



المعهد العالي للقضاء
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

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

ففيه هذا العدد:

- حكم الوفاء بأجرة العقار في الظروف الطارئة (وباء كورونا نموذجاً) دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقانون المعاملات المدنية العماني
الأستاذ الدكتور/ أحمد الصادق البشير الشايب
- مدء جواز الاحتجاج على المضرور بالارتداد بالخطأ الصادر عن المضرور الأصلي «دراسة مقارنة»
الدكتور/ مصطفى أبو مندور موسى عيسى
- الحمض النووي DNA وأثره في الإثبات الجنائي
الأستاذ الدكتور/ يحيى صالح محمد الطائي - الدكتور/ عبد الغفور صالح محمد الطائي - الدكتور/ سند سيف محمد السنيدي
- الوجه القانوني للعمليات الافتراضية
الأستاذ الدكتور/ كمال أحمد يوسف النيص
- بطلان حكم التحكيم وفقاً لقوانين التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي
الدكتورة/ أمل بنت سالم بن سعيد المحرزي
- التطور التقني لإجراءات التقاضي في الدعوى الإدارية عبر نظم التقاضي الإلكتروني
«دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين المصري والعُماني»
الدكتور/ محمد عوض فرج عبد العزيز
- النظام القانوني للتراخيص الإجبارية في مجال المخترعات الحديثة «دراسة تحليلية مقارنة»
الدكتور/ جمال عمران المبروك أغنية



مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

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

المراسلات

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

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

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

الموقع الإلكتروني للمعهد:
www.hji.edu.om

ISSN

Print: 2706-882X
Online: 2789-3294

رئيس هيئة التحرير

الدكتور / نبهان بن راشد المعولي
عميد المعهد العالي للقضاء

مدير التحرير

الدكتور / أيمن مصطفى البقلي

هيئة التحرير

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

منسق التحرير

الدكتور/ يوسف بن خليفة الحراصي

التدقيق اللغوي

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

قواعد النشر في مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

أولاً- مواصفات البحوث المقدمة للنشر:

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

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

ثانياً- إجراءات النشر:

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

محتويات العدد

الصفحة	الموضوع
	كلمة العدد
5	الدكتور/ نبهان بن راشد المعولي رئيس هيئة التحرير عميد المعهد العالي للقضاء
	البحوث والدراسات
6	حكم الوفاء بأجرة العقار في الظروف الطارئة (وباء كورونا نموذجاً) دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقانون المعاملات المدنية العماني الأستاذ الدكتور/ أحمد الصادق البشير الشايب
38	مدى جواز الاحتجاج على المضرور بالارتداد بالخطأ الصادر عن المضرور الأصلي «دراسة مقارنة» الدكتور/ مصطفى أبو مندور موسى عيسى
90	الحمض النووي DNA وأثره في الإثبات الجنائي الأستاذ الدكتور/ يحيى صالح محمد الطائي - الدكتور/ عبد الغفور صالح محمد الطائي - الدكتور/ سند سيف محمد السنيدي
120	الوجه القانوني للعمليات الافتراضية الأستاذ الدكتور/ كمال أحمد يوسف النيص
164	بطلان حكم التحكيم وفقاً لقوانين التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي الدكتورة/ أمل بنت سالم بن سعيد المحرزية
214	التطور التقني لإجراءات التقاضي في الدعوى الإدارية عبر نظم التقاضي الإلكتروني «دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين المصري والعماني» الدكتور/ محمد عوض فرج عبد العزيز
262	النظام القانوني للتراخيص الإلزامية في مجال المخترعات الحديثة «دراسة تحليلية مقارنة» الدكتور/ جمال عمران المبروك أغنية

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

كلمة العدد

الحمد لله ذي المُلْك والملكوت، والعزة والجبروت، والصلاة والسلام على النبي المصطفى والحبیب المجتبی، وعلى آله وصحبه ومن اقتفى.

القرء الأعزاء:

يتجدد بكم اللقاء مع عدد جديد من مجلة الدراسات الفقهية والقانونية، والتي نهدف من خلالها إلى تحفيز الباحثين، وإيجاد ثقافة قانونية مجتمعية، ورغد المكتبة العربية بمجموعة من البحوث والدراسات التي تهتم المشتغلين بالعلوم القضائية والقانونية، فنقرب لهم المعلومة القانونية شرحاً أو تفسيراً أو تعقيداً أو تحليلاً في معترك علمي بحثي رصين، نصل من خلاله إلى حلول فقهية وقانونية للظواهر المجتمعية؛ خدمة للبحث العلمي، ودعمًا للمكتبة القانونية العربية.

وفي هذا العدد تطالعنا مجموعة من البحوث التي جادت بها قرائح مجموعة من الباحثين المختصين، فإليكم هذه البحوث، مع الشكر والتقدير لهؤلاء الباحثين الأجلاء على هذا العطاء الزاخر.

والله موفق والمستعان،،،

د. نبهان بن راشد المعولي

رئيس هيئة التحرير

عميد المعهد العالي للقضاء

حكم الوفاء بأجرة العقار في الظروف الطارئة (وباء كورونا نموذجاً) دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقانون المعاملات المدنية العماني

الأستاذ الدكتور/ أحمد الصادق البشير الشايب *

الملخص:

تناول البحث بيان الحكم الشرعي والقانوني للوفاء بالأجرة إذا طرأت ظروف أثرت على التزام المستأجر، وذلك على ضوء الفقه الإسلامي وقانون المعاملات المدنية العماني، وقد خلص البحث إلى جواز فسخ العقد، أو إنقاص الأجرة شرعاً في الظروف الطارئة؛ وذلك تخريجاً على مسألة الأعدار الطارئة، ووضع الجوائح التي قال بها طائفة من الفقهاء القدامى، واستدلالاً بالقواعد والمقاصد المتعلقة بالأحكام الاستثنائية، وقد ذهبت إلى ذلك عدد من مجامع الفقه والفتوى المعاصرة، حيث أجازوا تعديل الالتزام أو فسخه تحقيقاً للعدل بين الطرفين، ورداً للالتزام المرهق إلى الحد المعقول في الظروف الطارئة.

وحيث إن وباء كورونا يُعد حدثاً استثنائياً طارئاً، فإن الحكم الشرعي للالتزام بالأجرة ينطبق على العقود التي أبرمت في ظله، وذلك بفسخ العقد أو تعديله: إما بالتراضي، أو عن طريق القاضي، حيث يجوز له إما فسخ العقد أو تأجيل الأجرة أو تعديلها، بما يحقق مصلحة الطرفين، أما من حيث الحكم القانوني، ووفقاً لقانون المعاملات المدنية العماني (رقم ٢٠١٣/١٩م) يتبين انطباق نظرية الظروف الطارئة عليها؛ وذلك لأن الوفاء وإجراءاته لا يترتب عليها استحالة نهائية للالتزامات الناجمة عن العقد، بل قد تكون استحالة مؤقتة، أو إرهاب يصيب الطرف المدين بسبب توقف نشاطه، أو ضعفه، ولا تطبق نظرية الظروف الطارئة أو القوة القاهرة على من عجز عن سداد أجرة مسكنه بسبب توقف أو ضعف دخله، وإنما له أن يطلب إمهاله إلى ميسرة، ليتمكن من تجاوز الظروف التي ألمت به، وقد خُتم البحث بجملة من النتائج وبعض التوصيات.

الكلمات المفتاحية: الظروف الطارئة - جائحة كورونا - حكم الوفاء بالأجرة - أجرة العقار - جائحة.

* أستاذ الفقه المقارن بكلية العلوم الشرعية - مسقط - سلطنة عُمان، وكلية الشريعة - جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية - السودان.



The Rule of Paying the Property Rent in Emergency Conditions (Corona Epidemic as an Example) A comparative Study in Islamic Jurisprudence And the Omani Civil Transactions Law

Prof. Ahmed Elsadig Elbashir Elshaieb*

Abstract:

The research talks about the Islamic and legal rulings for paying the rent if circumstances appear that affect the tenant's obligation, according to what is stated in Islamic jurisprudence and the Omani Civil Transactions Law, and it concluded to that the contract may be rescinded or the rent reduced according to Sharia in emergency circumstances. In addition, that based on the issue of emergency excuses, and the issue of the situation of pandemics, which was said by a group of ancient jurists, also based on the rules and purposes related to exceptional rulings. Also, a number of contemporary jurisprudence and fatwa academies agreed to this, as they permitted the amendment or termination of the commitment in order to achieve justice between the two parties, and in response to the burdensome commitment to a reasonable extent in emergency circumstances.

Whereas, COVID-19 is an exceptional emergency, the rule of obligation to pay applies to contracts concluded under it, by rescinding or modifying the contract: either by mutual consent, or through the court, which is legally permitted to either cancel the contract or postpone the rent or modify it, in the interest of both parties. In addition, by examining the issue in accordance with the Omani Civil Transactions Law (19/2013 AD), it was found that the theory of emergency conditions was compatible with it. This is because the epidemic and its procedures do not result in a final impossibility of the obligations resulting from the contract, but may be a temporary impossibility, or fatigue affects the debtor due to the cessation of his activity, or his weakness. The theory of emergency circumstances or force majeure is not applied to a person who is unable to pay the rent of his house due to the interruption or weakness of his income. Rather, he may ask a delay, in order to be able to overcome the circumstances that befell him. At the end, the research was concluded with a set of results and some recommendations.

Keywords: Emergency Conditions - Corona Epidemic - The Rule of Paying the Rent - The Property Rent- Epidemic.

* Professor of Comparative Jurisprudence at the College of Shari'a Sciences, Muscat, Sultanate of Oman and College of Shari'a, University of the Holy Quran and Islamic Sciences, Sudan.

المقدمة

نظّمت الشريعة الإسلامية وقوانين المعاملات المدنية العقود، وحددت أركانها وشروطها، ورتبت عليها أحكامها، التي منها: أولاً: وجوب الوفاء بما ورد فيها طبقاً لما اتفق عليه الطرفان، وثانياً: إلزاميتها، حيث لا يجوز لأي من طرفيها ولا للسلطة المختصة فسخها أو تعديل أحكامها بغير مسوغ شرعي أو قانوني، وهذه الأحكام تسري إذا استمرت الظروف التي أبرم في ظلها العقد، أما إذا تغيرت فالعدل يقتضي أن تكون هنالك أحكاماً استثنائية خاصة تراعي هذا التغير، وتدفع الضرر عن وقوع به.

ولا ريب أن وباء كورونا والإجراءات المصاحبة له قد شكلت تحدياً عالمياً أثر على معظم مناحي الحياة، وبخاصة العقود، التي تأثر معظمها بهذه الظروف مما يجعل تطبيق الأحكام العامة عليها لا يحقق العدل المطلوب في العقود شرعاً وقانوناً، بل قد يترتب عليه ضررٌ بالغٌ بأحد طرفي العقد وهو أمر لا تقره الشرائع والقوانين.

ومن أهم العقود التي تؤثر عليها الظروف الطارئة عقد الإجارة؛ وذلك لأن آثاره تمتد لمدة من الزمان، مما يجعله عرضة لتقلبات الظروف والأحوال، مثل حالة وباء كورونا التي أثرت على معظم عقود الإجارة، حيث توقف الانتفاع ببعض العقارات المستأجرة، وقل الانتفاع ببعضها، وقد أدى ذلك إلى التأثير على قدرة المستأجرين في الوفاء بالأجرة، بل إن بعض المستأجرين قد عجز عن سداد أجرة مسكنه؛ إما لانقطاع دخله أو قلته، الأمر الذي تطلب البحث عن حكم وفاء المستأجر بأجرة العقارات التي توقف نشاطها أو قل في ظل هذه الظروف، وهذا يقتضي أولاً: بيان الحكم العام للوفاء بالأجرة إذا طرأ على تنفيذ الالتزام حادثٌ استثنائي، ثم ثانياً: النظر في حالة وباء كورونا بخاصة.

ولبيان ذلك من الناحية الفقهية والقانونية لا بد من توصيف هذه الظروف شرعاً وقانوناً، ثم تنزيل الأحكام الشرعية عليها بعد الوقوف على المعالجات الشرعية التي ذكرها الفقهاء في مثل هذه الحالات، والاستئناس بالقواعد الفقهية والمقاصد الكلية المتعلقة بذلك، وكذلك النظر في نصوص التشريعات القانونية العمانية وما تطرحه من حلول لهذه الحالات الاستثنائية.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى بيان حكم الوفاء بالأجرة إذا طرأت ظروف استثنائية أثرت في تنفيذ الالتزام، ثم تطبيق ذلك على حالة وباء كورونا والإجراءات المصاحبة له.

مشكلة البحث:

المشكلة التي يسعى هذا البحث للمساهمة في حلها، أضعها في السؤال التالي: هل يجوز فسخ العقد أو تعديل الأجرة بسبب الظروف الطارئة شرعا وقانونا؟ وهل ينطبق هذا الحكم على حالة وباء كورونا الراهنة؟ وسأجيب عن هذا السؤال من خلال نصوص ومبادئ وقواعد الفقه الإسلامي، ونصوص قانون المعاملات المدنية العماني.

منهج البحث:

المنهج الذي سيتبعه الباحث لمعالجة مشكلة البحث هو المنهج التحليلي الاستنباطي، والذي بناء عليه يتم تحليل النصوص الشرعية والقانونية؛ للوصول للأحكام الخاصة بموضوع البحث، وسيقتصر تناول الفقهي على خمسة من المذاهب الفقهية المعتمدة وهي: (الإباضي، والحنفي، والمالكي، والشافعي، والحنبلي)، وسيركز تناول القانوني على ما ورد في قانون المعاملات المدنية العماني لسنة ٢٠١٣م.

خطة البحث:

قُسم البحث إلى المطالب التالية:

المطلب التمهيدي: حكم الوفاء بالأجرة شرعا وقانونا في الظروف العادية، وتصوير وباء كورونا والإجراءات المصاحبة له.

المطلب الأول: حكم الوفاء بالأجرة في الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي (وباء كورونا نموذجاً).

المطلب الثاني: حكم الوفاء بالأجرة في الظروف الطارئة في قانون المعاملات المدنية العماني (وباء كورونا نموذجاً).

المطلب التمهيدي

حكم الوفاء بالأجرة شرعاً وقانوناً في الظروف العادية

وتصوير وباء كورونا والإجراءات المصاحبة له

بيان حكم الوفاء بالأجرة في الظروف الطارئة، وفي ظرف كورونا بخاصة، يقتضي أن نمهد له ببيان حكم الالتزام بالأجرة في الظروف العادية، وإعطاء تصور عام لوباء كورونا والإجراءات المصاحبة له؛ وذلك لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره.

١- حكم الوفاء بالأجرة شرعاً وقانوناً في الظروف العادية:

قبل أن نبين حكم الوفاء بالأجرة عند حدوث ظروف طارئة، نورد حكمها شرعاً وقانوناً -بإيجاز- في الأحوال العادية.

حكم الوفاء بالأجرة شرعاً هو: الوجوب، حيث يجب على المستأجر شرعاً الوفاء بالأجرة وفقاً لما تم الاتفاق عليه؛ وذلك للأدلة الكثيرة الدالة على وجوب الوفاء بالعقود، ومن ذلك قول الله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} [المائدة: ١]، الشاهد في الآية قول الله تعالى: {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} وهو أمرٌ بالوفاء، والأمر يدل على الوجوب^(١) مالم تكن هنالك قرينة صارفه له، وليست هنالك قرينة صارفه، بل هنالك أدلة تؤكد هذا الوجوب، ومنها قوله صلى الله عليه وسلم: «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»^(٢)، أي ملزمون بالشروط التي اتفقوا عليها ما لم تكن مخالفةً لنصوص الشرع، أو ما في معنى ذلك، والإجماع منعقد على وجوب الوفاء بالعقود.

ووجوب وفاء المستأجر بالأجرة يقتضي شرعاً التزامه بأداء أجرة العقار طيلة فترة الإجارة، ولا يجوز له أن يفسخ العقد بمفرده، ولا أن يعدل منه، وهذا الحكم يستمر انطباقه في الأحوال العادية دون الاستثنائية.

أما حكم الوفاء بالأجرة قانوناً -وفقاً لقانون المعاملات المدنية العماني- فلا يختلف عن حكمها الشرعي، وهو وجوب الوفاء بها، وذلك طبقاً لما ورد في العقد، ولا يجوز تعديل الالتزام أو الرجوع عنه بإرادة أحد طرفيه، فقد نصت المادة (١٥٦) من قانون

(١) المعتمد في أصول الفقه، محمد بن علي الطيب أبو الحسين البصري (المتوفى: ٤٣٦هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، ١٤٠٣هـ (١/ ٩٢).

(٢) رواه الحاكم في كتاب البيوع برقم ٢٣١٠، عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها، الحاكم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١١هـ - ١٩٩٠م) (٢/ ٥٧).

المعاملات المدنية العماني على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه ولا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة التصرف"^(٣)، ووفقاً لهذا النص فإن المستأجر ملزم بدفع الأجرة كاملة، طبقاً لما تم الاتفاق عليه في العقد، كما نصت المادة (١٦٧) على أنه: "إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد المتعاقدين فسخه أو تعديله إلا بالتراضي أو التقاضي"، وتفيد هذه المادة عدم جواز استقلال المستأجر بفسخ العقد أو تعديله إذا كان العقد قد انعقد صحيحاً مستوفياً لأركانه وشروطه، وقريباً من هذا النص ما ورد في بعض القوانين: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون"^(٤) فالعقد ينزل منزلة القانون بالنسبة لطرفيه فيما ورد فيه من شروط وأحكام يجب على الأطراف الالتزام بها، وعدم جواز نقضها أو تعديلها من أحد الأطراف بمفرده، هذا هو الأصل في الالتزام بالأجرة قانوناً، وقد أورد المشرع نصوصاً تحكم الوفاء بالالتزام عند حدوث ظروف طارئة تؤثر في تنفيذ الالتزامات، وهو ما سنتناوله لاحقاً إن شاء الله تعالى.

٢- تصوير وباء كورونا والإجراءات المصاحبة له:

حقيقة وباء كورونا كما ورد في موقع منظمة الصحة العالمية^(٥)، ووزارة الصحة العمانية أنه وباء فيروسي معدٍ ينتشر بسرعة، وقد بدأ في الصين وانتقل إلى جل دول العالم، وبلغ عدد الإصابات، حتى نهاية يونيو/٢٠٢١م ١٨٣ مليون^(٦)؛ ولذلك فهو يشكل خطورةً عالميةً، كما ورد في تحذيرات منظمة الصحة العالمية، وأنه يتسبب في مجموعة من الأمراض تتراوح بين عدوى الجهاز التنفسي الخفيفة، والالتهاب الرئوي الحاد، وقد يؤدي إلى الوفاة.

ووفقاً لتوجيهات منظمة الصحة العالمية فإن مواجهة هذا الوباء تتطلب بعض الممارسات الصحية للوقاية منه، والتقليل من خطره، وعليه فإن الدول ولغرض الحد من

^(٣) قانون المعاملات المدنية العماني رقم ٢٩/٢٠١٣م.

^(٤) نص المادة (١/١١٣) من قانون المعاملات المدنية السوداني (١٩٨٤م) .

^(٥) موقع وزارة الصحة العمانية: <https://www.moh.gov.om/ar/corona>

^(٦) أخبار جوجل، الدخول ٢ يوليو ٢٠٢١م:

<https://news.google.com/covid19/map?hl=ar&mid=>

انتشاره ومجابهته قد اتخذت جملة من القرارات المتعلقة بذلك، وسأورد ما اتخذته سلطنة عمان في هذا الصدد، حيث أصدرت اللجنة التي كُونت لهذا الغرض عدداً من القرارات منذ تكوينها في مارس ٢٠٢٠م، ساهمت هذه القرارات في الحد من انتشار هذا الوباء، والتقليل من آثاره الضارة، ولا تزال اللجنة تتخذ القرارات المناسبة، وفقاً للتطورات والمنحنى الوبائي، ومن القرارات التي اتخذت في ذلك ولها علاقة بموضوع البحث^(٧):

١- إغلاق المنافذ الجوية والبرية والبحرية لمدد متفاوتة، ومنع الدخول والخروج إلا باستثناءات محددة، وتطبيق الحجر الصحي على جميع القادمين.

٢- تعليق جميع التجمعات والفعاليات والمؤتمرات، وإيقاف الدراسة لبعض الوقت، ثم السماح بها عن بعد.

٣- إغلاق جميع المواقع السياحية، وجميع المحلات في المجمعات التجارية، عدا بعض المحلات التي تمارس أنشطة ضرورية، وقد خففت هذه القيود في بعض الأوقات.

٤- إغلاق بعض الأسواق لأزمة محددة، ومنع تقديم الطعام في المطاعم والمقاهي بما فيها تلك الموجودة في الفنادق، عدا الطلبات الخارجية.

٥- إغلاق كلي أو جزئي للأندية الرياضية والثقافية، وإغلاق الصالات الرياضية والنوادي الصحية، ومحلات الحلاقة والتجميل الرجالية والنسائية.

٦- عدم السماح بمزاولة العمال والموظفين لأنشطتهم في القطاعين الخاص والعام إلا بنسبة معينة النصف أو الثلث.

وبالنظر في هذه الإجراءات المصاحبة لوباء كورونا الذي أطلقت عليه منظمة الصحة العالمية وصف الجائحة؛ لخطورته العالمية، فإن الوباء وإجراءاته تُعد حدثاً استثنائياً طارئاً لا يمكن دفعه، وقد أدى إلى توقف كثير من الأنشطة كلياً أو جزئياً، كما يظهر من قرارات اللجنة العليا، التي لا تختلف عن القرارات المتخذة في كثير من دول العالم^(٨)، وهو أمر بلا شك سيؤثر على الالتزامات المترتبة على عقود الإجارة التي أبرمت قبل تاريخ صدور هذه القرارات، وسنبين حكم الوفاء بالأجرة في ظل هذا الوباء بعد بيان الحكم العام لها في الظروف الطارئة.

(٧) قرارات اللجنة العليا في اجتماعها الثاني مسقط في ١٥ مارس/العمانية/، والثالث:

<https://www.atheer.om/archives/519518/>

(٨) انظر: مثلاً القرارات الصادرة من المملكة العربية السعودية:

<https://www.moh.gov.sa/Ministry/MediaCenter/Publications/Pages/default.aspx>

المطلب الثاني

حكم الوفاء بالأجرة في الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي

(وباء كورونا نموذجاً)

١- حكم الوفاء بالأجرة في الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي:

الظروف الطارئة: هي الحوادث الاستثنائية التي تطرأ بعد إبرام العقد، وتؤثر في تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه، ولبيان أثر هذه الظروف في حكم الالتزام بأجرة العقار في الفقه الإسلامي سأذكر آراء الفقهاء - قديماً وحديثاً - وتطبيقاتهم بشأن أحكام الظروف الاستثنائية التي تطرأ على العقود، كما أورد القواعد والمقاصد المتعلقة بذلك؛ لنستنتج منها الحكم الشرعي للوفاء بالأجرة في هذه الظروف الاستثنائية، وننزله على حالة وباء كورونا.

أولاً- آراء الفقهاء القدامى في حكم الوفاء بالالتزام عند حدوث طارئ من خلال مسألة العذر والجائحة:

من أهم التطبيقات الفقهية المتعلقة بتأثير الظروف الطارئة على الوفاء بالالتزامات الإيجارية تطبيقان: الأول: العذر الطارئ في عقد الإجارة، والثاني: وضع الجوائح عن المشتري، وهي رغم تعلقها بعقد البيع، إلا أن حكمها يتعدى إلى عقد الإجارة؛ وذلك لأن عقد الإجارة عقد معاوضة متراخي التنفيذ، ومسألة وضع الجوائح التي ناقشها الفقهاء تتعلق بعقد بيع متراخي التنفيذ؛ حيث إن الثمار المباعة قد بدأ صلاحها وتحتاج لوقت لاكتمال نضجها فلا تستلم عند العقد غالباً؛ لأن نضجها يحتاج لوقت - كما بينا - وسنورد فيما يلي هاتين المسألتين وحكمهما.

أ- حكم وفاء المستأجر بالتزامه إذا حدث عذر طارئ:

يظهر من خلال تتبع أقوال الفقهاء في تأثير العذر الطارئ على عقد الإجارة أن لهم اتجاهين في ذلك:

الأول: يرى جواز الفسخ للعذر^(٩) مطلقاً - سواء تعلق العذر بالمأجور أو المستأجر -، فالعذر الذي يتعلق بالمأجور هو الذي يمنع استيفاء المنفعة، كمن يستأجر دكاناً فيسقط

(٩) والعذر عند الحنفية هو: (عجز العاقد عن المضي في موجهه - موجب العقد - إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد)، انظر: الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، شهاب الدين

سقفه، أما الأعدار التي تتعلق بالمستأجر، فهي التي تمنعه من استيفاء المنفعة، كإفلاس التاجر، وكل هذه الأعدار تجيز الفسخ وفقاً لهذا المذهب؛ لأن العذر يؤثر في لزوم العقد، ويجعله قابلاً للفسخ، وذلك قياساً على عقد البيع فإن العذر يؤثر فيه، ومن ذلك جواز فسخ العقد إذا أفلس المشتري قبل نقد الثمن، كما أن بقاء العقد مع وجود العذر الطارئ وإلزام المستأجر بالبقاء على التزاماته دون نظر لما يترتب على ذلك أمرٌ قبيحٌ عقلاً وشرعاً، وقد قال بهذا الرأي الحنفية^(١٠)، وخالفهم الشافعية الذين ذهبوا إلى عدم جواز الفسخ للعذر؛ وذلك لأن الإجارة عقد لازم، والعقود اللازمة لا يجوز فسخها بالأعدار، لقول الله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} المائدة: ١، وهو داخل في عموم الآية^(١١).

أحمد بن محمد الشَّليبي، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٣ هـ (١٤٥/٥).

(١٠) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية (١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م)، (٤/ ١٩٧)، يقول الإمام الكاساني: (وحدث العيب بالمستأجر ثم إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع؛ لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرره فاستأجر رجلاً ليقطعه فسكن الوجع يُجبر على القلع، ومن وقعت في يده أكلة فاستأجر رجلاً ليقطعها فسكن الوجع ثم برئت يده يجبر على القطع وهذا قبيح عقلاً وشرعاً)، السرخسي المبسوط (١٥/ ٧٩)، جاء فيه: (أَنَّ صِفَةَ الْمُعَاوَضَةِ لَا تَمْنَعُ النَّسْخَ عِنْدَ الْحَاجَةِ إِلَى دَفْعِ الضَّرَرِ كَالْمُشْتَرِي يَرُدُّ الْمُبِيعَ بِالْعَيْبِ).

(١١) جاء في الحاوي الكبير: (العقود نوعان: لازمة فلا يجوز فسخها لعذر كالبيع وغير لازمة فيجوز فسخها لغير عذر كالقراض، فلما لم يكن عقد الإجارة ملحقاً بغير لازم في جواز فسخه بغير عذر وجب أن يكون ملحقاً باللازم في إبطال فسخه بعذر)، الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض وآخر، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م (٧/ ٣٩٣)، وفي بحر المذهب للرويان: (فإذا اُكتري دكاناً لبيع فيه بَرّاً فاحترق البرّ أو أفلس لم يكن له فسخ الإجارة، وكذلك إذا اُكتري جملاً ليسافر فمرض وانقطع عن القافلة ليس له فسخ الإجارة، وكذلك إذا اُكتري دكاناً لبيع فيه البرّ فمرض ولا يتمكن من التجارة فيه ليس له الفسخ وهذا لأن المعقود عليه بحالة يمكن قبضه والمانع في العاقد دون المعقود عليه فلم يتعلق به ثبوت الخيار وبه قال مالك والثوري وأبو ثور، وقال أبو حنيفة: للمكثري فسخ الإجارة بالأعدار وكذلك للمكثري وهذا غلط لما ذكرنا من المعنى) الرويان، بحر المذهب، تحقيق: طارق فتحي السيد، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ٢٠٠٩ م (٧/ ١٤٢).

والاتجاه الثاني: يرى أن العذر يجوز فسخ العقد إذا كان متعلقاً بالمأجور فقط، وكان بأمر عام يمنع من استيفاء المنفعة، وقد ذهب إلى ذلك الإباضية^(١٢) والمالكية^(١٣) والحنابلة^(١٤)؛ فقد فرّق الإباضية بين العذر الخاص الذي لا يجوز الفسخ، والعذر العام الذي يجوز فسخ العقد، جاء في الإيضاح قول العلامة المحشي -رحمه الله تعالى-: (إنما فرق بين الأمر العام والخاص، لأنه في الخاص قصده الظالم بذلك، وأراد ضرره وحده، بخلاف العام فإنه بمنزلة المصيبة التي جاءت من قبل الله كالهدم مثلاً، فلذلك كان له الرجوع والله أعلم)^(١٥)، وذهب المالكية إلى أن الإجارة تنسخ إذا تعذر ما

^(١٢) جاء في كتاب النيل وشرحه: (ومن كرى داراً بمعلوم نقد سنة معينة ثم أخذت ظلماً من ساكنها بعد أن سكن فيها بعضها حتى انقضى الأجل، فلا رد على ربها لقدر المنع، ولزمه بالأمر العام له ولغيره)، وفي الشرح (ولزمه) أي لزمه الرد لقدر العمل (بالأمر العام له ولغيره) كغاصب لجميع الناس أو غالبهم أو للناس إلا من له عنده جاه، أو داراه مداراة؛ لأن ذلك بمنزلة المصيبة التي جاءت من قبل الله تعالى كالهدم مثلاً، فلذلك كان له الرجوع، والله أعلم)، أطفيش شرح النيل، دار الفتح بيروت، ودار التراث العربي ليبيا، الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م (١٠ / ٢٢٤ - ٢٢٧)، وقال الشيخ عامر صاحب الإيضاح -رحمه الله تعالى-: (وإن أكرى رجل لرجل داراً ببراء معلوم في سنة معلومة فنقده الأجرة، ثم إنه سكن نصف تلك السنة فأخذت الدار من يده ظلماً، أخذها منه سلطان جائر، فسكن فيها أو أغلقها ومنعه من سكنها حتى انقضى الأجل الذي بينهما، فقد ذكر في الأثر أنه ليس على رب الدار ما ينوب الذي منع فيه من سكنى الدار، إلا أن يكون أمراً عاماً للناس فله عليه رد ما منع من سكنها بحسابه)، الشماخي، الإيضاح مع حاشية أبي ستة، مكتبة مسقط عمان، الطبعة السادسة، (١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م)، ج ٤ / ص ١٤-١٥.

^(١٣) الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، صححته: لجنة برئاسة الشيخ أحمد سعد علي، الناشر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي، عام النشر: ١٣٧٢هـ - ١٩٥٢م، (٢ / ٢٨٠)، جاء في الحاشية: (وُفسخت الإجارة بتعذر ما يستوفي منه المنفعة: كدار وحانوت وحمام وسفينة ونحوها -وإن لم تعين حال العقد- ودابة عينت، والتعذر أعم من التلف؛ فيشمل الضياع والمرض والغصب وغلق الحوانيت قهراً وغير ذلك).

^(١٤) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق عبد الرحمن بن محمد بن القاسم، الناشر: مطبعة الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، عام النشر (١٤١٦هـ - ١٩٩٥م) (٣٠ / ٢٩٦).

^(١٥) الشماخي، الإيضاح، مع حاشية أبي ستة، مكتبة مسقط عمان، الجزء ٤، ص ١٤-١٥.

يُستوفى منه المنفعة، ولا كراء على المستأجر خلال مدة تعذر المنفعة^(١٦)، ونقل ابن تيمية الحنبلي اتفاق الفقهاء على فسخ الإجارة عند تعذر استيفاء المنفعة، قال: (لا خلاف بين الأمة أن تعطل المنفعة بأمر سماوي يوجب سقوط الأجرة أو نقصها أو الفسخ)، وبين الحالات التي تقوت فيها المنفعة بالعدر وتؤثر في العقد، حيث قال: (المنصوص عن أحمد والأصحاب وغيرهم في انقطاع الماء: أن انقطاعه بعد الزرع كانقطاعه قبله إن حصل معه بعض المنفعة وجب من الأجرة بقسط ذلك وإن تعطلت المنفعة كلها فلا أجرة)، ثم ذكر تفريق القاضي بين العذر المؤثر في العقد، وهو الذي يتعلق بذات المنفعة المعقود عليها، مع دوام التمكن من استيفاء المنفعة؛ لأن الأجر يستحق بذلك، أما العذر غير المؤثر فهو الذي يلحق بمنافع المستأجر مثل أن يلحق العذر بزرع المستأجر وليس بالأرض المستأجرة فهذا العذر لا يؤثر^(١٧).

وبالنظر في هذين الاتجاهين يتبين أنهما متفقان على تأثير العذر الطارئ على عقد الإجارة، لكنهما يختلفان في نوع العذر المؤثر، فالحنفية يتوسعون في العذر المؤثر، فيقولون بتأثير أي عذر طارئ على عقد الإجارة سواء تعلق العذر بالمأجور أم المستأجر، أما الجمهور فيقتصرون العذر المؤثر على العذر العام الطارئ المؤدي إلى عدم التمكن من استيفاء المنفعة، ويجيزون فسخ العقد بناء عليه، وسقوط الأجرة أو نقصها بمقدار المنفعة المتحصلة عند بعضهم، واتجاه الجمهور تأييده الأدلة التي تدل على لزوم عقد الإجارة، نحو قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة: ١)، فلا يجوز فسخ العقد، والرجوع عنه إلا بمصيبة عامة، قياساً على تأثير الجوائح في عقد البيع، أما المصيبة الخاصة، فتلحق بصاحبها ولا تؤثر في الإجارة.

ب- مسألة وضع الجوائح عن المشتري:

(١٦) عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر - بيروت، تاريخ النشر: ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م (٧/ ٥٢١)، جاء فيه: (الجائحة في المكتري للسكنى من أمر غالب لا يستطيع دفعه من سلطان أو غاصب فهي بمنزلة ما لو منعه أمر من الله تعالى، كانهدام الدار وامتناع ماء السماء حتى منعه حرث الأرض فلا كراء عليه في ذلك كله لأنه لم يصل إلى ما اكتري).

(١٧) ابن تيمية، مجموع الفتاوى (٢٩١/٣٠)، ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، تاريخ النشر:

الجائحة عُرِفَتْ بتعريفات كثيرة منها: (ما لا يستطيع دفعه كالثلج والجليد والريح والبرد والجيش والجراد) ^(١٨)، وقيل هي: (كل آفة لا صنع للآدمي فيها) ^(١٩)، وتتفق معظم التعريفات على اعتبار كل نازلة سماوية مثل الريح والبرد جائحة، واختلفوا فيما سوى ذلك ^(٢٠).

صورة وضع الجوائح عند الفقهاء هي: أن يوضع الثمن أو جزء منه عن اشتري ثماراً بدا صلاحها فأصابها آفة فأتلفتها؛ وذلك للضرر الذي أصاب المشتري بسبب تلف الثمار، وقد اختلف الفقهاء فيمن يتحمل الضمان في هذه الصورة إلى مذهبين رئيسين هما ^(٢١):

المذهب الأول: يرى أن الجائحة تؤثر في العقد، ويتحمل البائع الخسارة مطلقاً، قال بذلك: الإمام أحمد ^(٢٢)، والإمام القُطْب من الإباضية ^(٢٣)، وقول للشافعي في القديم ^(٢٤)،

^(١٨) أطفيش، شرح النيل وشفاء العليل (١١١/٨).

^(١٩) ابن قدامة، المغني (٨١/٤).

^(٢٠) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث - القاهرة، تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م (٢٠٣/٣)، وانظر الذخيرة للقرافي: (قال ابن القاسم: هي ما لا يستطيع دفعه إن علم به فلا يكون السارق جائحة على هذا وجعله في (الكتاب) جائحة وقال مطرف وعبد الملك: هي الآفة السماوية كالمطر وإفساد الشجر دون صنع الآدمي فلا يكون الجيش جائحة)، القرافي، الذخيرة، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٤م، (٢١٢/٥)، وفي المجموع: (والجوائح جمع جائحة، وهي الآفة التي تصيب الثمار فتهلكها) النووي، المجموع شرح المذهب، الناشر: دار الفكر (٩١/١٣).

^(٢١) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٢٠٢/٣).

^(٢٢) ابن قدامة، المغني (٨٠/٤).

^(٢٣) أطفيش، شرح النيل وشفاء العليل (١١٠/٨) قال الإمام القطب: (والتحقيق أنه إنما يوضع، بقدر المصاب ولو قل).

^(٢٤) جاء في الحاوي الكبير للماوردي: (وصورتها في رجل باع ثمرة على رؤوس نخلها وسلمت إلى المشتري وتلفت بالجائحة قبل جدادها فقد كان الشافعي في القديم يذهب إلى أنها من ضمان بائعها وأن البيع باطل، وبه قال أبو عبيد، وأحمد وإسحاق) (٢٠٥/٥)، وانظر النووي، المجموع شرح المذهب (٩٣-٩٠/١٣).

وذهب المالكية إلى أنها تؤثر إذا جاوزت الخسارة الثلث^(٢٥)، وعمدة أدلة هذا الرأي كما يقول صاحب بداية المجتهد هي^(٢٦):

١- الحديث: عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ -رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا-: «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَمَرَ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ»^(٢٧) وَعَنْ جَابِرٍ -رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ-: أَنَّهُ سَمِعَ النَّبِيَّ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- يَقُولُ: «لَوْ بَعْتُ مِنْ أَخِيكَ تَمَرًا، فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ، فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا، يَمْ تَأْخُذُ مَالِ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقٍّ؟»^(٢٨)، دلالة الحديث الأول على الأمر بوضع الجائحة عن المشتري واضحة وصريحة، حيث أمر النبي صلى الله عليه وسلم بوضعها، والأمر يفيد الوجوب، والحديث الثاني: حكم فيه النبي صلى الله عليه وسلم بعدم حلية أخذ مال من أصابت ثماره جائحة، ووصف أخذ ماله ثمنًا للثمر الذي أصابته الجائحة بأنه أخذٌ بغير وجه حق، وهذا يدل بمنطوقه غير الصريح على وضع الجائحة عن المشتري.

٢- وبالقياس: حيث قالوا بقياس الشبه، فهو مبيع بقي على البائع فيه حق توفية، وذلك مثل ما عليه من سقيه إلى أن يُكمل النُضج، فوجب أن يكون ضمانه منه، والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع أنه بيع وقع في الشرع والمبيع لم يكتمل بعد، فكأنه مُستثنى من النهي عن بيع ما لم يخلق، فوجب أن يكون في ضمانه مخالفًا لسائر المبيعات، ويرى ابن تيمية أن الضمان يعلق بالتمكن من القبض لا بالقبض، يقول: (فإن تعليق الضمان بالتمكن من القبض أحسن من تعليقه بنفس القبض)، ويرى أن التمكن من القبض في الثمرة التي بدا صلاحها باكتمال صلاحها، فإذا أصابها جائحة

^(٢٥) ورد في شرح زروق على متن الرسالة: (ومن ابتاع ثمرة في رؤوس الشجر فأجيج ببرد أو جراد أو جليد أو غيره، فإن أجيج قدر الثلث فأكثر وضع عن المشتري قدر ذلك من الثمن وما نقص عن الثلث فمن المبتاع) شرح زروق، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م، (٢/٧٩١)، الخرخشي، شرح مختصر خليل، الناشر: دار الفكر للطباعة - بيروت (١٥٩/٥).

^(٢٦) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٢٠٢/٣).

^(٢٧) رواه مسلم، في كتاب المساقاة باب وضع الجوائح، رقم (١٥٥٤) من طريق جابر بن عبد الله، صحيح مسلم (١١٩١/٣).

^(٢٨) رواه مسلم، في كتاب المساقاة باب وضع الجوائح، (١١٩٠/٣).

قبل ذلك تكون من ضمان البائع؛ لأن المشتري لم يتمكن من قبضها، والقبض مرجعه للعرف، وقبض الثمار يكون بالتمكن من جذاذه بعد اكتمال صلاحه^(٢٩).

٣- وتأولوا حديث أبي سعيد الذي أمر فيه النبي صلى الله عليه وسلم بالتصدق على من أصابته جائحة، فكثر ديونه بأن البائع قد يكون عديماً، فلم يقض عليه^(٣٠)؛ وذلك لورود الأحاديث الدالة على الأمر بوضع الجوائح.

المذهب الثاني: يرى أن الجائحة لا تؤثر في العقد، فلا يُعدّل بناء عليها، ولا يوضع عن المشتري شيئاً، فتكون الثمار التي أصابتها الجائحة بعد البيع من ضمان المشتري، ذهب إلى هذا الرأي: الحنفية^(٣١)، والشافعي في الجديد^(٣٢)، وعمدة أدلتهم هي^(٣٣):

١- حديث أبي سعيد الخدري، قال: أُصِيبَ رَجُلٌ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي ثَمَارٍ ابْتَاعَهَا، فَكَثُرَ دَيْنُهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ»، فَتَصَدَّقَ النَّاسُ عَلَيْهِ، فَلَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ وَفَاءَ دَيْنِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِعُرْمَائِهِ: «خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ»^(٣٤)، قالوا: فلم يحكم صلى الله عليه وسلم بوضع الجائحة عن الرجل الذي اشترى الثمار، رغم أنه قد أصيب في الثمار

(٢٩) ابن تيمية، مجموع الفتاوى (٢٠ / ٣٤٣).

(٣٠) حديث أبي سعيد الخدري، رواه مسلم، في كتاب المساقاة باب الوضع من الدين، البحث نفس الصفحة.

(٣١) ابن مسعود، الباب في الجمع بين السنة والكتاب، المحقق: د. محمد فضل المراد، دار القلم لبنان، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، (٢ / ٥١٣)، القدوري، التجريد، تحقيق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، الناشر: دار السلام-القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م، (٥ / ٤١٠٢).

(٣٢) الشافعي، الأم دار المعرفة، بيروت، سنة النشر: ١٤١٠هـ/١٩٩٠م، (٣ / ٥٧)، المجموع شرح المذهب (١٣ / ٩٠-٩٣).

(٣٣) النووي، المجموع شرح المذهب (١٣ / ٩٠) العيني، نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار، المحقق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - قطر، الطبعة: الأولى، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م (١١ / ٥٣١).

(٣٤) الغماري، الهداية في تخريج أحاديث البداية، الناشر: دار عالم الكتب، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م (٧ / ٣٥٧)، رواه مسلم، في كتاب المساقاة باب الوضع من الدين، رقم (١٥٥٦) من طريق أبي سعيد الخدري، صحيح مسلم (ج ٣/ص ١١٩١).

التي ابتاعها، وقد تضاعف دينه بسبب ذلك، وهذا يدل على عدم الإلزام بوضع الجائحة.

٢- تشبيه هذا البيع بسائر البيوع في أن القبض يكون بالتخلية، وقد خلى البائع المبيع للمشتري، فيكون الضمان على المشتري؛ لأنهم اتفقوا على أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشتري، وبما أن التخلية في بيع الثمار تعد قبضاً، فيكون المبيع من ضمان المشتري.

٣- ناقش الحنفية استدلال القائلين بوضع الجوائح بالآثار المروية عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم- بالتالي: بأنها صحيحة سنداً، لكنها من حيث المتن لا تدل على ما ذكره المجيزون، وأولوها بتأويلات منها (٣٥):

الأول: إن معنى الجوائح المذكورة: هي الجوائح التي يُصاب الناس بها، وتجتاحهم في أرضهم الخراجية التي خراجها للمسلمين، فوضع ذلك الخراج عنهم واجب لازم؛ لأن في ذلك صلاحاً للمسلمين، وتقوية لهم في عمارة أرضهم، فأما في المبيعات فلا.

والثاني: أن الأمر بوضعها لا على سبيل الحتم والالزام، وإنما على سبيل الندب والحض للخير، لوجود قرائن صارفه للأمر عن الوجوب، وذلك مثل أمره صلى الله عليه وسلم بالصلح على النصف، وعلى مثل أمره بالصدقة.

والثالث: قالوا: يشبه أن يكون الأمر بها إنما ورد من باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، واستدلوا لذلك بأنه لما كثر شكواهم بالجوائح أمروا ألا يبيعوا الثمر إلا بعد أن يبدو صلاحها، وذلك في حديث زيد بن ثابت المشهور.

والذي يترجح عندي -والله أعلم- هو القول بوضع الجائحة عن المشتري بمقدار ما يدفع عنه الضرر، وبشرط ألا يكون هناك تقصير منه؛ وذلك للتالي:

أ. للحديث الصحيح، ونصه الصريح الوارد في الأمر بوضع الجائحة، وهو أمر عام بوضع كل جائحة، لكنه يخصص بالنصوص التي تنهى عن إلحاق الضرر بالآخرين، منها قوله صلى الله عليه وسلم: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» (٣٦) وبما إذا قصر المشتري في

(٣٥) ابن مسعود، الباب في الجمع بين السنة والكتاب (٢/ ٥١٣)، القدوري، التجريد (٥/ ٢٤١٠).

(٣٦) مالك، الموطأ ت محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.

عام النشر: ١٤٠٦هـ-١٩٨٥م، (٢/ ٧٤٥) بَابُ الْقَضَاءِ فِي الْمَرْفُوقِ (حديث رقم ٣١) عَنْ مَالِكٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ، عَنْ أَبِيهِ.

القبض بعد تمكنه منه باكتمال صلاح الثمر، وتمام نضجه، فلا توضع الجائحة في هذه الحالات.

ب. وجمعاً بين الأدلة التي استدلت بها المانعون والمجيزون، حيث استدلت الفريقان بأحاديث صحيحة، والجمع ممكن بينها، وذلك بحمل الأمر العام بوضع الجائحة على وضعها عن المشتري إذا لم يكن مقصراً في القبض، وذلك بمقدار ما يدفع عنه الضرر، ويراعي مصلحة الطرفين، وبمنع وضع الجائحة في غير ذلك.

ج. استناداً إلى جملة من المقاصد والقواعد الفقهية التي تقضي بمراعاة العدل، ومنع الضرر في التزامات الأطراف في عقود المعاوضة، ومن ذلك قاعدة: (الضرر يُزال)، والقواعد المقيدة لها نحو قاعدة (الضرر لا يزال بمثله)^(٣٧)، فهذه القواعد تؤكد أن وضع المصيبة عن المشتري مخصصة بعدم إلحاق البائع بضرر مثله أو أشد، ويتفق هذا الرأي مع ما ذهب إليه المالكية القائلون بوضع الجائحة عن المشتري إذا كان التلف كثيراً، أما اليسير فمعفو عنه، وذلك بناء على القاعدة الفقهية المشهورة عند المالكية: (اليسير معفو عنه في العقود)^(٣٨) والله أعلم.

ثانياً- رأي المعاصرين: ذهبت كثير من مجامع الفقه والفتوى المعاصرة إلى^(٣٩) أن الظروف الطارئة والأعدار التي تؤثر في الالتزامات التعاقدية تجيز فسخ العقد أو تعديل الالتزام؛ وذلك تحقيقاً للعدل بين الطرفين، ورداً للالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وقد ذكروا صوراً من عقود الإجارة وبينوا حكم تأثير الظروف الطارئة عليها وهي:

(٣٧) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، ص: ٧٤.

(٣٨) الرجراجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م (٣٦٠/٧).

(٣٩) انظر: قرار المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عام (١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢م) بشأن الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية، والمعيار الشرعي رقم ٩ بشأن الإجارة، والذي أسس لمبدأ فسخ العقد للأعدار الطارئة، والمعيار الشرعي رقم (٣٦) بشأن العوارض الطارئة على الالتزامات، وقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الرابعة والعشرين في دبي عام ١٤٤١هـ (٢٠١٩) (بشأن التضخم الفاحش في قيمة العملة).

١- عقود الإجارة القائمة وقت حدوث الظروف، وعلى المستأجر أقساط دورية مستحقة شهرياً، وقد تباينت آراء الهيئات الشرعية حول مدى جواز تأجيل أقساط الإجارة المستحقة مع زيادتها: حيث ذهب بعضها إلى عدم جواز تأجيل الأجرة المستحقة لفترات ماضية مع أخذ زيادة عليها؛ باعتبار أن الأجرة تعد ديناً في الذمة والزيادة على الدين ربا^(٤٠)، وذهب بعضها إلى عدم جواز أخذ أي ربح مقابل تأجيل الأقساط المستحقة، وأجازوا أخذ مصاريف لتغطية الأعباء الإدارية^(٤١)، ولا أرى في هذه الزيادة إشكالاً إذا كانت بمقدار المصروفات الإدارية، وليس فيها تحايلاً على الربا بزيادة مبلغ الأقساط نظير تأجيل السداد، وإنما هي زيادة مقابل الجهد الذي يبذل في إجراءات تأجيل الأقساط، والله تعالى أعلم.

٢- عقود إجارة تم توقيعها ولم يتم الانتقال بها -إجارة موصوفة في الذمة- يجوز تأجيل أقساط الأجرة للفترات التي لم تبدأ بعد، مع تعديل الأجرة بالاتفاق مع العميل، ويصح تعديل الأجرة بالاتفاق بين المتعاقدين، وأرى أن تعديل الأجرة بالاتفاق بين الطرفين يصح بوصفه إقالة، والإقالة مندوب إليها، وهي تراضي المتعاقدين على الرجوع عن العقد^(٤٢).

(٤٠) ندوة البركة الأربعون للاقتصاد الإسلامي: (وضع الجوائح والقوة القاهرة) أثر الجوائح على عقود الإجارة الدكتور محمد البلتاجي مدير عام الرقابة الشرعية - بنك مصر رئيس الجمعية المصرية للتمويل الإسلامي.

(٤١) دار الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية، جاء في فتوى لهم: (يجوز للبنك أن يتقاضى أي ربح من عملية التأجيل هذه؛ لأنه مال استقر في ذمة المتعامل يجب أن يؤديه في وقت محدد؛ فإذا تم منحه تأجيلاً في الوقت مقابل ربح معين، فهذا يدخل في ربا الجاهلية لما كان يحل الأجل على المدين، فيقول له الدائن: إما أن تقضي وإما أن تربى؛ فيكون الربح من الربا المحرم، ولا يغير ذلك تسميته بالرسوم الإدارية. أما إذا كان ما يتقاضاه البنك من زيادة لتغطية المصاريف الإدارية كنفقات الطوابع والأمور المكتبية الأخرى، بدون أي زيادة ربحية، فحكمها الجواز والله تعالى أعلم) رقم الفتوى: ٣٥٣٧

التاريخ ٦-١٠-٢٠١٩م، الموقع: <https://www.aliftaa.jo/Question2>

(٤٢) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٥/ ٣٠٦) (قال أبو حنيفة عليه الرحمة: الإقالة فسخ في حق العاقدین ببيع جديد في حق ثالث سواء كان قبل القبض أو بعده، وروي عن أبي حنيفة

ثالثاً- القواعد الفقهية والمقاصد الكلية المتعلقة بالظروف الطارئة:

أ- قاعدة الضرر يزال:

وهي من القواعد الفقهية الكلية المتعلقة بالضرر، وقد وردت بصيغة الحديث: (لا ضرر ولا ضرار)^(٤٣)، وحيث إن الظروف الطارئة قد تترتب عليها آثار تضرر بالطرف المدين، وذلك بالتأثير على قدرته في تنفيذ العقد، فإن عموم هذه القاعدة يشملها، فموضوع القاعدة هو الضرر الذي يقع على المدين الملتزم بسداد الأجرة، وحكمها وجوب إزالتها، والضرر: هو الأذية، ويشمل كل: ما يلحق النقص، فكل أمر يلحق النقص بغيره فهذا ضرر، وما يفوت المقصود من بعض الأشياء فإنه يعد ضرراً؛ ولذلك فتوقف الأنشطة وعدم التمكن من الاستفادة من العقار كلياً أو جزئياً ضرر يلحق بالمستأجر يجب وفقاً لهذه القاعدة إزالتها، وذلك إذا كان هذا الضرر محققاً، ولا يتضمن ضرراً مساوياً أو أكثر منه، وتكون إزالته إما بتأجيل دفع الأجرة، أو إنقاصها مؤقتاً بمقدار معقول يراعي التوازن بين الطرفين، أو بفسخ العقد، أو وقفه مؤقتاً.

ب- الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة^(٤٤):

موضوع هذه القاعدة المشقة غير المعتادة التي لا تصل إلى درجة الضرورة، وتسمى الحاجة، وحكمها أنها تنزل منزلة الضرورة التي تبيح ما كان محظوراً من الأحكام، وبما أن الظروف الطارئة تؤثر في تنفيذ بعض الالتزامات وتجعلها مرهقة ومكلفة للطرف المدين -أي تصيبه بمشقة غير معتادة- فإنها تندرج تحت حكم هذه القاعدة، فالمدين تؤثر عليه الظروف الطارئة، وتجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً له، ويصيبه بمشقة شديدة وعسر وصعوبة، وقد عرف الإمام الشاطبي الحاجيات بأنها: "مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراعى دخل على المكلفين -على الجملة- الحرج والمشقة، ولكن لا يبلغ مبلغ

رحمه الله- أنها فسخ قبل القبض ببيع بعده، وقال أبو يوسف: إنها بيع جديد في حق العاقلين وغيرهما إلا ألا يمكن أن تجعل بيعاً فتجعل فسخاً، وقال محمد: إنها فسخ إلا أن لا يمكن أن تجعل فسخاً فتجعل بيعاً للضرورة وقال زفر: إنها فسخ في حق الناس كافة).

(٤٣) رواه مالك، عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ، عَنْ أَبِيهِ، كِتَاب الْأُقْضِيَّة، بَاب الْقَضَاء فِي الْمَرْفُق، رَقْم (٣١)، موطأ مالك ت عبد الباقي (٢/ ٧٤٥).

(٤٤) السيوطي الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ-١٩٩٠م، ص ٨٨.

الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة^(٤٥)، والمعنى العام للقاعدة أن الحاجة وهي المشقة الشديدة، والتي هي دون الضرورة تنزل فقها منزلة الضرورة، وذلك فيما يحظره ظاهر الشرع، سواء أكانت الحاجة عامة أم خاصة، وتنزيلها منزلة الضرورة في كونها تثبت حكماً استثنائياً يبيح المحظور، ومن ذلك إذا كان سداد الأجرة مرهقاً للمستأجر بسبب ظروف طارئة أدت إلى وقف نشاطه كلياً أو جزئياً فإنه يعد في حاجة تنزل منزلة الضرورة في الحكم، وذلك بتخفيف حكم العقد الأصلي عنه وهو وجوب الوفاء به، إلى جواز فسخه أو تعديل أحكامه بالتراضي أو التقاضي بما يراعي مصلحة الطرفين ويعيد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

ج- مقصد تحقيق العدل:

من مقاصد الشريعة الكلية مقصد تحقيق العدل، وقد دلت عليه النصوص الشرعية، من القرآن والسنة، من ذلك قول الله تعالى: {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ} {النحل/٩٠}، وقوله 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} {النساء/٥٨}، وقد ورد هذا المقصد في بعض كتب القواعد الفقهية بألفاظ متنوعة، مثل: (الأصل في العقود جميعها العدل) وقد وردت بألفاظ أخرى^(٤٦): (المعاملة مبناها على العدل)، أو (المعاوضة مبناها على المعادلة والمساواة بين الجانبين)، فالأصل في المعاوضات وفقاً لهذه القاعدة قيامها على العدل بين الجانبين.

