إعادة السلع كلاً أو جزءاً إلى المجهز والمطالبة بالتعويض أمام المحاكم المدنية عن الضرر الذي يلحق به أو بأمواله من جراء ذلك .

ثالثاً : الحصول على خدمات ما بعد البيع وفق الاتفاق المبرم مع المجهز .

رابعاً : حرية اختيار السلعة أو الخدمة المعروضة مقابل ثمنها دون أي تدخل من المجهز ."

ومن خلال ما تقدم، فإنه أجاز المشرع للمستهلك المتضرر مراجعة المحاكم المدنية والمطالبة بالتعويض إذا تضرر في جسده أو أمواله، مرتكزاً على قواعد المسؤولية المدنية المذكورة في القانون المدني.

وبخصوص مشروبات الطاقة فقد أصدرت وزارة التخطيط في العراق المواصفات القياسية رقم (2037) لسنة 2022، حيث تبين الفقرة 6 من هذه التعليمات، بأنه على المنتج أن يضع البيانات التالية على العبوة في مكان مناسب وخط واضح:

1- لا يستخدم أثناء التدريبات الرياضية.

2- لا يخلط مع المشروبات الكحولية.

3- لا ينصح بأكثر من عبوتين سعة 250 مل يومياً.

4- غير مناسب للأشخاص دون سن 16 سنة والحوامل والمرضعات ومرضى القلب وارتفاع ضغط الدم والسكر .

أما في إقليم كردستان، فقد أصدرت وزارة الصحة تعليمات بخصوص مشروبات الطاقة بموجب الكتاب المرقم (8097) في عام 2013، وتنص الفقرة 8/ثانياً من هذه التعليمات على: "يجب على

بائع مشروبات الطاقة أن يقوم بوضع إعلان على عارضة مشروبات الطاقة وبخط حجم 18 في الكمبيوتر ويكون بلة مفهومة، ويذكر في الإعلان ما يلي:

1- لا يجوز لمن يقل عمره عن 18 سنة أن يستهلك مشروبات الطاقة.

2- لا يجوز شرب مشروب الطاقة من قبل النساء الحوامل والمرضعات.

3- لا يجوز استهلاك مشروب الطاقة عند ممارسة الرياضة.

4- لا يجوز استهلاك أكثر من 500 مليلتر يومياً من مشروبات الطاقة.

5- لا يجوز خلط مشروبات الطاقة مع المشروبات الكحولية.

كما تنص الفقرة 8/ثالثاً من تعليمات وزارة صحة الإقليم على أنه لا يجوز بيع مشروبات الطاقة لمن يقل عمره عن 18 عاماً. وكل من يخالف هذه الفقرة يعاقب بالغرامة التي تتراوح بين 50 ألف دينار عراقي ولا تزيد عن 500 ألف دينار عراقي.

ويلاحظ أن التحذيرات بخصوص استهلاك مشروبات الطاقة المصنعة محلياً مكتوبة باللغة الأجنبية (الإنجليزية) على العلبة علماً أن المنتج عراقي والمستهلك عراقي، ومثال ذلك مشروب الطاقة (Aspe Rash, Smart). وكذلك فإن علبة مشروب الطاقة من نوع (Wild tiger) المصنعة محلياً في العراق، مدون عليها بأن هذا المشروب يزود المستهلك بالطاقة، ومطور لحالات الإجهاد البدني والذهني، كما يزيد القدرة على التحمل وينشط عملية التمثيل الغذائي. وبينما آنفاً بأن هذه العبارات أغلبها كاذبة وغير صحيحة في المبحث السابق. كما أنه لا وجود لأي تحذير معلق في أي محل يبيع هذه المشروبات، كما أنها تباع بكل حرية ولا يسأل المستهلك عن عمره.¹

ومما تقدم نخلص بأن التعليمات الصادرة من وزارة صحة إقليم كردستان أكثر صرامة من التعليمات الصادرة من وزارة التخطيط الاتحادية في بغداد. حيث أن التعليمات في الإقليم نصت على قيام البائع بوضع إعلان في متجره لبيان خطورة هذه المشروبات للصحة العامة، بينما لم تذكر تعليمات

¹ بعد جولة سريعة في أسواق إقليم كردستان العراق، بتاريخ 2023/2/22.

وزارة التخطيط العراقية على ذلك. كما أن التعليمات في الإقليم نصت على عقوبة البائع غير الملتزم بالتعليمات بالغرامة بينما لم تنص التعليمات الاتحادية على ذلك.

المطلب الثاني: كيفية إثارة المسؤولية المدنية لشركات مشروبات الطاقة

إذا كانت مشروبات الطاقة تضر بصحة المستهلك بشكل لا يدع مجالاً للشك، ولكنها في الوقت ذاته تعد مشروعاً ومنظمة بالقانون في أغلب البلدان، الأمر الذي يثير تساؤلاً حول مدى إمكانية إثارة المسؤولية المدنية ضد منتجي مشروبات الطاقة الذي يتمتع بالحماية القانونية.

الأصل أن المسؤولية المدنية لا تقوم إلا إذا تحققت أركانها وهي (الخطأ، الضرر، ورابطة السببية بين الخطأ والضرر)¹، ولما كان إنتاج مشروبات الطاقة يتمتع بحماية قانونية فهنا يثار التساؤل حول مدى إمكانية مساءلة منتجي مشروبات الطاقة رغم تمتعهما بالحماية القانونية، إذ يعد تصرفها في إنتاج مشروبات الطاقة تصرفاً قانونياً، وإذا كان المنطق يقضي بأن السلطة العامة عندما تسمح بالبيع والإعلان عن تلك المشروبات رغم الضرر الذي تسببه فلا يمكن مساءلة المنتج بالتعويض عن ذلك الضرر طالما أن المنتج امتثل للقوانين النافذة، إلا أن هذا الأمر لم يلق تأييداً من قبل البعض من فقهاء القانون المدني، حيث ان هناك من يرى²، بأن ذلك الأمر يعد فاقداً للعدالة، ذلك لأن الطرف المتضرر يحتاج إلى الحماية في مواجهة الأعمال التجارية المضرة بالصحة حتى إن كانت هذه الأعمال قانونية، ذلك لأن ركن الخطأ يرتكز بشكل رئيسي على أساس ذهني وأخلاقي، الذي يتبعه أي منتج عاقل في نفس ظروفه، لذا فالعقل والمنطق يقضي بمسائلة المنتج عن الأضرار التي يلحقها بالمستهلك حتى وإن كان المنتج يتمتع بالحماية القانونية.

وإن طبيعة مشروبات الطاقة لا تخرج بشكل عام عن إحدى الفرضيتين، أما ان يكون منتجاً خطراً بطبيعته أو أن يكون منتجاً معيباً. ويقصد بالمنتج الخطر بطبيعته هو الذي لا يمكنه تأدية

¹ د. عبد المجيد عبد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج 1، مصادر الالتزام، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 1980، ص 212.

² د. محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983، ص 7.

الغرض المنشود منه إلا بحالته الخطرة، أما المنتج المعيب فهو الذي لا يحقق منفعة المنتج أو فائدته أو جوانب السلامة فيه، ليغدو منتجاً خطيراً لا لطبع كامن فيه وإنما لعيب يعتريه¹.

ولم يضع المشرع العراقي في قانون حماية المستهلك²، تعريف محدد للمنتج الخطر أو المنتج المعيب، ولم يحدد إلى أي مدى تعد مشروبات الطاقة منتجات خطيرة أو معيبة ليتسنى على أساسها مسائلة المنتج عن الأضرار التي يسببها مشروبات الطاقة، لذا نرى أن مشروبات الطاقة تعد من المنتجات الخطرة بطبيعتها لأنها تلحق الضرر بجسم الإنسان حتى وإن كانت تتمتع بالحماية القانونية، حيث أن تكييف مشروبات الطاقة كمنتج خطير بطبيعته هو الأنسب والأكثر ملائمة من كونه منتجاً معيباً على اعتبار أن الخطر ينشأ عن خاصية من خواص منتج ما في حد ذاته وليس من الظروف المحيطة به.

ومن خلال ما تقدم نلخص بإمكانية مسائلة منتجي مشروبات الطاقة عن أضرارها، ذلك لأن تلك المشروبات تشكل خطراً حقيقياً يهدد الانسان، يتمثل بالأمراض التي تصيبه والتي قد تؤدي إلى الوفاة، كما أن أمر المحافظة على السلامة الجسدية للمستهلك أمر موكول للمنتج، فإذا كان المستهلك غير قادر عن الاستغناء عن مشروبات الطاقة فذلك لأنه في حالة خضوع له بسبب مكونات السلعة وما تسببه من حالة ادمان على تناولها.

¹ د. محمد علي العماوي، المسؤولية المدنية لشركات انتاج وتوزيع التبغ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017، ص 63.

² قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1) 2010. بينما عرف المشرع الإماراتي العيب في قانون حماية المستهلك رقم (15) لسنة 2020، حيث داء في المادة (1): "العيب: نقص في الجودة أو الكمية أو الكفاءة أو اختلاف في الشكل الخارجي أو الحجم أو مكونات السلعة أو الخدمة ناتج عن خطأ في تصميمها أو تصنيعها أو إنتاجها أو تقديمها للمستهلك، مما قد يؤدي إلى الإضرار به أو حرمانه كلياً أو كلياً من الإستفادة منها، بشرط أن لا يكون العيب نشأ عن تصرف من المستهلك".

المبحث الثاني: نطاق المسؤولية المدنية لشركات مشروبات الطاقة والأحكام الناتجة عنها

اهتمت الكثير من الدراسات بموضوع المسؤولية المدنية للمنتج، من حيث مدى ارتباطها بالقواعد العامة للمسؤولية المدنية، أو بضرورة تكريس نظام قانوني خاص ومستقل عن تلك القواعد، يحمي المتضررين من المنتجات بما فيها مشروبات الطاقة. لذلك سوف نتناول الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية عن أضرار مشروبات الطاقة في مطلب أول، وأركان هذه المسؤولية في مطلب ثاني. أما المطلب الثالث فسنترك فيه إلى الأحكام القانونية لتحقيق المسؤولية المدنية عن أضرار مشروبات الطاقة.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية لشركات مشروبات الطاقة

بالرجوع إلى التشريعات العراقية، فإنه نلاحظ غياب القواعد الخاصة بمسؤولية المنتج، لذا فإن تحديد هذه المسؤولية يجب الاستناد إلى القواعد العامة في القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل. وبحسب هذه القواعد فإن المسؤولية المدنية تكون إما عقدية أو تقصيرية. لذلك سوف نتناول الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية عن أضرار مشروبات الطاقة في فرعين وفقاً للتقسيم الآتي:

الفرع الأول: الطبيعة العقدية للمسؤولية المدنية الناشئة عن أضرار مشروبات الطاقة

يتم تداول مشروبات الطاقة عن طريق عقود تبرم بين (المنتج والمستورد والبائع والمستهلك). لذا فإنها تكون وفق القانون المدني العراقي من حيث الأساس وأصل المسؤولية ذات صفة عقدية، ولإقامة نظام قانوني لمسؤولية منتج أو بائع مشروبات الطاقة عن الضرر الذي أصاب المتضرر في القانون العراقي، يمكن الاستناد إلى نصوص القانون المدني المنظمة لعقد البيع، مسألة ضمان العيوب الخفية.¹ كما يمكن الاعتماد على فكرة الإهمال وعدم الأخذ بمبدأ الحيطة والحذر من قبل منتج هذه المشروبات. كما يسأل مجهز مشروبات الطاقة عن الإخلال بالتزام الإعلام من خلال تقديم معلومات غير كافية للمستهلك، أو تقديم معلومات زائفة عن فوائد هذه المشروبات للجسم.

وقد انتقدت الطبيعة العقدية لمسؤولية المنتج، وذلك لأن المسؤولية العقدية تكون محكومة بقاعدة نسبية آثار العقد، وهذا يعني أن دعوى المطالبة بتعويض عن أي ضرر عقدي لا يمكن أن ترفع إلا

¹ المادة (558) وما بعدها من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

من قبل المتعاقد المباشر، ومن النادر ما يكون هناك عقد مباشر بين المنتج والمستهلك، بل يكون بينهما تاجر الجملة المستورد وبائع المفرد، وهذا يؤدي إلى إفلات المنتج.¹

الفرع الثاني: الطبيعة التقصيرية للمسؤولية المدنية الناشئة عن أضرار مشروبات الطاقة

يذهب جانب من الفقه،² بأن التزام المنتج بسلامة منتجه هو التزام سابق لعقد البيع، ويجب أن يفي به المنتج قبل طرح منتجاته في الأسواق. وكذلك فإن استهلاك المنتجات لا يكون فقط من قبل مشتريها، لذا فإن الأخذ بقواعد المسؤولية المدنية التقصيرية، يكون أوسع من المسؤولية العقدية، ولن يفلت المنتج هنا من تحمل عبء اصلاح الأضرار التي تسبب بها. و استند هذا الرأي الى المادة (204) من القانون المدني العراقي، والتي تنص على: (كل تعد يصيب الغير بأي ضرر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض). وأساس هذه المسؤولية هو إثبات الخطأ من قبل المدعي المتضرر.

ومن جانبنا، نرى بأن الحجج التي أخذ بها هذا الرأي غير مقنعة لأن الأصل في مسؤولية المنتج في القانون العراقي هي المسؤولية العقدية، بسبب وجود عقد ما بين المنتج والمستهلك. وإن الأخذ بقواعد المسؤولية التقصيرية هو استثناء في حال تأكد انتفاء العلاقة العقدية بين المنتج والمستهلك.

وذهب رأي آخر في الفقه³، وهو الأرجح، الى مهاجمة التقسيم الثنائي لمسؤولية المنتج عن أضرار منتجاته، ويدعو إلى إنشاء قواعد موحدة لمسؤولية المنتج عن عدم أمان منتجاته، على نحو يعمل على تعويض كافة المتضررين من المنتجات سواء كان المتضرر طرفاً في التعاقد مع المنتج أو لا. وقد أخذ بهذا الاتجاه كل من المشرع الامريكي ومشرعي دول الاتحاد الأوربي، حيث صدر في الولايات المتحدة الأمريكية قانون مسؤولية المنتج رقم (212) لسنة 1979،⁴ والذي عدل عام 1997، وبموجب

¹ فتحي عبد الرحيم ، الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 150.

² د. محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983، ص 15.

³ ثروت عبدالحميد، الاضرار الصحية الناشئة عن الغذاء الفاسد، دار ام القرى للطباعة والنشر، مصر، 1995، ص 72.

⁴ American Product Liability Act 1979.

هذا القانون تتم مساءلة المنتج عن الأضرار الناجمة عن عيب في منتجاته والتي تصيب المستهلك بالضرر، سواء كان المتضرر متعاقداً مع المنتج أم لا. وفي نفس السياق، شرع الاتحاد الأوروبي قانون مسؤولية المنتج عن أضرار منتجاته المعيبة رقم (85) لسنة 1985¹. وهو ما تبناه المشرع الفرنسي في القانون رقم (389) لسنة 1998، والذي أضاف فصل جديد إلى القانون المدني تحت عنوان المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة. ومن هنا نناشد المشرع في العراق وإقليم كردستان، إلى تشريع قانون خاص بمسؤولية المنتج عن أضرار منتجاته، لأن الأحكام العامة في القانون المدني لا تعد كافية.

المطلب الثاني: أركان المسؤولية المدنية لمنتجي مشروبات الطاقة

إن الأساس في القانون العراقي بأن تكون المسؤولية المدنية لمنتجي مشروبات الطاقة هي مسؤولية عقدية، ومن الممكن أن تكون تقصيرية استثناءً. وسواء كانت المسؤولية المدنية هي عقدية أو تقصيرية، فإن القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل، يوجب فيهما إثبات ركن الخطأ، وهذه المهمة تكون صعبة في موضوع بحثنا لأن المستهلك، سواء كان متعاقداً أم لا، فإنه لا يعلم عن كيفية إنتاج مشروبات الطاقة. لذلك اتجهت التشريعات الحديثة²، إلى قيام مسؤولية المنتج على أساس العيب في المنتج. وسنبحث كلاً من الخطأ والعيب في نقطة واحدة، ثم نلبيها بالضرر والعلاقة السببية كأركان للمسؤولية المدنية.

أولاً: الخطأ العقدي أو العيب كأساس لقيام مسؤولية منتجي مشروبات الطاقة:

حسب أغلب القوانين المنظمة لبيع وتسويق مشروبات الطاقة التي ذكرناها سابقاً، فإنه يجب على الشركات المنتجة أن تلتزم بالتحذير، ومثال ذلك المادة (15) من القانون الاوربي الموحد لبيان معلومات الأغذية للمستهلكين³، بوضع تحذير على علب مشروبات الطاقة وباللغة المفهومة لدى الشعب، بعدم خطئه مع المشروبات الكحولية، وبأن مشروبات الطاقة هو مشروب غير مناسب للمرأة الحامل. فإن إخلال الشركة المنتجة بهذا الالتزام يعتبر خطأ متحققاً. كما يمكن أن يتحقق الخطأ بمظهر آخر،

¹ Directive 85/374/EEC – liability for defective products.

² كالقانون الامريكي والفرنسي كما سنوضحه لاحقاً في ثنايا بحثنا.

³ The provision of food information to consumers, amending Regulations (EC) No 1924/2006 amended in 2011.

كممارسة التضليل والاحتيال وعمل إعلانات تحتوي معلومات كاذبة، وهذا ما حدث في أمريكا، حيث قضت محكمة أمريكية بتغريم شركة (Red Bull) بمبلغ قدره (13) مليون دولار أمريكي، تدفعها لعملائها في الولايات المتحدة الأمريكية، الحكم جاء بعد رفع دعوى قضائية ضد الشركة، تتهمها بالكذب والغش في إعلاناتها عن منتجاتها لعدم صحة شعارها (ريد بول يعطيك جوانج).¹ وفي العراق، فبالرجوع إلى القانون المدني أو قانون حماية المستهلك، فإنه على المستهلك إثبات خطأ المنتج، ونرى بأن هذا شبه مستحيل، أولاً بسبب عدم إمام المستهلك بكيفية صناعة مشروبات الطاقة، وثانياً إنعدام القدرة الاقتصادية لديه لإثبات ذلك. ومن هنا ندعو المشرع العراقي إلى تشريع قانون خاص بمسؤولية المنتج وأن يتبنى فيه الاتجاهات الحديثة في هذا الموضوع، ومنها إقامة مسؤولية المنتج بناءً على المسؤولية الموضوعية. ونلاحظ أن القضاء الفرنسي قد شدد مسؤولية المنتج وذلك من خلال تحويل التزام المنتج بضمان السلامة، من التزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة، حيث أن وقوع الضرر يعتبر قرينة قضائية على إخلال المنتج بالتزامه وهي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس من قبل المنتج، أي تم نقل عبء الإثبات إلى عاتق المنتج.²

أما بخصوص العيب، حيث يعتبر المشرع الأمريكي أول من تبني فكرة العيب في المنتجات كسبب لقيام مسؤولية المنتج عن أضرار منتجاته في قانون فعل المنتجات الموحد الصادر في (1979/8/31). وفي نفس السياق، صدر التوجيه الأوربي بخصوص مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، رقم (85) لسنة 1985، واستند التوجيه الأوربي على ركن العيب في المنتج بدلاً عن ركن الخطأ، فقد نصت المادة (1) من التوجيه الأوربي على: "المنتج يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يتحقق بسبب العيب في المنتج". وقد أخذ المشرع الفرنسي بالمبادئ الموجودة في التوجيه الأوربي، وأصدر قانون رقم (389) في عام 1998، وأضيفت إلى القانون المدني الفرنسي كفصل مستقل. وتعرف المادة (4-1386) من

¹ Lara O'Reilly, Red Bull Will Pay \$10 To Customers, (visited 29/9/2022):

<https://www.businessinsider.com/red-bull-settles-false-advertising-lawsuit-for-13-million-2014-10>

². نقلاً عن: د. اوميد صباح عثمان، المسؤولية المدنية عن أضرار السجائر الإلكترونية، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد 1، 2019، ص 481.

القانون المدني الفرنسي العيب بما يأتي: "المنتج يكون معيباً في نظر هذا القانون عندما لا يستجيب للسلامة المنتظرة منه قانوناً".

والسلامة التي يتوقعها المتضرر تكون مستندة على معيار الشخص المعتاد، وإن وجود الضرر دليل على وجود العيب في المنتج، وبموجبه يتم نقل عبء الإثبات من المتضرر إلى المنتج، وهذا ما يسهل على المتضررين الحصول على التعويض.¹

أما في العراق، فإن المشرع العراقي لم يتطرق إلى المنتج المعيب في قانون حماية المستهلك. ولكن بالرجوع إلى قواعد ضمان العيوب الخفية في عقد البيع في القانون المدني، فإن المشرع قد نص في المادة (570/ف1) بأن: "لا تسمع دعوى ضمان العيب إذا انقضت ستة أشهر من وقت تسليم المبيع، حتى لو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد ذلك، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول". والعيب المقصود هنا حسب الفقرة (2) من المادة (558)،² هو ما ينقص من ثمن المبيع، كالعيب في محرك السيارة المباعة، وليس العيب الذي يؤدي إلى الأضرار الصحية موضوع دراستنا.

ثانياً: الضرر: لا تتحقق المسؤولية المدنية للمنتج، إن لم يتحقق الضرر للمستهلك. فخطأ المنتج أو العيب في المنتج لا يكفي لقيام مسؤولية المنتج، بل يجب أن يلحق المستهلك ضرراً. والضرر يكون على نوعين، ضرر مادي أو ضرر أدبي. والضرر المادي هو ما يصيب الشخص في جسده أو ماله، أما الضرر الأدبي فهو يصيب شعور أو عاطفة أو كرامته.³ وفي موضوع بحثنا، فإن الضرر المادي يكون له عدة صور، فمستهلك مشروبات الطاقة قد يتعرض إلى مشاكل في صحته، كالإصابة بمرض السكري أو بمرض هشاشة العظام أو الوفاة. ويقع إثبات الضرر على عاتق المستهلك، فهو الذي يدعي حدوث الضرر ويقع عليه بالتالي عبء إثباته.⁴

ثالثاً: علاقة السببية: الركن الثالث للمسؤولية المدنية هو علاقة السببية، ومعناها وجود علاقة مباشرة ما بين العيب في المنتج والضرر الذي أصاب المستهلك. وتعد مسألة إثبات العلاقة السببية مسألة

¹ د. بودالي محمد، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005، ص 70.

² للمزيد يراجع الفقرة (2) من المادة (558)، القانون المدني العراقي.

³ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام، المجلد الأول، ط3، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص 85.

⁴ محمد حسن قاسم، القانون المدني، الإلتزامات، المصادر، العقد، دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء قانون العقود الفرنسي الجديد (2016)، ج1، المجلد 2، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2018، ص 216.

صعبة، في موضوع بحثنا. لذلك نرى بأن المشرع الفرنسي تبني نظرية نسبية الخطأ المتمثلة في عدم الحاجة إلى إثبات علاقة سببية في الحالات التي يمكن فيها تحديد الأضرار المراد التعويض عنها، كالإصابات الجسدية والأمراض.¹ وتنص المادة (168) من القانون المدني العراقي على: "إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه". ونفهم مما تقدم بأن علاقة السببية بين الضرر و الخطأ أو العيب مفروضة فرضاً قانونياً بسيطاً قابلاً لإثبات العكس.² أي بمعنى أنه يجب على المنتج إثبات الدليل على عدم وجود علاقة سببية بين منتجه والضرر الذي أصاب المستهلك.

المطلب الثالث: الأحكام القانونية لتحقيق المسؤولية المدنية عن أضرار مشروبات الطاقة

يختص هذا المطلب ببيان الأحكام القانونية لتحقيق المسؤولية المدنية عن أضرار مشروبات الطاقة، وذلك بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نشرح في الفرع الأول النطاق الشخصي عن أضرار مشروبات الطاقة، أما في الفرع الثاني سنبحث عن حكم تحقق هذه المسؤولية.

¹ د. ناجية العطارق، المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة في ضوء القانون المدني الفرنسي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السادس، يونيو 2015، ص 86.

² د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزامات، منشورات جامعة المستنصرية، بغداد، 1976، ص 185.

الفرع الاول: النطاق الشخصي لأحكام المسؤولية المدنية عن أضرار مشروبات الطاقة

إن الحديث عن النطاق الشخصي للمسؤولية المترتبة عن أضرار مشروبات الطاقة يستوجب منا التساؤل أولاً عن المسؤول عن الأضرار الناشئة مشروبات الطاقة، ثم ثانياً المتضرر من هذه المشروبات أو المستفيد من أحكام هذه المسؤولية.

أولاً : المسؤول عن الأضرار الناشئة من مشروبات الطاقة

إن تحديد مفهوم المنتج له أهمية كبيرة كونه الشخص الذي يتعين عليه أن يتحمل تبعه هذه المسؤولية، فكلما توسع المشرع في معنى المنتج كلما حقق حماية أوسع للمستهلك وكلما تقلص مفهوم المنتج كلما تعرض المستهلك لإنتهاك حقوقه في التعويض. وبالرجوع إلى أحكام التوجيه الأوروبي لا سيما المادة الثالثة منه نجدها عرفت المنتج على أنه "منتج المنتج النهائي ومنتج المادة الأولية أو جزء منه أو الأجزاء المركبة له وكذلك كل من يقدم نفسه بوضع اسمه على المنتج أو علامته أو أي إشارة أخرى مميزة له و كل من يستورد المنتج إلى دول الاتحاد الأوروبي لأغراض تجارية"¹.

وبذلك نجد أن المشرع الأوروبي قد تبنى من حيث المبدأ الاتجاه الواسع في تحديد المنتج بحيث يعتبر كل من شارك في عملية الانتاج مسؤولاً عن تعويض الأضرار التي تسببها عيوب السلعة، وفي ذلك يتساوى المنتج النهائي للسلعة مع منتج أحد المكونات الداخلة في تكوين السلعة، ولا شك أن ذلك يزيد من فعالية الحماية المقررة للمستهلك². وقد نص التوجيه الأوروبي على أشخاص آخرين يأخذون حكم المنتج ويسألون بالتالي عن عيوب المنتجات، وهم كل من يقدم نفسه كمنتج للسلعة والمستورد وكذلك المورد المهني. وتعد مسؤولية المورد مسؤولية بديلة أو احتياطية فمسؤوليته تقوم في حالة عدم التعرف على شخصية المستورد في حالة السلع المستوردة، ولذلك فهي مسؤولية مشروطة بأن لا يكون المنتج أو المستورد معروفاً إلى المتضرر³. ويذهب كل من التوجيه الأوروبي والقانون الفرنسي إلى

¹ د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص 11.

² حسين الماحي، المسؤولية الناشئة عن المنتجات المعيبة في ضوء أحكام التوجيه الاوروبي الصادر في 25 تموز 1985، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 51.

³ Art. 3 alinéa 2 de la directive 85/374/C.E.E : « Si le producteur du produit ne peut être identifié, chaque fournisseur en sera considéré comme producteur, à moins qu'il n'indique à la victime, dans un délai raisonnable, l'identité du producteur ou de celui qui lui a fourni le produit... ».

اعتبار المنتج، كل من يقدم نفسه كذلك بوضع اسمه على المنتج أو علامته، أو أي إشارة أخرى مميزة¹.

وهناك طائفة أخرى من الأشخاص عدهم المشرع الفرنسي في حكم المنتج (les personnes assimilés) مدفوعاً برغبة التوجيه الأوروبي نفسها، وهي توسيع نطاق المسؤولين عن فعل المنتجات ، لدفع المشقة عن المتضررين للمطالبة بالتعويض ، وهم كالاتي:

1. كل مهني وضع اسمه أو علامته التجارية أو أية علامة أخرى مميزة على المنتج².
2. كل مهني استورد في الاتحاد الأوروبي منتجاً بقصد البيع، الإيجار، مع وعد بالبيع أو بدونه، أو كل من استورد في الاتحاد منتجاً تحت أي شكل من أشكال التوزيع³.
3. يعد المنتج، البائع المهني، المؤجر المهني، وكل مورد مهني⁴، باستثناء المؤجر الائتماني CREDIT-((BAILLEUR)) أو من يمثله، فالمشرع الفرنسي⁵، لم يعد المؤجر الائتماني أو من يمثله مورداً مهنيًا، فالمؤجر الائتماني على خلاف من ينتج الشيء لكي يؤجره، ليسأل مؤسسة ائتمان تمول بالمادة ولا تورده⁶.

¹ د. حسن عبد الباسط جميعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 236 وما بعدها.

² المادة (1/6-1386) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (1/3) من التوجيه الأوروبي رقم 374 الصادر في 25 تموز 1985.

³ المادة (2/6-1386) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (2/3) من التوجيه الأوروبي.

⁴ المادة (7-1386) من القانون المدني الفرنسي.

⁵ د. عبد القادر إقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 464.

⁶ لأن التوجيه الأوروبي جعل مسؤولية المورد المهني -الموزع- مسؤولية بذليه يحل بموجبها محل المنتج المسؤول أصلاً ومن ثم فهي مشروطة بعدم معرفة المتضرر للمنتج المسؤول الأصلي. وعلى ذلك فيمكن خلال التوجيه الأوروبي للمورد المهني بان يتخلص من مسؤوليته إذا كشف عن شخصية المنتج أو المستورد. أما المشرع الفرنسي فقد عد المورد المهني كالمنتج ومسئولاً وفقاً لذات شروط مسؤولية المنتج عن عيب السلامة في المنتج ولم يسلم بما ورد بشأن تحديد مسؤولية المنتج البديل في التوجيه، ألا بشأن تمكينه من الرجوع على المنتج الأصلي بذات الدعوى المقررة للمتضرر وبناء على

وقد عرف المشرع العراقي المنتج في قانون حماية حق المستهلك رقم (1) لسنة 2010، من خلال تعريف المجهز في المادة الأولى منه الفقرة سادساً "كل شخص طبيعي أو معنوي منتج أو مستورد أو مصدر أو موزع أو بائع سلعة أو مقدم خدمة سواء كان أصيلاً أو وسيطاً أو وكيلًا"، نلاحظ أنه أخذ وبحق بالمفهوم الواسع للمنتج بحيث يشمل المنتج الفعلي ومن هم في حكم المنتج. ونلاحظ بأن المشرع الإماراتي قد حصر المنتج بالشخص الاعتباري في قانون حماية المستهلك رقم (15) لسنة 2020.¹ وهو إتجاه حديث ومساير للواقع المعاصر حيث أن المنتج حالياً هو شخص معنوي متمثل بالشركة.

وأشارت المادة (8) من نفس القانون إلى أن المنتج (المدعى عليه) مسؤول عن منتوجاته في حوادث الاستهلاك بأنه "... يكون المجهز مسؤولاً مسؤولية كاملة عن حقوق المستهلكين لبضاعته أو سلعته أو خدماته وتبقى مسؤوليته قائمة طيلة فترة الضمان المتفق عليها...".

من خلال ما تقدم، يكون المدعى عليه في مجال بحثنا هو "شركات إنتاج مشروبات الطاقة، أي المنتج النهائي، أو كل من قام بعملية التداول حتى يتم استهلاكها". وعملية التداول هذه تجري بواسطة عدة اشخاص، وهم المستورد والمصدر والموزع والبائع. أما في حالة تعدد المدعين عليهم أي إذا ساهم أكثر من شخص في تصنيع وتداول مشروبات الطاقة، وأشارت الفقرة (1) من المادة (217) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 في هذا المجال إلى أنه "إذا تعدد المسؤولون عن العمل غير المشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل والشريك والمتسبب"، ويرى البعض من الفقه الفرنسي أن المسؤول في حالة العيب في مشروبات الطاقة هو من ينسب إليه القيام بالعيب، وهذا الإثبات يكون عبئاً على باقي المساهمين معه في الإنتاج، وإلا اعتبروا متضامنين في المسؤولية عن الضرر.² وقد لزم المشرع الإماراتي المنتج بإبلاغ السلطة المختصة في

الأحكام المقررة ذاتها في القانون، أما إمكانية دفع المتضرر بالكشف عن شخصية المنتج الذي يرجع إليه العيب فلم يأخذ به المشرع الفرنسي. د. حسن عبد الباسط جمعي، مسؤولية المنتج، مصدر سابق، ص 241 وما بعدها.

¹ حيث تنص المادة (1) "المزود: كل شخص إعتباري يقدم الخدمة أو يصنع السلعة أو يوزعها أو يتاجر بها أو يبيعها أو يوردها أو يصدرها أو يستوردها أو يتدخل في إنتاجها أو تداولها أو تخزينها، بهدف تقديمها للمستهلك أو التعامل أو التعاقد معه بشأنها".