وهذا المقصد من المقاصد الأساسية التي تقوم عليها المعاملات والعقود، ويتحقق العدل عند نشأة العقد بقيامه على التراضي، مع العلم بالالتزامات المتقابلة، وعند تنفيذ العقد ينبغي أن يستمر مراعاة هذا المقصد، وذلك بأن يكون التنفيذ طبقاً لما تم الاتفاق عليه، وفي نفس الظروف التي تم فيها الاتفاق، فإذا تغيرت هذه الظروف -بحوادث استثنائية- تغيراً أثر على مقدرة المدين في تنفيذ التزامه، ودون أن يكون المدين متسبباً في الحوادث الاستثنائية فإن تحقيق هذا المقصد يقتضي التدخل في الالتزام التعاقدية، ورده إلى الحد المعقول بما يضمن تحقق مقصد العدل.

(٤٥) الشاطبي، الموافقات، الناشر: دار ابن عفان، الطبعة: الأولى ١٤١٧هـ/١٩٩٧م، (٢/ ٢١).

(٤٦) د. محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، الناشر: دار الفكر -

دمشق، الطبعة الأولى: ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م، (٢/ ٨٢١).

• خلاصة حكم الوفاء بالأجرة إذا طرأت ظروف استثنائية في الفقه الإسلامي:

بالنظر إلى ما أوردناه من أقوال الفقهاء قديماً وحديثاً، والقواعد الفقهية، ومقصد تحقيق العدل يتبين أن الرأي الفقهي الذي تؤيده النصوص والقواعد والمقاصد هو: جواز فسخ عقد الإجارة أو تعديله إذا طرأت ظروف استثنائية تعذر معها تنفيذ العقد كلياً أو جزئياً، وذلك بمقدار ما يحقق التوازن في العلاقة التعاقدية، ووفقاً لما تقتضيه العدالة في تحمل تبعات الحوادث الاستثنائية، وبما يدفع الضرر عن وقع به.

• حكم الوفاء بأجرة العقار الذي تأثر نشاطه بوباء كورونا في الفقه الإسلامي:

بناء على الحكم الذي سبق ذكره وهو جواز فسخ العقد أو تعديله إذا طرأت ظروف استثنائية أدت إلى تعذر استيفاء المنفعة، وأثرت على قدرة المدين على تنفيذ الالتزام، وبالنظر في وباء كورونا والإجراءات المصاحبة له، والذي تبين سابقاً أنه حدث استثنائي عام أثر على معظم العقارات المستأجرة، وذلك بتوقف الأنشطة توقفاً تاماً أو جزئياً، فإن صفوة القول -ووفقاً لما سبق ذكره- هو جواز فسخ عقود الإجارة التي أبرمت قبل حدوثه أو تعديلها، وذلك وفقاً للتفصيل التالي:

أولاً: أن يتم الفسخ أو التعديل باتفاق الطرفين دون حاجة إلى تقاضي، وذلك في كل صور العلاقات الايجارية التي تأثرت بالوباء، فالشريعة قد أجازت الإقالة^(٤٧) برفع حكم العقد باتفاق الطرفين، وذلك مراعاة لما قد يحدث لأحدهما من عذر، فجواز ذلك في مثل هذه الظروف من باب أولى، على أن يكون تعديل العقد أو فسخه بما يزيل الضرر ويحقق العدل بينهما، والأولى أن يتم ذلك عن طريق الوساطة والتي ينبغي أن تفعل في مثل هذه الظروف -من قبل الجهات الرسمية- ليكون الحل مرضياً لطرفيه، ومراعياً للعدل بينهما من جهة ذات خبرة، ومحايدة، بما يضمن تحقق العدل بينهما، وإزالة الضرر عن ألم به.

^(٤٧) الإقالة شرعاً هي: (رفع البيع) أي رفع حكم البيع وهو اللزوم، انظر: ابن عابدين، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار)، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، (١١٩ / ٥).

ثانياً- برفع الأمر للقضاء وفي هذا تفصيل:

فبالنسبة للعقارات التي أوقف نشاطها، أو قل إنتاجها، وذلك مثل العقارات المستأجرة لنشاط تجاري، وقد تعذر الانتفاع بها طيلة فترة توقف الأنشطة، الأمر الذي أصاب المستأجر بخسارة فادحة فإنها تعد متأثرة بالوباء مباشرة، ويجوز في هذه الحالة إما التدخل بفسخ العقد بناء على نظرية العذر^(٤٨) التي ذكرناها سابقاً، أو تأجيل أجرة العقار أو تعديلها، بما يحقق مصلحة الطرفين، وذلك وفقاً للقواعد والمقاصد الشرعية المتعلقة بذلك، نحو^(٤٩): مراعاة مقصد تحقيق العدل؛ وقاعدة الضرر يزال بقيودها، والتي منها: ألا يزال الضرر بضررٍ مساوٍ أو أشد، وقاعدة الحاجة تنزل منزلة الضرورة. أما إذا كان عقد الإيجار سكني، وقد توقف نشاط صاحبه أو قل دخله بسبب الوباء، فإن التزام الأجرة لا يسقط، وقد ذكرنا سابقاً رأي الفقهاء في الجائحة التي أصابت مال المستأجر^(٥٠)، وقلنا: إنها لا تؤثر في العقد، حيث يبقى ملزماً لطرفيه. ولذلك ينظر في حال المستأجر الذي تأثر بالجائحة، فإذا كان قادراً على الدفع فإنه لا يُنظر، أما إذا كان مُعسراً فيجب إمهاله^(٥١)، لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنُظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

^(٤٨) وقد قال بها جمهور الفقهاء، والعذر يشمل: (صوراً متعددة، منها: تلف المنفعة نفسها، كما أن فوات المنفعة دون استيفاء يعد إطلافاً؛ لأن المنفعة معنى من المعاني، فإذا مر جزء من الوقت دون استيفاء ما يقابله من المنفعة، فإن هذا الجزء من المنفعة قد تلف) (وأشد من تلف المنفعة وفواتها: تلف العين، وكل ذلك يعتبر تعذراً في استيفاء المنفعة)، أثر الإجراءات الاحترازية في عقد الإجارة بسبب وباء كورونا - دراسة فقهية، د. عبد الله بن عبد العزيز التميمي، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد ٥١، ص ٥١٣.

^(٤٩) أعمال المؤتمر الافتراضي الأول لمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية للاقتصاد الإسلامي، بحث آثار جائحة كورونا على العقود في ضوء الفقه الإسلامي، د. حيرش فايزة، بحث منشور ص ٦٩.

^(٥٠) ينظر في ذلك مسألة: حكم وفاء المستأجر بالتزامه إذا حدث عذر طارئ، المطلب الثاني.

^(٥١) بحث آثار جائحة كورونا على العقود في ضوء الفقه الإسلامي، د. حيرش فايزة، بحث منشور ص ٦٩.

المطلب الثالث

حكم الوفاء بالأجرة في الظروف الطارئة (وباء كورونا نموذجاً)

في قانون المعاملات المدنية العماني

الأصل في القانون -كما بينا سابقاً- هو وجوب الوفاء بالعقد، وعدم الرجوع عنه، فالمستأجر ملزم بالوفاء بأجرة العقار وفقاً لما تم الاتفاق عليه، ولا يجوز نقض هذا العقد أو تعديله، وقد أورد القانون أحكاماً خاصةً إذا حدثت ظروف استثنائية، وفقاً لشروط معينة، والظروف الاستثنائية التي تطرأ على الالتزامات التعاقدية أنواع منها: ظروف تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وقد أُطلق على هذا النوع في القانون القوة القاهرة. والنوع الثاني: ظروف تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً بالنسبة للمدين وتسمى بالظروف الطارئة، وهاتان الحالتان من أبرز حالات الظروف الاستثنائية، وقد رتب المشرع على كل نوع منها أحكاماً خاصة تجيز التدخل في العقد، وذلك إما بفسخه كما في حالة القوة القاهرة، أو بإعادة التوازن إلى الالتزامات التعاقدية كما في حالة الظروف الطارئة، كما أن المشرع العماني قد ذكر نوعاً ثالثاً، وهو: الحالة التي يصدر فيها قرار من السلطات المختصة يؤدي إلى فوات المنفعة على المستأجر، وسنتناول فيما يلي هذه الحالات والأحكام المترتبة عليها، وننظر على ضوءها حكم التزام المستأجر بدفع الأجرة في ظل وباء كورونا والإجراءات المصاحبة له.

النوع الأول - حالة القوة القاهرة:

النوع الأول من الظروف الاستثنائية كما ذكرنا سابقاً هي الظروف القاهرة، وهي ظروف تؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وقد تناولها قانون المعاملات المدنية العماني في المادة ١/١٧٢ ونصها: (في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً انقضى معه الالتزام المقابل له، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه)، يتعلق هذا النص بالعقود الملزمة للجانبين كعقد الإجارة، ويبين حكم تنفيذه في الحالة التي تطرأ فيها ظروف القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة تامة، ودائمة، وهي انفساخ العقد من تلقاء نفسه، وانقضاء الالتزام المقابل للالتزام الذي استحال تنفيذه، أما في حالة الاستحالة الجزئية، والوقفية فقد رتب لها حكماً آخر نصت عليه الفقرة الثانية من ذات المادة، بقولها: (إذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء الذي استحال تنفيذه، وينطبق هذا الحكم على الاستحالة الوقفية في العقود المستمرة،

وفي هاتين الحالتين يجوز للدائن فسخ العقد بشرط إعدار المدين)، هذه المادة بفقرتيها تتناول بيان الأحكام المتعلقة بالظروف الاستثنائية التي تطرأ على العقد وتجعل تنفيذ الالتزام التعاقدي مستحيلاً، وهذه الاستحالة نوعان: استحالة كلية، ودائمة، يترتب عليها انقضاء التزام المتعاقد الآخر، وانفساخ العقد من تلقاء نفسه، واستحالة جزئية أو مؤقتة، ينقضي معها الالتزام بالتناسب مع الجزء الذي استحال تنفيذه، أو ينقضي الالتزام فقط في الفترة التي يستمر فيها التأثير، وذلك في العقود المستمرة، ويجوز للدائن في هاتين الحالتين فسخ العقد بشرط إعدار الطرف المدين.

النوع الثاني- الظروف الطارئة:

وهي الحوادث الاستثنائية العامة التي تطرأ على الالتزامات التعاقدية، وتجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين لا مستحيلاً، وقد تناولها قانون المعاملات المدنية العماني في المادة (١٥٩) ونصها: (إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)^(٥٢)، ووفقاً للنص فإن هذا النوع من الظروف تطلب من المشرع أن تتوافر فيها شروطٌ معينة؛ لتترتب عليها أحكامها، وهي: أ- أن تكون الظروف استثنائية وقد طرأت على التزامات تعاقدية أبرمت قبل حدوثها. ب- وأن تكون عامة وليس خاصة بشخص معين. ج- وألا يكون في وسع المتعاقد توقعها عند التعاقد. د- وأن يترتب عليها أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين لا مستحيلاً.

وقد أجاز المشرع عند حدوث هذه الظروف وتوفير شروط انطباقها أن تتدخل المحكمة في العقد، وتعديل من الالتزام التعاقدي، على أن يُراعى في ذلك تحقيق العدالة بين الطرفين، وذلك برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، وقد قرر المشرع الزامية هذا الحكم؛ حيث لم يُجَز الاتفاق على مخالفته.

النوع الثالث- صدور قرار من السلطات المختصة يمنع من الانتفاع بالشيء المؤجر:
أورد قانون المعاملات المدنية العماني نوعاً ثالثاً من الظروف الاستثنائية، وهي: الظروف التي تتعلق بعقار معين صدر بشأنه قرارٌ من السلطات المختصة، وترتب

(٥٢) قانون المعاملات المدنية العماني رقم ٢٩/٢٠١٣م.

عليه ما يمنع من الانتفاع الكلي أو الجزئي من العقار المستأجر، فقد نصت المادة (٥٥٠) على أنه: (١- إذا صدر عن السلطات المختصة ما يمنع الانتفاع الكلي بالشيء المؤجر دون سبب من المستأجر تنفسخ الإجارة وتسقط الأجرة من وقت المنع. ٢- إذا كان المنع يخل بنفع الشيء المؤجر بصورة تؤثر جزئياً في استيفاء المنفعة المقصودة للمستأجر فسخ العقد وتسقط عنه الأجرة من وقت قيامه بإعلام المؤجر)^(٥٣)، هذا النص يعالج حالة الظرف المتعلق بعقار معين، وذلك إذا صدر من السلطة المختصة قراراً بمنع الانتفاع منه بصورة كلية، ولم يكن هذا المنع بسبب يرجع إلى المستأجر، فإنه في هذه الحالة تنفسخ الإجارة تلقائياً، وتسقط الأجرة من وقت المنع، أما إذا كانت السلطات المختصة قد أصدرت قراراً بمنع الانتفاع بالعقار بصورة تؤثر جزئياً في استيفاء المنفعة المقصودة فيجوز للمستأجر في هذه الحالة فسخ العقد، إذا رغب في ذلك، وتسقط عنه الأجرة من وقت قيامه بإعلام المؤجر بالفسخ.

• **حكم الوفاء بأجرة العقار في ظل وباء كورونا في قانون المعاملات المدنية العماني:** وباء كورونا والإجراءات المصاحبة له تُعد حدثاً استثنائياً عاماً لا يمكن دفعه، وقد أثر تأثيراً متفاوتاً على التزام المستأجر بسداد الأجرة؛ ولذلك فإن حكم الوفاء بالأجرة في ظل هذا الوباء يختلف باختلاف صور تأثيره على عقود إجارة العقارات، والتي نجلها في ثلاث صور:

الأولى: عقود إجارة عقارات توقف نشاطها تماماً لعدة أشهر؛ بسبب الإجراءات الناجمة عن الوباء، مثل المدارس ورياض الأطفال، وغيرها من الأنشطة التي أوقفت لفترات طويلة، وهذه الصورة -غالباً- لا تنطبق عليها نظرية القوة القاهرة، إلا إذا كان القرار بإغلاق المنشأة لا وقف النشاط؛ لأنه في حالة وقف النشاط لا يعد تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة دائمة؛ وذلك لأن الالتزام يتعلق بمنفعة العين لا بممارسة النشاط، فالالتزام المؤجر هو تملك المستأجر منفعة العقار^(٥٤)، وحيث إن إجراءات الوباء لم تؤثر

(٥٣) قانون المعاملات المدنية العماني رقم ٢٩/٢٠١٣م.

(٥٤) جاء في الطعن رقم ٢٥٨/٢٠٠٥ مدني: (المؤجر ليس مطلوباً منه أكثر من تسليم العين المؤجرة للمستأجر للاستفادة منها بحالتها، فإذا حدث تعرض أو تعد، أو ازعاج للساكن فحقه على من أتى ذلك الفعل)، سلطنة عمان، وزارة العدل، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا السنة القضائية السادسة.

في منع الانتفاع بالعين فلا مجال لانطباق هذه النظرية في هذه الحالة، لكن ولأجل ما سيحدث من خسارة للمستأجر بسبب توقف نشاطه، وانقطاع العائد منه، فإن له الحق في المطالبة إما بتعديل الأجرة أو الاعفاء منها بالاتفاق أو بالتقاضي، وفقاً لأحكام نظرية الظروف الطارئة، التي تجيز للقاضي التدخل في مثل هذه الحالة، ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، كما يمكنه المطالبة بفسخ العقد إذا توقف نشاطه بسبب صدور قرارات من السلطة المختصة بمنع نشاطه، دون أن يكون متسبباً في صدور تلك القرارات، وذلك بناء على المادة (٢/٥٥٠)، والتي تنص على أنه: (إذا كان المنع يخل بنفع الشيء المؤجر بصورة تؤثر جزئياً في استيفاء المنفعة المقصودة للمستأجر فسخ العقد وتسقط عنه الأجرة من وقت قيامه بإعلام المؤجر)، فالمستأجر الذي منع جزئياً، له الحق في فسخ العقد، فإذا فسخ العقد تسقط عنه الأجرة من تاريخ إعلام المؤجر بالفسخ.

الثانية: عقود إجارة عقارات توقف نشاطها جزئياً، بتقليل ساعات العمل فيها، أو ضعف الإنتاج بسبب تدني الاستهلاك مثل الفنادق وبعض المطاعم، وهذه الصورة - أيضاً - لا تنطبق عليها نظرية القوة القاهرة لما ذكرنا سابقاً، وإنما تنطبق عليها نظرية الظروف الطارئة، إذا كان التوقف الجزئي مؤثراً على المدين، ويجعل من سداد الأجرة المنصوصة في العقد أمراً مرهقاً له، ويجوز في هذه الحالة للأطراف ابتداء اللجوء للتسوية الودية بشأن تعديل الأجرة، أو اللجوء للمحكمة وفقاً لنظرية الظروف الطارئة.

الصورة الثالثة: عقد إجارة عقار سكني عجز المستأجر عن سداد الأجرة بسبب توقف نشاطه: وهذه الصورة لا تنطبق عليها نظرية القوة القاهرة، ولا نظرية الظروف الطارئة؛ وذلك لأن الظروف الاستثنائية لم تؤثر على منفعة العقار في ذاته، وإنما أثرت على نشاط المستأجر الاقتصادي، وقد انعكس ذلك في مقدرة المالية على سداد الأجرة، وأرى أن هذه الحالة لا تبرر للمستأجر عدم الوفاء بالأجرة، بيد أنه يمكن أن يطلب إمهاله إلى ميسرة^(٥٥)، حتى يتمكن من تجاوز الظروف التي ألتمت به ويتحسن

(٥٥) انظر: توصيات أعمال المؤتمر الافتراضي الأول لمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الكويت والذي جاء تحت عنوان "معالجة الشريعة الإسلامية لآثار جائحة كورونا" في الفترة ٦ - ٧/شوال ١٤٢١هـ الموافق ٢٩-٣٠/يونيو ٢٠٢٠م.

وضعه، أما إذا استمر العجز فيجوز للمستأجر فسخ العقد بناء على رأي الحنفية، كما له أن يسعى لحل ودي مع المؤجر يعدل بمقتضاه القيمة الإيجارية. وأرى من المهم ألا يترك أمر معالجة هذه الظروف لأطراف العلاقة، أو القضاء فقط، وفقاً لما ذكرنا من أحكام نظمها النصوص القانونية، وإنما لابد من تدخل السلطات المختصة بقرارات تسهم في التخفيف على من يتأثر بهذه الظروف، ومن ذلك أن تُفعل الوساطة لتؤدي دورها المنشود في حل مثل هذه النزاعات عن طريق الخبراء والمصلحين، بطريقة ودية تقوم على التعاون بين أفراد المجتمع في تحمل آثار الجوائح، وتحقيق مصالحهم.

الختام

- وفي ختام هذا البحث أورد أهم النتائج التي تم التوصل إليها بعون الله وتوفيقه:
- ١- إن الحكم الشرعي لالتزام المستأجر بدفع أجرته في الظروف العادية هو: وجوب الوفاء بها، طبقاً لما تم الاتفاق عليه، وقد أخذ القانون بذلك.
 - ٢- قرر الفقهاء أحكاماً استثنائية عند حدوث ظروف طارئة تؤثر في تمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المستأجرة: حيث ذهب جمهورهم إلى جواز فسخ العقد إذا حدث عذر عام طارئ يجعل الاستفادة من المنفعة متعذرة، وقد أجاز بعضهم إنقاص الأجرة بمقدار ما نقص من المنفعة، وأجاز الحنفية الفسخ للعذر ولو كان خاصاً بالمستأجر.
 - ٣- مشروعية الأحكام الاستثنائية تستند على ما ورد في مسألة الجوائح؛ حيث ذكرنا أن الرأي الراجح هو: القول بوضعها عن المشتري بطريقة عادلة، وذلك أخذاً بالآثار التي وردت فيها، وإعمالاً للقواعد والمقاصد المتعلقة بها، كما تستند على مسألة العذر العام الطارئ، الذي قال به جمهور الفقهاء، وبجملة من القواعد الفقهية، والمقاصد الكلية المتعلقة بأحكام الظروف الاستثنائية.
 - ٤- إن الأحكام الاستثنائية التي قررها الفقهاء للظروف الطارئة تنطبق على حالة وباء كورونا، بوصفها ظرفاً استثنائياً طارئاً، وعليه فيجوز فسخ العقد الذي أبرم قبل حدوث الوباء، أو تعديله كالتالي: أولاً: بطريقة ودية وذلك باتفاق الطرفين، أو عن طريق الوساطة بما يزيل الضرر ويحقق العدل بينهما، والثاني: برفع الأمر للقضاء وفي هذا تفصيل: فبالنسبة للعقارات التي أوقف نشاطها، أو قل إنتاجها، فإنه يجوز إما التدخل

بفسخ العقد بناء على نظرية العذر العام، أو تأجيل أجرة العقار أو تعديله، بما يحقق مصلحة الطرفين، وذلك وفقاً للقواعد والأصول الشرعية، أما عقد الإيجار السكني، والذي توقف نشاط صاحبه أو قل دخله بسبب الوباء، فإن التزام الأجرة لا يسقط، ويجب عليه، إلا إذا كان معسراً فيجب إمهاله، ويجوز له فسخ العقد بناء على رأي الحنفية بجواز الفسخ للعذر الخاص.

٥- وفقاً لقانون المعاملات المدنية العماني، فإن نظرية الظروف الطارئة لا القوة القاهرة تنطبق على حالة وباء كورونا المتعلقة بالعقارات التي توقف نشاطها كلياً بسبب الإجراءات؛ وذلك لأنه في حالة وقف النشاط لا يعد تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وكذلك تطبق على عقود إجارة العقارات التي توقف نشاطها جزئياً، بتقليل ساعات العمل فيها، أو ضعف الإنتاج وذلك إذا كان التوقف الجزئي مؤثراً على المدين ويجعل من سداد الأجرة المنصوصة في العقد أمراً مرهقاً له؛ لأن تنفيذ الالتزام ممكناً لا مستحيلاً في هذه الحالة أيضاً.

٦- كما يظهر قانوناً عدم انطباق نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة على حالة عجز المستأجر عن سداد الأجرة بسبب توقف نشاطه، لكن له أن يطلب إمهاله إلى ميسرة، ليتمكن من تجاوز الظروف التي أُلتمت به.

التوصيات:

١- أن تقوم الجهات المختصة بتنظيم وتفعيل الوساطة، لتؤدي دورها في هذه الظروف الطارئة، وذلك للحاجة إلى معالجة النزاعات بطريقة ودية تحقق مصلحة الطرفين، وتضمن عدم استغلال أحد الأطراف للآخر.

٢- أن تحدد نسبة الإرهاق في الظروف الطارئة التي يجوز بناء عليها تعديل العقد أو فسخه بالثلث كما ذهب لذلك بعض الفقهاء في مسألة الجوائح.

المراجع

- ١) آثار جائحة كورونا على العقود في ضوء الفقه الإسلامي، بحث منشور ل د. حيرش فايزة، أعمال المؤتمر الافتراضي الأول لمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية للاقتصاد الإسلامي.
- ٢) أثر الإجراءات الاحترازية في عقد الإجارة بسبب وباء كورونا - دراسة فقهية، د. عبد الله بن عبد العزيز التميمي، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد ٥١.
- ٣) الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
- ٤) الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ، السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين (المتوفى: ٩١١هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ.
- ٥) أعمال المؤتمر الافتراضي الأول لمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الكويت والذي جاء تحت عنوان "معالجة الشريعة الإسلامية لآثار جائحة كورونا" في الفترة ٦ - ٧/شوال ١٤٢١هـ الموافق ٢٩-٣٠/ يونيو ٢٠٢٠م.
- ٦) الأم، الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس (المتوفى: ٢٠٤هـ)، دار المعرفة - بيروت، سنة النشر: ١٤١٠هـ/١٩٩٠م.
- ٧) الإيضاح الشماخي عامر بن علي، مع حاشية أبي سته، مكتبة مسقط، عمان، الطبعة السادسة (١٤٣٥هـ-٢٠١٤م).
- ٨) بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي)، المؤلف: الروياني، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل (ت ٥٠٢ هـ)، المحقق: طارق فتحي السيد، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ٢٠٠٩م.
- ٩) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

١٠) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٩٥هـ) دار الحديث - القاهرة، تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

١١) بلغة السالك لأقرب المسالك، أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: ١٢٤١هـ) الناشر: دار المعارف.

١٢) بلغة السالك لأقرب المسالك، المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، أحمد بن محمد الصاوي المالكي، صححه: لجنة برئاسة الشيخ أحمد سعد علي، الناشر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي، عام النشر: ١٣٧٢هـ - ١٩٥٢م.

١٣) تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، عثمان بن علي بن محجن، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: ٧٤٣هـ)، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن يونس الشلبي (المتوفى: ١٠٢١هـ)، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية-بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى ١٣١٣هـ.

١٤) التجريد، أحمد بن محمد بن أحمد أبو الحسين القدوري (المتوفى: ٤٢٨هـ)، المحقق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، أ.د. محمد أحمد سراج، و أ.د. علي جمعة محمد، الناشر: دار السلام-القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

١٥) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ)، المحقق: الشيخ علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

١٦) الذخيرة، شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الشهير بالقراقي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، المحقق: محمد حجي وآخرون، الناشر: دار الغرب الإسلامي-بيروت، الطبعة: الأولى (١٩٩٤م).

١٧) رد المحتار على الدر المختار، المؤلف: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، الناشر: دار الفكر-بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

- ١٨) سلطنة عمان وزارة العدل، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا السنة القضائية السادسة، و(السنة القضائية ١١).
- ١٩) شرح كتاب النيل وشفاء العليل، للقطب أطفيش، دار الفتح، بيروت. ودار التراث العربي، ليبيا. ومكتبة الإرشاد، جدة، الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ / ١٩٧٢م.
- ٢٠) شرح مختصر خليل، للخرشي محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: ١١٠١هـ)، الناشر: دار الفكر للطباعة - بيروت.
- ٢١) شرح زروق على متن الرسالة (رسالة ابن أبي زيد القيرواني) شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى الفاسي، المعروف بـ زروق (المتوفى: ٨٩٩هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، (١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م).
- ٢٢) قانون المعاملات المدنية العماني رقم ٢٩/٢٠١٣م.
- ٢٣) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة (الإصدار الثالث) في دورته الخامسة عام ١٤٠٢ هـ (١٩٨٢) بشأن الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية).
- ٢٤) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، المؤلف: د. محمد مصطفى الزحيلي، الناشر: دار الفكر - دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.
- ٢٥) الكوكب الدري والجواهر البري، عبد الله بن بشير الحضرمي، راجعه ماجد بن محمد الكندي، وزارة الثقافة والاعلام - سلطنة عمان (١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م).
- ٢٦) الباب في الجمع بين السنة والكتاب، جمال الدين علي بن أبي يحيى زكريا بن مسعود (المتوفى: ٦٨٦هـ)، المحقق: د. محمد فضل عبد العزيز المراد، دار القلم لبنان، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- ٢٧) المجموع شرح المذهب - مع تكملة السبكي والمطيعي - لزكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، الناشر: دار الفكر.
- ٢٨) مجموع الفتاوى، ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم الحراني (المتوفى: ٧٢٨هـ)، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة

المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، عام النشر: ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.

(٢٩) المستدرك على الصحيحين، الحاكم، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: ٤٠٥هـ) تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.

(٣٠) المسند الصحيح المختصر، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: ٢٦١هـ) المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت.

(٣١) المعتمد في أصول الفقه، محمد بن علي الطيب أبو الحسين البصري (المتوفى: ٤٣٦هـ)، المحقق: خليل الميس، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، ١٤٠٣هـ.

(٣٢) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

(٣٣) المغني، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (المتوفى: ٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

(٣٤) مناهج التَّحْصِيلِ ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، المؤلف: أبو الحسن علي بن سعيد الرجرجي (المتوفى: بعد ٦٣٣هـ)، اعتنى به: أبو الفضل الدميّطي - أحمد بن علي، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

(٣٥) منح الجليل شرح مختصر خليل، المؤلف: محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: ١٢٩٩هـ)، الناشر: دار الفكر - بيروت، تاريخ النشر: ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.

(٣٦) الموافقات، الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي (المتوفى: ٧٩٠هـ) تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عفان، الطبعة: الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.

(٣٧) موطأ الإمام مالك، المؤلف: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: ١٧٩هـ)، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، عام النشر: ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٥ م.

(٣٨) ندوة البركة الأربعون للاقتصاد الإسلامي (وضع الجوائح والقوة القاهرة) أثر الجوائح على عقود الإجارة، الدكتور محمد البلتاجي مدير عام الرقابة الشرعية - بنك مصر رئيس الجمعية المصرية للتمويل الإسلامي.

(٣٩) نُخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار، العيني، أبو محمد محمود بن أحمد بدر الدين (المتوفى: ٨٥٥هـ)، المحقق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - قطر، الطبعة: الأولى، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م.

(٤٠) الهداية في تخریج أحاديث البداية، أحمد بن محمد بن الصديق بن أحمد، العُمّاري (المتوفى: ١٣٨٠ هـ)، تحقيق: يوسف عبد الرحمن المرعشلي وآخرون، الناشر: دار عالم الكتب، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م.

• مواقع في شبكة المعلومات:

(١) أثر جائحة كورونا على العقود بمختلف أنواعها، د. السرطاوي، ندوة البركة الأربعون للاقتصاد الإسلامي:

www.albaraka.org

(٢) أخبار جوجل:

<https://news.google.com/covid19/map?hl=ar&m>

(٣) قرارات اللجنة العليا في اجتماعها الثاني مسقط في ١٥ مارس/العمانية/، والثالث:

<https://www.atheer.om/archives/51951>

(٤) القرارات الصادرة من المملكة العربية السعودية:

<https://www.moh.gov.sa/Ministry/MediaCenter/Publications/Pages/default.aspx>

(٥) موقع وزارة الصحة العمانية:

<https://www.moh.gov.om/ar/corona>

مدى جواز الاحتجاج على المضرور بالارتداد بالخطأ الصادر عن المضرور الأصلي "دراسة مقارنة"

الدكتور/ مصطفى أبو مندور موسى عيسى*

المخلص:

الضرر هو عماد المسؤولية المدنية وركنها الركين، فحيث لا ضرر فلا تعويض، فعلى أساسه تقوم المسؤولية، وبقدرة يقدر التعويض. والضرر هو الإخلال بحق أو مصلحة مشروعة للمضرور، وهو في كل صوره وأحواله يستوجب التعويض، طالما أنه محقق ومباشر وشخصي، وإذا كانت الصورة الغالبة للضرر تتمثل في الأذى الذي يصيب من وقع عليه الفعل الضار ذاته، فإن له صورة أخرى تتمثل في الأذى الذي يصيب شخصاً بالانعكاس أو الارتداد عن ضرر أصاب شخص آخر تربطه به علاقة من نوع خاص، وإذا كان المركز القانوني للمضرور الأصلي قد أصبح واضحاً أشد الوضوح من حيث العوامل المؤثرة فيه، فإن تحديد المركز القانوني للمضرور بالارتداد ما زال يثير العديد من المشكلات من هذه الناحية أخصها "مدى جواز الاحتجاج على المضرور بالارتداد بالخطأ الصادر عن المضرور الأصلي". وقد عرضنا في هذا البحث لموقف الفقه والقضاء؛ وقد أسفر البحث عن أن الضرر المرتد وإن كان ضرراً مستقلاً عن الضرر الأصلي إلا أنه يرتبط به من حيث وحدة الواقعة المسببة لهما.

وقد ألقى هذا الارتباط بظلاله على المشكلة محل البحث، وحاصل ما انتهى إليه الرأي في هذا الخصوص هو عدم الاعتداد بخطأ المضرور الأصلي في دفع أو إنقاص المسؤولية إلا إذا كان هذا الغلط غير مغتفر أو عمدياً أو يشكل السبب الوحيد للحادث. **الكلمات المفتاحية:** الضرر المرتد - خطأ المضرور الأصلي - استقلال الضرر المرتد - المضرور بالارتداد.

*أستاذ القانون المدني المساعد بكلية الحقوق - جامعة حلوان بالقاهرة، وجامعة السلطان قابوس بمسقط.



The Extent of the Permissibility of Protesting Against the Injured by Reflection by Fault of the Original Victim "A Comparative Study"

Dr. Moustafa Abou Mandour Mousa Eisa*

Abstract:

Damage is the mainstay of civil liability and its mainstay, so where there is no damage, there is no compensation, on the basis of which liability is established, and according to it the compensation is estimated. Damage is a violation of the right or legitimate interest of the injured party and in all its forms and conditions requires compensation, as long as it is real, direct and personal. In addition, if the predominant form of harm is the harm that befalls the one who has been affected by the same harmful act, then it has another form that is represented in the harm that affects a person by reflecting or recoiling from the harm suffered by another person with whom he has a relationship of a special kind.

If the legal position of the original victim has become very clear in terms of the factors influencing it, then determining the legal status of the injured by reflection still raises many problems in this regard, most notably "the extent of the permissibility of protesting against the injured by reflection by fault of the original victim." In this research, we have presented the position of jurisprudence and judiciary. The research concluded that the apostate damage, although it is an independent damage from the original damage, is related to it in terms of the unity of the incident that caused them. This link cast a shadow over the problem under study. The outcome of the opinion in this regard is that the mistake of the original victim is not considered in repelling or reducing liability unless this mistake is unforgivable or intentional or constitutes the only cause of the accident.

Keywords: Damaged by Reflection- The Fault of the Original Victim - The Damage Independence - The Reflection Damage.

*Assistant Professor of Civil Law, Faculty of Law, Helwan University - Cairo & Sultan Qaboos University- Muscat.

المقدمة

الضرر هو عماد المسؤولية المدنية وركنها الركين، فحيث لا ضرر فلا تعويض، فعلى أساسه تقوم المسؤولية، وبقدرة يقدر التعويض، وفيه يتلمس الفقه أحد الفوارق الدقيقة بين المسؤولية المدنية، التي يعد الضرر ركيزتها الأساسية، والمسؤولية الجنائية، التي لا يلزم لانعقادها كقاعدة عامة ضرر يصيب شخصاً ما. والضرر، وفقاً للرأي السائد فقهاً وقضاً، هو الإخلال بحق أو مصلحة مشروعة للمضرور، وهو في كل صوره وأحواله يستوجب التعويض، طالما أنه محقق ومباشر وشخصي.

وإذا كانت الصورة التي تقفز مباشرة إلى الأذهان عند الحديث عن الضرر، تتمثل في الأذى الذي يصيب من وقع عليه الفعل الضار ذاته، فإن له صورة أخرى تتمثل في الأذى الذي يصيب شخصاً معيناً بالانعكاس أو الارتداد عن ضرر أصاب شخص آخر تربطه به علاقة من نوع معين^(١)؛ حيث يسمى الضرر في صورته الأولى بالضرر الأصلي وفي الثانية بالضرر المرتد *préjudice par ricochet*، ويسمى المضرور في الحالة الأولى بالمضرور الأصلي، وفي الثانية بالمضرور بالارتداد *victime par ricochet* فالضرر المرتد يفترض، إذن، وجود ضرر أصلي، وبدون ذلك لا يمكن الحديث عن ضرر مرتد^(٢) فلو أن حادث مرور أدى إلى إصابة شخص

(١) انظر تفصيلاً في الضرر المرتد: نور الدين قطيش محمد السكارنة، الطبيعة القانونية للضرر المرتد، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، قسم القانون الخاص، سنة ٢٠١٢م؛ منتس منى، أوسيف أسمهان، الضرر المرتد في المسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية . بجاية . جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر، عام ٢٠١٤م/٢٠١٥م؛ إبراهيم صالح الصرايرة، التنظيم القانوني للتعويض عن الضرر المرتد وفقاً للقانون الأردني، مجلة كلية الآداب، جامعة السلطان قابوس، مقبول للنشر بتاريخ ١١/١١/٢٠١٤م؛ فهد بن حمدان بن راشد راشد، الضرر المرتد في المسؤولية عن الفعل الضار، دراسة تحليلية في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي، كلية القانون جامعة اليرموك بالعراق، ٢٠١٣/٢٠١٤م؛ عزيز كاظم: الضرر المرتد، وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، بدون تاريخ.

(٢) Le préjudice par ricochet suppose, pour être réparable, l'existence d'une victime immédiate, à défaut de quoi l'on sort du cadre du préjudice par ricochet, Voir, Aurélien Bamdé, Le préjudice par ricochet, 15 Spt. 2016,

ما إصابة انتهت إلى وفاته، فإن هذا الحادث ينتج عنه نوعان من الأضرار، الأول: ضرر أصلي يتمثل في الإصابة التي انتهت بالوفاة وما صاحبها من ألم ومعاناة، والثاني: ضرر مرتد أو منعكس عن الأول يتمثل في حرمان زوجة المضرور الأصلي وأولاده القصر من عائلهم، بالإضافة إلى الألم النفسي والمعاناة التي ألتم بهم من جراء موت هذا العائل ولو أن مركزاً للأبحاث قد تعاقد مع أحد الباحثين الأكفاء للإشراف على مشروع بحثي دقيق وأنفق في سبيل ذلك مبالغ طائلة، وبعد أن قطع هذا الباحث شوطاً طويلاً في العمل، وقبل أن يصل إلى النتائج المتوقعة، أصيب في حادث مرور، أو تم الاعتداء عليه من جهة بحثية أخرى منافسة مما أسفر عن وفاته، وبالتالي توقف المشروع عند هذا الحد، فإنه ينتج عن هذا الحادث نوعين من الأضرار، الأول: ضرر أصلي أصاب الباحث نفسه، والثاني: ضرر مرتد عنه أصاب مركز الأبحاث الذي تعاقد معه^(٣).

وإذا كان القضاء الفرنسي قد حصر المضرورين بالارتداد في أقارب المضرور الذين يتأثرون برحيله مادياً ومعنوياً إلا أن هناك محاولات جادة وحقيقية لمد العمل بفكرة الضرر المرتد إلى مجرد الصديق فقبلتها أحكام^(٤)

مقال منشور على الموقع التالي على الشبكة العالمية للمعلومات الإنترنت:

<https://aurelienbamde.com/2016/09/15/le-prejudice-par-ricochet/>

تمت زيارة الموقع بتاريخ ٤ أكتوبر ٢٠٢٠م.

^(٣) وإذا كان الغالب أن يأخذ الضرر المرتد صورة الضرر الأدبي أو المعنوي المتمثل في اللوعة والألم التي أصابت أقارب المضرور الأصلي من جراء وفاته أو إصابته إصابة تركت فيه عجزاً بيناً أو تشوهاً واضحاً، إلا أن الفقه الحديث وجانب من القضاء المعاصر لا سيما القضاء الأمريكي قد سلم بإمكانية أن يتخذ الضرر المرتد صورة أخرى متمثلة في الأضرار الاقتصادية البحتة، يونس صلاح الدين المختار، الخسارة الاقتصادية المحضة عن الإهمال والتعويض عنها في القانون الانجليزي، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة، للعلوم القانونية، العدد ٢، المجلد ١٦، ديسمبر ٢٠١٩م.

^(٤) انظر الأحكام الصادرة عن الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية بحكم صدر في عام ١٩٣١م (Gaz pal. 1931, I, p.529, Req, 2 Février 1931) وآخر في عام ١٩٣٨م (Crim, 13) (Février 1937, DP 1938, I, p.5, note SAVATIER R

ورفضتها أحكام أخرى^(٥)، وقد حاولت بعض المقالات دفع القضاء لقبول استفاضة الصديق من نظام تعويض الأضرار المرتدة التي ألتمت به من جراء فقد صديقة^(٦)، وما زالت الفكرة تنتظر مزيد من الدعم القضائي.

وفى كل الأحوال السابقة، وما يشابهها، توجد لدينا دعويان: دعوى للمضرور الأصلي يمارسها هو إن كان على قيد الحياة، أو تنتقل بنفس شروطها وقبورها، إلى ورثته ضمن عناصر تركته في حالة وفاته، ودعوى للمضرور بالارتداد يطلب فيها تعويض الضرر الشخصي المتميز الذي لحقه بالانعكاس أو الارتداد عن الضرر الذي أصاب الأول^(٧)، وإذا كان المركز القانوني للمضرور الأصلي قد أصبح واضحاً أشد

^(٥) وأخص هذه الأحكام الحكم الصادر عن الدائرة الجنائية لمحكمة النقض المصرية في عام ١٩٥٩م (Crim, 24 Février 1959, JCP 1959, II, 11095, note PIERRON)؛ أما عن الدوائر المدنية من جهتها فقد حافظت على موقفها بالامتناع عن أي تعويض في غياب صلة قانونية بين المضرور الأصلي والمضرور بالارتداد. ومن أحدث الأحكام التي انحازت إلى بقاء التعويض عن الأضرار المرتدة في مجال العائلة وعدم مده لأصدقاء المضرور الأصلي هو الحكم الصادر عن محكمة استئناف تولوز في Toulouse, 13 Mai 2020, n°18/01312، وهو حكم منشور على الموقع التالي على الشبكة العالمية للمعلومات الإنترنت:

<https://www.village-justice.com/articles/responsabilite-delictuelle-amitie-ami-une-victime-par-ricochet-toujours-pas,35390.html>

^(٦) Margaux Lalanne-Magne, RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE ET AMITIÉ : L'AMI, UNE VICTIME PAR RICOCHET TOUJOURS PAS LÉGITIME...P

منشور على الموقع التالي بتاريخ ٢٠ مايو ٢٠٢٠م:

<https://www.village-justice.com/articles/responsabilite-delictuelle-amitie-ami-une-victime-par-ricochet-toujours-pas,35390.html>

^(٧) وقد أكدت محكمة النقض المصرية على وحدة المنشأ بين الضررين الأصلي والمترد بقولها: "المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن مفاد النص في المواد ١٦٣، ١٧٠، ٢٢١/١ من القانون المدني أن الأصل في المساءلة المدنية وجوب تعويض كل من أصيب بضرر يستوى في ذلك الضرر المادي والضرر الأدبي فليس في القانون ما يمنع من أن يطالب غير من وقع عليه الفعل الضار بالتعويض عما أصابه من ضرر أدبي نتيجة هذا الفعل إذ أن الضرر الأصلي الذي يسببه الفعل الضار لشخص معين قد يرتد عنه ضرراً آخر يصيب الغير من ذويه مباشرة فيولد له حقاً شخصياً في

الوضوح، في الفقه أو القضاء أو التشريع، سواء من حيث نطاق حقه في التعويض وأساسه ونوع وإجراءات المطالبة به، أو من حيث العوامل المؤثرة فيه، فإن تحديد المركز القانوني للمضرور بالارتداد ما زال يثير العديد من المشكلات التي تحتاج إلى الكثير من الجهد في كل هذه المجالات منها المشكلة التي نحن بصدها في هذا البحث والتي تتمحور حول "مدى جواز الاحتجاج على المضرور بالارتداد بالخطأ الصادر عن المضرور الأصلي".

مشكلة البحث:

إذا كنا قد قدمنا أن المضرور بالارتداد هو شخص أصيب بضرر بالانعكاس عن ضرر أصاب المضرور الأصلي لوجود علاقة معينة بينهما، فهل يعنى ذلك أن الأول يتقيد بنفس الأحكام التي يتقيد بها الثاني، أم أن له أحكاماً خاصة يستقل بها؟ وبتخصيص المسألة لتتناسب موضوع بحثنا نتساءل عن مدى جواز الاحتجاج على المضرور بالارتداد بالخطأ الصادر عن المضرور الأصلي؟ سؤال كبير ودقيق تعترض طريق الإجابة عليه عقبات كثيرة، ورؤى متعددة تستند إلى مبررات متباينة ومتفاوتة. ولعل هذا هو السبب في استمرار الجدل والخلاف محتملاً حول هذه المشكلة على

التعويض مستقلاً عن حق من وقع عليه الفعل الضار أصلاً ومتميزاً عنه يجد أساسه في هذا الضرر المرتد لا الضرر الأصلي وإن كان مصدرهما فعل ضار واحد. والتعويض عن الضرر الأدبي لا يقصد به محوه أو إزالته من الوجود إذ هو نوع من الضرر لا يحى ولا يزول بتعويض مادي وإنما المقصود به أن يستحدث المضرور لنفسه بديلاً عما أصابه من الضرر الأدبي فالخسارة لا تزول ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوضها وليس هناك معيار لحصر أحوال التعويض عن الضرر الأدبي إذ كل ضرر يؤذى الإنسان في شرفه واعتباره أو يصيب عاطفته وإحساسه ومشاعره يصلح أن يكون محلاً للتعويض، والتعويض هنا يقاس بقدر الضرر المرتد لا الضرر الأصلي وبحيث لا يجوز أن يقضى به لغير الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية إعمالاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٢ / ٢ من القانون المدني أو استهداء بها؛ راجع الحكم الصادر عن الدائرة المدنية لمحكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٤٩٩٢ لسنة ٨٧ قضائية، جلسة ٢٠١٧/٥/٨م، موجز الحكم على الموقع التالي على الشبكة العالمية للمعلومات الإنترنت:

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111354671&ja=140567

تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٦/٩/٢٠٢٠م.

الصعيدين الفقهي والقضائي لفترة طويلة من الزمن^(٨)، ونظراً لأن المشكلة ذات طابع عملي بالأساس، حيث تتجسد، واقعياً، في دفع يتقدم به المسؤول في الدعوى المرفوعة عليه من المضرور بالارتداد، فإننا نرى أن حسن عرضها يبدأ من بيان موقف القضاء بشأنها (مبحث أول)، لنقدم بعد ذلك تحليلاً للمبررات التي ساقها الفقه تأييداً للحل الذي يوافق عليه مع بيان رأينا في الموضوع (مبحث ثان).

المبحث الأول

موقف القضاء

اختلف موقف القضاء الفرنسي، من المشكلة محل البحث، عن موقف القضاء المصري والإماراتي والعماني سواء في شكل طرح هذه المشكلة أو في الحلول المقدمة لها، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

موقف القضاء الفرنسي

تصدى القضاء الفرنسي لمشكلة الاحتجاج على المضرور بالارتداد بالخطأ الصادر عن المضرور الأصلي منذ بداية العقد الثالث من القرن الماضي. ونسجل أن القضاء الفرنسي لم يختلف ويتردد في مشكلة من المشاكل الكثيرة التي عُرضت عليه قدر اختلافه وتردده حول هذه المشكلة. وظل الشك والتردد ملازماً لموقفه حتى بعد صدور حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية في ٢٥ نوفمبر ١٩٦٤م لصالح مبدأ الاحتجاج على المضرور بالارتداد بخطأ المضرور الأصلي، إذ استمر عناد الدائرة المدنية الثانية وتحديدها لهذا المبدأ، إلى أن اضطرت الجمعية العمومية ذاتها إلى التدخل في ١٩ يونيو ١٩٨١م لوضع نهاية لهذا الجدل، وقد كان ذلك أيضاً وللمرة

(٨) وبديهي أن الاجابة على هذا السؤال بالإيجاب تعني إنقاص أو زوال التعويض المستحق للمضرور بالارتداد بقدر مساهمة المضرور الأصلي بخطئه في إحداث الضرر، أما الاجابة عليه بالنفي فتؤدي إلى عدم تأثر حق المضرور بالارتداد، كلياً أو جزئياً، في الحصول على التعويض الكامل مهما كانت الأخطاء المنسوبة إلى المضرور الأصلي.

الثانية لصالح فكرة الاحتجاج. ومنذ ذلك التاريخ يمكن أن نسجل ثباتاً واستقراراً في موقف القضاء تجاه هذا الحل وإن كنا، بالمقابل، قد لا حظنا تشدداً واضحاً في نظرة القضاء إلى فعل المضرور الذي يمكن أن يترتب عليه هذا الأثر لا سيما في مجال حوادث المرور، وهو التشدد الذي ارتضاه وقننه المشرع الفرنسي في قانون الخامس من يولييه ١٩٨٥م، وعلى ذلك يمكننا رصد تطور القضاء الفرنسي بخصوص هذه المشكلة من خلال الحديث عن المراحل الأربعة التالية:

(المرحلة الأولى) سابقة على صدر حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية عام ١٩٦٤م.

(المرحلة الثانية) بعد صدور حكم الدوائر المجتمعة سنة ١٩٦٤م.

(المرحلة الثالثة) بعد صدور حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية في عام ١٩٨١م.

(المرحلة الرابعة) بعد صدور قانون السير عام ١٩٨٥م وحتى الآن.

الفرع الأول

المرحلة السابقة على صدور حكم الدوائر المجتمعة عام ١٩٦٤م

بمراجعة أحكام القضاء الفرنسي، في الفترة السابقة على تدخل الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية في عام ١٩٦٤م، يمكن القول بوجود تباين حاد في موقف القضاء الفرنسي بين أحكام تؤيد الاحتجاج على المضرور بالارتداد بخطأ المضرور الأصلي، وأخرى تُعارض ذلك.

(أولاً) الأحكام المؤيدة لفكرة الاحتجاج:

كان من باكورة الأحكام التي أيدت الاحتجاج على المضرور بالارتداد بخطأ المضرور الأصلي، بما يعنى انقاص التعويض المستحق للأول بقدر نسبة مساهمة الخطأ الصادر من الثاني في إحداث الضرر، حكم الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية في ٢٨ يوليو ١٩٣٣م^(٩) الذي ورد فيه أن "التعويضات الممنوحة لأقارب المضرور يجب تحديدها طبقاً لمبدأ توزيع المسؤولية بين المسؤول والمضرور

(٩) V. Cass. Crim. 28 juill. Gaz.Pal. 1933. II. N° 626.

الأصلي^(١٠)، والحكم الصادر من نفس الدائرة في ٦ مارس ١٩٣٦م^(١١) الذي ورد فيه "من حيث أنه إذا كان تقدير التعويض المقرر على عاتق مرتكب الجريمة متروك، طبقاً لنص المادة (٥١) من قانون الإجراءات الجنائية، لتقدير قاضي الموضوع إذا لم يكن مقدراً من قبل القانون، فإن هذا التقدير ينبغي أن يتم في حالة الاشتراك في الخطأ طبقاً لمبدأ تقسيم المسؤولية الذي سلم القضاء نفسه بوجوده"^(١٢).

وفي نفس السياق أيضاً يمكن أن نشير إلى الحكم الصادر عن ذات الدائرة في ٢٧ نوفمبر ١٩٥٦م^(١٣)، حيث نقضت فيه الحكم الصادر من محكمة الجنج، الذي لم يُعَرَأدنى اهتمام للخطأ الصادر عن المضرور الأصلي عند تعويض المضرور بالارتداد، بقولها: "من حيث أن محكمة الموضوع وقد ثبت لها أن الحادث الذي أدى إلى وفاة السيد X. قد تسبب في وقوعه خطأ مشترك لكل من المتهم والمضرور، وأن ثلاثة أرباع المسؤولية تقع على عاتق هذا الأخير، فإنها إذ حكمت بالرغم من ذلك لأرملته^(١٤) بالتعويض الكامل على عاتق المسؤول، تطبيقاً لقواعد التضامن، في حين

(١٠) وهو المهني الذي عبرت عنه المحكمة في الصيغة التالية:

"La réparation accordée) aux proches de la victime devait être fixée conformément au partage des responsabilités prononcé entre l'auteur et la victime initiale".

(11) V. Cass. Crim.6 mars 1936, D.H 1936, Jur. P. 237-14 décembre 1938, S. 1939, I. P. 233. Note R. Houin-6 Juin 1952, J.C.P.1953. II. N° 7074, D. 1954, P.494.

انظر في عرض أحكام القضاء الفرنسي في تلك المرحلة:

Dupichot, Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle, Juris.Class. Civ. Fac. III. N° 89.

(12)"Attendu que si la détermination indemnités dues par l'auteur d'un délit est, aux termes de l'article 51 C. Pén., laissée à l'appréciation des tribunaux, lorsque la loi ne les a pas réglées, c'est à la condition qu'en cas de faute commune, le quantum de réparation soit fixé conformément au partage de responsabilité que les juges eux-mêmes ont reconnu exister".

(13) V. Cass. Crim. 27 Nov. 1956, J.C.P. 1957, II. N° 9854, Note Esmein- D. 1956, Jur. P. 373, note Savatier- Voir, aussi, Revu. Trim. Dr. Civ. 1957, obs. H et L (Mazeaud), p.346.

(١٤) التي تُطالب بالتعويض عن الضرر المرتد الذي أصابها هي وأولادها القصر نتيجة لوفاة زوجها.

أنه لم يكن مسؤولاً إلا في حدود الربع فقط، فإنها تكون قد طبقت قواعد التضامن تطبيقاً مغلوطاً^(١٥).

(ثانياً) الأحكام المعارضة لفكرة الاحتجاج:

وفي مقابل هذه الطائفة من الأحكام، ظهرت طائفة أخرى رفضت الاحتجاج على المضرور بالارتداد بالخطأ الصادر عن المضرور الأصلي، وميزت بوضوح، فيما يتعلق بأثر هذا الدفع بين الدعوى الوراثية والدعوى الشخصية. فإذا كان المدعى يطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصاب مورثه، وانتقل إليه ضمن عناصر التركة، فطبيعي ألا يكون للخلف أكثر مما هو ثابت للسلف، وهذا يعني وجوب إنقاص التعويض المحكوم به للأول بنسبة مساهمة الثاني في إحداث الضرر. أما إذا كان المدعى يطالب بالتعويض عن الضرر الشخصي المرتد الذي أصابه نتيجة الضرر الذي أصاب سلفه، فهنا يكون من حقه الحصول على التعويض الكامل أياً كان قدر الخطأ الذي صدر من هذا الأخير.

ومن الأحكام التي أجرت بوضوح هذه التفرقة، الحكم الصادر من الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٣١ مارس ١٩٦٠ م^(١٦)، الذي رفضت فيه المحكمة الطعن المقدم من المسؤول في حكم محكمة استئناف باريس ألزمه بالتعويض الكامل المستحق عن الضرر الشخصي الذي أصاب الأولاد القصر نتيجة قتل مورثهم، رغم مساهمة هذا الأخير، بخطئه، في الضرر الذي حل به، وقد قررت محكمة النقض في

(١٥) وهو ما عبرت عنه المحكمة في الصيغة التالية:

"Attendu qu'après constaté que l'accident mortel à D. avait été cause par la faute commune du prévenu et de la victime, la responsabilité en incombant pour les trios quarts à cette dernière, l'arrêt attaqué a néanmoins décidé qu'il y avait lieu, en application des règles de la solidarité, d'accorder à la dame veuve. D, diverses indemnités représentant la totalité du préjudice résultant de l'accident, sans avoir égard à la faute retenue à la charge de son mari, - Attendu qu'en statuant ainsi et en condamnant le le prévenu envers la partie civile à la réparation intégrale d'un préjudice don't il n'était reconnu responsable que pour un quart, l'arrêt attaqué a faussement appliqué les règles de la solidarité", V. Cass. Crim. 27 nov. 1956, Note Esmein, Prec. - D. 1956, Jur. P. 373, note Savatier- Voir, aussi, Revu. Trim. Dr. Civ. 1957, obs. H et L (Maxeaud), p.346.