² د. علي فتاك، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتج، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007، ص 414.

حال إكتشافه لعيب في السلعة وبيان كيفية الوقاية من الأضرار المحتملة، وأن يقوم بسحب السلعة من السوق فوراً.¹

ثانياً: المتضرر عن الأضرار الناشئة من مشروبات الطاقة

ويعبر عنهم البعض² بالمدعي بالمسؤولية، والبعض الآخر يصفهم بالمستفيدين منها. هذا ويعرف المتضرر عن الأضرار الناشئة من مشروبات الطاقة بأنه " كل شخص تضرر من استهلاك مشروبات الطاقة المطروحة للتداول، أو المتضرر من أضرار المنتجات المعيبة". ويستوي في ذلك المشتري المتعاقد مع المنتج، أو المستهلك له من أحد البائعين التاليين، بل يشمل أيضاً المستعملين له من دون شراء.³

وفي هذا الصدد فقد جاء موقف المشرع الأوروبي معتدلاً، حيث أشارت مبادئ التوجيه الأوروبي إلى كل شخص متضرر من استهلاك المنتجات المعيبة، و لم تحدد ما إذا كان مستهلكاً، أو مستعملاً، أو مشترياً للمنتج، أي بغض النظر عن صفته، ومهما كانت صلته بالمنتج.⁴ وكذلك لا يتأثر الحق في التعويض بصفة المتضرر، وسواء كان محترفاً أم غير محترف، ولذلك فقد نص التوجيه الأوروبي على أنه وحتى إذا كانت ملكية مشروبات الطاقة قد انتقلت إلى المتضرر بموجب عقد مبرم مع المنتج فإن شروط الاعفاء و التخفيف من المسؤولية تعد باطلة بطلائعاً مطلقاً حتى و إن كان المتضرر محترفاً⁵. أما عن القانون الفرنسي، و باعتبار أن أحكامه مستلهمة من التوجيه الأوروبي فهي تستهدف كل ضحايا المنتجات المعيبة، و بالتالي فإن كل شخص متضرر من مشروبات الطاقة، يمكن أن يرفع دعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر، سواء كان في رابطة عقدية مع المسؤول أم لا. و هذا ما تضمنه نص المادة 1386-1 من القانون المدني الفرنسي: "إن المنتج يعد مسؤولاً عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، وسواء كان مرتبطاً بعقد مع المضرور أم لا."

¹ المادة (11)، قانون حماية المستهلك الإماراتي لسنة 2020.

² د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد 2: الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط2، 1998، ص109.

³ د. قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج - دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقادر - تلمسان، الجزائر، 2005، ص60.

⁴ حسين الماحي، مصدر سابق، ص66 وما بعدها.

⁵ المادة الثانية عشر من أحكام التوجيه الأوروبي رقم 374 الصادر في 25 تموز 1985.

أما في القانون المدني العراقي، يكون مدلول المتضرر غير مقتصرًا على الضحية المباشر الذي استعمل مشروبات الطاقة، بل يشمل ايضاً ضحايا غير مباشرين، وهم الأشخاص الذين يلحقهم أذى مادي أو معنوي من جراء موت الضحية أو إصابته من أفراد عائلته (كالأصول أو الفروع أو الأزواج) بالإضافة إلى الغير المتضرر من مشروبات الطاقة¹. وبالرجوع إلى قانون حماية المستهلك العراقي، نجد أنه إلى جانب المتضرر أعطى القانون الحق لمجلس حماية المستهلك (باعتباره المحامي والحامي للمصالح الجوهرية لجمهور المستهلكين) تحريك الدعوى ضد المنتج في حالة ارتكاب مخالفة أو جنحة أو جناية أدت إلى إنتهاك مصالح المستهلكين، وذلك باعتبار المجلس هو الحامي للمصلحة العامة للمستهلكين². وأن تحريك الدعوى من قبل مجلس حماية المستهلك يكون في الغالب بعد إبلاغها بالشكوى من قبل أحد المستهلكين المتضررين، أو بعد إخطاره من قبل لجان التفتيش بعد معاينتها للمخالفة ويستطيع المتضرر (المستهلك) أن يتدخل بصورة مباشرة في الدعوى المرفوعة على المنتج من قبل مجلس حماية المستهلك. وبخصوص الإجراءات التي يجب اتباعها من قبل الطرف المتضرر (المستهلك) أو مجلس حماية المستهلك حين رفع الدعوى، فإن هذه الإجراءات لا تكاد تخرج من الأحكام المنصوص عليها في قواعد المرافعات المدنية³.

الفرع الثاني: حكم تحقق المسؤولية المدنية عن أضرار مشروبات الطاقة

يعد التعويض عن الأضرار التي ترتبها مشروبات الطاقة، أهم أثر يسعى المتضرر الوصول إليه حين تحقق أركان المسؤولية. حيث أن الأضرار القابلة للتعويض في نطاق المسؤولية المدنية عن مشروبات الطاقة هي الضرر الجسدي، كما يشمل التعويض في نطاق هذا النوع من المسؤولية الضرر المادي. ويقدر هذا النوع من التعويض في القانون المدني العراقي وفقاً لما لحق بالمتضرر من خسارة مالية وما فاتته من كسب⁴. كما يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً. أما عن صور التعويض، فهي إما تعويض عيني، أو تعويض نقدي، والتعويض العيني له صور متعددة، منها: إعادة الحال إلى ما كان عليه، وذلك بإرجاع المتضرر من مشروبات الطاقة إلى الحالة التي كان

¹ طارق كاظم عجيل، دراسة في الأحكام الإجرائية لدعوى حوادث الإستهلاك، المجلة العراقية لبحوث السوق وحماية المستهلك، المجلد 8 العدد 1، 2016، ص81.

² المادة (5) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم 1 لسنة 2010. وهذا الإختصاص لم يمنحه المشرع الإماراتي للجنة العليا لحماية المستهلك، للمزيد يراجع المادة (5) من قانون حماية المستهلك الإماراتي لسنة 2020.

³ طارق كاظم، مصدر سابق، ص83.

⁴ المواد (168) و (169) و (207) من القانون المدني العراقي.

عليها قبل وقوع الضرر. ويعد هذا النوع من التعويض هو الأفضل لأنه يقوم بإصلاح الضرر، ولكن ليس في مجال مشروبات الطاقة. كما يمكن وقف نشاط الشركة المنتجة المسؤولة عن الضرر، أو وقف تداول المنتج والتعامل به، واتخاذ تدابير وقائية لمنع تكرار حصول مثل هذه الأضرار¹. أما التعويض النقدي، فهو الأصل في مجال المسؤولية المدنية، والأكثر توقعاً في جبر الضرر الناشيء عن مشروبات الطاقة، ويتمثل بمبلغ مالي يقدره القاضي لجبر الضرر الذي لحق بالمتضرر. وللقاضي سلطة واسعة في تقدير التعويض النقدي وكيفية دفعه للمتضرر، فيستطيع، تبعاً للظروف، أن يحكم بدفع مبلغ التعويض دفعة واحدة أو على أقساط دورية².

¹ د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص 968.

² د. عبد المجيد عبد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد البشير، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول: نظرية الالتزام، العاتك لصناعة الكتب، الطبعة الرابعة، بغداد، 2010، ص 244.

الخاتمة

بعد أن وصلنا إلى خاتمة بحثنا لابدلنا أن نوضح أهم النتائج والمقترحات التي تم التوصل إليها. وهي كما يلي:

أولاً: النتائج

1- يمكننا تعريف مشروبات الطاقة بأنها مشروبات تحتوي على السكر ومركبات منبهة ومواد حافظة ومواد ملونة ومطعمة، إلا أن فيها نسبة عالية من الكافيين.

2- يخلط الكثير من الناس بين مشروبات الطاقة والمشروبات الرياضية، فالمشروب الرياضي يتكون من السكريات البسيطة والأملاح المعدنية كالصوديوم والبوتاسيوم، حيث يعمل على تعويض الفاقد من سوائل الجسم ويمنع حدوث الجفاف ويزود الجسم بالسرعات الحرارية أثناء ممارسة النشاط الرياضي، وهذا ما لا يحققه مشروب الطاقة الذي يعمل على طرد السوائل من الجسم.

3- عدم وجود تشريع أوروبي موحد لتنظيم موضوع مشروبات الطاقة. وبشكل عام تكون مشروبات الطاقة في أوروبا خاضعة لقواعد تنظيم الأطعمة، بما في ذلك حظر وضع الأطعمة الآمنة في السوق الأوروبية، و وضع التحذيرات على محتوى الكافيين بأنه غير مناسب للأطفال والنساء الحوامل والمرضعات.

4- تعتبر دولة ليتوانيا، أول دولة في العالم تسن قانون لتنظيم مشروبات الطاقة عام 2014، حيث منعت فيه بيع أو شراء أو نقل مشروبات الطاقة لكل من لم يتم الثامنة عشر من العمر، ويعاقب بغرامة تقارب 400 دولار أمريكي لكل من يخالف ذلك.

5- في القانون العراقي، فإن مسؤولية شركات إنتاج مشروبات الطاقة تكون مسؤولية مدنية ذات طبيعة عقدية في الأصل، ويمكن أن تكون تقصيرية إستثناءً، وفي كلتا الحالتين فإنها محكومة بالمبادئ العامة في القانون المدني العراقي.

ثانياً: التوصيات:

1- ندعو المشرع العراقي إلى تنظيم مسؤولية المنتج بنصوص خاصة في قانون حماية المستهلك أو القانون المدني، ويتم هذا التنظيم بتبني فكرة العيب في المنتج كأساس لقيام المسؤولية بدلاً من فكرة الخطأ، بهدف منح حماية أكبر للمستهلك، وذلك بالتناغم مع التشريعات الحديثة كالتوجيه الأوروبي والقانون الأمريكي.

2- ندعو المشرع العراقي إلى تعريف العيب في قانون حماية المستهلك العراقي، والأخذ بالتعريف المذكور في المادة (1) من قانون حماية المستهلك الاماراتي رقم (15) لسنة 2022.

2- نوصي المشرع العراقي والمشرع في إقليم كردستان بإصدار قانون خاص ببيع وتداول مشروبات الطاقة، وأن يتضمن فيه ما يلي:

أ- منع بيع أو شراء أو نقل مشروبات الطاقة لمن لم يكمل الثامنة عشر من العمر. ويعاقب بالغرامة كل من يخالف ذلك، وفي حالة العود يعاقب بالحبس أو الغرامة.

ب- وضع تحذيرات على علب مشروبات الطاقة، باللغة العربية والكوردية وبشكل واضح، تبين خطورة هذا المشروب على النساء الحوامل والمرضعات ومرضى السكري وارتفاع ضغط الدم.

ج- أن توجه إعلانات مشروبات الطاقة إلى البالغين فقط، وبكل الوسائل الدعائية، سواء كانت مرئية أو سماعية أو مقروءة.

د- أن تكون محتويات المشروب مكتوبة على العلبة وبلغة مفهومة و واضحة، وأن تتوافق مع النسب العالمية فيما يتعلق بمادة الكافيين والتورين.

قائمة المصادر

أولاً: الكتب اللغوية

- 1- ابراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج1، دار الدعوة، بيروت، 1989.
- 2- إبراهيم أنيس وعبد الحليم منتصر و عطية الصوالي ومحمد خلف الله أحمد، المعجم الوسيط، ط 4، مجمع اللغة العربية- مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2004.
- 3- محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 2010.

ثانياً: الكتب القانونية

- 1- د. بودالي محمد، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005.
- 2- ثروت عبد الحميد، الأضرار الصحية الناشئة عن الغذاء الفاسد، دار ام القرى للطباعة والنشر، مصر، 1995.
- 3- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد2: الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط2، 1998.
- 4- د. حسن عبد الباسط جميعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 5- د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزامات، منشورات جامعة المستنصرية، بغداد، 1976.
- 6- حسين الماحي، المسؤولية الناشئة عن المنتجات المعيبة في ضوء أحكام التوجيه الاوروبي الصادر في 25 تموز 1985، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- 7- د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد البشير، نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول: نظرية الإلتزام، العاتك لصناعة الكتب، الطبعة الرابعة، بغداد، 2010.
- 8- فتحي عبد الرحيم، الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

- 9- د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، مصادر الالتزام، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 1980.
- 10- د.علي فتاك، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتج، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007.
- 11- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام، المجلد الاول، ط3، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004.
- 12- محمد حسن قاسم، القانون المدني، الإلتزامات، المصادر، العقد، دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء قانون العقود الفرنسي الجديد (2016)، ج1، المجلد 2، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2018.
- 13- د.محمد علي العماوي، المسؤولية المدنية لشركات انتاج وتوزيع التبغ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017.
- 14- محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983.
- 15- Diane C. Mitchell, Beverage Caffeine Intake in the U.S, 63, Food and Chemical Toxicology, 2014.

ثالثاً: اطاريح الدكتوراه والبحوث المنشورة

- 1- د. اوميد صباح عثمان، المسؤولية المدنية عن أضرار السجائر الإلكترونية، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد 1، 2019.
- 2- عادل شحاتة، المشروبات الرياضية ومشروبات الطاقة، المجلة العربية للغذاء والتغذية -مجلة فصلية محكمة تصدر عن مركز البحرين للدراسات والبحوث - السنة السادسة - العدد (13)، 2005.

3- قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج - دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقاد - تلمسان ، الجزائر، 2005.

4- طارق كاظم عجيل، دراسة في الأحكام الإجرائية لدعوى حوادث الإستهلاك، المجلة العراقية لبحوث السوق وحماية المستهلك، المجلد 8 العدد 1، 2016.

5- عبد الباسط خلف، مشروبات الطاقة هل هي سموم أنيقة تباع في الاسواق بشكل قانوني، بحث منشور في مجلة البيئة والتنمية، العدد (27)، 2009.

6- د. ناجية العطارق، المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة في ضوء القانون المدني الفرنسي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السادس، يونيو 2015.

7- Alford, Chris; Hamilton-Morris, Jennifer; Verster, Joris, " The effects of energy drink in combination with alcohol on performance and subjective awareness, Psychopharmacology". Aug, 2012, Vol. 222 Issue 3.

8- EFSA Panel on Dietetic Products Nutrition and Allergies, Scientific Opinion on the safety of caffeine, EFSA Journal 2015, 13(5).

9- Nomisma Arete Consortium, External scientific report. Gathering consumption data on specific consumer groups of energy drinks. 2013, European Food Safety Authority: Parma, Italy.

رابعاً: المواقع الإلكترونية

1- BSDA. Position Statements. Energy Drinks.
<http://www.britishsoftdrinks.com/Position-Statements/energy-drinks>

2- Eileen Shim, One European Country Just Banned Energy Drinks for Minors, Article published on MIC website,
<https://www.mic.com/articles/103108/one-european-country-just-banned-energy-drinks-for-minors>.

3- Energy Drinks, Huffington post, March,2012,
https://www.huffpost.com/entry/anais-fournier-energy-drinks-caffeine-toxicity-poisoning_n_1373655.

4- Harron Siddique, Energy drinks could cause public health problems, says WHO study, The article is published in the Guardian online, for more details:)
<https://www.theguardian.com/society/2014/oct/14/energy-drinks-significant-health-risk-who-study-finds>.

5- Joyce A. Generali, Energy Drinks: Food, Dietary Supplement, or Drug? , Article has been published on National Library of Medicine, visited on (25,Aug, 2022): <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3839443/>

6- Keith Pearson, Are Energy Drinks Good or Bad for You,? www.healthline.com , Retrieved 29-3-2021. Edited.

7- Shelina Virsam and Kawther Hashem, Energy Dinks: What's the evidence? Food research Collaboration, July, 2016.

8- Trefis Team, Coca-Cola Might Look To Advance In the Energy Drinks Market, <https://www.nasdaq.com/articles/coca-cola-might-look-advance-energy-drinks-market-2014-01-14>.

9- <https://www.alriyadh.com/938099>.

10- Regulation (eu) no 1169/2011 of the european parliament and of the council of 25 October 2011. For more information: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri>.

11- Lara O'Reilly, Red Bull Will Pay \$10 To Customers, <https://www.businessinsider.com/red-bull-settles-false-advertising>.

12- <https://foodactive.org.uk/wp-content/uploads/2016/07/GULP-3-Energy-Drinks-v2.pdf>

خامساً: القوانين

- 1- القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل.
- 2- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
- 3- قانون فعل المنتجات الموحد الامريكي لسنة 1979.
- 4- أحكام التوجيه الأوربي رقم 374 لسنة 1985.
- 5- قانون حماية المستهلك العراقي رقم 1 لسنة 2010.
- 6- قانون بيع وتداول مشروبات الطاقة اللتواني رقم 12 لسنة 2014.
- 7- قانون التعامل بمشروبات الطاقة اللاتيفي لسنة 2016.
- 8- قانون حماية المستهلك الإماراتي رقم (15) لسنة 2020.

المصلحة الخاصة الأولى بالرعاية في إباحة إفشاء السر الطبي

دراسة مقارنة في ضوء أحكام المادة 437 من قانون العقوبات العراقي والقوانين ذات الصلة
بمهنة الطب

الدكتور هوزان حسن محمد

مدرس القانون الجنائي

جامعة دهوك - إقليم كردستان - العراق

تاريخ القبول: 2023-06-06

تاريخ التسليم: 2023-02-21

The private interest is the first in caring to permit the disclosure of medical secret

- A comparative study in pursuant to the provisions of article 437 of the Iraqi
Penal Code and laws related to the medical profession-

Dr. Hozan Hasan Mohammed

Criminal law lecturer

University of Duhok – Kurdistan Region of Iraq

الملخص

الحق في الخصوصية يعد من الحقوق التي حرصت أغلب الدساتير والقوانين على حمايته، ولأن السر الطبي يتصل اتصالاً وثيقاً بهذا الحق، ولأن للمريض مصلحة مشروعة في الحفاظ على أسراره الطبية والتي تتمثل في الحفاظ على سمعته وشرفه واعتباره واحترام كرامته الإنسانية، نجد أن معظم التشريعات الجزائية قد جرّمت إفشاء مثل هذه الأسرار تحقيقاً لمصلحة المريض في الحفاظ عليها، ولكنها في الوقت ذاته بيّنت الحالات التي يباح فيها الإفشاء تحقيقاً لمصلحة يراها المشرع جديرة بالرعاية، وقد تفوق في الأهمية مصلحة المريض في كتمان سره الطبي، سواءً أكانت مصلحة عامة تتعلق بعموم أفراد المجتمع، أم مصلحة خاصة تخص فرد معين من أفراد المجتمع.

ويهدف هذا البحث بالدرجة الأساس إلى بيان مدى إمكانية اعتبار المصلحة الخاصة للطبيب أو للغير أو للمريض ذاته سبباً لإباحة إفشاء السر الطبي في الحالات التي تتعارض فيها تلك المصلحة مع مصلحة المريض في كتمان سره الطبي، وتبين لنا من خلال فقرات البحث أن المشرع العراقي لم ينص صراحة على إباحة إفشاء السر الطبي في مثل هذه الحالات بعكس بعض التشريعات العربية. ولأن الأصل في الأسرار الطبية هو الكتمان والاستثناء هو الإفشاء، ولأن الاستثناء كما هو معلوم يجب أن يكون محدداً بشكل حصري وبنص قانوني واضح وصريح، ولا يقبل التوسع في تفسيره أو القياس عليه، خلص البحث إلى ضرورة تدخل المشرع وذلك بالنص صراحة على إباحة إفشاء السر الطبي في الحالات التي تتطلب مصلحة خاصة أولى بالرعاية ذلك الإفشاء، سواءً أكانت هذه المصلحة تتعلق بالطبيب أو بالغير أو تخص المريض ذاته، وعدم ترك أمر ترجيح المصالح الخاصة المتعارضة في مجال الأسرار الطبية لاجتهادات الفقه والقضاء. وبناءً على ذلك أوصى البحث المشرع العراقي إما بتعديل قانون نقابة الأطباء على نحو يذكر فيه وبشكل مفصل حالات إباحة إفشاء السر الطبي، إذا تطلّب مصلحة خاصة إفشاء مثل هذا السر، أو تعديل المادة 437 من قانون العقوبات العراقي وبالشكل الذي يستوعب جميع حالات إباحة إفشاء السر الطبي تحقيقاً لمصلحة خاصة أولى بالرعاية من مصلحة المريض في كتمان السر.

الكلمات الدالة: المصلحة، الكتمان، الأسرار الطبية، المريض، رضاه صاحب السر، الطبيب.

Abstract

The right to privacy is one of the rights that most constitutions and laws have been keen to protect, and because medical secrecy is closely related to this right, and because the patient has a legitimate interest in preserving his medical secrets, which is to preserve his reputation, honor, consideration and respect for his human dignity, we find that most penal legislation has criminalized the disclosure of such secrets in order to achieve the patient's interest in preserving them, but at the same time it has indicated the cases in which disclosure is permissible to achieve an interest that the legislator deems worthy of care. The patient's interest in the confidentiality of his medical confidentiality, whether it is a public interest related to the general members of society, or a private interest belonging to a specific member of society, is outweighed in importance.

This research aims mainly to identify the extent to which the private interest of the doctor or others or the patient himself can be considered a reason for permitting the disclosure of medical secret in cases where that interest conflicts with the patient's interest in the confidentiality of his medical secret, and we found through this research that the Iraqi legislator does not explicitly provide for the permissibility of disclosure of medical secret in such cases, unlike some Arab legislation. And because the origin of medical secrets is secrecy and the exception is disclosure, and because the exception as it is known must be specified exclusively and with a clear and explicit legal text, and does not accept the expansion of its interpretation or analogy, the research concluded the need for the intervention of the legislator by explicitly stipulating the permissibility of disclosure of medical secret in cases that require a private interest first care that disclosure, whether this interest is related to the doctor or others or belongs to the patient himself, and not to leave the matter of weighting conflicting private interests in the field of medical secrets to jurisprudence and the judiciary. Accordingly, the research recommended the Iraqi legislator either to amend the Doctors Syndicate Law in a way that mentions in detail the cases of permissibility of disclosure of medical secret, if a private interest requires the disclosure of such a secret, or to amend Article 437 of the Iraqi Penal Code in a way that accommodates all cases of permissibility of disclosure of medical secret in order to achieve a private interest that is more important to care than the patient's interest in secrecy.

Keywords: Interest, Confidentiality, Medical Secrets, Patient, Satisfaction of the Owner of the secret, Doctor.

مقدمة

إن علاقة الطبيب بالمريض هي علاقة إنسانية قبل أن تكون قانونية، وتقوم على أساس الثقة المتبادلة، وفي نطاق هذه العلاقة قد يضطر المريض إلى البوح بالكثير من الأسرار المتعلقة بحالته المرضية لطبيبه المعالج كي يتسنى للأخير تشخيص الداء وتحديد الدواء المناسب له، ويفترض هنا عدم إخلال الطبيب بالثقة التي أولاها إياه المريض. ونظراً لكون السر بشكل عام والسر الطبي بشكل خاص يتصل اتصالاً وثيقاً بالخصوصية وبوصفه جانباً من جوانب الحرية الشخصية، فقد حرصت غالبية التشريعات على حمايتها، وذلك من خلال فرض جملة من الإلتزامات على الطبيب، من أهمها الإلتزام بالحفاظ على أسرار المريض والتي اطلع عليها بحكم مهنته الطبية، وبحكم الثقة الكبيرة التي حظي بها من المريض صاحب السر، ولهذا نجد أن معظم القوانين الجزائية تذهب إلى أن إخلال الطبيب بهذه الثقة وذلك بإفشاء أسرار المريض وفي غير الأحوال التي يجيزها له القانون يشكل خطأً مهنيًا يسأل عنه الطبيب جنائياً قبل أن يسأل عنه مدنياً وإدارياً.

أولاً: أهمية البحث:

إذا كانت مصلحة المريض في كتمان أسراره الطبية تتمثل في الحفاظ على خصوصيته وسمعته وإعتباره، ولكن ذلك لا يعني إلتزام الطبيب دائماً بحفظ أسرار المريض وعدم إفشاءها تحقيقاً لتلك المصلحة، لأن هناك مصالح أخرى أيضاً جديرة بالرعاية تبيح إفشاء الأسرار الطبية، ولا تقل أهمية عن مصلحة المريض في حفظ أسراره، بل قد تفوقها أهمية في الكثير من الأحيان، حينئذٍ على الطبيب أو للطبيب أن يفشي السر الطبي تحقيقاً للمصلحة الأولى بالرعاية، وقد تكون هذه المصلحة هي مصلحة خاصة للطبيب أو للغير أو هي مصلحة المريض ذاته دون غيره.

ثانياً: نطاق البحث:

يتحدد نطاق بحثنا بالحالات التي تتعارض فيها المصلحة الخاصة للمريض في الحفاظ على السر المتعلق بحالته المرضية مع مصلحة خاصة أخرى تتطلب إفشاء مثل هذا السر، أما الحالات التي تتعارض فيها المصلحة الخاصة للمريض في كتمان السر الطبي مع المصلحة العامة في إفشاءه

فسنخرجها من نطاق هذا البحث لكون المشرع الجزائي العراقي قد أباح بنص صريح إفشاء الأسرار المهنية إذا كان فيه تحقيقاً للمصلحة العامة. بمعنى أن المشرع بعد أن وازن بين المصلحة العامة في إفشاء السر الطبي والمصلحة الخاصة في كتمانها، رأى أن المصلحة العامة هي الأولى بالرعاية من المصلحة الخاصة، وعلى أساس ذلك أباح الإفشاء.

ثالثاً: مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في أن التشريع العراقي جاء خالياً من أي نص يجيز به صراحة إفشاء السر الطبي في الحالات التي تتعارض فيها المصلحة الخاصة للمريض في الحفاظ على السر المتعلق بحالته المرضية مع مصلحة خاصة أخرى تتطلب إفشاء مثل هذا السر، كما لو كان للطبيب مصلحة في الإفشاء دفاعاً عن نفسه أمام القضاء، أو كما لو كان للمريض ذاته مصلحة في إفشاء سره الطبي إنقاذاً له من مرض خطير.

رابعاً: تساؤلات البحث

في ظل غياب نص قانوني صريح في التشريع العراقي حول إمكانية إعتبار المصلحة الخاصة للمريض أو للطبيب أو للغير سبباً لإباحة إفشاء السر الطبي إذا تعارض مع المصلحة الخاصة في كتمان هذا السر، يثير البحث التساؤلات التالية: من الذي يوازن بين المصالح الخاصة المتعارضة في مجال الأسرار الطبية، ومن ثم يرجح إحداها على الأخرى وبالتالي يبيح الإفشاء تحقيقاً للمصلحة الأولى بالرعاية؟ هل يجب على المشرع أن يتدخل ويعطي الأولوية لإحدى هذه المصالح ويغلبها على الأخرى بنص قانوني واضح وصريح، كما فعل ذلك بالنسبة للحالات التي تتعارض فيها المصلحة العامة في الإفشاء مع المصلحة الخاصة في الكتمان؟ أم يمكن للقضاء أن يلجأ في مثل هذه الأحوال إلى القياس، على إعتبار أن القياس جائز وغير محظور في مجال الإباحة؟ إذا كان الجواب بالإيجاب، أي من حالات الإباحة المنصوص عليها قانوناً بالنسبة لإباحة إفشاء الأسرار الطبية تتحد في العلة مع الحالة التي نحن بصدد دراستها حتى يمكن القياس عليها؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في فقرات هذا البحث.

خامساً: منهجية البحث:

سنعتمد في هذا البحث على أسلوب الدراسة التحليلية، وذلك بتحليل النصوص القانونية ذات الصلة بموضوع البحث في التشريع العراقي وبعض التشريعات العربية، وكذلك سنتبع أسلوب الدراسة

المقارنة على النحو الذي يجعلنا نستفيد من مزايا القوانين محل المقارنة بالنسبة لقانوننا العراقي، وسنحصر المقارنة بالدرجة الأساس بين القانون العراقي من جهة والقانون البحريني والاماراتي من جهة ثانية، وذلك بسبب أن هذه القوانين قد تطرقت بشكل مفصل وبموجب قوانين خاصة وذات صلة بمهنة الطب إلى حالات إبشاء السر الطبي تحقيقاً لبعض المصالح الخاصة كمصالح أولى بالرعاية من مصلحة المريض في كتمان السر، ولكن هذا لا يمنعنا من الإشارة إلى قوانين أخرى في المواضيع التي تتطلب ذلك.

سادساً: هيكلية البحث

بناءً على ما تقدم سنقسم البحث إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول ماهية المصلحة الأولى بالرعاية والسر الطبي، وذلك من خلال مطلبين، نخصص الأول لماهية المصلحة الأولى بالرعاية، والثاني سنخصصه لمفهوم السر الطبي، أما المبحث الثاني سنتناول فيه المصلحة الخاصة للطبيب والمريض والغير كمصلحة أولى بالرعاية، ونقسمه إلى ثلاثة مطالب، نتناول في المطلب الأول المصلحة الخاصة للطبيب كمصلحة أولى بالرعاية، ونتناول في المطلب الثاني المصلحة الخاصة للغير كمصلحة أولى بالرعاية، أما المطلب الثالث سنتناول فيه المصلحة الخاصة للمريض كمصلحة أولى بالرعاية.

المبحث الأول: ماهية المصلحة الأولى بالرعاية والسر الطبي

يخضع الالتزام بحفظ السر المهني عموماً والسر الطبي خصوصاً لضوابط وحدود معينة، فهو يخضع أولاً لحدود ما يعرف بالسر المهني الواقع ضمن نطاق المهنة وبسببها، ويخضع ثانياً لاعتبارات معينة عندما توجد مصلحة أولى بالرعاية من الالتزام به، فتمهيداً لبيان الحالات التي أباح فيها المشرع إفشاء السر الطبي تحقيقاً لمصلحة خاصة أولى بالرعاية من مصلحة المريض صاحب السر، ينبغي الإحاطة بماهية المصلحة الأولى بالرعاية، ومن ثم مفهوم السر الطبي، وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول ماهية المصلحة الأولى بالرعاية، ونخصص المطلب الثاني لبيان مفهوم السر الطبي، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: ماهية المصلحة الأولى بالرعاية

التزام الطبيب بكتمان السر الطبي يرتبط بالمصلحة المترتبة على هذا الكتمان، وبمدى تعارضها مع غيرها من المصالح الأخرى، كما يتأثر هذا الالتزام بقيمة هذه المصالح الأخرى ومدى غلبتها على مصلحة المريض في كتمان سره من عدمه، عليه ولتوضيح ذلك ينبغي أن نتطرق إلى ماهية المصلحة الأولى بالرعاية من خلال بيان تعريفها وشروط الأخذ بها، وذلك بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول تعريف المصلحة الأولى بالرعاية، ونتناول في الفرع الثاني شروط المصلحة الأولى بالرعاية، وعلى النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف المصلحة الأولى بالرعاية

اختلف الفقه حول مفهوم المصلحة، فأورد لها تعاريف عدة⁽¹⁾، فعلى سبيل المثال نجد أن البعض قد عرف المصلحة بأنها: كل ما من شأنه اشباع حاجة معينة⁽²⁾، وعرفها آخرون بأنها: كل

¹ ينظر تفصيل تعريف المصلحة: د. محمود جلال طه، اصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2004، ص 35 وما يليها؛ د. علي مجيد العكيلي و د. إيمان عبدالله العزاوي، المصلحة المعتمدة في الأزواج التشريعي، دراسة دستورية جنائية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2020، ص 36 وما يليها؛ د. ميثم فالح حسين و د. أكرم كريم خضير سبتي، المصلحة المعتمدة في جرائم المخالفات، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2023، ص 35.

² د. حسنين إبراهيم صالح عبيد، فكرة المصلحة في قانون العقوبات، بحث منشور في المجلة الجنائية القومية الصادرة عن المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية في جمهورية مصر العربية، المجلد السابع عشر، العدد الثاني، 1974، ص 239.

مال (شيء)⁽¹⁾ يشبع حاجة مادية أو معنوية لشخص من الأشخاص، فالمنقول والعقار والصحة والشرف والحرية والحياة كلها من قبيل المال (الأشياء) لأن كل منها تشبع حاجة من حاجات الشخص، وعندما يرتبط المال بشخص معين ليتولى اشباع حاجة من حاجاته فهنا يغدو المال أو الشيء بالنسبة لذلك الشخص مصلحة، وعندما يسبغ القانون عليها حماية، فانها تصبح مصلحة قانونية⁽²⁾. فهذا يعني أن المصلحة، وكما يذهب اليه البعض، هي العلاقة بين شخص ما وشيء من الأشياء، والشيء (المال) هو كل ما يصلح لأن يشبع حاجة من حاجاته المختلفة، ويربط بين الشيء والمصلحة عنصر "الحاجة" والذي هو: ما يحتاج اليه وجود الانسان في الحياة، سواءً أكان ما يحتاجه مادياً أم معنوياً⁽³⁾. والحاجة المادية تتمثل في حماية المصلحة المرتبطة بالحق في الحياة والمصلحة المرتبطة بالحق في السلامة البدنية في الجرائم الماسة بحياة الانسان وبسلامة جسده، أما الحاجة المعنوية فتتمثل في حماية المصلحة المرتبطة بالحق في الشرف والاعتبار في الجرائم الماسة بحرية الانسان وحرمة⁽⁴⁾.

ويصنف البعض المصالح إلى ثلاث فئات: المصالح الفردية والمصالح العامة والمصالح الاجتماعية⁽⁵⁾، والمصالح الفردية هي مطالب أو رغبات الفرد التي تتبع مباشرة من حياته، أي تختص هذه المصالح بحماية خصوصيات الانسان بوصفه فرداً له كيان خاص مستقل، وتمثل هذه الخصوصية حاجة اجتماعية معترف بها، بينما المصالح العامة فهي المطالب أو الرغبات التي تنبثق مباشرة من

¹ يلاحظ أن هناك من الفقهاء من يسمي المال شيئاً، و الشيء هي التسمية الشائعة في الفقه الإيطالي . ينظر: د. عبدالفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية، دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة طبع، ص 128.

² د. جلال ثروت، نظم القسم الخاص، الجزء الاول، جرائم الاعتداء على الاشخاص، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، الاسكندرية، 1984، ص 23- 24.

³ د. عبدالفتاح مصطفى الصيفي، المصدر السابق، ص 128- 129.

⁴ د. محمد مردان، المصلحة المعترفة في التجريم، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014- 2015، ص 14.

⁵ يلاحظ هنا أن البعض يذهب إلى تقسيم المصالح إلى نوعين: مصالح فردية (خاصة) ومصالح جماعية (عامة) على اعتبار ان المصلحة الاجتماعية هي ذاتها المصلحة العامة التي يقصد بها كل ما فيه خير ونفع للجماعة، سواءً أكان ذلك متعلقاً بتنظيمها وامنها أم باستقرارها والحفاظ على كيانها، أي انها مصلحة الجميع. د. علي مجيد العكيلي ود. إيمان عبدالله العزاوي، المصدر السابق، ص 51؛ د. ميثم فالح حسين و د. اكرم كريم خضير سبتي، المصدر السابق، ص 46 وما يليها.

حياة الدولة والتي يحافظ عليها باسم هذا التنظيم السياسي، أي هي كل ما يعبر عن مطالب الجماعة بوصفها شخصية قانونية، أما المصالح الاجتماعية فهي المطالب أو الرغبات التي تصدر عن حياة المجتمع المتمدن، أي كل ما يعبر عن مطالب الجماعة كمجتمع انساني⁽¹⁾. ولما كانت هذه المصالح متداخلة ومتعارضة أحياناً، فلا بد من تقييمها ومن ثم التوفيق بينها أو ترجيح إحداها على الأخرى، والذي يتولى هذه المهمة كقاعدة عامة هو المشرع⁽²⁾، طالما أنه لا يمكن أن يتيسر تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة إلا في ضوء القانون⁽³⁾، وبما أن كل مصلحة تؤدي دوراً وظيفياً يسهم في تحقيق غرض من أغراض النظام القانوني والاجتماعي في المجتمع، فإن تقييم المصالح بهدف التوفيق والتنسيق بينها أو بهدف المفاضلة بينها يقتضي التعرف على وظيفة تلك المصلحة في محيط المصالح الاجتماعية المختلفة وفي ظل النظام القانوني والاجتماعي الذي تنشأ في ظلها وفي ضوء الأغراض والأهداف الاجتماعية المنشودة⁽⁴⁾. فهذا يعني أن المعيار الذي يُعتمد عليه في تقييم المصالح هو الوظيفة الاجتماعية التي تؤديها المصلحة للمجتمع، ويذهب البعض، وبحق، إلى أن هذا المعيار هو معيار معتدل ومناسب، لأنه يساعد على رسم سياسة تشريعية واضحة ودقيقة للمصالح اللازمة للمجتمع في ضوء الحاجات الاجتماعية وقدرة هذه المصالح على اشباع هذه الحاجات، فضلاً عن أنه يعتبر وسيلة عملية وسهلة للترجيح والمفاضلة بين المصالح الاجتماعية المتعارضة⁽⁵⁾. في حين يذهب البعض الآخر إلى أنه لا يمكن الاعتماد على معيار واحد في عملية تقييم المصالح، أو في عملية تبني مصلحة دون أخرى، بل هناك مجموعة من العوامل الاجتماعية والاقتصادية والسياسية بما فيها الأعراف والتقاليد السائدة في المجتمع هي التي تهدي المشرع حين يقوم بتقييم المصالح المتعارضة والتوفيق بينها أو تفضيل بعضها على الأخرى فيقدم مصلحة لأهميتها ويؤخر أخرى لأنها أقل أهمية، وبغض النظر عما

¹ د. محمد عبدالله ابو علي، نظرية المصالح الاجتماعية، مقال منشور في المجلة الجنائية القومية الصادرة عن المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، جمهورية مصر العربية، المجلد السابع عشر، العدد الأول، 1974، ص 39؛ د. جمال سيد خليفة محمد، افشاء السر المهني بين الضوابط القانونية واعتبارات المصلحة الأولى بالرعاية، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، المجلد الأول، العدد الثالث والسبعون، 2020، ص 416.

² د. جمال سيد خليفة محمد، المصدر السابق، ص 423.

³ د. محمد عبدالله ابو علي، المصدر السابق، ص 37.

⁴ د. عادل عازر، مفهوم المصلحة القانونية، مقال منشور في المجلة الجنائية القومية الصادرة عن المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، جمهورية مصر العربية، المجلد الخامس عشر، العدد الثالث، 1972، ص 402-403.

⁵ د. محمود جلال طه، المصدر السابق، ص 141-142.

إذا كانت المصالح المتعارضة من مجموعتين مختلفتين أم من مجموعة واحدة، أي لا يتحدد أولوية المصالح بحسب القسم الذي تنتمي إليه، وإن كانت القاعدة العامة تقضي بأن المصلحة العامة هي الأولى بالرعاية من المصلحة الخاصة⁽¹⁾.

عليه وبناءً على ما تقدم يمكن ان نعرف المصلحة الأولى بالرعاية بأنها: ((المصلحة الأكثر أهمية في نظر المشرع وذلك بالاستناد إلى ظروف واحتياجات المجتمع وإلى الوظيفة الاجتماعية التي تؤديها المصلحة للمجتمع، فيغلبها على المصالح الأخرى الأقل أهمية إذا تعارضت معها، وإن كانت هذه المصالح مشروعة لا تخالف القواعد القانونية))، فعلى سبيل المثال أباح القانون إفشاء السر الطبي، إذا كان الغرض منه الإبلاغ عن مرض معدٍ، لكون الحفاظ على الصحة العامة كمصلحة تتعلق بعموم المجتمع أكثر أهمية وأولى بالرعاية في نظر المشرع من كتمان السر الطبي كمصلحة خاصة بالمريض تتمثل في الحفاظ على خصوصيته واعتباره وسمعته. وكذلك يعد المساس بسلامة الجسد للمريض مباح في نظر القانون إذا كان الغرض من ذلك إنقاذ حياة المريض، لكون المصلحة المرتبطة بالحق في الحياة أولى بالرعاية في نظر المشرع من المصلحة المرتبطة بالحق في سلامة الجسد. فهذا يعني أن الاعتداء على مصلحة محمية يعد فعلاً مباحاً، إذا كان من أجل مصلحة أخرى أكثر أهمية في نظر المجتمع⁽²⁾.

الفرع الثاني: شروط المصلحة الأولى بالرعاية

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه يشترط في المصلحة الأولى بالرعاية بعض الشروط وهي في الحقيقة نفس ما للمصلحة المعتبرة في التجريم من شروط، والتي تتمثل في ما يأتي:

1- أن تستند المصلحة إلى الحق

¹ د. جمال سيد خليفة محمد، المصدر السابق، ص 417؛ د. علي مجيد العكيلي ود. إيمان عبدالله العزاوي، المصدر السابق، ص 57.

² د. جمال سيد خليفة محمد، المصدر السابق، ص 413.

يكتسب الانسان بوصفه كائناً اجتماعياً يعيش في المجتمع بعض الحقوق منذ لحظة ولادته، ويتولى القانون مهمة تنظيم هذه الحقوق من خلال القواعد القانونية التي ينص عليها، فيجزم السلوك الذي يخل بهذه القواعد بعديها مصالح أضي عليها القانون حمايته⁽¹⁾، ولهذا قيل أن الحق هو مصدر المصلحة، الأمر الذي يترتب عليه هو أنه ليس لفرد أن يدعي بأن له مصلحة إن لم يكن له حق، طالما أن المشرع لا ينص على الحق إذا لم يترتب هذا الحق مصلحة معينة لصاحبه يهتم بها المشرع ويحميها⁽²⁾.

¹ د. محمد مردان، المصدر السابق، ص 41.

² د. علي مجيد العكلي و د. إيمان عبدالله العزاوي، المصدر السابق، ص 45-46.

2- أن تكون المصلحة محمية

يشترط في المصلحة أن يكون المشرع قد أضفى عليها حماية قانونية، وذلك بالنص على تجريم الأفعال التي تشكل اعتداءً عليها، وبهذه الحماية تتحقق الغاية التي يسعى القانون إلى تحقيقها وهي بقاء المجتمع واستقراره وارتقاءه، لأن بدون هذه الحماية لا يمكن أن تكون المصلحة معتبرة، وبالتالي يصبح الاعتداء عليها أمر طبيعي، وهذا ما تأباها المصالح المشروعة التي يشكل الاعتداء عليها خلل بروابط المجتمع وخطر على وجوده⁽¹⁾.

3- أن تكون المصلحة مشروعة

يشترط في المصلحة لكي تحظى بالحماية القانونية أن تكون مشروعة، أي لا تتعارض مع القواعد القانونية، عليه أن المصلحة كمناط للتجريم إذا كانت غير مشروعة فلا يستطيع المشرع مد مظلة الحماية عليها⁽²⁾. مع ملاحظة أن المشرع قد يراعي مصلحة الجاني في بعض الحالات ويغلبها على مصلحة أخرى بالرغم من أن الفعل المرتكب من قبل الجاني يشكل اعتداءً على مصلحة مشروعة حماها المشرع بنص قانوني، إذا كانت هناك ظروف أو اسباب تحتم على المشرع ان يرى مصلحة الجاني كمصلحة أولى بالرعاية، كالحالات التي ينص فيها على الاسباب المانعة من العقاب أو أسباب الإباحة⁽³⁾.

4- أن تكون المصلحة معرضة للخطر

ويعني هذا الشرط أن هناك خطراً قائماً من شأنه المساس بالمصلحة محل الحماية القانونية، ويشترط في الخطر أن يكون حالاً، ويكون كذلك في صورتين: الأولى: حينما يقع من المعتدي أفعالاً

¹ د. ميثم فالح حسين و د. أكرم كريم خضير سبتي، المصدر السابق، ص 41 وما يليها.

² د. عبدالخالق مطلق صالح الخفاجي، المصلحة المعتبرة في جريمة نقل العدوى بفيروس كورونا، المركز الاكاديمي للنشر، الاسكندرية، 2021، ص 29؛ د. ميثم فالح حسين و د. أكرم كريم خضير سبتي، المصدر السابق، ص 43-44.

³ د. عادل عازر، المصدر السابق، ص 397.

تندر بوقوع الاعتداء على الفور وفق المجرى العادي للامور، والثانية: هي حين يكون الاعتداء قد بدأ ولكنه لم ينته بعد بحيث ما زال بعض الخطر قائماً⁽¹⁾.

وأخيراً ان توافرت الشروط التي سبق ذكرها في المصلحة تصبح من المصالح المعتبرة أي تصبح مصلحة جديرة بالرعاية والحماية، فإن تعارضت معها مصلحة أخرى تتوافر فيها نفس الشروط، يجب التوفيق بينهما أو ترجيح إحداها على الأخرى، فان رُجِّحت إحداها تصبح مصلحة أولى بالرعاية مقارنة بالمصلحة الأخرى.

المطلب الثاني: مفهوم السر الطبي

السر هو بشكل عام ما يكتمه الإنسان في نفسه ويمنعه عن الآخرين، أو هو ما يفضي به الشخص لآخر مستأمناً إياه على عدم إفشاءه، ورغم دخول السر الطبي ضمن عموم الأسرار إلا أن المشرع قد أولاه رعاية خاصة، لكون مثل هذا السر مرتبط بمهنة هامة اجتماعياً وهي مهنة الطب التي تضي على السر سمات خاصة، ولتحديد مفهوم السر الطبي يقتضي بنا الأمر أن نعرف هذا السر ونبين أهم شروطه، وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب الى فرعين، نتناول في الفرع الأول تعريف السر الطبي، ونتناول في الفرع الثاني الشروط الواجب توافرها في الوقائع أو المعلومات محل السر الطبي، وعلى النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف السر الطبي

السر الطبي من الأمور الغامضة التي لا يمكن وبسهولة تحديد مفهومه، فهو يختلف باختلاف الزمان والمكان والأشخاص والظروف وطبيعة الأحداث والوقائع، فما يعتبر سراً في ظروف معينة أو في مكان أو زمان معين قد لا يعد كذلك في ظروف أو في زمان أو مكان آخر، وما يكون سراً بالنسبة لشخص معين قد لا يكون كذلك بالنسبة لأشخاص آخرين، وكل ذلك وكما ذهب إليه البعض، يعود إلى أنه في تحديد نطاق السر يجب الرجوع إلى العرف وإلى ظروف كل حادثة على انفراد،⁽²⁾ وهذا

¹ د. جمال سيد خليفة محمد، المصدر السابق، ص 419-420؛ د. محمد مردان، المصدر السابق، ص 44.

² د. عبدالسلام الترماني، السر الطبي، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة الخامسة، يونيو 1981، ص 40-41.

ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية أيضاً⁽¹⁾، ولهذا نجد أن معظم التشريعات الجزائرية العربية ومن ضمنها بطبيعة الحال التشريع الجزائري العراقي تخلو من نصوص يعرف بها المشرع السر الطبي⁽²⁾، بالرغم من أنها نصت بشكل واضح وصريح على إفشاء الأسرار المهنية كجريمة معاقب عليها⁽³⁾، وكذلك الحال بالنسبة للتشريعات ذات الصلة بمهنة الطب، فهي الأخرى لم تبين معنى السر الطبي⁽⁴⁾، الأمر الذي ترتب عليه أن الفقه والقضاء قد تولّى مهمة تحديد معنى السر الطبي.

فبالنسبة للقضاء لم نجد من بين المصادر التي تسنى لنا الإطلاع عليها ما يشير إلى موقف القضاء العراقي من تعريف السر الطبي، بعكس القضاء المصري الذي عرف السر الطبي بأنه: ((كل أمر حدث بعلم الطبيب سواء أفضى به إليه المريض أو غيره أو علم به نتيجة الفحص أو التشخيص أثناء ممارسته لمهنته وكان للمريض أو لأسرته أو الغير مصلحة مشروعة في كتمانها))⁽⁵⁾. وعرفه

¹ قضت محكمة النقض المصرية سنة 1942 بأن: ((القانون لم يبين معنى السر وترك الأمر لتقدير القضاة فوجب الرجوع في ذلك إلى العرف وإلى ظروف كل حالة على حدة، أما عن ظروف الحادثة موضوع الدعوى فإن العرف جرى باعتياد مرض الزهري والسل من الأمراض التي يجب على الطبيب أن لا يفشي سرها، أما مرض البواسير فهو لا يعتبر سراً إذا كان المريض من الرجال)). نقض مصري 1942/2/2، مجلة المحاماة، عدد سبتمبر واکتوبر، سنة 1942، ص 4. أشار إليه: د. أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية لأسرار المهنة في التشريع المصري والمقارن، دون مكان نشر، 1980، ص 57.

² مع ملاحظة أن التعليمات الخاصة بالسلوك المهني للأطباء الصادرة عن نقابة الاطباء العراقيين بالأستناد إلى قانون نقابة الاطباء رقم 114 لسنة 1966 قد ذكر أن نطاق السر الطبي يشمل كل ما يطلع عليه الطبيب عن أحوال مريضه الصحية وما قد يراه أو يسمعه أو يفهمه من مريضه أثناء اتصاله المهني به من أموره وأمره غيره.

³ تنظر على سبيل المثال: المادة 437 من قانون العقوبات العراقي النافذ رقم 111 لسنة 1969، والمادة 371 من قانون العقوبات البحريني رقم 15 لسنة 1976، والمادة 432 من قانون الجرائم والعقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 31 لسنة 2021.

⁴ ينظر على سبيل المثال: قانون ممارسة الطب في العراق رقم 503 لسنة 1925، وقانون نقابة الأطباء العراقي رقم 81 لسنة 1984، وقانون مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان والمهن المعاونة لهما الكويتي رقم 25 لسنة 1981، وقانون مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان البحريني رقم 7 لسنة 1989، وقانون مزاوله مهنة الطب البشري الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 5 لسنة 2019، وقانون مزاوله المهن الطبية والصيدلانية اليمني رقم 26 لسنة 2002.

⁵ قرار محكمة النقض المصرية رقم 2349 لسنة 1946، أشار إليه: د. جمال سيد خليفة محمد، المصدر السابق، ص 354-355.

القضاء الفرنسي أيضا بأنه: ((كل ما يقف عليه الطبيب مما يعتبر من الأسرار وتقتضي مصلحة المريض كتمانها))⁽¹⁾.

أما بالنسبة للفقهاء فنظراً لاختلاف المعايير التي نادى بها الفقهاء كأساس لتحديد الصفة السرية للوقائع والمعلومات التي يُراد إضفاء الحماية الجزائية عليها، تعددت الآراء حول تحديد معنى السر الطبي، فذهب رأي إلى الأخذ بمعيار الضرر ليتحدد على أساسه معنى السر الطبي فعرّفه بأنه: ((كل أمر يحتمل أن يؤدي إفشاؤه إلى إلحاق ضرر بشخص أو بعائلة، سواءً أكان الضرر مادياً أم معنوياً، ويتحقق الإفشاء ولو كان جزئياً ولم يطلب صاحب الشأن من الطبيب كتمانها صراحةً))⁽²⁾. ولكن انتقد هذا الرأي على أساس أن الواقعة قد تكون سراً حتى ولو لم يترتب على إفشاءها إضرار بالسمعة أو الكرامة، بل قد تكون مشرفاً لمن يريد كتمانها⁽³⁾. أما الرأي الثاني فقد تبنى فكرة الإرادة وحدد معنى السر الطبي على أساسها، وعرّفه بأنه: ((كل ما يودعه المريض إلى الطبيب على أنه سراً وأراد كتمانها، أي تتحقق السرية بطلب من المريض بكتمان المعلومات التي يقدمها للطبيب))⁽⁴⁾. ولكن انتقد هذا الرأي أيضاً وعلى أساس أن صاحب السر قد لا يعلم به إذا كان الأمين على السر (الطبيب) قد علم به أو استنتجه بخبرته وذكائه، ومن جهة ثانية ان بعض الوقائع تعتبر سراً بطبيعتها أو بحكم القانون ولا دخل لإرادة صاحب السر (المريض) بذلك، لذا فلا مبرر للقول بجواز إفشاءها لعدم إتجاه إرادة المودع (المريض) ببقاءها سراً⁽⁵⁾.

¹ نقلاً عن: مسعود محمد صديق السليفاني، المسؤولية الجنائية عن الاخلال بأسرار المهنة، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2017، ص 93.

² د. فخري عبدالرزاق صليبي الحديشي، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، مطبعة الزمان، بغداد، 1996، ص 273. وبنفس المعنى ينظر: أحمد أمين بك، شرح قانون العقوبات الأهلي، المجلد الثالث، الطبعة الثالثة، الدار العربية للموسوعات، بيروت، 1982، ص 837؛ د. محمود محمود مصطفى، مدى المسؤولية الجنائية للطبيب إذا أفشى سراً من أسرار مهنته، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة الحادية عشرة، 1941، ص 660.

³ ينظر تفصيل ذلك: د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 630.

⁴ د. جمال سيد خليفة محمد، المصدر السابق، ص 356.

⁵ ينظر تفصيل ذلك: د. أحمد كامل سلامة، المصدر السابق، 1980، 53-54؛ د. الشهابي ابراهيم الشراوي، التزام الطبيب بحفظ أسرار المرضى "الأصل والاستثناء"، دراسة مقارنة في تشريعات مصر والامارات والكويت مقارنة

عليه ونظراً للانتقادات التي وجهت إلى الرأيين المتقدمين، ظهر رأي ثالث، وهو الأكثر قبولاً وتأيداً لدى الفقه وشرح القانون الجنائي، حيث أخذ هذا الرأي بمعيار المصلحة كأساس لتحديد معنى السر الطبي فعرفه بناءً على ذلك بأنه: ((واقعة أو صفة ينحصر نطاق العلم بها في عدد محدود من الأشخاص إذا كانت ثمة مصلحة يعترف بها القانون لشخص أو أكثر في أن يظل العلم بها محصوراً في ذلك النطاق، فالمرض الذي يعاني منه شخص واقعة ينحصر نطاق العلم بها في المريض والطبيب وللمريض مصلحة يعترف بها القانون في ألا يتسع نطاق العلم بهذا المرض لشخص ثالث))⁽¹⁾.

وتبدو أهمية هذا الرأي لدى مؤيديه في أنه إذا وجدت مصلحة أخرى مشروعة يعترف بها القانون أعلى مرتبة من مصلحة المريض في الاحتفاظ بالسر، فإنها تكون أولى بالرعاية وعلى أساس ذلك يقوم سبب للإبادة ينفي عن الإفشاء الصفة غير المشروعة⁽²⁾. ولكن مع ذلك يذهب البعض إلى القول انه لا ينبغي أن يكون معيار المصلحة هو المصلحة المشروعة للمريض في كتمان السر، بل يجب أن يكون المعيار هو المصلحة المشروعة في إفشاء السر، سواءً تعلقت تلك المصلحة بالمريض نفسه أو غيره، لأن ربط المصلحة بإفشاء السر وليس بالاحتفاظ به هو الأولى والأيسر تطبيقاً، فإن لم تكن هناك مصلحة في إفشاء السر كان إفشاءه محظوراً ولو لم تتبين في الاحتفاظ به مصلحة معينة للمريض⁽³⁾.

عليه وبناءً على ما تقدم يمكن أن نعرف السر الطبي بأنه: ((كل ما يصل إلى الطبيب من معلومات عن الحالة المرضية للشخص، سواءً علم بها من المريض نفسه أم من غيره أو تحصل عليها نتيجة الفحص والتشخيص الذي يقوم به للمريض ولم يكن هناك مصلحة مشروعة في إفشاءها أولى بالرعاية من المصلحة في كتمانها، سواءً أكانت هذه المصلحة تتعلق بالمريض ذاته أو تخص غيره)).

بنصوص الميثاق الإسلامي العالمي للاخلاقيات الطبية والصحية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة الثانية والثلاثون، 2008، ص 186.

¹ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 854-855.

² د. محمود نجيب حسني، المصدر نفسه، ص 857.

³ د. الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المصدر السابق، ص 186-187.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الوقائع أو المعلومات محل السر الطبي

وجدير بالذكر هنا أنه لا يمكن مساءلة الطبيب عن فعل إفشاء السر الطبي ما لم تتوفر في الوقائع والمعلومات محل السر عدة شروط، وهي كما يأتي:

1- أن تعد الوقائع والمعلومات من الأسرار الطبية

لكي تتحقق المسؤولية عن جريمة إفشاء الأسرار الطبية يجب أن تكون الوقائع والمعلومات مما يعتبر أسراراً طبية، وكما يذهب الرأي الراجح، ان الأسرار تتحدد بطبيعتها ولا تقتصر على ما يعهد به المريض إلى الطبيب، بل يشمل الوقائع والمعلومات ولو كانت مجهولة من صاحبها⁽¹⁾. بمعنى آخر يعد في حكم السر كل أمر يكون بطبيعته أو بالظروف المحيطة به سراً ولو لم يطلب كتمان صراحةً، أو كان المريض يجهله أصلاً وعلم به الطبيب أثناء ممارسته للمهنة، فمثلاً الطبيب الذي يدرك من الكشف على المريض انه مصاب بأمراض زهرية مطالب بكتمان ذلك السر ولو أن المريض نفسه لم يكن عالماً به⁽²⁾، وهذا ما أخذ به المشرع العراقي في المادة 437 من قانون العقوبات والتي تنص على أنه: ((يعاقب.... كل من علم بحكم وظيفته أو صناعته أو فنه أو طبيعة عمله بسر فأفشاه في غير الأحوال المصرح بها قانوناً...))، حيث لم ترد في هذا النص أية عبارة تدل على أن السر هو فقط ما يعهد به المريض الى الطبيب، وهذا ما تبنته أيضاً محكمة النقض المصرية في قرار لها سنة 1942 بالقول: ((ان القانون لم يبين معنى السر وترك الأمر لتقدير القضاة فوجب الرجوع في ذلك الى العرف وإلى ظروف كل حالة على حدة))⁽³⁾.

2- أن تكون الوقائع والمعلومات قد وصلت إلى علم الطبيب بسبب مهنته

يقصد بهذا الشرط أن تكون المعلومات محل السر الطبي قد وصلت إلى علم الطبيب بحكم مهنته الطبية، وهذا واضح من نص المادة 437 من قانون العقوبات العراقي⁽⁴⁾، سواءً أكان المريض

¹ د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات- القسم الخاص، الطبعة الرابعة، القاهرة، 1991، ص 785.

² جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الثاني، دون مكان نشر، 2008، ص 47.

³ نقض مصري في 1942/2/2، قرار منشور في مجلة المحاماة سنة 1942، ص 4. نقلاً عن: د. أحمد كامل سلامة، المصدر السابق، ص 57.

⁴ تنص المادة 437 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 النافذ على أنه: ((يعاقب بالحبس ... وبغرامة ... او باحدى هاتين العقوبتين كل من علم بحكم وظيفته او صناعته او فنه او طبيعة عمله بسر فأفشاه في غير

أو أحد أفراد أسرته أو أحد أصدقائه من أفضى بها إلى الطبيب أو أن الأخير قد توصل إليها بنفسه عند مزاولته أي عمل من الأعمال الطبية على المريض أو علم بها مصادفة أو استنتاجاً بحكم خبرته الطبية⁽¹⁾. ويجب أن يكون للسر - كما يذهب إليه البعض - صلة بمهنة الطب حتى يمكن أن يوصف بأنه سر طبي، أي علم به الطبيب باعتباره صاحب مهنة ومن ثم محلاً لثقة خاصة بحيث لم يكن في وسع غيره أن يعلم به⁽²⁾. ولكن مع ذلك يذهب آخرون - وبحق - إلى أنه في بعض الأحيان قد يمنح المريض للطبيب ثقة مطلقة وغير محدودة فيقر له ببعض الأسرار ولو كانت مما لا تقتضيه ممارسة المهنة، أي غير ذات صلة بها، في هذه الحالة أيضاً تحتفظ تلك الأسرار بطابعها ويجب أن يلتزم الطبيب بكتمانها، لأنها وصلت إلى علمه بحكم مهنته⁽³⁾. وهذا يتفق تماماً مع حكم المادة 437 من قانون العقوبات العراقي بسبب الصياغة التي أتى بها المشرع لهذه المادة، حيث لم يذكر فيها أن تكون الأسرار ذات صلة بالمهنة⁽⁴⁾.

3- أن تتعلق الوقائع أو المعلومات بشخص معين

يعني ذلك أنه إذا لم تكن الواقعة أو المعلومة محل السر الطبي متعلقاً بشخص معين أو أشخاص معينين، فلا وجود لفعل إفشاء السر الطبي، ولكن هذا لا يعني تحديد الشخص المتعلق به السر بصورة قطعية حتى يمكن القول بتحقيق الإفشاء، بل ان واقعة الإفشاء تتحقق بمجرد الكشف عن

الاحوال المصرح بها قانونا او استعمله لمنفعته او منفعة شخص اخر . ومع ذلك فلا عقاب اذا اذن بافشاء السر صاحب الشأن فيه او كان افشاء السر مقصودا به الاخبار عن جنابة او جنحة او منع ارتكابها)).

¹ د. أحمد حمد الله أحمد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجرائم الواردة في قوانين مزاوله مهنة الطب وقانون العقوبات، بحث منشور في مجلة الكوفة، كلية القانون، جامعة الكوفة، العدد 36 ص 49 والمتاح على الموقع الإلكتروني التالي: https://www.researchgate.net/publication/341713527_almswwlyt_aljnayyt_lltbyb_n_aljraym_alwardt_fy_qwanyn_mzawlt_mhnt_altb_wqanwn_alqwbata

تاريخ آخر زيارة 2023/1/26

² د. محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص 858.

³ د. أحمد فتحي سرور، المصدر السابق، ص 785.

⁴ تنظر المادة 437 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.

بعض البيانات التي يمكن بواسطتها استخلاص شخصية صاحب السر منها، وهذه المسألة من المسائل الموضوعية التي تخضع لتقدير قاضي الموضوع⁽¹⁾.

4- ألا تكون المعلومات أو الوقائع معلومة للجمهور بشكل يقيني

كون الواقعة أو المعلومة سراً يعني حصر نطاق العلم بها في شخص واحد أو عدد من الأشخاص تجمعهم رابطة معينة تبرر إطلاعهم على السر كالفريق الطبي، ولكن تنتفي عن الواقعة صفة السر وبالتالي لا يسأل الطبيب عن إفشاءها إذا كانت معروفة للكافة أو لعدد من الناس دون تمييز وبشكل قطعي ويقيني⁽²⁾، أما إذا كان الجمهور يشك في حقيقة الوقائع والمعلومات محل السر الطبي فإن صفة السر تظل قائمة لها بحيث إذا أفشاها الطبيب فإنه يضفي عليها صفة التأكيد ويحولها من مجرد إشاعة إلى خبر يقيني يحقق الإفشاء الخاطيء ويسأل الطبيب عن ذلك قانوناً، لأنه أضاف شيئاً جديداً إلى علم الجمهور، كما لا يعتبر سراً كل ما هو معلوم وظاهر لجمهور الناس، مثال ذلك الطبيب الذي يقول عن شخص أنه أعرج لا يعتبر مفشياً للسر في هذه الحالة، لأن وضع مثل هذا الشخص ظاهر ومعلوم وإن إفشاء الطبيب ذلك لا يضفي أي جديد لعلم الغير⁽³⁾.

5- أن يكون للمريض مصلحة مشروعة في كتمان الواقعة

سبق وأن قلنا أن المصلحة التي يسبغ عليها القانون حمايته هي مصلحة مشروعة، لأنه لا يمكن للمشرع مد مظلة الحماية للمصالح غير المشروعة، ومن المصالح التي يحققها الحماية الجنائية

¹ د. سامان عبدالله عزيز، المسؤولية الجنائية الناشئة عن إفشاء الأسرار المهنية والوظيفية- دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015، ص 63-64؛ د. هشام ليوسفي، الحماية الجنائية للسر المهني، الطبعة الأولى، دار الوليد للنشر والتوزيع، القاهرة، 2015، ص 52-53.

² د. شنة زواوي، الالتزام بكتمان السر الطبي: المفهوم، الحدود والجزاء، بحث منشور في مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والانسانية، المجلد 18، العدد 1، 2019، ص 423، والمتاح على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/49/18/1/84614>

تاريخ آخر زيارة 2023/1/25

³ حامد محمود حسن عصفرة، المسؤولية الجزائية التي تترتب عن جريمة إفشاء السر المهني للطبيب في التشريع الجزائري، بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد التسلسلي 22، 2020، ص 720، والمتاح على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://https://www.asip.cerist.dz/en/article/112755>

تاريخ آخر زيارة 2022/12/20

للسر الطبي هي مصلحة المريض بالدرجة الأساس⁽¹⁾، والتي تتمثل في صيانة المكانة الإجتماعية له، وهذا يستلزم بقاء العلم بالواقعة أو المعلومة محصوراً في نطاق الطبيب أو في نطاق عدد محدد من الاشخاص، طالما ان الإفشاء يسيء إلى مكانة المريض⁽²⁾، أي يمس شرفه واعتباره⁽³⁾، ولا يهم أن تكون هذه المصلحة من طبيعة معينة، فقد تكون أدبية تتمثل في الحفاظ على سمعة المريض في الوسط الذي يعيش فيه، خاصة إذا كان ما عرفه الطبيب منه مما تقضي الأعراف ألا ينطق به بين الناس، لأن في إذاعته والبوح به مساساً بسمعة المريض وتجريحاً لمشاعره⁽⁴⁾، وقد يضر إفشاء السر بالمصلحة المادية للمريض، كما لو كان مصاباً بإحدى نزلات البرد، فأفشى الطبيب ذلك وتسبب في إلحاق الضرر بمصالح المريض خصوصاً إذا كان عمله يتأثر ولو مؤقتاً بحاسة الشم⁽⁵⁾.