(١٦) V. Cass. Crim. 31 mars 1960, Bull. Crim. 1960, N° 392.

هذا الحكم أنه: "إذا كان المدعون قد رفعوا دعواهم باعتبارهم ورثة للمتوفى الذي ساهم بفعله في إحداث الضرر، فلا يمكنهم الحصول من المسؤول على التعويض الكامل إذ أن مورثهم نفسه لا يمكنه أن يطلب ذلك، أما إذا كانوا يطلبون التعويض عن ضرر شخصي أصابهم، فهنا يلزم المسؤول بالتضامن In solidum عن كامل التعويض دون أعمال لمبدأ تقسيم المسؤولية الذي لا يؤخذ به إلا في إطار العلاقات المتبادلة بين المسؤولين المتعددين، دون أن يمس طبيعة ونطاق التزاماتهم تجاه المضرورين"^(١٧)، ونفس هذه العبارة رددتها الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر في ٢٠ نوفمبر ١٩٦٣م^(١٨).

وواضح من العرض السابق مدى دقة الخلاف والتردد حول هذه المسألة الهامة ليس فقط بين قضاة الموضوع، وإنما أيضا بين قضاة النقض، ولذلك فقد كان طبيعياً

^(١٧) ولأهمية هذه التفرقة فإننا نسوق العبارة بنفس الألفاظ التي أوردتها المحكمة :

"Si les parties civiles, lorsqu'elles se présentent en qualité d'ayants cause de la victime reconnue partiellement responsable du fait dommageable, ne sauraient obtenir du prévenu une indemnisation intégrale à laquelle leur auteur n'eut pu lui-même prétendre, il en est autrement lorsque ces mêmes parties exercent l'action civile en leur nom personnel ...En ce cas le prévenu coauteur ..est tenu in solidum d'un assureur l'entière réparation sans qu'il y ait lieu de tenir compte du partage des responsabilités, lequel n'affecte que les rapports réciproques des coresponsables, mais non le caractère et l'étendue de leurs obligations envers les parties lésées".

^(١٨) وقد أيدت محكمة النقض الحكم المطعون فيه فيما ذهب إليه من أن مرتكب الحادث مسئول مع غيره بالتضامن عن دفع كامل التعويض إلى أرملة المضرور الأصلي عن الضرر الشخصي المرتد الذي أصابها نتيجة موت زوجها دون أدنى تأثير لفكرة تقسيم المسؤولية، تلك الفكرة التي لا تؤثر إلا في علاقة المسؤولين وبعضهم البعض دون علاقتهم بالمضرور بالارتداد:

".. Ce partage n'affecte que les rapports réciproques des coresponsables, mais non le caractère et l'étendue des leurs obligations envers les parties lésées " V. Cass. Civ. 2ème. Ch. Civ.20 November 1963, D. 1964, Jur. P. 549. note Boré

ومن الأحكام الكثيرة التي نحت هذا المنحى، انظر على سبيل المثال:

- Cass. Crim. 2ème Ch. Crim. 26 décembre 1960, J.C.P. 1961. II. 12193, Note Esmein.
- Cass. Crim. 2ème ch. Crim.15 juin 1961, D. 1961, Jur. P. 735
- Cass. Crim.24 janvier 1963 D.S. 1963, I. P. 162, Note Meurisse.

أن يتجه الرأي إلى عرض تلك المشكلة، في أول مناسبة، على الدوائر المجتمعة وهو ما حدث بالفعل في ٢٥ نوفمبر ١٩٦٤م لكي تُرثى فيها حكماً من أحكام المبدأ المأمول منه أن يضع حداً لهذا الخلاف، وهو ما يُؤرخ لبداية مرحلة جديدة على نحو ما نبينه الآن:

الفرع الثاني

حكم الدوائر المجتمعة عام ١٩٦٤م^(١٩)

وموقف القضاء بعده

في ٢٥ نوفمبر ١٩٦٤م حسمت الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية الموقف لصالح مبدأ الاحتجاج على المضرور بالارتداد بالخطأ الصادر عن المضرور الأصلي فقررت أنه "في حالة الأخطاء المشتركة للجاني والمضرور، فإن قدر التعويض يجب أن يُحدد في ضوء مبدأ تقسيم المسؤولية التي سلم القضاء بوجوده"^(٢٠)، وقد رتبت المحكمة على هذا المبدأ نتيجته الطبيعية وهي عدم إلزام المسؤول "بكل" التعويض وإنما فقط بتعويض جزئي يتناسب فقط مع قدر مساهمته في إحداث الضرر، وبذلك تكون الدوائر المجتمعة قد سوت، في هذا الحكم، بين المضرور الأصلي والمضرور بالارتداد.

وأياً كانت المبررات التي ساقها الفقه لتبرير هذا المبدأ^(٢١)، فإنه قد وجد موقف القضاء الفرنسي في هذا الخصوص، واستمر ذلك لفترة طويلة من الزمن^(٢٢) إلى أن

(19) V. Cass. Ch. Réunies, 24 novembre 1964, D. 1964, Jur. P. 733. Obs. Aydalot, J.C.P. 1964. II. 13972. Note Esmein, Rev. Trim. Dr. Civ. 1965, P. 136. Note Rodière.

(٢٠) وهو المعنى الذي عبرت عنه المحكمة في الصيغة التالية :

(En cas de fautes conjuguées du prévenu et de la victime le quantum des réparations doit être fixé conformément au partage de responsabilité don't les juges ont reconnu l'existence).

(٢١) انظر: في هذا المبررات ما سيأتي لاحقاً بالمبحث الثاني .

(٢٢) انظر على سبيل المثال :

- Cass. Civ. 6 October 1965, Bull. Civ. 1965. II. N° 699.
- Cass. Civ. 15 Juin 1966, Bull. Civ. 1966, II. N°686.
- Cass. Civ. 24 fevr.1967, Bull. Civ. 1967, I. N°79.

أعلنت الدائرة المدنية الثانية لمحكمة النقض نكوصها عنه وعودتها، مرة أخرى، إلى القضاء الرافض لفكرة الاحتجاج وذلك في حكمين متتاليين^(٢٣)، صدر أحدهما في يونيو، والآخر في أكتوبر من عام ١٩٧٨م. وخلاصة ما ورد في الحكم الأول أنه: "من حيث أن كل مسئول، عن نفس الضرر، يكون ملزماً بتعويضه كاملاً، فإن القسمة التي يجريها قاضى الموضوع لا تمس إلا العلاقات بين المسؤولين المتضامنين دون نطاق التزام كل منهم قبل المضرور"^(٢٤)، ثم طبقت المحكمة هذا المبدأ على الحكم المطعون فيه فقالت "ومن حيث أن محكمة الاستئناف قد انتهت إلى وجوب تحديد التعويض الذي يُطالب به صاحب العمل (المضرور بالارتداد) وفقاً لقاعدة تقسيم المسؤولية بين الغير المسؤول عن الحادث والمضرور الأصلي، فإنها تكون قد خالفت القانون.

وحاصل ما قرره المحكمة في الحكم الثاني أن: "الخطأ الصادر من المضرور الأصلي لا يُحتج به على ابنه الذي يُطالب بتعويض ضرر شخصي أصابه نتيجة وفاة والده"^(٢٥)، وبصدور هذين الحكمين عاد الخلاف، مرة أخرى، حول الحل الواجب اتباعه بخصوص هذه المشكلة، الأمر الذي دعى الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية إلى التدخل ثانية لتؤكد على المبدأ الذي سبق لها تقريره في ٢٥ نوفمبر ١٩٦٤م، وقد تم ذلك بالفعل في حكمين صادرين عنها بجلسة ١٩ يونيو ١٩٨١م، وهو ما يؤرخ

- Cass. Crim. 30 octobre 1974, D. 1975, Jur. P.178, note Savatier

⁽²³⁾ V. Cass. Civ. 2ème ch. Civ. 7 juin et 25 oct. 1978, D. 1979, Jur. P. 114, note Larroument - J.C.P. 1979, II. Note Chabas - Revu. Trim. Dr. Civ. 1980, note Dorry, p. 112.

⁽²⁴⁾ "Attendu que chacun des responsables d'une même dommage est tenu de le réparer en totalité le partage auquel le juge peut procéder n'affectant que de les rapports réciproques des coauteurs et non l'étendue de leur obligation".

⁽²⁵⁾ "La faute éventuellement commise par F. n'étant pas opposable à son enfant".

وتتوصل وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم في أن أحد السائقين كان قد فقد السيطرة على عجلة قيادة سيارته المحملة بشحنة زائدة، مما ترتب عليه وفاة أحد ركابها. طالبت ابنته بالتعويض عن الضرر الشخصي المرتد الذي أصابها من واقعة الوفاة. دفع السائق هذه الدعوى بأن خطأ المضرور الأصلي، والذي يتمثل في قبوله ركوب السيارة وهو يعلم بحمولتها الزائدة، قد ساهم في وقوع الضرر، لم تُجبه الدائرة المدنية الثانية إلى طلبه وقررت العدول عن المبدأ الذي أرثته الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية في ٢٥ نوفمبر ١٩٦٤م، وقررت المبدأ الذي أشرنا إليه في المتن.

للمرحلة الأخيرة من مراحل تطور هذه المشكلة أمام القضاء الفرنسي على النحو الذي سنبينه فيما يلي:

الفرع الثالث

حكمي الدوائر المجتمعة في عام ١٩٨١⁽²⁶⁾

والحسم النهائي لهذه المشكلة

"من تسبب بخطئه في ضرر ما يكون مسؤولاً جزئياً إذا أثبت أن خطأ المضرور قد ساهم في إحداث الضرر....، ويكون الأمر كذلك ليس فقط عندما تُرفع دعوى التعويض من المضرور نفسه، وإنما أيضاً من الغير الذي يُطالب بالتعويض عن ضرر شخصي أصابه من واقعة وفاة المضرور أو إصابته بعاقة جسمانية^(٢٧)"، أي من المضرور بالارتداد، ثم أضافت المحكمة ما يشبه تبريراً لحكمها بالقول أنه: "إذا كانت دعوى هذا الغير متميزة من حيث موضوعها عن تلك التي يكون بإمكان المضرور

(26) V. Cass. Ass. Plén. 19 juin 1981, J.C.P. 1982, II. 19712, Rapp. Ponsard - D. 1982 Concl. Cobannes - Rev. Trim. Dr. Civ. 1981, P. 857, Obs. Durry.

انظر تفصيلاً في تحليل هذه الأحكام في الفقه المصري: محسن عبد الحميد البيه، خطأ المضرور في مجال حوادث السير، ١٩٩٨م، بدون دار نشر، ص ٢٠٣ وما بعده، انظر أيضاً الرسالة القيمة للمرحوم الدكتور حسن أبو النجا باللغة الفرنسية بعنوان:

Théorie générale du préjudice par ricochet en matière de responsabilité délictuelle, étude comparative du droit français et du droit égyptien, Thèse pour le doctorat d'état, 1983. p.220 et S.

(٢٧) وهو المعنى الذي ضمنته المحكمة الصيغة التالية:

"Celui dont la faute a causé un dommage, est déchargé en partie de la responsabilité mise à sa charge, s'il prouve qu'une faute de la victime a concouru à la production du dommage., il en est ainsi. Non seulement lorsque la demande d'indemnité est formée par la victime elle-même, mais encore lorsqu'elle l'est par un tiers qui agissant de son propre chef, demande réparation du préjudice personnel don't il a souffert du fait du décès de la victime ou de l'atteinte corporelle subie par celle-ci".

رفعها، إلا أنها تستند إلى نفس الواقعة الأصلية منظوراً إليها في ضوء كل الظروف التي أحاطت بها^(٢٨).

بهذه العبارات الواضحة والدقيقة تكون الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية قد حسمت وللمرة الثانية أمرها لصالح فكرة الاحتجاج على المضرور بالارتداد بالخطأ الصادر عن المضرور الأصلي، ولم يكن متوقفاً بعد هذا الإصرار من قبل أعلى هرم السلطة القضائية الفرنسية أن يحيد قضاة الموضوع، أو حتى أي دائرة أخرى من دوائر النقض، عن هذا الاتجاه. وهذا ما تم بالفعل، فمنذ صدور هذين الحكمين وحتى الآن لم

(28) "...si l'action de ce tiers est distincte par son objet de celle que ladite victime aurait pu exercer, elle n'en procède pas moins du même fait originaire considéré dans toutes ses circonstances".

وقد صدر هذا المبدأ في دعويين تتلخص وقائع الدعوى الأولى في حادث تصادم بين شاحنة تتبع إحدى الشركات، وسيارة أخرى كان يقودها شخص وتركب معه زوجته وابنته القاصر، مما أدى إلى وفاة الزوج (قائد السيارة) وإصابة كل من زوجته وابنته. رفعت زوجته دعوى عن نفسها وبصفتها وصية على ابنتها القاصر طلبت فيها بالتعويض عن الأضرار الآتية:

١- الأضرار الأصلية الناتجة عن إصابتها هي وابنتها في الحادث. ٢- عن الأضرار المرتدة التي أصابها هي وابنتها نتيجة وفاة الزوج ووالد البنت؛ كما انضم ابن المضرور البالغ سن الرشد إلى والدته واخته في طلب التعويض عن هذا الشق الأخير من الأضرار. ونظراً لثبوت مساهمة المضرور الأصلي، بخطئه، في وقوع الحادثة التي أدت إلى وفاته، فقد تمسك المسؤول (قائد الشاحنة) بوجود إنقاص التعويض المستحق للمدعين بالحق المدني.

ورغم ذلك فإن محكمة استئناف Orléans لم تُعر لهذا الدفع أي اهتمام وقضت، على العكس، بالتعويض الكامل للمضرورين سواء بالنسبة لضررهم الأصلي، المتمثل في الإصابة الجسدية، أو بالنسبة للضرر المرتد الناتج عن واقعة الوفاة. بينما تتلخص وقائع الدعوى الذي صدر فيها الحكم الثاني في وفاة أحد العمال مما دفع صاحب العمل إلى رفع دعوى على المسؤول عن هذا الحادث طالبا فيها تعويضه عن الضرر المادي المرتد الذي أصابه من جراء هذا الحادث والمتمثل في الإعانات التي اضطر لدفعها إلى هذا العامل قبل وفاته، وهنا أيضاً رغم ثبوت خطأ العامل (المضرور الأصلي) إلا أن الحكم المطعون فيه (محكمة استئناف Lyon) قد صار في نفس الاتجاه ولم يُعر، أيضاً أي اهتمام، لهذا الخطأ وحكم بالتعويض الكامل للمضرور بالارتداد. ولما طُعن في هذين الحكمين بطريق النقض وعُرض الطعن على الجمعية العامة قامت على الفور بنقضهما فيما يتعلق بالأضرار المرتدة مقرر المبدأ المشار إليه في المتن.

تُسجل، فيما نعلم، أي خروقات لهذا المبدأ^(٢٩)، ومن بين الأحكام الحديثة التي رسخت مبدأ الاحتجاج على المضرور بالارتداد بالخطأ الصادر عن المضرور الأصلي الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٢ ديسمبر ٢٠١٩م^(٣٠)، وإن كان القضاء قد ضيق كثيراً من نطاق الاحتجاج على المضرور، أصلياً كان أو بطريق

(٢٩) انظر على سبيل المثال:

- Cass. Civ. 2ème Ch. Civ. 6 Janv. 1982, G.P. 1982, P. 6, Note Chabas.
- Cass. Civ. 2ème Ch. Civ. 18 fév. 1982, D. 1982, Inf. Rap. P. 330.
- Cass. Civ. 1ère Ch. Civ. 4 Janv. 1983, J.C.P. 1983, IV. P. 95.

(٣٠) وتتحصل وقائع القضية التي صدر فيها هذا الحكم في قيام السيدة G بصفتها وصية على ابنتها القاصر I برفع دعوى على لجنة تعويض ضحايا الجرائم une commission d'indemnisation des victimes d'infractions (CIVI) طلبت فيها بتعويض ابنتها عن الأضرار المعنوية المرتدة التي أصابتها من جراء قتل والدها عمداً، فحكمت لها المحكمة الجنائية بتعويض جزئي مقداره ٣٧ ألف يورو مقررته أنه من المتعين على المحكمة وزن وتقدير التعويض المستحق للمضرور في ضوء كافة العناصر والأوراق الذي يتضمنها ملف القضية وبحث ما إذا كان خطأ المضرور من شأنه أن يستبعد التعويض كلية أم فقط يؤدي الى انقاصه، وأن هذا التقدير يجب أن يأخذ في الاعتبار صفة المدعية كمضرور بالارتداد من حيث أنها قد حصلت على مبالغ نقدية مسبقاً من المتهمين فضلاً عن أن باب الرجوع بالنسبة لها على صندوق تأمين الجرائم الإرهابية ما زال مفتوحاً. فنقضت محكمة النقض هذا الحكم قائلة إنه لا يجوز الاحتجاج على المضرور بالارتداد (البنت في حالتها) إلا بالخطأ الثابت في حق المضرور الأصلي (القتيل) والذي يتمثل في أنه قد قتل أثناء عملية تهريب للمخدرات وأن الذين قتلوه مدينون له. وقد عبرت المحكمة عن هذه الحيثية بوضوح في الصيغة التالية:

Qu'en statuant ainsi, par des motifs inopérants tenant à la qualité de victime par ricochet du demandeur, à l'existence de paiements antérieurement intervenus à son profit de la part du condamné et à l'existence d'un recours subrogatoire ouvert au FGTI, alors que seule la faute de la victime directe doit être prise en considération par le juge de l'indemnisation pour déterminer si la réparation doit être refusée ou si son montant doit seulement être réduit, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; Voir, Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 12 décembre 2019, 18-21.360, Publié au bulletin.

حكم منشور في:

Panorama de jurisprudence Deuxième chambre civile 1er novembre 2018 –
31 décembre 2019, Version actualisée au : 17/02/2020

على الموقع التالي على الإنترنت:

https://www.courdecassation.fr/IMG///Panorama_C2_2018.pdf

الارتداد بالخطأ الصادر عنه، وهو التطور الذي أمكن رصده بوضوح تام بعد تدخل المشرع الفرنسي بقانون الخامس من يوليو ١٩٨٥م بشأن حوادث السير، وهو ما نشير إليه في الفقرة التالية:

الفرع الرابع

الموقف القضائي الحالي من مبدأ الاحتجاج

بعد قانون ٥ يوليو ١٩٨٥م بشأن حوادث السير

لم يعد أحد يشكك الآن في انصياع القضاء الفرنسي لما قضت به الجمعية العمومية لمحكمة النقض الفرنسية من أن اشتراك المضرور بخطئه، مع المسؤول، في إحداث الضرر يُفضى بالضرورة إلى تقسيم المسؤولية، وبالتالي إلى إنقاص التعويض المستحق، سواء بالنسبة للمضرور الأصلي، أو بالنسبة إلى المضرور بالارتداد، ومع الالتزام التام بهذا المبدأ إلا أن القضاء الفرنسي قد تشدد في أعماله تشدداً واضحاً يكاد أن يُفرغ هذا المبدأ من محتواه. ولا يخفى أن هذا التشدد يجد مبعثه في حرص القضاء على توفير حماية أفضل للمضرورين لا سيما في مجال حوادث السير، وقد بدا هذا التغير واضحاً على أثر حكم ديسمار Desmares الشهير الصادر عن الدائرة المدنية الثانية لمحكمة النقض في ٢١ يوليو ١٩٨٢م^(٣١) والتي قررت فيه: "أن الحارث لا يُعفى من المسؤولية بسبب خطأ المضرور، إلا إذا شكل هذا الخطأ قوة قاهرة أو حادث فجائي"^(٣٢) وهو ما يستوجب أن يكون سلوك المضرور غير متوقع ولا يمكن دفعه.

(31) Cass. Civ. 2ème Ch. Civ. 21 Juill. 1982, Gaz. Pal. 1982, II. N° 391, et note, Charbonnier - D. 1982, Jur. P. 449, note Larromet - J.C.P. 1982, II. N° 19861, Note Chabas. - Revu. Trim. Dr. Civ. 1982, p. 606, et obs. Durry - Chabas, article précité, N° 4.

(32) وقد صدر هذا الحكم في قضية تتعلق وقائعها في إصابة زوجين عندما طرحتهما سيارة أرضاً عند عبورهما الطريق من مكان قريب من المكان المخصص لعبور المشاة، دون أن ينظرا جيداً إلى حالة المرور في الطريق قبل قرارهم بالعبور. قبل قضاة الموضوع المسؤولية الكاملة لقائد السيارة دون أن تعتد بخطأ المضرورين. ولما طعن في هذا الحكم أمام محكمة النقض رفضت الطعن وأيدت الحكم المطعون فيه مقررته أن: "حارس السيارة لا يُعفى من المسؤولية بسبب خطأ المضرور إلا إذا شكل هذا الخطأ قوة قاهرة أو حادث فجائي".

ويُعد هذا الحكم -بحق- نقلة نوعية مهمة في مجال مسؤولية حارس الأشياء، فبعد أن كان القضاء في خطوة أولى يُعفيه تماماً من المسؤولية إذا استطاع إثبات أي خطأ، ولو كان بسيطاً في جانب المضرور^(٣٣)، أصبح في خطوة ثانية لا سيما مع بدء انتشار حوادث السير يقرر فقط الإعفاء الجزئي^(٣٤) طالما أن خطأ المضرور لم يُشكل السبب الوحيد للحدث ليأتي حكم ديسمار ويُزيل أي تأثير لخطأ المضرور، على حقه في التعويض في هذا المجال، إلا إذا توافرت فيه شروط القوة القاهرة، وهو ما يصعب توافره في كثير من الأحيان.

وقد كان هذا التشدد في الاعتراف بخطأ المضرور، وبالتالي في أثره على مسؤولية المسؤول بمثابة تمهيد حقيقي لتدخل المشرع الفرنسي بقانون الخامس من يوليو ١٩٨٥م^(٣٥) الذي تبنى فيه هذه السياسة المتشددة مع المسؤول، الرحمة بحال المضرور، فقرر في مادته الثالثة عدم الاحتجاج على المضرور (الأصلي) بالخطأ الصادر عنه مطلقاً إذا تجاوز، وقت وقوع الحادث، سن السبعين أو كان دون السادسة

(33) Cass. Req. 12 Janv. 1927, D. 1927, I. P. 145, Note SAVATIER- Cass. Civ. 7 Janv. 1931, Gaz. Pal. 1932, I. P. 363.

مشار إليهما في: أيمن إبراهيم العشماوي، فعل المضرور والإعفاء الجزئي من المسؤولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩م، ص ٥٩، بل إن أحكام القضاء في تلك المرحلة لم تكن تكنفي باستبعاد مسؤولية الحارس في هذه الحالة، بل كانت تستبعد، أيضاً، القرينة المقررة بالمادة (١/١٣٨٤) من التقنين المدني الفرنسي. المقابلة للمادة (١٨٦) مدني مصري والمادة (٣١٦) معاملات إماراتي، إذ كان القضاء يرى في ذلك الحين في هذه القرينة قرينة خطأ في جانب الحارس يمكن من ثم هدمها بإثبات خطأ المضرور. انظر في تفاصيل هذه المسألة دفع المسؤولية بخطأ المضرور، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩١م، ص ٢٨٨ وما بعدها.

(34) V. Req. 13 avr. 1934, D. S. 1934, I. P. 313 Note H. Mazeaud, D. 1934, I. P. 41, Note Savatier.

(35) راجع في المبررات التي أدت الى ظهور هذا القانون، والعوامل السابقة على ظهوره: Chabas, Commentaire de la loi du 5 Juill. 1985, (tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation) J.C.P. 1985, I., doc. N° 3205.

-Wiederkehr, De la loi du 5 Juill. 1985 et de son caractère autonome, D. 1986, Charon. P. 255

-Tung, Les causes d'exonération de responsabilité de plein droit de l'article 1384, alinéa Ière. Du code civil. D. 1975, Chron. P. 83, N° I.

عشر أو كان معاقاً بنسبة ٨٠ % ما لم يكن خطؤه عمدياً. أما بالنسبة لغير هؤلاء فلا يُحتج عليهم بالخطأ الصادر عنهم إلا إذا كان غير مغتفر، ويشكل السبب الوحيد للحادث^(٣٦) "أما فيما يتعلق بتأثير خطأ المضرور الأصلي على المضرور بالارتداد، فقد عالج المشرع في المادة السادسة بقوله أن: "الضرر الذي يُصيب الغير من جراء الضرر الذي لحق المضرور بالمباشر من حادثة مرور، يتم تعويضه في ضوء التحديدات والاستبعادات التي يُحتج بها على المضرور الأصلي"^(٣٧).

ويعنى ذلك بوضوح أن المشرع الفرنسي قد تبنى مبدأً عاماً مقتضاه تعويض المضرور بالارتداد في إطار نفس القيود والاستبعادات التي يُحتج بها على المضرور الأصلي. وعلى ذلك فإذا كان المضرور الأصلي قد تجاوز السبعين، أو كان طفلاً دون السادسة عشر، أو معوقاً لديه عجز لا يقل عن ٨٠ %، فلا يُعتد بخطئه مطلقاً أي كانت جسامته ما لم يكن عمدياً، أما إذا كان من غير هؤلاء "المضرورون الممتازون" فلا أثر لخطئه، على حقه وبالتبعية على حق المضرور بالارتداد في التعويض إلا إذا كان غير مغتفر ويشكل السبب الوحيد للحادث. ومن هنا تخطت فكرة الخطأ غير

(٣٦) "يتم تعويض المضرورين؛ فيما عدا سائقو المركبات البرية ذات المحرك عن الأضرار الناجمة عن إصابات تلحقهم في أشخاصهم، دون أن يكون بالإمكان الاحتجاج عليهم بخطئهم الشخصي ما لم يكن هذا الخطأ غير مغتفر، ويشكل السبب الوحيد للحادث. فإذا كان المضرورون المشار إليهم بالفقرة السابقة تقل سنهم عن ١٦ سنة أو تزيد على ٧٠ سنة أو كانوا، أي كان عمرهم يحملون لحظة وقوع الحادث، شهادة تعترف لهم بنسبة عجز دائمة أو بعجز يساوي ٨٠ % على الأقل؛ فإنه يجب في جميع الأحوال تعويض الأضرار الناجمة عن أية إصابات تلحقهم في أشخاصهم.

ومع ذلك لا يستحق المضرور في الحالات المشار إليها في الفقرتين السابقتين تعويضاً من مرتكب الحادث عن الأضرار الناجمة عن إصابات تلحقه في شخصه عندما يكون هو الذي تحرى قصداً الضرر الذي وقع له.

(37) "Le préjudice subi par un tiers du fait des dommages causés à la victime directe d'un accident de la circulation est réparé en tenant compte des limitations ou exclusions applicables à l'indemnisation de ces dommages".

المغتفر النطاق التقليدي لها^(٣٨) واحتلت أرضاً خصبة بدت فيها تلك الفكرة أكثر حظاً وشيوعاً وانتشاراً وأيضاً إثارة للمشكلات^(٣٩).

ومن الأحكام التي تكشف عن تشدد القضاء في هذا الخصوص يمكن أن نشير إلى حكم النقض الفرنسي بتاريخ ١٩ نوفمبر ١٩٩٧م^(٤٠) الصادر في قضية تتحصل وقائعها في وفاة شخص كان يتواجد ليلاً على حافة الطريق، مما دعى زوجته وأولاده إلى المطالبة بتعويضهم عن الضرر المرتد الذي أصابهم من واقعة الوفاة، فأيدت محكمة النقض حكم الاستئناف الذي رفض القضاء لهم بالتعويض استناداً إلى ما هو منسوب إليه من أخطاء غير مغتفرة، حيث ثبت أنه كان قد تسلس ليلاً من منخفض كثيف العشب متجاوزاً بذلك حاجز الأمان، ثم نام على حافة دوار وسط الطريق، مستلقياً على الأرض في الممر الوحيد للسيارات، وكان المسؤول يقود سيارته في هذا الاتجاه بسرعة لا تزيد عن السرعة المسموح بها في هذه المنطقة، وعند وصوله إلى التقاطع الذي كان ينام فيه المضرور، أبصر شكلاً ممدداً على الطريق ولكنه لم يستطع أن يتبين أنه إنسان إلا بشكل متأخر جداً لا يمكنه معه أن يتقاده.

ومن الأحكام الحديثة جداً المجسدة لفكرة الخطأ غير المغتفر للمضرور كسبب لاستبعاد التعويض نشير إلى الحكم الصادر عن الدائرة المدنية الثانية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٨ مارس ٢٠١٩م المؤيد لحكم الاستئناف الراض لدعوى التعويض استناداً إلى ما ثبت من أن "المضرور الذي كان يقف بأمان بجوار سيارته المتوقفة في مكان جيد على جانب الطريق قد قفز إلى الطريق العام السريع فجأة ودون مبرر، وذلك عند مخرج منحني يُخفي رؤية المركبات القادمة على الطريق، وأمام ملتقى مجموعة

^(٣٨) ونعني به نطاق التشريع الاجتماعي وقانون النقل.

^(٣٩) انظر في معنى قريب من هذا:

Legier (G), La faute inexcusable de la victime d'un accident de la circulation régi par la loi du 5 Juill. 1985, D. 1986. Chron. P. 97, N° 1.

^(٤٠) V. Cass. Civ. 2ème Ch. Civ. 19 nov. 1997, N° de pourvoi 96-10-577

وهو حكم منشور على موقع محكمة النقض على شبكة الإنترنت:

www.courdecassation.fr/arrets/visu.cfm?num=117

أخري من الطرق الفرعية، ووصفت هذا الفعل بأنه مستجمع لكل مواصفات الخطأ غير المغتفر المستبعد لحقه في التعويض^(٤١).

كما قضت ذات الدائرة وبنفس التاريخ بأن: "الخطأ غير المغتفر، في حكم المادة (٣) من القانون رقم (٨٥-٦٧٧) من قانون حوادث السر في ٥ يوليو ١٩٨٥م، هو فقط خطأ إرادي volontaire، ذا جسامه استثنائية خاصة exceptionnelle gravité، صدر من صاحبه دون سبب معقول يبرر تحميله للخطر المترتب عليه"، واعتبرت المحكمة، في ضوء هذه الضوابط، أن خطأ راكبي الدراجات الهوائية الذين سلكوا طواعية ليلاً طريق المقاطعات وتركوا الممر المخصص للدراجات بهدف الوصول بشكل أسرع وهم يعرفون الطريق وعلى دراية بمخاطره وبدون أي إضاءات أو معدات انارة عاكسة في درجاتهم، لا يُعد خطأً غير مغتفر يستبعد حقهم في التعويض قبل المسؤول^(٤٢)، الذي ثبت أنه كان يسير بسيارته في الاتجاه العكسي.

وقد عبرت محكمة النقض الفرنسية عن هذا المعنى في الصيغة التالية: "Ayant relevé que la victime, qui se tenait debout à côté de sa voiture, stationnée en bon état de marche, sur un refuge où elle se trouvait en sécurité, s'était, sans raison valable connue, soudainement engagée à pied sur la chaussée de l'autoroute, à la sortie d'une courbe masquant la visibilité pour les véhicules arrivant sur les voies, devant un ensemble routier circulant sur la voie de droite à la vitesse autorisée, la cour d'appel a pu en déduire qu'était caractérisée la faute inexcusable de la victime, cause exclusive de son dommage". Voir, 2e. Civ. 28 mars 2019, pourvoi N.18-15-168 F-P+B ضمن بانوراما متعددة من أشهر أحكام محكمة النقض الفرنسية: <file:///D:/السوابق/٢٠%القضائية/٢٠%المدنية/٢٠%لمحكمة/٢٠%النقض/٢٠%الفرنسية/٢٠٢٠١٨-٢٠١٩-٢٠%>

^(٤٢) وهو المعنى المتضمن في العبارة التالية من حيثيات الحكم:

"Seule est inexcusable, au sens de l'article 3 de la loi du 5 juillet 1985, la faute volontaire d'une exceptionnelle gravité exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience ; que pour retenir la faute inexcusable de D... A..., l'arrêt relève qu'il avait volontairement de nuit décidé d'emprunter la route départementale au lieu de la piste cyclable pour rentrer au plus vite alors qu'il circulait sur un vélo dépourvu de tout éclairage et sans équipement lumineux ou réfléchissant ; qu'en se déterminant par de tels motifs qui ne caractérisent pas l'existence d'une faute inexcusable, la cour d'appel a violé l'article 3 de la loi du 5 juillet 1985", Chambre civile 2, 28

وفى واقعة أخرى^(٤٣) توفى شخص، كان يقود سيارته بسرعة تجاوز المسموح به قانوناً، نتيجة اصطدامه بمؤخرة مقطورة شاحنة كانت تسير في الاتجاه العكسي. رفعت زوجته عن نفسها، وبصفتها ممثلة قانونية، لابنتها القاصر دعوى طالبت فيها المسؤول بالتعويض عن الضرر، المادي والأدبي، المرتد الذي أصابهما نتيجة وفاة زوجها ووالد البنت. رفضت محكمة إستئناف Bordeaux كلية هذه الدعوى مقررّة في هذا الخصوص أن شهادة الغير تسمح بإسناد المسؤولية عن الحادث إلى المضرور الأصلي دون أن تقيم أي وزن للخطأ الصادر عن المسؤول طُعن في هذا الحكم أمام محكمة النقض فقامت بنقضه، ليس لأنها تنكر تأثر وضع المضرور بالارتداد بالخطأ الصادر عن المضرور الأصلي، وإنما لأن محكمة الاستئناف وقد جردت سلوك المسؤول من كل قيمة رغم أن شاحنته تدخلت في الحادث، لم تبحث فيما إذا كان الخطأ المضرور الأصلي من شأنه أن يؤدي إلى إنقاص حقه في التعويض أم يؤدي إلى استبعاده كلية^(٤٤).

العالمية للمعلومات الإنترنت على الموقع التالي:

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000038373269/>

وقد تمت زيارة الموقع بتاريخ ٤ أكتوبر ٢٠٢٠م.

(43) V. Cass. Civ. 2ème ch. Civ. 3 Juill. 1997, Bull. Civ. N° 95-19-313.

انظر أيضاً موقع Glose.Org القانوني وهو الموقع الذي رجعنا إليه بخصوص بعض الأحكام المنشورة في مجموعة أحكام محكمة النقض الفرنسية (Bultain)

<http://glose.fr/Juris/3191.html>

(44) "Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si, abstraction faite du comportement de M. Ch., don't le véhicule était impliqué dans l'accident, la faute commise par M. Ch. Était de nature à limiter ou à exclure son droit à indemnisation, la cour d'appel n'a pas donné de basse légale à sa decision".

والواقع أن هذا الحكم لا يمكن تبريره إلا في ضوء الأحكام الخاصة التي ورد النص عليها في قانون ٥ يوليو ١٩٨٥م الخاص بحوادث السير، انظر تفصيلاً في تحليل الأحكام التي ورد بها هذا القانون محسن البيه، مرجع سابق، لا سيما ص ٢١١ وما بعدها. يوسف النعمة، رسالته سابق الإشارة إليها، ص ٣٥٩ وما بعدها.

والجدير بالذكر أن هذا التوجه القضائي المتشدد تجاه استبعاد المسؤولية بخطأ المضرور، المدعوم فقهيًا بمجموعة من الأبحاث والمقالات الهامة^(٤٥)، والمؤيد تشريعياً في مجال حوادث السير بموجب قانون ٥ يوليو ١٩٨٥م^(٤٦)، قد أدى بالفعل إلى تساؤل أثر خطأ المضرور الأصلي على تعويض المضرورين بالارتداد بنفس قدر تساؤله في علاقة المضرور الأصلي، أو ورثته، بالمسؤول.

ونخلص من كل ما تقدم إلى أن المبدأ الذي جاهدت محكمة النقض الفرنسية، جهاداً عظيماً، في إرسائه عبر مراحل التطور الذي عرضنا لها فيما سبق، ونعني به مبدأ الاحتجاج على المضرور بالارتداد بخطأ المضرور الأصلي، وإن كان قد حُسم في الأحكام القضائية لصالح فكرة الاحتجاج، إلا أن مجال إعماله، في المسؤولية الشئبية عامة وفي حوادث المرور بصفة خاصة، قد تعرض لكثير من التآكل بفعل التطور القضائي والتدخل التشريعي الذي عرضنا له.

ولا يفوتنا، ونحن نختم حديثنا عن مشوار القضاء الفرنسي بخصوص مبدأ الاحتجاج على المضرور بالارتداد بالخطأ الصادر عن المضرور الأصلي، أن نشير إلى أن هذا القضاء قد استفاد من مجمل المناقشات التي درأت في هذا الميدان في حسم قضية أخرى لا تقل أهمية عن القضية الأولى التي تتمثل في مدى جواز الاحتجاج على المسؤول بفكرة "الاستعداد المرضي" للمضرور في إنقاص التعويض المستحق له.

(٤٥) انظر على سبيل المثال لا الحصر:

M. BARY, « Accidents de la circulation : faute inexcusable, cause exclusive de l'accident », Dalloz actualité, 10 avril 2019 ; - L. BLOCH, « Loi Badinter : quelques décisions en attendant la codification... », Responsabilité civile et assurances, n° 6, juin 2019, alerte 12 ; - F. GRÉAU, « La rigueur aléatoire de la faute inexcusable », L'essentiel Droit des assurances, n° 5, mai 2019, p. 3 ; - J. TRAULLÉ, « Le clair-obscur de la faute inexcusable dans les accidents de la circulation », Gaz. Pal., 24 septembre 2019, n° 32, p. 30,

(٤٦) L. BLOCH, « Loi Badinter: quelques décisions en attendant la codification... », Responsabilité civile et assurances, n° 6, juin 2019, alerte 12; N. RAZAFIMAHARAVO, « Circulation - Implication dans l'accident », Bulletin des Transports et de la Logistique, n° 3735, 29 avril 2019.

وخلاصة ما قررته محكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر بتاريخ ٢٠/٥/٢٠٢٠م^(٤٧) هو أنه يجوز للمسئول من حيث المبدأ أن يحتج على المضرور، سواء أكان أصلياً أو بطريق الارتداد، بالاستعداد المرضي للمضرور الأصلي، ولكنها وضعت لذلك مجموعة من لضوابط أبرزها أن يثبت المسؤول أن آثار المرض الكامن في المضرور ظهرت بشكل محدد certaine ومستقل عن وقوع الفعل الضار et indépendamment de la survenance du fait dommageable ؛ وأن هذه الآثار ظهرت في مدى زمني معقول ومتوقع. « dans un délai prévisible »، أما إذا تخلف أحد هذين الضابطين فلا يُحتج على المضرور باستعداده المرضي السابق مطلقاً، فوجود استعداد مرضي لدى المضرور من الحادث لا يعد في ذاته خطأ منسوب إليه يمكن أن يستبعد حقه في التعويض أو ينقصه^(٤٨).

المطلب الثاني

القضاء المصري والإماراتي والعماني

إذا كان القضاء الفرنسي قد استقر، بعد تردد طويل على أن مركز المضرور بالارتداد، عند طلبه للتعويض، يمكن أن يتأثر إذا نجح المسؤول في إثبات ثمة خطأ للمضرور الأصلي، فإن القضاء العربي لا سيما المصري والإماراتي والعماني مستقر على هذا المبدأ منذ البداية. ولا يرجع ذلك في نظرنا إلى أسبقية وتقدم القضاء العربي عن قرينه الفرنسي، وإنما يرجع بالأساس إلى عدم طرح " فكرة استقلال الضرر المرتد عن الضرر الأصلي " في الفقه والقضاء في البلاد العربية بنفس الدرجة من الظهور

^(٤٧) راجع في هذا الحكم والتعليق عليه Charles Joseph مقال له بعنوان:

" Réparation intégrale du préjudice corporel en présence d'une pathologie latente de la victim "

منشور على الموقع التالي على الشبكة العالمية للمعلومات الإنترنت:

<https://www.village-justice.com/articles/reparation-integrale-prejudice-corporel-presence-une-pathologie-latente-victime,36073.html>

وقد تمت زيارة هذا الموقع بتاريخ ٩ أكتوبر ٢٠٢٠م.

^(٤٨) l'existence d'une pathologie latente (pathologie dont la victime n'avait pas connaissance au moment du fait dommageable) ne peut être considérée comme une faute de nature à limiter le droit à une réparation intégrale du préjudice de la victime.

والوضوح التي طُرحت بها في فرنسا، فالفقه العربي من جانبه لا يميز في مجال العلاقة بين المضرور والمسؤول بين مضرور أصلي ومضرور بالارتداد سواء عند تحديده لعناصر المسؤولية^(٤٩) أو طبيعتها^(٥٠)، أو أحوال دفعها^(٥١)، ونفس هذا الخطأ، وعدم التفرقة نراهم كذلك عند حديث الفقه عن دعوى رجوع المضرور مباشرة على المؤمن بالضمان^(٥٢)، ففي كلا المجالين لا نلاحظ، في كتابات الفقه، قصداً إلى إبراز الفوارق بين المضرور الأصلي والمضرور بالارتداد.

وإذا كان هذا هو حال الفقه، فلم يكن متوقعاً أن يُدرك المتقاضون ما يمكن أن يخضع له كل نوع من أنواع الضرر من أحكام خاصة سواء عند رفع الدعوى^(٥٣) أو

^(٤٩) فالفقه في عمومته يتناول عناصر المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما دون أن يعتنى، عند تحليله لهذه العناصر، ببيان ما يمكن أن يوجد من فوارق في الأحكام بين الضرر الأصلي والضرر المرتد سواء بالنسبة للحق المطلوب التعويض عنه أو في مجال تقادم الدعوى التي يرفعها أحدهما سواء على المسؤول أو شركة التأمين.

^(٥٠) فطبيعة دعوى المسؤولية قد تختلف باختلاف نوع الضرر المطلوب التعويض عنه بين مسئولية عقدية وأخرى تقصيرية.

^(٥١) كما هو الحال في الفرض الذي نعالجه بشأن خطأ المضرور كسبب من أسباب دفع المسؤولية.

^(٥٢) فرجوع المضرور بالارتداد على شركة التأمين يثير بدوره العديد من التساؤلات التي أتت كتابات الفقه خالية من تقديم إجابات محددة لها فمثلاً: هل يملك المضرور بالارتداد شأن المضرور الأصلي، دعوى مباشرة قبل المؤمن، وهل من حق هذا الأخير أن يحتج على الأول بكافة الدفوع التي كان بإمكانه أن يحتج بها على المضرور الأصلي كالدفع باستبعاد الضمان أو سقوطه أو وقف الضمان ... الخ وهي الأمور التي ننوي بحثها في أبحاث قادمة تتعلق بنفس المجال إن شاء الله.

^(٥٣) فالمدونات القضائية في مصر والامارات وسلطنة عُمان وغيرها من الدول العربية، تكشف عن أن المتقاضين أنفسهم يكتفون بطلب التعويض عن إجمال الأضرار دون تفرقة بين ما يسمى بالضرر الموروث الذي أصاب المتوفى وانتقل اليهم كعنصر من عناصر التركة ، وما يسمى بالضرر المرتد، الذي حل بهم شخصياً بسبب موت مورثهم، انظر على سبيل المثال لا الحصر الحكم الصادر عن المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية في الطعن رقم ١٣٣، س ٢٢، في ١٤ نوفمبر ٢٠٠٢م، ص ٢١٧٧، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والشرعية، ع ٤، ط ١، ٢٠٠٤م، وانظر أيضاً نفس المجموعة الحكم الصادر بجلسة ٣ يونيو ٢٠٠١م في الطعن رقم ٧٠٣، س ٢١ق، ع ٣، ٢٠٠٢م.

عند مباشرتها^(٥٤)، وسواء قبل المسؤول أو قبل المؤمن إن وجد، ويحدث ذلك، غالباً، في أحوال الوفاة الناتجة عن حادث، إذ تكون لرافع الدعوى، هنا، صفتان مختلفتان: صفته كوارث، وبها يطلب التعويض عن الضرر الموروث الذي انتقل إليه ضمن عناصر التركة، وصفته الشخصية، وبها يطلب التعويض عن الضرر الشخصي الذي انعكس عليه من واقعة الوفاة^(٥٥).

والنتيجة الطبيعية لكل ذلك أن نجد نقصاً واضحاً، في المدونات القضائية العربية، للأحكام التي تجسد هذه التفرقة في المعاملة بين المضرور الأصلي والمضرور بالارتداد من ناحية، وأن نجد، من ناحية أخرى، خلافاً وتردداً، من أعلى جهات القضاء، في المسألة التي تخصنا في هذا المجال، ونعني بها مسألة الاحتجاج على المضرور بالارتداد بالخطأ الصادر عن المضرور الأصلي.

والجدير بالذكر أن القضاء في معظم البلاد العربية في تعبيره عن هذا المبدأ لم يخص بالذكر المضرور بالارتداد بالذات، وإنما قرره بصيغة عامة في مقام رده على الدفع المبدئ من قبل المسؤول بخطأ المضرور^(٥٦)، حيث كان يُسوى في إعماله، ربما دون أن يدري، بين ما يُسمى بالمضرور الأصلي (الذي ساهم بخطئه في إحداث الضرر) وبين ما يسمى بالمضرور بالارتداد الذي لم يكن له أي دور فيما حل به من أضرار ويمكن أن نذكر مثلاً واضحاً على ذلك من القضاء الإماراتي، في قضية^(٥٧)

^(٥٤) ويمكن القول بأن أهم مظاهر الخلط بين الضررين الأصلي والمرتد أثناء مباشرة الدعوى يتمثل في تعميم الدفوع التي تُبدى من قبل المسؤول في الدعوى الشخصية، أو من قبل المؤمن في دعوى الرجوع، وكذلك في الردود عليها من قبل المضرور، فالدفوع وكذلك الردود عليها تُعرض بصورة عامة ليأتي حكم القضاء في نهاية المطاف خالي من أي مظهر للتفرقة بين الضرر الأصلي والضرر المرتد على النحو الذي نراه في القضاء الفرنسي مثلاً.

^(٥٥) محمد حسين منصور، المسؤولية عن حوادث السيارات والتأمين الإجباري منها، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٠م، ص ٣٠٨.

^(٥٦) لا سيما في مجال المسؤولية الشيعية التي شهدت مقالات نوعية كثيرة.

^(٥٧) انظر في ذلك الحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم (١٨٧)، ٢٧٦ لسنة ٢٢ ق، بجلسة ٢٤ أبريل ٢٠٠٢م، مجموعة الأحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا، دوائر المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، ع ٢، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م، ص ٩٧١.

تتحصل وقائعها في وفاة عامل بسبب سقوطه من على سقالة أثناء العمل، فطالب والداه وهم ورثته الوحيدون بالدية، وتعويض الوفاة المستحق طبقاً لقانون العمل (وهذا هو الضرر الأصلي)، مع تعويضهم عن تقويت فرصتهم في إنفاقه عليهم ورعايته لهم عند الكبر (وهذا هو الضرر المرتد)، وكان من بين الدفوع الكثيرة التي قُدمت من المسؤول (رب العمل) في هذه الدعوى الدفع بخطأ المضرور (الأصلي)، المتمثل في قيامه بحل رباط السقالات وهو واقف عليها خارج المبنى، حيث قامت المحكمة بالرد على هذا الدفع دون أن نلاحظ في حكمها أي وجه للتمييز، في إعمالها له، بين الضرر الأصلي، المتمثل في الدية وتعويض الوفاة، والضرر المرتد^(٥٨) المتمثل في فوات فرصة الإعالة والانفاق^(٥٩).

وإذا كان هذا هو واقع الحال في القضاء العربي عموماً، إلا أن ذلك لا يمنع من التقرير بوجود أحكام نادرة في القضاء المصري، تجرى تفرقة واضحة بين المضرور الأصلي والمضرور بالارتداد فيما يتعلق بأثر هذا الدفع، بعضها يقرر الاحتجاج على

^(٥٨) ومن الأحكام التي ورد فيها هذا التعميم، في الرد على دفع المسؤولية المدنية بخطأ المضرور، يمكن أن نشير كذلك إلى حكم الاتحادية العليا الإماراتية بتاريخ ١٥ أكتوبر ١٩٩٦م في الطعن رقم ٧٤ لسنة ١٨ ق، انظر جاسم الشامسي، التعويض عن وفاة العامل وفقاً لأحكام قانون العمل والتشريعات المنظمة للمسؤولية عن الفعل الضار والدية، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، ع ١١، أبريل ١٩٩٨م، ص ٢٠٠.

^(٥٩) ونؤكد هنا على أنه من الظلم تحميل القضاء وحدة المسؤولية عن هذا التعميم، بل والخلط في كثير من الأحيان، في الأحكام بين الضررين الأصلي والمرتد بخصوص المسألة محل البحث، إذ أن المتقاضين أنفسهم، كما أشرنا، لا يسلمون منه. ففي مقام اعتراض المدعون، على الحكم القاضي برفض دعواهم بطلب التعويض عن الضرر المرتد الذي أصابهم نتيجة إصابة نجلهم استناداً إلى نص المادة ٢/٢٩٣ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، قال الطاعنون إن لهم هذا الحق من باب أولى في حال إصابة نجلهم "طالما أن وفاة المضرور يترتب عليها أن ينتقل حقه في التعويض عن طريق الميراث إلى أقاربه من الورثة الشرعيين"، اتحادية عليا، الطعن رقم ٤١٥ لسنة ٢٢ ق، جلسة ٧ مايو ٢٠٠٢م، مجموعة الأحكام، السنة ٢٤، ٢٠٠٢م، ص ١١٣٨، وكأن الوفاة لا ينتج عنها سوى حق في الضرر الموروث فقط، في حين أن الوفاة قد ينجم عنها نوعين من الأضرار : الأولى "موروثة" يطالب بها الورثة وتوزع بينهما توزيع ميراث، والثانية "ضرر شخصي مرتد لا يطالب به إلا صاحبه ولا يوزع توزيع ميراث.

المضرور بالارتداد بخطأ المضرور الأصلي، كالحكم الصادر من محكمة استئناف مصر في ١٤ ديسمبر ١٩٣٩م^(٦٠)، الذي قضى بتخفيض قيمة التعويض الذي طالب به الأب نتيجة وفاة ابنه بسبب ما وقع من هذا الأخير من خطأ^(٦١)، وبعضها الآخر يمنع ذلك، كالحكم الصادر من الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الذي قررت فيه بأنه إذا كان بالإمكان الاحتجاج بالخطأ الصادر من المضرور على وراثته، فإنه ليس بالإمكان ذلك إذا تعلق الأمر بضرر شخصي تعرض له هؤلاء عقب وفاة هذا الأخير^(٦٢)، ويبدو أن هذا الحكم الأخير الذي لم نهتدى في حدود جهدنا إلى مثيل له في القضاء المصري، قد صدر متأثراً بحقبة التردد والخلاف التي سادت في القضاء الفرنسي قبل سنة ١٩٦٤م كما يكشف بذلك توقيت صدوره.

ويقرر الفقه المصري^(٦٣) أن الاحتجاج بخطأ المضرور الأصلي للانتقاص من التعويض المستحق للمضرور بالارتداد هو الحل الذي يتفق مع مبادئ القانون المصري تحديداً، ويناسب الظروف الاقتصادية للمجتمع خاصة في ضوء انعدام فاعلية التأمين من المسؤولية، وإذا كان هذا الحل قد يضر بمصلحة المضرور بالارتداد إلا أن انعكاساته ستكون محدودة في هذا الخصوص لما هو ملحوظ من تشدد القضاء في إثبات خطأ المضرور الأصلي، أو في تقرير قدر مساهمته في إحداث الضرر.

(٦٠) استئناف مصر، ١٤ ديسمبر ١٩٣٩، مجلة القانون والاقتصاد، س ١٣، ص ٢٣٦، تعليق الأستاذ الدكتور سليمان مرقس.

(٦١) ويؤيد الفقه المصري هذا النظر مشيراً إلى أنه إذا كان الاعتراض على ذلك بمبدأ استقلال وتميز الضرر المرتد عن الضرر الأصلي له وجاهته، إلا أنه يصطدم مع شعورنا بالعدالة إذ أنه لا ينبغي أن يكون المضرور بالارتداد في مركز أفضل من المضرور الأصلي، انظر في هذا المعنى: سليمان مرقس، بحوث وتعليقات على الأحكام، ١٩٨٧م، ص ٢٠٥.

(٦٢) انظر في هذا المعنى: نقض جنائي مصري جلسة ٩ أبريل ١٩٥٥، مجموعة أحكام النقض، الدوائر الجنائية، ١٩٥٥، السنة السادسة، ص ٧٩٥، رقم ٢٤٦.

(٦٣) ثروت عبد الحميد، الضرر المرتد الناشئ عن المساس بالحياة أو بالسلامة الجسدية، دار أم القرى للطبع والنشر بالمنصورة، بدون تاريخ، ص ٤٧.

المبحث الثاني

مبررات مبدأ الاحتجاج^(٦٤)

Les justifications de l'opposabilité

إذا كان الفقه والقضاء في فرنسا قد خلّصا، بعد جدل عنيف ونظر وتأمل إلى أن مركز المضرور بالارتداد يتأثر سلباً بخطأ المضرور الأصلي، وإذا كان القضاء المصري والإماراتي يُسلمان بهذا المبدأ منذ البداية، فإن التساؤل الذي يفرض نفسه هنا هو عن المبررات التي تقف خلف هذا المبدأ والحقيقة أن المبررات التي قيل بها في هذا الخصوص هي مبررات متعددة وبعضها مشتركاً بين أنصار الاحتجاج وخصومه مع إعطائها تفسيراً مغايراً، ويمكن ترتيب هذه المبررات، بحسب أقدمية ظهورها، إلى ثلاث مبررات أساسية، الأولى مستمدة من فكرة التضامن العائلي، والثانية تستند إلى قابلية أو عدم قابلية فكرة السببية للتجزئة، والثالثة تنكئ على تبعية الضرر المرتد للضرر الأصلي.

المطلب الأول

فكرة التضامن العائلي

La notion de la solidarité familiale

من أولى الأفكار التي قيل بها لتبرير الاحتجاج على المضرور بالارتداد بخطأ المضرور الأصلي هي فكرة التضامن العائلي، ومؤداها أن أفراد العائلة الواحدة يوجد بينهم رباط خاص مصدره علاقة القربى، يترتب عليه في الحياة، العديد من الآثار الاجتماعية والاقتصادية والقانونية. وإذا نحينا جانبا الآثار الاجتماعية والاقتصادية، ووقفنا، فقط، عند الآثار القانونية لوجدنا أن القانون يرتب على هذه الفكرة آثاراً غير منكورة بعضها إيجابي، كالحق في النفقة والميراث بين الأقارب، وبعضها سلبي كالالتزام الأب، انطلاقاً من سلطته الأبوية، بدفع التعويض للمتضرر من فعل ولده باعتباره متولياً لرقابته.

(٦٤) انظر: في دراسة انتقادية مفصلة لهذه المبررات رسالة المرحوم الدكتور/ حسن أبو النجا، سابق الإشارة إليها، ص ٢٢٥ وما بعدها.

ويقرب جانب من الفقه العربي هذه الفكرة من الأذهان بالقول بأنه إذا كان القانون قد منح أقارب المضرور الأصلي الحق في مطالبة المسؤول بتعويض الضرر المرتد الذي حل بهم نتيجة موته، فإن نفس المنطق يقتضي تحميلهم لتبعية الأضرار الصادرة عن المضرور الأصلي ذاته بحيث لا يلتزم المسؤول في مواجهتهم إلا بقدر مساهمته فقط في الضرر^(٦٥).