وأخيراً إذا تحققت الشروط السابقة الذكر في الوقائع والمعلومات محل السر الطبي ورغم ذلك أفشاها الطبيب وكان ذلك عن علم وإرادة، حينئذ تكتمل أركان جريمة إفشاء الأسرار الطبية وتحقق بذلك مسؤولية الطبيب الجزائية⁽⁶⁾. إلا أنه بالرغم من ذلك يقتضي الأمر أحياناً إفشاء السر الطبي

¹ يذهب البعض إلى أن العلة من تجريم فعل إفشاء السر الطبي ليست هو المحافظة على المصلحة الخاصة للمريض وحده، وإنما المحافظة على المصلحة العامة أيضاً والتي تكمن في كفالة المباشرة السليمة والمنظمة لمهنة الطب الهامة اجتماعياً، حيث أن إبادة إفشاء الأسرار وفي جميع الاحوال يخل بالثقة الواجبة في ممارسة مثل هذه المهنة، فإذا لم يحفظ الطبيب تلك الأسرار لتردد الناس بل لعزفوا وامتنعوا عن الالتجاء إلى خدماتهم فتتعطل بذلك مصالحهم ومصالح المهنة وبالتالي يصيب المجتمع من جراء ذلك ضرر جسيم.

د. محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص 851-852؛ د. هشام ليوسفي، المصدر السابق، ص 39 وما يليها.

² د. محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص 852.

³ يعرف البعض الشرف بأنه: مجموعة من الشروط التي تتوقف عليها المركز الادبي للفرد، أو هو مجموعة الصفات الأدبية التي يتوقف عليها تقدير الفرد في البيئة التي يعيش فيها، أما الإعتبار: فهو شعور الفرد بكرامته الإنسانية، كما يتضمن حق الفرد في مطالبة الآخرين بمراعاة القواعد التي تحكم السلوك الفردي عامة والتي تحمي علاقات الأفراد في مجتمع معين. د. أحمد كامل سلامة، المصدر السابق، ص 64-65.

⁴ د. أحمد كامل سلامة، المصدر نفسه، ص 64.

⁵ د. سامان عبدالله عزيز، المصدر السابق، ص 102؛ د. هشام ليوسفي، المصدر السابق، ص 40-41.

⁶ ينظر تفصيل أركان هذه الجريمة: د. فخري عبدالرزاق صليبي الحديثي، المصدر السابق، ص 270 وما يليها؛ د. محمد ابراهيم الدسوقي علي، الموسوعة القانونية في مسائلة الأطباء عن أخطاءهم المهنية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019-2020، ص 143 وما يليها؛ د. حسنين ابراهيم صالح عيد، الوجيز في قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 265 وما يليها.

تحقيقاً لمصلحة مشروعة تفوق في أهميتها مصلحة المريض في كتمان السر، وبالتالي تصبح في نظر المشرع مصلحة أولى بالرعاية والحماية، وبغض النظر عما إذا كانت هذه المصلحة عامة تتعلق بعموم المجتمع، أم مصلحة خاصة تتعلق بالمريض نفسه أو بالطبيب أو بالغير.

المبحث الثاني: المصلحة الخاصة للطبيب والمريض والغير كمصلحة أولى بالرعاية

ليست المصلحة العامة للمجتمع دائماً هي وحدها التي تبرر إفشاء السر الطبي، بل قد تكون المصلحة الخاصة لبعض الأفراد هي التي يركز عليها الإبادة أحياناً، سواءً تعلقت هذه المصلحة بالمريض ذاته أم بالطبيب المؤمن على السر أم بالغير ممن يكون له مصلحة مشروعة في الإفشاء، عليه سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول في المطلب الأول المصلحة الخاصة للطبيب كمصلحة أولى بالرعاية، ونتناول في المطلب الثاني المصلحة الخاصة للغير كمصلحة أولى بالرعاية، وفي المطلب الثالث المصلحة الخاصة للمريض كمصلحة أولى بالرعاية، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: المصلحة الخاصة للطبيب كمصلحة أولى بالرعاية

قد يتهم المريض طبيبه بارتكاب خطأ طبي، كما لو ادعى بأن الطبيب أخطأ في العلاج أو التشخيص، وقد يتهمه شخص آخر من غير المريض بارتكابه جريمة ما، كالاغتصاب أو الاجهاض أو غيرها من الجرائم، فهل يقف الطبيب صامتاً لا يتكلم عن حقيقة الحالة المرضية للمريض الذي رفع دعوى ضده يتهمه فيها بالتقصير والخطأ في أداءه لواجبه تاركاً القضاء يحكم عليه بالإدانة نتيجة إدعاء المريض أو نتيجة شكوى الغير على اعتبار انه من الأشخاص الملزمين بالحفاظ على الأسرار الطبية، أم يحق له الكشف عن هذه الأسرار للدفاع عن نفسه أمام المحكمة؟

في الحقيقة اختلف الشراح وفقهاء القانون الجنائي حول مدى جواز إفشاء السر الطبي في مثل هذه الحالة، وانقسموا فيما بينهم إلى ثلاثة اتجاهات: الأول: يرى بعدم جواز الكشف عن السر الطبي ولو كان الطبيب يقصد من ذلك الدفاع عن نفسه أمام المحكمة، على أساس أن السر الطبي عام ومطلق ومقرر من أجل مصلحة المريض، ومن ثم لا يجوز للطبيب بأي حال من الأحوال البوح بهذا السر ولو ترتب على عدم الإفشاء إدانة له، لأن ذلك كله من مخاطر المهنة التي تقع على عاتق الطبيب وبالتالي عدم جواز إفشاء السر الطبي دفاعاً عن نفسه ولو كان مظلوماً⁽¹⁾. أما الاتجاه الثاني فذهب إلى القول بجواز إفشاء السر الطبي من قبل الطبيب دفاعاً عن نفسه أمام القضاء ولكن بشرط أن يقتصر ذلك على إدعاءات المريض، أو أن يردّ في دفاعه عن الأوجه التي أثارها المريض في مذكرة مكتوبة يجب عنها الطبيب، أما ما عداها فلا يحق له البوح به⁽²⁾. بالرغم من أن هذا الاتجاه قد حاول إيجاد نوع من التوازن بين مصلحة الطبيب في الدفاع عن نفسه من ناحية ومصلحة المريض في الحفاظ على سره من ناحية ثانية، إلا أننا نرد عليه بأنه قد يتطلب إثبات البراءة أن يبوح الطبيب بمسائل لم ترد في إدعاءات المريض أو غير مثارة من قبله.

¹ حامد محمود حسن عصفرة، المصدر السابق، ص 725.

² عبدالكريم دكاني، إفشاء السر الطبي بين التجريم والإباحة، بحث منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/133/6/1/58776>

تأريخ آخر زيارة 2023 /1/27

أما بالنسبة للاتجاه الثالث فيرى أن السر الطبي لا يمكن أن يشكل عائقاً أمام الطبيب لكشف سر المريض للدفاع عن نفسه أمام المحكمة وذلك في حالة ما إذا كان الطبيب متهم من قبل المريض بارتكابه خطأً طبياً في أي مرحلة من مراحل العمل الطبي⁽¹⁾، إذ ليس من العدل أن يبقى الطبيب مقيد اليدين بالكتمان في الوقت الذي يهاجمه فيه المريض نفسه بدعوى قد تترتب عليها إدانته جنائياً أو حتى مدنياً⁽²⁾، هذا من ناحية،

ومن ناحية أخرى ان حق الدفاع يعد من الحقوق الأساسية التي نصت عليها أغلب الدساتير والقوانين الجنائية⁽³⁾، فلا يمكن التضحية بهذا الحق من أجل المحافظة على السر الطبي، فحق الدفاع - وكما يذهب إليه البعض - مصلحة أولى بالرعاية من مصلحة المريض في كتمان السر⁽⁴⁾. ولكون هذا الاتجاه هو الراجح والاكثر قبولاً لدى أغلب الفقه وشرح القانون الجنائي، فقد تبنته بعض التشريعات العربية - كما سيظهر لنا - وأيده القضاء الفرنسي أيضاً، حيث قضت محكمة جنح السين مع تأييد من محكمة استئناف باريس، بأن المدعي الذي يقدم وثائق طبية كسند لدعواه لا يمكنه أن يتمسك بالسر الطبي ليحرّم خصمه من استعمال وثائق من نفس النوع يواجه بها ادعائه ويردّ عليه⁽⁵⁾.

بالرغم من وجهة هذا الاتجاه ورجاحته، كونه الأكثر تحقيقاً للعدالة والأقرب إلى المنطق القانوني، إلا أنه باعتقادنا يفتقر إلى أساس قانوني سليم، لأنه إذا كان حق الدفاع من الحقوق الأساسية والمقدسة للمتهم والمكفولة في الدستور ومن ثم يجوز للطبيب على أساس ذلك إفشاء السر الطبي، فإن الحق في الخصوصية الشخصية⁽⁶⁾ أيضاً من الحقوق المكفولة والمصانة دستورياً يجب احترامه كما

¹ عبدالكريم دكاني، المصدر السابق، ص 62؛ حامد محمود حسن عصفارة، المصدر السابق، ص 725.

² د. هشام ليوسفي، المصدر السابق، ص 134.

³ فمثلاً تنص المادة 19/رابعاً من الدستور العراقي الدائم لسنة 2005 على انه: ((حق الدفاع مقدس ومكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة))، ويقابلها المادة 28 من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة لسنة 1971، والمادة 20 من دستور مملكة البحرين لسنة 2002، والمادة 34 من دستور دولة الكويت لسنة 1962.

⁴ د. جمال سيد خليفة محمد، المصدر السابق، ص 447-448.

⁵ Cass. Paris 16 Fev.1966. D.1966. 618. Ibid, P 58- 59.

نقلًا عن: عبدالكريم دكاني، المصدر السابق، ص 63.

⁶ توصف الأسرار المهنية بأنها أحد صور الحق في الخصوصية أو تعد من مظاهر هذا الحق. ينظر: د. علي أحمد عبد الزعبي، حق الخصوصية في القانون الجنائي - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس - لبنان، 2006، ص 390.

هو الشأن بالنسبة لحق الدفاع⁽¹⁾، فعلى أي أساس قانوني يمكن القول أن حق الطبيب في الدفاع عن نفسه أمام القضاء مصلحة أولى بالرعاية وأجدر بالحماية من مصلحة المريض في عدم إفشاء سره؟

إذا قلنا ان إتهام المريض للطبيب هو الذي أدى إلى أن ينتقص المريض من القيمة الاجتماعية لحقه في عدم إفشاء أسراره الطبية، وأدى إلى تغليب حق الطبيب في الدفاع على حقه في كتمان السر قياساً على حالة الدفاع الشرعي⁽²⁾، ولكن ماذا لو أتهم الطبيب من قبل شخص آخر غير المريض وتطلب دفاع الطبيب عن نفسه امام المحكمة الكشف عن بعض الاسرار الطبية الخاصة بمريضه؟

قد يجيب البعض على هذا التساؤل بالقول ان الطبيب يحق له البوح عن السر الطبي للدفاع عن نفسه قياساً على حالة القذف والسب الذي يصدر من أحد الخصوم أثناء دفاعه عن حقوقه أمام القضاء⁽³⁾، وذلك وفق المادة 436 من قانون العقوبات العراقي التي تنص على أنه: ((لا جريمة فيما يسنده أحد الخصوم أو من ينوب عنهم إلى الآخر... أثناء دفاعه عن حقوقه أمام المحاكم ... وذلك في حدود ما يقتضيه هذا الدفاع))⁽⁴⁾.

ولكننا نرد عليه بالقول ان المشرع العراقي قد ذكر في الفقرة 1 من المادة 436 من قانون العقوبات - الأنفة الذكر - سبباً للإبادة وخصه بالقذف والسب، فلا يمكن أن يمتد نطاقه ليشمل إفشاء الأسرار المهنية عن طريق القياس، لأن المشرع العراقي قد ذكر صراحة في المادة 437 من قانون العقوبات الحالات التي يباح فيها إفشاء الأسرار المهنية والتي هي : اذن صاحب السر، وإذا كان

¹ مثلاً تنص المادة 17/أولاً من الدستور العراقي الدائم لسنة 2005 على أنه: ((لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين والآداب العامة)).

² يلاحظ هنا ان المشرع في تقريره لحق الدفاع الشرعي قد وازن بين حقين: حق المعتدي وحق المعتدى عليه (المدافع)، فرجح الثاني على الأول، وضحى بالأول من أجل حماية الثاني، على إعتبار أن لجؤ المعتدي أو مبادرته بالعدوان قد هبط بالقيمة الاجتماعية لحقه فاصبح حق المعتدى عليه أولى بالرعاية والحماية من حق المعتدي. د. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات - دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 404، د. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد، الجزء الاول، الطبعة الثانية، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1976، ص 350.

³ موفق علي عبيد، المصدر السابق، ص 136.

⁴ تنظر الفقرة 1 من المادة 436 من قانون العقوبات العراقي النافذ.

القصد من الإفشاء هو الإخبار عن جنائية أو جنحة أو منع ارتكابها دون أن يذكر حالة إبادة إفشاء الطبيب للسر الطبي دفاعاً عن نفسه أمام المحكمة ضمن تلك الحالات، فهو لو أراد ذلك لأدرجها أيضاً ضمن الحالات المذكورة للإبادة في المادة 437 من قانون العقوبات صراحة من غير أن يترك الأمر لاجتهادات الفقه والقضاء، أو لأتى بنص خاص يتضمن حالات الإبادة بالنسبة للقذف والسب وإفشاء الأسرار معاً، خاصة إذا علمنا أنه تناول جريمة إفشاء الأسرار ضمن الفصل الذي تناول فيه جرمي القذف والسب، هذا من جانب، ومن جانب آخر يتم الرجوع إلى القياس إذا لم يوجد في المسألة نص خاص⁽¹⁾، فيما أنه يوجد نص خاص ذكر فيه المشرع صراحة حالات إبادة إفشاء الأسرار المهنية، فلا مجال لإعمال القياس، لإيجاد حالة أخرى من حالات الإبادة خلافاً لرغبة وإرادة المشرع. وفضلاً عن ذلك ان الأصل في الأسرار المهنية هو الكتمان والاستثناء هو الإفشاء، والإستثناء كما هو معلوم يجب أن يكون محدداً بشكل حصري وبنص قانوني واضح وصريح، ولا يقبل التوسع في تفسيره أو القياس عليه⁽²⁾.

فالأولى برأينا و الأصوب بتقديرنا هو أن يتدخل المشرع العراقي بالنص صراحة على إبادة إفشاء الطبيب للسر الطبي دفاعاً عن نفسه أمام القضاء، كما فعلته بعض التشريعات العربية، فعلى سبيل المثال نص المشرع الإماراتي في قانون المسؤولية الطبية الاتحادي على أنه يحظر على الطبيب إفشاء أسرار المريض، ولكن لا يسري هذا الحظر إذا كان الغرض من إفشاء السر هو دفاع الطبيب عن نفسه أمام جهة تحقيق أو أية جهة قضائية وبحسب ما تقتضيه حاجة الدفاع⁽³⁾. وكذلك نص المشرع اليمني في قانون مزاوله المهن الطبية والصيدلانية على أنه يجب على مزاولي المهنة المحافظة على أسرار المهنة وعدم إفشاء أسرار مرضاهم، ويستثنى من ذلك حالة الدفع عن تهمة منسوبة للطبيب المعالج ويكون ذلك امام الجهات المعنية⁽⁴⁾.

¹ ينظر في ذلك استاذنا الدكتور طلال عبد حسين البدراني، الشرعية الجزائية، الطبعة الأولى، مركز البحوث القانونية- وزارة العدل في اقليم كردستان العراق، 2022، ص 330- 331.

² ينظر استاذنا الدكتور وعدي سليمان المزوري، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية (نظرياً وعملياً)، الطبعة الأولى، دهوك، 2013، ص 22.

³ تنظر الفقرة 6/ز من المادة 5 من قانون المسؤولية الطبية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم 4 لسنة 2016.

⁴ تنظر الفقرة د من المادة 23 من قانون مزاوله المهن الطبية والصيدلانية اليمني رقم 26 لسنة 2002.

أما بالنسبة للمشرع البحريني فيلاحظ أنه بالرغم من أنه ذكر في المادة 26 من قانون مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان رقم 7 لسنة 1989 حالات إبادة إفساء السر الطبي، إلا أنه لم يذكر ضمن هذه الحالات حالة إبادة إفساء الطبيب للسر المهني دفاعاً عن نفسه أمام المحاكم، وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الكويتي في المادة 6 من قانون مزاوله مهنة الطب البشري وطب الاسنان والمهن المعاونة لهما رقم 25 لسنة 1981.

المطلب الثاني: المصلحة الخاصة للغير كمصلحة أولى بالرعاية

قد يضطر الطبيب أحياناً وفي ظل ظروف معينة إلى إفساء سر طبي حصل عليه بحكم مهنته تحقيقاً لمصلحة خاصة مشروعة للغير، سواءً أكان هذا الغير أحد من ذوي المريض أم شخص أجنبي عنه، فهل يعتبر الطبيب في مثل هذه الحالات مرتكباً لجريمة إفساء الأسرار، أم أن الظروف التي دفعته إلى ذلك تجعل من الإفشاء مباحاً؟ كما لو تقدم شاب لخطبة فتاة وعند إجراء فحص ما قبل الزواج تم اكتشاف مرض معدٍ لدى الشاب يهدد الفتاة بالعدوى، أو كان مصاباً بمرض ولو كان غير معدٍ ولكن لو عرفت به الفتاة لعزفت عن الزواج به، أو كما لو علم الطبيب وهو يعالج مريضاً عقلياً أو نفسياً أنه مقدم على ارتكاب فعل إجرامي ضد الغير، أو كما لو اعترف المريض لطبيبه أنه ارتكب جريمة وكان هناك شخص بريء يحاكم عن ذات الجريمة⁽¹⁾. في الحقيقة هناك رأيان لدى الفقه وشراح القانون الجنائي حول مدى إجازة إفساء السر الطبي في مثل هذه الحالات، الأول يذهب إلى حظر إفساء السر الطبي مهما كانت النتائج المترتبة على هذا الحظر⁽²⁾. أما الرأي الثاني فيذهب إلى إبادة إفساء السر في الحالات التي سبق ذكرها وأمثالها، لأن القانون يرمي إلى كتمان السر في الوقت الذي لا يوجد مسوغ قانوني يبيح الإفشاء، عليه يعفى الطبيب من العقاب إذا اضطر أن يفشي السر تحقيقاً لمصلحة مشروعة للغير، واتخذ أصحاب هذا الرأي من حالة الضرورة أساساً للإبادة وفيصلاً للترقة بين الإفشاء الجائز والإفشاء المحظور، وللمحكمة القول الفصل في تقدير أوجه الضرورة هذه⁽³⁾.

¹ د. جمال سيد خليفة محمد، المصدر السابق، ص 445-446.

² د. أحمد كامل سلامة، المصدر السابق، ص 684؛ موفق علي عبيد، المصدر السابق، ص 129؛ د. سامان عبدالله عزيز، المصدر السابق، 274.

³ د. محمود محمود مصطفى، المصدر السابق، ص 669-670.

عليه وطبقاً لمعيار الضرورة يبيح للطبيب أن يفشي للأب حقيقة مرض ابنه عندما يكون من الضرورة أن يعرف حالته الصحية، كما يكون له الحق في إفشاء المرض تجنباً لزواج يوشك أن يتم، وأن يخبر زوجة المريض بمرض معدٍ لوقايتها من هذا المرض، وأيضاً يبيح له الإفشاء لانقاذ بريء من التعرض للإدانة والعقوبة⁽¹⁾.

بغض النظر عن ميلنا لهذا الرأي أو ذلك، وبالرغم من أن الفقه أوجد نظرية الضرورة كمخرج - على حد تعبير البعض - لإبادة إفشاء السر الطبي دفعا للضرر المحقق وتحقيقاً للعدالة الإجتماعية⁽²⁾، إلا أنه لا يمكن الأخذ بهذه النظرية كأساس لإبادة إفشاء السر الطبي في ظل القانون الجنائي العراقي، وذلك لسبب أن الضرورة ليس سبباً من أسباب الإبادة، بل هو سبب من أسباب منع المسؤولية الجزائية وفق المادة 63 من قانون العقوبات العراقي، والتي تنص على أنه: ((لا يسأل جزائياً من ارتكب جريمة أُلجأته إليها ضرورة وقاية نفسه أو غيره...))⁽³⁾، الأمر الذي يعني أنه إذا أفشى الطبيب وبداعي الضرورة سراً طبياً يبقى مسؤولاً من الناحية المدنية عن الأضرار التي قد تنشأ عن الإفشاء بالرغم من امتناع المسؤولية الجزائية عنه، وهذه في الحقيقة نتيجة تأباها العدالة ولا يقبلها العقل أو المنطق، إذ ليس من العدالة أن يتحمل شخص المسؤولية عن فعل أقدم عليه لغرض تحقيق مصلحة مشروعة للغير، ولو كانت هذه المسؤولية مدنية، هذا من جهة، ومن جهة ثانية - وكما يذهب إليه البعض - ان الجدل الفقهي الذي ثار حول هذا الموضوع ليس ذي أهمية خاصة فيما يتعلق بإفشاء السر الطبي المتعلق بالأمراض المعدية⁽⁴⁾، لأن المشرع العراقي وبموجب المادة 50 من قانون الصحة العامة قد فرض على الطبيب واجب الإخبار عن مثل هذه الأمراض للجهات المختصة⁽⁵⁾، ومن ثم إن إفشاء الطبيب لها وبالكيفية التي حددها القانون، إنما هو أداء لواجب قانوني، وأداء الواجب هو أحد أسباب الإبادة كما نصت عليه المادة 39 من قانون العقوبات العراقي بالقول: ((لا جريمة إذا وقع الفعل قياماً بواجب يفرضه القانون))⁽⁶⁾. ولكن ماذا لو كان المرض غير معدٍ واضطرّ الطبيب إفشاءه تحقيقاً لمصلحة مشروعة للغير؟ هذا ما لا نجد له جواباً وعلى أساس نصّ قانونيّ واضحٍ وصريحٍ في

¹ د. أحمد كامل سلامة، المصدر السابق، ص 690؛ د. جمال سيد خليفة محمد، المصدر السابق، ص 447.

² د. أحمد كامل سلامة، المصدر السابق، ص 683.

³ تنظر المادة 63 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.

⁴ موفق علي عبيد، المصدر السابق، ص 132.

⁵ تنظر المادة 50 من قانون الصحة العامة العراقي رقم 89 لسنة 1981.

⁶ تنظر المادة 39 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.

التشريع العراقي، الأمر الذي يدفع بنا إلى القول بضرورة تدخل المشرع، وذلك بالنص صراحة على إباحة إفشاء الأسرار الطبية في مثل الحالات السابقة وعدم ترك أمر حسمها للفقهاء والقضاء تجنباً للاختلاف في الآراء وتلافياً للتضارب في الأحكام، وعلى غرار بعض التشريعات العربية. فعلى سبيل المثال، أباح المشرع البحريني في قانون مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان، للطبيب إفشاء السر الطبي للمريض، إذا كان إفشائه ضرورياً، إما بسبب خطورة حالة المريض أو لأسباب أخرى يعتبرها الطبيب المعالج كافية لتبرير هذا الإفشاء، ولكنه مع ذلك قصر الإفشاء على أفراد العائلة القريبين وهم الزوجة أو الزوج أو الأب أو الأبناء البالغين⁽¹⁾. وهذا هو نفس الموقف بالنسبة للمشرع اليمني الذي ذهب إلى القول انه يجوز للطبيب إفشاء أسرار المريض إذا اقتضت الضرورة ذلك، ولكنه أيضاً اشترط أن يكون الإفشاء قاصراً على أحد أقارب المريض من الدرجة الأولى، ولم يبين من الذي يقدر الضرورة هل هو الطبيب أم القاضي؟⁽²⁾.

وكذلك أباح المشرع الإماراتي للطبيب إفشاء السر الطبي إذا كان الإفشاء لمصلحة الزوج أو الزوجة، ولكن يجب أن يكون الإفشاء لهما شخصياً⁽³⁾، وهذا هو نفس الموقف بالنسبة للمشرع الكويتي في قانون مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان والمهن المعاونة لهما⁽⁴⁾.

ولكن السؤال الذي نثيره هنا هو، ماذا لو كان الشخص صاحب المصلحة المشروعة في الإفشاء هو شخص أجنبي عن المريض، كما في حالة الشاب الذي يتقدم لخطبة فتاة وهو مصاب بمرض غير معدٍ، بحيث لو عرفت بهذا المرض لعزفت عن الزواج به، فهل يبيح للطبيب الذي علم بذلك المرض بحكم مهنته أن يفضي إلى الفتاة هذا السر؟ هذا ما لم تتطرق إليه التشريعات السابقة.

¹ تنظر المادة 26 من قانون مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان البحريني رقم 7 لسنة 1989.

² تنظر المادة 23 من قانون مزاوله المهن الطبية والصيدلانية اليمني رقم 26 لسنة 2002.

³ تنظر الفقرة 6/ب من المادة 5 من قانون المسؤولية الطبية الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 4 لسنة 2016.

⁴ تنظر الفقرة أ من المادة 6 من قانون مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان والمهن المعاونة لهما الكويتي رقم 25 لسنة 1981.

أما بالنسبة للحالات الأخرى التي أثارت جدلاً فقهيّاً أيضاً، كحالة اعتراف المريض للطبيب بأنه ارتكب جريمة اتهم فيها شخص آخر بريء، وحالة علم الطبيب وهو يعالج مريضاً عقلياً أو نفسياً أنه مقدم على ارتكاب فعل إجرامي ضد الغير أو ضد نفسه، فلا نجد ضرورة لذلك الجدل في العراق، كما هو الشأن بالنسبة للأمراض المعدية، حيث أنه في كلتا الحالتين يبيح للطبيب إفشاء السر الطبي الذي علم به بحكم مهنته، ولكن ليس على أساس حالة الضرورة - كما ذهب إليه البعض - بل على أساس المادة 437 من قانون العقوبات العراقي، والتي تنص على أنه: ((... ومع ذلك فلا عقاب إذا ... أو إذا كان إفشاء السر مقصوداً به الإخبار عن جناية أو جنحة أو منع ارتكابها))⁽¹⁾. حيث وازن المشرع في هذه الحالة وكذلك حالة الأمراض المعدية بين مصلحة المريض في الحفاظ على السر والمصلحة العامة في الحفاظ على الصحة العامة وفي الحفاظ على الأمن العام بمكافحة الجرائم ومنع وقوعها قبل ارتكابها، فرجّح المصلحة العامة باعتبارها أولى بالرعاية من المصلحة الخاصة.

المطلب الثالث: المصلحة الخاصة للمريض كمصلحة أولى بالرعاية

تتطلب مصلحة المريض أحياناً أن يفشي الطبيب سره المتعلق بمرضه إلى غيره كي يقدم له العناية التي تقتضيها حالته المرضية، كما لو كان مصاباً بمرض خطير يهدد حياته، فهل يحق للطبيب إفشاء السر الطبي لمن يهمله أمر المريض من أقربائه ومن غير ان تقوم مسؤوليته القانونية عن فعل الإفشاء، أم أنه تجنباً للعقاب يجب عليه أن يستأذن المريض بإفشاء سره إلى أحد من ذويه احتراماً لحق المريض في الخصوصية وفي السمعة والاعتبار؟ عليه وبناءً على ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول، رضاء المريض في إفشاء سره الطبي، ونتناول في الفرع الثاني رفض المريض إفشاء سره الطبي، وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: رضاء المريض في إفشاء سره الطبي

يقصد برضاء المريض في هذا الموضوع تعبير المريض عن موافقته على أن يفشي الطبيب ما أودعه إليه من سر أو ما أطلع عليه الطبيب بحكم خبرته من أسرار تتعلق بحالته المرضية⁽²⁾. ولما كانت الحماية الجزائية للأسرار باختلاف أنواعها في مواجهة النشر والإفشاء ترتبط بوجود الحق

¹ تنظر المادة 437 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.

² ينظر في تعريف الرضاء: د. أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010-2011، ص 184.

في الحياة الخاصة، ولما كان الحق في الحياة الخاصة يرتبط كل الارتباط بشخص صاحبه، فإن ممارسته تتوقف على مشيئة هذا الشخص ورغبته، فإذا شاء أن يفشي برضاه أسرار حياته الخاصة، فإن هذا الرضاء يزيل السرية في مواجهة النشر والإفشاء⁽¹⁾. ولكن هل يصدق هذا القول على الأسرار الطبية أيضاً باعتبارها أحد مظاهر الحق في الخصوصية، أم أن الرضاء بإفشاءها لا يزيل عنها السرية ومن ثم يتعرض للمسؤولية الجزائية الطبيب الذي حصل عليها بحكم مهنته وأفشاها؟

نظراً لاختلاف المصالح التي يحميها المشرع في جريمة إفشاء الأسرار الطبية، اختلفت الآراء حول حجية الرضاء بإفشاء السر الطبي، فذهب رأي إلى أن رضاء المريض لا يرفع عن فعل الإفشاء الصفة غير المشروعة، لذلك يعتبر الطبيب مرتكباً لجريمة إفشاء الاسرار الطبية إذا أفضى بها إلى الغير ولو كان المريض قد وافق على البوح بها⁽²⁾، وأهم ما احتج به هذا الرأي هو أن تجريم الإفشاء لم يقرر فقط حمايةً لمصلحة المريض الخاصة حتى يكون له أن ينزل برضاه عن هذه الحماية، وإنما قرر التجريم حمايةً لمصلحة المجتمع في السير السليم المنتظم لمهنة الطب كمهنة اجتماعية مهمة، فليست للمريض صفة في النزول عن هذه المصلحة⁽³⁾، فإن رضي بالإفشاء فإنه يكون قد محا الضرر الخاص به، إلا أن الضرر الاجتماعي يبقى موجباً للعقاب⁽⁴⁾.

بعبارة أخرى ان المشرع لا يهدف من خلال تجريم إفشاء السر الطبي إلى حماية المصلحة الخاصة للمريض فقط، ومن ثم لا يجد الإلتزام بكتمان السر أساسه في إرادة صاحب السر (المريض)، وإنما يتم ذلك من خلال نص القانون الذي يفرض هذا الإلتزام على الأطباء تحقيقاً للصالح العام على اعتبار ان جريمة إفشاء السر الطبي تقع على المجتمع أيضاً لا على صاحب السر لوحده، وان الغاية من تجريم الإفشاء هي حماية مصلحة أولى وأسمى وأعلى من مصلحة المريض⁽⁵⁾. وهذا ما سارت

¹ د. طارق سرور، قانون العقوبات- القسم الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 499-500.

² د. سامان عبدالله عزيز، المصدر السابق، ص 256.

³ د. محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص 881.

⁴ د. جمال سيد خليفة محمد، المصدر السابق، ص 449.

⁵ مسعود محمد صديق السليفاني، المصدر السابق، ص 406-407.

عليه محكمة النقض الفرنسية قديماً، حيث قررت: ((أن الإلتزام بسر المهنة أو الوظيفة هو التزام مطلق وعام ولا يجوز لأحد أن يعفي الأمانة على تلك الأسرار من التزامهم حتى ولو وافق صاحب السر نفسه))⁽¹⁾.

وبعكس الرأي السابق يذهب آخرون إلى أن صاحب السر (المريض) هو سيد سره، ومن ثم إذنه بالإفشاء يرفع عن الطبيب واجب الكتمان ويبيح له إفشاء السر الطبي، لأنه وإن كان الغرض من وجوب الكتمان هو المحافظة على المصلحة العامة - كما يذهب إليه أصحاب الرأي الأول - إلا أن لصاحب السر (المريض) الحق الأول في طلب الكتمان أو الإفشاء⁽²⁾. فهذا يعني أن المشرع بنصه على تجريم فعل إفشاء السر إنما كان يستهدف بالدرجة الأولى حماية خصوصية وشرف واعتبار صاحب السر فضلاً عن المصلحة العامة التي تكمن وراء تلك الحماية⁽³⁾، بمعنى أن هذا الرأي لا ينكر أن علة التجريم هي حماية مصلحة عامة أيضاً، ولكنه يقرر أن هذه الحماية لا تهدر إلا إذا كان إفشاء السر بغير رضا صاحبه، لأن إفشاء الطبيب للسر الطبي بناءً على إذن أو رضا المريض لا يمس الثقة التي توضع في مهنة الطب، لأنه نَفَذَ إرادة المريض (صاحب السر)، خاصة في الأحوال التي تقتضي مصلحة المريض الخاصة مثل هذا الإفشاء⁽⁴⁾.