ويستخدم جانب من الفقه الفرنسي^(٦٦) نفس الفكرة في تبرير الاحتجاج على المضرور بالارتداد بخطأ المضرور الأصلي بالقول بأنه إذا كان القانون قد منح أقارب المضرور الأصلي الحق في مطالبة المسؤول بتعويض الضرر الموروث الذي انتقل اليهم ضمن عناصر التركة، والحق في مطالبة كذلك بالضرر الشخصي المرتد الذي حل بهم نتيجة موته، وهذه كلها آثار إيجابية للرباط العائلي القائم بينهم، فإن نفس المنطق يقتضي تحميلهم تبعية الخطأ الصادر منه، بحيث لا يلتزم الغير المسؤول، تجاههم، إلا بقدر مساهمته فقط وأفضل من عبر عن هذه الفكرة، واستخدمها كمبرر للاحتجاج بخطأ المضرور الأصلي على المضرور بالارتداد، هو العميد SAVATIE^(٦٧) بقوله: "إن منح أرملة المتوفى وأولادها دعوى تعويض شخصية ضد مرتكب الحادث هذا نابع من قوة علاقاتهم العائلية وهذا هو الأثر الإيجابي، وكون هذه

^(٦٥) راجع فهد بن حمدان راشد راشد، مرجع سابق، ص ٦٣.

^(٦٦) انظر على سبيل المثال في الفقه الفرنسي:

- Deschamps Laboyade : la responsabilité de la victime, thèse Bordeaux, I. 1977, P.292 et S.
- Meurisse : Les ayants cause agissant à titre personnel peuvent-ils se voir opposer la faute de la victime ? D. 1962, charon. P.93.
- Essmein, sa note sous Cass. Crim. 27 novembre 1956, J.C.P. 1957, II. N° 9854.

انظر نفس الفكرة في الفقه المصري: محسن البيه، مرجع سابق، ص ٢٠٦؛ حسن أبو النجا، ص ٢٢٦ وما بعدها.

^(٦٧) V. Savatier, La veuve et l'orphelin demandant raison à l'homme don't la faute a contribué à la mort de leur époux ou de leur père , peuvent-ils négliger la part de la faute de cet époux ou de ce père dans l'accident ?, D. 1964, Charon. P. 155. Voir, aussi, sa note sous Cas s. Crim. 27 novembre 1956, D. 1957, Jur. P.373.

الدعوى مقيدة بألا يكون المضرور قد تسبب، بخطئه، في الحادث الذي أودى بحياته، فهذا يؤكد نفس علاقات التضامن ولكن من زاوية سلبية^(٦٨) فتلك الفكرة ينبغي إعمالها بكل ما لها وما عليها، أي بكل مزاياها وعيوبها^(٦٩).

وعلى ذلك، ووفقاً لهذا التحليل، فعندما يشترك المضرور الأصلي بخطئه مع الغير في إحداث الضرر، فإن فكرة التضامن العائلي لا بد وأن تؤدي إلى استبعاد "الالتزام بالكل" الذي يُثقل عاتق المسؤولين المتعديين عن الضرر، وهو ما يُعنى أنها فكرة تسمح للغير المسؤول أن يحتج على أعضاء العائلة من المضرورين بضرر مرتد بالخطأ الصادر عن المضرور الأصلي^(٧٠) وأهم ما يأخذه الفقه على هذه الفكرة هي أنها، بفرض صحتها من الناحية القانونية، لا تناسب سوى الفرض الذي يرتبط فيه المضرور بالارتداد برباط عائلي مع المضرور الأصلي. وهذا الفرض، وإن كان هو الفرض الغالب، إلا أنه ليس الفرض الوحيد. فالشخص يكون مضروراً بالارتداد إما لأنه قريب للمضرور الأصلي أو لوجود علاقة عمل أو رابطة مالية تجعله يتضرر بمناسبة تضرر المضرور الأصلي^(٧١)، هذا فضلاً عن أنها فكرة أخلاقية بيولوجية وليست فكرة قانونية^(٧٢).

^(٦٨) وهو المعنى التي تضمنته العبارة التالية:

"Accorder à la veuve et aux enfants de la victime d'un accident mortel, une action personnelle en dommages-intérêts, contre le coauteur de cet accident c'est affirmer, sous l'angle actif, la force de leur liens de famille. Limiter cette action quand la victime a contribué elle-même, par sa faute, à causer sa mort, c'est affirmer les mêmes liens sous leur angle passif. Les deux affirmations sont solidarités".

^(٦٩) V. (J) Fossereau, L'incidence de la faute de la victime sur le droit à réparation de ses ayants cause agissant à titre personnel, Revu. Trim. Dr. Civ. 1963, p. 23. N° 23.

^(٧٠) حسن أبو النجا، رسالته سابق الإشارة إليها، ص ٢٢٦.

^(٧١) محسن البيه، ص ٢٠٦؛ حسن أبو النجا، ص ٢٢٩.

^(٧٢) V. (J), Fossereau, préc. P. 25, N°25.

المطلب الثاني

مفهوم الالتزام بالكل وعدم مسؤولية المضرور

الأصلي تجاه المضرور بالارتداد

من المستقر عليه أنه عند تعدد الفاعلين لضرر واحد، فإن كل فاعل يكون مسؤولاً، في مواجهة المضرور بكل التعويض^(٧٣) ووفقاً لرأى أغلبية الفقه فإن هذا

(٧٣) على خلاف بين التشريعات والأنظمة المختلفة حول وصف هذا الالتزام أو تكييفه، وهل هو تضامن أو تضام (انظر تفصيلاً في هذا الموضوع المرحوم الأستاذ الدكتور جلال إبراهيم، الرجوع بين المسؤولين المتعددين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والكويتي والقانون الفرنسي، الكويت ١٩٩٢ - ١٩٩٣م، ص ١٩ وما بعدها)، وكذلك حول سببه أو أساسه القانوني، أي هل يلتزم كل فاعل على هذا النحو لأنه أحدث، بفعله، الضرر كله، فأصبح مدينا شخصياً بتعويضه كله، أم لأنه مدينا شخصياً فقط بالجزء الذي أحدثه وضامناً، لغيره، في الباقي؟ اختلف الرأي اختلافاً حاداً في الإجابة على هذا السؤال. ويرتبط هذا الخلاف بخلاف آخر حول مدى قابلية أو عدم قابلية علاقة السببية للانقسام. فمن قالوا بعدم قابلية علاقة السببية للانقسام، قالوا بأن كل فاعل من الفاعلين المتعددين ملتزم شخصياً بكل التعويض لأنه بفعله قد أحدث كل الضرر، ولا يتصور إلا أن يكون كذلك، طالما أنه بدون خطئه لا تكون لأخطاء الآخرين أي تأثير في إحداث الضرر، وهؤلاء هم أنصار نظرية السببية الكلية، ويرتب هؤلاء على نظريتهم نتائج كثيرة يهمنها من بينها أنه في حالة تعدد أسباب الضرر، فإن كل فاعل يكون مسؤولاً شخصياً عن الوفاء بكل التعويض تجاه المضرور، وإذا وفى فانه يكون موفياً بدينه الشخصي، ومن ثم فليس له الرجوع على أحد، وإذا تقرر له هذا الرجوع فهو يمارسه استناداً إلى قواعد العدالة وليس إلى قواعد الحلول. ولذلك فهو ملتزم بالكل حتى ولو كان من المستحيل عليه لسبب أو لآخر الحلول محل المضرور في رجوعه على غيره من الفاعلين، بل إن التزامه بالكل غير مرتبط بإمكانية أو عدم إمكانية الرجوع على أي من هؤلاء بأي وسيلة كانت، وكل ذلك لأنه إنما وفى بدين شخصي تتشغل به ذمته هو وليس ذمة الآخرين. أما من قالوا بقابلية علاقة السببية للانقسام، فقد انتهوا إلى أنه عند تعدد أسباب الضرر فلا يُسأل كل فاعل إلا عن تعويض الجزء الذي تسبب فيه فقط، لأنه لم يحدث بفعله إلا هذا الجزء، وهؤلاء هم أنصار نظرية السببية الجزئية. والنتيجة المنطقية لذلك هي وجوب تقسيم دين التعويض بين الفاعلين المتعددين كل بقدر حصته في أحداث الضرر. ولكن لما كان من شأن هذه النتيجة أن تضر بالمضرور، فقد استقر الرأي على بقاء كل واحد من هؤلاء مسؤولاً، شخصياً عن الوفاء للمضرور بالجزء من التعويض الذي يقابل ما أحدثه من الضرر، ومسؤول بصفته ضامناً بتعويض ما تسبب فيه غيره من الفاعلين، والنتيجة

الالتزام هو نظام مقرر لمحض مصلحة المضرور، لتجنيبه مشقة تعدد المطالبة بتعدد المسؤولين من ناحية، وعدم تعرضه لمخاطر إفسار أحدهم من ناحية أخرى^(٧٤)؛ فالالتزام بالكل، إذن، هو "مجرد ضمان" للمضرور في حصوله على حقه، فكل فاعل ملزم شخصياً بتعويض ما أحدثه بفعله، وملزم في نفس الوقت بضمان ما حدث بفعل الآخرين وذلك يعنى أحقية المسؤول الموفي في الحلول محل المضرور في الرجوع على غيره من المسؤولين، أو ورثتهم، لاسترداد ما أداه عنهم. وهو ما يفترض أن للمضرور دعوى قبل هؤلاء، فإذا إنعدم هذا الشرط فلا يمكن الحديث عن الالتزام بالكل. والخلاصة أن "الالتزام بالكل" يفترض تعدد المسؤولين، وأن يكون للمضرور دعوى قبل كل واحد منهم، فهل ينطبق ذلك على الفرض الذي يشترك فيه المضرور الأصلي بخطئه مع شخص من الغير في إحداث الضرر الذي حل به؟ الواقع أنه إذا اعتبرنا المضرور فاعلاً للضرر الذي أصابه بجانب المدعى عليه لكننا بصدد تعدد للفاعلين وكان من الطبيعي، وفقاً لمنطق الالتزام بالكل^(٧٥) أو منطق الالتزام التضامني^(٧٦) أن نحرّم الغير المسؤول من التخلص، ولو جزئياً، من المسؤولية استناداً إلى خطأ المضرور^(٧٧)، وهو ما يعنى، في عبارته أخرى، حرمانه من الاحتجاج على هذا الأخير بالخطأ الصادر عنه، ولكن ومن حيث أن الالتزام بالكل أو الالتزام التضامني ليس غاية في حد ذاته، وإنما هو مجرد ضمان للمضرور كما ذكرنا، فإن من حق الموفي من الفاعلين أن يرجع على غيره في حدود ما وفاه عنه، ونظراً لأن أعمال هذا المنطق،

المنطقية لذلك أن الالتزام بالكل وفقاً لأنصار نظرية السببية الجزئية، يرتبط بإمكانية حلول الموفي محل المضرور في رجوعه على غيره من الفاعلين، وهو ما يُحتم أن يكون لهذا الأخير دعوى قبل كل واحد من هؤلاء (انظر تفصيلاً جلال إبراهيم، ص ٤٥ وما بعدها).

(٧٤) حسن أبو النجا، ص ٢٣٩.

(٧٥) وهى تسمية القضاء الفرنسي obligation in solidum

(٧٦) وهو التكييف الذي اعتمدته التقنين المدني المصري القديم في مادتيه (١٥٠ / ٢١١)، والتقنين المدني المصري الجديد في مادته ١٦٩.

(٧٧) تنص المادة ١٦٩ مدني مصري على أنه: "إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر ..."، ومن المعروف أن الالتزام بالكل هو الأثر الرئيسي من آثار الالتزام التضامني.

في فرضنا هذا^(٧٨) سيؤدي إلى تعقيد الأمور، فبجانب عدم معقولية القول بوجود دعوى للمضرور تجاه نفسه يحل فيها المسؤول محله، سيجد المضرور نفسه مطالباً، في دعوى الرجوع برد ما أخذه من الغير المسؤول زائداً عما تسبب فيه الأخير من ضرر، والذي يجنبنا كل هذه الآثار هو السماح للمسئول ومنذ البداية، بالاحتجاج على المضرور بالخطأ الصادر عنه^(٧٩) وفي عملية تشبه عملية المقاصة يقوم القاضي بإنقاص التعويض المستحق للمضرور بقدر مساهمة الأخير في الضرر وينتهي الأمر عند هذا الحد. وإذا كان القضاء، كما رأينا، قد مد العمل بنفس المبدأ أي مبدأ الاحتجاج بخطأ المضرور الأصلي في إطار الدعوى التي يرفعها المضرور بالارتداد على المسؤول، فإن ذلك لم يكن بالأمر اليسير. ومصدر الصعوبة في هذه الحالة أن رافع الدعوى هذه المرة، ليس هو المضرور المخطئ وإنما هو شخص من الغير أصيب بضرر مرتد بما يعنى أننا أمام تعدد حقيقي للمسؤولين ويُسهل في الوقت ذاته القول بالتزام أي منهم (المسئول، والمضرور الأصلي) بكل التعويض في مواجهة رافع الدعوى^(٨٠) (المضرور بالارتداد).

ولكن يبقى أن المسؤول عندما يلتزم بالكل في مواجهة المضرور بالارتداد، فهو يلتزم على هذا النحو بصفته مديناً أصلياً في حدود حصته، وضامناً في حدود حصة المضرور الأصلي، بما يعنى أن من حقه الرجوع على هذا الأخير لاقتضاء ما وفاه

(٧٨) أي في الفرض الذي يشترك فيه المضرور مع الغير المسؤول في إحداث الضرر المطلوب تعويضه.

(٧٩) وقد تعددت المحاولات التي قال بها الفقه لتبرير مبدأ الاعفاء الجزئي للمسئول في حالة خطأ المضرور. فمن قائل بأن المسؤول يعتبر مسئولاً تجاه نفسه، ومن ثم يتعين تحميله بجزء من التعويض مقابل خطئه،

V. Josseland, la responsabilité envers soi-même, D. H. 1934, Charon. P. 73 - Larroumet, note sous Cass.Ass. plén. 19 juin. 1981, J.C.P. 1982, II. 19712, D. 1981, P. 159.

إلى قائل بأن إنقاص التعويض ما هو إلا نوع من العقوبة الخاصة على مسلك المضرور الخاطئ،

V. PUIILL, La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile, J.C.P. 1970, I. 2339, N° 57, Gravité ou causalité de la faute de la victime en responsabilité civile, D. 1984, Caron. P. 58.

إلى قائل بأن فكرة العدالة تأبى تحميل المسؤول بجزء من تعويض ضرر ليس مسئولاً عنه.

(80) V. Fossereau, article préc. P. 16 N° 12.

عنه حالاً، في ذلك، محل الموفى له وهو المضرور بالارتداد، وهو ما يقتضي التسليم بأن لهذا الأخير دعوى يحل المسؤول فيها محله عند رجوعه على المضرور الأصلي، وهو ما يستوجب أن يكون المضرور الأصلي مسؤولاً قبل المضرور بالارتداد.

فهل الأمر كذلك فعلاً؟

ذهب البعض^(٨١) إلى عدم تصور قيام هذا النوع من المسؤولية، وبالتالي عدم تصور أن يكون المضرور الأصلي مسؤولاً تجاه المضرور بالارتداد، إذ أن ذلك يقودنا إلى اعتبار المضرور الأصلي مسؤولاً عن واقعة موته أو إصابته^(٨٢)، ورتبوا على ذلك أن الغير المسؤول في هذا الفرض لا يكون مسؤولاً إلا مسؤولية جزئية تتناسب مع ما تسبب فيه من ضرر، وهو ما يعنى أحقيته في الاحتجاج على المضرور بالارتداد بالخطأ الصادر عن المضرور الأصلي والقول بغير ذلك معناه أننا نلزمه، ببساطة، بدفع أكثر مما يجب عليه دفعه، وبتعويض كلى لضرر ليس مسؤولاً إلا عن جزء منه فقط، وينقلب الالتزام بالكل من ضمانات للمضرور إلى ظلم بين للمسئول^(٨٣).

وتجدر الإشارة، من ناحية أولى، إلى أن واقع القضاء الفرنسي يشير إلى تردد كبير في استناده إلى هذه الحجة لاستبعاد الالتزام بالكل عند تعدد المسؤولين. فمن الأحكام التي أيدت هذه الوجهة من النظر يمكن أن نشير إلى القضية الشهيرة المعروفة بقضية Pilastre^(٨٤) والذي قررت فيها محكمة النقض أن: "المبدأ القاضي بإلزام كل مسئول بتعويض كل الضرر بالتضام مع غيره، يفترض أن المضرور يملك تجاه كل مسئول من المسؤولين المساهمين في إحداث الضرر دعوى تتيح لمن وفى منهم، بكل

(81) V. Josserand, article préc.P. 73- Larroumet, note préc.

(٨٢) انظر في المبررات التي تُقدم لعدم مسؤولية المضرور الأصلي اتجاه أقاربه حسن أبو النجا رسالته سابق الإشارة إليها، ص ٢٣٢ وما بعدها.

(83) V. Bore, le recours entre coobligés in solidum, J.C.P. 1967, I. 2126.

(84) V. Cass. Civ. 2ème ch. Civ. J.C.P. 1962, II. 12728, Note Esmein.

وانظر في نفس المعنى كذلك:

Cass. Civ. 21 décembre 1965, J.C.P. 1966, II. 14736, obs. N. Déjean de la Batie, Cass. Civ. 20 mai 1966, J.C.P. 1966, bull. Civ. 1966, II., N° 657 et 721, Cass. Civ. 7 juin. 1968, Bull. Civ. 1968, II. N° 165.

التعويض للمضرور أن يحل محله في الرجوع على من تم الوفاء عنهم بقيمة حصته في الدين المشترك بينهم^(٨٥).

ومن الأحكام التي أبقت على الالتزام بالكل رغم عدم وجود دعوى للمضرور قبل الفاعلين الآخرين الحكم الصادر في قضية جوفير^(٨٦) والذي ورد فيه أنه: "في حالة تعدد المسؤولين فإن كل مساهم في إحداث الضرر يتعين إلزامه، تجاه المضرور، بضمان التعويض الكامل دون أن يكون بإمكانه أن يحتج بفرص واحتمالات رجوعه على غيره من المسؤولين"^(٨٧).

ومن ناحية ثانية فإن هذا التحليل ينطوي كما يرى البعض^(٨٨) على مصادرة على المطلوب فالالتزام بالكل لا يوجد، في نظره؛ لأن هناك دعوى رجوع يملكها كل مسؤول تجاه الآخر، وإنما دعوى الرجوع هي التي يرتبط وجودها بوجود الالتزام بالكل بعبارة أخرى، دعوى الرجوع ليست هي سبب الالتزام بالكل وإنما الالتزام بالكل هو سبب دعوى الرجوع فهذه الأخيرة ليست سوى أثر للأول وليست أساساً له.

(٨٥) وهو المعنى الذي عبرت عنه المحكمة بالصيغة التالية:

"Le principe suivant lequel chacun des responsables d'un même dommage doit être condamné, in solidum, à le réparer, postule que la partie lésée dispose, indifféremment contre l'un ou l'autre de ses codébiteurs d'une action permettant, .. À celui qui aura payé le tout, de répéter, contre celui ou ceux qui étaient tenus avec lui au paiement, le part de chacun d'eux dans la dette commun".

(86) V. Cass. Civ. 2 Juill. 1969, J.C.P. 1971, II. 16582, Revu. Trim. Dr. Civ. 1970, p. 177, obs. DURRY.

(87) " Dans le cas de concours de responsabilité, chacun des responsables d'un dommage ayant concouru à le causer en entiere doit être condamné, envers la victime, à en assurer l'entière réparation, sans qu'il y ait lieu d'envisager l'éventualité d'un recours à l'égard d'un autre coauteur".

(٨٨) حسن أبو النجا، رسالته بالفرنسية، سابق الإشارة إليها، ص ٢٤٩ والمراجع المشار إليها فيه.

المطلب الثالث

استبعاد الضمان وقابلية علاقة السببية للانقسام

كأساس للالتزام بالكل

أولاً - استبعاد الضمان:

ذكرنا أن الالتزام بالكل لم يتقرر إلا ضماناً لحصول المضرور على حقه الكامل في التعويض، وذلك بتمكينه من الرجوع على الفاعلين المتعددين مجتمعين أو منفردين، دون أن يكون بإمكان من أختاره من بينهم أن يدفع بالتقسيم أو التجريد. ويرى جانب من الفقه أن هذه الضمانة الكبرى "الالتزام بالكل" يجب أن تُستبعد في كل مرة يثبت فيها عدم استحقاق المضرور للعمل بموجبها. ويتحقق ذلك بصفة الخاصة عندما يكون المضرور هو نفسه قد ساهم بخطئه أو فعله غير المألوف في إحداث الضرر المطلوب تعويضه، والجدير بالذكر أنه في كل مرة يُستبعد فيها الالتزام بالكل فإن ذلك يكون، حتماً لصالح تقسيم المسؤولية، أي لصالح فكرة الاحتجاج على المضرور بالخطأ الصادر عنه، وهو ما يؤدي في نهاية المطاف إلى عدم تحقق مسئولية الغير إلا بصفة جزئية^(٨٩).

ومع وجاهة هذه الحجة إلا أننا نرى أنها وإن كانت تصلح للتمسك بها في مواجهة المضرور الأصلي فإنها غير صالحة للتحدي بها في مواجهة المضرور بالارتداد، ذلك أن هذا الأخير، في الفرض الذي نعالجه لم يرتكب ثمة خطأ يمكن أن نبني عليه عدم استحقاقه للحماية التي يوفرها الالتزام بالكل، ولا يمكن بالتالي على فرض صحة هذه الحجة أن نُجازيه بفعل غيره، وهو المضرور الأصلي.

ثانياً - قابلية علاقة السببية للانقسام:

يرى جانب من الفقه^(٩٠) أن مبرر الاحتجاج على المضرور بالارتداد بخطأ المضرور الأصلي لا يكمن في أي من المبررات السابقة، وإنما في قابلية علاقة السببية للانقسام، فخطأ المضرور الأصلي بجانب خطأ الغير المسؤول قد أحدث توزيعاً سببياً

(٨٩) انظر في عرض هذه الوجهة من النظر:

Boré, note préc. J.C.P. 1972, II. 17086.

(٩٠) انظر في عرض هذه الوجهة من النظر حسن أبو النجا، ص ٢٤٢ وما بعدها.

للمسؤولية، وبالتالي فمن الطبيعي أن يتحمل كل فاعل منهما قدر حصته في التعويض المطلوب.

ويأخذ بعض الفقه^(٩١) على هذه الحجة أنها تنطوي على خلط واضح بين قيام مسؤولية كل مسؤول، وتوزيع عبء هذه المسؤولية، فقيام مسؤولية كل فاعل تستند إلى وجود علاقة سببية موحدة Lien causal unique بين الأفعال التي حدثت وبين الضرر الذي نجم عنها، وفي هذه المرحلة لا ينبغي البحث في درجة فاعلية كل سبب على حده في إحداث الضرر، بل يُعطى المضرور حقه كاملاً من أي مسؤول من بينهم دون أي اعتبار لمسألة قابليته علاقة السببية للانقسام من عدمه. أما مسألة توزيع عبء هذه المسؤولية فهي مسألة لا تتعلق إلا بالاشتراك النهائي في عبء التعويض بين المسؤولين المتعددين دون أي أثر لها على حق المضرور، وهنا لا بد للقاضي، عدالة، أن يبحث في الدور السببي لكل عامل لتحديد حصة كل فاعل بحسب مدى فاعليته في إحداث الضرر.

والخلاصة أن قابلية علاقة السببية للانقسام وحدها لا تصلح مبرراً للاحتجاج على المضرور بالارتداد بخطأ المضرور الأصلي، فالأول من حقه، حتى في ظل نظرية السببية الجزئية، أن يحصل من المسؤول على التعويض الكامل، فتلك هي الضمانة التي يُقدمها الالتزام بالكل للمضرور، ليكون من حق المسؤول الموفي بعد ذلك، أن يعود على غيره من المسؤولين وفقاً لدور خطأ كل منهم في إحداث الضرر.

(٩١) انظر:

CHABAS, Remarques sur l'obligation in solidum, Rev. Trim. Dr. civ. P.310 et S.

المطلب الثالث

رأينا الخاص

”وحدة المصدر بين الضررين هي أساس فكرة الاحتجاج“

إن انقسام الرأي فقها وقضاء كما قدمنا حول مختلف الحلول التي قُدمت لمشكلات تعويض الضرر المرتد، لا سيما تلك المشكلة التي نحن بصددتها، يرجع، في تصورنا، إلى تطرف كل فريق في نظريته إلى علاقة الضرر المرتد بالضرر الأصلي. فمن نظروا إلى الضرر المرتد على أنه ضرر مستقل تماماً عن الضرر الأصلي، قالوا بوجوب إخضاعه لأحكام قانونية متميزة عن تلك التي تحكم تعويض هذا الأخير، سواء من حيث طبيعة دعوى التعويض أو استبعاد الضمان أو القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة أو اتفاقات المسؤولية أو التصالح، وأخيراً، وهذا ما يهمنا من حيث مدى جواز احتجاج المسؤول بخطأ المضرور الأصلي على المضرور بالارتداد، وبالمقابل فإن من نظروا إلى الضرر المرتد على أنه ضرر تابع للضرر الأصلي في وجوده وظروف حدوثه قالوا بوجوب إخضاعه لكل ما يخضع له الضرر الأصلي من أحكام في كل المجالات السابقة.

والحقيقة وسط بين هذين الرأيين المتطرفين حقاً؛ إن الضرر المرتد هو ضرر مستقل عن الضرر الأصلي من حيث موضوعه، باعتبار أن كل منهما ينتج عن المساس بحق مختلف ومتميز عن الآخر، ومن حيث شخص المضرور، باعتبار أن المضرور بالارتداد هو من الغير عن علاقة المسؤول بالمضرور الأصلي، بل وأحياناً من حيث كيفية وزمان ومكان حدوث كل منهما غير أن كل ذلك لا ينفي ما بينهما من صلة آتية من وحدة الفعل المسبب لهما من ناحية، ومن طبيعة العلاقة القائمة بين المضرور الأصلي والمضرور بالارتداد من ناحية ثانية؛ تلك العلاقة التي جعلت المضرور بالارتداد يتضرر من واقعة وفاة أو إصابة المضرور الأصلي، فإذا تحددت نظرتنا إلى الضرر المرتد على هذا النحو المرن غير المتطرف لاستطعنا تفهم العديد من الأحكام التي قررها القضاء بخصوص الضرر المرتد.

فبالنظر إلى أن كل من الضررين ينتج عن المساس بحق مختلف ومتميز عن الآخر، وجدنا القضاء يقرر أن تصالح المضرور الأصلي مع المسؤول أو تنازله عن

دعواه قبله^(٩٢) أو صدور حكم لصالحه، لا يُحتج به على المضرور بالارتداد، ولكن ومن حيث أن المضرور بالارتداد هو شخص من الغير بالنسبة لعلاقة المسؤول ومؤمنه إن وجد، بالمضرور الأصلي، فطبيعي أن تكون لذلك انعكاسات واضحة على طبيعة دعوى التعويض التي يملكها كل منهما، وعلى اتفاقات استبعاد الضمان، وأخيراً فإن احتمال تأخر الضرر المرتد عن الضرر الأصلي في توقيت ومكان حدوثه قد يؤدي إلى التأثير في أحكام التقادم، وفي الاختصاص القضائي، والقانون الواجب التطبيق على دعوى التعويض المقامة من المضرور بالارتداد^(٩٣).

وبالمقابل، وإتباعاً للمنطق العكسي، يمكن القول إن نشوء الضررين من ذات الفعل الضار، منظوراً إليه في نفس الظروف التي حدث فيها^(٩٤)، يمكن أن يُعد مبرراً قوياً لاحتجاج المسؤول على المضرور، أصلياً أو بطريق الارتداد، بكل الظروف التي لا يستحدث الفاعل الضار، لا سيما ظرف اشتراك هذا الأخير، بفعله، في إحداث الضرر، طالما أن كل من الضررين لم ينشأ، بالفرض، إلا عن هذا الفعل، في نفس هذه الظروف. والقول بغير ذلك معناه تفضيل المضرور بالارتداد، دون مبرر، على المضرور الأصلي من ناحية^(٩٥)، وتعويض لضرر دون مراعاة الظروف التي تحقق من ناحية ثانية.

وهذه نتيجة لا يمكن قبولها، خاصة إذا سلمنا بحق الغير المسؤول في الرجوع بما وفاه للمضرور بالارتداد، على المضرور الأصلي، إذا كان حياً أو على ورثته حال وفاته. فالرجوع على المضرور الأصلي يبدو ظالماً في هذا الفرض، ليس فقط لأنه

^(٩٢) الضرر المرتد ينشئ للشخص حق أصيل يستمده مباشرة من القانون، ولذلك فإذا "تنازل الوالد عما ثبت له قانوناً من الحق في التعويض، فإن هذا التنازل لا يؤثر في حق الورثة المستمد مباشرة من القانون والذي لا يملك التنازل عنه قبل وجوده، إذ حقهم لا يولد إلا من تاريخ موته هو"، راجع نقض مدني مسرى ٢٨ مايو ١٩٣٤م، مجموعة أحكام النقض في ٢٥ عاماً، ص ١٣٠١.

^(٩٣) وهذه كلها أحكام تتطلب بحثاً مستفيضاً مستقبلاً بإذن الله تعالى.

^(٩٤) " La demande de la victime procède du même fait originaire considéré dans toutes ses circonstances" V. MEURISSE, Les ayants cause agissant à titre personnel peuvent-ils se voir opposer la faute de la victime ?. D. 1962, Charon. P. 93.

^(٩٥) V. Aydalot, sa note préc. D. 1964, P. 734, Meurisse, article préc. P. 94, Besson, La faute de la victime est-elle opposable à ses ayants cause agissant à titre personnel ? L'Assurance mutuelle, 1963, p. 131 et s.

يجعل المضرور بالارتداد وقد تلقى تعويضاً كاملاً مميزاً عن المضرور الأصلي، وإنما أيضاً لأن المضرور الأصلي وقد حصل على تعويض أقل، نتيجة الاحتجاج عليه بخطئه، سيتضاعف ظلمه لأنه سيلزم برد الجزء الذي وفاه عنه المسؤول للمضرور بالارتداد^(٩٦).

وخلاصة ما تقدم أن الاحتجاج على المضرور بالارتداد بخطأ المضرور الأصلي لا يرجع إلى فكرة التضامن العائلي، ولا إلى عدم مسؤولية المضرور الأصلي تجاه المضرور بالارتداد، ولا إلى استبعاد فكرة الضمان التي هي أساس الالتزام بالكل، ولا إلى قابلية علاقة السببية للتجزئة، وإنما يرجع في نظرنا إلى ارتباط وحدة المنشأ بالنسبة للضررين الأصلي والمرتد. وقد أشارت محكمة النقض الفرنسية كثيراً إلى هذا الارتباط كمبرر للاحتجاج على المضرور بالارتداد بخطأ المضرور الأصلي، بدءاً من حكمها الصادر في ١٤ ديسمبر ١٩٣٨م^(٩٧)، ومروراً بالحكم الشهير الصادر عن جمعيتها العمومية في ١٩ يونيو ١٩٨٢م^(٩٨)، والتي أرست فيه مبدأ الاحتجاج، وانتهاءً بحكمها الهام الصادر في ٢٨ أكتوبر ٢٠٠٣م^(٩٩).

^(٩٦) انظر في عرض هذه الوجهة من النظر المرحوم الدكتور حسن أبو النجا، رسالته سالف الإشارة إليها، ص ٢٦٣.

^(٩٧) V. Cass. Crim. 14 décembre 1938, D.S. 1938, I. P. 233.

وقد قرر الاستاذ HOUIN في تعليقه على هذا الحكم أن: "شروط تعويض الضرر المرتد تتوقف في جانب كبير منها على تعويض الضرر الأصلي، نظراً لما بينهما من ارتباط وثيق، باعتبار أن الضرر المرتد ليس إلا انعكاساً للضرر الأصلي".

^(٩٨) " Si l'action du victime par ricochet-est distincte par son objet de celle que le victime a pu exercer, elle n'en procède pas moins du même fait originaire considéré dans toutes ses circonstances ". Cass. Ass. Plén. 19 juin 1981, D. 1982, Jur. P. 85, concl. CABANNES, note CHABAS, Revu. Trim. Dr. Civ. 1981, p. 857, obs. DURRY, J.C.P. 1982, II. N° 19712, Rapp. POSARD.

^(٩٩) " S'agissant du préjudice moral subi par les victime par ricochet, qui est en relation directe avec le fait dommageable et qui trouve sa source dans le dommage cause à la victime, ..." V. Cass. Civ. 28 Oct. 2003 D. 2004, Jur. P. 233 note Philippe Delebecque préc.

الخاتمة

ها نحن قد وصلنا إلى نهاية المطاف بشأن بحث أضيق مما اتجه إليه قصدنا، فقد اتجهنا في البداية إلى بحث موضوع "مشكلات تعويض الضرر المرتد" في عمومته، وشرعنا في تجميع ودراسة بعض ما كُتب حوله، إلا أنني أدركت أن الموضوع قد أصبح يجاوز الحدود المسموح بها للنشر في المجالات العلمية المتخصصة، ذلك أن مشكلات تعويض الضرر المرتد متعددة ومتنوعة تبدأ من وجود الحق في التعويض للمضروب بالارتداد وتنتهي بمدى جواز الاحتجاج عليه بالخطأ الصادر عن المضروب الأصلي، ومروراً بمشكلة الاحتجاج عليه بالعقد المبرم بين المضروب الأصلي والمسؤول، والتقادم واستبعاد الضمان وسقوطه. فعقدت العزم على تخصيص بحث أو مقال خاص لكل مشكلة من هذه المشكلات، فخصصت البحث المائل لمشكلة "مدى جواز الاحتجاج على المضروب بالارتداد بالخطأ الصادر عن المضروب الأصلي فبجهد المقل، وصبر الراغب، اكتشفت أن المشكلة محل البحث وهي "مدى جواز الاحتجاج على المضروب بالارتداد بالخطأ الصادر عن المضروب الأصلي" هي من أكبر المشكلات التي واجهها القضاء في دعاوى التعويض الذي يقيمها المضربون بالارتداد.

وبعد استعراض مراحل التطور الذي مر بها القضاء الفرنسي بخصوص هذه المشكلة انتهينا إلى أن الرأي قد استقر بعد جدل قضائي فقهي طويل، على وجوب الاحتجاج على المضروب بالارتداد بخطأ المضروب الأصلي، بما يعنيه ذلك من إنقاص التعويض المستحق للأول، بنسبة مساهمة الثاني بخطئه في إحداث الضرر، وأشرنا إلى تشدد القضاء الفرنسي في التسليم بخطأ المضروب الأصلي، لا سيما بعد صدور قانون الخامس من يوليو ١٩٨٥م الخاص بحوادث السير.

وفيما يلي نوجز أهم النتائج والتوصيات التي أسفرت عنها الدراسة:

(١) أن الضرر المرتد وإن كان ضرراً مستقلاً عن الضرر الأصلي من حيث محله، باعتباره ينشأ من المساس بحق أو مصلحة مشروعة تخص المضروب بالارتداد، تختلف عن الحق أو المصلحة التي تخص المضروب الأصلي، إلا أنه ضرر مرتبط أيضاً مع الضرر الأصلي بروابط لا يمكن تخطيها أو غض الطرف عنها أخصها "وحدة الواقعة

المسببة لهما" من ناحية وجود رابطة قانونية وعائلية خاصة بينهما تجعل المضرور بالارتداد يتأثر حتماً بالضرر الذي أصاب ما يسمى بالمضرور الأصلي.

(٢) لقد كان لهذا الارتباط أبلغ الأثر في تقرير العديد من الحلول التي انتهت إليها القضاء، لا سيما عند بحثه في أسباب دفع المسؤولية في مواجهة المضرور بالارتداد، وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بمدى تأثير الخطأ الصادر من المضرور الأصلي على حق الأخير في التعويض. فنظراً لأن كلا الضررين ينشآن من نفس الواقعة منظوراً إليها في نفس الظروف التي حدثت فيها، فلا يُعقل أن يكون المضرور بالارتداد أفضل حالاً من المضرور الأصلي، ولذلك رأينا القضاء ومعه الرأي الراجح في الفقه قد استقر بعد جدل طويل على الاحتجاج على المضرور بالارتداد بالخطأ الصادر عن المضرور الأصلي، وهو ما يعني بعبارة أخرى وجوب إنقاص التعويض المقرر للمضرور بالارتداد بقدر الخطأ الذي وقع من المضرور الأصلي.

(٣) حاصل ما انتهى إليه القضاء الفرنسي في مشواره الطويل هو عدم الاعتماد بخطأ المضرور كسبب لدفع أو إنقاص المسؤولية؛ إلا إذا كان هذا الغلط غير مغتفر أو عمدياً أو يشكل السبب الوحيد للحادث.

التوصيات:

وفي ضوء هذه النتائج نوصي بالآتي:

(١) ضرورة تدخل المشرع بنص صريح يقنن به حاصل ما استقر عليه القضاء الفرنسي في رحلته الطويلة بشأن الاحتجاج على المضرور بالارتداد بالخطأ الصادر عن المضرور الأصلي.

(٢) ضرورة تدخل المشرع بنص صريح يقرر عدم الاحتجاج على المضرور بالخطأ الصادر منه؛ إلا إذا كان هذا الخطأ غير مغتفر بأن كان خطأً عمدياً أو يكشف عن إهمال جسيم أو عدم مبالاة بالمخاطر التي يمكن أن تحيط به.

المراجع

أولاً- مراجع باللغة العربية:

(١) المراجع العامة:

١. أنور سلطان: النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، دار المعارف، ١٩٦٥م.
٢. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٧٦م.
٣. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية الحق، مطبعة دار نشر الثقافة، بدون تاريخ.
٤. نظرية العقد والارادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامي، ١٩٨٤م، بدون ناشر.
٥. عبد الناصر توفيق العطار: مصادر الالتزام الارادية، في قانون المعاملات المدنية الاماراتي، مطبوعات جامعة الامارات، ١٩٩٧م.
٦. مصطفى الجمال: الوسيط في التأمين الخاص، وفقاً لأحكام قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مطبوعات جامعة الإمارات، الطبعة الأولى، ١٩٩٧ - ١٩٩٨م.

(٢) الأبحاث المتخصصة:

١. إبراهيم صالح الصرايرة: التنظيم القانوني للتعويض عن الضرر المرتد وفقاً للقانون الأردني، مجلة كلية الآداب، جامعة السلطان قابوس، مقبول للنشر بتاريخ ٢٠١٤/١١/١١م.
٢. أحمد شرف الدين: إنتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي، ١٩٨٥م.
٣. أحمد شوقي عبد الرحمن: الالتزام التضامني للمسؤولين تقصيراً في مواجهة المضرور، ١٩٨٠م، بدون ناشر.
٤. اسماعيل غانم: المسؤولية العقدية، دروس بقسم الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٧٥/١٩٧٦م.
٥. أيمن إبراهيم العشماوي: فعل المضرور والاعفاء الجزئي من المسؤولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩م.
٦. ثروت عبد الحميد: الضرر المرتد الناشئ عن المساس بالحياة أو بالسلامة الجسدية، دار أم القرى للطبع والنشر بالمنصورة، بدون تاريخ.
٧. جاسم الشامسي: التعويض عن وفاة العامل وفقاً لأحكام قانون العمل والتشريعات المنظمة للمسؤولية عن الفعل الضار والدية، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، ع ١١، أبريل ١٩٩٨م، ص ٢٠٠.

٨. جلال محمد ابراهيم: الرجوع بين المسؤولين المتعديين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والكويتي والقانون الفرنسي، الكويت ١٩٩٢ / ١٩٩٣م.
٩. سعيد عبد الله محمد خليل: أحكام الضرر المرتد، دراسة مقارنة، كلية الشريعة والقانون بأسبوط، بدون تاريخ، وبدون ناشر.
١٠. سليمان مرقس: بحوث وتعليقات على الأحكام، ١٩٨٧م، ص ٢٠٥.
١١. صلاح الدين المختار: الخسارة الاقتصادية المحضة عن الإهمال والتعويض عنها في القانون الانجليزي، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة، للعلوم القانونية، العدد ٢، المجلد ١٦، ديسمبر ٢٠١٩م.
١٢. عزيز كاظم: الضرر المرتد، وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، بدون تاريخ.
١٣. محمد حسين منصور: المسؤولية عن حوادث السيارات، والتأمين الاجباري منها، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٠م.
١٤. محمد عبد الظاهر حسين: خطأ المضرور وأثره على المسؤولية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م.
١٥. محسن البيه: خطأ المضرور في مجال حوادث المرور، ١٩٩٨م، بدون ناشر.

(٣) رسائل الماجستير والدكتوراه:

١. سليمان مرقس: في نظرية دفع المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة في المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في القانون الفرنسي والمصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٣٦م.
٢. فهد بن حمدان بن راشد راشد: الضرر المرتد في المسؤولية عن الفعل الضار، دراسة تحليلية في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي، كلية القانون جامعة اليرموك بالعراق، ٢٠١٣/٢٠١٤م.
٣. منتس منى، أوسيف أسهمان: الضرر المرتد في المسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية - بجاية - جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر، عام ٢٠١٤م/٢٠١٥م.
٤. نور الدين قطيش محمد السكارنة: الطبيعة القانونية للضرر المرتد، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، قسم القانون الخاص، سنة ٢٠١٢م.
٥. يوسف أحمد النعمة: دفع المسؤولية بخطأ المضرور، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩١م.

ثانياً-مراجع متخصصة باللغة الفرنسية: (١) الرسائل العلمية:

- a. Dupichot: Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle, Juris.Class. Civ. Fac. III. N° 89.
- b. Hassan Abou El Naga : Théorie générale du préjudice par ricochet en matière de responsabilité délictuelle, étude comparative du droit français et du droit égyptien, Thèse pour le doctorat d'état, 1983.
- c. Lambert-Faivre : De la responsabilité encourue envers les personnes autres que la victime initiale : Le problème dit du dommage par ricochet, thèse Lyon 1959.
- d. Nana (J) : La réparation des dommages causés par les vices d'une chose, th. Paris, L.G.D.J. 1982
- e. Deschamps Laboyade: la responsabilité de la victime, thèse Bordeaux, I. 1977, P. 292 et S.

(٢) المقالات والأبحاث:

- Besson : La faute de la victime est-t-elle opposable à ses ayants cause agissant à titre personnel ? , L'Assurance mutuelle, 1963, p. 131.
- Borè : le recours entre coobligés in solidum, J.C.P. 1967, I. 2126.
- Chabas :
 - 1- Commentaire de la loi du 5 Juill. 1985, (tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indmnisation) J.C.P. 1985, I., doc. N° 3205
 - 2- Remarques sur l'obligation in solidum, Revu. Trim. Dr. civ. P. 310.
- Delebeque et Jourdain : responsabilité civil" Dalloz 2000, N° 44, somm. Comm. p. 463.
- Deschamps Laboyade : la responsabilité de la victime, thèse Bordeaux, I. 1977, P. 292.

- Du Garreau de la Méchenie : la vocation de l'ayant cause á titre particulier aux droits et obligations de son auteur, revu. Trim. Dr. civ. 1944, P. 219.
- Durry : L'application de la présomption de mauvaise foi édictée par le décret du 30 juin 1952, relative au founds de garantie automobile, aux ayants cause de la victime, même agissant en réparation de leure préjudice personnel. Revu. Trim. Dr. civ. 1967, P. 401.
- Esmein : la théorie de la responsabilité civile et les arrêts de la cour de cassation relatifs au naufrage du Lamoricière. Gaz. Pal. 1952. I.Doct. 8.
- F. Dreifus-Netter : Observations hétérodoxies sur la question du préjudice de l'enfant victime d'un handicap congénital non décelé pendant la grossesse Revu. Médecine et Droit. Janvier-février 2001, P.I.
- F. GRÉAU: « La rigueur aléatoire de la faute inexcusable », L'essentiel Droit des assurances, n° 5, mai 2019, p. 3;
- Fossereau(Joele) : L'incidence de la faute de la victime sur le droit à réparation de ses ayants cause agissant à titre personnel, Revu. Trim. Dr. Civ. 1963, P. 1.
- G. Mémeteau ; L'action de vie dommageable, J.C.P. 2000, I. P. 2275.
- GAUTIER (P-Y) : La distance du juge, à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile. J.C.P. Éd. G. 2001, I. 287, P. 67
- V. Josserand: la responsabilité envers soi-même, D. H. 1934, Charon. P. 73
- G. VINEY:
 - 1- L'autonomie de droit á réparation de la victime par ricochet par rapport á celui de la victime initiale, D. 1974, char. P. 3.

2- De l'application de la loi du 5 juillet 1985 à l'accident de la circulation qui est en même temps un accident du travail, D. 1989, Ch. P. 231.

- H. CONTE: «L'opposabilité de la faute de la victime directe à la victime indirecte» 'Dalloz actualité, 15 janvier 2020.

- J. TRAULLÉ: « Le clair-obscur de la faute inexcusable dans les accidents de la circulation », Gaz. Pal., 24 septembre 2019, n° 32, p. 30.

- Le pargneur : De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs au bien transmis, revu. Trim. Dr. civ. 1924, P. 481.

- Legier (G) : La faute inexcusable de la victime d'un accident de la circulation régi par la loi du 5 Juill. 1985, D. 1986. Chron. P. 97, N° 1.

- L. BLOCH: « Loi Badinter: quelques décisions en attendant la codification.... », Responsabilité civile et assurances, n° 6, juin 2019, alerte 12.

- M. BARY: « Accidents de la circulation: faute inexcusable, cause exclusive de l'accident », Dalloz actualité, 10 avril 2019.

- MEURISSE : Les ayants cause agissant à titre personnel peuvent-ils se voir opposer la faute de la victime ? D. 1962, Charon. P. 93.

- N. RAZAFIMAHARAVO: « Circulation - Implication dans l'accident », Bulletin des Transports et de la Logistique, n° 3735, 29 avril 2019 ;

- P. Kayser : un arrêt de la cour de l'assemblée Plénière de la cour de cassation sans fondement juridique, Dalloz 2001, chr. P. 1889.

- Philippe Delebecque : Le préjudice par ricochet : quelle autonomie ? D. 2004. Jurprudence commentaires, P. 233.

V. PUILL :

1- La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile, J.C.P. 1970, I. 2339, N° 57,

2- Gravité ou causalité de la faute de la victime en responsabilité civile, D. 1984, Caron. P. 58.

- PIERRON: note sous, Crim, 24 Février 1959, JCP 1959, II, 11095

- SAVATIER: La veuve et l'orphelin demandant raison à l'homme don't la faute a contribué à la mort de leur époux ou de leur père, peuvent-ils négliger la part de la faute de cet époux ou de ce père dans l'accident ? D. 1964, Charon. P. 155. Voir, aussi, sa note sous Cas s. Crim. 27 novembre 1956, D. 1957, Jur. P. 373.

- Wiederkehr : De la loi du 5 Juil. 1985 et de son caractère autonome, D. 1986, Charon. P. 255

(٣) تعليقات على الأحكام:

Aydalot: Note sous, Cass. Ch. Réunies, 24 novembre 1964, D. 1964, Jur. P. 733.

- ANNICK :

1- Note sous, Cass. Civ. 16 Jull. 1991, J.C.P. 1992, II. N° 21947.

2- Note sous, Cass. Civ. Ier ch. Civ. 16 juill. 1991, J.C.P. 1992, II. N°21947

- Aydalot : Cass.Civ. Ch. Réunies, 24 novembre 1964 D. 1964, Jur. P. 733.

- BERR et Croutel : note sous, Cass. Civ. 1ère Ch. Civ.3 Juill. 1979.D. 1980. Jur. P. 73.

- Besson :

1- Note sous Cass. 1ère, 29 Janv. 1962, J.C.P. 1962, II. N° 12873.

2- Note sous, Pau 29 octobre 1970, D. 1971, Jur. P. 233.

3 - Note sous , Cass. Civ. 13 Janv. 1988 et 17 février 1988, D. 1988. Jur. P.293.

- Borè: Note sous , Cass. Civ. 2ème. Ch. Civ.20 novembre 1963, D. 1964, Jur. P. 549

- CHABAS :

1- Note sous, Cass. Civ. 2ème Ch. Civ. 6 Janv. 1982, G.P. 1982, P. 6.

- 2- Note sous, PARIS, 14 février 1986, Gaz. De Pal. 1986, I. P. 304.
- 3- note sous cass. Civ. 2^e ch. Civ. 21 Juill. 1982 J.C.P. 1982, II. N° 19861.
- 4- Note sous Cass. Ass. Plén. 17 nov. 2000, J.C.P. 2000, II. N° 10438, P. 2312.
- 5- Cour d'appel de Paris, 11 février 1986, Gaz. Pal. 1986, 1. P. 308.
- Charbonnier : Note sous, Cass. Civ. 2^eme Ch. Civ. 21 Juill. 1982, Gaz. Pal. 1982, II. N° 391.
- Claude J. BERR & Hubert GROUTEL : Note sous Cass Civ. 9 Janvier 1973, D. S. 1973, Jur, P. 553
- Combaldieu: NOTE sous, Cass. Ch. Mixte, 27 févr. 1970, D. 1970, Jur. P. 201.
- Denis MAZEAUD : Réflexion sur un malentendus, Note sous Cass. Ass. Plén. 17 nov. 200, D. 2001, Jur. P. 334.
- Durry :
 - 1- Note sous Ass. Plén. 19 juin 1981, Revu. Trim. Dr. Civ. 1981, P. 857. J.C.P. 1982, II. 19712
 - 2- Note sous, Cass. Civ. 2 Juill. 1969, J.C.P. 1971, II. 16582, Revu. Trim. Dr. Civ. 1970, p. 177.
- Esmien: note sous :
 - 1- Cass. Civ. 24 mai 1933 , D. 1934, I, P. 31
 - 2- Cass. Crim. 27 Nov. 1956, J.C.P. 1957, II. N° 9854, D. 1956, Jur. P. 373.
 - 3- Cass. Crim. 2^eme Ch. Crim. 26 décembre 1960, J.C.P. 1961. II. 12193.
- Geneviève VIENY : Brèves à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion, Note sous Cass. Ass. Plén. 17 novembre 2000, J.C.P. Éd. G. I. N° 286, P. 65.
- Isabelle Mnoine-Dupuis : Note sous, Cass. Crim. 4 février 1998, J.C.P. 1999, II, 10178.

- Lambert-Faivre :

1- Note sous, Civ. 2 avr. 1988, D. 1988, Jur. P. 580.

2- Note sous Cass.Ass. plén. 19 juin. 1981, J.C.P. 1982, II. 19712, D. 1981, P. 159.

- Note sous cass. Civ. 2é ch. Civ.21 Juill. 1982, D. 1982, Jur. P. 449.

- Larroument, Note Sous, Cass. Civ. 2éme Ch. Civ. 21 Juill. 1982, D. 1982, Jur. P. 449.

- N. Déjean de la Batie : Noute sous, Cass. Civ. 21 décembre 1965, J.C.P. 1966, II. 14736.

- Philippe Delebecque: Note Sous, Cass. Civ. 28 Oct. 2003 D. 2004, Jur. P. 233.

- SAVATIER: note sous, Crim, 13 Février 1937, DP 1938, I, p.5

(رابعاً) أحكام قضائية:

(١) القضاء الفرنسي:

- Toulouse, 13 Mai 2020, n°18/01312,

<https://www.village-justice.com/articles/responsabilite-delictuelle-amitie-ami-une-victime-par-ricochet-toujours-pas,35390.html>

- Cass. Crim. 2ème ch. Crim.15 juin 1961, D. 1961, Jur. P. 735

- Cass. Civ. 6 October 1965, Bull. Civ. 1965. II. N° 699.

- Cass. Civ. 15 Juin 1966, Bull. Civ. 1966, II. N°686.

- Cass. Civ. 24 fevr.1967, Bull. Civ. 1967, I. N°79.

- Cass. Civ. 2ème Ch. Civ. 18 fév. 1982, D. 1982, Inf. Rap. P.330.

- Cass. Civ. 1ère Ch. Civ. 4 Janv. 1983, J.C.P. 1983, IV. P. 95.

- Cass. Civ. 2ème Ch. Civ. 19 nov. 1997 , N° de pourvoi 96-10-577 .

www.courdecassation.fr/arrets/visu.cfm?num=117

- Cass. Civ. 2ème ch. Civ. 3 Juill. 1997, Bull. Civ. N° 95-19-313.

- Cass. Civ. 20 mai 1966, J.C.P. 1966, bull. Civ. 1966, II., N° 657 et 721, Cass. Civ. 7 juin. 1968, Bull. Civ. 1968, II. N° 165.

- Cass. civile 2, 28 mars 2019, 18-14.125 18-15.855, Publié au bulletin.
<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000038373269/>
- Cass. civile Chambre civile 2, 12 décembre 2019, 18-21.360, Publié au bulletin:
https://www.courdecassation.fr/IMG///Panorama_C2_2018.pdf

(٢) القضاء الإماراتي:

١. اتحادية عليا، الطعن رقم ٦٢ لسنة ٢٢ ق، جلسة ١٩ مايو ٢٠٠٢م، مجموعة الأحكام، ع ٢، ط ١، ٢٠٠٤م، ص ١١٩٤.
٢. المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية في الطعن رقم ١٣٣، س ٢٢، في ١٤ نوفمبر ٢٠٠٢م، ص ٢١٧٧، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والشرعية، ع ٤، ط ١، ٢٠٠٤م.
٣. المحكمة الاتحادية الإماراتية، الحكم الصادر بجلطة ٣ يونية ٢٠٠١ في الطعن رقم ٧٠٣، س ٢١ ق، ع ٣، ٢٠٠٢م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والشرعية، ع ٤، ط ١، ٢٠٠٤م.
٤. المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ١٨٧، ٢٧٦ لسنة ٢٢ ق، بجلطة ٢٤ أبريل ٢٠٠٢م، مجموعة الأحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا، دوائر المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، ع ٢، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م، ص ٩٧١.
٥. المحكمة الاتحادية العليا الاماراتية بتاريخ ١٥ أكتوبر ١٩٩٦م في الطعن رقم ٧٤ لسنة ١٨ ق.
٦. المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم ٤١٥ لسنة ٢٢ ق، جلسة ٧ مايو ٢٠٠٢م، مجموعة الأحكام، السنة ٢٤، ٢٠٠٢م، ص ١١٣٨.

(٢) القضاء المصري:

١. استئناف مصر، ١٤ ديسمبر ١٩٣٩، مجلة القانون والاقتصاد، س ١٣، ص ٢٣٦، تعليق الاستاذ الدكتور سليمان مرقس.
٢. الحكم الصادر عن الدائرة المدنية لمحكمة التتقض المصرية في الطعن رقم ١٤٩٩٢ لسنة ٨٧ قضائيه، جلطة ٨/٥/٢٠١٧م، الحكم على الموقع التالي على الشبكة العالمية للمعلومات الإنترنت:
https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111354671&ja=14

0567

الحمض النووي DNA وأثره في الإثبات الجنائي

الأستاذ الدكتور/ يحيى صالح محمد الطائي *
الدكتور/ عبد الغفور صالح محمد الطائي *
الدكتور/ سند سيف محمد السندي ***

المخلص:

لا يُمكن لأحد أن يُنكر الدور الإيجابي الذي لعبته التطورات العلمية والتكنولوجية الحديثة في إطار القانون الجنائي، خصوصاً ما يتعلق بنظرية الإثبات ودورها في مجال كشف الجرائم والتوصل إلى المجرمين، من هذه التطورات العلمية البصمة الوراثية للإنسان (الحمض النووي DNA)، ودوره المفترض في إثبات الجرائم، فإذا كانت جميع التشريعات الجنائية متفقة على جواز الاستعانة ببصمات الأصابع والصوت والعين، فإن التساؤل يثار حول إمكانية الاستعانة بالحمض النووي DNA في الإثبات أو النفي الجنائي من عدمه، وإذا فرضنا جواز الاستعانة به، فإن ذلك يدعو للتساؤل فيما إذا كان الحمض النووي DNA يعد من الأدلة القاطعة في مجال الإثبات الجنائي أم أنه من الأدلة المساندة لأدلة قائمة بالفعل.

تهدف هذه الدراسة إلى بيان أهمية الحمض النووي وتكييفه القانوني من حيث قطاعية الإثبات أم عده من القرائن؛ حيث تتمثل أهمية الإثبات باعتباره الوسيلة التي يستخدمها القاضي للوصول إلى الحقيقة المطلوبة، لأن القضايا المتنازع عليها ليست ذات قيمة إذا لم يكن هناك دليل موضوعي منتج وشامل للتصرف القانوني يتم الرجوع إليه لإثبات هذا الحق أو إنكاره، ولغرض تحقيق أهداف الدراسة تمثل منهجها بالاعتماد على التحليل الوصفي كمنهج أساسي لهذه الدراسة. من أجل الوصول إلى النتائج التي تتمثل أهمها بأن بصمة الحمض النووي DNA هي خارطة فريدة يتميز بها كل فرد عن غيره، وهي لا تتغير ولا تتشوه مع مرور الزمن ويمكن استخلاصها من الشخص حتى بعد مماته، كما أنها تعد دليل واضح وقاطع على وجود الشخص المعني في مكان الجريمة.

الكلمات المفتاحية: الحمض النووي - الجنائي - الإثبات - آثار.

* أستاذ أصول الفقه - جامع بارتنين - تركيا.

** مدرس القانون الدولي الجنائي - ديوان الوقف السني - العراق.

*** دكتوراه في القانون العام - أمين سر بالادعاء العام - سلطنة عُمان.



The Impact of DNA in Criminal Proof

Prof. Yahya Saleh Mohammed Altaee*

Dr. Abdullghafoor Saleh Mohammed Altaee**

Dr. Sanad Saif Mohammed Alsenaidi***

Abstract:

No one can deny the positive role that the scientific developments and the modern technology have played within the framework of the criminal law, especially with regard to the proof as a theory and its role in detecting the crimes and capturing the criminals, out of these scientific developments is the human footprint (DNA) and its assumed role in proving the crimes. If all criminal legislation agreed on the use of the fingerprints, the audio and eye print, then the query about the possibility of using the DNA in proving or disproving the criminal cases might be raised. If we assume that it is permissible to use it, then this calls into another question, whether the DNA is considered a conclusive evidence in the field of criminal evidence or is it one of the supporting evidence for existing evidence? Where the importance of proof is considered as the means used by the judge to reach the required truth, because the disputed cases are of no value if there is no comprehensive objective evidence of legal action that is referred to prove or deny this right.

This study aims at demonstrating the importance of the DNA and its legal adaptation in terms of cut out proof or to consider it as a consort with. To accomplish the objectives of the present study, its methodology is based on descriptive analysis as a basic method in order to reach the following results; first, the DNA footprint is a unique map for everyone. Second, it cannot be changed over time. Third, it can be extracted from the person even after his death. Forth, it is also a clear and conclusive evidence that the person concerned is present at the crime scene.

Keywords: DNA – Criminal – Proof – Footprint.

* Professor of Fundamentals of Jurisprudence, Bartin University, Turkey.

** Lecturer of International Criminal Law, Sunni Endowment Bureau, Iraq.

*** PhD in Common Law, Clerk at Public Prosecution, Sultanate of Oman.

المقدمة

إن حماية المصالح المادية والاجتماعية للأفراد والدول في ظل قانون العقوبات لا تكون فعالة، إلا عن طريق القواعد واللوائح التي من خلالها يتم إيقاع العقوبات على الأشخاص المتهمين بارتكاب أفعالاً تتدرج تحت مفاهيم الأفعال الجرمية، بناءً على ذلك كان الحق باللجوء للقضاء هو عمل إجرائي لتقرير العقوبة المناسبة والتي تعد حقاً موضوعياً. من هنا جاء وصف قانون الإجراءات الجنائية بأنه الجانب المحرك لقانون العقوبات الذي يتسم بالثبات.

لقد تعددت وسائل كشف الجرائم وإثبات الحق المعتدي عليه إلى أنواع كثيرة ومختلفة، فالى وقت قريب كانت وسائل الإثبات والتحقيق الجنائي وصولاً لإصدار الحكم، تتميز بالعنف والقسوة والتعذيب بهدف الوصول إلى دليل يستند إليه القاضي بالإدانة من عدمها، ولكن مع مرور الوقت وتحريم الوسائل البدائية في التحقيق وحماية حقوق الإنسان، أصبحت الأجهزة المختصة تلجأ إلى الأساليب العلمية لكشف الجرائم ومرتكبيها.

فلم يعد هناك من يُنكر الدور الإيجابي الذي لعبته التطورات الحديثة العلمية والتكنولوجية على مختلف فروع القانون خاصة القانون الجنائي وما يتعلق منه بنظرية الإثبات، ومن هذه الاكتشافات العلمية الأكثر إثارة وتشويقاً ما تم الاصطلاح عليه "بالحمض النووي DNA"، حتى وصفه فقهاء القانون^(١)، بقولهم "لو فاهت البصمة النووية DNA، لنطقت باسم صاحبها"^(٢) ويعود سبب هذا الوصف إلى الدور الفعال الذي لعبه هذا الحمض في مجال الإثبات الجنائي، بسبب تفرده بمواصفات ومزايا لا تتوفر في غيره من الأدلة الجنائية.

ومن المهم بمكان الإشارة إلى استخدام بعض الباحثين الشائع لاصطلاح " الحمض النووي " والبصمة الوراثية" على أنهما مصطلحين مترادفين، وفي الواقع يختلف كل

(١) عبد الفتاح، محمد لطفي، ٢٠١٢م. القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية دراسة مقارنة. رسالة دكتوراه جامعة المنصورة، ط ١، مصر: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، ص ١٩.

(٢) وقد استمد المؤلف التعبير التالي "لو فاهت البصمة النووية DNA، لنطقت باسم صاحبها"، من أحد أحكام محكمة النقض المصرية. عبد الفتاح، محمد لطفي، ٢٠١٢م، القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١٩.

منهما عن الآخر، فالبصمة الوراثية ليست مرادفا للحمض النووي، والبصمة الوراثية هي البنية الجينية التي تدل على هوية كل فرد بعينه، وهي الجزء الصغير من الحمض النووي الذي تظهر به الاختلافات والفروق بين الأشخاص، فيكون المقصود في الإثبات الجنائي هو استخدام البصمة الوراثية كجزء من الحمض النووي في الإثبات الجنائي، وليس الحمض النووي بصفة مطلقة^(٣).

إن الإثبات عن طريق الحمض النووي DNA البصمة الوراثية، يُعد نقلة نوعية في عالم الإثبات الجنائي، لذلك تبنته الكثير من الدول إن لم يكن أغلبها، واعتمدته كدليل إثبات في الكشف عن الجريمة والتوصل للمجرمين.

بناءً على ما تقدم احتلت قواعد الإثبات ووسائله أهمية كبيرة في مختلف فروع القانون، فالحق دون دليل يسنده هو والعدم سواء، فالدليل هو الذي يدعم الحق ويجعل وجوده قائماً، بمعنى إن حق الدولة بالعقاب يتجرد من قيمة ما لم يقيم الدليل عند القضاء على وقوع الجريمة واسنادها للمتهم.

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة هنا من خلال جانبين، يتمحور الأول منها حول إمكانية الاعتراف بمشروعية الوسائل العلمية الحديثة ومنها الحمض النووي DNA في مجال الإثبات الجنائي، خصوصاً في الحالات التي قد يؤدي استخدامها من قبل السلطات المختصة إلى انتهاك حقوق وخصوصيات الأفراد المنصوص على صيانتها دستورياً، وفي حالة فيما إذا تم الافتراض بجوازها وتغليب المصلحة العامة على الخاصة فهل يمكن عد هذا الدليل العلمي قطعي الدلالة أو يعد من الأدلة الساندة لدليل موجود مسبقاً في حين يكمن الجانب الثاني من إشكالية الدراسة في صعوبة تحديد المعايير التي يجب الاعتماد عليها عند اللجوء لاستخدام هذا الوسيلة في مجال الإثبات من حيث إمكانية تحقيق التوازن بين حماية المجتمع والدولة من الجرائم من جانب، وبين حق المتهم في احترام حقوقه وخصوصياته المكفولة له قانوناً من جانب آخر، كل ذلك عن طريق تناول دليل علمي متطور لإثبات الجرائم، ومدى إمكانية الاستناد على نتائجه في الإطار القانوني.

(٣) عبد الفتاح، محمد لطفي، ٢٠١٢م، القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١٩.

من هنا تبرز أهمية تحليل مشكلة الدراسة من جوانبها المختلفة وصولاً لتحقيق أهدافها.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة في بيان مكانة قانون الإثبات وما يحظى به من أهمية لا سيما في المجال الجنائي، باعتباره أكثر القوانين ارتباطاً بالتطورات العلمية والتكنولوجية، وبالعلوم الأخرى الطبية والكيميائية والنفسية، إذ يعد الإثبات الوسيلة التي يستخدمها القاضي للوصول إلى الحقيقة المطلوبة، وهو يشمل كل ما يتوفر للقاضي من بيانات وبراهين وأدلة يتم عرضها عليه، وهذه الأدلة هي براهين موضوعية لا تخضع لأي رأي أو خلفية معينة لدى القاضي. بمعنى آخر أنه ليس للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي، كما أنه لا يستطيع الاعتماد على أدلة قامت في قضية أخرى، بالتالي لا يمكن إقامة المحاكمة والبت فيها دون إثبات، حيث أن القضايا المتنازع عليها ليست ذات قيمة إذا لم يكن هناك دليل موضوعي منتج وشامل للتصرف القانوني يتم الرجوع إليه لإثبات هذا الحق أو إنكاره.

منهجية الدراسة:

لغرض تحقيق أهداف هذه الدراسة لجأ الباحث ابتداءً من المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن (Comparative Method)، بين الحمض النووي وبين الأدلة الجنائية الأخرى، في دراسة وبحث هذا الموضوع، من حيث هل يمكن عد هذا الدليل العلمي من أدلة الإثبات المباشرة أم الأدلة غير المباشرة وبيان مميزاته من خلال استخدام هذا المنهج العلمي، بعد ذلك استخدم الباحث المنهج الوصفي التحليلي (Analytic Method)، باعتباره المنهج الأساس لهذه الدراسة وربط المعطيات العلمية بالقواعد القانونية بهدف الوصول إلى معيار يمكن من خلاله تقرير مشروعية استخدام هذا الدليل العلمي في مجال الإثبات الجنائي وإبراز أهميته.

خطة البحث:

استندت هيكلية هذه الدراسة على مبحثين، تناول الأول منهما بيان المفاهيم العامة للإثبات من حيث تعريفه في اللغة والاصطلاح القانوني، مع بيان أنواع وسائل الإثبات وخصائصها في المطلب الأول، في حين تناول المطلب الثاني بيان وتعريف الحمض النووي DNA وخصائصه وتكوينه، أما المبحث الثاني فقد تناول الأساس القانوني للحمض النووي DNA، من حيث الإشكالية الأخلاقية المتعلقة بالعمل بالحمض

النووي DNA في المطلب الأول، وبيان مدى حجيته في الإثبات الجنائي في المطلب الثاني، من ثم نختم كل ذلك بأهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

نظرية الإثبات الجنائي والحمض النووي DNA

عادةً ما يهدف مرتكب الجريمة إلى محو وطمس الأدلة التي تقود إلى كشف فعلته، من هنا أوجبت جميع التشريعات القانونية على ضرورة اللجوء لجميع الطرق والوسائل المتاحة لكشفها، بناءً على ذلك تعد نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقاً في الحياة العملية، فهي النظرية التي لا تنقطع المحاكم عن تطبيقها لإقامة الدليل على جريمة ما بوقوعها من عدمها، ومن نافلة القول إن نظام الإثبات نشأ من خلال تفاعل العديد من العوامل والظروف التي عهدتها البشر ومنها الدين والتقاليد والعرف والعادات والثقافة والمنطق، وأخيراً مستوى التحضر. بالتالي فإن مفهوم الإثبات بشكل عام هو الأساس الذي من خلاله تتم الإدانة، ومن ثم إصدار الأحكام فهو لا يختلف بين قانون وآخر أو بين القوانين الوطنية والقوانين الدولية.

إن الغاية الأساسية التي يهدف إليها الإثبات الجنائي تحقيق التوازن بين مصلحتين الأولى تتمثل في حماية الأفراد والمجتمع من شيع الجريمة ومكافحتها بجميع الوسائل المتاحة، في حين تتمثل المصلحة الثانية في ضمان حقوق المتهم استناداً للقاعدة الفقهية الأصولية التي تنص على أن: "الأصل في الإنسان البراءة". وبالرغم من أن المباشرة في التحقيق وكشف الجريمة يتطلب بالضرورة إجراءات تشكل مساساً بالحريات الشخصية، إلا أن اللجوء للوسائل الحديثة بالإثبات وفي الحدود التي يسمح بها القانون تخفف من تلك الانتهاكات إلى حدٍ كبير⁽⁴⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن حق السلطة بإنزال العقوبة تتجرد من قيمتها القانونية والشرعية، ما لم يتم الإثبات بالدليل المادي أو المعنوي أمام القضاء على نسبة الجريمة للمتهم، من هنا جاءت أهمية الإثبات باعتبار أن الجريمة واقعة قانونية حدثت

(4) Werner Beulke, 1994. verlag Heidelberg, Germany. P.55.

بالماضي، ولا يمكن للمحكمة كشف حقيقتها إلا من خلال الاستعانة بوسائل الإثبات المختلفة. وبناءً للأهمية الكبيرة للحمض النووي DNA في الإثبات الجنائي، نتناول بيان هذين المفهومين بالبحث والتحليل في هذا المبحث وعلى الشكل الآتي:

المطلب الأول

الإثبات في اللغة والاصطلاح القانوني

في القضايا الجزائية لا يمكن إقامة المحاكمة والبت فيها دون دليل إثبات، لأن القضايا المتنازع عليها ليست ذات قيمة إذا لم يكن هناك دليل موضوعي منتج وشامل للتصرف القانوني يتم الرجوع إليه لإثبات الحق أو انكاره، بمعنى آخر الإثبات هو ما يعول عليه القاضي ليتحرى الصواب في قضائه، فلا يمكن توجيه الاتهام لشخص بارتكاب جريمة معينة دون توفر أدلة وبراهين دامغة وواضحة لإثبات الفعل الجرمي على المتهم، بناءً على أهمية الإثبات نتناول في هذا المطلب بيان مفهوم الإثبات في اللغة والاصطلاح القانوني على الشكل التالي.

أولاً- الإثبات في اللغة:

مأخوذ من الاصل الثلاثي (ثبت) وله معنيان، الأول مشتق من الثبات والاستقرار، فيقال: تثبت في الرأي والأمر، تأنى فيه ولم يتعجل، واستثبت في أمره: إذا شاور^(٥) والمعنى الثاني للإثبات يشير إلى الحجة والبيان قال الرازي: لا أحكم إلا بثبت بفتح الباء، أي بحجة، والتثبیت: الثابت العقل^(٦) وقال ابن منظور: والثبت: بالتحريك، الحجة والبينة، تقوم لا أحكم بكذا إلا بثبت: أي بحجة، واثبت حجته: أقامها وأوضحها، وقول ثابت: أي صح^(٧).

(٥) ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري، ٢٠١٠م، لسان العرب، م ٢، ط ٣. بيروت: دار صادر، ص ١٩-٢٠.

(٦) الجرجاني، علي بن محمد بن علي. ١٩٨٥. التعريفات. تحقيق: إبراهيم الابياري، ط١، بيروت: دار الكتاب العربي، ص ٣٥.

(٧) ابن منظور، ٢٠١٠م، لسان العرب، مرجع سابق، ص ٢٠.

ثانياً- الإثبات في الاصطلاح القانوني:

عرف فقهاء القانون الإثبات بأنه: "إقامة الدليل على وقوع الجريمة وعلى نسبتها إلى المتهم"^(٨) كما عرف الإثبات على أنه: "تقديم الدليل المعتبر شرعاً أمام القضاء على حق أو واقعة ترتب عليه آثاره الشرعية"^(٩)، كما عرف الفقيه "MIHER MAIES" الإثبات بأنه: مجموعة الأسباب المنتجة لليقين^(١٠)، ويعرف الإثبات أيضاً على أنه: "إقامة الدليل أمام القاضي بالطرق الجائزة شرعاً على وجود الواقعة القانونية المنشأة للحق المتنازع فيه بين الخصوم"^(١١).

يتبين من خلال التعاريف أعلاه أن جميعها متفقة من حيث المعنى وإن اختلفت أساليب الصياغة، بالتالي يمكن القول بأن الإثبات هو تقديم الأدلة أمام القضاء بالطرق المحددة في القانون على وجود واقعة قانونية متنازع فيها بين الخصوم يترتب عليها آثار قانونية، ولا تكاد تخلو خصومة من ركون كلا الخصمين إلى الإثبات، ليؤيد المدعي دعواه بالأدلة المقنعة، وليقتد المدعى عليه هذا الدليل بما لديه من وسائل ويقيم حجته، ويرخص حجة خصمه، وتلك الأدلة منها القوية والمتوسطة القوة والضعيفة^(١٢).

ولابد من الإشارة إلى إن الإثبات يستند على أساس توفر الدليل أو القرينة، بحيث تؤدي إلى إظهار الحقيقة في واقعة معينة لإثبات حق عام أو خاص، فالدليل يقوم بكشف وتحديد فاعلها المادي والمعنوي، بالتالي يعد علم الأدلة من أهم وسائل الإثبات، وتعرف الأدلة على أنها "الحقائق المادية أو المعنوية المرتبطة بالفعل الجرمي والوصول

(٨) مصطفى، محمود، ١٩٧٦م، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط ١، القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة، ص ١٢٧.

(٩) عبد القادر، إدريس، ٢٠٠٥م، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة الخليل، فلسطين، ص ١٦.

(١٠) احمد، سمعون سيد، ٢٠٠٤م، قواعد الإثبات الجنائي ومدى تطبيقها على جرمي الزنا والسياسة في حالة سكر، المعهد الوطني للقضاء، وزارة العدل: الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ص ٨٢.

(١١) البيه، محسن، ١٩٨٩م، شرح القانون المدني الكويتي نظرية الحق، ط ١، الكويت: مكتبة الصغار، ص ٥٢٥.

(١٢) انظر: النشار، محمد فتح الله، ٢٠٠٠م، أحكام وقواعد عبء الإثبات في الفقه الإسلامي وقانون الإثبات طبقاً لأحدث أحكام محكمة النقض، بلا طبعة، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر المكتبة القانونية، ص ١٨٦.

إليها يحدد جزء أو جميع أبعاد الجريمة، مثل الوقت والمكان والأسلوب المعتمد فيها وظروفها المحيطة بها والأطراف ذات المسؤولية من جناة وضحايا^(١٣) في حين أن القرينة تعني الوصول إلى نتائج معينة من وقائع ثابتة، فهي النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة^(١٤).

أما محل الإثبات هنا فهو الواقعة القانونية التي نشأ عنها الحق، وليس الحق المدعي به، فالمدعي يثبت الواقعة القانونية ولا يثبت الحق الناشئ عنها، فالحق في ذاته موجود ولو لم يوجد دليل عليه، والدليل إنما يظهر الحق ولا يوجد.

أنواع نظم الإثبات القانوني:

من الأهمية بمكان الإشارة هنا إلى أن نظم الإثبات القانوني تقسم إلى نوعين، الأول: يطلق عليه بنظام الإثبات الحر يستند هذا النظام على ثلاث مبادئ أساسية وهي "مبدأ إطلاق الأدلة، والاقتناع الشخصي، والدور الإيجابي له"^(١٥) في حين يطلق على الثاني: بنظام الإثبات القانوني أو المقيد، وهو أيضاً يقوم على ثلاث مبادئ رئيسية وهي "مبدأ تحديد الأدلة، مبدأ اقتناع المشرع بدل القاضي، والدور السلبي للقاضي"^(١٦) والنظام الأخير هو المعني بدراستنا باعتباره وثيق الصلة بنظام الإثبات العلمي.

نستخلص مما سبق إن الإثبات هو وجود بينة مادية أو معنوية تشير بما لا يدعو إلى الشك إلى الدعوى أو الواقعة القانونية وأركانها ويزيل اللبس الذي يعتريها، فالإثبات هو إقامة الدليل والحجة غير القابلة للشك أو للتأويل على وقوع جريمة ما، بأي وسيلة كانت بحيث لا يشوبها ما يشكك بمصداقيتها أمام القضاء ومن خلال الاستقراء الدقيق لقواعد الإثبات نجد أن الأدلة الجنائية تقسم إلى قسمين الأدلة المباشرة والأدلة الغير

(١٣) انظر: عبد الله، محمود محمد محمود، ١٩٩١م، الأسس العلمية والتطبيقية للبصمات دراسة تحليلية مقارنة، أطروحة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، القاهرة، ص ١٢.

(١٤) انظر: الجندي، إبراهيم صادق، ٢٠١٤م، دراسة تحليلية لاستخدام تقنيات البصمة الوراثية كقرائن طبية في الجرائم الجنائية، مؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الفقهية، جامعة الإمام، المملكة العربية السعودية ٨٧٧.

(١٥) انظر: عبد المجيد، عصمت، ١٩٩٧م، الوجيز في شرح قانون الإثبات، ط ١، بغداد: مطبعة الزمان، ص ١٩-٢٠.

(١٦) انظر: حسن الجو خدار، ١٩٩٧م، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط ٢، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص ٣٣٧.

مباشرة، فالأدلة المباشرة هي التي تنصب مباشرة على الواقعة المراد إثباتها، ومثالها الكتابة والشهادة والمعاينة والخبرة. فهذه الوسائل أو الأدلة تنصب مباشرة على تلك الواقعة المنشئة للحق المدعي به، أما طرق الإثبات غير المباشرة فهي التي لا تنصب مباشرة على تلك الواقعة وإنما تنصب على واقعة أخرى (بديلة)، غير الواقعة الأصلية، كما هو الحال بالنسبة للقرائن وهي على النحو التالي:

الأدلة غير المباشرة: وتسمى (بالقرائن) يعد وجودها أو توفرها وحده غير كافٍ لإثبات جريمة أو انكارها، إنما تحتاج إلى العقل والمنطق والدارسة العميقة لتصديقها، وهي تُدرك أو تُستنتج بالعقل والفكر عبر تحليله لظروف ودوافع ارتكاب الفعل الجرمي، ويستعين بها القاضي للربط بين حقيقة معينة والحادثة المراد إثباتها، فالقرائن ليست أدلة مباشرة في الإثبات، لأنها تقوم على استنتاج وقائع من وقائع أخرى ولا يثبت الخصم الواقعة القانونية ذاتها مصدر الحق، وإنما يثبت واقعة أخرى ليستخلص منها الواقعة المراد إثباتها، وهذا ما نصت عليه المادة (٤٠) من قانون البيّنات الأردني: "القرينة التي ينص عليها القانون تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

ولا يجوز الاستعانة بالقرائن إلا في حالة انتفاء إثبات الجريمة بالدليل المباشر^(١٧) حيث تنص المادة (٤١) من ذات القانون على أنه: "الأحكام التي حازت الدرجة القطعية تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه القوة إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بالحق ذاته محلاً وسبباً، لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها". بالتالي فإن الاستدلال بالقرينة ينحصر في وجود أمر أو جملة أمور محققة معلومة يتم من خلالها إدراك المجهول. والإثبات بالقرائن يعد من أخطر أنواع الإثبات كونها وسيلة غير مباشرة تقوم على أساس الاستنتاج.

وينبغي الإشارة إلى أن أهمية القرائن في الإثبات تتمثل في أن بعض الجرائم يستحيل أن يرد عليها إثبات بدليل مباشر، لذلك يمكن عن طريق القرائن التوصل إلى إثبات

(١٧) نقض أردني، ١٩٥٩م، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٠، ٢٤، ج ٢، نقض رقم ٢٠٢٤، ص ٢٤٩.

هذه الوقائع لصلتها بوقائع أخرى ذات صلة منطقية بها تفوق طرق الإثبات المباشرة وذلك بسبب طبيعتها الموضوعية، والقرائن القانونية، أو ما تسمى بالقرائن الموضوعية وهي تلك المستمدة من نصوص القانون أو بحسب تعريف قانون الإثبات العراقي "استنباط المشرع أمراً غير ثابت"^(١٨) وهي "تغني من تقررت لمصلحته عن أي دليل آخر من أدلة الإثبات"^(١٩)، والقرينة القانونية على نوعين القرينة القانونية القاطعة، هذا النوع من القرائن يقيد القاضي والخصوم ولا يمكن المجادلة في صحته أو إثبات عكسه، والقرينة القاطعة تقوم على أساس فكرة الاحتمال والرجحان. لهذا فإن المشرع عندما يجعل القرينة قاطعة فإن ذلك ليس راجحاً على أنها تؤدي بالضرورة إلى حقيقة مؤكدة فقوتها في القطع ليست بسبب مطابقتها للواقع على نحو تام وإنما بسبب ما هو راجح الوقوع فحسب أما القرائن القانونية غير القاطعة فهي التي يطلق عليها القرائن القانونية البسيطة أو المؤقتة، وهي التي تقبل إثبات العكس مثلاً قرينة البراءة، أي افتراض أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته^(٢٠)، وهي قرينة يجوز إثبات عكسها.

يتبين مما سبق أعلاه إن الإثبات هو عملية حاسمة في قرار الإدانة في المحكمة الجنائية، التي أجازت اللجوء إلى الإثبات بأي طريقة قانونية كانت، وإن علم الأدلة هو من أهم وسائل الإثبات، والذي بدوره يقسمها إلى أدلة مباشرة ممكن الاعتماد عليها كوسيلة إثبات كافية للإدانة، أما الأدلة الغير مباشرة فهي تلك الأدلة التي لا يمكن الاعتماد عليها دون وجود عناصر داعمة لتلك الأدلة.

وإذا كانت القرائن والدلائل تتفق في أن كلاهما استنتاج واقعة مجهولة من واقعة معلومة غير إن بينهما بعض الفوارق أهمها:

١- إن الاستنتاج في القرائن يكون من وقائع تؤدي إليها بالضرورة ويحكم اللزوم العقلي، فلا تقبل تأويلاً مقبولاً آخر. غير أن الاستنتاج في الدلائل لا يكون لازماً بل قد تفسر الدلائل على أكثر من وجه.

٢- يصح أن تكون هذه القرائن دليلاً كافياً للإدانة وإن كانت الجريمة (مثلاً) قتل عمد، على خلاف الدلائل التي لا تكفي للإدانة. وهذا ما نصت عليه محكمة التمييز

(١٨) انظر: قانون الإثبات العراقي، ١٩٧٩م، المادة (٩٨-١).

(١٩) انظر: قانون الإثبات العراقي، ١٩٧٩م، المادة (٩٨-٢).

(٢٠) دستور جمهورية العراق، ٢٠٠٥، المادة (١٩-٥).

العراقية بقولها: "ولا يجوز للمحكمة أن تستند إليها لوحدها في الحكم"^(٢١)، وإن كانت تكفي لاتخاذ إجراءات الاستدلال والتحقيق الابتدائي.

الأدلة المباشرة: وهي الأدلة التي بتوفرها بمفردها فحسب تثبت حصول جريمة أو عدم حصولها، وتكون حجة قاطعة لا يمكن انكارها، وتعتبر من أقوى أنواع الأدلة إثباتاً.

ويقسم الدليل المادي المباشر إلى قسمين:

الأول: "أدلة مصاحبة أو ملازمة" الآثار التي يحملها الجاني من مكان الجريمة كبقع الدم أو التراب وغيرها من المواد الموجودة في مسرح الجريمة.

والثاني: "أدلة التتبع" وهي الآثار التي يخلفها الجاني وراءه في مكان الحادث ملابس وآثار أقدام وبصمات وغيرها، وهي بمجملها أدلة تأتي من خلال رأي الخبير الفني في القضية، بناءً على حقائق علمية منبثقة من دليل مادي ملموس أو دليل معنوي قوي^(٢٢) حيث يمارس الخبير دوراً رئيسياً في إخضاع هذه الأدلة للفحص العلمي الدقيق لاستنباط ما يثبت الإدانة أو البراءة بشكل قاطع^(٢٣).

المطلب الثاني

الحض النووي DNA

من الأمور المسلّم بها علمياً اليوم أن الخصائص الوراثية تنتقل من الآباء إلى الأبناء عن طريق العوامل الوراثية "الكروموسومات"، وكل كروموسوم يحمل صفة وراثية محددة تتنوع بين الخلقي والعقلي، وبين الجيد والضرار، وبين ما هو سببه معروف أو يعتريه الغموض، وتعرف الكروموسومات على أنها مادة مركبة موجودة داخل نواة خلية الكائن الحي وهي التي تحمل الجينات، والتي تنتقل عبرها الصفات الوراثية من جيل لآخر، وأول من اكتشفها العالم الألماني ويلهلم والدير "١٨٣٦-١٩٢١م"، وهو من أطلق عليها

(٢١) حكم محكمة التمييز العراقية، رقم (٥٧-ج - ١٩٣٠) في ٣٠/٤/١٩٤٠م، والذي أجاز الاستناد إلى الدلائل لوحدها في الإدانة.

(٢٢) الشهاوي، قدرى عبد الفتاح، ١٩٧٨م، أصول وإساليب التحقيق والبحث الجنائي، ط ٢، القاهرة: عالم الكتب، ص ١٩.

(23) Bolding, Per Olof. 1989. Ger det att bevisa Juristforlaget, Sweden:Stockholm, PP.5-9.

هذه التسمية، استمرت التطورات العلمية بهذا الشأن حتى توجت بأهم اكتشاف في إطار علم الجينات الوراثية ألا وهو "الحمض النووي DNA"، الذي أوجده العالم الإنكليزي أليك جيفريز في العام ١٩٨٤م^(٢٤) إن البصمة الوراثية عبارة عن مجموعة من المعلومات الجزيئية التي تكون الحمض النووي أو ما يسمى DNA وهي اختصار للمصطلح العلمي (Dioxyribo Nuclie Acid)^(٢٥)، وتعرف على أنها "البنية الجينية التي تدل على هوية إنسان معين"^(٢٦) فهي بمثابة خريطة خاصة بالجسم محفوظة داخل كل خلية من خلايا الجسم.

يتكون الحمض النووي من وحدات صغيرة متكررة تسمى النيوكلويدات حيث ترتبط كل واحد منها بالأخرى لتشكل سلسلة، ويتكون النيوكلويد من سكر خماسي هو سكر ريبوزي منزوع الأكسجين وحمض فيسفوريك وأحد القواعد النيتروجينية التي تدخل في تركيب الأحماض النووية وتعتبر العمود الفقري للحمض النووي^(٢٧) يوجد في جسم الإنسان نوعين من الحمض النووي هما "DNA، RNA"، وكلاهما يحوي بروتينات وانزيمات تتكون داخل الإنسان وتنعكس لخصائص وراثية مميزة، وكل منها يأخذ نمطا خاصا في تركيب الحمض النووي لكل إنسان، ويجدر بنا تعريف الجين هنا وجمعه الجينات وهو جزء من الحمض النووي موجود على الكروموسوم، وبأنه عنصر كروموزومي لانتقال وظهور الميزات الوراثية^(٢٨).

(٢٤) ضومط، ربما سلوم، ٢٠٠٥م، "البصمة الوراثية في مسرح الجريمة"، مجلة الجيش، العدد ٢٤٤، تشرين الأول، من خلال الموقع الإلكتروني: <https://www.lebarmy.gov.lb/ar/search> التصفح في: ٦ أبريل ٢٠٢٠م.

(٢٥) رشيد، ايناس هاشم، ٢٠١٢م، تحليل البصمة الوراثية ومدى حجيتها القانونية في مسائل الإثبات القانوني دراسة مقارنة، مجلة رسالة الحقوق، السنة ٤، العدد ٢، العراق: جامعة كربلاء، ص ٢١٤.

(٢٦) السبيل، عمر محمد، ٢٠٠٢م، القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجمع الفقه برابطة العالم الاسلامي، الدورة رقم ١٥، من خلال الموقع الالكتروني: <http://www.gulfkids.com> التصفح في: ٧ ابريل ٢٠٢٠م.

(٢٧) سلطاني، توفيق، ٢٠١١م، حجية البصمة الوراثية في الإثبات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لخض، باتنة، الجزائر، ص ٢١.

(٢٨) انظر: المحب، صالح، ٢٠٠٠م، حول هندسة الوراثة وعلم الاستنساخ، ط١، بيروت: الدار العربية للعلوم، ص ١٩٧.

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أن الحمض النووي يختلف من شخص لآخر، ولا يمكن تطابقه بين الأفراد^(٢٩)، وهو يوجد في كل خلية من الخلايا في جسم الكائن سواء كان إنسان أو حيوان، ويشكل الحمض النووي DNA الجزء الأكبر من التركيب الكيميائي للكروموسومات أو الجينات والتي هي الوسط الناقل للصفات الوراثية ويبلغ عددها ٤٦ كروموسوم نصف ذلك العدد (٢٣) كروموسوم يأتي من الأب، أما نصف العدد الأخير (٢٣) كروموسوم فهو من الأم^(٣٠)، بالتالي فإنه لا يمكن تشابه الحمض النووي لشخصين فيما عدا إن يكونا توأمين متشابهين^(٣١)، تجدر الإشارة إن عينات DNA تؤخذ من أجزاء مختلفة من الجسم "الدم، العظم، المنى، الشعر، العظام، جذور الشعر، البول، وغيرها"^(٣٢).

أما عن مصداقية الحمض النووي من الناحية العلمية فقد تعددت الآراء حول مدى تلك المصداقية فبعض الآراء كانت تتجه إلى أن نتيجة البصمة الوراثية في الإثبات هي صحيحة بنسبة ٩٩,٩٩% وهي ذات النسبة وفي حالة النفي، أي إن احتمال تطابق القواعد النيتروجينية في الحمض النووي في شخصين غير وارد مما جعلها قرينة نفي وإثبات لا تقبل الشك^(٣٣).

(٢٩) المعاينة، منصور عمر، ٢٠٠٠م، الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي، ط ١، عمان: دار الثقافة، ص ٨٠.

(٣٠) انظر: الأيرجزي، رائد صابر، ٢٠١١م، القرينة ودورها في الإثبات في المسائل الجزائية دراسة مقارنة في القانون الأردني والعراقي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، ص ٣٧.

(٣١) Gillp.&werreHD.j. 1997. Exclusion of a man.chared with Murder by DNA Finger Printing. Forensic. science International , p.145-148

(٣٢) الرشيد، سعد بن فايز، ٢٠١٤م، تقييم تقنيات تحليل الحامض النووي التلامسي DNA المرفوع من أدوات الجريمة في منطقة حائل في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، ص ٦٩.

(٣٣) انظر: الخليفة، بدر خالد، ١٩٩٦م، توظيف العلوم الجنائية لخدمة العدالة، ط ١، الكويت: دار العرب للنشر والتوزيع، ص ١٨٨.

المبحث الثاني

الأساس القانوني للبصمة الوراثية والحمض النووي DNA

غني عن البيان أن قواعد الإجراءات الجنائية هي التي تتولى تنظيم إجراءات التحقيق الابتدائي والنهائي، بهدف الوصول إلى دليل أو قرينة تكشف الجريمة ومركبيها، بالرغم من ذلك لا يخلو تطبيق تلك القواعد من مخالفات تشوبها أحياناً، وقد وقفت التشريعات القانونية المختلفة مواقف عدة إزاء مسألة الإجراءات الجنائية، منها الإشكالية الأخلاقية المتعلقة بالعمل بالحمض النووي DNA، يضاف إلى ذلك أنها أخذت على عاتقها بيان مدى حجية وقوة هذا الدليل العلمي، التي نتناولها على الشكل التالي في مطلبين.

المطلب الأول

الإشكالية الأخلاقية المتعلقة بالعمل بالحمض النووي DNA

إن تطور الإثبات الجنائي من خلال الاعتماد على الحمض النووي DNA الذي يتم تحديده من جسم الإنسان أو من مخلفاته^(٣٤)، قد أثارت حفيظة الخبراء في المجال الأخلاقي، بسبب أنها من القضايا التي تمس بشكل مباشر حياة الإنسان وحرية، لذلك هبت الهيئات والمنظمات القانونية والعلمية والدينية على حد سواء، إلى عقد الندوات والمؤتمرات المتخصصة، للبحث عن مدى قدرته على الإثبات من الناحية العلمية، ومدى تحليله بالقواعد الأخلاقية العامة، ولإيجاد نموذج قانوني له أسس ومعايير وضوابط علمية وأخلاقية واضحة، حول الحالات التي يمكن اللجوء إليها لاستخدام البصمة الوراثية كدليل مادي معتبر^(٣٥).

بناءً على ذلك اعترفت اللجنة التي شكلها المجلس الأوروبي بشأن القضايا البيولوجية الأخلاقية والتي امتد عملها بين الأعوام "١٩٨٩ - ١٩٩٢م"، بمسألة جواز استخدام البصمة الوراثية، وإن كانت قد قيدت استخدامها بعدد من القيود، أهمها، عدم استخدام المعلومات التي يتم الحصول عليها إلا في إطار الإثبات الجنائي وفي ذات القضية المعروضة، وعدم السماح بإجراء هذه التحليلات إلا بعد استحصال موافقة الجهة

(34) Recard Saferstein, 2001. Criminalistics, an introduction to Forensic prentice Hall. USA: Newjersy. P. 222.

(35) عبد الحميد، رضا عبد الحليم، ٢٠٠١م، الحماية القانونية للجين البشري، ط ١، القاهرة: دار النهضة العربية، ص ١١٩.

التحقيقية المختصة. وحصر هذه التحليلات في نطاق الجرائم الخطيرة وإجراءها في المعامل الرسمية حصراً^(٣٦) ولعل من أهم أسباب إثارة النواحي الأخلاقية فيما يتعلق باللجوء للحمض النووي DNA في الإثبات. هو طريقة تطبيق هذه التقنية التي تعتمد على أخذ عينات من مختلف أجزاء الجسم البشري للوصول إلى حل لغز بعض الجرائم^(٣٧).

ينبع التحفظ الأخلاقي لدى البعض من موضوع سلامة المتهم الجسدية، إذ إن للمتهم الحق في الحفاظ على أمنه الجسدي والنفسي والعقلي، وإن تعريضه لما يمس ذلك الحق سواءً في حقه بسلامة جسده، أو حقه في عدم إشعاره بالألم، أو حقه في الحفاظ على سلامة كافة أجزاء جسمه يعتبر انتهاكاً خارج الحدود التي يفرضها القانون في كافة التشريعات الدستورية والجنائية. وذلك قد يتعارض مع الإجراءات الطبية في أخذ عينة أو مسحة من جسم المتهم^(٣٨)، كما اعتبرها البعض انتهاكاً لحرمة حياة المتهم الخاصة، فأسرار الإنسان الخاصة، وخصوصيته مصادرة قانونياً.

بناءً على ما تقدم فقد اعتبر القانون الفرنسي تحديد شخصية صاحب البصمة الوراثية بدون رضاه أو بدون أمر قضائي بذلك جريمة يعاقب عليها القانون باعتبارها اعتداءً على الحرية الشخصية وفق المادة (٢٢٦-٢٨) من قانون العقوبات الفرنسي التي تنص على "أن البحث في التعرف عن شخص ببصماته الوراثية لا لأغراض طبية ولا علمية أو خارج إجراءات التحقيق أو خارج أي إجراء قضائي يعاقب عليه بسنة سجن وغرامة قدرها مائة ألف فرنك، كل من يجري تلك التحاليل دون أن يكون مرخصاً بذلك، ويكون للشروع بهذه الجريمة نفس العقوبة الأصلية". كما قضت المادة (٢٢٦-٣٢) بشطب اسم (الخبير) من قائمة الخبراء القانونيين إذا ارتكب الجريمة المنصوص عليها في

(٣٦) انظر: الحسيني، عمار عباس، ٢٠١٥م، الردع الخاص العقابي ونظم المعاملة الإصلاحية، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ص ٤٥٤.

(٣٧) سلطاني، توفيق، ٢٠١١م، حجية البصمة الوراثية في الإثبات، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، ص ٦٦.

(٣٨) انظر: الحمداني، محمد حسين، ٢٠٠٥م، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، مجلة الرافدين للحقوق، العراق: جامعة الموصل، م ١٣، ع ٤٩، س ١٦، ص ٣٥٢.

المادة (٢٢٨-٢٨) من القانون المذكور^(٣٩) تطبيقاً لذلك رفضت المحكمة استخدام هذه الطريقة في قضية "بيدونك"، والتي أقامها زوجاً ضد زوجته متهماً إياها بالزنا حيث طلب الزوج تحليل البصمة الوراثية لزوجته وولدها، وقد قوبل طلبه بالرفض من قبل المحكمة، باعتبار أن إخضاع الشخص لهذه الاختبارات ضد إرادته يعد اعتداءً، لا يتفق مع مقاصد القانون، كما أنها تنتهك الحياة الخاصة للإنسان^(٤٠) من خلال المادة أعلاه يتبين أن مبدأ إخضاع المشتبه به للفحوصات الطبية ليس مطلقاً، إنما يخضع للقيود المتعلقة بحرية الأفراد وحقوقهم.

تجدر الإشارة إلى إن إجبار شخص ما للخضوع للفحص الطبي لا تزال تعد استثناء من الأصل العام الذي يمنع إجبار الشخص على تقديم دليل إدانته بنفسه، إلا إن هذا المبدأ الذي نصت عليه معظم الدساتير ليس له حجة مطلقة، إذ يمكن للمشرع التدخل في الحالات التي تستوجب إخضاع المشتبه به.

يرى الباحث بناءً على ما تقدم، بأن اللجوء إلى البصمة الوراثية DNA، في الحالات التي يترك فيها الجاني آثار مادية ممكن أن تؤدي إلى التعرف عليه بعد تحليلها مخبرياً لا تشكل أي عقبة أو مشكلة، أما في الحالات الأكثر تعقيداً فيجب إجباره خصوصاً الحالات التي لا يمكن إثباتها بطرق الإثبات الأخرى، في القضايا الخطرة التي تمس أمن المجتمع، إذ أن المصلحة العامة تسمو على المصلحة الخاصة، في حال كان وجودها يشكل تهديد على أمن الأفراد والمجتمع، كما يرى الباحث أنه من الممكن في حالة كون الشبهات التي تحيط بالمتهم والجريمة المرتكبة شبهات قوية، فبالإمكان إجباره على الخضوع لإجراءات تحليل حمص DNA، على أن تكون تحت إشراف طبي متخصص وأمر قضائي صادر عن المحكمة الجنائية أو الجهة التحقيقية المختصة. بالرغم من أن بعض التشريعات لم تنظم مسألة استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي صراحة، إلا أن جواز هذا الاستخدام وعدم تجريمه مستفاد من عمومية النصوص التي تجيز استخدام التحليلات والفحوصات الطبية والبيولوجية في مجال الإثبات الجنائي.

(٣٩) انظر: حساني، علي عبدالله مجيد، ٢٠١٤م، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير، العراق، ص ٣٥.

(٤٠) انظر: رشيد، ايناس هاشم، ٢٠١٢م، تحليل البصمة الوراثية ومدى حجيتها القانونية في مسائل الإثبات القانوني دراسة مقارنة، مجلة رسالة الحقوق، ع ٢، س ٤، العراق: جامعة كربلاء، ص ٢٢٩.

المطلب الثاني

التكيف القانوني والشرعي في استخدام الحمض النووي DNA

ومدى حجته في الإثبات الجنائي

تباينت آراء فقهاء القانون حول الاعتماد على البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي منهم من ذهب إلى أنه لا يمكن الاستناد إلى البصمة الوراثية للحكم بالإدانة، واعتبرها قرينة داعمة^(٤١) وقالوا إن البصمة الوراثية لا تعتبر قطعية كدليل إن لم تكن مدعوم بأدلة أخرى. في حين رأى جانب آخر أن البصمة الوراثية DNA دليل قاطع وكاف لإثبات الواقعة الجنائية، وأن البصمة تعتمد على قواعد علمية يقينية، مما يعني أنها قرينة قاطعة، يجب على القاضي أن يأخذ بها، وأن يتقيد بنتائجها بشرط ضمان سلامة الفحوصات، وسلامة العينة المرفوعة من موقع الجريمة.

ويمكن إجمال الاختلاف الفقهي في الاعتداد بالحمض النووي كدليل في الإثبات من عدمه على الشكل الآتي:

الاتجاه الأول: عدم اعتبار البصمة الوراثية كدليل إثبات يجوز الحكم من خلالها بالإدانة: ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى اعتبار البصمة الوراثية دليل مساعد لا يرقى إلى مستوى اليقين الذي يسمح بالأخذ به كدليل كاف للإدانة في القضايا الجنائية، وبحسب هذا الرأي فإنه يشترط للاستناد إلى القرينة في الحكم بالإدانة أن تكون أكيدة في دلالتها لا تدخل فيها الاحتمالات، وأن تكون علمية ثابتة الدقة والمصادقية، وعدم جواز الالتجاء إليها إلا في حال عدم إمكانية إثبات الواقعة بالأدلة المباشرة التقليدية، لما يؤدي إليه الإثبات بالقرائن من الشعور بعدم توفر القناعة المريحة للقاضي في اتخاذ القرار^(٤٢)، وهذا ما ذهب إليه القضاء الأردني حيث قضت محكمة التمييز: "تبنى الأحكام على الجرم واليقين وعدم جواز بناءها على الشك والتخمين"^(٤٣) وتكمن حجية هذا الاتجاه من ناحيتين هما:

(٤١) أبو عامر، محمد زكي، ١٩٨٥م، الإثبات في المواد الجنائية، ط ١، الاسكندرية: المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، ص ١١٤.

(٤٢) انظر: سرور، احمد فتحي، ١٩٩٣م، الوسيط في الاجراءات الجنائية، ج ١، ط ٢، القاهرة: دار النهضة العربية ص ٤٩٤.

(٤٣) انظر: قرار محكمة التمييز الأردنية بصفحتها الجزائية رقم ٢٠٠٧/١٣٠٢ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٧/١٢/٤م، الأردن: منشورات مركز عدالة، ص ٣٤٠.

١- الناحية الإجرائية: يقوم الإثبات الجنائي على الدليل القاطع الذي لا يقبل الشك، وبما أن البصمة الوراثية قابلة للشك حتى وإن كان ذلك بنسب قليلة، فإن ذلك أدى بالعديد من جهات القضاء الجنائي إلى اعتبارها من القرائن. وتعتبر الطرق والإجراءات من العوامل التي تم الأخذ بها فيما يتعلق بالشك حول قطعية ومصادقية البصمة الوراثية، وتستند حجة هذا الاتجاه فيما يتعلق بصياغة التقارير الطبية المكتوبة، ومن خلال الاطلاع على بعض ما جاء فيها فإن الصيغة كانت على النحو التالي، "يمكن استبعاد" المشتبه فيه كالمرتكب للجريمة، أو "لا يمكن استبعاده" فكلية إمكانية أو عدم إمكانية استبعاد المشتبه به تثير الشكوك في أنها لا تمثل الحزم في تلك النتيجة وتبقى ضمن الاحتمالية، ومن الصبغ الطبية أيضاً "وجد أن نتائج الحمض النووي الذي تم فصله من اللعاب الموجود على أعقاب السجائر قد جاء مطابق لعينة دم المتوفى"^(٤٤) وهنا أيضاً تتضمن الاحتمالية جاء مطابق لعينة دم المتوفى وذلك لا ينفي ألا تكون مطابقة لغيره.

٢- الناحية المتعلقة بالعاملين على البصمة الوراثية: بما أن الأصل في إقامة الدليل الجنائي هو القطع، فإن البصمة الوراثية تعثرها الكثير من الظروف المحيطة التي قد تعمل على التقليل من قيمتها وذلك بحسب آراء المتخصصين الطبيين، فبالرغم من أنه يشترط على العاملين على البصمة الوراثية شروطاً تتضمن الدراية والعلم والخبرة والتجربة، واستخدام أجهزة ذات كفاءة عالية وتقنيات متقدمة، والتحلي بالأمانة والثقة والمصادقية، إلا أنه وفي العديد من تجاربنا الحياتية يتضح لنا، أنه وفي العديد من الحالات التي تشرط تلك المؤهلات والصفات يتم الاحتيال عليها لأغراض ولأسباب تتعلق بالمصالح الشخصية أو بالإهمال المتعمد أو غير المتعمد، مما قد يؤدي إلى إثارة الشك في نفوس القضاة وعدم الثقة في تقارير البصمة الوراثية والإضعاف من قيمتها، باعتبار أن الرقابة عليها تتم خارج النطاق القانوني وبعيد عن أعين القضاة. فقد تم الكشف عن بعض المشاكل في تحليل البصمة الوراثية ناتجة عن خلط عينتين وذلك

(٤٤) انظر: هشام، مدونه، ٢٠١٣، دور البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، مجلة القانون، ج ٣، من خلال الموقع الإلكتروني: <http://majlt-elqanon.blogspot.com> ، النصف في: ٩ أبريل. ٢٠٢٠م.

بحسب عالم الرياضيات "إريك لاندر" وأشار إلى إمكانية حدوث الأخطاء في المعامل الإكلينيكية بمعدلات تقدر نسبتها ما بين " ١ % - ٥ % " ^(٤٥).

بالتالي فإن البصمة الوراثية عرضة للخطأ، الذي قد يحدث أثناء التعامل مع العينات في رفعها، وتحريزها، وحفظها، وطريقة إرسالها إلى المختبرات ^(٤٦)، ويحدث أيضاً أثناء تداولها من العاملين والمختصين أثناء فحصها، كما إن عينات الحمض النووي DNA، من الوارد استبدالها سهواً أو عمداً، أو بسبب التفسير الخاطئ للنتائج. تطبيقاً لذلك نظرت إحدى المحاكم الأمريكية عام ١٩٩٩م، في جريمة قتل كان يوجد فيها مشتبه واحد فقط، وعندما تم تحليل عينات DNA للدم أخذت من قلب المجني عليه أثناء عملية التشريح، وجدت أن نتائج تحليل عينات DNA لم تكن تطابق نتائج عينات الدم التي كانت على حذاء المتهم، قامت عند ذلك المحكمة بتحريات حيث وجدت أن القتل أثناء إجراء عملية جراحية له، قد نقل إليه دم من أربعة متبرعين مختلفين، لذلك أمرت المحكمة المختبرات المختصة بإجراء فحص DNA لدم القتل، ومن ثم فحص آخر لأنسجة الدماغ "brain tissue" والتي لا يمكن أن تشوب بدم خارجي، عند ذلك ظهرت نتيجة الفحص إن عينات DNA من دم القلب كانت مطابقة لعينات DNA دم المتبرعين، في حين ظهرت نتائج عينات DNA المستخلصة من أنسجة دماغ المجني عليه مطابقة لعينات DNA للدم الذي كان على حذاء الجاني ^(٤٧).

بناءً على المعطيات أعلاه فقد أشار بعض الفقهاء، ومنهم الزحيلي إلى أن: "البصمة الوراثية لا تصلح وسيلة إثبات مستقلة ولا بينة قاطعة، لكنها تصلح قرينة لتكوين قناعة القاضي، ومساعدة قضاة التحقيق في اكتشاف الجريمة" ^(٤٨) وهذا يتوافق مع الرأي

^(٤٥) انظر: هشام، مدونه، ٢٠١٣م، دور البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، مرجع سابق.
^(٤٦) Linez, KondoT., MinaminoT.&OhshimaT. 1995.SEX Determina by.PCR.on Mummies Discovered at Taklamakan Desert in 1912. Forensic Scie.Int.,75:P(197-205).

^(٤٧) انظر: خالد، كوثر احمد، ٢٠٠٧م، الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية دراسة تحليلية مقارنة، ط ١، أربيل: مكتب التفسير للنشر والإعلان، ص ٣٣١.

^(٤٨) هاللي، سعد الدين مسعد، ٢٠٠٢م، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مؤتمر رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة، الدورة السادسة عشرة، ص ٢١.

القانوني أن: "البصمة الوراثية قرينة واقعية بسيطة لا تتمتع بقوة ثبوتية أعلى وأقوى من القوة الثبوتية التي تتمتع بها سائر وسائل الإثبات"^(٤٩).

تجدر الإشارة إلى إن الدول العربية والإسلامية لم تشر بشكل صريح إلى اعتبار الحمض النووي DNA دليلاً قاطعاً في الإثبات الجنائي. باستثناء البرلمان الكويتي الذي أقره قانون البصمة الوراثية الذي دخل حيز التنفيذ في ٢٠١٥/٨/٧م، وذلك بعد هجمات إرهابية تعرضت لها الكويت، وتضمن القانون إلزام جميع المواطنين والمقيمين بإعطاء عينة لوزارة الداخلية لأخذ البصمة الوراثية بهدف إنشاء قاعدة بيانات للحمض النووي.

الاتجاه الثاني: الآراء التي تعتبر البصمة الوراثية دليل إثبات يجوز الحكم من خلاله بالإدانة: إن عينات الحمض النووي DNA، أصبحت تحتل مكانة هي الأبرز والأهم من بين أنواع الأدلة المادية الأخرى بناءً على الحقائق التالية، "استحالة تطابق بصميتين لشخصين مختلفين أي عدم وجود بصمة واحدة لأكثر من شخص، كما أن البصمة ثابتة لا يمكن أن تتغير، إضافة إلى عدم تأثير الوراثة أو الأصول على شكل البصمة"^(٥٠) لذلك اعتبر العديد من الفقهاء أن بصمة الحمض النووي DNA تتصف بأنها قطعية الإثبات، وبحسب بعض المختصون في المجال الجنائي فإنه حتى في حالة الشك حول البصمة الوراثية ومصادقيتها، فإنه يتم الاعتماد على زيادة عدد الأحماض الأمينية المأخوذة، مما يزيد من أعداد وحيثيات الصفات الوراثية والتي يمكن الاستمرار بزيادتها إلى أن تصبح بمثابة اليقين^(٥١) تطبيقاً لهذا الرأي أُلقت الشرطة القبض على باتريس باده وذلك بعد يومين من اغتصاب وقتل شابة إنكليزية، واسمها كارولين ديسكينون، في مدينة بلين فوجيير الفرنسية وأُعترف المتهم في أثناء حجزه بأنه هو مرتكب تلك الجريمة، وتم توقيفه بعد أن ادعت النيابة عليه بالقتل والاغتصاب، ونتيجة لاختبارات بصمة الحمض النووي DNA التي بينت عدم مطابقة العينات

(٤٩) انظر: عاكوم، وليد، ٢٠٠٣م، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المجلد الثاني، الإمارات: جامعة الإمارات، ص ٥٤٥.