عليه وبما أنه لصاحب السر أن يفشي سره بنفسه ومن ثم لا جريمة في فعله على اعتبار أن فعل الإفشاء هذا نوعاً من التصرف في حقه، فلا جريمة إذا تصرف في هذا الحق عن طريق غيره بأن رخص له بإفشاء السر، فمثلاً إذا أفشى الطبيب السر الطبي بناءً على إذن أو رضا المريض فلا تقع بفعله جريمة إفشاء الأسرار الطبية⁽⁵⁾. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه: ((لا عقاب على إفشاء السر إذا كان لم يحصل إلا بناءً على طلب صاحب السر، فإذا طلب المريض بواسطة

¹ نقض فرنسي، في 1966/12/22. أشار إليه: موفق علي عبيد، المصدر السابق، ص 138.

² جندي عبدالملك، المصدر السابق، ص 57؛ د. أحمد كامل سلامة، المصدر السابق، ص 115.

³ د. حسنين إبراهيم صالح عبيد، الوجيز في قانون العقوبات - القسم الخاص، المصدر السابق، ص 271.

⁴ د. محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص 882.

⁵ د. محمود نجيب حسني، المصدر السابق؛ د. فتحة قوراري، مسؤولية الطبيب الجنائية في ضوء أحكام التشريع والقضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة - دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة الثامنة والعشرون، 2004، ص 248.

زوجه شهادة بمرضه من الطبيب المعالج فليس إعطاء هذه الشهادة إفشاءً لسر معاقب عليه⁽¹⁾. وهذا هو نفس ما استقر عليه القضاء الفرنسي، حيث قضت محكمة النقض بأن: ((للمريض الحق إذا كان بالغاً ولوالده إذا كان قاصراً في أن يطلب من الطبيب إفشاء نوع المرض))⁽²⁾.

أما على الصعيد التشريعي فقد عدت أغلب التشريعات العربية رضاء المريض سبباً لإبادة إفشاء السر الطبي، فمثلاً تنص المادة 437 من قانون العقوبات العراقي على أنه: ((.... ومع ذلك فلا عقاب إذا اذن بإفشاء السر صاحب الشأن فيه...))⁽³⁾، وهذا هو نفس الموقف بالنسبة للمشرع البحريني في المادة 371 من قانون العقوبات، والمشرع الإماراتي في المادة 432 من قانون الجرائم والعقوبات⁽⁴⁾. ولم تكتفي بعض التشريعات بالنصوص العامة الواردة في قانون العقوبات بخصوص إبادة إفشاء السر الطبي بأذن ورضاء المريض، بل أكدت على ذلك في القوانين ذات الصلة بمهنة الطب أيضاً، منها على سبيل المثال قانون مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان البحريني نص على أنه: ((لا يجوز لأي طبيب أن يفشي سراً خاصاً وصل إلى علمه عن طريق مهنته إلا أو بناءً على موافقة المريض كتابة على إفشائه....))⁽⁵⁾. وكذلك نص المشرع الإماراتي في قانون المسؤولية الطبية على أنه: ((يحظر على الطبيب ما يأتي: 6- إفشاء أسرار المريض، ولا يسري هذا الحظر... أ- إذا كان إفشاء السر بناءً على طلب المريض أو موافقته...))⁽⁶⁾. وأباح المشرع

¹ نقض مصري، 9 ديسمبر، سنة 1940، مجلة المحاماة، السنة الخامسة والعشرون، بند 297، ص 681. نقلاً عن: د. أحمد كامل سلامة، المصدر السابق، ص 116.

² Cass.Civ.26- 5- 1914. D.1919-1- 56.

أشار إليه: عبدالرحيم صباح، المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء السر المهني، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، 2011، ص 182، والمتاح على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://dspace.univ-ouargla.dz/jspui/bitstream/123456789/7262/1/D0409.pdf>

تأريخ آخر زيارة 2023/1/30

³ تنظر المادة 437 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.

⁴ تنظر المادة 371 من قانون العقوبات البحريني رقم 15 لسنة 1976 المعدل، والمادة 432 من قانون الجرائم والعقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 31 لسنة 2021.

⁵ تنظر المادة 26 من قانون مزاوله مهنة الطب البشري البحريني رقم 7 لسنة 1989.

⁶ تنظر الفقرة 6/أ من المادة 5 من قانون المسؤولية الطبية الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 4 لسنة 2016.

الكويتي أيضاً إفشاء السر الطبي إذا وافق صاحب السر على إفشاءه وذلك بموجب الفقرة د من المادة 6 من قانون مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان والمهن المعاونة لهما رقم 25 لسنة 1981.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أنه فضلاً عن الشروط الواجب توافرها في الرضاء لكي يعتد به كسبب لإبادة إفشاء السر الطبي⁽¹⁾، يلتزم الطبيب الذي حصل على رضاء المريض بإفشاء سره بعدة التزامات لصالح المريض، وتتمثل في : الإلتزام بالوقائع التي كانت محلاً للرضاء، أي لا يحق للطبيب إفشاء وقائع أخرى غير تلك التي تمت الموافقة على إفشاءها، وكذلك يلتزم الطبيب بأن لا يتجاوز في إفشاء السر الغاية التي اتفق عليها الطرفان، فلا يملك الطبيب استخدام الإفشاء لتحقيق غاية أخرى، وأيضاً على الطبيب أن يلتزم بالوسيلة التي كانت محلاً للرضاء، فإذا أعطى المريض الأذن للطبيب بإفشاء السر بوسيلة معينة، فعلى الطبيب عند الإفشاء أن يلتزم بهذه الوسيلة دون غيرها، فعلى سبيل المثال قد يسمح المريض لطبيبه أن يفشي سره لأغراض علمية وبصورة شفوية، فلا يجوز للطبيب أن يفشي السر لأغراض تجارية أو دعائية وبوسائل كتابية أو سمعية أو بصرية وإلا سيُسأل عن جريمة إفشاء الأسرار الطبية⁽²⁾.

الفرع الثاني: رفض المريض إفشاء سره الطبي

قد يحقق إفشاء السر الطبي مصلحة مشروعة للمريض ولكنه رغم ذلك يرفض إفشاء مثل هذا السر لمصلحة خاصة به يراها المريض أكثر أهمية من المصلحة في إفشاءه، كما لو كان في الإفشاء إنقاذاً لحياته من خطر الموت، فهل يقف الطبيب في مثل هذه الأحوال صامتاً داخل سياج السر الطبي استجابةً لطلب المريض بعدم الإفشاء، أم عليه أن يبادر إلى إخبار ذويه لمساعدته في العلاج دون إعتبار لرفضه ومن غير أن يترتب عليه أية مسؤولية عن فعل الإفشاء؟

بالرجوع إلى التشريع العراقي لا نجد فيه نصاً يبيح للطبيب في مثل هذه الحالة إفشاء السر الطبي، وكذلك الحال بالنسبة لمعظم التشريعات العربية، الأمر الذي دفع بالبعض إلى القول بإبادة

¹ تتمثل هذه الشروط في صدور الرضاء من صاحب السر، ويجب أن يصدر الرضاء عن إرادة حرة وعن علم وإدراك، وأن يصدر صراحة أو ضمناً، وأن يكون معاصراً لوقت الإفشاء أو سابقاً عليه. ينظر تفصيل هذه الشروط: د. عبدالله أوهايبية، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، موفم للنشر، الجزائر، 2015، ص 200-201؛ د. سامان عبدالله عزيز، المصدر السابق، ص 262 وما يليها؛ د. هشام اليوسفي، المصدر السابق، ص 135-136.

² د. طارق سرور، المصدر السابق، ص 515-516.

الإفشاء في حالة ما إذا كان ذلك يحقق مصلحة مشروعة للمريض حتى وإن كان الأخير يرفض إفشاء السر المتعلق بحالته المرضية تحقيقاً لمصلحة يراها المريض أكثر أهمية من المصلحة في الإفشاء، ويعلل صاحب هذا الرأي قوله بأنه من المبادئ المقررة في الفقه الحديث أن المشرع لم ينص على أسباب الإبادة على سبيل الحصر⁽¹⁾، وإنما نص على أهمها وأكثرها تطبيقاً وترك للفقه والقضاء أن يستظهدا العلة العامة للإبادة، وأن يقيما على أساس منها أسباب الإبادة، وإحدى عتلي الإبادة هو مبدأ "رجحان المصلحة" ومضمونه أنه إذا كان الفعل ينتج اعتداءً على حق ولكنه في ذات الوقت يصون حقاً أجدر بالرعاية، فإنه يتعين إباحتها حماية للحق الذي يصونه، وفي جريمة إفشاء الأسرار الطبية إذا كان تجريم الإفشاء قد تم من أجل حماية مصلحة اجتماعية معينة، فإنه يتعين إبادة هذا الإفشاء إذا ثبت وفي ظروف معينة أن الإفشاء يحقق مصلحة اجتماعية أكثر أهمية من الأولى، ويعني هذا ان استخلاص سبب الإبادة في جريمة إفشاء الأسرار يقوم على أساس المقارنة بين المصلحة في كتمان السر والمصلحة في إفشاءه وترجيح الثانية على الأولى، عليه إذا تبين للطبيب ان المريض مصاب بمرض خطير يهدد حياته وان علاجه يقتضي إبلاغ ذويه أو إخبار زوجته بمرضه كي تقدم له العناية التي تقتضيها حالته، فلا جريمة إذا أبلغها الطبيب بذلك المرض، لأن المصلحة في كتمان المرض أقل أهمية من المصلحة في إنقاذ الحياة، وبالتالي ان المصلحة التي يحققها إفشاء السر هي أولى بالرعاية وأجدر بالحماية من المصلحة التي يحققها كتمان السر⁽²⁾.

بالرغم من أن الرأي المتقدم ينسجم مع ما يتسم به مهنة الطب من كونها مهنة انسانية تهدف إلى إنقاذ الناس من الأمراض التي تشكل خطراً على حياتهم أو سلامة جسدهم، إلا أنه لا يمكن الأخذ

¹ يذهب البعض إلى أنه من مقتضيات مبدأ الشرعية الجزائية أن يحدد المشرع الأفعال التي يعدها جرائم لسبب كونها تشكل إعتداءات تطال مصالح اجتماعية جديرة بالحماية الجزائية، ويرتبط بذلك ان المشرع عليه أن يكون مكلفاً بتقدير الحالات والظروف التي يتعين معها أن يباح للفرد المساس بتلك المصالح بما يترتب عليه ان أسباب الإبادة ترد في القانون على سبيل الحصر، على ان حصر اسباب الإبادة لا يتعارض مع التعويل على القياس في تفسير القواعد القانونية التي تقرر الإبادة. ينظر: د. حميد السعدي، المصدر السابق، ص 333؛ د. فخري عبدالرزاق صليبي الحديثي، المصدر السابق، ص 105؛ د. طلال عبد حسين البدراني، المصدر السابق، ص 348؛ د. سليمان عبدالمنعم، المصدر السابق، ص 352.

² د. محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص 888-889.

به على إطلاقه من الناحية القانونية، فعلى سبيل المثال: إذا كان هذا الرأي يتوافق مع الحالات التي نص فيها المشرع صراحة على إبادة إفشاء السر الطبي تحقيقاً لمصلحة عامة يراها المشرع أنها أجدر بالرعاية من المصلحة الخاصة للمريض في كتمان السر، كما في حالة إفشاء السر للتبليغ عن الأمراض المعدية أو أداء الشهادة أو الإخبار عن جريمة وقعت أو في سبيلها إلى الوقوع⁽¹⁾، ومن ثم إذا وجدت حالة غير منصوص عليها قانوناً تتعارض فيها المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة في إفشاء السر، فيمكن للقاضي أن يلجأ فيها إلى القياس والحكم بإبادة الإفشاء على أساس إحدى عتلي الإبادة وهو مبدأ "رجحان المصلحة".

ولكن برأينا لا يمكن للقاضي أن يقيس الحالة التي تتعارض فيها المصلحة في إفشاء السر مع المصلحة في كتمانها، وكانت كلتا المصلحتان تخصان المريض وحده، على الحالات التي تتعارض فيها المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة وإن كانت هذه الحالات منصوصة عليها قانوناً، لأن علة الإبادة وهي "رجحان المصلحة" وصف قاصر عليها لا تتعدى إلى غيرها من الحالات التي تتعارض فيها المصلحة الخاصة للمريض مع مصلحة أخرى خاصة به، طالما أن أساس القياس هو المشاركة بين المقيس (الفرع) والمقيس عليه (الأصل) في الحكم⁽²⁾، بمعنى أن علة الإبادة والتي هي رجحان المصلحة وصف قاصر على الأصل، الذي هو حالة تعارض المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة، ولا يتعدى إلى الفرع، الذي هو حالة تعارض المصلحة الخاصة مع مصلحة خاصة أخرى.

عليه وبناءً على ما تقدم لا يجوز للقاضي أو للطبيب مثلاً أن يقرر نيابة عن المريض أو المشرع أن المصلحة المرتبطة بالحق في الحياة أجدر بالرعاية وأولى بالحماية من المصلحة المرتبطة بالحق في الخصوصية أو بالحق في السمعة والاعتبار بحجة انقاذ حياة المريض، لأن الأخير قد يهمله الحفاظ على سمعته واعتباره في الوسط الذي يعيش فيه أكثر من الحفاظ على حياته، ويفضل أن تبقى حياته مهددة أو يفضل الموت على أن يعرف أهله أو ذويه بطبيعة مرضه، خصوصاً إذا كان المرض مما يُعاب عليه الشخص وفق ما هو سائد من أعراف وتقاليد داخل المجتمع، فيجب احترام رغبة المريض في مثل هذه الأحوال، وهذا ما فعله المشرع الفرنسي في الفقرة الثانية من المادة 35-4127R

¹ فمثلاً تنص المادة 437 من قانون العقوبات العراقي على أنه: ((... ومع ذلك فلا عقاب إذا أذن بإفشاء السر صاحب الشأن فيه أو كان إفشاء السر مقصوداً به الإخبار عن جنائية أو جنحة أو منع ارتكابها)).

² ينظر في تفصيل شروط القياس: د. طلال عبد حسين البدراني، المصدر السابق، ص 330 وما يليها.

من المدونة الفرنسية لأخلاقيات مهنة الطب الصادرة عام 2013⁽¹⁾، حيث ذكر فيها ان المرض إذا كان قاتلاً فيلتزم الطبيب بالإفصاح للمريض بعواقب المرض المميتة أو يفصح عن ذلك لأقاربه أو الشخص المسموح له بذلك باذن من المريض، ما لم يكن المريض قد منع الطبيب مسبقاً من الإفصاح عن مرضه لأحد ممن ذكرناهم، وما لم يكن المرض يشكل خطراً على الغير⁽²⁾.

فإذا أُريد أن تكون المصلحة الخاصة المرتبطة بحق المريض في الحياة هي الغالبة على المصلحة الخاصة في كتمان السر المتعلق بحالته المرضية، على المشرع دون غيره أن يفعل ذلك ويفصح عنه بنص قانوني، لا أن يترك الأمر لاجتهادات الفقه والقضاء ليقرر ذلك باللجوء إلى القياس، طالما أنه في مجال الأسرار الطبية الأصل هو كتمان السر والأستثناء هو الإفشاء، والاستثناء كما هو معلوم ينبغي أن يكون محددًا بشكل حصري وبنص قانوني بحيث لا يقبل التوسع في تفسيره، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى - وكما سبق القول - أن القانون هو من يتولى تحقيق الموازنة بين المصالح المتعارضة ومن ثم التوفيق بينها أو ترجيح إحداها على الأخرى، فإذا كان المشرع قد فعل ذلك بالنسبة للحالات التي تتعارض فيها المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة، فمن المستحسن أن يفعل ذلك أيضاً وفي مجال الأسرار الطبية بالنسبة للحالات التي تتعارض فيها المصالح الخاصة بعضها مع البعض، ويرجح إحداها على الأخرى حسب قيمة وأهمية المصلحة ووظيفتها الاجتماعية داخل المجتمع، تجنباً لاختلاف الآراء وتضارب الأحكام. وهذا ما فعله المشرع البحريني في قانون مزاوله مهنة الطب

¹ المدونة الفرنسية لأخلاقيات مهنة الطب الصادرة في 2013 منشورة على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.conseilnational.medecin.fr/sites/default/files/external->

package/edition/168yke7/code_de_deontologie_version_anglaise.pdf تاريخ آخر زيارة 13-

² Second paragraph of Article no. 35-R4127 of French Code of medical ethics : ((However, a doctor must respect a patient's request not to be informed of a diagnosis or a prognosis, unless others are in danger of contamination great care must be taken in revealing a terminal prognosis, but persons close to the patient should normally be informed, unless the patient has already indicated that he does not wish them to be informed or has designated third parties to whom the information should be given)).

البشري وطب الأسنان، حيث أباح للطبيب إفشاء السر الطبي إذا اقتضت خطورة حالة المريض هذا الإفشاء، ولكن بشرط أن يكون الإفشاء ضرورياً وقاصراً على أحد أفراد العائلة القريبين وهم الزوج أو الزوجة أو الأب أو الأبناء البالغين⁽¹⁾. وكذلك أجازت الفقرة الأولى من المادة 30 من الميثاق الإسلامي العالمي للأخلاقيات الطبية والصحية للطبيب إفشاء السر الطبي إذا كان في إفشاءه مصلحة للمريض.

أما بالنسبة للمشرع العراقي فلا يفضل أن يقرر إباحة إفشاء السر تحقيقاً لمصلحة خاصة بالمريض إذا فضّل الأخير الكتمان، ولم يكن لمرضه خطورة على الآخرين، أي عليه أن يساير رغبة وإرادة المريض في ذلك كما فعله المشرع الفرنسي، أما ماعداها من الحالات التي تتعارض فيها المصلحة الخاصة للمريض في كتمان السر الطبي مع مصلحة خاصة في الإفشاء سواءً أكانت هذه المصلحة خاصة بالطبيب أم بالغير، من الأفضل أن يتولى المشرع بنفسه مهمة تحقيق الموازنة بينها ومن ثم التوفيق بينها أو ترجيح إحداها على الأخرى.

¹ تنظر المادة 26 من قانون مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان رقم 7 لسنة 1989.

خاتمة

بعد أن انتهينا من كتابة بحثنا الموسوم (المصلحة الخاصة الأولى بالرعاية في إبادة إفشاء السر الطبي - دراسة مقارنة في ضوء أحكام المادة 437 من قانون العقوبات العراقي والقوانين ذات الصلة بمهنة الطب) توصلنا إلى عدة استنتاجات وتوصيات أهمها هي ما يأتي:

أولاً: الاستنتاجات

1- ان المشرع - كقاعدة عامة - هو الذي يتولى مهمة تقييم المصالح المتعارضة، ومن ثم التوفيق بينها أو ترجيح إحداها على الأخرى، طالما أنه لا يمكن أن يتيسر ذلك إلا في ضوء القانون، وان المعيار المعتمد في ذلك هو الوظيفة الاجتماعية التي تؤديها المصلحة للمجتمع ومجموعة العوامل الاجتماعية والاقتصادية والسياسية بما في ذلك الاعراف والتقاليد السائدة في المجتمع. والمصلحة الأولى بالرعاية هي المصلحة الأكثر أهمية في نظر المشرع بالاستناد إلى هذا المعيار.

2- يشترط في المصلحة الأولى بالرعاية نفس ما يشترط في المصلحة المعتبرة للتجريم من شروط، وهي أن تستند إلى حق وأن تكون محمية بنص قانوني وأن تكون مشروعة ومعرضة للخطر.

3- لم يعرف المشرع العراقي السر الطبي لا في قانون العقوبات ولا في القوانين ذات الصلة بمهنة الطب، حاله حال معظم التشريعات العربية، بالرغم من أنه جرم إفشاء السر الطبي وفق المادة 437 من قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969.

4- تعددت الآراء الفقهية حول تحديد معنى السر الطبي تبعاً لاختلاف المعايير التي نودي بها كأساس لتحديد الصفة السرية للمعلومات والوقائع المتعلقة بالحالة المرضية للمريض، ولكن المعيار الأكثر قبولاً وتأييداً لدى الفقه وشراح القانون الجنائي هو معيار المصلحة الذي يتحدد على أساسه معنى السر الطبي.

5- يشترط في المعلومات والوقائع محل السر الطبي أن تعد من الأسرار الطبية وصلت إلى علم الطبيب بحكم مهنته الطبية، وأن تتعلق بشخص معين، وأن لا تكون معلومة للجمهور بشكل يقيني

مسبقاً، وأن يكون للمريض مصلحة مشروعة في كتمان هذه المعلومات والوقائع، وتتمثل هذه المصلحة في صيانة المكانة الاجتماعية للمريض.

6- لم ينص المشرع العراقي في قانون العقوبات ولا في القوانين ذات الصلة بمهنة الطب على إباحة إفشاء السر الطبي، إذا كان القصد منه هو دفاع الطبيب عن نفسه أمام القضاء، أو كان الغرض منه تحقيق مصلحة مشروعة للغير، بعكس بعض التشريعات العربية كقانون المسؤولية الطبية الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 4 لسنة 2016، وقانون مزاوله المهن الطبية والصيدلانية اليمني رقم 26 لسنة 2002.

7- إن اذن المريض بإفشاء سره الطبي يرفع عن الطبيب واجب الكتمان ويبيح له الإفشاء، وهذا ما أكدت عليه معظم التشريعات العربية ومن ضمنها بطبيعة الحال التشريع العراقي وفي المادة 437 من قانون العقوبات.

8- لا يوجد في التشريع العراقي - كما هو الحال في أغلب التشريعات العربية - نصاً يبيح بموجبه للطبيب إفشاء السر الطبي، بالرغم من رفض المريض لهذا الإفشاء، إذا كان في الإفشاء تحقيقاً لمصلحة خاصة بالمريض ذاته، كما لو كان في الإفشاء إنقاذاً لحياته من خطر الموت.

ثانياً: التوصيات

بناءً على ما تقدم نوصي المشرع العراقي إما بتعديل قانون نقابة الأطباء على نحو يذكر فيه وبشكل مفصل حالات إباحة إفشاء السر الطبي، إذا تطلب مصلحة خاصة إفشاء مثل هذا السر وعلى غرار المشرع الإماراتي في قانون المسؤولية الطبية، والمشرع البحريني واليميني والكويتي في قوانينهم الخاصة بمزاوله المهن الطبية والمهن المعاونة لها، أو تعديل المادة 437 من قانون العقوبات العراقي وبالشكل الذي يستوعب جميع حالات إباحة إفشاء السر الطبي تحقيقاً لمصلحة خاصة أولى بالرعاية من مصلحة المريض في كتمان السر ، سواءً أكانت المصلحة الأولى بالرعاية تتعلق بالطبيب أو بالغير، ونقترح عليه الصيغة الآتية:

((يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تزيد على 225000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من علم بحكم وظيفته أو مهنته أو طبيعة عمله بسر فأفشاه في غير الأحوال المصرح

بها قانوناً أو استعمله لمنفعته أو منفعة شخص آخر، ومع ذلك لا جريمة إذا تم الإفشاء في الأحوال الآتية:

- 1- إذا كان إفشاء السر بناءً على طلب صاحب السر أو موافقته.
- 2- إذا كان الغرض من الإفشاء الإخبار عن جنابة أو جنحة أو منع ارتكابها، أو بقصد التبليغ عن مرضٍ معدٍ ويكون التبليغ أو الإخبار في هذه الأحوال للسلطة المختصة بذلك.
- 3- إذا كان الأمين على السر بحكم المهنة أو الوظيفة أو طبيعة العمل مكلفاً من سلطة قضائية أو سلطة تحقيق رسمية باعتباره خبيراً، أو إذا استدعته إحداها بصفته شاهد في تحقيق أو في دعوى جزائية، أو كان الغرض من إفشاءه للسر هو دفاعه عن نفسه أمام تلك الجهات وبحسب ما تقتضيه حاجة الدفاع)).

المصادر

أولاً: المؤلفات القانونية

1. أحمد أمين بك، شرح قانون العقوبات الأهلي، المجلد الثالث، الطبعة الثالثة، الدار العربية للموسوعات، بيروت، 1982.
2. د. أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010-2011.
3. د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص، الطبعة الرابعة، القاهرة، 1991.
4. د. أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية للأسرار المهنية في التشريع المصري والمقارن، دون مكان نشر، 1980.
5. د. جلال ثروت، نظم القسم الخاص، الجزء الأول، جرائم الاعتداء على الأشخاص، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، الاسكندرية، 1984.
6. جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الثاني، دون مكان نشر، 2008.
7. د. حسنين ابراهيم صالح عيد، الوجيز في قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
8. د. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1976.
9. د. سامان عبدالله عزيز، المسؤولية الجنائية الناشئة عن إفساء الأسرار المهنية والوظيفية - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، 2015.
10. د. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات - دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
11. د. طارق سرور، قانون العقوبات - القسم الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
12. د. طلال عبد حسين البدراني، الشرعية الجزائية، الطبعة الأولى، مركز البحوث القانونية - وزارة العدل في اقليم كوردستان العراق، 2022.

13. د. عبدالخالق مطلق صالح الخفاجي، المصلحة المعتبرة في جريمة نقل العدوى بفايروس كورونا، المركز الاكاديمي للنشر، الاسكندرية، 2021.
14. د. عبدالفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية، دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة طبع.
15. د. عبدالله أوهابيه، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، موفم للنشر، الجزائر، 2015.
16. د. علي مجيد العكلي و د. إيمان عبدالله العزاوي، المصلحة المعتبرة في الازدواج التشريعي، دراسة دستورية جنائية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2020.
17. د. فخري عبدالرزاق صليبي الحديثي، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، مطبعة الزمان، بغداد، 1996.
18. د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
19. د. محمد ابراهيم الدسوقي علي، الموسوعة القانونية في مسائل الأطباء عن أخطاءهم المهنية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019 - 2020.
20. د. محمد مردان، المصلحة المعتبرة في التجريم، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014 - 2015.
21. د. محمود جلال طه، اصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2004.
22. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
23. مسعود محمد صديق السليفاني، المسؤولية الجنائية عن الاخلال بأسرار المهنة، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2017.
24. د. ميثم فالح حسين و د. أكرم كريم خضير سبتي، المصلحة المعتبرة في جرائم المخالفات، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2023.

25. د. هشام ليوسف، الحماية الجنائية للسر المهني، الطبعة الأولى، دار الوليد للنشر والتوزيع، القاهرة، 2015.

26. د. وعدي سليمان المزوري، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية (نظرياً وعملياً)، الطبعة الأولى، دهبوك، 2013.

ثانياً: البحوث والمقالات المنشورة

1. د. الشهابي ابراهيم الشرفاوي، التزام الطبيب بحفظ أسرار المرضى "الأصل والاستثناء"، دراسة مقارنة في تشريعات مصر والامارات والكويت مقارنة بنصوص الميثاق الاسلامي العالمي للاخلاقيات الطبية والصحية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة الثانية والثلاثون، 2008.

2. د. جمال سيد خليفة محمد، افساء السر المهني بين الضوابط القانونية واعتبارات المصلحة الأولى بالرعاية، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، المجلد الأول، العدد الثالث والسبعون، 2020.

3. د. حسنين ابراهيم صالح عبيد، فكرة المصلحة في قانون العقوبات، بحث منشور في المجلة الجنائية القومية الصادرة عن المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية في جمهورية مصر العربية، المجلد السابع عشر، العدد الثاني، 1974.

4. د. عادل عازر، مفهوم المصلحة القانونية، مقال منشور في المجلة الجنائية القومية الصادرة عن المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، جمهورية مصر العربية، المجلد الخامس عشر، العدد الثالث، 1972.

5. د. عبدالسلام الترماني، السر الطبي، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة الخامسة، يونيو 1981.

6. د. فتيحة قوراري، مسؤولية الطبيب الجنائية في ضوء أحكام التشريع والقضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة - دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة الثامنة والعشرون، 2004.

7. د. محمد عبدالله ابو علي، نظرية المصالح الاجتماعية، مقال منشور في المجلة الجنائية القومية الصادرة عن المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، جمهورية مصر العربية، المجلد السابع عشر، العدد الأول، 1974.

8. د. محمود محمود مصطفى، مدى المسؤولية الجنائية للطبيب إذا أفشى سراً من أسرار مهنته، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد الاول، السنة الحادية عشرة، 1941.

ثالثاً: المواقع الالكترونية

1. د. أحمد حمد الله أحمد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجرائم الواردة في قوانين مزاوله مهنة الطب وقانون العقوبات، بحث منشور في مجلة الكوفة، كلية القانون، جامعة الكوفة، العدد 36 ص 49 والمتاح على الموقع الإلكتروني التالي:

https://www.researchgate.net/publication/341713527_almswwlyt_aljnayyt_II_tbyb_n_aljraym_alwardt_fy_qwanyn_mzawlt_mhnt_altb_wqanwn_alqwb

2. حامد محمود حسن عصفرة، المسؤولية الجنائية التي تترتب عن جريمة إفشاء السر المهني للطبيب في التشريع الجزائري، بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد التسلسلي 22، 2020، ص 720، والمتاح على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://https://www.asip.cerist.dz/en/article/112755>

3. شنة زاوي، الالتزام بكتمان السر الطبي: المفهوم، الحدود والجزاء، بحث منشور في مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والانسانية، المجلد 18، العدد 1، 2019، ص 423، والمتاح على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/49/18/1/84614>

4. عبدالكريم دكاني، إفشاء السر الطبي بين التجريم والإباحة، بحث منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/133/6/1/58776>

5. عبدالرحيم صباح، المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء السر المهني، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، 2011، ص 182، والمتاح على الموقع الإلكتروني التالي:

[https://dspace.univ-](https://dspace.univ-ouargla.dz/jspui/bitstream/123456789/7262/1/D0409.pdf)

[ouargla.dz/jspui/bitstream/123456789/7262/1/D0409.pdf](https://dspace.univ-ouargla.dz/jspui/bitstream/123456789/7262/1/D0409.pdf)

6. المدونة الفرنسية لأخلاقيات مهنة الطب الصادرة في 2013 منشورة على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.conseilnational.medecin.fr/sites/default/files/external->

[package/edition/168yke7/code_de_deontologie_version_anglaise.pdf](https://www.conseilnational.medecin.fr/sites/default/files/external-package/edition/168yke7/code_de_deontologie_version_anglaise.pdf)

رابعاً: القوانين

1. قانون ممارسة الطب في العراق رقم 503 لسنة 1925.
2. قانون العقوبات العراقي النافذ رقم 111 لسنة 1969.
3. قانون نقابة الأطباء العراقي رقم 81 لسنة 1984.
4. قانون العقوبات البحريني رقم 15 لسنة 1976.
5. قانون مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان والمهن المعاونة لهما الكويتي رقم 25 لسنة 1981.
6. قانون مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان البحريني رقم 7 لسنة 1989.
7. قانون مزاولة المهن الطبية والصيدلانية اليمني رقم 26 لسنة 2002.
8. قانون المسؤولية الطبية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم 4 لسنة 2016.
9. قانون مزاولة مهنة الطب البشري الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 5 لسنة 2019.
10. قانون الجرائم والعقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 31 لسنة 2021.

الآثار المحتملة لتقنية البلوك تشين على النظام القانوني التقليدي في التعاقد والإثبات

نجلاء توفيق فليح

أستاذ قانون الإجراءات المدنية المشارك

كلية القانون جامعة عجمان

تاريخ القبول: 2023-06-03

تاريخ التسليم: 2022-05-23

**The potential effects of blockchain technology on the traditional
legal system in contracting and proof.**

Najlaa T. Flayyih

Associate Professor

Ajman University

College of Law

ملخص البحث:

البلوك تشين عبارة عن قاعدة بيانات لامركزية، لا تعتمد على وسطاء، وتجري عبرها المعاملات المالية وغير المالية بطريقة موثقة، ومصدقة بالشكل الذي يضمن أمنها المعلوماتي، كما إنها تضمن سرية البيانات من خلال التشفير. إن كان الانترنت يشكل ابتكاراً ثورياً في مجال تبادل المعلومات، فإنّ البلوك تشين من طرفه يشكل ابتكاراً ثورياً في مجال تبادل، ونقل القيمة بمفهومها الاقتصادي. هذه التقنية تدعو إلى إعادة النظر في الأنظمة القانونية التقليدية، بحيث قد تؤدي إلى استبعاد العديد من المبادئ القانونية الراسخة التي ستصبح بلا فائدة مع التوسع في تطبيق هذه التقنية، يطرح البلوك تشين أسئلة عميقة حول النماذج القانونية التقليدية المؤلدة لعنصري الثقة، والأمن القانوني، هذه النماذج التي ترتبط في مجتمعاتنا بالقانون كناظم للعلاقات البشرية، وبالذولة، وبالبنوك، وبكتاب العدل، وما إلى ذلك.

نسعى من خلال هذا البحث استشراف الدور الذي يمكن أن يقوم به البلوك تشين في المعاملات المدنية وما يمكن أن تحدثه من تغييرات في طريقة التعاملات المدنية الأمر الذي سيؤثر حتماً على أدوار الفاعلين التقليديين في ظل النظام القانوني التقليدي للمعاملات المدنية من حيث التعاقد والإثبات والتوثيق والتصديق. وللوصول إلى هذا الهدف سنتبع الأسلوب الوصفي في كتابة هذا البحث لاستشراف ما يمكن أن تحدثه من آثار في نظام المعاملات المدنية بشكل عام.

الكلمات المفتاحية: بلوك تشين، البتكوين، العقود الذكية، التوثيق الرقمي، الإثبات

Abstract

The blockchain is a decentralized database that operates without intermediaries. It facilitates financial and non-financial transactions in a documented and certified manner. It ensures the security of information and guarantees data confidentiality through encryption. If the internet represents a revolutionary innovation in the realm of information exchange, the blockchain, in turn, revolutionizes the exchange and transfer of economic value. This technology prompts a critical examination of traditional legal systems, potentially rendering many well-established legal principles unnecessary as its application expands. The blockchain poses profound questions regarding the traditional legal models that establish trust and legal certainty. These models, which are intertwined with the law as a regulator of human relations, encompass entities such as the state, banks, notaries, and more.

Keywords: blockchain, bitcoin, smart contracts, digital authentication, proof

مقدمة:

لا شكّ بأنّه من الصعب جداً تكوين فكرة واضحة عن البلوك تشين بالنظر إلى كل ما يكتب عن هذه الظاهرة الجديدة، ولكن ما هو مؤكد أنّ هذه الظاهرة تتضخم بشكل كبير. وإن كانت هذه الظاهرة قد بدأت في المجال النقدي، فإنها أصبحت تُستعمل بشكل متزايد في مجالات أخرى.

ولعل الصعوبة في تحديد فكرة واضحة حول البلوك تشين يعود إلى عدم وجود تعريف واضح لهذا المصطلح، فالتعريفات التي تتناوله تتسم بالتعقيد، والتجريد، وتُكتب غالباً باستعمال مفردات تقنية بحتة. وما عدا الخبراء فإن الصورة النمطية لهذا المصطلح يثير في أذهان غير المختصين الصعود الناري للعمليات الافتراضية، أو كونها أداة معقدة بيد بعض المحتالين الناشطين على شبكة الانترنت. ولذلك وحتى نتمكن من تحديد التأثير المحتمل لهذه التكنولوجيا على العالم القانوني، من المهم فهم آلياتها، وكيف تعمل، وكذلك الآثار والعواقب الملموسة.

ويمكن القول أنّ الميزة الرئيسية للبلوك تشين أنه يعمل بدون وجود طرف متحكّم بالشبكة بشكل مركزي، كما إنه يتم بدون وسيط، وبدون مخدّم رئيسي. وتضمن شبكة المستخدمين للبلوك تشين وهم أطراف مستقلون عدم إمكانية تغيير أو تعديل المعلومات. كل كمبيوتر يحتوي على نسخة من البلوك تشين يشكل "عقدة" تضمن سلامتها باستمرار. هذا هو السبب في أن تقنية البلوك تشين قوية للغاية، فهي ليست طرفاً ثالثاً من المحتمل التأثير فيه أو شخصاً غير محايد يقوم بالتحقق من صحة المعاملات. وكل كتلة لها علامة رقمية (توقيع إلكتروني)، تربطها بالكتلة السابقة، وتصدّق عليها¹.

¹ أحمد سعد علي البرعي، إنشاء عقود المعاملات وتنفيذها بين الطرق التقليدية وتقنية البلوك تشين والعقود الذكية: دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنين بالقاءرة، جامعة الأزهر، كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنين بالقاءرة، العدد 39، الجزء 4، ديسمبر 2020، ص 2269 وما يليها؛ جهاد محمود عبد المبدى، مدى حجية البلوك تشين في الإثبات المدني "دراسة تحليلية"، المجلة الدولية للفقهاء والقضاء والتشريع، المجلد 4، ع 1، 2023، ص 73.

مشكلة البحث:

يقال إن الرؤية المستقبلية التي نستلهمها اليوم تتحقق في غدٍ قريب، وأن الأفكار الجريئة التي تُطرح في الماضي تمهد الطريق لمفاهيم التقدم في المستقبل. في السابق، كان من الصعب أن يُصدّق أحد في مجتمعاتنا أن البشر سيمشون على سطح القمر أو يصلون إلى كوكب المريخ، أو حتى أن السيارات ستكون قادرة على القيادة ذاتياً.

هذه المعادلة تدفعنا إلى التساؤل: ألا يمكن اعتبار هذا المفهوم الغامض (البلوك تشين)، وتطبيقاته لا سيما العملات الافتراضية بأنه المستقبل البديهي الذي سنبني على أساسه المعاملات المالية والتجارية؟

ألا تمهد هذه التقنية لإحداث تحولات جذرية في طريقة صياغة القوانين، ودور القوانين في حياة المجتمع؟ ألا تشكل خطراً على المهن القانونية باعتبار أنها تقوم على فكرة تنفيذ المعاملات بين أطرافها دون الحاجة إلى تدخل طرف ثالث؟ ما هي القيمة الحقيقية للبلوك تشين؟ هل هي مجرد أسلوب جديد في حياة البعض، أو أنها فعلاً تشكل ثورة حقيقة؟ وكيف يمكن لتقنية البلوك تشين أن تؤثر على النظام القانوني التقليدي في التعاقد والإثبات؟

بالتأكيد للإجابة عن هذه التساؤلات لا بدّ من التعرف على مفهوم البلوك تشين، وفهم تطبيقاته وبيان المواضيع التي يصطدم فيها مع المبادئ القانونية الراسخة في الأنظمة القانونية والقضائية الراسخة في مجتمعاتنا منذ مئات السنين.

أهداف البحث وأهميته:

يعتبر البلوك تشين أفضل شاهد على اتجاه المجتمع نحو الاقتصاد الرقمي، بحيث يصبح الأفراد أكثر اعتماداً على التكنولوجيا وأقل ارتباطاً بالهيئات المركزية أو أصحاب بعض المهن اللذين اكتسبوا تاريخياً حق إعطاء المعاملات التجارية والمالية وجودها القانوني وشرعيتها المجتمعية. وبالتأكيد فإن هذا التوجه الجديد يمس المجتمع بجميع جوانبه بما في ذلك الجانب القانوني.

إنَّ المستقبل الذي يؤسس له البلوك تشين هو مستقبل ذو طبيعة أفقية أكثر منه عمودية، بحيث تزول فيه الحواجز السلطوية والتراتبية المجتمعية. وبلا شك فإن القانون الجديد الذي يؤسس البلوك تشين لصياغته هو قانون ذو طبيعة أفقية أقل تدخلاً في حياة الأفراد. سيكون قانوناً تنظيمياً أكثر منه أمراً، والهيئات المركزية ستنتمتع بدور أقل أهمية في حياة الأفراد في المجتمع.

وبالتالي فإنَّ الهدف الرئيسي للبحث هو محاولة توضيح التأثيرات المحتملة للبلوك تشين على النظام القانوني التقليدي للتعاقد والإثبات وكيف يمكن للمشرعين التحضّر لاستيعاب هذه التقنية الجديدة، وكيف يمكن أيضاً للعاملين في المجال القانوني التكيف مع التأثيرات المحتملة.

منهج البحث:

سنعتمد في هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي الذي يهدف الإحاطة بهذه التقنية كآلية جديدة في المعاملات المالية، ولن نقوم بالتركيز على شرح تقنية البلوك تشين، وخصائصه، وآليته، نريد أن نوضح للقارئ فلسفة هذه التقنية، والتغييرات التي من الممكن أن تُحدثها في النظام القانوني التقليدي، وكيف يمكن أن تؤثر في الأنظمة القانونية الحالية بالتجديد، أو بالإلغاء، وكيف يمكن استيعاب هذه التقنية بغرض توظيفها بالشكل الأمثل في الأنشطة الاقتصادية المتنوعة.

مخطط البحث:

لا شكَّ بأنه سيكون لهذه التكنولوجيا آثاراً جوهرية على النظام القانوني الحالي، ومكتسبات العاملين في مجال القانون. فالبلوك تشين يثير العديد من التحديات (المبحث الأول) ويعيد تشكيله على أسس جديدة، وهذا بدوره سيفتح المجال أمام تجديد للقانون تحت تأثير البلوك تشين (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تحديات البلوك تشين

تعد تقنية البلوك تشين أحد الأسس التكنولوجية للثورة الرقمية التي نشهدها حالياً كاستجابة للانتقال إلى الاقتصاد الرقمي والذكاء الاصطناعي في الوقت الحاضر. وهذه التقنية بتطبيقاتها المتنوعة في المعاملات تعكس حركة رافضة للأشكال التنظيمية التقليدية، والتي تشكل رداً على انعدام الثقة بالطرف الثالث بشكل عام والمركزية على وجه الخصوص فالاعتماد يكون أولاً وقبل كل شيء على مستخدمي هذه التقنية.

وإنّ نشوء، وتطور تقنية البلوك تشين تجد أسبابها في جوانب اقتصادية وفلسفية أفرزتها الأشكال التقليدية لممارسة الأنشطة الاقتصادية (المطلب الأول)، فضلاً عما يمكن أن يشكله كآلية بديلة للآليات القانونية التقليدية في القرن الحادي والعشرين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تقنية البلوك تشين والأساس الفكري والاقتصادي

من الخطأ الظن أن البلوك تشين هو فقط مجرد تطور تكنولوجي ضمن سلسلة التطور الطبيعي الذي تحققه البشرية، بل إنّ هناك فكراً فلسفياً جديداً مهّد له (أولاً)، ورغبةً في ممارسة النشاط الاقتصادي بطريقة مبتكرة وجدت فيه ضالتها المنشودة (ثانياً).

الفرع الأول: تقنية البلوك تشين والأساس الفكري والفلسفي لها:

في البداية، يجب التأكيد على أن تقنية البلوك تشين تعد وسيلة حديثة ومبتكرة لتنفيذ الصفقات الإلكترونية عبر الإنترنت، وتُعتبر وسيلة مناسبة لذلك. من الناحية التقنية يمكن تشبيه البلوك تشين بدفتر الأستاذ التجاري المفتوح وغير القابل للتزوير، ويمكن لأي شخص الرجوع إليه والكتابة فيه تحت رقابة الجميع، مع العلم أن ما هو مكتوب لا يمكن محوه لاحقاً. يمكن تشبيه كل صفحة من الكتاب على أنه كتلة Block، والسلك المعدني الذي يربط هذه الصفحات ببعضها هي السلسلة Chain. كل صفحة من الدفتر (كتلة) تمثل مجموعة من المعاملات المسجلة، ومحتويات كل صفحة (كتلة) مرتبطة بالصفحات الأخرى (الكتل الأخرى) بواسطة توقيع رقمي مما يجعل من الممكن بناء سلسلة من الكتل المرتبطة فيما بينها. وبالتالي، فإن البلوك تشين يضمن التوثيق الزمني، والديمومة، وسلامة المعاملات، لأن أي إضافة أو إزالة أو تعديل لمعاملة ما يُبطل بصمة التشفير للسلسلة بأكملها¹.

وتكتسب تقنية البلوك تشين قوتها ومصداقيتها من حيث التحقق من صحة المعاملات التي تتم عبرها، ومدى امتلاك أطراف المعاملة للعملة الافتراضية المناسبة من خلال عملية الـ Mining وبتزجيمها البعض من الباحثين بالتنقيب كترجمة حرفية ونرى ترجمتها إلى عملية التدقيق كما يتم استعمالها في مصطلح علم

¹ Gautier Marin–Dagannaud, le fonctionnement de la blockchain, Annales des Mines – Réalités industrielles, 2017/3 Août 2017, pp. 42–45.

المعلوماتية، وتتم هذه العملية من مستخدمين يُسمّون المدققين Miners. ويضع هؤلاء المدققون القوة الحاسوبية لأجهزة الكمبيوتر الخاصة بهم مقابل رسوم مما أدى إلى ظهور ظاهرة "cryptojacking". وطبعاً تتم عملية التدقيق من خلال البرامج الالكترونية، ولغة البرمجة وعمليات التشفير¹. ونشير هنا إلى نقطة مهمة جداً وهي أن دور هؤلاء المدققين يقتصر على التحقق من توافر الشروط التقنية لصحة المعاملة كتوافر الثمن الافتراضي في حساب أحد أطراف العقد، ولا يمتد إلى التحقق من صحة شروط العقد، أو من توافر الأهلية لدى أطراف العقد².

وبناءً على ما سبق، وحتى يصبح المساس بالبلوك تشين ممكناً، لا بدّ من النجاح في التأثير على ما يعادل 51% من المدققين حتى يقبلوا التصديق بشكل جماعي على بيانات خاطئة، وهو أمر يكاد يكون مستحيلًا نظراً لوجودهم في جميع أنحاء العالم، ولا يعرفون بعضهم البعض. وكلما زاد عدد العُقد (Nods) في البلوك تشين، كلما أصبح خطر المساس بالبلوك تشين ضئيلاً³.

ولا بدّ من التمييز بين البلوك تشين الخاص والبلوك تشين العام، فيكون البلوك تشين خاصاً عندما تكون السلسلة خاصة بجهة معينة قد تكون حكومية أو غير حكومية، وبالتالي يكون الدخول إلى هذه السلسلة مشروطاً بموافقة شخص معين طبيعي أو اعتباري، بحيث يتولى هذه الشخص تحديد القواعد الناظمة للسلسلة، وطريقة عملها، وإدارتها. أي أن هناك إدارة مركزية محددة تتولى تنظيم السلسلة ولكن دون أن تتدخل في عملية مراقبة البيانات المتبادلة. تسمح هذه السلسلة بتبادل بيانات مؤرّخة وموقعة بين شركاء متعددين. الأمر الذي يسمح بتوثيق هذه المعاملات وتحديد هوية الأطراف المتعاملين على السلسلة. فدور الإدارة المركزية لا يمتد إلى عملية التحقق من صدق البيانات بل فقط إثبات أن عملية معينة قد تمت. ولا يكون بإمكان المشاركين في الشبكة الوصول إلى جميع المعلومات بل فقط أخذ العلم بوقوعها⁴.

¹ أحمد سعد علي البرعي، المرجع السابق، ص 2278 وما يليها.

² Hiéronimus, Fanny, Enjeux juridiques et impacts de la Blockchain pour le notariat et le secteur bancaire belge, disponible sur le lien suivant <http://hdl.handle.net/2268.2/4867>, consulté le 8-11-2021.

³ Gautier Marin-Dagannaud, article précité, p. 44.

⁴ أحمد سعد علي البرعي، مرجع سابق، ص 2290 وما يليها.

بالإضافة إلى مزايا التحقق من صحة البيانات وإمكانية الوصول إليها بشكل مبسط، فإنّ البلوك تشين تُقدّم ضماناً طويل الأمد وبشكل مستقل عن المشاركين فيها. كما إنّ البلوك تشين قابلة للتشغيل بشكل مباشر، ويمكن للمشارك تسجيل بياناته بسهولة. ويعتبر البيتكوين هو المثال الأبرز للبلوك تشين العام.

وبناءً على ما سبق فإنّ الطريقة التي تُدار بها البلوك تشين تتوقف على نوع البلوك تشين، فكلما كانت الشبكة مفتوحة كلما كانت درجة التدخل في إدارة الشبكة أقل درجة.

ومن الناحية التاريخية فإن تقنية البلوكشين اخترعها شخص أو مجموعة من الأشخاص يعملون تحت اسم مستعار يدعى ساتوشي ناكاموتو. في عام 2008، نشر ساتوشي ناكاموتو ورقة بحثية تحت عنوان "بيتكوين: نظام نقدي إلكتروني جديد" ("Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System")، وهذه الورقة وصفت نظام عملة افتراضية تسمح بالقيام بعمليات الدفع على الشبكة من شخص لآخر من دون المرور بمؤسسة مالية، وفي العام التالي، في عام 2009، تم إطلاق عملة البيتكوين كأول تطبيق عملي لتقنية البلوكشين¹، لاحقاً تم استعمال هذه التقنية لتطوير تطبيقات جديدة، بخلاف إنشاء العملات المشفرة.

إنّ البلوك تشين والذي يمكن ترجمته بسلسلة الكتل هو ثمرة الجمع بين تقنيات إلكترونية وفلسفة مجتمعية جديدة قائمة على الشفافية والأمن المعلوماتي². ولعلّ ما ساهم في انتشار هذه التقنية بشكل متزايد هو استجابتها للمتطلبات الجديدة لمجتمعاتنا ولا سيما عنصر الأمن المعلوماتي والشفافية. ولا شكّ بأنّ هذه الظاهرة تُشكّل انقطاعاً تاماً مع الطرق التقليدية التي ترسّخت في مجتمعاتنا والتي كانت تتم بموجبها التعاملات المالية وغير المالية، الأمر الذي يُفسّر الرودود المتناقضة بين مرحّب بانتشار هذه الظاهرة، ومعترض عليها.

¹ See: George Georgoudakis, The Rise of Bitcoin and Blockchain, Publisher: George Georgoudakis, 2023,p.11.

² Y. Moreau, « Politique des blockchains », in Blockchain décryptée, mai 2016, p. 50. O. Depierre, « des blockchains et des libertariens », *Le temps*, 2 mars 2018 : <https://www.letemps.ch/economie/blockchains-libertariens>.

إن ظاهرة البلوك تشين تلقت ترحيباً واهتماماً كبيراً في العديد من المجتمعات حول العالم، وتختلف وجهات النظر حولها، وهناك اعتراف بالفوائد المحتملة لها في توفير نظام مالي فعال وشفاف، وتمكين التحويلات السريعة والأمنة. وتستند هذه الفوائد إلى ميزات تقنية البلوك تشين نفسها، مثل الأمان والشفافية واللامركزية. ويمكن القول إن فلسفة البلوك تشين تعيد إنتاج الأيديولوجية الأصلية للفضاء السيبراني، أي فضاء بلا حدود، إنها عقيدة ليبرالية وحتى تحررية بشكل كامل، تستهدف الاستغناء عن الوسطاء التقليديين. وللأسباب نفسها ولكون مفهوم البلوك تشين معقد ومتفرد يمكن أن يثير بعض الشكوك والمخاوف لدى بعض الأشخاص، وذلك نظراً لطبيعته اللامركزية وعدم خضوعه لرقابة مركزية من سلطة معينة، بما في ذلك الحكومات المركزية. هذا الجانب اللامركزي يعني أنه لا يوجد جهة واحدة تتحكم في البيتكوين وتتخذ القرارات بشأنه، أنصار البلوك تشين يجدون في البيتكوين رمزاً لفكر سياسي وفلسفي جوهري، ويرى أصحاب الفلسفة المؤيدة لتقنية البلوك تشين أن هذه التقنية ستجرح حيث فشل الإنترنت، إذ لم تتمكن هذه الشبكة من الاستغناء عن الطرف الثالث الوسيط. ويرون أن العالم يجب أن يكون سعيداً بهذه التقنية، لأن السلطة المركزية التي يشرف عليها البشر ستكون هشة بطبيعتها، لأن البشر سيكونون عرضة للتأثر بعوامل مختلفة، ولارتكاب الأخطاء وتغليب المنفعة الاقتصادية بالدرجة الأولى وبالتالي من المحتمل أن يفشلوا ومن الطبيعي أن يؤثر البلوك تشين على التنظيم التقليدي لمجتمعات اليوم¹.

وبقدر تعلق الأمر بالتنظيم القانوني لتقنية البلوك تشين فإنه يجب التأكيد على أن تقنية البلوك تشين تعد وسيلة حديثة ومبتكرة لتنفيذ الصفقات الإلكترونية عبر الإنترنت، ومن الطبيعي أن يواجه المشرعون والجهات التنظيمية تحديات صعبة، وللتعامل مع هذه التقنية يمكن للجهات المختصة وضع قواعد مبتكرة تتوافق مع معطياتها، مع ملاحظة ضرورة إبرام الاتفاقات الدولية من أجل أن تكون الأطر القانونية لها متوافقة على الصعيد الدولي بسبب الطبيعة العابرة للحدود لهذه التقنية.

¹See: Cathy Mulligan, Blockchain and Sustainable Growth, 06 February 2019, <https://www.un.int/news/blockchain-and-sustainable-growth>, The website was restored on 11-5-2023.

الفرع الثاني: المزايا الاقتصادية الدافعة للجوء إلى البلوك تشين:

حتى نفهم ظاهرة البلوك تشين لا بدّ من الإشارة إلى الدوافع التي أدت إلى ظهور هذه التقنية، فقد دخلت الاقتصادات العالمية في نهاية القرن العشرين في حالة مما يسمى بالتدمير الخلاق¹ بشكل واسع وسريع. وهذه الموجة الجديدة من التطور لم تكن تمس فقط الجانب الرقمي، بل امتدت إلى ما يسمى بتكنولوجيا الـ NBIC أي تقنيات النانو والتقنيات الحيوية وعلوم الكمبيوتر والعلوم المعرفية وبشكل خاص الذكاء الاصطناعي.

ويمكن القول إن هذه الموجة من التطور والابتكار تشكل جزءاً من نظرية التدمير الخلاق للأسباب التالية²:

1. إنّ الهدف الرئيسي لهذا التطور هو تطبيق هذه الابتكارات العلمية في المجال الاقتصادي، فهي تقوم بربط البحث العلمي باقتصاد السوق.
2. إنها تشكل ظاهرة تدمير خلاق وفق مفهوم شومبتر، فهذه التكنولوجيات الجديدة تخلق أنشطة جديدة، ومهن جديدة لتحل محل الأنشطة والمهن السابقة. وبالتالي فإن البلوك تشين يدخل ضمن هذه الموجة من حيث كونها ابتكاراً مدمراً خلاقاً في الوقت نفسه، الأمر الذي يُثير كل هذا النقاش العلمي حول هذه التقنية الجديدة، لأنها تُثير قلقاً واسعاً في المجتمع.

¹ نُشر هذا المفهوم لأول مرة في عام 1942 من قبل جوزيف شومبتر في كتابه الرأسمالية والاشتراكية والديمقراطية، الدافع وراء هذه النظرية هو أن الابتكار هو القوة الدافعة وراء النمو الاقتصادي طويل الأجل. يشير مصطلح التدمير الإبداعي إلى ظاهرة نقل المركز المهيمن من الشركات التاريخية إلى الشركات الأكثر ابتكاراً. وفقاً للاقتصادي النمساوي الأصل، الابتكار يعيد تعريف الديناميكيات الاقتصادية باستمرار: "النظام الرأسمالي ليس ثابتاً بشكل أبدي". فالابتكار يمنح الشركة التي تنجزه احتكاراً مؤقتاً يسمح لها بإعادة تشكيل السوق: نقل القيمة، وتدمير الوظائف، وخلق مهن جديدة. iPhone هو أبرز مثال للتدمير الإبداعي: من خلال إطلاق هاتفها الذكي، دمرت Apple جزءاً كبيراً من قيمة Nokia، ولكنها أتاحت إنشاء نظام جديد لتطبيقات الهاتف المحمول التي تقارب اليوم عشرات المليارات من الدولارات.

Christian Deblock et Jean-Marc Fontan dir., Innovation et développement chez Schumpeter, Revue Interventions économiques, 46- 2012, disponible sur le lien suivant: URL : <http://journals.openedition.org/interventionseconomiques/1463> consulté le 25-8-2021.

² M. Della Chiesa, F. Hiault, C. Clément, Blockchain vers de nouvelles chaînes de valeur, Edition Eyrolles, 2019, p. 33.

3. إن هذه الموجة من التدمير الخلاق هي الموجة الأولى تاريخياً التي تحدث على المستوى العالمي بأكملها باعتبار أن العالم بات يشكل، بسبب الأنترنت، عالماً بدون حدود.

وعليه فإن هذه الموجة الجديدة تنطوي على نوعين من المنافسة: المنافسة بين الدول التي ترغب في الاستثمار في هذه التكنولوجيات، والمنافسة بين المؤسسات التجارية التي تريد الوصول إلى التميز والتفرد من خلال استعمال هذه التكنولوجيات.

إنّ الوسائل التقليدية لممارسة النشاط الاقتصادي تقوم على الثقة، والتي تقوم بدورها على الإيمان بمصادقية طرف ثالث. هذه الثقة كانت ولا زالت تستند على مزيج من التقنية والتنظيم والقانون. مع البلوك تشين، سنعتمد كلياً على التكنولوجيا، فالعقود الذكية تسمح للشركاء بالدخول في علاقة تجارية دون معرفة بعضهم البعض ودون إشراف سلطة مركزية بحيث تضمن هذه التكنولوجيا بنفسها صحة وصدق المعاملة. لن تعود الثقة قائمة على أشخاص طبيعيين كما هو الحال حالياً، بل على الآلات كما أشارت إليه مجلة The Economist في مقالة لها عن البلوك تشين¹.

إنّ هذا الأساس الفكري الفلسفي والاقتصادي أدى لتطور سريع لتقنية البلوك تشين، وحوّله بسرعة فائقة إلى قناة جديدة لنقل القيمة بمفهومها الاقتصادي مما يمهّد لجعل هذه التقنية بديلاً للآليات القانونية التقليدية.

المطلب الثاني: البلوك تشين كبديل للآليات القانونية التقليدية

إنّ الأسس الفلسفية للبلوك تشين والمزايا الاقتصادية التي يحققها يجعل منه بديلاً عن النظام القانوني التقليدي، فالطبيعة التقنية الخاصة للبلوك تشين تمهد لقانون من نوع خاص (الفرع الأول)، كما إنّ هذه الطبيعة تجعل من البلوك تشين ناقلاً جديداً للقيمة كمفهوم اقتصادي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الطبيعة التقنية الخاصة للبلوك تشين:

إن ظهور البلوك تشين وتطوره في السنوات الأخيرة يعود بالتأكيد إلى التطور التقني والتكنولوجي المتمثل بالقدرة على تبادل كم كبير من المعلومات على شبكة الأنترنت. وهذه البيانات التي يتم تبادلها يمكن أن تكون سندات ملكية، أو سندات مالية، أو عبارة عن عملات افتراضية مثل البيتكوين. مع الإشارة إلى أن

¹ كان عنوان The Economist من 31 أكتوبر 2015 هو: "The Trust Machine – كيف يمكن لـ Blockchain تغيير العالم".

هذا التبادل للمعلومات الذي أشرنا إليه لا يشكل جوهر البلوك تشين لأن عملية التبادل التقليدية موجودة أصلاً على شبكة الانترنت وتتم عن طريق التحويلات المالية، أو عن طريق إبرام عقود بيع الكترونية، أو حتى من خلال عقود تقليدية يتم التوقيع عليها إلكترونياً. ولا يخفى على أحد أن عملية تبادل البيانات بالصورة التقليدية كانت ولا تزال تتم عبر وسيط يتمثل في البنوك أو كتّاب العدل حتى تكتسب هذه المعاملات المالية وجودها القانوني الصحيح. ومن هنا يأتي التفرد الذي جاء به البلوك تشين والذي يكمن في إمكانية إجراء كافة المعاملات المالية السابقة ولكن دون وسيط وبدون أن تتأثر هذه المعاملات من حيث انعقادها وتنفيذها¹.

وإن كانت المعاملات التقليدية تعتمد على وسطاء، ككاتب العدل الذي يوثق بعض هذه المعاملات من خلال المستندات الرسمية، والمصارف التي تضمن دفع ديون الدائن من قبل المدين، تحقق عنصر الاستقرار والأمن القانوني من خلال توفيرها لوسائل إثبات مادية يمكن استعمالها في حال حصول نزاع مستقبلي، فإن التكنولوجيا المستعملة في إطار البلوك تشين تحل محل هؤلاء الوسطاء لتوفر عنصر الثقة بين الفاعلين في النشاط الاقتصادي. وبالتالي تثار أسئلة جوهرية حول مدى إمكانية الاعتراف بالأدلة المستمدة من هذه التقنيات في ظل النظام القانوني الحالي².

ويشير البلوك تشين مسألة أخرى تتعلق بمدى تناسب البلوك تشين مع فكرة حماية المعطيات الشخصية، إذ من الأسس التي تقوم عليها تقنية البلوك تشين في إنجاز معاملات الأفراد هي السجل المفتوح (Ledger Open)، ويستطيع كل من بالسلسلة الاطلاع على المعلومات الشخصية عن بعض الأفراد³، وسيقدم مستعمل شبكة البلوك تشين معلومات شخصية حين يقوم بفتح حساب له على الشبكة قد تساعد في تحديد

¹ Fenwick, M., Corrales, M., and Haapio, H. (eds.), (2019). Legal Tech, Smart Contracts and Blockchain. Berlin; Heidelberg: Springer, p. 125.

² Th. Douville et Th. Verbrist, « Blochqin et tiers de confiance : incompatibilité ou complémentarité », *D*, 2018, p. 1144.

³ مع ملاحظة إمكانية الاحتفاظ بالهوية الحقيقية باستخدام القاب غير الأسماء الحقيقية (Names Nick). راجع: إيهاب خليفة، البلوك تشين: الثورة التكنولوجية القادمة في عالم المال والإدارة، أوراق أكاديمية، العدد 3، 20 مارس 2018، ص 1.

هويته، كما إنه سيقوم بتبادل بيانات متعلقة به مع بقية مستعملي الشبكة، وكل هذه البيانات سيتم تجميعها في قاعدة بيانات. وبالتأكيد فإن اعتبار هذه البيانات كمعطيات شخصية سيؤدي إلى تطبيق الأحكام القانونية الخاصة بحماية المعطيات الشخصية¹. ولكن المشكلة هي إن طبيعة البلوك تشين وهي شبكة مفتوحة لا يمكنها أن تتسجم مع القواعد القانونية الخاصة بحماية المعطيات الشخصية لأنه كما قلنا سابقاً فإن فلسفة البلوك تشين تقوم على مبدأي الشفافية والعمومية، وبالتالي من الممكن الاطلاع على البيانات الشخصية للأفراد بعد دخولهم السلسلة، واستغلالها لأغراض غير مشروعة.

والصعوبة في هذا المجال هي أن معظم قوانين حماية المعطيات الشخصية على المستوى الدولي تشترط أن يتم تحديد شخص طبيعي أو اعتباري يكون مسؤولاً عن قاعدة البيانات التي تُخزن فيها المعطيات الشخصية ويحدد الهدف من قاعدة البيانات هذه ووسائل معالجة هذه المعلومات وحفظها² وهذا الأمر يتناقض تماماً مع فلسفة البلوك تشين والتي لا تمتلك أي جهة أو سلطة تتولى المهمة السابقة فهي شبكة مفتوحة للجميع ولا يمتلكها طرف محدد.

الفرع الثاني: البلوك تشين كضامن جديد لنقل القيمة:

أعلن كل من Landesbank Baden-Württemberg وشركة تصنيع السيارات Daimler AG في 28 يونيو 2017 أنهما طبقا تقنيّة البلوك تشين من أجل تنفيذ معاملة مالية. ويمكن القول إن هذه الخطوة تُشكل حجر الأساس لتطبيقات أوسع وأكثر تنوعاً³. بالنسبة للعديد من المتخصصين في مجال التكنولوجيا والاقتصاد، فإن البلوك تشين هي المستقبل؛ وستكون الأداة الأساسية التي سيتم اللجوء إليها لتنفيذ المعاملات الاقتصادية.

¹ BI. Poidevin et Ch. Vroman ; « Données personnelles. La blockchain est-elle compatible avec le RGPD ? », *Expertises*, juin 2017, p. 237. N. Weinbaum, « la preuve du consentement à l'ère du RGPD et de la blockchain », *JCP E*, 2018, 1110.

² انظر المادة 4 من اللائحة الأوروبية لحماية المعطيات الشخصية RGPD.

³ Boris ARRAUD, Les blockchains et le droit, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, N° 147, 1er avril 2018, p. 5.