(50) David F, Betsch.1994. "DNA Fingerprinting in Human Health and Society" Genentech's Access Excellence. من خلال الموقع الإلكتروني: www.mit.edu.8001/esgbio/rdna/fingerprint.html

(51) David F, Betsch.1994. "DNA Fingerprinting in Human Health and Society," Genentech's Access Excellence.

المأخوذة من جسد المتهم مع العينة المأخوذة من جثة القتيلة فتم إخلاء سبيله، ولمدة عام من البحث لم يتم اكتشاف الجاني، وعندها قرر قاضي التحقيق إخضاع البالغين من الذكور في تلك المدينة الى اختبار بصمة الحمض النووي DNA، وكانت النتائج سلبية لـ ٥٠٠ عينة تم اختبارها. وبناءً على ذلك قرر قاضي التحقيق إخضاع كل من له سابقة في الجرائم الجنسية لاختبار بصمة الحمض النووي DNA بواقع ٣٠٠٠ اختبار، كانت النتائج جميعها سلبية، إلا أن تلك الاختبارات أظهرت فائدة عظيمة لمجرى العدالة الجنائية حيث تم تبرئة ٩٠ شخصا نتيجة لنتائج بصمة الحمض النووي DNA والتي أبرئت ساحتهم من التهم المنسوبة إليهم والتي أدانتهم بها مع العلم أن من بين هؤلاء الأشخاص ١٤ فرداً محكومين بالإعدام، ومن الجدير بالذكر أن هذه القضية أدت الى زيادة الاهتمام ببصمة الحمض النووي DNA، فقد طلبت وزيرة العدل الأمريكية، في ذلك الوقت، من النيابة السماح بفتح ملفات محفوظة وإعادة التحقيق باستخدام اختبارات بصمة الحمض النووي DNA^(٥٢).

من خلال الاتجاهات السابقة يمكننا القول إن البصمة الوراثية، قد تكون ذات نتائج مشكوك فيها عند الاستعانة بها في التعرف على هوية المشتبه به^(٥٣)، ويعود السبب في ذلك إن استخلص عينة (DNA) يعتمد بشكل كبير على التقنيات والفنيين المهرة في كافة مراحلها، كما إن إحدى الدراسات الأمريكية وجدت أن هناك نوع من أنواع البكتيريا تتكاثر على بقع الدم الجافة مما قد يعمل على تغيير الخريطة الوراثية في بعض أجزاءها مما قد يؤدي إلى تضليل نتائجها في الإثبات^(٥٤) لذا فإن الدقة في الفحص والتحليل المخبري من أهم العوامل المرتبطة بصحة النتائج.

• ضوابط استخدام الحمض النووي في الإثبات:

حتى تتحقق معايير الدقة والوثوق بعينة البصمة الوراثية DNA، فلا بد أن تكون عملية الفحص والتحليل قائمة على مبادئ تضمن جودة العمل ونزاهة النتائج، عند ذلك

(٥٢) انظر: صالح، فوز، ٢٠٠٣م، حجية البصمات الوراثية في إثبات النسب، مجلة الشريعة والقانون، ع ١٩، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص ٢٩٤.

(٥٣) انظر: عادل، عبد الحافظ ال تومي، ١٩٩٧م، الدليل الفني في الطب الشرعي، مجلة الأمن العام والقانون، كلية الشرطة دبي، السنة الرابعة، العدد الثاني، ص ٤٠٢.

(٥٤) انظر: أبو القاسم، احمد، ١٩٩١م، أساليب البحث العلمي بين أصالة العلم ورجاحة الفكر، مجلة الأمن العام والقانون، كلية شرطة دبي، السنة الأولى، العدد الثاني، يوليو، ص ٥٦.

تصبح هذه العينة أداة فاعلة وقرينة ذات قوة في الإثبات الجنائي، ولا يمكن أن يتحقق ذلك إلا من خلال تحقق العوامل التالية:

١- اعتماد معايير ضمان الجودة، وهي معايير عالمية صارمة تتعلق بتطبيق الجودة في المختبرات الجنائية.

٢- توفر شهادة الاعتماد للمختبرات الجنائية، وهي شهادة رسمية من منظمات دولية معترف بها متخصصة في العلوم المختبرية، تلزم المختبرات بمعايير وخطوات وطرق العمل بما يضمن أقصى قدر من الجودة في نتائج اختبارات البصمة الوراثية DNA.

٣- التدقيق الدوري، يقوم به مندوب عن شركة الاعتماد الدولية بهدف الرقابة على العمل ضمن المعايير المتبعة، ويتم سحب الاعتمادية للمختبرات التي لا تفي بتلك المعايير في عملها.

٤- اختبار كفاءة العاملين، يخضع العاملون لامتحانات وطرق تقييم مختلفة للتأكد من مهاراتهم في التعامل مع البصمة الوراثية الـ DNA وفحصها وطرق استنتاجهم وكتابة التقارير السليمة.

٥- اختبار كفاءة الأجهزة وطرق عملها ودقتها في الفحص، وهي إجراءات تتم من قبل فنيين لضمان سير الأجهزة المختبرية بصورة صحيحة وتوصلها لنتائج دقيقة، وذلك يتم بشكل دوري لكل جهاز مستخدم، من حيث سلامته وسلامة الإجراءات والفحوصات التي تتم بواسطته.

٦- مراقبة الجودة: وتشمل مراقبة العمليات التقنية وأساليب وطرق العمل بشكل يومي روتيني للوفاء بمتطلبات جودة العمل المخبري في فحوص البصمة الوراثية DNA^(٥٥).

بناءً على كل ما تقدم فقد بحث المجمع الفقهي الإسلامي هذا الموضوع في دورته السادسة عشر المنعقد في مكة المكرمة في العام "١٤٢٢هـ"، وأجمعوا على جواز الاعتماد على البصمة الوراثية والاعتراف بها، وخلص المؤتمر إلى أنها وسيلة تميز كل

(٥٥) الجندي، إبراهيم صادق، ٢٠١٤م، دراسة تحليلية لاستخدام تقنيات البصمة الوراثية كقرائن طبية في الجرائم الجنائية، بحث مقدم لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الفقهية، ص ٨٧٧-٩١٥. جامعة الإمام، المملكة العربية السعودية، ص ٨٨١.

إنسان عن غيره وهي طريقة تمتاز بالدقة وتسهل مهمة الطبيب. وأشارت هذه الفتوى إلى جواز إثبات النسب في حالة الزنا، وعدم جواز الاحتكام إلى الحمض النووي DNA كدليل على جرائم الزنا والاغتصاب، أي أنه غير جائز للإثبات في الحدود، ونصت على أنه "لا مانع شرعاً من إلزام المنكر سواء أكان الرجل أم المرأة أم طرفاً آخر كالولي مثلاً بإجراء تحليل (DNA)" عندما يدعي أحدهما أو كلاهما قيام علاقة زوجية بينهما في ذاتها بشهود أو توثيق أو نحوهما، وكذلك الحال في حدوث وطء بشبهة أو عقد فاسد بينهما، وهذا لإثبات نسب طفل يدعي أحدهما أو كلاهما أنه ولد منهما، وفي حالة رفض المدعي عليه إجراء التحليل المذكور يعد الرفض قرينة قوية على ثبوت نسب هذا الطفل له، وإن لم نلتفت إلى بقاء الزوجية ذاتها والآثار المترتبة عليها فإن إثبات النسب لا يعني استمرار قيام الزوجية^(٥٦)، وتعليل ذلك أن نظرة الشرع للنسب تختلف عن نظريته لإقامة الحد فالشرع يثبت النسب لأدنى ملابس، أما الحد فإن الشرع يسقطه في حال وجود أي شبهة مهما كانت نسبتها، وذلك لقول الله تعالى "وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ"^(٥٧) بالتالي فإن الشرع الإسلامي حدد إثبات واقعة الزنا والاغتصاب بوجود أربعة شهود واشترط عدولهم، كما حدد كيفية الشهادة وتفصيلها في إثبات تلك الجرائم، ومن الآراء التي توافقت مع هذا الاتجاه ما أورده الدكتور سعد الدين مسعد بأن "البصمة الوراثية قرينة نفي وإثبات قوية لا تقبل الشك في جرائم السرقة والقتل والاغتصاب والجرائم الجنسية"^(٥٨) كذلك ما ذهب إليه الأمين العام للاتحاد العالمي لعلماء المسلمين الدكتور/ علي محي الدين إلى أن: "البصمة الوراثية دليل

(٥٦) انظر: الأروادي، محمد أنيس، د.ت، محاضرة بعنوان البصمة الوراثية، دار الفتاوى في الجمهورية اللبنانية، لبنان: جامعة بيروت العربية، من خلال الموقع الإلكتروني: <http://www.docstoc.com/docs/159579325/lecture>، التصفح في: ٩ أبريل ٢٠٢٠م.

(٥٧) القرآن الكريم: سورة النور، ٢٤: ٤.

(٥٨) انظر: هلال، سعد الدين مسعد، ٢٠٠٠م، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، ط١، الكويت: جامعة الكويت، ص ٢٧٣.

مقبول شرعاً لكشف الجرائم والمجرمين ولا تقل نتائجها عن الظن القوي جداً الذي يكاد يصل إلى مرحلة القطع واليقين^(٥٩).

وأخيراً إن الاتجاه القضائي الأكثر انتشاراً في الدول العربية، يتلخص في أن البصمة الوراثية هي دليلاً مساعداً للقاضي في تكوين قناعته الشخصية. كما هو الحال في المحاكم في الدول العربية كالعراق والأردن والسعودية، إذ لم يأخذ بتقرير البصمة الوراثية كدليل ملزم إنما اعتبرت قرينة ذات مصداقية عالية، تعتمد في حال تعززت بأدلة وقرائن أخرى^(٦٠) في حين اتجه القضاء الغربي في أمريكا وأوروبا على قبول البصمة الوراثية كدليل قانوني في المحاكمات الجنائية.

الخاتمة

تناول هذا البحث موضوع بصمة الحمض النووي DNA، وآثاره في الإثبات الجنائي من خلال تحليل قواعده القانونية وفقاً لقواعد القوانين الوطنية، مع بيان موقف فقهاء الشريعة الإسلامية السمحاء بهذا الشأن، حيث بينا فيه أثر التطور العلمي والتكنولوجي على نظام الإثبات الجنائي، حيث فرض هذا التطور أشكالاً جديدة في مجال النشاطات الإجرامية، الأمر الذي استدعى البحث عن وسائل جديدة غير جدلية في الإثبات. وقد انتهى البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نلخصها وفق الشكل الآتي:

أولاً- النتائج:

١- تعد بصمة الحمض النووي DNA، خارطة فريدة يتميز فيها كل فرد عن غيره، وهي لا تتغير ولا تتشوه مع مرور الزمن ويمكن استخلاصها من الشخص حتى بعد مماته.

(٥٩) القرداغي، علي محي الدين، ٢٠٠٢م، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، ندوة المجمع الفقهي (١٤٢٢ هـ الموافق ٢٦/١٠)، لفترة ٢٦-٢١-١٤٢٢ هـ، الدورة السادسة عشر، مكة المكرمة: رابطة العالم الإسلامي، ص ٢٩.

(٦٠) انظر: سعيد عباس فاضل وحمودي محمد عباس، ٢٠٠٩م، استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، مجلة الرافيدين للحقوق، م ١١، ع ٤١، العراق: جامعة الموصل، ص ٢٩٧.

٢- بصمة الحمض النووي DNA دليل واضح وقاطع على وجود شخص معين في مكان الجريمة، كما تعد دليل قاطع لهوية الشخص صاحب الأثر على جسم الضحية أو على أدواتها.

٣- يتم الأخذ ببصمة الحمض النووي DNA في الإثباتات في التشريعات الغربية بفعل التقدم العلمي والتكنولوجي، بشكل أكبر من التشريعات العربية.

٤- تعتبر بصمة الحمض النووي DNA في الفقه الاسلامي من القرائن الفعلية او ما يطلق عليه بالأدلة المادية العلمية، وقد تم إجازة اللجوء اليه في حال النزاع فيه.

ثانياً-التوصيات:

١- فرض اللجوء الى تحليل بصمة الحمض النووي DNA، في الحالات التي يمكن أن يمثل دليلاً قاطعاً في كشف الجرائم أو نفيها عن متهم دون الحاجة الى موافقة المتهم، خصوصاً في الجرائم التي تشكل تهديداً لأمن المجتمع كجرائم الارهاب والتجسس.

٢- العمل على انشاء مركز أو بنك معلومات يضم البصمات الوراثية لكافة أصحاب السوابق الجنائية والبصمات الوراثية التي يتم ايجادها في مسرح الجريمة مما يعمل على تسهيل الوصول الى الجناة ويحقق قدر أكبر من العدالة.

٣- إدخال تقنيات حديثة ومتطورة على اساليب العمل بالبصمة الوراثية من خلال إنشاء مختبرات خاصة تتبع المحكمة الجنائية، ويعمل بها متخصصون مشهود لهم بخبراتهم في تحليل الحمض النووي ويخضون لرقابة للتأكد من خلو التحليل من حالات الخطأ والتلاعب والغش.

٤- عمل المزيد من الدراسات حول بصمة الحمض النووي DNA وأهميته في الاثبات من قبل جهات رسمية ذات صفة مقبولة لدى المشرع العربي.

٥- حث المشرع العربي على عقد اتفاقيات للتنسيق حول تقنين استخدام البصمة الوراثية في الاثبات الجنائي والتعاون بين جهات التحقيق القضائية للبلدان العربية في هذا الخصوص.

المراجع

أولاً- القرآن الكريم.

ثانياً- الكتب:

- (١) ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري، ٢٠١٠م، لسان العرب، م ٢، ط ٣، بيروت: دار صادر.
- (٢) الجرجاني، علي بن محمد بن علي، ١٩٨٥م، التعريفات، تحقيق: ابراهيم الابياري، ط ١، بيروت: دار الكتاب العربي.
- (٣) أحمد، سماعون سيد، ٢٠٠٤م، قواعد الإثبات الجنائي ومدى تطبيقها على جريمتي الزنا والسياسة في حالة سكر، المعهد الوطني للقضاء، وزارة العدل: الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
- (٤) البية، محسن، ١٩٨٩م، شرح القانون المدني الكويتي نظرية الحق، ط ١، الكويت: مكتبة الصغار.
- (٥) النشار، محمد فتح الله، ٢٠٠٠م، أحكام وقواعد عبء الإثبات في الفقه الإسلامي وقانون الإثبات طبقاً لأحدث أحكام محكمة النقض، بلا طبعة، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر المكتبة القانونية.
- (٦) الجندي، إبراهيم صادق، ٢٠١٤م، دراسة تحليلية لاستخدام تقنيات البصمة الوراثية كقرائن طبية في الجرائم الجنائية، مؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الفقهية، جامعة الإمام، المملكة العربية السعودية.
- (٧) الشهاوي، قدرى عبد الفتاح، ١٩٧٨م، أصول واساليب التحقيق والبحث الجنائي، ط ٢، القاهرة: عالم الكتب.
- (٨) المحب، صالح، ٢٠٠٠م، حول هندسة الوراثة وعلم الاستنساخ، ط ١، بيروت: الدار العربية للعلوم.
- (٩) المعاينة، منصور عمر، ٢٠٠٠م، الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي، ط ١، عمان: دار الثقافة.
- (١٠) الأزريرجزي، رائد صابر، ٢٠١١م، القرينة ودورها في الإثبات في المسائل الجزائية دراسة مقارنة في القانون الاردني والعراقي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن.
- (١١) الرشيدى، سعد بن فايز، ٢٠١٤م، تقييم تقنيات تحليل الحامض النووي التلامسي DNA المرفوع من أدوات الجريمة في منطقة حائل في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية.

- ١٢) الخليفة، بدر خالد، ١٩٩٦م، توظيف العلوم الجنائية لخدمة العدالة، ط١، الكويت: دار العرب للنشر والتوزيع.
- ١٣) الحسيني، عمار عباس، ٢٠١٥م، الردع الخاص العقابي ونظم المعاملة الإصلاحية، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- ١٤) الحمداني، محمد حسين، ٢٠٠٥م، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، مجلة الراافدين للحقوق، العراق: جامعة الموصل.
- ١٥) ابو عامر، محمد زكي، ١٩٨٥م، الإثبات في المواد الجنائية، ط ١، الاسكندرية: المؤسسة الفنية للطباعة والنشر.
- ١٦) القرداغي، علي محي الدين، ٢٠٠٢م، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، ندوة المجمع الفقهي (١٤٢٢ هـ الموافق / ١٠ / ٢٦)، لفترة ٢١-٢٦-١٤٢٢ هـ، الدورة السادسة عشر، مكة المكرمة: رابطة العالم الإسلامي.
- ١٧) ابو القاسم، أحمد، ١٩٩١م، أساليب البحث العلمي بين اصالة العلم ورجاحة الفكر، مجلة الأمن العام والقانون، كلية شرطة دبي، السنة الأولى، العدد الثاني، يوليو.
- ١٨) حسن الجو خدار، ١٩٩٧م، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط ٢، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- ١٩) حساني، علي عبدالله مجيد، ٢٠١٤م، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير، العراق.
- ٢٠) خالد، كوثر احمد، ٢٠٠٧م، الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية دراسة تحليلية مقارنة، ط ١، أربيل: مكتب التفسير للنشر والإعلان.
- ٢١) رشيد، إيناس هاشم، ٢٠١٢م، تحليل البصمة الوراثية ومدى حجيتها القانونية في مسائل الاثبات القانوني دراسة مقارنة، مجلة رسالة الحقوق، السنة ٤، العدد ٢، العراق: جامعة كربلاء.
- ٢٢) سلطاني، توفيق، ٢٠١١م، حجية البصمة الوراثية في الإثبات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لخضر، باتنة، الجزائر.
- ٢٣) سرور، احمد فتحي، ١٩٩٣م، الوسيط في الإجراءات الجنائية، ج ١، ط ٢، القاهرة: دار النهضة العربية.
- ٢٤) سعيد عباس فاضل وحمودي محمد عباس، ٢٠٠٩، استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، مجلة الراافدين للحقوق، م ١١، ع ٤١، العراق: جامعة الموصل.
- ٢٥) صالح، فواز، ٢٠٠٣م، حجية البصمات الوراثية في إثبات النسب، مجلة الشريعة والقانون، ع ١٩، جامعة الإمارات العربية المتحدة.

- ٢٦) عبد الفتاح، محمد لطفي، ٢٠١٢م، القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية دراسة مقارنة، رسالته للدكتوراه جامعة المنصورة، ط١، مصر: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع.
- ٢٧) عبد المجيد، عصمت، ١٩٩٧م، الوجيز في شرح قانون الإثبات، ط ١، بغداد: مطبعة الزمان.
- ٢٨) عبد الله، محمود محمد محمود، ١٩٩١م، الأسس العلمية والتطبيقية للبصمات دراسة تحليلية مقارنة، أطروحة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، القاهرة.
- ٢٩) عبد الحميد، رضا عبد الحليم، ٢٠٠١م، الحماية القانونية للجين البشري، ط ١، القاهرة: دار النهضة العربية.
- ٣٠) عاكوم، وليد، ٢٠٠٣م، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المجلد الثاني، الإمارات: جامعة الإمارات.
- ٣١) عبد القادر، إدريس، ٢٠٠٥م، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة الخليل، فلسطين.
- ٣٢) عادل، عبد الحافظ التومي، ١٩٩٧م، الدليل الفني في الطب الشرعي، مجلة الأمن العام والقانون، السنة الرابعة، العدد الثاني، الإمارات العربية المتحدة: كلية الشرطة دبي.
- ٣٣) مصطفى، محمود، ١٩٧٦م، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط ١١، القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة.
- ٣٤) هلال، سعد الدين مسعد، ٢٠٠٠م، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، ط ١، الكويت: جامعة الكويت.

- 35) Bolding, Per Olof.1989.Ger det att bevisa Juristforlaget, Sweden:Stockholm, PP.5-9. 36) Werner Beulke, 1994. verlag Heidelberg,Germany.P.55.
- 37) Recard Saferstein, 2001. Criminalistics, an introduction to Forensic prentice Hall. USA: Newjersy.
- 38) Gillp. &werreHD.j. 1997. Exclusion of a man.chared with Murder by DNA Finger Printing.Forensic.science International, p.145-148.
- 39) Linez, KondoT.,MinaminoT.&OhshimaT.(1995):SEX Determina by.PCR.on Mummies Discovered at Taklamakan Desert in 1912. Forensic Scie.Int., 75:P(197-205).

ثالثاً- القوانين والوثائق:

- (١) قانون الإثبات العراقي، ١٩٧٩م.
- (٢) دستور جمهورية العراق، ٢٠٠٥م.
- (٣) مجموعة أحكام محكمة النقض الأردنية.
- (٤) أحكام محكمة التمييز العراقية، ١٩٤٠م.

رابعاً- المواقع الإلكترونية:

- (١) السبيل، عمر محمد، ٢٠٠٢م، القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجمع الفقه برابطة العالم الاسلامي، الدورة رقم ١٥، من خلال الموقع الإلكتروني: <http://www.gulfkids.com> ، التصفح في: ٧ أبريل ٢٠١٩م.
- (٢) الأروادي، محمد أنيس، د.ت، محاضرة بعنوان البصمة الوراثية، دار الفتاوى في الجمهورية اللبنانية، لبنان: جامعة بيروت العربية، من خلال الموقع الإلكتروني: <http://www.docstoc.com/docs/159579325/lecture> ، التصفح في: ٩ أبريل ٢٠١٩م.
- (٣) ضومط، ريماء سلوم ، ٢٠٠٥، "البصمة الوراثية في مسرح الجريمة"، مجلة الجيش، العدد ٢٤٤، تشرين الأول، من خلال الموقع الإلكتروني: <https://www.lebarmy.gov.lb/ar/search> ، التصفح في: ٦ أبريل ٢٠١٩م.
- (٤) هشام، مدونه، ٢٠١٣، دور البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، مجلة القانون، ج ٣، من خلال الموقع الإلكتروني: <http://majlt-elqanon.blogspot.com> ، التصفح في: ٩ أبريل ٢٠١٩م.
- 5) David F, Betsch.1994. "DNA Fingerprinting in Human Health and Society" Genentech's Access Excellence. www.mit.edu.8001/esgbio/rdna/fingerprint.html الإلكتروني:

الوجه القانوني للعملات الافتراضية

الأستاذ الدكتور/ كمال أحمد يوسف النيص*

الملخص:

انتشر التعامل بالنقود الافتراضية في كثير من دول العالم (عملة ليس لها وجود مادي يتم تداولها عبر الإنترنت فقط ويتم توليدها من خلال برامج خاصة في الحاسب الآلي)، ومع ذلك لا يزال غالبية الأفراد غير ملمين بخصائص ومزايا ومخاطر هذه العملات، ولذا فقد هدفت الدراسة لبيان حقيقة النقود الافتراضية وأنواعها وخصائصها، مع تحليل أبرز الآثار الاقتصادية الناشئة عن انتشارها واستخدامها كوسيلة دفع حديثة، وقد توصلت الدراسة لعدد من النتائج من أهمها: ضعف البنية التحتية لهذه النقود مما جعلها عرضة لتقلبات حادة في أسعارها عند أدنى المواقف والأحداث الاقتصادية، كما أن عدم وجود جهة مركزية تنظم عمليات إصدارها وتدعمها وتحميها عند الأزمات ساهم في زيادة التذبذبات في أسعار صرفها، وكان من أهم مقترحات الدراسة ضرورة وجود تنسيق وتعاون نقدي دولي يعمل على وضع الأطر الكفيلة بحماية المتعاملين بهذه النقود، مع العمل على صياغة اتفاقيات وقوانين تضبط إصدار هذه النقود وآليات تداولها على المستوى الدولي والاقليمي والوطني، وكذا سرعة قيام سلطة النقد بإصدار توجيهات إرشادية توعوية تبين مخاطر هذه العملات، مع إصدار تعليمات إلزامية تمنع تداول هذه العملات على المستوى الوطني، لحين الوصول لضوابط دولية بشأنها.

الكلمات المفتاحية: عملات افتراضية - تحويلات إلكترونية - عملة رقمية - مخاطر - طبعة قانونية.

*أستاذ القانون الجنائي - جامعة القدس.



The Legal Framework of Virtual Currencies

Prof. Kamal Ahmad Yousef Alnees*

Abstract:

The circulation of virtual money spread in many countries of the world (a currency that does not have a physical presence that is traded over the Internet only and is generated through special programs in the computer), yet most of the individuals are still unfamiliar with the characteristics, advantages and risks of these currencies, and therefore the study aimed to demonstrate The reality of virtual money, its types and characteristics, with an analysis of the most important economic effects arising from its spread and its use as a modern means of payment. The study reached a number of results, the most important of which are: the weak infrastructure of this money, which made it display sharp fluctuations in its prices at the lowest economic situations and events, and that p M The presence of a central authority regulating its issuance, support, and protection in crises contributed to increasing fluctuations in its exchange rates, and one of the most important proposals of the study was the need for international coordination and monetary cooperation that works to put in place frameworks to protect customers with this money, while working to draft agreements and laws that control the issuance of this money And the mechanisms of their circulation at the international, regional and national levels, as well as the speedy issuance of educational guidance by the Monetary Authority indicating the risks of these currencies, with the issuance of mandatory instructions that prevent the circulation of these currencies at the national level, until international controls are reached on them.

Keywords: Virtual Currencies – E-Transactions – Digital Currency – Risks – Legal Nature.

* Professor of Criminal Law, Quds University.

المقدمة

أولاً- موضوع الدراسة:

أثارت العملات الافتراضية أو الإلكترونية أو النقود الرقمية، ضجة وجدالاً واسعين في نطاق التعاملات المالية؛ لما يثور حولها من قضايا فنية وقانونية وشرعية وأمنية، وحول مشروعية التعامل بها من عدمه، فلا يوجد تشريع ينظم تداول العملات الافتراضية والتعامل بها، ولذا فتحدد مدى قانونية ذلك يقتضي الرجوع إلى التشريعات والقرارات التنظيمية القائمة والسارية.

وتشكل العملات أحد أهم وأبرز مظاهر استقلال الدولة، وذلك من خلال استخدامها للقيام باستيراد ما يلزم من احتياجاتها، وتصدير ما يفيض عنها وعليه فهي تستغني عن تبعيتها للغير؛ كون المجتمع بحاجة لأداة للتبادل على الصعيدين الداخلي والخارجي، وهذه الأداة تعتبر مقياساً لسعر السلع والخدمات، وبدون النقود فإن النشاط الانساني وحركة الاقتصاد الوطني والعالمي لا يمكن أن يؤدي وظائفه، وبلا شك فإن تبعية العملة الوطنية وعدم استقلالها الواقعي؛ بل والقانوني، يرسخ لتبعية الدولة ويجعل استقلالها استقلال شكلياً، وعلى الرغم من ازدياد الدول المستقلة، فإن تعدد العملات النقدية التي يتم التعامل بها بين الدول وتحكم بعض الدول والمؤسسات في تحديد قيمتها يشكل عائقاً أمام إنشاء السوق الحرة^(١).

ثانياً- إشكالية الدراسة:

لدراسة اشكاليات عدة في مقدمتها؛ انتقاء التقنيات الكافية المنظمة للمسألة محل البحث في ظل تعاضم انتشارها وتوغل أبعادها، ثاني هذه الاشكاليات هي انغماس هذه العملات في الجهالة.

(١) د. أشرف توفيق شمس الدين، مخاطر العملات الافتراضية في نظر السياسة الجنائية بين الشريعة والواقع، بحث مقدم للمؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة "مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل"، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦ - ١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م، ص(٦٥٤).

ثالثاً- أهداف الدراسة:

يشق البحث طريقه إلى النور شاحداً بذلك همم المسؤولين، ومبيناً تبعات المسألة وأبعادها للمتعاملين بهذه العملات بصفة خاصة، ولأفراد المجتمع بصفه عامة عبر تسليط الضوء على أبرز ما يحيط بالعملات الافتراضية في جانبها القانوني من مسائل بغرض اللحاق بركب هذه العملات، بعدما أضحت واقعاً ملموساً يُراودنا مهما حاولنا غض الطرف عنه.

ضف إلى ذلك التصدي المباشر للمسائل محل التناول بالبحث والتأصيل في سبيل الوصول إلى أنسب الرؤى المقضية إلى نتائج محددة وتوصيات مستندة في ذلك إلى أسس قانونية وعملية وواقعية رصينة.

رابعاً- منهجية الدراسة:

تتطلب دراسة العملات الافتراضية من الناحية القانونية التطرق إلى بعض المسائل التي لا يتصور أن يكتمل بناء بهذه الأوصاف بدونها؛ وهي تساؤلات منطقية سيسعى البحث للإجابة عليها وهي: ماهية العملات الرقمية، ثم طبيعتها القانونية، مع بيان ما يميزها عن غيرها من العملات وما آلية عملها.

يضاف على ما سبق فإن البحث سلك طرق أخرى مجيباً على بعض التساؤلات ذات الصلة؛ ما مدى قانونية العملات الافتراضية من الناحيتين النظرية أو الواقعية؟ وهل توجد إمكانية تطبيق قواعد القانون على هذه العملات؟ وماهي مواقف دول العالم والمنظمات الدولية؟ وهل من دور للتعاون الدولي بخصوص العملات الافتراضية في ظل ما بين هذه العملات وفكرة العالمية من تشابك؟ وهل توجد سبل محددة لهذا التعاون؟

يضاف إلى ما سبق طرق البحث بعض التساؤلات المفصلية التي شغلت -وما فتأت تشغل- بال الكثيرين، ولقد حرصت على وضع كل تساؤل منها في مكانه المناسب بالبحث في تسلسل منطقي، وبحسب ما يخدم أجزاء البحث، ووازي ما سبق السعي صوب الوصول إلى إجابات قانونية أو منطقية أو واقعية عن هذه الأسئلة، ووفق ما كان ملائماً.

خامساً- منهج الدراسة:

بُنيت الدراسة -وهي في سبيل معالجة الموضوع- على ثلاث مناهج، حسب ما كان منها مُعيناً ومناسباً لموضوع البحث؛ أولهما: هو المنهج المقارن؛ إذ أثرى الدراسة إجراء المقارنة بين مواقف العديد من الدول من مسألة العملات الافتراضية من زاوية مدى قانونيتها، ثم الوقوف عند مواقف بعض هذه الدول تحديداً، حسب ما ارتأته مثيراً للأهمية، وداعياً لذكره.

وثانيهما: هو المنهج التحليلي؛ إذ سعت الدراسة إلى إجراء تحليل مناسب للمسائل التي كانت محللاً لذلك، مع عرض بعض الآراء التي خدمت البحث، وبُينت ما أُقيمت عليه من حجج أيما وجدت.

وثالثهما: هو المنهج التأصيلي؛ وذلك عبر إجراء التدقيق والملاحظة لبعض التطبيقات من خلال دراستها وتحليلها، ثم محاولة الوصول إلى قواعد عامة تحكمها.

سادساً- خطة الدراسة:

وبعد سعي حثيث وبحث دقيق كي يخرج موضوع الدراسة إلى النور-يحدوني الأمل في أن يجد فيه القارئ ضالته-جاءت منهجية الدراسة كما يأتي:
المبحث الأول: ماهية العملات الافتراضية.
المبحث الثاني: مدى قانونية العملات الافتراضية.

المبحث الأول

ماهية العملات الافتراضية

تمهيد وتقسيم:

ارتأيت أنه من الأنسب عدم الخوض في الدراسة دون التوقف عند قليل من معالمها بالبيان؛ ولذلك عُنون المبحث الأول بالعنوان المذكور باعتباره قد جاء مُعبداً طريق المبحث الثاني الذي هو صلب الموضوع.

ولقد تناول المبحث الأول ماهية العملات الافتراضية، وطبيعتها القانونية، مميّزاً بينها وبين غيرها من العملات في مطلب أول، ومبيّناً خصائص هذه العملات من منظور مالها وما عليها في مطلب ثانٍ، ومستوفّقاً عند آلية عملها في مطلب ثالث، ولتكون الصورة قد وضّحت في ذهن القارئ على نحو يُمكن من الدخول حينئذ في لبّاب الموضوع.

المطلب الأول

ماهية العملات الافتراضية وطبيعتها القانونية

من المتعارف عليه في وقتنا الحالي هو وجود نوعين من العملات أحدهما التقليدية والأخرى الرقمية، فبالنسبة للعملات التقليدية تكون خاضعة لحكومة محددة بمعنى أنها مركزية ولا يتم نقلها إلا عن طريق البنوك، وبالنسبة للعملات الرقمية تختلف عن العملات التقليدية في كل الجوانب.

وتعدّ العملة الافتراضية واحدة من أكبر الظواهر المالية في وقتنا الراهن، ففي حين فجر ارتفاع قيمتها السوقية الصاروخي أحلام الثراء السريع لدى الكثيرين أثار المخاوف من انفجار فقاعة المضاربة الضخمة في هذه السوق.

والعملة الافتراضية ليس لها وجود ملموس، ولا يمكن رصد حركتها بالأسواق الدولية لكونها تتداول عبر الأشخاص والمؤسسات عن طريق الإنترنت، وتستخدم التشفير وقاعدة بيانات تسمح بتحويل الأموال بسرعة وسرية خارج نظام الدفع المركزي التقليدي، وتتميز بأنها عملة لا مركزية؛ أي لا يتحكم بها غير مستخدميها، ولا تملك رقماً متسلسلاً ولا تخضع لسيطرة الحكومات والبنوك المركزية كالعملات التقليدية، بل يتم التعامل بها فقط عبر شبكة الإنترنت دون وجود فيزيائي لها، وبالتالي تم تجاوز نظام التداول النقدي التقليدي بعملة غير ملموسة، بعيدة عن أعين السلطات الرسمية، أو وجود تغطية من الذهب أو عملات أجنبية تدعمها وإعادة الناس إلى عالم بلا قيود. ونتناول البحث في هذا المطلب ببيان ماهية العملات الافتراضية في الفرع الأول، ثم توضيح أبرز ما قيل عن طبيعتها القانونية، ومميزاً عقب ذلك أبرز خصائص هذه العملات التي تميزت بها دوناً عن غيرها.

الفرع الأول

ماهية العملات الافتراضية

ونستعرض هنا مفهوم العملات الافتراضية ونشأتها وأشهر أنواعها، مخاطرها، ومميزاتها:

أولاً- التعريف: أعطيت عدة تعريفات للعملات الافتراضية ونقتصر على ذكر أكثرها دقة وإحاطة بالمفهوم:

فالعملة الافتراضية عملة رقمية مجهولة المنشأ، كونها لا تملك رقما متسلسلا، ولا أية وسيلة أخرى تتيح تتبعها، وقد وسمت بالافتراضية نسبة إلى الواقع الافتراضي، بعد أن انتشرت تقنية الافتراضية وبدأت تحاكي الواقع، وكأنها حقيقة، وهي لا تعدو كونها وحدات رقمية مشفرة، لاعتمادها على مبادئ التشفير، ومن ثم فليس لها وجود مادي محسوس، بل ينحصر وجودها في الوسط الافتراضي، فلزم كون الإنترنت وسطاً للتداول بها، ولا يعرف شيء عن الجهات التي تصدر هذه العملات ومثيلاتها، وهي عملة غير مغطاة بأصول ملموسة، وإصدارها غير مقيد بقيود أو ضوابط البنوك المركزية، لاعتمادها في ظهورها وتداولها على فضاء مطلق عبر الشبكة العالمية "الإنترنت"، فخرجت بذلك سلطات الجهات الرقابية والهيئات المالية، سواء في ذلك العلمية منها والمحلية^(٢).

وعرفت المفوضية الأوروبية "العملة الافتراضية" بأنها "قيمة نقدية مخزنة بطريقة إلكترونية على وسيلة إلكترونية كبطاقة أو ذاكرة كمبيوتر، مقبولة كوسيلة للدفع بواسطة متعهدين غير المؤسسة التي أصدرتها، يتم وضعها في متناول المستخدمين لاستعمالها كبديل عن العملات النقدية والورقية، بهدف إحداث تحويلات إلكترونية لمدفوعات ذات قيمة محددة"^(٣).

وقد عرّفها البنك المركزي الأوروبي بأنها: "مخزون إلكتروني لقيمة نقدية على وسيلة تقنية يستخدم بصورة شائعة للقيام بمدفوعات لمتعهدين غير من أصدرها، دون الحاجة إلى حساب بنكي عند إجراء الصفقة وتستخدم كأداة محمولة مدفوعة مقدماً"^(٤).

(٢) د. علي أحمد المهدي، د. اسماعيل كاظم العيسوي، أبعاد العملة الافتراضية، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة "مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة"، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦ - ١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م، ص (٥٢١).

(٣) European Commission "proposal for European parliament and council Directives on the taking up, the pursuit and the prudential supervision of the business of electronic money institution", Brussels, 1998, COM (98)727, p.72

(٤) محمد ربيع محمد صابر الحافي، العملات الرقمية بين الشريعة و الواقع، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات

وقد تم تعريفها كذلك بأنها: "عملة رقمية افتراضية (ليس لها كيان مادي ملموس أو وجود فيزيائي) منتجة بواسطة برامج حاسوبية ولا تخضع للسيطرة أو التحكم فيها من جانب بنك مركزي أو أي إدارة رسمية دولية، ويتم استخدامها عن طريق الانترنت في عمليات الشراء والبيع أو تحويلها إلى عملات أخرى، وتلقى قبولاً اختيارياً لدى المتعاملين بها"^(٥).

وتم تعريفها في كتاب (ثورة سلسلة الكتل - Revolution Blockchain) على يد الكاتب دون تابسكوت وأخية على أنها عبارة: "عن دفتر حسابات إلكتروني غير قابل للتلاعب به للمعاملات الاقتصادية التي يمكن برمجتها، ليس لتسجيل المعاملات المالية فقط، بل لكل شيء له قيمة".

بمعنى أن كل تعامل اقتصادي أو مالي يحدث على النظام يتم تسجيله وتشفيره في كتلة، وربطها بالكتل الأخرى لتكوين سلسلة الكتل.

ولوحظ في الآونة الأخيرة ارتفاع القيمة السوقية لتلك العملات بمعدلات عالية، وتداولها بدرجة تفوق الاستثمارات في العملات الورقية، ما دفع كثيراً من المسؤولين الحكوميين في العالم إلى التحذير من مخاطر تداولها، في ظل عدم وجود ضوابط قانونية تحمي المستثمرين.

إن التحول الرقمي صار واقعاً ملموساً في العديد من التعاملات المالية، وأنه لا شك بأن العملات الرقمية ستصبح بديلاً لنظيرتها التقليدية في المستقبل القريب، وأنه في ظل عدم معرفة مصدر هذه العملات ومن يقف وراءها، وعدم إمكانية تتبع عملية تداولها، ستظل الثقة بها مهزوزة؛ لذا من الضروري وضع تشريعات وضوابط قانونية تنظم عملية تداولها، لحفظ حقوق المتعاملين بها.

الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦ - ١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م، ص (٤٣٠).

European Central Bank (1998), "Report on electronic money". Frankfurt, Germany, August, p.7.

(٥) عبد الله بن سليمان بن عبد العزيز الباحث: النقود الافتراضية مفهومها وأنواعها وآثارها الاقتصادية، بحث منشور في المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، العدد (١)، كلية التجارة، جامعة عين شمس، القاهرة، جمهورية مصر العربية، يناير، ٢٠١٧م، ص (٢١-٢٢).

إن العالم منقسم حول هذه العملات، فالبعض يراها مستقبلاً حتمياً، وفريق آخر يعتبرها نوعاً من الاحتيال، وستنتهي عاجلاً أم آجلاً، لافتاً إلى أن هناك ما يقارب ١٨٠٠ عملة إلكترونية حالية، قيمتها السوقية نحو ٢٥٦ مليار دولار، وتمثل عملة «بيتكوين» ٤٢% منها.

وعليه فقد أثارت العملات الافتراضية أو الإلكترونية أو النقود الرقمية، ضجة وجدالاً واسعاً في نطاق التعاملات المالية، لما يثير حولها من قضايا فنية وقانونية وشرعية وأمنية، وحول مشروعية التعامل بها من عدمه.

ثانياً- التطور التاريخي للعملات الافتراضية^(٦):

في العام ١٩٧٧م ظهرت خوارزمية RSA وهي من اختراع الثلاثي ليونارد أدلمان وأدي شامير وروناuld ريفست في معهد ماساتشوستس للتقنية والتي أعلن عنها حينها وتم نشر ورقة اختراعها، وهي في اختصارها تتكون من ٣ أحرف هي الأحرف الأولى لأسمائهم. الفائدة من هذه الخوارزمية التي شكلت النواة الأولى لهذه العملات

(٦) عبد الله ناصر عبيد نصيري الزعابي: التنظيم القانوني للعملات الرقمية المستحدثة في التشريع الإماراتي والمقارن "دراسة تحليلية مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٨م، ص (٧-٩). د. كمال النص: دور العملات الافتراضية في تمويل الإرهاب، "بحث مقدم للندوة العلمية حول "العملات الافتراضية وسيلة لتمويل الإرهاب"، والتي نظمها معهد فلسطين لأبحاث الأمن القومي، رام الله -فلسطين، ٢٠١٩م، ص(٨-٩). د. طارق محمد السقا، بين مطرقة التسارع التكنولوجي وسندان المخاطر التقنية، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة، مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦ - ١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م، ص(٨٥٢-٨٤٣). د. عويسي أمين، د. معتوق جمال، د. العيفة عبد الحق، مستقبل النقود في العالم الإسلامي "الدينار الإسلامي المشفر"، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة، مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦ - ١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م، ص(٨٨٨).

Joshua Baron, Angela O'Mahony, David Manheim, Cynthia Dion-Schwarz: National Security Implications of Virtual Currency, Examining the Potential for Non-state Actor Deployment, Published by the RAND Corporation, Santa Monica, Calif, 2015, P(5).

هي أنها تسمح بتلقي الإيرادات والأموال عن طريقها، بعدها بسنوات طويلة وبالضبط عام ١٩٩٣ اخترع عالم الرياضيات ديفيد تشوم "E-cash"، ما يقال بأنها أول عملة مشفرة إلكترونية وهي التي اعتمدت على التشفير. وبعدها عمل ديفيد تشوم على جمع الأموال لتمويل فكرته ونجح بالطبع في إنشاء شركة "DigiCash" التي تدير هذه العملة الرقمية المركزية، إلا أنه وبسبب تأخر التجارة الإلكترونية وعدم تناميها كثيرا في ذلك الوقت لم يتمكن من إقناع الشركات والتجار باستخدام عملته.

خلال ١٩٩٧م اخترع آدم باك نظام للحد من البريد الإلكتروني المزعج ويدعى Hashcash وهو الذي تم دمجها أيضا في خوارزمية وشفرة العملات الرقمية مع تطويره بالطبع.

خلال ١٩٩٩م تم إطلاق أول بنك إلكتروني وتحدث عن باي بال الذي يساعد في تحويل الأموال عبر الإنترنت وقد عزز نجاحه وإقبال الناس عليه في التأكيد على ضرورة إطلاق عملات رقمية وإلكترونية تستخدم في تحويل الأموال.

في أكتوبر ٢٠٠٨م وفي ظل الأزمة العالمية المالية نشر شخص مجهول يدعى ساتوشي ناكاموتو ورقة يتحدث فيها عن طرق تحويل الأموال بدون مراقبة الحكومات والسلطات المالية. كما تم إنشاء البلوك تشين من طرف شخص مجهول والذي يقال أيضا أنه يمكن أن يكون اسمًا مستعارًا لمجموعة من الأشخاص عملوا على هذه التقنية التي أثارت أنظار البنوك والمؤسسات المالية.

عام ٢٠٠٩م وبالضبط خلال شهر يناير تمكن ذلك الشخص الذي يقف وراء بيتكوين من تعدين ٥٠ وحدة منها وبعدها بأيام تمت أول صفقة للعملة بين ناكاموتو وهال فيني.

عام ٢٠١١م وصل سعر بيتكوين إلى ١ دولار أي أنها تساوت معها في القيمة وهذا حسب تداولات بورصة "MTGOX" وبعدها ظلت تتزايد قيمة هذه العملة. بعد ذلك بدأت تظهر عملات رقمية جديدة منافسة للعملة الأصلية ومبنية على البلوك تشين مع قدوم كل واحدة منها بتقنية بلوك تشين مخصصة ومطورة ومعدلة لصالحها، وضمن هذه الأسماء نجد الريبل "XRP" التي تأسست عام ٢٠١٢م ثم لايتكوين والإثيريوم، وهذه الأخيرة تأسست عام ٢٠١٥م حتى أصبح عددها أكثر من ١٥٩٠ عملة رقمية الآن.

ثالثاً- أشهر أنواع العملات الافتراضية:

خلال سنوات النجاح للعملة الافتراضية تم إصدار عملات رقمية أهمها: البيتكوين، الاثيريوم، البيتكوين كاش، البيتكوين جولد، الريبل، الداش، المونيرو وغيرها من العملات الرقمية ليصل عددها اليوم إلى أكثر من ١٨٠٠ عملة رقمية، والعملات الافتراضية الأكثر شيوعاً^(٧):

١-بيتكوين: العملة الرقمية الأولى.

٢-إثيريوم: عملة اقتربت من الاكتمال قابلة للبرمجة تتيح للمطورين بناء مختلف التطبيقات والتقنيات الموزعة التي لن تعمل مع بيتكوين.

(٧) عبد الله ناصر عبيد نصيري الزعابي، مرجع سابق، ص(٧-٩). د. كمال النيص، مرجع سابق، ص(٨-٩). د. عبد العزيز شويش عبد الحميد، د. ابراهيم محمد أحمد، أثر العملات الافتراضية في السياسة النقدية للبنوك المركزية، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة، مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦ - ١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م، ص(٧٨٢-٧٨٣). د. نصر الدين أحمد محمد سراج، محدثات الإفصاح عن آثار التغيرات في أسعار صرف العملات الافتراضية في التقارير المالية لمنشآت الأعمال، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة، مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦ - ١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م، ص(٩٤٩-٩٥٠). د. مراد بن صغير: الإطار القانوني لتداول العملات الرقمية، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة، مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦ - ١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م، ص(٥٧١-٥٧٢). عبد الله بن سليمان بن عبد العزيز الباحث: النقود الافتراضية مفهومها وأنواعها وآثارها الاقتصادية، بحث منشور في المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، العدد(١)، كلية التجارة، جامعة عين شمس، القاهرة، جمهورية مصر العربية، يناير، ٢٠١٧م، ص(٢٩-٣٠).

Joshua Baron, Angela O'Mahony, David Manheim, Cynthia Dion-Schwarz, Op. cit., P(8-9), P(5-14).

٣-ريل: على عكس معظم العملات الرقمية، فإنها لا تستخدم بلوكتشين من أجل التوصل إلى إجماع الشبكة على نطاق واسع للمعاملات. بدلاً من ذلك، يتم تنفيذ عملية إجماع تكرارية، مما يجعلها أسرع من بيتكوين ولكن أيضًا يجعلها عرضة لهجمات الاختراق.

٤-بيتكوين كاش: هي ناتج انقسام كلي لبيتكوين وتدعمها أكبر شركة تعدين بيتكوين وشركة لتصنيع رقائق أسيك لتعدين بيتكوين. ولم يفت على تواجدها إلا شهرين فقط حتى ارتفعت بالفعل إلى أعلى خمس عملات رقمية من حيث القيمة السوقية.

٥-نيم: على عكس معظم العملات الرقمية الأخرى التي تستخدم خوارزمية إثبات العمل، فإنها تستخدم إثبات الأهمية، الأمر الذي يتطلب من المستخدمين بالفعل تملك كميات معينة من العملات من أجل أن يكونوا قادرين على الحصول على عملات جديدة. وهي تشجع المستخدمين على إنفاق أموالهم وتتبع المعاملات لتحديد مدى أهمية مستخدم معين لشبكة نيم بشكل عام.

٦-لايتكوين: هي عملة رقمية تم إنشاؤها بنية أن تكون "الفضة الرقمية" مقارنةً بوصف بيتكوين بأنها "الذهب الرقمي" وهي أيضًا ناتج انقسام كلي لبيتكوين، ولكن على عكس سابقتها، يمكنها توليد الكتل أربع مرات أسرع وتتمتع بأربع مرات الحد الأقصى لعدد العملات بعدد يبلغ ٨٤ مليون.

٧-أيوتا: وتسمى تكنولوجيا دفتر الحسابات المتقدمة لهذه العملة الرقمية "تانغل" وهي تلزم المرسل في أي صفقة بالقيام بدليل على العمل يوافق على صفتين. وهكذا، أزلت أيوتا المعدّنين المكرسين من هذه العملية.

٨-نيو: هي شبكة العقد الذكية التي تسمح لجميع أنواع العقود المالية وتطبيقات الأطراف الثالثة الموزعة ليتم تطويرها على رأسها. ولديها العديد من الأهداف نفسها مثل إيثيريوم، ولكن تم تطويرها في الصين، الأمر الذي قد يعطيها بعض المزايا بسبب تحسن العلاقة مع الهيئات التنظيمية الصينية والشركات المحلية.

٩-داش: هي شبكة من مستويين. المستوى الأول هو القائمون بالتعدين الذين يعملون على تأمين الشبكة وتسجيل المعاملات، في حين أن الثانية تتكون من "عقد رئيسية"

تقوم بترحيل المعاملات وتمكين معاملات من نوع "الإرسال الفوري" و"الإرسال الخاص". والأول أسرع بكثير من بيتكوين، في حين أن الأخير مجهول تماماً.

١٠- **كتوم**: هي اندماج بين تقنيات بيتكوين وإيثريوم تستهدف تطبيقات الأعمال. وتفتخر الشبكة بامتلاكها موثوقية بيتكوين، في حين تسمح باستخدام العقود الذكية والتطبيقات الموزعة، كثيراً مثلما يكون عليه الأمر ضمن شبكة إيثريوم.

١١- **مونيرو**: عملة رقمية ذات قدرات على إجراء المعاملات الخاصة، وهي واحدة من المجتمعات الأكثر نشاطاً، ويرجع ذلك إلى انفتاحها ومزايا التركيز على الخصوصية.

١٢- **إيثريوم كلاسيك**: نسخة أصلية من إيثريوم. وقد حدث الانقسام بعد أن تم الاستيلاء على منظمة ذاتية الحكم لامركزية مبنية على أساس شبكة إيثريوم الأصلية.

١٣- **عملة داج كوين Dagcoin**: هي عملة رقمية مشفرة، تعتبر الأسرع في التحويل والتداول في العالم، وبأقل عمولة، وأول عملة رقمية معترف بها من قبل حكومة إستونيا والعالم، ويوجد فريق كامل ومتطور ليس عليهم إلا التطوير المستمر لعملة داج كوين وفق تصارع المستقبل، وهي عملة إلكترونية يمكن مقارنتها بالعملات الأخرى، مثل الدولار أو اليورو، لكن مع عدة فوارق أساسية. ومن أبرز مميزات هذه العملة أنها إلكترونية مسجلة قانونياً ويعرف أصحابها على عكس البتكوين، وتتداول داج كوين عبر الإنترنت فقط، عدد فئاتها تسعة مليارات وحدة.

رابعاً- **عملة البيتكوين (Bitcoin) كأحد أهم العملات الافتراضية:**

البيتكوين وهو مصطلح تقني يعني التعامل المباشر بين مستخدم وآخر دون وجود وسيط، تسميتها تتألف من (بيت BIT) و (كوين COIN) أي عملة وقد طرحت للتداول لأول مرة في عام ٢٠٠٩م بهدف تغيير الاقتصاد العالمي بنفس الطريقة التي غيرت بها شبكة الويب أساليب النشر وفق ما عبر عنه القائمون عليها، وهي عبارة عن عملة إلكترونية يمكن مقارنتها بالعملات الأخرى مثل الدولار أو اليورو، لكن مع عدة فوارق رئيسية، من أبرزها أن هذه العملة هي عبارة عن عملة افتراضية بشكل كامل، يتم تداولها عبر الإنترنت فقط دون وجود فيزيائي أو حسي لها،

كما تختلف عن العملات التقليدية بعدم وجود هيئة تنظيمية مركزية تقف خلفها، لكن يمكن استخدامها مثل أي عملة أخرى للشراء عبر الإنترنت أو حتى تحويلها إلى العملات التقليدية. فهي تصدر في صورة بيانات إلكترونية مخزنة على بطاقة ذكية أو قرص صلب؛ بحيث يستطيع صاحبها نقل ملكيتها إلى من يشاء دون الحاجة إلى امتلاك حساب بنكي، بدأ استعمالها كبديل عن العملات النقدية الورقية في بعض الدول^(٨).

-بماذا تختلف عملة البيتكوين (Bitcoin) عن العملات المعروفة؟

تختلف عملة البيتكوين (Bitcoin) عن باقي العملات كاليورو والدولار؛ بأنها عملة إلكترونية بشكل كامل، يتداولها الناس عبر شبكة الويب فقط دون وجود فيزيائي لها، حيث لا تطبع أو تصك. وهي عملة لا وجود لأي سيطرة عليها فهي تنتج بشكل رقمي من قبل الناس والشركات من دون أي تدخل من قبل جهات مالية أو مصرفية أو رقابية، وتحويل العمليات يتم بدون وجود وسيط (أي بدون تدخل البنك) وبدون رسوم تحويل وبدون الحاجة لاستخدام اسمك الحقيقي، وباتت مقبولة لدى الكثير من التجار، كما يمكن استخدامها لشراء الأشياء بشكل إلكتروني.

كما أن أجهزة الصراف الآلي للبيتكوين لم تنتشر بعد في كثير من المناطق حول العالم، كذلك تتيح هذه العملة للمتطرفين الاحتفاظ بالمال وتحويله دون سلطة مركزية.

(٨) د. عويسي أمين، د. معتوق جمال، د. العيفة عبد الحق: مستقبل النقود في العالم الإسلامي "الدينار الإسلامي المشفر"، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة، مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦ - ١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م، ص(٨٩٠). جوشوا بارون، وآخرون، مرجع سابق، ص(١١-١٢).

- تمييز العملات الافتراضية عن غيرها^(٩):

وجه الاختلاف	العملات الافتراضية	العملات الإلزامية أو التقليدية
طريقة وجودها	رقمية افتراضية مشفرة	مادية فيزيائية
نطاق استخدامها	عالمي	ترتبط بدولة او مجموعة دول "اليورو"
طريقة عرضها	تعرض على الأشخاص في عملية التعدين وبرامج التعدين	تعرض بواسطة البنوك المركزية
كيفية ضخها	تضخ مباشرة في سوق العملات الرقمية	تضخ في الاقتصاد من خلال السندات وغيرها من الأوراق المالية الأخرى
مدى تأثيرها بالاقتصاد المحيط	لا تتأثر بالسياسة النقدية إلى حد بعيد	تتأثر بشكل مباشر بالتضخم وبأسعار الفائدة
طريقة إصدارها	عن طريق التعدين	من قبل الحكومات

- أهداف التعامل بالعملة الافتراضية:

في ضوء ما تقدم فإن أهداف التعامل بالعملة الافتراضية يمكن حصرها في الآتي^(١٠):

١- ترسيخ ثورة العصر الرقمي، وتحقيق الديمقراطية المالية.