عندما يتم إجراء تحويل مالي عبر الإنترنت، فإن المرسل لا تعود له القدرة على الدخول على المعاملة التي أجراها، بمعنى آخر هو لا يحتفظ بنسخة لديه. في حين أنّ البلوك تشين يوفر للمرسل القدرة الدائمة على الدخول للنسخة التي أرسلها. وبالتالي يستطيع المرسل أن ينقل بحرية أكبر أي عدد يرغب فيه من النسخ. والسبب الرئيسي لذلك هو أن عملية التحويل عن طريق البلوك تشين تتم بدون الحاجة لوسطاء مثل البنوك أو السلطة المركزية¹.

لأول مرة في تاريخ علم المعلوماتية، نجح بروتوكول البيتكوين في إنشاء عملة رقمية غير قابلة للتكرار² بحيث يمكن نقل ملكية الأصول الرقمية دون تكرارها. وهذا هو السبب في أن البلوك تشين يمكن أن يصبح في نهاية المطاف الإطار الجديد للتبادلات المالية، بشكل لا مركزي أي بدون مصارف أو سلطات حكومية. وإن كان نطاق تطبيق هذه التكنولوجيا لا يزال محدوداً، فإن الخطوة القادمة هي أن يصبح البلوك تشين قادراً على نقل الأوراق المالية والسندات والأسهم وحق التصويت والتراخيص الإدارية وتذاكر الحفلات الموسيقية وحقوق التأليف والنشر والممتلكات المنقولة أو غير المنقولة، وفي كل هذه الحالات سيكون البلوك تشين هو الضامن التقني والقانوني لهذه المعاملات بدون الحاجة إلى القانون بمعناه التقليدي.

تؤثر أزمة الثقة الحالية بشكل خاص على القطاع المصرفي، وليس من المستغرب أن تؤدي عملة البيتكوين والإيثريوم، وهما عملتان مشفرتان تعتمدان على تقنية البلوك تشين، إلى ظهور أنظمة نقدية حقيقية مستقلة وموازية للأنظمة النقدية والمصرفية للدولة. يبدو أن مثل هذه العملات المشفرة قادرة على توليد هذه الثقة التي يفترق إليها العالم الموروث من القرن العشرين أكثر فأكثر. ومن المحتمل أن تتأثر جميع الأنشطة التي تتطلب عمليات مصادقة وإصدار الشهادات بهذه التكنولوجيا الجديدة.

يسمح البلوك تشين رقمياً، بالحفاظ على البيانات بفضل نظام الكتروني يقوم بوضع تاريخ المعاملة ووقت حصولها بشكل غير قابل للتزوير، فكل بلوك تشين (سلسلة من المعاملات) تتميز بتوقيع رقمي غير قابلة

¹ إنّ التحويل عبر الوسطاء لا يخلو من المخاطر، على سبيل المثال، في عام 2013، بسبب أزمة الدين العام في قبرص، قررت البنوك المدينة وبشكل تعسفي خصم 10 % من الحسابات المصرفية للقبارصة.

² Bataille A. T., Favier J., Bitcoin, la monnaie acéphale, CNRS éditions, 2017, p. 1.

للتزوير ويتم توزيعها على مختلف الكُتل الأخرى. وبالتالي، فإن البيانات تكون مؤرخة، وغير قابلة للتلاعب بها، أو تغييرها فضلاً عن كونها غير ملموسة. ولذلك فإن السؤال عن مستقبل عمل القائمين على التوثيق بالطريقة التقليدية أمر مشروع ومبرر¹. وهنا تكمن الخطورة بإمكانية تلاشي الحاجة إلى كتاب العدل، أو على الأقل تضاؤل دورهم في المعاملات المالية المتنوعة التي كانوا يتولون تصديقها وتوثيقها بموجب الصكوك الرسمية.

فبمجرد تسجيل العملية على البلوك تشين، يمكن لأي شخص التحقق من صحة البيانات، دون اللجوء إلى أي وسيط. وبالتالي من المرجح أن تأخذ التكنولوجيا مكان البشر. بدلاً من كاتب العدل، يمكن أن يكون هناك مزود خدمة تقنية بسيط يقوم بجمع البصمات الرقمية للبيانات وإنشاء رابط تشفير بين بصمات الأصابع والمعاملات².

ولكن تجب الإشارة إلى أن البلوك تشين يقدم خدمة وجود المعاملة، وتماثل إجراءاتها في تاريخ ووقت معين، ولكنه لا ينطوي على التحقق من شخصية من قام بالمعاملة. خاصةً أن البلوك تشين يحتفظ بهوية مستخدميه ولا يظهرها. ولذلك يمكن لكتاب العدل إظهار نقطة الضعف هذه، بحيث إنَّ البلوك تشين يسمح بتخزين وثائق معينة، ولكن دون التحقق من هوية أطرافها أو أهليتهم أو تمتعهم بالصلاحيات اللازمة قانونياً للقيام بمثل هذه المعاملات. فحتى يكتمل دور البلوك تشين لا بدَّ أن يجمع بين الدورين، أي القدرة على التأكيد على وقوع المعاملة من جهة والتحقق الفعلي من هوية الأطراف فيها من جهة أخرى، حتى تتحوّل إلى منافس حقيقي للكاتب العدل.

¹ Boris ARRAUD, article précité, p. 10.

² على سبيل المثال، فإن عقد بيع عقار وسواء أتم من خلال صك رسمي أو عقد خاص فإنه يتمتع بالحجية والقيمة القانونية نفسها بين الأطراف وبالنسبة لخلفائهم. والحاجة إلى توثيق هذه المعاملة هو لأغراض الإشهار أي حماية الغير بالدرجة الأولى. وبالتالي فإن هذا الدور المتمثل بالتوثيق يمكن أن يتولاه البلوك تشين بدلاً عن الكاتب العدل. لذلك يمكن أن يصبح من الممكن إجراء المعاملات العقارية دون مساعدة من كاتب العدل خاصةً أن النصوص القانونية لمعظم الدول أصبحت تعترف بالحجية القانونية للكتابة الإلكترونية، والتوقيع الإلكتروني.

المبحث الثاني: البلوك تشين كمصدر لتجديد للقانون

يمكن أن يكون البلوك تشين مصدراً لتجديد القواعد القانونية التقليدية لإنَّ الأنظمة القانونية الحالية لا توفر القواعد القانونية القادرة على استيعاب استعمالات البلوك تشين في المجال القانوني الأمر الذي سيجعل من هذه التقنية تحدياً كبيراً، لأنها ستؤدي حتماً إلى إعادة النظر في الكثير من القواعد القانونية التي يجب إعادة صياغتها بالطريقة التي تكون قادرة على التكيف مع هذه التقنية، واستعمالها في المجال القانوني.

إن استعمال البوك تشين كوسيلة بديلة للآليات القانونية التقليدية لإنشاء المعاملات المالية، وطريقة تنفيذها، وإثباتها، ستؤدي حتماً إلى تبني قواعد قانونية جديدة وحتى نتفهم هذه الحاجة إلى تجديد النصوص القانونية الحالية سنقوم بدراسة عقود التنفيذ التلقائي أو ما يسمى بالعقود الذكية (المطلب الأول)، وأدلة الإثبات المستمدة البلوك تشين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: عقود التنفيذ التلقائي أو العقود الذكية smart contracts

تعتبر العقود الذكية تطبيقاً من تطبيقات البلوك تشين، التي تُرسخ لأسلوب مختلف تماماً في تنفيذ العقد بطريقة تتجاوز القدرة التقليدية للنصوص القانونية على توفير البيئة القانونية اللازمة لتعزيز شرعية تلك العقود وتقديم حلول للتحديات المرتبطة بها، وتشكل هذه الفجوة القانونية دافعاً لتجديد العديد من النصوص القانونية التقليدية، وحتى في إعادة النظر في دور الآليات القانونية التقليدية في المجتمع.

ولفهم التأثير الذي يمكن أن تُحدثه العقود الذكية في النظام القانوني، سنقوم بدراسة طبيعة هذه العقود (الفرع الأول)، ومن ثم تأثير هذه التقنية في التعاقد على النظام القانوني التقليدي للعقود (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طبيعة العقود تلقائية التنفيذ أو العقود الذكية:

إنَّ أول من استعمل مصطلح العقد الذكي هو عالم الحاسوب الأمريكي Nick Szabo في مقال منشور سنة 1994¹، إذ عرفه على أنه بروتوكول معاملات محوسب لتنفيذ العقد. وأضاف بأنَّ الأهداف الرئيسية

¹ Nick Szabo, permission to redistribute without alteration hereby granted, 1994, available on the following link: <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> accessed November 6, 2021.

لهذا العقد تتمثل في تنفيذ شروط العقد كشروط الدفع، والشروط المتعلقة بالامتيازات الممنوحة لكل طرف، وشروط السرية، وغيرها. كما أضاف أن هذه التقنية تهدف لتقليل التأويلات، وتقليل الحاجة للطرف الثالث الذي يساعد في تنفيذ العقد. كما ويرى بأن الاعتماد على هذه العقود سيؤدي حتماً إلى تقليل النفقات المترتبة عن عدم تنفيذ العقد بشكل كبير.

ولذلك فإن مفهوم العقد الذكي قد بدأ أصلاً قبل ظهور البلوك تشين، كنظام الـ DigitCash الذي تم استعماله في سنة 1988 من قبل Chaum وقد كان نظام دفع يحمي خصوصية المستخدمين. ولذلك من الخطأ ربط ظهور هذا العقد بالبلوك تشين، والأدق أن نقول إن البلوك تشين قد أعطى العقد الذكي بعداً جديداً، وآلية جديدة في الانعقاد والتنفيذ. ولذلك فيمكن اللجوء لهذه العقود عبر تقنية البلوك تشين أو بدونها. وتجدر الإشارة إلى أنه وإن كانت استعمالات العقود الذكية واسعة ولا يمكن حصرها، فإنها لا تتم إلا في إطار بيئة خاصة بحيث يكون فيها الأطراف متعددون، والمعاملات فيما بينهم متنوعة، ومعقدة¹.

في إطار البلوك تشين يمكن اعتبار العقود الذكية إحدى التطبيقات التي يمكن تنفيذها عبر البلوك تشين، ويقوم العقد الذكي على فكرة بناء العقد على وقوع أو عدم وقوع حدث معين². على سبيل المثال: عدم دفع الأجرة في الموعد المحدد في عقد إيجار يُرتب تلقائياً تعطيل مفتاح الدخول إلى العين المؤجرة. في هذا العقد تقوم تقنية البلوك تشين بتوحيد مكونات العقد (أطراف العقد، ومحل العقد) من خلال اتفاق سابق بين طرفي العقد. وبالتالي يمكن القول إن العقد الذكي يمر بمرحلتين الأولى تكمن في اتفاق أطراف العقد اللذين يحددون بشكل متبادل حقوقهم والتزاماتهم، ثم تأتي بعد ذلك المرحلة الثانية المتمثلة بالذكاء الاصطناعي الذي يتم عبر برمجة الآثار المترتبة عن عدم تنفيذ العقد أو عن تنفيذه.

وبالتالي لا يمكننا الحديث عن عقود بالمعنى القانوني التقليدي، بل عن عقود ذاتية التنفيذ وبشكل أدق عن عقود يتولى البرنامج الإلكتروني التحقق من مدى التزام الأطراف بتنفيذ التزاماتهم وبناءً على ذلك يقوم هذا البرنامج بترتيب الآثار القانونية المنتظرة من هذا العقد. بكلام آخر نحن أمام برنامج كمبيوتر يتحقق، على

¹ E. Barbry, Smart contracts....Aspects juridiques, réalités ind/; août 2017, p. 77

² P. Waelbrock, Les enjeux économiques de la blockchain, Réalités ind., août 2017, p. 11.

البلوك تشين، من مدى استيفاء شروط التنفيذ، وعندما يتحقق البلوك تشين من هذه الشروط التي تغطيها الاتفاقية فإنَّ عملية التنفيذ تكون تلقائية.

والسؤال الذي يُطرح طالما أن مفهوم العقد الذكي موجود فعلاً فلماذا تثار حوله هذه النقاشات العميقة، ويتم ربطه دائماً بتقنية البلوك تشين؟

انتشر الارتباط بين مفهوم العقد الذكي والبلوك تشين من خلال تطوير شبكة الايثريوم، فلغة البرمجة الخاصة بهذه الشبكة تستعمل مصطلح عقد بدلاً من مصطلح البرمجة فئة class . والسبب الآخر لتزايد انتشار مصطلح العقد الذكي يرتبط بعنصر الثقة في المعاملات المالية وغير المالية التي تتم عبر البلوك تشين، وعدم الحاجة إلى تدخل طرف ثالث للمساعدة في تنفيذ العقد من خلال السماح لجميع المشاركين بالتحقق من بنود العقد كما أنّ هذا العقد الذي يتم عبر البلوك تشين يُزيل عن كاهل المتعاقد عملية شاقة تتعلق بالإثبات والإجراءات الإدارية في حال وقوع خلل في تنفيذ العقد. كما لو جرى اقتطاع مبلغ إضافي غير مستحق من قبل أحد أطراف العقد فلا حاجة في هذه الحالة للجوء إلى الإثبات وتقديم طلب بل سيقوم العقد الذكي تلقائياً بعملية إعادة المال الإضافي الذي تم اقتطاعه¹.

ويمر العقد الذكي على شبكة الايثريوم بالمراحل التالية²:

- إدراج العقد باللغة البرمجية على موقع الايثريوم تسمى هذه اللغة Solidity ويقدم موقع الايثريوم نوعين من الحسابات التي يمكن انشاؤها الحساب الأول ويسمى Externally Owned Accounts، والحساب الثاني contract accounts. بعد أن يتم إنشاء الحساب يمكن لمالك الحساب أن يقوم بإدراج العقد الذكي الخاص به.
- بعد إدراج العقد الذكي من خلال أحد الحسابين السابقين يتم وضعه على البلوك تشين الخاص بشبكة الايثريوم، وبمجرد وضعه على البلوك تشين يصبح العقد غير قابل للتعديل حتى من قبل الطرف الذي

¹ Atzei, N., Bartoletti, M., and Cimoli, T. 2017. "A survey of attacks on ethereum smart contracts sok," in *Proceedings of the 6th International Conference on Principles of Security and Trust* Berlin; Heidelberg, 164–186.

² Martin Della Chiesa, François Hiquit, Clément Téqui, *Blockchain vers de nouvelles chaînes de valeur*, Eyrolles, nouvelle édition augmentée, 2018, p. 96.

أدرجه. المدققون المرتبطون بشبكة البلوك تشين يتلقون المعلومات وهذا ما يسمح بربط العقد بالشبكة ويضمن لها عنصرى الأمن وعدم القابلية للتعديل.

• بعد أن يتم ربط العقد بشبكة البلوك تشين فإنه يُعطى عنوان IP عام أي يمكن الوصول إليه عبر شبكة الإنترنت.

• عندما يتم تنفيذ الالتزامات التي يتضمنها العقد أو تتحقق الأحداث التي يتعلق بها تفعيل العقد، يتم تفعيل الشروط التعاقدية بشكل آلي بحيث يحصل كل متعاقد على ما كان يهدف إليه من العقد. ويتم تفعيل العقد بعد أن يتم التدقيق في كل عناصر العقد التي يجب أن تتوفر لتفعيله من قبل المدققين على الشبكة.

يمكن على سبيل المثال استعمال العقد الذكي في مجال التأمين، ففي عقد التأمين التقليدي وحتى يحصل المستفيد من التأمين على مبلغ التأمين يجب أن يثبت وقوع الخطر المؤمن ضده، كالحريق أو الحادث أو الأحوال المناخية الاستثنائية، فضلاً عن كل الخطوات التقليدية الإجرائية التي يجب عليه القيام بها. أما في حالة العقد الذكي ففي حال حصول الخطر المؤمن ضده كوقوع كارثة طبيعية سيتم تفعيل شروط العقد تلقائياً وسيحصل المستفيد من عقد التأمين على المقابل المتفق عليه.

وإذا نظرنا في المثال السابق عن قرب فإنَّ سؤالاً جوهرياً سي طرح، وهو كيف ستقوم شبكة البلوك تشين بالحصول على المعلومات التي تؤكد وقوع الكارثة الطبيعية والتي يتوقف عليها تنفيذ العقد؟

في الحقيقة يتم الحصول على هذه المعلومة من طرف يُسمى الأوراكل في لغة البلوك تشين oracle وسيكون على الأغلب في المثال السابق محطات الطقس كالمراكز الوطنية للأرصاد.

إنَّ فكرة تدخل طرف ثالث الـ oracle في العقد الذكي لتزويده بالمعلومات التي تؤدي إلى تنفيذه بطريقة آلية تخلق بالتأكيد نوعاً من التناقض مع المبدأ الذي يقوم عليه البلوك تشين والذي يعتمد بشكل أساسي على فكرة عدم تدخل طرف خارجي في العقد. فقد ذكرنا في أكثر من مرة أن البلوك تشين تقنية لا مركزية تعتمد على التواصل المباشر بين أطراف العقد.

وللحفاظ على طبيعة البلوك تشين اللامركزية يرى البعض بأنه يمكن مضاعفة أعداد الأطراف التي تزود العقد بالمعلومات اللازمة لتنفيذه آلياً، كما يمكن استعمال خدمة الـ provable-honest والتي تستعمل

لضمان أن المعلومات التي أُرسلت من الطرف الثالث للعقد الذكي متطابقة تماماً مع قاعدة بيانات هذا الطرف. على سبيل المثال¹ يقوم موقع Oraclize بتقديم هذه الخدمات².

في فرنسا قامت شركة AXA للتأمين بتطبيق آلية العقد الذكي خلال سنتين من سبتمبر 2017 إلى نوفمبر 2019 عبر إطلاق موقع Fizzy وكان الموقع يعرض على المستهلكين تأميناً على حالات تأخر الطائرات عن موعد رحلتها. وكان العقد يُسجل على شكل عقد ذكي في الإيثريوم (البلوك تشين). وحتى يتم تنفيذ العقد تلقائياً كان موقع FlighStats يلعب دور الطرف الثالث الذي يحدد مواعيد الرحلات ومواعيد وصولها ومن ثم تقدير حالة التأخر. وفي هذه الحالة لم يكن يتوجب على المتعاقد أن يثبت تأخر وصول الطائرة عن موعدها، أو حتى أن يطالب شركة AXA بذلك، بل كان عقد التأمين الذكي يقوم بعملية التحويل المالي مباشرة بمجرد وصول المعلومات إليه من موقع FlighStats.

إن العقد الذكي يوفر مزايا كثيرة من الجانب الاقتصادي والقانوني إذ سيؤدي إلى تخفيض نفقات المؤسسات بشكل هائل، كما سيوفر شفافية كبيرة في التعامل المالي والاقتصادي للمؤسسات. كما إنه يوفر ضمانات تتعلق بحسن تنفيذ العقد، بالشكل الذي يمنع أي نزاع بهذا الخصوص، وذلك لأنّ تفعيل شروط العقد مضمونة بواسطة البرامج الالكترونية، فلا يكون هناك مجال للشك، أو التأويل، أو النزاعات³. ولكنه في الوقت نفسه سيؤدي إلى زوال العديد من المؤسسات التجارية، فلو أخذنا شركة Uber كمثال فإنّ هذه الشركة تقوم حالياً بدور الوسيط الذي يضمن حسن تنفيذ العقد بين سائق السيارة والعميل، فهي تضمن للسائق أنه سيتلقى المبلغ المحدد مقابل الخدمة التي يقدمها للعميل. وبالتالي يمكن مستقبلاً للعقد الذكي

¹ <https://provable.xyz/>

² Martin Della Chiesa, François Hiquit, Clément Téqui, *op. cit*, p. 96.

³ يمكن أن تسمح "العقود الذكية" على وجه الخصوص بالتنفيذ الصحيح لقرارات المحاكم وقرارات التحكيم، على عكس ما يحدث في الوقت الحالي فيما يتعلق بالنزاعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية. يمكنهم أيضاً، كمثال آخر، ضمان إدارة أفضل لحقوق المؤلف. هذه هي الطريقة التي أعلنت بها Spotify، في أبريل 2017، أنها اشترت شركة Mediachain Labs الناشئة، والتي تعتمد على العقود الذكية من أجل إدارة حقوق الفنانين بدقة وكفاءة. فقد أصبح تعويضهم يتم بشكل شفاف وعادل بحيث يتم تفعيل المدفوعات تلقائياً بمجرد بث الأعمال.

القيام بالدور الذي تقوم به شركة Uber حالياً، بحيث يتم تفعيل خدمة التحويل المالي لحساب السائق بمجرد وصول العميل للمكان المحدد.

إنّ هذه الطريقة في تنفيذ العقود، ستؤدّي إلى إحداث تغيير جذري في النظام القانوني الأمر الذي يجعل من هذه العقود مصدراً لتجديد القواعد القانونية المتعلقة بإبرام العقود وتنفيذها لأن النصوص الحالية غير قادرة على الإجابة عن كل الأسئلة التي تثيرها هذه التقنية الجديدة في التعاقد. فالجوء إلى القاضي لن يكون الضمان الوحيد لتنفيذ الاتفاقات التعاقدية طالما أن العقد تلقائي التنفيذ. الأمر الذي سينعكس حتماً على حجم النزاعات القانونية وعددها ونوعيتها، مما سيخفف لاحقاً من الضغط على المحاكم¹. كما إنّ أسئلة كثيرة ستثار حول إمكانية تطبيق هذا العقد في جميع الأنظمة القانونية في كافة الدول، وهل يمكن قبول فكرة تطبيق هذه العقود بشكل جزئي في العقد بحيث يقتصر مثلاً على عملية الدفع، وما هي القواعد التي يجب تعديلها على الصعيد الوطني والدولي لاستيعاب هذه التقنية الجديدة في التعاقد.

الفرع الثاني: تأثير العقود الذكية على النظام القانوني التقليدي للعقود:

كما ذكرنا سابقاً فإنّ مبدأ الحرية التعاقدية سيوفّر لأطراف العقد الإطار الفلسفي والقانوني للجوء إلى هذا النوع من العقود، وضمان تنفيذها، والتحقق منها طالما أن محل العقد لا يمس النظام العام. ولكن العقد الذكي سيصطدم ببعض المبادئ القانونية الراسخة في النظام القانوني والنظام القضائي، إذ تعطلّ هذه العقود المفاهيم والأنظمة التقليدية للعقود، بما في ذلك القبول، أو مبدأ حسن النية، أو التنفيذ الجبري، أو التفاوض، أو التفسير. وسنتناول تأثير هذه العقود على النظام القانوني التقليدي من خلال دراسة الجوانب التالية:

أولاً: بالنسبة للأهلية ولمحل العقد:

كانت الأهلية كشرط من شروط صحة العقد ولا تزال مشكلة قانونية كبيرة في إطار العقود الالكترونية، ولن تحل العقود الذكية هذه المشكلة بل ستزيدها تعقيداً، لأن تقنية البلوك تشين تقوم على فكرة الحفاظ على سرية هوية الطرف المتعاقد، فضلاً عن إمكانية إبرام هذه العقود من قبل أشخاص بأسماء مستعارة ولذلك فسيكون من الصعب جداً التعرف على هوية المتعاقد وبقية التفاصيل المتعلقة بعمره وأهليته في إبرام العقد.

¹ Boris ARRAUD, article précité, p. 15.

وبالنسبة لمحل العقد فتثور مشكلة الثمن، فالعقد الذكي باعتباره تطبيقاً من تطبيقات البلوك تشين يقتضي امتلاك صاحب الحساب الذي يتم بموجبه برمجة العقد الذكي ووضعه على البلوك تشين عملة رقمية وهذه العملة غير معترف بها من أغلب دول العالم ولا قيمة مالية لها حقيقة¹. وبناءً عليه فإنّ ركناً أساسياً من أركان العقد على شبكة البلوك تشين لن يكون متوافراً، فالمقابل المستعمل فيه لا يشكل قيمة نقدية بالمفهوم التقليدي للنقد. وفي كلا الحالتين السابقتين سيحتاج المشرع إلى تجديد القواعد القانونية التقليدية لتصبح قادرة على استيعاب هذه التقنية الجديدة.

ثانياً: بالنسبة لتفسير العقد:

تحتاج العقود التقليدية في بعض الأحيان إلى تدخل من القاضي ليقوم بدوره في عملية تفسير مفردات العقد للبحث عن الإرادة الحقيقية لأطرافه، وبلا شك فإن هذا الأمر غير ممكن في طار العقد الذكي الذي تتم كتابة شروطه بلغة برمجية خاصة عالية التشفير، مما يترتب عليه عدم الحاجة إلى تفسير العقد من قبل القاضي لأن آثار العقد تترتب أصلاً بشكل آلي ودون تدخل أي طرف خارجي.

ثالثاً: بالنسبة لتفعيل نظرية الظروف الطارئة

إنّ تطبيق نظرية الظروف الطارئة، تستلزم شروطاً محددة نص عليها القانون من حيث ضرورة أن يكون العقد زمنياً أو فورياً ولكن تنفيذه مؤجلاً، وضرورة وقوع حادثة خارجة عن إرادة الطرفين تجعل تنفيذ العقد مرهقاً بالنسبة لأحد أطراف العقد. وفي هذه الحالة يأتي دور القاضي للتدخل في العقد بالفسخ أو التعديل

¹ بن دريس حليلة، العقود الذكية على البلوك تشين تحدي ينتظر تشريع العقود، المؤتمر الدولي الثاني للتكنولوجيا الحديثة أحد التحديات القانونية المعاصرة، جامعة الشارقة، كلية القانون، مارس 2021، ص12.

لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد وبالتالي لا يمكن تطبيق هذه النظرية في نطاق العقد الذكي لأن طبيعته لا تتوافق والسلطة التقديرية الممنوحة للقاضي بموجب القوانين المدنية في هذه الحالات¹.

رابعاً: من حيث تنفيذ العقد

لقد وجدنا فيما سبق بأن العقد الذكي يرسخ لطريقة فريدة في تنفيذ الالتزامات تقوم على التنفيذ الآلي لآثار العقد، إذ يقوم العقد الذكي بتنفيذ البنود المتفق عليها حال توافر الشروط المتفق عليها، بصورة نهائية لا رجعة فيها، من دون إمكانية تعديلها أو حذفها من أي طرف. وبالتالي لا يمكن تصور وقوع نزاع خلال عملية التنفيذ، فلا مجال للتأويل أو التفسير أو الادعاءات المتبادلة بين طرفي العقد، فتنفيذ آثار العقد هو أمر حتمي، ولا يمكن تصور دور للقاضي في مثل هذه العقود إلا بصورة لاحقة لترتيب آثار العقد، أي لا يمكن لأي طرف أن يدعي قبل ترتيب العقد لآثاره بأن هناك عيباً أو تأخراً في التنفيذ لأن طبيعة العقد الذكي لا تتحمل ذلك².

ويُضاف إلى ذلك إلى أن كثيراً من الأدوات القانونية المتعلقة بتنفيذ العقد سئستبعد في إطار العقود الذكية فمسألة التنفيذ العيني لن يكون أمراً ممكناً في إطار هذه العقود طالما أن عملية التنفيذ في العقود الذكية تعمل بشكل آلي وتلقائي دون الحاجة إلى تدخل القضاء³. وكذلك فكرة الدفع بعدم التنفيذ أو فسخ العقد⁴. وكذلك الدور الذي يمارسه القاضي عندما يُعرض عليه النزاع كتعديل بعض الشروط الجزائية أو التعسفية، ومنح المدين أجلاً للوفاء⁵.

¹ خميس صالح ناصر المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد، دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي، أطروحة ماجستير، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون قسم القانون الخاص، أكتوبر 2017، ص39.

² عمر أنجوم، "البلوك تشين والملاءمة القانونية للعقود الذكية، المؤتمر الدولي الثاني تمكين التطبيقات الذكية بين الفقه والقانون، رؤية مستقبلية في دولة الامارات العربية المتحدة، والتي نظمتها كلية الإمام مالك للشريعة والقانون في دبي في الفترة من 15 إلى 16 إبريل 2021، ص363.

³ معمر بن طرية، العقود الذكية المدمجة في البلوك تشين، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 4، مايو 2019، ص491.

⁴ عند حسن السوسي، مواءمة نظرية العقد مع متطلبات العصر مرجع سابق، ص63.

⁵ بن دريس حليلة، مرجع سابق، ص19.

فعلى سبيل المثال سيكون من الصعب تصور منح مُهل للمدين في هذا النوع من العقود ذات الطبيعة التلقائية في التنفيذ وترتيب الآثار، وكذلك الأمر بالنسبة لدور القاضي الذي لن تتاح له الفرصة لتقييم وتكييف بعض الشروط التعاقدية طالما أن التنفيذ يتم بصورة آلية. فبمجرد عدم تنفيذ أحد أطراف العقد لالتزاماته التعاقدية سيرتب النظام الإلكتروني آثار العقد لصالح الطرف الدائن بالالتزام.

خامساً: من حيث الشروط الشكلية للعقد:

إنَّ المبدأ العام في العقود هو أنها رضائية، أي ينعقد العقد بمجرد تبادل الإيجاب والقبول وتطابقهما، ولكن قد يُضيف المشرع في بعض الأحيان شرط الشكلية لأركان العقد الأمر الذي يجعل من المستحيل اللجوء إلى آلية العقود الذكية لإبرام هذا النوع من العقود في ظل النصوص الحالية كعقد الرهن التأميني، وعقد الشركة، والهبة وغيرها من العقود الشكلية. فالمشرع يشترط لصحة مثل هذه العقود استيفاء متطلبات إجرائية محددة ككتابة العقد، وتوثيقه لدى الكاتب العدل أو غيره، أو إعلان العقد في السجل التجاري. وحتى لو كان العقد رضائياً فإن المشكلة الأخرى التي سيواجهها أطراف العقد الذكي الرضائي هو قابلية الاحتجاج بمضمون العقد تجاه الغير، فكيف سيقوم المصرف بمنح مشتري العقار بموجب عقد ذكي قرضاً وهو لا يستطيع إثبات ملكيته لهذا العقار باعتبار أنَّ تقنية العقد الذكي لا تسمح بتسجيل انتقال الملكية في السجل العقاري وفق النصوص الحالية¹.

سادساً: بالنسبة للمسؤولية المدنية:

إن انتشار البلوك تشين وتطبيقاته سيثير مشاكل قانونية متعلقة بالمسؤولية المدنية. فقد يحدث أن يلحق ضرر بأحد الأشخاص بسبب خلل في إنشاء شبكة البلوك تشين، أو بسبب معاملات غير مشروعة تجري على شبكة البلوك تشين، وفي كلا الحالتين سيكون الطرف المتضرر في حالة استحالة الحصول على التعويض المناسب بسبب عدم القدرة على تحديد الطرف المسؤول عن ارتكاب الفعل الضار أو إثبات

¹ Hiéronimus, Fanny, Enjeux juridiques et impacts de la Blockchain pour le notariat et le secteur bancaire belge, disponible sur le lien suivant <http://hdl.handle.net/2268.2/4867>, consulté le 8-11-2021.

التنفيذ المعيب للالتزامات المترتبة عن العقد، أو التأخر في التنفيذ لأن البرامج الالكترونية ستقوم بترتيب الآثار القانونية بمجرد تلقيها المعلومات¹. على سبيل المثال في عام 2014، ونتيجة خطأ في البرمجة في موقع Mt.Gox، وهي منصة للتداول بين العملات التقليدية وعملة البيتكوين، فقد هذا الموقع ما يقارب من 850 ألف عملة بيتكوين (بقيمة 650 مليون دولار في ذلك الوقت). ويشير بعض المختصين في هذا المجال إلى أنّ فقدان كلمة المرور الخاصة بالبلوك تشين للمستخدم سيؤدي إلى ضياع الأموال المخزنة فيها ولذلك يحتفظ بعض مستخدمي العملات المشفرة بنسخة من كلمات المرور الخاصة بهم في صناديق ودائع آمنة².

وباعتبار أن البلوك تشين لا يتمتع بالشخصية القانونية المستقلة إلى يومنا هذا، فلا يمكن اعتبارها طرفاً مسؤولاً مدنياً في حالة وقوع ضرر لحق بأحد المتعاملين بهذه الشبكة. ولكن هل يمكن اعتبار البلوك تشين بمثابة شيء تحت حراسة من يتولى إدارة الشبكة، وبالتالي ترتيب مسؤوليته المدنية في حال وقوع فعل ضار؟

يمكن تأسيس المسؤولية المدنية على أساس مسؤولية حارس الأشياء ولكن هذا الافتراض ينطبق فقط على شبكات البلوك تشين الخاصة والتي يمكن فيها تحديد حائز أو مستثمر الشبكة. ولكن عندما تكون شبكة البلوك تشين عامة فلا يمكن تحديد الطرف الحائز أو المستثمر لهذه الشبكة لأنه في هذه الحالة تكون الشبكة مفتوحة للجميع للانضمام إليها واستعمالها³.