^(٩) د. محمد مطلق محمد عساف: "من التحديات التي تواجه المصارف الاسلامية سوق العملات الافتراضية"، بحث مقدم للمؤتمر الدولي الثامن لكلية الشريعة بجامعة النجاح الوطنية بعنوان "الصيرفة الاسلامية في فلسطين بين الواقع والمأمول، نابلس، فلسطين، ٢٠١٨م، ص (٧-٨). د. عبد العزيز شويش عبد الحميد، د. ابراهيم محمد أحمد، مرجع سابق، ص (٧٨٤). د. أحمد إبراهيم دهشان، مرجع سابق، ص (٨٣٣). د. طارق محمد السقا، مرجع سابق، ص (٨٥٤). د. أحمد معبوط، مرجع سابق، ص (٣٨٦).
^(١٠) د. علي أحمد المهداوي، د. اسماعيل كاظم العيساوي، مرجع سابق، ص (٥٢٢).

- ٢- الاستقلال عن البنوك المركزية والمؤسسات المالية الوطنية والدولية، والتخلص من رقابتها.
- ٣- تشكيل نظام نقدي افتراضي موازٍ للنظام النقدي التقليدي الدولي.
- ٤- تحقيق عالمية النقد الافتراضي، وعالمية التداول به، من خلال العالم الافتراضي.
- ٥- تجاوز مخاطر التداول بالعملة التي تصدرها الحكومات، كخطر تضخم العملة، وما ينتج عنه من انخفاض قيمة العملة وارتفاع قيم السلع والخدمات.
- ٦- ترسيخ الملكية الخاصة المحضة، ومن آثار ذلك رفض مفهوم المشاركة في تلك الملكية تحت مسمى الرسوم والضرائب والعمولات.

المطلب الثاني

خصائص العملات الافتراضية

توجد بعض السمات التي تنطبق على العملات الافتراضية ولا تنطبق على غيرها؛ وقد أثرت ألا أتناولها تحت بند مزاياها وعيوبها؛ لأن القول نسبي مرن؛ فما قد يراه البعض ميزة قد يراه الآخر بمثابة خلل فيها، وفي تعبير أدق وعلى حد تعبير كريستين لا جارد مدير صندوق النقد الدولي، والتي اختزلت الموقف بقولها: "إن سبب جاذبية الأصول المشفرة، أو ما يسميه البعض العملات المشفرة، هو نفسه ما يجعلها أصولاً خطيرة"^(١١).

وعليه توجد بعض الخصائص التي تتسم بها العملات الافتراضية والتي نتناولها "أولاً"، وكذا بعض المخاطر المحيطة بها "ثانياً"؛ وثالثاً: مميزات العملات الافتراضية، ومخاطر الاستثمار في العملات الافتراضية "رابعاً" وقد سعت لإجمالها على النحو التالي:

(١١) د. هايدي عيسى حسن علي حسن، الحاجة لمظلة تشريعية لمارد الدفع الرقمي الحاضر والمستقبل، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة، مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦ - ١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م، ص(٦٩٩).

أولاً- الخصائص التي تتسم بها العملات الافتراضية:

١-العالمية: فهي لا ترتبط بنطاق جغرافي معين، ولا تنتمي لدولة معينة، ولا يقوم بطباعتها بنك مركزي معين، وعلى خلاف التعاملات البنكية الاعتيادية فإن عمليات البيع والشراء تتسم بالسرية والأمان، ولا يمكن مراقبتها أو التدخل فيها، كما يمكن امتلاك العديد من الحسابات والمحافظ بدون أن تكون متصلة باسم أو عنوان^(١٢).

٢-سرعة تحويل المال وانخفاض قيمة الرسوم: فبدلاً من الحاجة إلى وسيط لنقل المال، الذي يقوم بخصم نسبة منه، تتم هذه العملية من خلال رمز العملة بدون وسيط وتسمى بـ P2P أو الند بالند، إلى جانب أنه لا يمكن تجميدها أو مصادرتها، ويمكن مبادلتها بالعملات الورقية مثل الدولار واليورو من خلال عمليات مُشَفَّرة عبر الإنترنت^(١٣).

٣-صعوبة التعقب: والتي تعد من أهم الميزات التي تجعل هذا النمط من العملات جاذبة للعناصر الإرهابية، وجماعات الجريمة المنظمة، وغسل الأموال، وتجارة المخدرات والأسلحة، حيث يصعب تعقب تلك المعاملات بغرض تحديد الأطراف، والجهات المتعاملة، وغموض السلع والمنتجات المستخدمة في عملية التبادل^(١٤).

(١٢) د. د. حكوم السنية، د. بأحمد رفيس، مالية العملة الافتراضية ومدى انطباقها على النقود من حيث الوظائف (البتكوين أنموذجاً) دراسة شرعية اقتصادية، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة، مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦ - ١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م، ص(٩٢٣). د. لمياء محمد رسلان: مالية العملات الافتراضية وآثارها الشرعية" حالة البتكوين نموذجاً"، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة " مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦ - ١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م، ص(٤٦١).

(١٣) د. د. حكوم السنية، د. بأحمد رفيس، مرجع سابق، ص(٩٢٤).

(١٤) د. د. أكرم عبد الرزاق جاسم المشهداني: العملات الافتراضية، بحث منشور في مجلة الدراسات المالية والمصرفية - الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، الأردن، المجلد (٢٦)، العدد الأول، ٢٠١٨م، ص(٢٠).

- ٤- اللامركزية: وهذا يعني انها لا تخضع لرقابة البنك المركزي أو غيره من البنوك ولا تنقيد بمواعيد رسمية وذلك لإمكانية تداولها ساعة ٢٤ باليوم وسبعة أيام بالأسبوع وهذا يجعل استخدامها متاح على مدار الوقت.
- ٥- سهولة الانضمام: سهولة الحصول عليها من خلال إنشاء حسابات على الإنترنت.
- ٦- السرية التامة: يعتمد النظام الرقمي على إخفاء المعلومات عن كل التعاملات المالية الافتراضية وعن المتعاملين^(١٥).
- ٧- الشفافية التامة: وذلك بسبب حفظ كل الحركات المالية والمتعاملين بها في دفتر حساب هو "البلوك تشين"^(١٦).
- ٨- رمزية رسوم التحويل: بالمقارنة مع رسوم التحويل بين البنوك التجارية فالتحويلات المالية بالعملات الافتراضية منخفضة جدا أو معدومة^(١٧).
- ٩- سهولة عملية التحويل والاستقبال المالي^(١٨): تتطلب عمليات التحويل ثنائي وذلك للاعتماد على نظام رقمي متطور وسهل الاستخدام.
- ١٠- عدم القابلية للرجوع: يعمل نظام تحويل العملات الافتراضية في طريق واحد بحيث لا يمكن إعادتها إلى مرسلها إلا في حاله إعادة المرسل اليه.
- ١١- حرية الدفع: من الممكن إرسال واستقبال أي مبلغ من الأموال لحظيًا؛ من أو إلى أي مكان في العالم، وفي أي وقت فلا حد زمني أو مكاني يحدّها.
- ١٢- مخاطر أقل للتجار: تعد سرية العملات وعدم قابلية استرجاع المعاملات الافتراضية إلا من خلال قيام المرسل اليه بإرجاعها وسيلة آمنه في التعاملات التجارية^(١٩).
- ١٣- الأمن والتحكم: يتمتع مستخدمو العملات الافتراضية بالتحكم الكامل في معاملاتهم؛ ومن المستحيل للتجار أن يفرضوا عبوة رسومًا غير معلن عنها أو غير مرغوب بها، كما يمكن أن يحدث مع وسائل الدفع الأخرى^(٢٠).

(١٥) د. لمياء محمد رسلان: مرجع سابق، ص(٤٦١). ظلال أم الخير أحمد تيسير كعيد، مرجع سابق، ص(٥٠٤).

(١٦) د. حكوم السنية، د. بأحمد رفيس، مرجع سابق، ص(٩٢٤).

(١٧) د. لمياء محمد رسلان، مرجع سابق، ص(٤٦١).

(١٨) ظلال أم الخير أحمد تيسير كعيد، مرجع سابق، ص(٥٠٤).

(١٩) د. حكوم السنية، د. بأحمد رفيس، مرجع سابق، ص (٩٢٤).

(٢٠) د. أحمد معبوط، مرجع سابق، ص(٣٨٦).

١٤-التقلب: يشهد مجتمع العملات الافتراضية عادة تحركات سعرية كبيرة ومفاجئة، ولكنها رغم ذلك تظل جاذبة.

١٥-استحالة تزوير هذه العملة^(٢١).

١٦-اتساع حجم التداول التجاري.

١٧-رفع مستوى التعليم التقني والتكنولوجي.

ثانياً- مخاطر العملات الافتراضية:

ثمة مخاطر تنتج عن التعامل بهذه العملات يتعين الإشارة إليها كي تكتمل محاور الفكرة في ذهن القارئ، وعليه فمن أبرز مخاطر العملات الافتراضية^(٢٢):

١-المخاطر التنظيمية: وذلك من خلال استغلال العملات الافتراضية في صفقات

غير مشروعة؛ كغسل الاموال، التهرب من الضرائب، وأي نشاطات احتيالية أخرى.

٢-المخاطر المتعلقة بالحماية: تشكل البيئة الحاضنة للعملات الافتراضية وذلك

خلال الجرائم التي ترتكب في العالم الرقمي؛ كالقرصنة، الفيروسات، خلل التشغيل.

٣-مخاطر التأمين: إن عدم وجود قيمة موازية للعملات الافتراضية كالذهب مثلاً

يشكك في الضمانات الائتمانية للعملات على عكس العملات التقليدية.

٤-مخاطر الاحتيال: هناك فرص كبيرة لسوء استغلال العملات الافتراضية من خلال

الوسائل الاحتيالية.

٥-مخاطر السوق: تعتمد العملات الافتراضية على عدد مستخدميها تناسباً طردياً؛

بحيث كلما زاد عدد المستخدمين ازداد سعرها والعكس صحيح، وهذا يشكل إحدى

المخاطر التي يمكن أن تؤدي إلى خسائر كبيرة.

٦-مخاطر الضرائب: إن بقاء التعاملات التجارية بالعملات الافتراضية طي السرية

يجب البيانات الحقيقية التي بناء عليه تفرض الضرائب، وبالتالي لا تتمكن الدولة

من استيفاء حقها من الضرائب بالإضافة إلى عجزها عن حماية الاستثمار.

٧-مخاطر الخسارة: إن البيئة التي تعمل بها العملات الافتراضية محفوفة بالمخاطر

وبالتالي في حالة الخسارة لا يمكن الحصول على تعويض.

(٢١) ظلال أم الخير أحمد تيسير كعيد، مرجع سابق، ص(٥٣١)

(٢٢) د. أحمد إبراهيم دهشان، مرجع سابق، ص(٨٣٧-٨٣٩). د. لمياء محمد رسلان، مرجع

سابق، ص(٤٦٢). د. مراد بن صغير، مرجع سابق، ص(٥٨٢-٥٨٣).

٨- الفقدان أو السرقة: يمكن فقدان العملة الرقمية من خلال الخرق الأمني، أو خطأ المستخدم، أو الفشل التكنولوجي في محفظة العملة الرقمية، فعند حدوث ذلك، فلا يمكن استعادة العملة الرقمية، نشير الى أن هناك مخاطر عدة ترتبط بتداول هذه العملات في ظل عدم وجود ضوابط، منها إمكانية قرصنة مقاصات هذه العملات، مشيراً إلى أن عمليات القرصنة التي تعرضت لها قدرت بنحو ١,٧ مليار دولار منذ عام ٢٠١١م، ولا توجد ضمانات لحماية أموال المستثمرين من عمليات القرصنة التي تتزايد باستمرار.

٩- الاحتيال أو الاستخدام غير المصرح به: عموماً، يمكن لشخص ما حصل بطريقة احتيالية على بيانات الملكية الخاصة بصاحب محفظة النقود الرقمية -مثل كلمة السر- أن ينفق منها، حينئذ لا يمكن عكس المعاملات في معظم العملات، حتى لو كانت نتيجة الاحتيال أو الاستخدام غير المصرح به.

١٠- الخطأ في معالجة المعاملات: في حالة تنفيذ مدفوعات بطريق الخطأ، مثل الدفع إلى مستفيد آخر، أو تحويل مبلغ غير صحيح، أو عدم إتمام المعاملة في الوقت المناسب، بسبب خطأ منصة محفظة العملة أو غيرها من الأسباب الفنية، فإنه في معظم أنظمة العملات الرقمية، لا يمكن عكس المعاملة الخطأ، ولا يكون للمتعامل حق الرجوع إلى الأطراف الأخرى.

١١- أخطاء مرتبطة بمنصات التعامل: لا تتوفر آلية تأمين لتعويض أصحاب المحافظ في حالة إخفاق المنصة الإلكترونية التي تنفذ عمليات المحفظة، أو في حال الأعطال التي لا يمكن معها الوصول إلى المحفظة.

١٢- قابلية الاستخدام لغسل الأموال وتمويل الإرهاب والأنشطة الإجرامية المتصلة بالإنترنت: العملات الرقمية هي عملات مُشفرة، يتم تسجيل المعاملات والتعريف بهوية المستخدمين فقط من خلال «عناوين» رقمية افتراضية تصدرها أنظمة التعامل بالعملات الرقمية، والتي لا يمكن أن تعكس الهوية الحقيقية للمتعاملين.

على هذا النحو، تعتبر معاملات العملات الرقمية أكثر مجهولية من الأنواع الأخرى من وسائل الدفع عبر الإنترنت، لذلك يمكن إساءة استخدام العملات الرقمية، كوسيلة لغسل الأموال وتمويل الإرهاب والتهرب الضريبي وغير ذلك من أشكال النشاط غير المشروع؛ نظراً لصعوبة تتبع معاملات العملة الرقمية، مما يجعل التعامل أكثر قابلية للاستخدام من قبل غاسلي الأموال أو ممولي الإرهاب.

هذه الثغرات ليست نظرية فقط، ولكن تم استغلالها بالفعل في الممارسة العملية، فالعملات الرقمية غالباً ما تكون «العملة» المفضلة في النشاط الإجرامي المتصل بالإنترنت.

ثالثاً - مميزات العملات الافتراضية^(٢٣):

- ١- السرعة الفائقة، حيث يتم تحويل ما تريد من مال في أقل من ثواني، على عكس طريقة البنوك التقليدية التي تستغرق فترات طويلة قد تصل إلى أيام.
- ٢- التكلفة المنخفضة جداً، حيث تكلفة عمليات تحويل الأموال بالبيتكوين تقريباً مجانية أو مبلغ لا يذكر.
- ٣- الحماية والشفافية، حيث أن كل عملية اقتصادية أو مالية يتم حفظها في كتلة وتوزيعها على ملايين الحواسيب حول العالم، مما يجعل عملية اختراقها مستحيلة عملياً، كما أن العملية المالية تتم أمام العالم كله مما يجعل محاولات التلاعب بها مستحيلة.

٤- لا مركزية: أي غير تابعة لأي بنك مركزي.

رابعاً - ماهي مخاطر الاستثمار في العملات الافتراضية^(٢٤):

- ١- عدم وجود جهة رسمية مؤسسة: لا يوجد أي جهة رسمية أو حكومية تنظم عملية التداول بهذه العملة، وإنما أسسها مبرمج ياباني باسم مستعار، وهو أمر مقلق ولا يعطي أي ضمانات، ومن الممكن أن يحظر التداول بها في أي لحظة، وعندها ستخسر كل أموالك.

إن من المخاطر كذلك عدم وجود جهة مشرفة على عمليات التداول التي تتم جميعها عبر الإنترنت دون وسيط، ما يجعل أموال المستثمرين على المحك، خصوصاً أن ٥٦% من شركات تداول هذه العملات أغلقت خلال أربعة أشهر من

(23) Joshua Baron, Angela O'Mahony, David Manheim, Cynthia Dion-Schwarz, Op. cit., P(8-9).

د. جمال عبد العزيز عمر العثمان: الطبيعة القانونية للعملات الافتراضية والموقف التشريعي منها، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة، مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦ - ١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م، ص(٦٠٠-٦٠١).

(24) Joshua Baron, Angela O'Mahony, David Manheim, Cynthia Dion-Schwarz, Op. cit., P(8-9).

الإعلان عنها، وتبين أن كثيراً منها كان يقوم بالتلاعب، في ظل عدم توافر غطاء لحماية المتداولين، لافتاً إلى أنه مقابل كل عملة رقمية تتجح وتجد طريقها للتداول، هناك خمس عملات فاشلة.

٢- قيمة العملة متأرجحة ومعرضة للسرقة: تتعرض العملة الافتراضية لمخاطر سعر صرف الدولار وباقي العملات الأجنبية من الإيداع إلى السحب وتقلبات ارتفاع وانخفاض أسعار العملات. إضافة إلى أن هذه العملة لا تعتمد على دولة ما أو اقتصاد حقيقي؛ لذلك لا أحد يستطيع أن يضمن قيمة فعلية أو حقيقية لها، وإنما تتغير قيمتها بحسب عدد المتداولين وهو أشبه بالاستثمار في سوق الأسهم وهو أمر بالغ الخطورة. أموال وأرباح البيتيكوين المودعة عرضة للسرقة من خلال القرصنة حتى من محفظة الوسيط الرقمية.

٣- عمليات غسل أموال وتمويل الإرهاب: يعد هذا النوع من العملات هدفاً رئيسياً للأنشطة الإجرامية العالمية؛ وهذا لأنها غير قابلة للتتبع، وبإمكان أي شخص يستطيع شراء هذه العملة وتحويلها وإعادة بيعها بسهولة، فهذا يفتح الباب لعمليات غسل أموال وتمويل الارهاب وهو أمر بالغ الخطورة أيضاً، وقد تنورط في إحدى الصفقات دون أن تدري^(٢٥).

٤- بيع ممنوعات: في الآونة الأخيرة قامت المباحث الفيدرالية الأمريكية بغلق موقع يقوم ببيع الممنوعات عن طريق قبول عملة البيتيكوين، وصودر أكثر من ٢٨,٥ مليون دولار، وهو أمر يدعو للقلق، وقد يضع علامات استفهام على كل من يستخدم هذه العملة.

٥- إفلاس شركات المحافظ: لأنها عملة افتراضية فلا بد من وجود محفظة إلكترونية، ومنذ عام تقريباً أعلنت إحدى أكبر شركات المحافظ الإلكترونية إفلاسها في اليابان، ما أدى إلى خسارة العديد من المتداولين لأموالهم بشكل كامل، ولم يعوضوا؛ لأن هذه الشركات تعمل بدون ضمانات بنكية أو حكومية.

^(٢٥) سلوى محمود أبو ضيف احمد: النقود الالكترونية وأثرها على المعاملات المالية "دراسة فقهية واقتصادية"، المجلة العلمية لجامعة ٦ أكتوبر، مجلد (٤)، العدد (١)، الصفحات (٨٣-٩١)، ٢٠١٧م، ص (٨٨).

Joshua Baron, Angela O'Mahony, David Manheim, Cynthia Dion-Schwarz Op. cit., P (20-21).

المبحث الثاني مدى قانونية العملات الافتراضية

تمهيد وتقسيم:

مما لا شك فيه أن الوضع القانوني للعملات الافتراضية يختلف من دولة لأخرى، وذلك لاختلاف النظم الاقتصادية والمالية لكل دولة منها من تشدد، ومنها من قنن ذلك بشكل جزئي ومنها من جرم التعامل بها، وعليه نستعرض في هذا المبحث الطبيعة القانونية للعملات الافتراضية في مطلب أول، ونتناول موقف بعض الدول في نظرتها لهذه العملات في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للعملات الافتراضية

تختلف الأوراق النقدية عن بقية انواع الاوراق التي تمثل قيمة معينة ويتم التعامل بها فهي تختلف عن الأوراق التجارية والأوراق المالية، ولعل جوهر هذا الاختلاف هو إصدار هذه العملة بقانون، وطبعها بشكلية معينة تصدر عن البنك المركزي وهو ما يجعلها ملزمة القبول لدى الفرد بحيث لا يستطيع أحد رفضها في التعامل، إن هذا الاختلاف يثير تساؤلاً حول طبيعة القيمة المالية المخزنة إلكترونياً، ذلك أنها قد تصدر من البنك المركزي، وقد تصدر من مؤسسات مالية أخرى، وهو ما يجعل عدها نقوداً يلزم الأفراد بقبولها في التعامل أمراً محل نظر.

لذا أثارت الطبيعة القانونية للنقود الإلكترونية جدلاً كبيراً فيما بين فقهاء القانون، على الرغم من اتفاقها على أهمية هذه النقود في التجارة الإلكترونية، وانحصر وجه الخلاف في أنه هل من الممكن أن تؤدي النقود الإلكترونية نفس الوظائف التي تؤديها النقود الحقيقية؟ وهل هي نوع جديد من النقود أم أنها واحدة من النقود الورقية أو الافتراضية؟

من الملاحظ حدوث تطور تدريجي لموقف المشرع من العملات الافتراضية أصدرت "السلطة المصرفية الأوروبية" عدة بيانات إخبارية بشأن العملات الافتراضية، وكان أولها في ديسمبر ٢٠١٣م حيث حذرت الجمهور من هذه العملات، مع التأكيد

على عدم خضوعها لأي تنظيم خاص، وإن تداولها يعرض مستعملها لأخطار متنوعة^(٢٦).

ونظرًا لأهمية موضوع العملات الافتراضية فقد استمرت "السلطة المصرفية الأوروبية" في توجيهاتها وبياناتها، وفي ٤ يوليو ٢٠١٤م نشرت بيانًا اختياريًا وتقرّر من خلاله؛ إجراء تحليل معمق للأخطار الناتجة عن التعامل بالعملات الافتراضية، واعتماد منهجية تدريجية على المستوى التنظيمي، وأشارت إلى أن العملات الافتراضية تتميز في انخفاض تكلفتها، ومن ناحية أخرى فإن مخاطرها المالية والتقنية المرتبطة بها كبيرة، وهذا كله نتيجة لغياب التنظيم القانوني الملائم للتعامل مع العملات الافتراضية^(٢٧).

وعليه، فالملاحظ أن موقف "السلطة المصرفية الأوروبية" مر بمرحلتين؛ الأولى تعاملت بحذر شديد مع هذا النوع من العملات نظرًا لحدوثها، ولما أظهر تبادلها من أخطار مالية وتقنية وتجارية وقانونية، وفي المرحلة الثانية انتقلت إلى التعامل مع الواقع الاقتصادي والمالي الذي فرضته عليها منصات التعامل بالعملات الافتراضية، مما جعلها تدعو إلى الإتيان بتنظيم خاص وبشكل تدريجي.

وفي تطور آخر قدمت "محكمة العدل الأوروبية" في قرارها بتاريخ ٢٢ أكتوبر ٢٠١٥م توضيحًا مهمًا بخصوص الطبيعة القانونية للعملات الافتراضية؛ حيث أكدت بواسطته على أن: "الإعفاءات الواردة النص عليها في الفقرة الأولى من المادة (١٣٥) من التوجيه الأوروبي رقم (2006/112/CE) الصادر عن المجلس الأوروبي بتاريخ ٢٨ نوفمبر ٢٠٠٦م بشأن النظام الموحد للضريبة على القيمة المضافة، تطبق على العملات التقليدية والعملات الرقمية التي لها صفة وسيلة أداء قانونية، إذ تجد هذه العملات مصدر قوتها في العلاقة التعاقدية التي تربط أطراف المعاملة".

^(٢٦) محمد الهادي المكنوزي، صعوبة تحديد الطبيعة القانونية للعملات الافتراضية "دراسة على ضوء موقف المشرعين الفرنسي والأوروبي"، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمها جامعة الشارقة، مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦ - ١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م، ص(٥٣٤).

^(٢٧) المرجع سابق، ص(٥٣٥).

وعرف القانون الأوروبي تطوراً هاماً ابتداء من سنة ٢٠١٨م، حيث اعتمد تعريفاً شاملاً للعملات الافتراضية بواسطة التوجيه رقم (٢٠١٨/٨٤٣)، والذي نص على أنه: "يتعلق مصطلح عملة افتراضية بالتمثيل الرقمي لقيمة غير موزعة أو مضمونه من طرف مصرف أو مصرف مركزي أو سلطة مركزية أو سلطة عامة، والتي لا ترتبط بعمله قانونية، ولا تحظى بالنظام القانوني لعملة وطنية أو أجنبية، غير أنها رغم ذلك تقبل من طرف أشخاص يتمتعون بالشخصية القانونية على أساس أنها وسيلة للمبادلة، والتي يمكن تحويلها وتخزينها ومصادرتها إلكترونياً".

ومما لا شك فيه أن التحول الإيجابي لموقف الاتحاد الأوروبي جاء استجابة للمستجدات التشريعية والتنظيمية، التي عرفت العملات الافتراضية في كثير من الأسواق المالية المنافسة.

ومن الملاحظ أن أبرز الخطوات التي اتخذتها فرنسا والذي يعد استشارة لأهمية تنظيم العملات الافتراضية القرار رقم (١٣-٢٠٠٣) الصادر بتاريخ ١٠ يناير ٢٠٠٣م عن "لجنة التنظيم المصرفي والمالي"، حيث اعتبرت من خلاله العملات الافتراضية "سند دين قائم على الثقة"، مما يؤدي بشكل رضائي وخاص إلى إنشاء نوع جديد من العملات، فهذا القرار الأولي، ساهم حينئذ في توضيح الخصائص العامة للعملات الافتراضية، وفي تقديم تكييف مبدئي لطبيعتها القانونية؛ حيث اعتبر المصرف المركزي الفرنسي في ديسمبر ٢٠١٣م "البتكوين عملة افتراضية غير منظمة، مما يحرمها من الاستفادة من الأحكام القانونية المتعلقة بالسعر الرسمي للعملة"^(٢٨).

بعد ذلك اعتمدت "سلطة المراقبة الحذرة" التابعة للمصرف المركزي الفرنسي بتاريخ ٢٩ يناير ٢٠١٤م الموقف رقم (٠١-P-٢٠١٤) الذي يلاحظ عليه أنه يتطابق تماماً مع البيانات الإخبارية المشار إليه أعلاه الذي أصدرته "السلطة المصرفية الأوروبية"، وأخذ بعين الاعتبار أن "المصرف الفرنسي" عاد ليوزع بياناً إخبارياً بتاريخ ٥ مارس ٢٠١٨م أكد بواسطته على أن كل أنواع العملات الافتراضية المتداولة في العالم عبارة عن أصول مشفرة لا تستخدم للوظائف الأساسية للعملات، مما يعكس الموقف الحذر للسلطات المصرفية الفرنسية من التعامل بهذا النوع من العملات، وانسجاماً مع هذا التوجه، وسبق لـ "سلطة الأسواق المالية الفرنسية" أن

(٢٨) محمد الهادي المكنوزي، مرجع سابق، ص(٥٣٦-٥٣٧).

نشرت بياناً اختيارياً بتاريخ ٤ يوليو ٢٠١٤م بخصوص ما سمته بـ "خريطة ٢٠١٤ المتعلقة بالأخطار والتوجهات في الأسواق المالية، فبعدما عدت فيه إيجابيات العملات الافتراضية والمتمثلة في انخفاض تكلفة المعاملة، وسرعة التنفيذ والصفة شبه الدولية والمستقلة عن النظام المصرفي التقليدي، بينت أيضاً من خلاله؛ أن التعامل بهذا النوع من العملات يشكل أحد عوامل عدم الاستقرار المالي، كما أنها مصدر لأخطار قانونية وتنظيمية في ظل افتقادها لإطار تشريعي، إضافة إلى أخطار أخرى تظهر على مستوى السوق أو السيولة والمحاسبة وفي حالات الامتناع عن التنفيذ^(٢٩). إن الاستنتاج الأساسي الذي يمكن الوصول إليه هو افتقار العملات الافتراضية لتنظيم قانوني يصعب من تحديد طبيعتها القانونية؛ من أجل هذا، وكخطوة استباقية، تدخلت السلطات المصرفية الفرنسية لعرض رقابة على منصات تداول العملات الافتراضية، مع ربط الآثار الناتجة عن التعامل بهذا النوع من العملات ببعض النصوص القانونية، خاصة تلك المتعلقة بغسل الأموال وتمويل الإرهاب.

من خلال متابعة القوانين المتعلقة بالعملات الافتراضية فإنه حتى اللحظة لم يتم الاتفاق على تكييف قانوني للعملات الافتراضية؛ وذلك نظراً للاختلافات العديدة من نواح متعددة؛ حيث يعدها البعض "عملة" والبعض الآخر "سلعة"....، وعليه نتناول بشيء من التفصيل الآراء التي قيلت في التكييف القانوني للعملات الافتراضية وهي: أولاً- **العملات الافتراضية "عملة"**: حيث تعد إحدى طرق الدفع وبدلاً للعملات التقليدية، وهذا ما يمكن استنتاجه من أن عدداً كبيراً من المحلات التجارية اعتمدته كأداة للدفع، وبما أن العملات الافتراضية "عملة" فينبغي ألا تفرض عليها ضريبة^(٣٠).

(٢٩) المرجع سابق، ص(٥٣٧-٥٣٨).

(٣٠) د. محمود أحمد إبراهيم الشرقاوي، مفهوم الأعمال المصرفية الإلكترونية وأهم تطبيقاتها، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، دبي، ٢٠٠٣م، ص٢٩، م. نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٨م، ص٣٥-٣٦.

ترى الدول التي صرحت باعتمادها كالألمانيا ومتدولي هذه العملات، أنها عملة وحججهم تتمثل في^(٣١)؛ إن المتعاملين بها تعارفوا عليها بأنها عملة، أي إنها مغطاة بسلة عملات، يمكن الشراء بها، مما يدل على أنها ذات قيمة، تؤدي وظيفة النقود من حيث اعتبارها مخزناً للقيمة، تعمل وفق آلية العملات الحقيقية من حيث الإصدار والتداول والتسعير لقيمتها.

في المقابل فإن المتعارف عن العملات "التقليدية" المتداولة وحتى يطلق عليها عملة، فإنها تتميز بالعديد من الخصائص المميزة لها ومنها: خزين القيمة، ولها قوة إيرادية، ووسيلة دفع وشراء، وبيع وتداول، وتتمتع بالغطاء المالي والمعنوي من دولة الإصدار، وهذا بلا شك لا يتوافر في العملات الافتراضية والتي تفتقر لهذه الخصائص.

وعليه لا تعتبر العملات الافتراضية كسائر العملات التقليدية وذلك للأسباب الآتية^(٣٢):

- النقود تشكل مظهراً من مظاهر السيادة لدى الدولة، وذلك أن حق إصدار النقود محصور بالدولة، بل هو أبرز وأهم واجباتها الاقتصادية ووظائفها السلطانية المالية.
- العملات الافتراضية لا تعبر عن قيمة سيادية؛ لأنها لا تصدر عن أي بنك، كما لا تخضع لأي تنظيم أو رقابة من بنك أو مؤسسة مالية.
- إصدار العملات الافتراضية هو من أفراد مجهولين بأسماء مستعارة وغير حقيقية، دون أي ضوابط أو قواعد تنظيمية لإصدارها، لأن الهدف من إصدارها هو تحقيق الربح سواء من عملية الإصدار في حد ذاتها أو من عمولات التمويل، مما قد يشجع على النصب والاحتيال المالي، فضلاً عن استعمالها لأعمال غير مشروع كغسل الأموال.

ثانياً- العملات الافتراضية "سلعة": التكييف الأقرب حسب هذا الرأي أن العملات الافتراضية هي "سلعة"؛ وذلك لأن قيمة العملة الافتراضية لا ترتبط حصراً بأداء

(٣١) د. أحمد سفر، أنظمة الدفع الإلكترونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠٠٨م، ص (٥١)، د. علي أحمد المهداوي، د. إسماعيل كاظم العيساوي، مرجع سابق، ص (٥٢٤).

(٣٢) سلوى محمود أبو ضيف أحمد، مرجع سابق، ص (٨٨). محمد الهادي المكنوزي، مرجع سابق، ص (٥٧٩-٥٨٠).

اقتصاد معين، كما أنه ليس للتغيرات في أسعار الفائدة وزيادة الإمدادات النقدية سوى تأثير غير مباشر على قيمتها، فهي سلعة كونها ليست صادرة عن أي بنك مركزي أو مؤسسة مالية فهي عبارة عن سلعة محل بيع وشراء. ونشير إلى أن اليابان اعتمدت هذه الطبيعة القانونية، فمنحت "Bitcoin" صفة السلعة أو الشيء الخاضع للضريبة^(٣٣).

من الملاحظ أن العملات الافتراضية لا تتمتع بقيمة في ذاتها المجردة، كما أن تعريف السلعة هي كل شيء ماعدا الأثمان، وقد أريد للعملة أن تكون ثمنًا، فلا يصح أن تعامل معاملة السلعة؛ لأن المفروض أنها لا تقصد لذاتها^(٣٤).

بلا شك فإن القصد من وراء إنشاء العملات الافتراضية كان اعتبارها ثمنًا وليس أن تكون سلعة؛ لأنه ليس لها قيمة مجردة في ذاتها، فضلاً على أن تعريف السلع هي كل ماعدا شيء الأثمان، وما يجري من تداولها وقبولها كأثمان للمبيعات وذلك ليس بقصد ذاتها وإنما تعبر عنه من فقيمة نقدية لأحدى العملات الحقيقية المعروفة كالดอลลาร์ واليورو أو الدولار أو غيرها، ولا شك أن هذا هو ضابط الفرق بين النقد وسائر الأموال^(٣٥).

وعليه فهذا الرأي يقر بأن التعامل مع العملات الافتراضية يتم في المقام الأول بالنظر إليها على أنها سلعة، أي أنه استثمار عائده من المضاربة على ارتفاع وانخفاض قيمتها^(٣٦).

ثالثاً- العملات الافتراضية "أداة تبادل وليست أداة دفع": حيث إن أدوات التبادل هي التي تتطلب عملية إضافية من قبل مصدريها تتمثل في الدفع النهائي، فالشيك مثلاً هو أداة تبادل، أما أداة الدفع فلا يتم بعدها أي مطالبة قانونية، والعملية الافتراضية ليست أداة تبادل ولا أداة دفع نهائي؛ لأنه لا يتم إلغاء قيمتها حتى لا تنسخ من أداة

(٣٣) د. علي أحمد المهدي، د. إسماعيل كاظم العيسوي، مرجع سابق، ص(٥٢٥).

(٣٤) ظلال أم الخير أحمد تيسير كعيد، مرجع سابق، ص(٥٣٠).

(٣٥) محمد الهادي المكنوزي، مرجع سابق، ص(٥٧٨).

(٣٦) د. هايدي عيسى حسن علي حسن، مرجع سابق، ص(٦٩٩).

إلى أداة كما يحصل عن طريق طرف ثالث متحكم في الحوالات النقدية الصادرة عن بطاقة الفيزا مثلاً^(٣٧).

ووسائل التبادل "أدوات الدفع الأولي كالشيكات وبطاقات الائتمان" وإن كانت تؤدي إلى العملية المالية؛ إلا أنها تتطلب عملية إضافية من قبل مصدرها تتمثل في الدفع النهائي، والذي لا يتم بعده أي مطالبه قانونية، ولا شك أن العملات الافتراضية بمفهومها العام ووصفها الحالي لا تعتبر أداة تبادل ولا أداة دفع نهائي، لأنه لا سبيل لتحصيل الأموال "النقود الحقيقية" في آخر المطاف، بمعنى لا يتم توفير هذه النقود لصالح الجهة المستفيدة، حتى لا تنتسخ من أداة إلى أداة^(٣٨).

رابعاً- العملات الافتراضية وسيلة دفع في شكل نقود خاصة: يبدو أن التكييف الأقوى وهو ما رجحه الكثير من أن العملات الافتراضية تعتبر وسيلة دفع ونقود جديدة من نوع خاص، نظراً لإمكانية قيامها بشكلها الحالي بجزء من وظائف النقود، فضلاً عن تعامل كثير من الأفراد والمتاجر والمواقع الإلكترونية بها، في انتظار ضبطها ووضع الأطر القانونية والتنظيمية لتداولها باعتراف وموافقة المؤسسات المالية وحكومات الدول، وفي انتظار ذلك تظل العملات الافتراضية في رأينا تفتقد للمقومات القانونية والتنظيمية والفنية لاعتبارها عملية قابلة للتداول بصفة رسمية وشرعية، إن إمكانية قيامها بوظائف النقود، ولو بشكل جزئي بالشكل الحالي وبشكل أكبر مستقبلاً، ويتم إذا خضعت للمتطلبات القانونية والأمنية وتم تدارك العيوب التقنية، وهذا يؤدي إلى اعتراف الدول بوجودها في الأسواق ضمن الأطر والأنظمة الحاكمة لكل دولة^(٣٩).

وعليه نرى، أنها عملة خاصة تتطور خارج نطاق سلطة الدولة، ودون المرور بالمسالك المعتمدة لتداول العملات التي لها سعر قانوني، وفي مجال جغرافي أكثر اتساعاً، من خلال استعمالها لشبكات مفتوحة بشكل يجعلها لا تحتاج إلى الاستعانة بوسيط، فافتقاد العملات الافتراضية لتنظيم قانوني محكم أدى إلى احتدام النقاش الفقهي بخصوص طبيعتها القانونية بالرغم من تقديم العديد من التكييفات القانونية،

(٣٧) د. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص ٧٧، و د. شريف غنام، محفظة النقود الإلكترونية "رؤية مستقبلية"، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، دبي، ٢٠٠٣م، ص ١١٩. ظلال أم الخير أحمد تيسير كعيد، مرجع سابق، ص (٥٣٠).

(٣٨) محمد الهادي المكنوزي، مرجع سابق، ص (٥٣٧-٥٣٨).

(٣٩) ظلال أم الخير أحمد تيسير كعيد، مرجع سابق، ص (٥٣١).

غير أن الحقيقة القانونية الوحيدة التي يمكن الجزم بها، أن تداول العملات الافتراضية يُعتبر تصرفاً قانونياً يدخل في دائرة الأنشطة التجارية المنصبة على التعامل بالأموال المعنوية وتقديم الخدمات المالية^(٤٠).

المطلب الثاني

الموقف الدولي والوطني تجاه العملات الافتراضية

تمهيد وتقسيم:

أدت التطورات في صناعة العملات الرقمية إلى استجابات متنوعة من المشرعين في مختلف أنحاء العالم، فركزت كل جهة على جزء معين من عالم التشفير، وفي مجال تداول هذه العملات تركز القوانين على الطريقة التي يتم بها تداول العملات الرقمية، وقد بدأت بعض الدول في إصدار قوانين جديدة في هذا الإطار، ونستعرض مدى الاستجابة الدولية للعملات الافتراضية من خلال الفرع الأول، ونتناول عددًا من النماذج العربية في التعامل مع العملات الافتراضية في الفرع الثاني.

الفرع الأول

مدى الاستجابة الدولية للعملات الافتراضية

نظرًا لطبيعة العملات الافتراضية وعدم وجود بنك مركزي أو مؤسسة حكومية أو دولية رسمية تصدر هذه العملة، وتنظم تعاملاتها فهي لا تخضع لأي تشريع وليس لها أي إطار أو حماية قانونية، وبالتالي يتعين من أجل تحديد طبيعتها القانونية أن نبين حجم ودرجة تبنيها من قبل أفراد المجتمع الدولي؛ حيث إن حادثة العملات الافتراضية وتعقيدها التقني، وكونها غير مدعومة من البنوك المركزية أو أية جهة رقابية حكومية مثل العملة التقليدية، كان موقف الدول والمنظمات الحكومية وغير الحكومية متباينًا بشأن السماح باستخدامها وتداولها، ولمواجهة مثل هذه المستجدات اتخذت مجموعة من التدابير تقدمت بها هيئات عالمية كانت بدورها متباينة بين مرحب بهذه العملات ومتشائم منها:

(٤٠) محمد الهادي المكنوزي، مرجع سابق، ص (٥٣١-٥٣٢).

-صندوق النقد الدولي: صرحت أمينته العامة "كريستين لا غارد": "أن الصندوق نظر في مسألة العملات الرقمية بشكل عام دون تقييمات تتعلق بمناطق معينة، ونرى أن هناك منافع قد تحققها العملات المشفرة والتكنولوجيا التي تقوم عليها... لكن هذه العملات يمكن أن تشكل مخاطر كبيرة باعتبارها أدوات محتملة لغسل الأموال وتمويل الإرهاب والتهرب الضريبي والاحتيال، ونحن نرى -على لسان لا غارد دائماً- أن العملات المشفرة ينبغي أن تخضع لإجراءات تنظيمية ورقابية ملائمة، ومن أهم هذه التحديات التي ستواجه السلطات في أي بلد، هي كيفية احتواء المخاطر دون خلق الابتكار، ويمكنها اعتماد مناهج تنظيمية ورقابية محددة في التعامل مع العملات المشفرة بناء على تقييمها للمخاطر وسيكون من الضروري في هذا الصدد زيادة المناقشات وتوثيق التعاون على الصعيد الدولي"^(٤١).

ألمانيا: تعد أولى الدول التي اعترفت رسمياً بأن البيتكوين نوع من النقود الالكترونية، وهو ما سمح للحكومة الألمانية بفرض ضريبة على أرباح الشركات التي تتعامل بهذه العملات، كما منحت محكمة العدل الأوروبية هذه العملة بعض الشرعية في أكتوبر ٢٠١٥م، عندما حكمت باعتبار البيتكوين عمله تقابل السلعة، وبالتالي فهي معفاة من ضرائب القيمة المضافة عندما يبادل اليورو مقابل البيتكوين^(٤٢).

-الصين: حيث كانت من أكبر أسواق العملات الافتراضية في العالم، فقد منعت التعامل بالبيتكوين في أواخر عام ٢٠١٧م على الرغم من أنها تتطلع قبل هذا التاريخ لأن تكون رائدة تكنولوجيا البلوك تشين^(٤٣).

-أمريكا: منعت البيتكوين مع إمكانية تتبع الأشخاص الذين يقومون بطرح تداولات بها تزويراً أو تعاملات غير مسجلة لأنها تؤثر على استقرار السوق^(٤٤).

-صندوق النقد العربي: وهو الذراع الفني في المجال المالي والنقدي لجامعة الدول العربية، له موقف واضح حول هذه العملات لصعوبة تحديده في هذه المرحلة من التعامل مع العملات الافتراضية، وقد صرح رئيس مجلس الصندوق خلال الدورة

(٤١) عبد الله ناصر عبيد نصيري الزعابي، مرجع سابق، ص(٢٤). هايدي عيسى حسن علي حسن، ص(٧١٦).

(٤٢) د. بلاق محمد، مرجع سابق، ص(٥٥٥).

(٤٣) د. بلاق محمد، مرجع سابق، ص(٥٥٥). د. طارق محمد السقا، مرجع سابق، ص(٨٧٠).

(٤٤) عبد الله بن سليمان بن عبد العزيز الباحوث، مرجع سابق، ص(٤٤-٤٥).

العادية (٤١) لمجلس محافظي المصارف المركزية ومؤسسات النقد العربي المنعقد في دولة الإمارات العربية المتحدة: "إن التنامي الكبير في استخدام العملات الافتراضية في الآونة الأخيرة يفرض تحديات على البنوك المركزية العربية، ولعل تنامي استخدام العملات الافتراضية بما في ذلك على صعيد التحويلات عبر الحدود وتداعيات ذلك على استقرار القطاع المالي والمصرفي، يفرض تحديات على المصارف المركزية"^(٤٥). هذه بعض النماذج التي تبين التباين الواضح في المواقف اتجاه العملات الافتراضية والتي تعكس حجم التخوف الذي يحيط بسوق هذه العملات، وهو ما يبرر رفض غالبية الدول لها.

الموقف التشريعي للدول من العملات الافتراضية:

تنقسم الدول في شأن الموقف من العملات الافتراضية وفقاً لما تم نشره في موقع "هاو ما تش" مدعوماً بخريطة توضح مدى قبول مختلف الدول حول العالم للعملات الافتراضي "البيتكوين خصوصاً" بين الدول التي تحظر هذا النوع من العملات، والدول التي وضعت قيوداً على تنظيم استخدامها، والدول الداعمة والمؤيدة لاستخدامها، وكذلك الدول التي اتخذت موقفاً محايداً من هذه العملات^(٤٦):

-تعتبر روسيا أكبر الدول التي تحظر العملات الافتراضية وبشكل خاص عملة البيتكوين تليها بوليفيا والإكوادور وأفغانستان والجزائر والمغرب.

-دول وضعت قيود على تنظيم استخدامها: الصين، المكسيك، زامبيا، موريشيوس، وجزر المالديف، والسعودية، ومصر.

-الدول الداعمة للعملات الافتراضية: الولايات المتحدة الأمريكية، كندا، أستراليا، البرازيل، تشيلي، جنوب أفريقيا، كوبا، آيسلندا، النرويج، اليابان ونيوزلندا، وبريطانيا، إيرلندا، فرنسا، إيران، تركيا، تايوان، هونج كونج، ليبيا، العراق.

-الدول التي اتخذت موقفاً محايد من العملات الافتراضية: كازخستان، الهند، باكستان، كينيا، الجابون، فنزويلا، كولومبيا، بيرو، بارجواي، الأرجنتين، فيتنام، ماليزيا، إندونيسيا، وتونس.

-الموقف الرسمي: لا يوجد تشريع يجرم التعامل بالعملات الافتراضية.

(٤٥) د. بلاق محمد، مرجع سابق، ص(٥٥٥).

(٤٦) محمد الهادي المكنوزي، مرجع سابق، ص(٦٠٤).

-أطلقت البنوك المركزية باعتبارها الجهات العليا المختصة بتنظيم القطاع المصرفي^(٤٧) تحذيراتها بشأن التعامل بالعملات الافتراضية. أما من الناحية الشرعية:

فقد أصدرت دار الإفتاء بيانًا تحرّم فيه تداول العملة الرقمية المشفرة "بيتكوين"، والتعامل معها بالبيع والشراء والإجارة والاشتراك فيها، وقال مفتي مصر، إن السبب يعود إلى "عدم اعتبارها كوسيط مقبول للتبادل من الجهات المختصة، ولما تشتمل عليه من الضرر الناشئ عن الغرر والجهالة والغش في مصرفها ومغارها وقيمتها، فضلًا عما تؤدي إليه ممارستها من مخاطر عالية على الأفراد والدول"^(٤٨).

رغم تحذيرات البنك المركزي المصري المتكررة من التعامل بالعملات الافتراضية مثل "البيتكوين"؛ فإن الوضع على أرض الواقع يشير إلى اختراق المصريين هذا المجال بقوة من خلال وسطاء داخل وخارج مصر، وبالرغم من تحذيرات البنك المركزي المصري من التعامل في كافة أنواع العملات الافتراضية المشفرة ومنها البيتكوين؛ إلا أن ذلك لم يمنع ظهور بوادر انتشارها في مصر.

وأرجع البنك المركزي ذلك إلى عدم اتخاذ إجراءات حاسمة نحو إقرار عدم مشروعية هذه العملات؛ حيث لم تعلن الحكومة المصرية أو مجلس النواب عن إصدار قانون يمنع رسميًا التعامل بالبيتكوين أو غيره من العملات الرقمية، ويفرض

^(٤٧) جاء نص تحذير سلطة النقد الفلسطينية "البنك المركزي" على النحو الآتي: "بهدف الحفاظ على نظام مالي مستقر ومتين، وحرصاً من سلطة النقد على الحفاظ على أموال المواطنين، فإنها تحذر المواطنين من التعامل بما يسمى العملات الافتراضية بكافة أشكالها وخصوصاً البيتكوين؛ وذلك لما تحمله هذه العملات من مخاطر مرتفعة جداً كونها غير مضمونة من قبل أية جهة كانت، وهي عالية التذبذب الأمر الذي قد يلحق خسائر مالية فادحة بالمتعاملين بها، إضافة إلى أن كافة الجهات والأطراف التي تقدّم وتتعامل بهذه العملات غير خاضعة أو مرخصة من قبل أي جهة رقابية.

وعليه فإن سلطة النقد تدعو المواطنين لعدم التعامل بهذه العملات سواء بهدف الاستثمار أو الادخار أو التبادل التجاري أو غيرها من المعاملات المالية، وذلك حماية لهم من التعرض لأية خسائر أو مخاطر مالية".

^(٤٨) دار الإفتاء المصرية: فتوى حول "تداول عملة البيتكوين والتعامل بها"، الرقم المسلسل (٤٢٠٥)، صدرت الفتوى بتاريخ ٢٨/١٢/٢٠١٧م.

عقوبة على المتعاملين بها مع توضيح كامل لمبررات الموقف المصري، من حيث مدى خطورة تداول هذه العملة على الموقف المالي لكل من الأفراد والاقتصاد المصري برمته.

بالإضافة إلى انقسام دول العالم سواء المتقدم أو النامي حول الاعتراف الرسمي بهذه العملة. فقد أعلنت كل من ألمانيا واليابان الاعتراف رسميًا بالبيتكوين كعملة رقمية، كما فرضت ألمانيا ضرائب على أرباح الشركات من الاتجار في البيتكوين، وسمحت كندا بتداول البيتكوين وإن كانت لم تعترف به رسميًا. أما إنجلترا فهي في طريقها إلى إصدار عملة رقمية مشفرة مرتبطة بالإسترليني، مما يعني قبولها لهذا النوع من العملات عمومًا.

الفرع الثاني

نماذج عربية في التعامل مع العملات الافتراضية

١-لبنان: حيث بدأت لبنان التحضير لإطلاق عملتها الرقمية، على أن تكون صادرة من البنك المركزي، وأن يكون استعمالها محلياً فقط، والهدف منها تسهيل أساليب الدفع وتفعيل التكنولوجيا المالية وتوفير الكلفة على المستهلك، وسيكون البنك المركزي في لبنان، مسؤولاً عن إصدار العملة الرقمية، ومشرفاً على تعاملاتها بين العملاء والبنوك العاملة في السوق المحلية.

٢-قطر: "آي-دينار I-DINAR: أطلقت الدوحة في وقت سابق منصتها الإلكترونية لتبادل العملات الرقمية المدفوعة، والتي تحمل اسم «آي دينار»، وذلك على هامش فعاليات مؤتمر الدوحة الخامس للمال الإسلامي، ولا تعتبر منصة "آي-دينار I-DINAR" عملة رقمية فحسب، بل لها مقابل عيني حقيقي من الذهب، وعلى هذا النحو لا يعد رمز I-Dinar الرقمي شكلاً من أشكال محفظة الذهب الإلكترونية، لكن يمكن استخدامه كقاسم مشترك لتنفيذ وتسوية العديد من العمليات المالية وأعمال الصرف والتجارة.

الخاتمة

تناول البحث موضوعاً حيويًا أصبح حديث الساعة؛ العملات الافتراضية "المشفرة أو المُعمّاة"، وهو موضوع جد شائك ومعقد؛ أضحي محل أنظار وتعامل الكثيرين ممن وقعوا في حلم الحصول على الثروة بدون جهد أو مقومات.

وعلى الرغم من سطوع نجم هذه العملات في الأفق؛ فإن الحقيقة هي أن موضوعها ما زال بحاجة لأن يُكشف الستار عن كثير من أبعاده؛ وبخاصة بعدما لم يحل الغموض المحاط بهذه العملات من ذيوعها المستعر. وعليه فالوضع القائم أضحي ذا حاجة ماسة إلى تنظيم شاملٍ لكافة جوانب هذه العملات؛ من ذلك التنظيم الشرعي والتشريعي والمصرفي، مع الاعتراف بأن موضوع الدراسة لا يوفيه حقه لا بحث ولا حتى أبحاث، بعدما برحت تبعات هذه العملات قيد البحث والمراجعة.

وإذعائًا منا للشروط الشكلية للبحث؛ فقد سَعَيْتُ إلى معالجة مسألة العملات الافتراضية في جانبها القانوني، محاولًا تناول ما ارتأيت أن فكرته تصقل البحث وتؤصله بدون إسهابٍ أو إيجازٍ -وعساني أكون قد وفقت- يحدوني الأمل في أن يسهم البحث في حماية حقوق المتعاملين بهذه العملات ومن غُرر بهم، وكذا ردع المحتالين بإيجاد العقاب المناسب عبر تدخل الجهات المختصة. وبغض النظر كون الحكومات ذاتها ستُقر التعامل بهذه العملات أولًا، فإننا ندرك أن هذا شأن جلل يتعين أن يسبقه ضرورة تحرّي الدقة في ظل المخاطر المحيطة بهذه العملات؛ حتى وإن حملت هذه المخاطر نفسها بُعدًا إيجابيًا في بعض أحوالها.

وفي سبيل ذلك استُهل البحث بمقدمة اشتملت على إطلالة على موضوع الدراسة وأهميتها، ثم إشكاليات الدراسة وأهدافها، تبعها عرض لمنهجية الدراسة، وبيان حدودها التي رُسمت لها، ثم عرض المنهج الأنسب الذي سلكته، مُكللة ما سبق بتوضيح خطتها.

وقُسمت الدراسة بعد ذلك إلى مبحثين؛ أولهما: سعى ليضع اللبنة الأولى من لبنات البحث مبيّنًا ماهية العملات الافتراضية وطبيعتها القانونية، وكذا سبل التمييز بينها وبين العملات الأخرى، وتوضيح ما للعملات الافتراضية وما عليها، مع التطرق لآلية عملها؛ لتكون جل هذه المسائل نقطة انطلاق إلى فكرة البحث الأساسية التي ما كان لنا أن ندخل فيها دون هذه التوطئة.

واشتمل **ثانيهما**: على صُلب الموضوع؛ شارحًا مدى قانونية العملات الافتراضية من الناحيتين النظرية والواقعية، وموضحًا مدى تطبيق قواعد القانون على هذه العملات، ثم مبينًا أحدث مواقف دول العالم من العملات الافتراضية، كما لم يفت الدراسة تأكيد أهمية دور التعاون الدولي بخصوص العملات الافتراضية. وبعد أن وصلت بحمد الله ومنته- لهذه المرحلة، أُحمل إليه من أهم النتائج والتوصيات فيما يلي:

أولاً- أبرز نتائج الدراسة:

- من الممكن استخدام العملات الافتراضية بشكل إيجابي في ظل حاجة السوق لها، بشرط توفير غطاء قانوني يوفر حماية للمستثمرين، ويضمن عدم استخدامها في الجريمة بكل أشكالها؛ حيث أن هناك مشكلة سيولة في العالم أجمع، ويمكن أن تحل هذه العملات الإشكالية، خصوصًا أن هناك كثيرًا من الأشخاص لا يمكنهم استثمار المبالغ البسيطة، وهذا ما توفره عملية تداول العملات الرقمية.