¹ Nicolas Laurent-Bonne, La re-féodalisation du droit par la blockchain, Dalloz IP/IT 2019 p.416.

² Jean-Paul PINTE, LES RISQUES LIÉS À LA BLOCKCHAIN La blockchain et ses risques dans le monde de la finance Revue Lamy droit des affaires, N° 140, 1er septembre 2018.

³ Jean-Paul PINTE, article précité, p. 7.

وتبقى هناك أيضاً أسئلة قانونية ذات طبيعة كلاسيكية لا يجيب عنها نظام العقود الذكية، فمثلاً أي قانون ينطبق على العقود الذكية الدولية؟ ما هو القضاء المختص في هذه الحالة؟ من هو الطرف المسؤول وما هي الالتزامات في حالة حدوث خلل في النظام؟¹

والأمر نفسه ينطبق على الشرط الفاسخ الذي يتضمنه العقد، فدور القاضي في تفعيل هذا الشرط من عدمه جوهري. ربما يتمكن الذكاء الاصطناعي في المستقبل من خلال إدراج الاجتهادات القضائية حول الموضوع محل النزاع، من إجراء عملية مفاضلة وتقييم للوصول إلى أفضل الحلول للطرفين.²

ولكل الأسباب السابقة فإن استيعاب تقنية العقود الذكية في النظام القانوني يقتضي تجديداً للقواعد القانونية المتعلقة بإبرام العقود وتنفيذها، ويمكن التغلب على هذا الفراغ القانوني حالياً من خلال تبني مفهوم العقود المسبقة التحضير، والتي يجب أن تكون بسيطة قدر الإمكان حتى يمكن تنفيذها تلقائياً بواسطة أجهزة الكمبيوتر، والبرامج الذكية.

ولا يقتصر تجديد القواعد القانونية الحالية على مسألة العقود فقط بل يشمل أيضاً ضرورة إعادة النظر في قواعد الإثبات الحالية بسبب عدم قدرتها على توفير الغطاء القانوني اللازم لإثبات المعاملات التي تتم عبر تقنية البلوك تشين.

المطلب الثاني: أدلة الإثبات المستمدة من البلوك تشين:

لتوضيح حجية الأدلة المستمدة من تقنية البلوك تشين سنقوم بدراسة حجية المحررات الالكترونية التقليدية في الإثبات في الفرع الأول، ثم سنتناول إمكانية الحصول على أدلة إثبات من تقنية البلوك تشين في الفرع الثاني.

¹ R. Bigot, La blockchain et l'assurance, la blockchain ou l'assurance?, RLDI, 2017, n° 142, p. 66. L. Grynbaum, Assurance et blockchain, RLDA, 2017, n° 129, p. 54.

² M. Mekki, Le contrat, objet des smart contracts, D, IPIT, 2018, p. 409.

الفرع الأول: المحررات الإلكترونية التقليدية في الإثبات

إن كانت المعاملات المالية التقليدية التي تعتمد على الوسطاء التقليديين¹، ككاتب العدل الذي يوثق بعض هذه المعاملات من خلال المستندات الرسمية، أو المصارف التي تضمن سلامة التحويلات المالية بين الأفراد، تحقق عنصر الاستقرار والأمن القانوني من خلال توفيرها لوسائل إثبات مادية يمكن استعمالها في حال حصول نزاع مستقبلي، فإنّ السؤال الذي يطرح هو كيف يمكن إثبات هذا النوع من المعاملات المالية في ظل البلوك تشين باعتبار أنها تحلّ محل هؤلاء الوسطاء التقليديين. فهل يسمح البلوك تشين بإثبات حقيقة وجود هذه المعاملات، وإثبات تاريخ وقوعها².

إنّ الإجابة عن هذه الأسئلة تقتضي منا العودة إلى قواعد الإثبات الإلكترونية للتحقق فيما إذا كانت قابلة للتطبيق على أدلة الإثبات المستقاة من البلوك تشين باعتباره محرراً إلكترونياً.

لو عدنا إلى أحكام القانون الاتحادي رقم 35 لسنة 2022 بشأن إصدار قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية كمثال تطبيقي لدراستنا هذه، فإننا نجد أنه أقر الدليل الإلكتروني كوسيلة إثبات في الباب الرابع الذي يتضمن 12 مادة.

كما إنّ المادة السابعة من المرسوم بقانون اتحادي رقم (46) لسنة 2021 بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة تنص على أنه " إذا اشترط القانون في أي بيان أو مستند أو سجل أو معاملة أو بينة أن يكون مكتوباً، أو نص على ترتيب نتائج معينة على عدم الكتابة، فإن المستند أو السجل الإلكتروني يستوفي هذا الشرط إذا تم الالتزام بأحكام الفقرة (1) من المادة (5) من هذا القانون." وتتص الفقرة (1) من المادة الخامسة على أنه " إذا اشترط القانون حفظ مستند أو سجل أو معلومات لأي سبب، فإن هذا الشرط يكون متحققاً إذا تم حفظ ذلك المستند أو السجل أو المعلومات في شكل سجل إلكتروني، شريطة مراعاة ما يأتي:

أ- حفظ السجل الإلكتروني بالشكل الذي أنشئ أو أرسل أو استلم به، أو بشكل يمكن من إثبات انه يمثل بدقة المعلومات التي أنشئت أو أرسلت أو استلمت في الأصل.

ب- بقاء المعلومات محفوظة على نحو يتيح استخدامها والرجوع إليها فيما بعد".

¹ Th. Douville et Th. Verbirst, « Blochqin et tiers de confiance: incompatibilité ou complémentarité », *D*, 2018, p. 1144.

² Céline MOILLE, Inès DADDA, Blockchain et preuve, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, N° 180, 1er avril 2021, p.

وهذا يعني أن المشرع الإماراتي من حيث المبدأ قد أزال كل العوائق القانونية التي يمكن أن تمنع من إبرام العقود الرضائية أو الشكلية بشكل إلكتروني. أي إنّه قبل أن يتخذ المحرر الرسمي شكل المستند الإلكتروني. وبعد هذا العرض لحجية المحررات الإلكترونية التقليدية سندرس إمكانية تطبيق هذه القواعد القانونية على الأدلة المستمدة من البلوك تشين باعتبار أن هذه التقنية لا تزال تفتقد للإطار القانوني الخاص بها.

الفرع الثاني: حجية الأدلة المستمدة من البلوك تشين في الإثبات:

وبالعودة للمعاملات المالية التي تتم عن طريق البلوك تشين نجد أنّ هذه المعاملات وتدقيقها لا يتم على يد موظف عام وبالتالي وإن كان الدليل المستمد من البلوك تشين يتمتع بدرجة عالية من التوثيق، والأمن المعلوماتي ولكن لا يمكن على الإطلاق أن يكتسب صفة المحرر الرسمي. بل إن جوهر البلوك تشين يقوم على فكرة التخلي عن الوسيط التقليدي¹.

فإذا لم يكن من الممكن اعتبار الدليل المستمد من البلوك تشين محرراً رسمياً، فهل يمكن اعتباره محرراً عرفياً؟

إذا كان المشرع الإماراتي قد اعترف بحجية الكتابة والتوقيع الإلكتروني، فإنه قد وضع مجموعة من الشروط لا بدّ من توافرها حتى تثبت لهما هذه الحجية. وتتجلى أهم هذه الشروط في مسألة إمكانية التحقق من سلامة البيانات، وتحديد مصدرها، وفيما إذا كان المحرر الإلكتروني قد تم التوقيع عليه بتوقيع إلكتروني عادي، أو محمي، أو مصدّق.

ومن خلال تحليل هذه الشروط نجد أنّ الدليل المستمد من البلوك تشين لا يمكن أن يكتسب الحجية الممنوحة للمحرر الإلكتروني، وذلك للأسباب التالية:

1. يستعمل مستخدمو البلوك تشين أسماءً مستعارة في تعاملاتهم المالية، فلا يمكن تحديد هويتهم، وبالتالي لا يمكن التعرف عليهم. وبناءً على ذلك، لا يمكن للدليل المستمد من البلوك تشين أن يُكَيّف على أنه

¹ Gaëlle MARRAUD DES GROTTES, La blockchain, une technologie stratégique pour la France, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, N° 155, 1er janvier 2019, p. 9.

محرر إلكتروني، لأنه كما أسلفنا فإنَّ الشرط الأساسي لاكتساب حجية المحرر الإلكتروني هو إمكانية تحديد هوية الأطراف المتعاقدة. إذا أراد أحد المستخدمين للبلوك تشين الاستفادة من المحتوى المحفوظ على البلوك تشين، فيجب عليه وحين استعمال هذه التقنية في تعاملاته من أن يعرّف بنفسه ولا يستعمل اسماً مستعاراً.

2. حتى لو قام المستخدم للبلوك تشين بالتعريف بنفسه على الشبكة، فإنه سيصطدم بعائق آخر، وهو القدرة على إثبات أنه هو مصدر هذه المعاملة، وهو من قام بتخزين المحتوى المتنازع فيه. وهو ليس بالأمر السهل، فيجب ألا ننسى أن المعاملات التي تتم عن طريق البلوك تشين، والتوقيع عليها تتم بدون رقابة مركزية، فالبلوك تشين عبارة عن شبكة مفتوحة للجميع ويتم التدقيق في صحة المعاملات من قبل مدققين Miners. وهذا الأمر يتناقض مع الشروط التي وضعها المشرع للاعتراف بحجية المحرر الإلكتروني. فيجب توثيق المراسلات الإلكترونية، والتوقيعات الإلكترونية من خلال إجراءات توثيق محكمة حددها المشرع الإماراتي في المادة الخامسة وما يليها من المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة. أي لا بدّ من وجود نظام إلكتروني موثّق يمكن الرجوع إليه لتحديد مصدر المعاملة، وهوية المتعاملين. هذا النظام الإلكتروني أسماه المشرع الإماراتي السجل الإلكتروني.

وبناءً على ما سبق يمكن القول إن الدليل المستمد من البلوك تشين وعلى الرغم من أنه يجري بوسيلة الكترونية إلا أنه لا يلبي الشروط التي حددها المشرع الإماراتي للاستفادة من حجية المحرر الإلكتروني.

لكن يمكن استعمال الدليل المستمد من البلوك تشين في حالات أخرى:

أولاً: أن يعتبر هذا الدليل مبدأً ثبوتاً بالكتابة وفق ما نصّ عليه المشرع الإماراتي في قانون الإثبات في المادة (62)، وهنا ينبغي أن يتمكن المستخدم من استخراج محتوى المعاملة المالية، وطباعتها، وتقديمها كدليل كتابي للقاضي، ويكون من شأن هذا المحتوى أن يجعل وجود التصرف المدعي به قريب الاحتمال. وبالتالي فإن تقدير حجيتها يعود للقاضي الموضوع الذي سيحدد قيمتها في الإثبات بحسب ظروف كل قضية.

ثانياً: في الأنظمة القانونية التي تجيز إثبات الالتزامات بين التجار، أو ضد التجار بجميع وسائل الإثبات، لا شيء يمنع من إثبات هذا النوع من الالتزامات بدليل مستمد من البلوك تشين.

ثالثاً: يمكن أن يستعمل الدليل المستمد من البلوك تشين في إثبات واقعة قانونية، فهذه الأخيرة يمكن إثباتها بجميع وسائل الإثبات، فيمكن مثلاً استعمال الدليل المستمد من البلوك تشين لإثبات واقعية تسجيل حق من حقوق الملكية الفكرية، وبالتالي يستطيع من يدعي الحق أن يثبت أن استعمال الغير لهذا الحق المحمي غير مشروع ومخالف لنصوص قانون حماية الملكية الفكرية. كما هو الحال في حالة تسجيل حقوق الملكية الفكرية في جمعية Creatives Commons والتي تسمح للأشخاص الراغبين في التحرر من حقوق الملكية الفكرية لبلادهم؛ في تسجيل ابتكاراتهم في بلوك تشين لإثبات أسبقيتهم وإثبات محتوى ابتكاراتهم¹. وفي مثال آخر، تعتمد منصة KodakOne، التي أنشأتها شركة Kodak، على بلوك تشين يهدف إلى منح المصورين إمكانية تسجيل أعمالهم، من أجل تكوين دليل إثبات مسبق في حال حصول تنازع مستقبلي حول ملكية هذه الصور².

إنّ الوضع القائم حالياً وكما شرحناه لا يثير أي مخاوف حقيقية حول مستقبل القانون التقليدي في نطاق المعاملات المالية، فنحن أمام وسيلة تعاقد جديدة لا توفر لها النصوص القانونية الحالية نظاماً قانونياً قابلاً للتطبيق عليها. ولكن ما يثير المخاوف هو أن تتحول هذه التقنية مستقبلاً إلى وسيلة أساسية في التعامل المالي، وأن تنتشر على نطاق واسع الأمر الذي قد يدفع المشرع إلى وضع قواعد قانونية خاصة بإثبات التصرفات القانونية المنعقدة على البلوك تشين الأمر الذي قد يشكل اعترافاً قانونياً صريحاً بعدم الحاجة لوظيفة الكاتب العدل، أو بدور المصرف، كما إنه سيشكل إذعاناً بتساؤل أهمية دور المحامين والقضاة في حياة المجتمع.

¹ Isabelle Gavanon, Blockchain, PI et mode : enjeux de la blockchain au regard des règles relatives à la preuve électronique, Dalloz IP/IT 2019 p.91.

² Julie Groffe-Charrier, Juge et blockchain : la preuve dans le procès civil ,Dalloz IP/IT 2021 p.260.

خاتمة

أولاً: النتائج:

1. يمكن القول أنّ البلوك تشين هي عبارة عن تقنية تسمح بإنشاء معاملات مالية غير قابلة للتزوير، أو التتبع، كما إنها تتمتع بخاصية إدارتها، وتنظيمها لنفسها بصورة تلقائية. ولا يمكن الاقتصار على اعتبار البلوك تشين مجرد تحوّل تقني عميق، بل أنها تثير، باعتبارها تحمل في طياتها تساؤلات ذات طبيعة فلسفية وفكرية تمس جوهر المجتمع، باعتباره يحمل في طياته بديلاً للنظام المالي والاقتصادي التقليدي.
2. إنّ هذه التقنية تحمل إمكانيات هائلة، ويمكن تشبيهها بابتكار الطباعة، أو الأنترنت، أو الآلات البخارية. وهي تحمل تناقضاً عجبياً، فإن كانت تتمركز في إطار التطور المستمر للبشرية إلا أنها في الوقت نفسه تعبر عن شكل من أشكال الانقطاع التام عن المفاهيم التقليدية التي استقرت عليها البشرية.
3. لا شك بأنّ هذه التقنية الجدية ذات الطابع العالمي اللامركزي تفرض تحديات هائلة على النظام القانوني التقليدي، ولا سيما في مجال القانون الواجب التطبيق على هذه التقنية، وأحكام المسؤولية المطبقة في حال وقوع أخطاء، أو سوء استعمال لها. ولعلّ التحدي الأكبر يتناول البلوك تشين العام لأنه يعتمد على عدد من المستخدمين المنتشرين في جميع أنحاء العالم. ويكاد يكون من المستحيل فرض التزامات قانونية على مطوري هذه التقنية، ومستعمليها من قبل كل دولة على حدة، فلا بدّ من وجود إطار قانوني ذا طبيعة دولية قادر على استيعاب هذه الظاهرة إلى أكبر حد ممكن.
4. إذا كانت هناك بعض الدول التي قامت بتطوير قوانين ولوائح لتنظيم تقنية البلوك تشين في بعض القطاعات والتطبيقات المحددة. على سبيل المثال، في الولايات المتحدة، هناك بعض الولايات التي اعتمدت قوانين لتنظيم العمليات المرتبطة بالعملات الرقمية والتقنية المالية المبنية على البلوك تشين. فلا يمكن القول بوجود القدر الكافي من القوانين الخاصة بتقنية البلوك تشين، ومن الصعب على السلطات التشريعية التدخل فيما يتعلق بتكنولوجيا ناشئة، ويبدو لنا أن التدخل التشريعي في تقنية ناشئة وغير مفهومة جيداً قد يعرضها للخطر ويمنع تطورها. ويجب الانتظار لفهم المخاطر والسيناريوهات المحتملة قبل التشريع في هذا المجال.

5. يمكن القول إنَّ ما يسمى بالمعاملات الرضائية بين الأفراد التي تتم خارج نطاق أي تنظيم حكومي، أو أي شكلية قانونية تقليدية أصبحت شائعة، وستترسخ بشكل أكبر مع تطور تقنية البلوك تشين. هذا الأمر سيؤدي إلى تناقض غير مقبول، وهو أنَّ هذه المعاملات التي تتم عبر البلوك تشين ستمتدع بإجراءات أمان وفعالية أكبر من المعاملات المالية التي تتم ورقياً أو إلكترونياً ولكن ضمن النظام القانوني التقليدي. سرعان ما ستجد السلطات الحكومية نفسها أمام هذا التناقض ولا نعتقد بأن الأمر سيكون مقبولاً بالنسبة لها.

وبالتالي فالأمر متروك للجهات العامة لاغتنام الفرصة التكنولوجية التي يقدمها البلوك تشين، فيمكنها استخدام هذه التقنية لتحسين أداء بعض الخدمات العامة. على سبيل المثال، يمكن للمشرع، ومن خلال إعادة النظر في طريقة تقديم الخدمات الحكومية، العمل على إنشاء بلوك تشين حكومي ضخم تتم من خلاله عملية تقديم الخدمات الحكومية الأمر الذي سيوفّر عليها نفقات باهظة، وكثيراً من الوقت.

ولا يعني الأمر بالضرورة استبدال الوسطاء التقليديين بوسطاء جدد، ولكن المقصود هنا هو إعادة التفكير في أساليب العمل الحكومية من أجل تحسين كفاءة، وفعالية خدماتها.

ثانياً: التوصيات:

1. في مواجهة هذه التحديات نعتقد أنَّ الحل يكمن في "صناديق الحماية التنظيمية regulatory sandbox". على سبيل المثال: في نوفمبر 2016، أعلن سوق أبو ظبي العالمي (ADGM) عن أول صندوق حماية تنظيمي في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، ADGM RegLab. بعد ذلك في عام 2017، أنشأت سلطة دبي للخدمات المالية (DFSA)، الواقعة في مركز دبي المالي العالمي، صناديق الحماية التنظيمية الخاصة بها تلاها بعد ذلك صدور قانون قانون رقم (4) لسنة 2022 بشأن تنظيم الأصول الافتراضية في إمارة دبي.

ظهرت صناديق الحماية التنظيمية بدايةً في المجال المالي للسماح للشركات الناشئة وبشكل استثنائي باختبار نماذج أعمال جديدة أو منتجات جديدة. بحيث يتم إعفاء هذه الشركات من بعض الأحكام التشريعية المطبقة، وبالمقابل تلتزم هذه الشركات بشفافية مطلقة تجاه المشرع، الأمر الذي يُفيد الطرفين وتتحول التجربة إلى عملية تعلم متبادلة. فيحق للشركات الناشئة أن تُطوّر وتُعدّل نموذجها المبتكر بما يتناسب مع

التوجهات التشريعية باعتبار أنه يكون محمياً في هذه الفترة من مخاطر مخالفته للتنظيمات التشريعية القائمة. وفي المقابل يستطيع المشرع أن يفهم مزايا وعيوب الشركات الناشئة بشكل أفضل ومن ثم النظر في التعديلات التنظيمية اللازمة للاستفادة من إمكانات هذا النوع من الشركات إلى أكبر حد ممكن دون الوقوع في حال من الاستعجال التشريعي.

وبالتالي يمكن اتباع هذا الأسلوب أيضاً فيما يتعلق بالبلوك تشين إلى حين الوصول إلى نظام تشريعي قادر على زرع الثقة بهذه التقنية وتجنب مخاطرها، وتقديم حلول للمشكلات الناجمة عنها باعتبار أن هذا الأسلوب في التشريع يجعل من الممكن تجنب الاستعجال في وضع القواعد القانونية وخاصةً فيما يتعلق بالتكنولوجيات المتطورة للغاية وقياس نبض المشاريع الحالية، وتصحيح عيوبها المحتملة بموجب القانون، واستشراف مساهماتها المحتملة التي سيتم دعمها وترسيخها بموجب التشريع القانوني المناسب.

2. لا بدّ من فهم هذه الظاهرة، وتأثيرها في القانون، حتى نكون مستعدين لوضع القواعد القانونية المناسبة لاستيعاب هذه الثورة، وتسخيرها لفائدة مجتمعاتنا، فلا نكون في موقف ذلك التاجر الذي كان كل شيء حوله يتغيّر، دون أن يعير أي انتباه لذلك فوجد نفسه مفلساً، في حين أن من بادر إلى الانسجام مع التغييرات أفلت من الخسارة. نعتقد أنه يجب أن لا نجد أنفسنا في مرحلة من المراحل مجبرين على نقل تجارب جاهزة قد لا تتسجم مع طبيعة مجتمعاتنا.

يجب على المتخصصين القانونيين استشراف هذه التقنية، ودراسة مآلاتها، وفهمها والاستعداد لها. وعلى وجه الخصوص، فيما يتعلق بالعقود الذكية بحيث سيتم التأثير في العديد من المبادئ القانونية وفروع القانون التقليدية. فهذه التكنولوجيا ستؤثر في جميع مجالات القانون، وجميع أنشطة المتخصصين في القانون. يجب على هؤلاء المتخصصين بما فيهم الأستاذ الجامعي وطلاب القانون تكييف أساليبهم في التدريس، والتعلم، والممارسة، وكيفية تطبيق قواعد القانون.

3. يمكننا القول إنّ التحدي الرئيسي الذي تطرحه تقنية البلوك تشين ترتبط بفكرة تجاوز دور المؤسسات الوسيطة، والتي تتولى الإشراف على صحة المعاملات المالية التي تتم عبرها، الأمر الذي يمهد لإعادة النظر في كيفية ممارسة الأعمال التجارية جملةً وتفصيلاً. ولكن هذه التقنية الجديدة تسمح بظهور أشكال

جديدة لبناء الثقة بين الفاعلين في النشاط الاقتصادي، الأمر الذي يجب أن يلتفت إليه القانون، ويحاول إيجاد النصوص القانونية الملائمة لاستيعابه والتمهيد لتطبيقه على نطاق واسع.

قائمة المراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية

1. أحمد البلوشي، مقدمة عن العقود الذكية، ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي، السعودية، مايو 2019.
2. أحمد سعد علي البرعي، إنشاء عقود المعاملات وتنفيذها بين الطرق التقليدية وتقنية البلوك تشين والعقود الذكية: دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنين بالبحرين، جامعة الأزهر، كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنين بالبحرين، العدد 39، الجزء 4، ديسمبر 2020.
3. أحمد صالح ضبش، تقنية العقود الذكية وأثرها في استقرار المعاملات المالية دراسة فقهية قانونية، مؤتمر دور الشريعة والقانون في استقرار المجتمعات، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر الشريف، مصر، أكتوبر.
4. أحمد عيد، "تقنية البلوك تشين وحجيتها في إثبات العقود الذكية دراسة فقهية مقارنة بقانون الإمارات العربية المتحدة" المؤتمر الدولي الثاني تمكين التطبيقات الذكية بين الفقه والقانون رؤية مستقبلية في دولة الإمارات العربية المتحدة، كلية الإمام مالك للشريعة والقانون، دبي، إبريل 2021.
5. أنس محمد عبد الغفار سلامة، اثبات التعاقد عبر تقنية البلوك تشين دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجزائر، المجلد الخامس، العدد الثاني، يونيو 2020.
6. بن دريس حليلة، العقود الذكية على البلوك تشين تحدي ينتظر تشريع العقود، المؤتمر الدولي الثاني للتكنولوجيا الحديثة أحد التحديات القانونية المعاصرة، جامعة الشارقة، كلية القانون، مارس 2021.
7. جهاد محمود عبد المبدى، مدى حجية البلوك تشين في الإثبات المدني "دراسة تحليلية"، المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، المجلد 4، ع 1، 2023.
8. حسن السوسي، موازنة نظرية العقد مع متطلبات العصر - نظرة في العقود الذكية- المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية 2020.
9. داود منصور، العقد الذكي ودوره في تكريس الثقة في العلاقات التعاقدية، مجلة البحوث الاقتصادية والقانونية، المركز الجامعي آفلو، الجزائر، المجلد 4، العدد 2، 2021.

10. داود منصور ، القيمة القانونية للبلوك تشين في الإثبات ودوره في نطاق التوثيق الرقمي للمعاملات الإلكترونية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيّان عاشور، الجزائر، المجلد 14، العدد 2، 2021.
11. السنّية حكوم، د. بأحمد رفيس، مالية العملة الافتراضية ومدى انطباقها على النقود من حيث الوظائف (البيتكوين أنموذجاً) دراسة شرعية اقتصادية، المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلاميّة بجامعة الشارقة (العملات الافتراضية في الميزان)، سنة 2019.
12. طروبيا ندير، استراتيجيات مجلس التعاون الخليجي لتبني تقنية البلوك تشين والنتائج المحتملة لتطبيقها- قراءة في تجربة الإمارات العربية المتحدة-، مجلة إضافات اقتصادية، جامعة غرداية، الجزائر، المجلد 4، العدد 2، 2020.
13. عبد الرزاق وهبة سيد أحمد محمد، مفهوم العقد الذكي من منظور القانون المدني، المجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث، العدد الثامن، المجلد الخامس، 2021.
14. عبد الصمد حوالف، الجوانب القانونية والاقتصادية للعملات الافتراضية، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة عجمان، العدد 10، المجلد 5، يوليو 2019.
15. عمر الجميلي، العقود الذكيّة واقعها وعلاقتها بالعملات الافتراضية، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، دائرة الشؤون الإسلاميّة والعمل الخيري، دبي، 2019.
16. عمر أنجوم، "البلوك تشين والملاءمة القانونية للعقود الذكيّة، المؤتمر الدولي الثاني تمكين التطبيقات الذكيّة بين الفقه والقانون، رؤية مستقبلية في دولة الامارات العربية المتحدة، والتي نظمتها كلية الإمام مالك للشريعة والقانون في دبي في الفترة من 15 إلى 16 إبريل 2021.
17. العياشي الصادق فداد، العقود الذكيّة، مجلة السلام للاقتصاد الإسلامي، الإدارة الشرعية بمصرف السلام، الجزائر، العدد 1، ديسمبر 2021.
18. محمد عرفان الخطيب، العقود الذكيّة الصديقة والمنهجية، دراسة نقدية معمقة في الفلسفة والتأصيل، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد 2، العدد التسلسلي 30، يونيو 2020.
19. مدى عبد اللطيف الرحيلي، هناء عليم الضحوي، تطوير قطاع الإيجار العقاري بما يتماشى مع التحول الرقمي للمملكة العربية السعودية: دراسة مقترحة لتطبيق البلوك تشين Blockchain ، مجلة

دراسات المعلومات والتكنولوجيا، جمعية المكتبات المتخصصة فرع الخليج العربي ودار جامعة حمد بن خليفة للنشر، المجلد 3، العدد 1، 2020، متاح على الموقع التالي

<https://www.qscience.com/content/journals/10.5339/jist.2020.5>

20. معمر بن طرية، العقود الذكية المدمجة في البلوك تشين، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 4، مايو 2019.

21. نريمان مسعود بورغدة، عقود البلوك تشين (العقود الذكية) من منظور قانون العقود، جامعة الجزائر، الجزائر، المجلد 56، العدد 2، السنة 2019.

ثانياً: المراجع باللغات الأجنبية:

1. N. Atzei , M. Bartoletti , T. Cimoli, "A survey of attacks on ethereum smart contracts sok," in Proceedings of the 6th International Conference on Principles of Security and Trust Berlin; Heidelberg, 2017.
2. A. Bataille, J. Favier, Bitcoin, la monnaie acéphale, CNRS éditions, 2017, p. 1.
3. BI. Poidevin, Ch. Vroman ; « Données personnelles. La blockchain est-elle compatible avec le RGPD ? », Expertises, juin 2017.
4. N. Weinbaum, « la preuve du consentement à l'ère du RGPD et de la blockchain », JCP E, 2018.
5. B. Arraud, Les blockchains et le droit, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, N° 147, 1er avril 2018.
6. C. Moille, I. Dadda, Blockchain et preuve, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, N° 180, 1er avril 2021.
7. C. Deblock, J-M. Fontan, Innovation et développement chez Schumpeter, Revue Interventions économiques, 46- 2012, disponible sur le lien suivant: URL : <http://journals.openedition.org/interventionseconomiques/1463> consulté le 25-8-2021.

8. Cathy Mulligan, Blockchain and Sustainable Growth, 06 February 2019, <https://www.un.int/news/blockchain-and-sustainable-growth>, The website was restored on 11-5-2023.
8. E. Barbry, Smart contracts....Aspects juridiques, réalités ind/; août 2017.
9. M, Fenwick, M, Corrales, H. Haapio, Legal Tech, Smart Contracts and Blockchain. Berlin; Heidelberg: Springer, 2019.
10. F. Ost, M. van de kerchove, De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, Revue international de droit comparé, 2003, 55-3.
11. G, Marraud des grottes, La blockchain, une technologie stratégique pour la France, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, N° 155, 1er janvier 2019.
12. G, Marin-Dagannaud, le fonctionnement de la blockchain, Annales des Mines – Réalités industrielles, 2017/3 Août 2017.
13. George Georgoudakis, The Rise of Bitcoin and Blockchain, Publisher: George Georgoudakis, 2023.
14. Hiéronymus, Fanny, Enjeux juridiques et impacts de la Blockchain pour le notariat et le secteur bancaire belge, disponible sur le lien suivant <http://hdl.handle.net/2268.2/4867>, consulté le 8-11-2021.
15. Isabelle Gavanon, Blockchain, PI et mode : enjeux de la blockchain au regard des règles relatives à la preuve électronique, Dalloz IP/IT 2019.
16. J-P, Pinte, Les risques liés à la blockchain La blockchain et ses risques dans le monde de la finance Revue Lamy droit des affaires, N° 140, 1er septembre 2018.
17. J. Groffe-Charrier, Juge et blockchain : la preuve dans le procès civil , Dalloz IP/IT 2021 p.260.

18. M. Della Chiesa, F. Hiault, C. Clément, Blockchain vers de nouvelles chaînes de valeur, Edition Eyrolles, 2019, p. 33.
19. M. Mekki, Le contrat, objet des smart contracts, D, IPIT, 2018.
20. M. Della Chiesa, F. Hiault, C. Téqui, Blockchain vers de nouvelles chaînes de valeur, Eyrolles, nouvelle édition augmentée, 2018.
21. N. Szabo, permission to redistribute without alteration hereby granted, 1994, available on the following link: <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> accessed November 6, 2021.
22. N. Laurent-Bonne, La re-féodalisation du droit par la blockchain, Dalloz IP/IT 2019.
23. P. Waelbrock, Les enjeux économiques de la blockchain, Réalités ind., août 2017.
24. R. Bigot, La blockchain et l'assurance, la blockchain ou l'assurance?, RLDI, 2017.
25. L. Grynbaum, Assurance et blockchain, RLDA, 2017.
26. S. Nakamoto, « Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System », 2008, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.
27. Th. Douville et Th. Verbrist, « Blockchain et tiers de confiance : incompatibilité ou complémentarité », D, 2018.
28. B. Le Maire, Faisons de la France la première place d'innovation blockchain & crypto-actifs en Europe, 15 mai 2018, disponible sur : <https://bit.ly/2lrWYji>
29. Y. Moreau, « Politique des blockchains », in Blockchain décryptée, mai 2016.
30. O. Depierre, « des blockchains et des libertariens », Le temps, 2 mars 2018 : <https://www.letemps.ch/economie/blockchains-libertariens>.



جامعة عجمان
AJMAN UNIVERSITY

Journal of Legal Sciences

Year Eighth - Issue eighteen - July 2023

Email: lawmagazine@ajman.ac.ae

A scientific journal that deals with legal studies

ISSN: 2707 - 1073
E - ISSN: 2707 - 1081



Disclosure of risk in the insurance contract in the Palestinian and French laws "an analytical, comparative study"



Applicability of the Vienna Convention on International Sale of Goods before the Qatari Judiciary



Critical Assessment of Fairness in the Indefeasibility Doctrine in Family Real Property Disputes: Comparative Legal Analysis



Towards a legal regulation of the exclusive employment clause in UAE law Comparative study



Civil Liability for Damages Caused by Energy Drinks A Comparative Study



The private interest is the first in caring to permit the disclosure of medical secret



The potential effects of blockchain technology on the traditional legal system in contracting and proof

Issued by the College of Law - Ajman University - the United Arab Emirates
P.O Box: 346 Ajman, United Arab Emirates, Tel: 0097167056131 or 0037167056325. Fax 0097167056270