- من بين أبرز التحديات المعاصرة التي تواجه التصدي للإرهاب اعتماد التنظيمات الإرهابية على التقنيات التكنولوجية الحديثة، سواء في التسليح أو في استقطاب عناصر موالية جديدة أو حتى في عمليات التمويل والدعم، سواء ذلك الدعم الذي تحصل عليه التنظيمات من دول وجهات داعمة للإرهاب، أو ذلك الذي تجنيه بنفسها من خلال استغلال ثروات المناطق التي كانت تلك التنظيمات تسيطر عليها، وكذا عمليات غسيل الأموال بالتواطؤ مع دول وجهات صاحبة مصلحة تُسهل تلك العمليات.

- العملات الافتراضية تمثل ممرًا خلفيًا لتمويل الإرهاب بعيدًا عن أعين الرقابة ورصد التدفقات المالية عبر البنوك المركزية والجهات ذات الصلة، وعلى رغم ما تتمتع به تلك العملات من مزايا باعتبارها إحدى منصات التمويل الحديثة التي يمكن توظيفها بصورة إيجابية؛ إلا أن عدم خضوعها لرقابة حقيقية يجعلها فرصة أمام التنظيمات الإرهابية والدول الداعمة للإرهاب كأداة تمويلية جديدة.

- ثمة العديد من الشواهد المرتبطة باستخدام وتوظيف العملات الافتراضية في دعم وتمويل الإرهاب، تدفع إلى دق ناقوس الخطر بشأن مخاطر تداول تلك العملات في إطار بعيد عن الرقابة على رغم ما تتمتع به من مزايا مختلفة، والعملات الافتراضية تعد من العملات التي يصعب تتبع قيودها ومعرفة الممولين والممولين بها، كما أنها

لا تخضع لرقابة البنوك المركزية ومعايير ومتطلبات إصدار وتداول العملات التقليدية؛ لذا يمكن القول إنها إحدى أدوات «التمويل القذر» الذي يسعى طرفا العلاقة إلى إخفائها عن الجهات الرقابية وإخفاء كل من له علاقة بها، وربما يكون هذا الأمر من مسببات ازدهارها عالمياً.

- الخطورة في العملات الرقمية تكمن في كونها عملات لا تمارس البنوك المركزية أية رقابة عليها، وبالتالي عملية تمويل الإرهاب وغسيل الأموال وأية أنشطة مشبوهة وغير شرعية يُمكن أن تتم من خلالها، على أساس عدم وجود رقابة عليها، وبالتالي يتم استخدامها في أية تجارة غير مشروعة.

- ضعف البنية التحتية لهذه النقود مما عرضها لتقلبات حادة في أسعارها عند أدنى المواقف والأحداث الاقتصادية.

- أن عدم وجود جهة مركزية تنظم عمليات إصدارها وتدعمها وتحميها عند الأزمات ساهم في زيادة التذبذبات في أسعار صرفها.

- أن التصدي والمنع للعملات الافتراضية لا يمكن أن يستمر لفترة طويلة حيث من المتوقع أن تنتشر هذه العملات بصورة كبيرة في المستقبل.

ثانياً- التوصيات:

- يتعين توسيع نطاق القوانين المتعلقة بغسل الأموال وتمويل الإرهاب لتشمل منصات التعامل بالعملات الافتراضية.

- يتعين على المستوى الإجمالي تدخل السلطات المصرفية والمالية المعنية، قصد إقرار نظام لمنح التراخيص المتعلقة بمنصات تداول العملات الافتراضية، مما من شأنه أن يسمح باعتماد نظام للرقابة المسبقة.

- خلق آلية وطنية لتتبع العملات الافتراضية داخلياً ودولياً، وينبغي اتخاذ عدد من التدابير الاستباقية والإجراءات الاحترازية للحد من التبعات السلبية لاستخدام العملات الافتراضية، خاصة البيتكوين، ومنع توظيف الجماعات والمنظمات الإرهابية للميزات النسبية التي توفرها هذه العملات. ومن بين تلك الإجراءات:

- على الدولة ايجاد التشريعات اللازمة لتنظيم التعامل بالعملات الافتراضية، ووضع القوانين التي تساهم في تجريم مرتكبي الجرائم المتعلقة بهذه العملات.

- العمل على وضع تشريعات وضوابط قانونية تنظم عملية تداولها، لحفظ حقوق المتعاملين بها.

- إجراء العديد من الدراسات الفنية للتوصل إلى قرارٍ مبني على أسسٍ علمية سليمة، ويتواءم مع المتغيرات العالمية، وذلك في ضوء ما تم طرحه من عدم الإجماع الدولي على مدى أمان أو خطورة التعامل في مثل هذه العملات.
- حث الجهات المصرفية على توفير معلومات كافية عن آليات الاستثمار في العملات الرقمية وإيجابياتها ومخاطرها.
- تعزيز الوعي المجتمعي بمخاطر المواقع المروجة لتلك العملات، ووسائل التواصل الاجتماعي، دون التأكد من ترخيصها، وتوخي الحذر في التعامل بتلك العملات قبل معرفة مصادرها، أو استخدامها في أعمال غير مشروعة.
- توفير برامج تدريبية وورش عمل متخصصة للطواقم العاملة في المؤسسات الأمنية والمدنية ذات الاختصاص حول كيفية التعامل مع الجرائم التي تنتج عن استخدام العملات الافتراضية.
- دراسة الاتفاقيات والقرارات الدولية والاقليمية فيما يتعلق بمكافحة جريمة تمويل الإرهاب وتوصيات فريق العمل المالي الدولي " Financial Action Task Force (FATF)" وتوجيهات الاتحاد الأوروبي^(٤٩) ومجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق

(٤٩) صدر قرار الاتحاد الأوروبي الخامس لمكافحة غسيل الأموال وأصبح ساريًا يوم ٩ يوليو، حسبما ورد في تقرير كوينتيليغراف ألمانيا يوم ١٠ يوليو. وستضع التدابير ضمن التوجيه إطارًا قانونيًا جديدًا للمراقبين الماليين الأوروبيين لتنظيم العملات الرقمية من أجل الحماية من غسيل الأموال وتمويل الإرهابيين. فإن القواعد الجديدة تسن شروط الشفافية الأكثر صرامة الموجهة نحو استخدام "المدفوعات مجهولة الهوية من خلال البطاقات مسبقة الدفع" و "منصات صرف العملات الافتراضية" لأغراض غسل الأموال أو تمويل الإرهاب. حيث ذكرت المفوضية الأوروبية ما يلي: "يزيد التوجيه الخامس لمكافحة غسيل الأموال من التعاون وتبادل المعلومات بين مكافحة غسل الأموال (AML) والمشرفين الحذرين، بما في ذلك البنك المركزي الأوروبي". كما تكتب المفوضية أنه من أجل ضمان الحماية المناسبة ضد الاستخدام المحتمل غير المشروع للعملات الرقمية، ينبغي أن تكون السلطات المختصة قادرة على مراقبة كيفية استخدامها: "لأغراض مكافحة غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب (AML /CFT)، ينبغي أن تكون السلطات المختصة قادرة، من خلال الكيانات الملزمة، على مراقبة استخدام العملات الافتراضية". ومن أجل أن يتمكن المنظمون من مراقبة العملات الافتراضية بشكل فعال، تقول اللجنة أنه ينبغي أن يكون المنظمون قادرين على ربط عناوين العملات مع المالكين، ويجب أن يشكلوا آلية للإبلاغ الذاتي:

الأوسط وشمال أفريقيا " Middle East & North Africa Financial Action Task Force":

- إخضاع العملات الافتراضية إلى رقابة البنوك المركزية كإحدى منصات التمويل، ووضع محاذير واضحة وضوابط لعدم استغلالها في تمويل الإرهاب، بحيث يتم منح تراخيص للمتعاملين بها تحت رقابة البنوك المركزية.
- إصدار عملة وطنية رقمية مشفرة باستخدام تقنية «بلوك تشين»، وتشكيل لجنة وطنية عليا لتطوير القوانين والتشريعات، ووضع إطار قانوني لتنظيم تداول هذه العملات وفق استراتيجية وطنية للتعاملات الرقمية، وتعديل قوانين غسل الأموال ومكافحة الإرهاب بإدراج مواد تمنع استخدام العملات الرقمية في تمويل هذه الجرائم أو توفير غطاء لها.
- ضرورة وجود تنسيق وتعاون نقدي دولي يعمل على وضع الأطر الكفيلة بحماية المتعاملين بهذه النقود.
- العمل على صياغة قوانين تضبط إصدار هذه النقود وآليات تداولها على المستوى الدولي.
- سرعة قيام سلطة النقد بإصدار توجيهات إرشادية توعوية تبين مخاطر هذه العملات، مع إصدار تعليمات إلزامية تمنع تداول هذه العملات على المستوى المحلي، لحين الوصول لضوابط دولية بشأنها.

"لمكافحة المخاطر المتعلقة بعدم الكشف عن الهوية، ينبغي أن تكون وحدات الاستخبارات المالية الوطنية (FIUs) قادرة على الحصول على معلومات تسمح لها بربط عناوين العملات الافتراضية بهوية مالك العملة الافتراضية. وبالإضافة إلى ذلك، ينبغي مواصلة تقييم إمكانية السماح للمستخدمين بالكشف عن أنفسهم للسلطات المعنية على أساس طوعي".

مع ذلك، سيتم استبعاد ما يسمى "العملات المحلية"، التي تستخدم فقط إلى حدٍ محدود (مثلاً داخل مدينة أو منطقة) أو من قبل عدد قليل فقط من المستخدمين، من التصنيف كعملات افتراضية بموجب التوجيه الجديد. كما قدمت مفوضية الاتحاد الأوروبي ملخصاً للتوجيه الجديد في تقرير رسمي نشر بشكل منفصل.

مع تصاعد التوجيه الجديد، لدى الدول الأعضاء الآن ١٨ شهراً لاعتماد التشريع الجديد لقوانينها الوطنية الخاصة. وكانت المجموعة المكونة من ٢٨ عضواً قد وافقت على شروط التوجيه الجديد في أبريل من هذا العام.

المراجع

أولاً- الكتب:

- (١) د. أحمد سفر، أنظمة الدفع الإلكترونية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠٠٨م.
- (٢) د. نسرین عبد الحمید نبیه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨م.

ثانياً- الرسائل العلمية:

- (١) عبد الله ناصر عبيد نصيري الزعابي: التنظيم القانوني للعمليات الرقمية المستحدثة في التشريع الإماراتي والمقارن "دراسة تحليلية مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٨م.

ثالثاً- الأبحاث العلمية:

- (١) د. أحمد إبراهيم دهشان، العملات الافتراضية إشكالياتها وآثارها على الاقتصاد المحلي والعالمي، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة، مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦ - ١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م.
- (٢) د. أحمد معبوط، الآثار الشرعية لتداول النقود الافتراضية، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة، مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦ - ١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م.
- (٣) د. أشرف توفيق شمس الدين، مخاطر العملات الافتراضية في نظر السياسة الجنائية بين الشريعة والواقع، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة، مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد

والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦ - ١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م.

(٤) د. بلال محمد: العملات الافتراضية في التشريع الجزائري... الواقع والآفاق، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة، مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦ - ١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م.

(٥) د. جمال عبد العزيز عمر العثمان: الطبيعة القانونية للعملات الافتراضية والموقف التشريعي منها، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة، مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦ - ١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م.

(٦) د. حكوم السنية، د. بأحمد ربيع، مالية العملة الافتراضية ومدى انطباقها على النقود من حيث الوظائف (البتكوين أنموذجاً) دراسة شرعية اقتصادية، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة، مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦ - ١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م.

(٧) د. لمياء محمد رسلان: مالية العملات الافتراضية وآثارها الشرعية" حالة البتكوين أنموذجاً"، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة، مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦ - ١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م.

(٨) د. طارق محمد السقا، بين مطرقة التسارع التكنولوجي وسندان المخاطر التقنية، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية

بجامعة الشارقة بعنوان "العمّلات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة، مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦ - ١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م.

(٩) د. عبد العزيز شويش عبد الحميد، د. إبراهيم محمد أحمد، أثر العملات الافتراضية في السياسة النقدية للبنوك المركزية، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العمّلات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة، مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦ - ١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م.

(١٠) د. علي أحمد المهداوي، د. إسماعيل كاظم العيساوي، أبعاد العملة الافتراضية، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العمّلات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة، مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦ - ١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م.

(١١) د. عويسي أمين، د. معتوق جمال، د. العيفة عبد الحق، مستقبل النقود في العالم الإسلامي "الدينار الإسلامي المشفر"، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العمّلات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة، مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦ - ١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م.

(١٢) د. كمال النيص: دور العملات الافتراضية في تمويل الارهاب، بحث مقدم للندوة العلمية حول "العملات الافتراضية وسيلة لتمويل الارهاب"، والتي نظمها معهد فلسطين لأبحاث الأمن القومي، رام الله - فلسطين، ٢٠١٩م.

(١٣) د. محمد الهادي المكنوزي، صعوبة تحديد الطبيعة القانونية للعملات الافتراضية "دراسة على ضوء موقف المشرعين الفرنسي والاوروبي"، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العمّلات

الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة، مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦-١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م.

(١٤) د. محمد ربيع محمد صابر الحافي، العملات الرقمية بين الشريعة والواقع، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة، مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦-١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م.

(١٥) د. محمد مطلق محمد عساف: "من التحديات التي تواجه المصارف الإسلامية سوق العملات الافتراضية"، بحث مقدم للمؤتمر الدولي الثامن لكلية الشريعة بجامعة النجاح الوطنية بعنوان "الصيرفة الإسلامية في فلسطين بين الواقع والمأمول"، نابلس، فلسطين، ٢٠١٨م.

(١٦) د. محمود أحمد إبراهيم الشرقاوي، مفهوم الأعمال المصرفية الإلكترونية وأهم تطبيقاتها، بحث مقدم الى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، دبي، ٢٠٠٣م.

(١٧) د. نصر الدين أحمد محمد سراج، محددات الإفصاح عن آثار التغيرات في أسعار صرف العملات الافتراضية في التقارير المالية لمنشآت الأعمال، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة، مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦-١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م.

(١٨) د. هايدي عيسى حسن علي حسن، الحاجة لمظلة تشريعية لمارد الدفع الرقمي الحاضر والمستقبل، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة، مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من ١٦-١٧ إبريل ٢٠١٩م، إصدارات جامعة الشارقة، ٢٠١٩م.

رابعاً- الدوريات:

- ١) د. أكرم عبد الرزاق جاسم المشهداني: العملات الافتراضية، بحث منشور في مجلة الدراسات المالية والمصرفية، الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، الأردن، المجلد (٢٦)، العدد الأول، ٢٠١٨م.
- ٢) د. سلوى محمود أبو ضيف أحمد: النقود الالكترونية وأثرها على المعاملات المالية، دراسة فقهية واقتصادية، المجلة العلمية لجامعة ٦ أكتوبر، مجلد(٤)، العدد(١)، الصفحات (٨٣-٩١)، ٢٠١٧م.
- ٣) د. عبد الله بن سليمان بن عبد العزيز الباحوث: النقود الافتراضية مفهومها وأنواعها وآثارها الاقتصادية، بحث منشور في المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، العدد(١)، كلية التجارة، جامعة عين شمس، القاهرة، جمهورية مصر العربية، يناير، ٢٠١٧م.

• المراجع الأجنبية:

- 1) European Central Bank (1998), "Report on electronic money". Frankfurt, Germany, August.
- 2) European Commission "proposal for European parliament and council Directives on the taking up, the pursuit and the prudential supervision of the business of electronic money institution" Brussels, 1998, COM (98)727.
- 3) Joshua Baron, Angela O'Mahony, David Manheim, Cynthia Dion-Schwarz National Security Implications of Virtual Currency: Examining the Potential for Non-state Actor Deployment, Published by the RAND Corporation, Santa Monica, Calif, 2015.

بطلان حكم التحكيم وفقاً لقوانين التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي

الدكتورة/ أمل بنت سالم بن سعيد المحرزية*

المخلص:

اعترفت التشريعات الدولية والوطنية المنظمة للتحكيم بالطبيعة الخاصة للتحكيم حتى تدعم فاعليته، لذلك كان لازماً عليها أن تحقق التوازن بين طبيعة التحكيم الخاصة وضرورة مراجعة أحكام التحكيم عن طريق القضاء. ولهذا تباينت الأنظمة والتشريعات تبايناً واضحاً، فالتشريعات الدولية التي نظمت التحكيم التجاري الدولي، ومنها القانون النموذجي للتحكيم الصادر عن لجنة الأونسيترال، حصرت وسيلة مراجعة حكم التحكيم في وسيلة وحيدة وهي دعوى الإلغاء، أما التشريعات الوطنية والتي تأثرت بالقانون النموذجي ماعدا القانون الكويتي فقد حصرت وسيلة مراجعة حكم التحكيم الدولي دون التفرقة بين التحكيم الدولي والداخلي وهي دعوى البطلان ولكنها جعلتها أمام محكمة الدرجة الثانية، أما القانون الكويتي جعل وسيلة مراجعة حكم التحكيم في دعوى البطلان وكذلك أجاز الطعن في حكم التحكيم بطرق الطعن المتمثلة في الاستئناف والتماس إعادة النظر. ولذا يأتي هذا البحث ليسلط الضوء على تعريف دعوى البطلان وطبيعتها، وأسباب رفعها ونطاق رقابة القضاء على حكم التحكيم من خلال هذه الدعوى، وهل هي وسيلة للطعن في حكم التحكيم من الناحية الموضوعية أم من الناحية الشكلية، وهل للقضاء سلطة التصدي لموضوع النزاع والفصل فيه.

الكلمات المفتاحية: الطبيعة الخاصة للتحكيم - مراجعة حكم التحكيم - دعوى البطلان - طرق الطعن - رقابة القضاء.

*أستاذ قانون الإجراءات المدنية والتجارية المساعد - كلية الحقوق - جامعة السلطان قابوس - مسقط - سلطنة عُمان.



Annulment of the Arbitration Provision In Accordance with the Legislation of the GCC Countries

Dr. Amal Bint Salim Bin Said Al Mahrizi*

Abstract:

International and national legislation regulating arbitration recognized the special nature of arbitration in order to support its effectiveness. Therefore, it was obligated to achieve balance between the special nature of arbitration and the need to review provisions of arbitration through the judiciary. For this reason, the regulations and legislations clearly differed, as the international legislation regulating international commercial arbitration, including the Model Law on Arbitration issued by the UNCITRAL Commission, limited the methods of reviewing arbitration provision to a single method, which is the cancellation action. As for the national legislation, affected by the Model Law excluding the Kuwaiti law, limited the methods of reviewing the international arbitration provision without distinguishing between international and internal arbitration, which is the annulment proceedings, but made it before the court of Second Instance. As for Kuwaiti law, it made the methods of reviewing the arbitration provision in the annulment proceedings, as well as authorizing the rebuttal procedure against the arbitration provision by remedies represented in the appeal and the petition to reconsider. Therefore, this research comes to shed light on the definition and nature of annulment proceedings, the reasons for filing it and the scope of the judicial oversight over the arbitration provision through such proceedings, and whether it is a remedy for the arbitration provisions in terms of substantive or formal terms, and whether the judiciary has the authority to address the subject-matter of the dispute and adjudicating on it.

Keywords: The Special Nature of Arbitration - Reviewing of the Arbitral Provision - Annulment Proceedings - Remedies - Judicial Oversight.

*Assistant Professor of Civil and Commercial Procedures Law, College of Law, Sultan Qaboos University, Muscat, Sultanate of Oman.

المقدمة

إن الأنظمة والتشريعات المتعلقة بالتحكيم عند وضعها للأحكام المتعلقة بالطعن على حكم التحكيم، راعت التوفيق بين اعتبارين، الأول نهائية الحكم، والثاني فرض نوع من الرقابة القضائية على الحكم لضمان صحته وعدالته^(١)، وفي سبيل تحقيق ذلك لم يجرز للأطراف الطعن على حكم التحكيم بطرق الطعن المنصوص عليها في القانون، وإنما حصر الطعن في حكم التحكيم في طريق واحد وهو رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وذلك لإصلاح الأخطاء التي أصابت حكم التحكيم دون التطرق إلى موضوع النزاع، ويتم رفع دعوى بالبطلان بناء على أسباب حددها القانون على سبيل الحصر.

والحكمة من إقصاء القضاء عن مراجعة حكم التحكيم من الناحية الموضوعية، هي تحقيق الأهداف المرجوة من التحكيم كوسيلة سريعة ونهائية لفض المنازعات بعيداً عن ساحات المحاكم، وهو ما يتفق مع متطلبات التجارة الدولية من سرعة استقرار المراكز القانونية^(٢).

ووفقاً لما تقدم، فإنه يدعونا إلى البحث عن تعريف دعوى البطلان وطبيعتها، وأسباب رفعها ونطاق رقابة القضاء على حكم التحكيم من خلال هذه الدعوى، وهل هي وسيلة للطعن في حكم التحكيم من الناحية الموضوعية أم من الناحية الشكلية، وهل للقضاء سلطة التصدي لموضوع النزاع والفصل فيه؟

الإجابة عن هذه التساؤلات تقضي تقسيم دراستنا إلى ثلاثة مباحث، يخصص الأول ماهية دعوى البطلان وطبيعتها، ويخصص الثاني في أسباب بطلان حكم التحكيم، ويخصص الثالث في النظام الإجرائي لدعوى بطلان حكم التحكيم في أنظمة التحكيم الوطنية والدولية.

(١) راجع: فاطمة صلاح الدين رياض يوسف، نطاق اختصاص القضاء بالمسائل التي يثيرها القضاء، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٩م، ص ٢٦٢ وما بعدها.
(٢) انظر: أحمد السيد الصاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٢٨٤.

المبحث الأول

ماهية دعوى البطلان والتفرقة بينها وبين طرق الطعن

في هذا المبحث سوف نحدد ماهية دعوى البطلان وبيان طبيعتها، وتمييزها عن غيرها لدعوى البطلان الأصلية للأحكام القضائية وطرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات. وسيوضح من خلال الدراسة في هذا المبحث أن نظام الطعن بالطرق العادية وغير العادية لا يقبلها حكم التحكيم فالطريق الوحيد لإبطال حكم التحكيم هو رفع دعوى أصلية ببطلانه. وكذلك سوف نتعرف على موقف التشريعات الوطنية.

ووفقاً على ما تقدم، سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف دعوى البطلان وطبيعتها.

المطلب الثاني: التفرقة بين دعوى بطلان حكم التحكيم ودعوى البطلان الأصلية وطرق الطعن.

المطلب الثالث: قصر مراجعة حكم التحكيم على دعوى البطلان.

المطلب الأول

تعريف دعوى البطلان وطبيعتها

عرف بعض الفقه البطلان بأنه تكييف قانوني لعمل يخالف لنموذجه القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتها عليه القانون إذا كان كاملاً^(٣). ويترتب على توافر عيب البطلان عدم إنتاج الآثار القانونية، وإعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل العمل أو الإجراء الباطل^(٤).

(٣) انظر: فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، طبعة نادي القضاة، ١٩٩٧م، ص ٨ وما بعدها، هامش رقم ٢.

(٤) للمزيد من التعريفات حول البطلان انظر: عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات، دار الفكر العربي، ١٩٧٤م، ص ٣٧١، حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، ص ٤٨٤، غنام محمد غنام، نظرية الانعدام في الإجراءات الجزائية مقارنة بالانعدام في قانون المرافعات، طبعة أولى، مطبوعات الكويت، ١٩٩٩م، ص ٢٥. عبد الحميد الشواربي، البطلان الإجرائي والموضوعي، منشأة المعارف، بالإسكندرية، ١٩٩١م، ص ٢.

ولهذا فإن دعوى البطلان تعتبر دعوى مبتدئة تختص بها المحكمة اختصاصاً نوعياً، تفصل فيها بحكم انتهائي لا يقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن^(٥). ومن ثم، فإن المحكمة المختصة بدعوى البطلان ينحصر اختصاصها في الإطار الخارجي للحكم، كوجود اتفاق على التحكيم، وتقيد هيئة التحكيم بالقانون الذي اتفق عليه الأطراف، وعدم مخالفته للنظام العام، فالنزاع لا يطرح عليها لتفصل فيه من جديد، ولا يجوز لها أن تتطرق لموضوع ما فصل فيه الحكم محل الطعن، ومدى عدالته^(٦).

وتتميز دعوى البطلان بوجود نظام إجرائي خاص بها من حيث تحديد أسبابها على سبيل الحصر وميعاد رفعها وأثره على التنفيذ والمحكمة المختصة بها وعدم تصديها لموضوع النزاع، فهي دعوى لتوقيع جزاء البطلان لعيب موضوعي أو لعيب إجرائي في الحكم باعتباره آخر إجراء في الخصومة الذي ينهيها^(٧).

وتجدر الإشارة، أن المشرع قصد من إلغاء نظام الطعن سرعة تحقيق العدالة وجعل الحكم بمجرد صدوره حائز لقوة الأمر المقضي^(٨) إلا أن الفقه انتقد مسلك المشرع في تحديده لأسباب البطلان تحديداً حصرياً؛ حيث إن أسباب البطلان لا تتسع لحالات التي كان يشملها الطعن بالتماس إعادة النظر، كغش الخصوم أو صدور الحكم بناء على ورقة مزورة أو شهادة زور أو حصل الملتزم بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها، كما لا تتسع لحالات الخطأ في تطبيق القانون أو تأويله أو مخالفته، والتي كان يمكن علاجها عن طريق الطعن في حكم التحكيم بالاستئناف وهو لم يعد ممكناً، الأمر الذي يغلق على المحكوم ضده كل طريق لإصلاح الخطأ^(٩).

(٥) انظر: أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٥١.

(٦) راجع: أحمد السيد صاوي، الإشارة السابقة.

(٧) راجع: سيد أحمد محمود، دعوى بطلان حكم التحكيم، ص ١١.

(٨) راجع: فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والدولية، ص ٦٨١، محمود مصطفى بونس، المرجع في أصول التحكيم، ص ٤٨٦.

(٩) انظر: محسن شفيق، التحكيم، ص ٣٠٩، محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، ص ١٤٢، مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، ص ٢٢٩، فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والدولية، ص ٦٨٢، عيد القصاص، حكم التحكيم، ص ٧٥، عبد الحميد الأدهب، موسوعة التحكيم،

المطلب الثاني

التفرقة بين دعوى بطلان حكم التحكيم ودعوى البطلان الأصلية وطرق الطعن

إن دعوى بطلان حكم التحكيم تختلف عن دعوى البطلان الأصلية، كما أن دعوى بطلان حكم التحكيم ليست طريقاً من طرق الطعن في الأحكام.

إن دعوى بطلان حكم التحكيم تختلف عن دعوى البطلان الأصلية، وذلك من حيث المحل والميعاد؛ حيث ينصب محل دعوى بطلان حكم التحكيم على أسباب وردت على سبيل الحصر وهي تمس اتفاق التحكيم أو خصومة التحكيم، كالاختلال بحق الدفاع، أو وقوع بطلان في حكم التحكيم أو في إجراءات التحكيم أثر في الحكم^(١٠)، وإن كانت دعوى بطلان حكم التحكيم تستوعب بعض حالات الانعدام مثل تجاوز حدود اتفاق التحكيم أو صدور الحكم من عدد زوجي من المحكمين^(١١)، أما دعوى البطلان الأصلية يكون محلها هو الحكم المنعقد فقط دون الحكم الباطل^(١٢)، فالحكم المنعقد هو الحكم الذي تجرد من أركانه الأساسية (الأشخاص والموضوع والسبب)، كأن يصدر من شخص ليست له ولاية التحكيم أو ضد شخص متوفي أو في مسألة لا يجوز التحكيم فيها، بحيث يعتريه عيب يفقده كيانه وصحته ويحول دون اعتباره موجوداً منذ صدوره، فلا يستفيد القاضي به سلطته ولا يترتب حجية الأمر المقضي ولا يرد عليه

الجزء الأول، ص ٢٠٤، أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٥٤، محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، ص ٤٨٦ وما بعدها.

(١٠) راجع: سيد أحمد محمود، دعوى بطلان حكم التحكيم، ص ١٥.

(١١) راجع: خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، ص ١٤٥، معتز عفيفي، نظام الطعن على حكم التحكيم، ص ٣٦٧.

(١٢) أن الحكم المنعقد يكون غير موجود، أما الحكم الباطل فهو موجود ولكن شابه بعض العيوب أفقده صحته، فالانعدام ينصب على وجود الحكم، أما البطلان ينصب على صحة الحكم. ولذلك فالحكم المنعقد يكون محلاً لدعوى البطلان الأصلية، أما الحكم الباطل يكون محلاً لطرق الطعن العادية انظر (معتز عفيفي، نظام الطعن على حكم التحكيم، ص ٣٦٥ وما بعدها).

التصحيح^(١٣)، كما حدد المشرع ميعاداً محدداً ترفع فيه دعوى بطلان حكم التحكيم وأمام محكمة معينة في حين دعوى البطلان الأصلية لا تتقيد بميعاد معين، فيمكن أن ترفع في أي وقت، وفي أي مرحلة من مراحل الخصومة، بل وأيضاً عن مرحلة التنفيذ^(١٤).

وقد يحدث خطأ في الحكم يتعلق بالإجراءات التي بني عليها الحكم، والأوضاع التي لابسها صدوره أو بالحكم ذاته، فقد يقع الخطأ في تطبيق القانون أو في تقدير الوقائع واستخلاص النتائج منها^(١٥)، فالوسيلة لمراجعة الحكم القضائي وإصلاح هذا الخطأ في الحكم هي الطعن عليه ممن صدر ضده بطرق الطعن المنصوص عليها في القانون وفي المواعيد التي حددها، وطرق الطعن قد تكون طرق عادية وهي الاستئناف، وطرق طعن غير عادية وهي التماس إعادة النظر والنقض أو التمييز أو العليا^(١٦).

في حين دعوى بطلان حكم التحكيم تتميز عن الطعن في الأحكام من حيث الهدف منها ومحلها وموضوع الطلب فيها، ومن حيث أسبابها وميعاد رفعها وسلطة المحكمة في نظرها والحكم فيها، فضلاً عن أنه لا يجوز التنازل عن الحق في رفعها قبل صدور حكم التحكيم، في حين يجوز التنازل عن الحق في الطعن في الأحكام القضائي ليس قبل صدوره، بل قبل رفع الدعوى التي سيصدر فيها الحكم^(١٧).

(١٣) انظر: سيد أحمد محمود، دعوى بطلان حكم التحكيم، ص ١٥، عيد القصاص، حكم التحكيم، ص ٢٤٢. أحمد السيد صاوي، بطلان حكم التحكيم، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق جامعة الإمارات في الفترة من ٢٨-٣٠ أبريل، ٢٠٠٨م، ص ٧٦٤، معتز عفيفي، نظام الطعن، ص ٣٦٧.

(١٤) انظر: سيد احمد محمود، دعوى بطلان حكم التحكيم، ص ١٥، معتز عفيفي، نظام الطعن على حكم التحكيم، ص ٣٦٨.

(١٥) انظر: فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني، ص ٦٦٤، أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٤٦، سيد أحمد محمود، دعوى بطلان حكم التحكيم، ص ٦٣، وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، ص ٦٥٠.

(١٦) راجع: رمزي سيف، الوسيط، ص ٧٥٦، أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٤٨، محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، ص ٤٩٠. أحمد خليفة الشراوي، التنظيم القضائي لبطلان حكم التحكيم، ورقة علمية مقدمة للمؤتمر العلمي السنوي الثاني كلية الحقوق طنطا ٢٩-٣٠ أبريل، ٢٠١٥م، ص ١٤.

(١٧) انظر: عبد التواب مبارك، بطلان حكم التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨م، ص ٩٠.

المطلب الثالث

قصر مراجعة حكم التحكيم على دعوى البطلان

لمعالجة الأخطاء أو العيوب التي قد تلحق بحكم التحكيم، فقد تبين موقف القوانين الوطنية، فبعضها يمنع الطعن في حكم التحكيم بطرق الطعن في الحكم القضائي، وبالمقابل حصرت إمكانية مراجعة حكم التحكيم عن طريق دعوى البطلان، والبعض الآخر أجاز الطعن في حكم التحكيم بطرق الطعن فضلاً عن إمكانية رفع دعوى بطلان حكم التحكيم.

أخذت قوانين دول مجلس التعاون الخليجي بطريق دعوى البطلان، لمراجعة ومراقبة حكم التحكيم^(١٨)، حيث إن المشرع قد أغلق باب الطعن على حكم التحكيم بأي طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية، وحدد بأن يكون الطريق الوحيد لمراجعة ومراقبة حكم التحكيم هو رفع دعوى البطلان، وهذا يؤدي إلى القول، بأن أحكام التحكيم بمجرد صدورها تصبح باتة، بمعنى لا يجوز الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المعروفة، ومن ثم يتحقق الغرض من التحكيم والمتمثل في السرعة والسهولة والبساطة وعدم الكلفة في الفصل في قضايا التحكيم^(١٩)، أما الوضع في القانون الكويتي، فقد جمع بين دعوى البطلان والطعن على حكم التحكيم بطرق الطعن الأخرى والمتمثلة في الطعن بالاستئناف والتماس إعادة النظر، وفقاً لنص المادة (١٨٦) فإن المشرع وضع القاعدة وهي عدم جواز استئناف حكم التحكيم إلا إذا اتفق الخصوم على جواز استئنافه، فالأصل هو عدم جواز الاستئناف والاستثناء هو الجواز، والحكمة من مسلك المشرع هي أن الخصوم، التجنّبوا إلى التحكيم رغبة منهم في تبسيط الإجراءات على

^(١٨) انظر: نصت المادة (٥٢) من قانون التحكيم العماني والمقابلة للمادتين (٤٩) من قانون التحكيم السعودي والمادة (٣٣) من قانون التحكيم القطري بقولها: "١- لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المقررة قانوناً. ٢- يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للأحكام المبينة في المادتين الآتيتين". كما نصت المادة (١/٣٤) من قانون التحكيم البحريني والقانون النموذجي على أنه "لا يجوز الطعن في قرار تحكيم أمام إحدى المحاكم، إلا بطلب إلغاء يقدم وفقاً للفقرتين (٢) و(٣) من هذه المادة". وكذلك نصت المادة (٥٣) من قانون التحكيم الإماراتي على أنه: "لا يقبل الاعتراض على حكم التحكيم إلا بموجب رفع دعوى بطلان إلى المحكمة أو أثناء نظر طلب المصادقة على الحكم".

^(١٩) انظر: عبد الله عيسى على الرمح، حكم التحكيم، ص ٤١٤ وما يليها.

أنفسهم باختيار طريق معفي كأصل عام، من إجراءات المرافعات، مما يجعل فتح باب الطعن مفعولاً عليهم أحد دوافعهم الأساسية لاختيار طريق التحكيم، ومنصوباً على العودة بهم إلى ساحة القضاء من باب خلفي^(٢٠)، وعند وجود اتفاق الخصوم على استئناف حكم التحكيم، فإن الاستئناف يرفع أمام المحكمة الكلية بهيئة استئنافية، ويخضع للقواعد المقررة لاستئناف الأحكام الصادرة من المحاكم، فتودع صحيفة الاستئناف إدارة كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، ويكون الميعاد المقرر ثلاثين يوماً، يبدأ من تاريخ إيداع أصل الحكم إدارة كتاب المحكمة المختصة، ومن جهة أخرى، المشرع بموجب المادة (١٨٦) حدد حالات معينة لا يجوز فيها الاستئناف، ولا يصح للخصوم الاتفاق على غير ذلك^(٢١).

كما أجاز قانون المرافعات الكويتي الطعن في حكم التحكيم بالتماس إعادة النظر. حيث نصت المادة (١٨٧) من قانون المرافعات الكويتي على أنه: "ترفع دعوى البطلان إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى وذلك خلال ثلاثين يوماً من إعلان الحكم، ويبدأ هذا الميعاد وفقاً لأحكام المادة (١٤٩) في الحالات التي يتحقق فيها سبب من الأسباب التي يجوز من أجلها التماس إعادة النظر....". ويتبين من نص المادة (١٨٧) مرافعات كويتي، إن المشرع الكويتي جعل حالات الطعن بالتماس إعادة النظر هي من أسباب رفع دعوى البطلان على حكم التحكيم.

(٢٠) انظر: عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، ص ٣٥٤، حسني المصري، قانون التحكيم التجاري، ص ٤٧٧، نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، المرجع السابق، ص ٤٨٤، عبد الله عيسى علي الرمح، حكم التحكيم، ص ٤٠٧، يعقوب يوسف صرخوه، أحكام المحكمين وتنفيذها، ص ٢١٢.

(٢١) انظر في هذا: عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٣٥٥، وما بعدها، عبد الله عيسى الرمح، حكم التحكيم، ص ٤٠٩ وما بعدها. وهذه الحالات هي: إذا كان المحكم مفوضاً بالصلح. لأن الحكم في هذه الحالة لا يتقيد بقواعد القانون الموضوعي، ولا يقبل عندئذ الحكم الطعن بالاستئناف ولو كان سبب الطعن متعلقاً بالنظام العام. أو إذا كان التحكيم صادراً بشأن نزاع في الاستئناف، إذ أن جواز الاستئناف عندئذ يجعل التقاضي على ثلاث درجات. بمعنى أن هيئة التحكيم تؤدي وظيفة محكمة الاستئناف، حيث إن التقاضي على درجتين فلا يجوز استئناف الحكم الصادر من محكمة التحكيم. أو إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز خمسمائة دينار، فهو النصاب الانتهائي للأحكام فلا يجوز استئنافه.

وهذا مسلك يحمّد عليه المشرع في القوانين الوطنية - ما عدا الكويتي - كونه لم يسمح لأطراف النزاع الطعن في حكم التحكيم بالاستئناف والتماس إعادة النظر، مساو بينه وبين الحكم الصادر من المحاكم العادية خصوصاً في المنازعات التجارة الدولية، وهذا الأمر يتنافى مع الحكمة التي يتوخاها أطراف النزاع من تفضيلهم اللجوء الى التحكيم دون القضاء العادي، والمتمثلة في سرعة الفصل في النزاع بخلاف ما هو عليه عند طرحه أمام المحاكم العادية، والتي يطول أمد التقاضي أمامها من جانب آخر نتفق مع المشرع الكويتي وذلك بجعل حالات الطعن بالتماس إعادة النظر ضمن أسباب رفع دعوى البطلان على حكم التحكيم، وعليه ندعو المشرع في القوانين الوطنية إدراج هذه الحالات ضمن أسباب رفع دعوى البطلان.

المبحث الثاني

أسباب دعوى بطلان حكم التحكيم

لقد حصرت قوانين دول مجلس التعاون الخليجي أسباب دعوى بطلان حكم التحكيم. وتمثلت هذه الأسباب في الأسباب الموضوعية والأسباب الشكلية والأسباب المتعلقة بالنظام العام^(٢٢)، وفي حال عدم توافر أحد الأسباب الموجبة للبطلان والتي وردت على سبيل الحصر لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم، وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف السعودية بقولها: "ان ما ذكره الطاعن في حكم التحكيم لا يندرج ضمن حالات البطلان التي حددها المادة خمسون من نظام التحكيم السعودي، ذلك أن ما ذكره في دعواه هو اعتراض في موضوع الحكم هو خارج عن حالات الطعن التي حددها النظام، ولا يجوز لهذه المحكمة بحثه، وفقاً للفقرة الرابعة من المادة الخمسين من النظام ذاته، حكمت المحكمة بتأييد حكم التحكيم والأمر بتنفيذه فيما قضى به"^(٢٣)، وهذا ما سنتناوله تفصيلاً وذلك في ثلاثة مطالب.

(٢٢) راجع: المادة (٥٢) من قانون التحكيم العماني والمقابلة للمادة (٥٠) من قانون التحكيم السعودي والمادة (٥٣) من قانون التحكيم الاماراتي و المادة (١٨٦) من قانون المرافعات الكويتي كذلك المادة (٣٤) من القانون النموذجي للتحكيم والتي تطابقها المادة (٣٤) من قانون التحكيم البحريني والمقابلة للمادة (٣٣) من القانون القطري.

(٢٣) راجع: ديوان المظالم ، محكمة الاستئناف المدنية ، حكم صدر ١٤٣٥ هجرية منشور في مجلة التحكيم العالمية ، ٢٠١٥م، العدد الثامن والعشرون، ص ٣٤٩.

المطلب الأول

الأسباب الموضوعية لبطلان حكم التحكيم

يُقصد بالأسباب الموضوعية لبطلان حكم التحكيم هي الأسباب التي تتعلق باتفاق التحكيم، ومدى تجاوز هيئة التحكيم لحدود هذا الاتفاق فإذا كان اللجوء إلى قضاء الدولة لفض المنازعات هو الأصل، فإنه لا يمكن اللجوء إلى التحكيم إلا إذا اتفق أطراف النزاع على ذلك، ويترتب عليه أن يشترط لصحة حكم التحكيم ان يصدر بناء على اتفاق صحيح على التحكيم وأن يكون هذا الاتفاق ما زال قائماً. ولذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول

إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق

باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته

إن أسباب البطلان قد ترجع إلى عدم وجود اتفاق تحكيم من الأساس، أو لبطلانه أو لسقوطه بانقضاء مدته، وقد تكفي أي منها لرفع دعوى بطلان حكم التحكيم. وسوف نتناولها بالتفصيل تباعاً.

الفصل الأول

عدم وجود اتفاق تحكيم

إن أساس التحكيم هو اتفاق الطرفين، وقد يتخذ صورة شرط أو صورة مشاركة. ويجب أن تتوفر في اتفاق التحكيم الشروط الموضوعية وهي الرضا والأهلية والمحل، كما يجب أن تتوفر الشروط الشكلية فيه وهي الكتابة، وتحديد موضوع النزاع^(٢٤). في الواقع يندر صدور حكم تحكيم دون أن يوجد اتفاق بين الطرفين على التحكيم، إلا أنه من المتصور عمل حدوثه، فقد يقدم المحكم لهيئة التحكيم أوراقاً، كخطابات متبادلة أو خطاب نوايا، فيستمد المحكم ولايته بالنزاع منها باعتبارها تتضمن اتفاق تحكيم، في

(٢٤) راجع: فتحي والي، التحكيم، ص ٧٢٢، أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٦١، محمود مختار بريزي، التحكيم، ص ٢١٧، محمد مهدي عبد الوهاب حجيري، بطلان حكم التحكيم، منشأة المعارف، ٢٠١٣م، ص ٥٥.

حين أن المدعي عليه يعتبر هذه الأوراق تتعلق بمرحلة مفاوضات، لم تصل بعد إلى مرحلة التحكيم^(٢٥). كما تثار مسألة وجود اتفاق تحكيم في حالة تجديد العقد الأصلي أو إبرام مصالحه مكمله له أو إدخال تعديل على مادة منها أو حلول جهة محل أحد طرفي العقد بالاتفاق. أو أن يشترط عرض النزاع أولاً على المهندس ليتخذ قراراً يعرض بعد ذلك على التحكيم، فالخصم الذي ليس له مصلحة التحكيم يدعي بعدم وجود اتفاق التحكيم، لأن العقد الأصلي لم يجدد أو أن الذي حل محل أحد طرفي العقد ليس ملزماً بالشرط التحكيمي، أو أن المهندس لم يدل برأيه قبل العرض على التحكيم^(٢٦)، كما تثار مسألة وجود اتفاق التحكيم إذا وجدت حوالة للحق وحدث نزاع حول انتقال شرط التحكيم إلى المحال له^(٢٧).

الغصن الثاني

بطلان اتفاق التحكيم أو كان أحد طرفي التحكيم وقت إبرام الاتفاق فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته

يتعين أن تتوافر في اتفاق التحكيم الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاده، والشروط الشكلية اللازمة لصحته، وفي حالة تخلف هذه الشروط قد يكون سبباً في بطلان اتفاق التحكيم أو قابلاً للإبطال.
أولاً- الشروط الموضوعية:

يفترض أن اتفاق التحكيم موجود، ولكنه باطل سواء كان البطلان مطلقاً أو نسبياً، فالمحكم يستمد ولايته بالنزاع من اتفاق التحكيم سواء اتخذ صورة شرط أو مشاركة تحكيم، لذلك يشترط لصحة حكم التحكيم أن يكون الاتفاق على التحكيم صحيحاً، أما إذا كان باطلاً فإنه يستتبع بطلان الحكم^(٢٨) تطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز دبي في

(٢٥) انظر: فتحي والي، التحكيم، ص ٧٢٣، أبو الوفا، التحكيم، ص ٣٢١، عيد القصاص، حكم التحكيم، ص ٢٤٦، حسني المصري، التحكيم، ص ٤٨٧، معتز عفيفي، نظام الطعن على حكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢، ص ٥١٣.

(٢٦) راجع: عبد الحميد الأحذب، إجراءات التحكيم، ص ٥٢٠.

(٢٧) انظر: فتحي والي، التحكيم، ص ٧٢٤، معتز عفيفي، نظام الطعن، ص ٥١٤.

(٢٨) راجع: حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، ص ٤٨٩.

حكمها: "أن الاتفاق الذي يبرمه الوكيل غير المفوض به، يكون باطلاً نسبياً للموكل دون خصمه، فيكون للموكل وحده حق التمسك ببطلان الاتفاق على التحكيم"^(٢٩)، لذلك يجب أن تتوفر في اتفاق التحكيم الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاده، وهي الرضا والأهلية والمحل يشترط لوجود الاتفاق على التحكيم أن تكون إرادة الأطراف قد صدرت سليمة خالية من عيوب الرضا كالغلط والتدليس والإكراه، بمعنى تطابق إرادتين واتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية اتفق الأطراف عليها، فلا بد من إيجاب وقبول يتلاقيان على اختيار التحكيم كوسيلة لحسم النزاع الذي قد يثور بشأن علاقة أصلية^(٣٠). وفي حال قيام أشخاص آخرين بالانضمام لاتفاق التحكيم فإنه يجب أن يكون انضمامهم هذا صريحاً غير مفترض لمجرد دخولهم أو اشتراكهم في علاقة الأطراف الأصليين في الاتفاق على التحكيم^(٣١).

كما يجب أن تتوفر في طرفي التحكيم الأهلية، والأهلية المطلوبة هي أهلية التصرف، لأن التحكيم ينطوي على التزامات متبادلة^(٣٢)، وأهلية التصرف هي التي تثبت للشخص الطبيعي، فإذا كان من أبرم الاتفاق وكيلاً عن الأصل أو ممثلاً له، تعين أن تكون له سلطة إبرام الاتفاق نيابة عن الأصل وإلا كان الاتفاق باطلاً، فإذا كان الوكيل محامياً وجب أن تكون وكالة خاصة تخوله الحق في إبرام اتفاق التحكيم،

(٢٩) راجع: محكمة التمييز دبي، الطعن رقم ٢٠٥ لسنة ٢٠١٩م تجارية، جلسة ٢٣/٦/٢٠١٩م، منشور في مجلة التحكيم العالمية ٢٠٢٠م، العدد السابع والأربعون والعدد الثامن الأربعون، مجلة فصلية، بيروت، ص ٢٨١.

(٣٠) راجع: محمود مختار بريزي، التحكيم التجاري الدولي، ص ٣٦.

(٣١) راجع: محمود السيد عمر التحيوي، الرضا بالتحكيم لا يفترض وإنما لابد من وجود الدليل عليه، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢م، ص ١٣٠، محمد الرواحي، إصدار حكم التحكيم وبطلانه، رسالة ماجستير، جامعة السلطان قابوس، ٢٠٠٩م، ص ١٣٨.

(٣٢) انظر: أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٦١، معتز عفيفي، نظام الطعن، ص ٥٢٠، إبراهيم الجغبير، بطلان حكم المحكم، ص ١٤٤، أحمد الشرايري، بطلان حكم التحكيم، ص ٤٤. محمد شوقي شاهين، الشركات المشتركة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، عين شمس، ١٩٨٧م، ص ٤٧٩.

كذلك: Boisseson, Juglart et Bellet, p.376 – Hamonic, p.29

فلا تكفي الوكالة العامة ما لم يجز ذلك الموكل^(٣٣)، كذلك فإن الأهلية تثبت للشخص الاعتباري الخاص أو العام، فله أن يكون طرفاً في التحكيم^(٣٤).

فالمرجع في بيان مدى أهلية أطراف التحكيم إلى قانونهم الشخصي، ولهذا فإن الشخص الذي يتمتع بالأهلية القانونية في دولته التي يحدد قانونها السن القانون بـ(١٨) عاماً يستطيع أن يبرم اتفاق تحكيم في بلد لا يعترف بالسن القانوني إلا ببلوغ (٢١) عاماً، كما أن التمسك بالبطلان لنقص الأهلية يقتصر على صاحب المصلحة فيه دون غيره من أطراف التحكيم^(٣٥)، ولهذا يعتبر انعدام الأهلية أو نقصها طبقاً لاتفاقية نيويورك سبباً في عدم تنفيذ حكم التحكيم وهذا ما نصت عليه المادة الخامسة من الاتفاقية، وعليه نرجو من المشرع في القوانين الوطنية أن يشترط توافر الأهلية لدى الخصوم في جميع مراحل التحكيم وحتى صدور حكم حاسم للنزاع، وعدم الاكتفاء على النص بوجود توافر الأهلية في المرحلة الأولى من مراحل التحكيم، وهي مرحلة الاتفاق على اللجوء للتحكيم لفض النزاع.

وجدير بالذكر أن عند الرجوع إلى قانون التحكيم البحريني تبين أنه لم يحدد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، في حين القوانين الوطنية نصت على أنه لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته، وبهذا فإن المشرع في القوانين الوطنية يحكم أهلية الشخص وفقاً لقانون الدولة التي يحمل جنسيتها، مفترضاً وجود عنصر أجنبي في اتفاق التحكيم، ومن هنا فمن الضروري على المشرع البحريني تدارك هذا النقص وأن

(٣٣) انظر: أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٦٢، محمود مختار بربري، التحكيم، ص ٣٧، محمد عبد الحميد حسين القاضي، أهلية الطرفين في اتفاق التحكيم، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، السنة ١٦، عدد يوليو ٢٠٠١م، ص ٢١٧، معتز عفيفي، نظام الطعن، ص ٥٢٠، أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم، دار الثقافة، ٢٠١١م، ص ٤٥، إبراهيم رضوان الجغبير، بطلان حكم التحكيم، دار الثقافة، ٢٠٠٩م، ص ١٤٤.

(٣٤) الإشارة السابقة.

(٣٥) راجع: سميحة مصطفى القليوبي، اتفاق التحكيم، بحث مقدم إلى ندوة التحكيم في عقود الأشغال، المنعقد في الشارقة، من الفترة ٤-٧ ديسمبر ٢٠٠٥م، ص ٦٣، أحمد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٦٢، معتز عفيفي، نظام الطعن، ص ٥٢٠، إبراهيم الجغبير، بطلان حكم التحكيم، ص ١٤٥، أحمد الشرايري، بطلان حكم التحكيم، ص ٤٦.

يحدد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وخاصة أن أطراف التحكيم يحملون جنسيات متعددة، وهنا تكمن المشكلة في أي القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم عندما نكون بصدد جنسيات تحكمها قوانين مختلفة.

وفي هذا الخصوص، وضعت اتفاقية نيويورك في المادة (٢) معياراً واضحاً أسندت فيه إلى القانون الذي اتفق الأطراف على إخضاع شرط التحكيم له، وفي حال لم يتم الاتفاق بينهم يتم تطبيق قانون البلد الذي صدر الحكم فيه، وبهذا فإن الاتفاقية منحت لقاعدة الإسناد الأصل لإرادة الأطراف، والاستثناء لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم^(٣٦).

وإضافة إلى الرضا والأهلية، يجب أن يتوافر المحل في اتفاق التحكيم، ويقصد بالمحل هو موضوع المنازعات التي يشملها اتفاق التحكيم مما يجوز وفقاً للقانون تسويتها عن طريق التحكيم^(٣٧)، ولقد أجمعت نصوص قوانين التحكيم بدول مجلس التعاون، على أنه لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها، بمعنى أن يشمل محل اتفاق التحكيم المسائل التي يجوز الصلح فيها. ومن هذه المسائل التي لا يجوز فيها الصلح وبالتالي لا تصلح أن تكون محلاً لاتفاق التحكيم، المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، والمسائل المتعلقة بالنظام العام.

ثانياً - الشروط الشكلية:

إلى جانب الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد اتفاق التحكيم، فإنه يجب أن تتوفر الشروط الشكلية لصحته وهي الكتابة وتعيين موضوع النزاع إذا كان في صورة مشاركة. اشترطت قوانين التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي أن يكون اتفاق التحكيم

(٣٦) راجع: غيث مصطفى الخصاونة ، أسباب طعن أطراف النزاع بقرار التحكيم وفقاً لقانون التحكيم البحريني الجديد، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٨م، ص ٨١٣.

(٣٧) انظر: فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ص ١٦٢، سميحة مصطفى القليوبي، تنفيذ حكم التحكيم، ندوة التحكيم في عقود الأشغال، المنعقدة في الشارقة، من الفترة ٤-٧ ديسمبر ٢٠٠٥م، ص ١١٧، إبراهيم الجغبير، بطلان حكم التحكيم، ص ١٤٨، أحمد الشرايري، بطلان حكم التحكيم، ص ٥٢.

مكتوبًا سواء كان هذا الاتفاق قد ورد في صورة شرط أو مشارطه. فالكتابة شرط لصحة اتفاق التحكيم وليست مجرد شرط لإثباته^(٣٨).

ويتعين تفسير الكتابة بمعناها الواسع، إذ يأخذ الاتفاق على التحكيم عدة صور من حيث الشكل الذي قد يتم فيه الاتفاق، ومنها أن يتم الاتفاق عن طريق الرسائل المتبادلة بين الأطراف سواء كانت إلكترونية أو مغناطيسية أو بصرية، أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو البرقيات وغيرها من وسائل الاتصال المكتوبة، كما يعتبر اتفاق على التحكيم مكتوبًا الإحالة أو عقد أو إلى اتفاقية أو أي وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبارها هذا الشرط جزءًا من العقد^(٣٩)، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة جنيف رفض تنفيذ حكم التحكيم بسبب عدم وجود تبادل للمراسلات بين الطرفين، حيث كانت حيثيات القضية تتعلق بعقد بيع أبرم بين شركة ألمانية وهي البائع والمشتري كانت الشركة السويسرية، حيث قامت الشركة الألمانية تأكيداً يتعلق بالمبيعات يتضمن شر تحكيم، ولكن لم يتم الرد عليه من قبل الشركة السويسرية^(٤٠).

اشتراط المشرع أن تتضمن مشارطة التحكيم عند تحريرها تحديد موضوع النزاع دون شرط التحكيم، وذلك لأن مشارطة التحكيم تكون دائماً لاحقاً لقيام النزاع، أي بعد أن يتحدد موضوع النزاع، أما شرط التحكيم فيكون دائماً سابقاً على قيام النزاع، سواء كان وارداً بصورة شرط في العقد الأصلي أو كان مستقلاً بذاته. ومن ثم فإنه غير المتصور أن يتضمن تحديداً لموضوع النزاع الذي لم ينشأ بعد^(٤١). والغرض من وجوب تعيين

(٣٨) راجع: أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٦٣، الجمال وعكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، ص ٣٧٩، عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم، ص ٧٩، معتز عفيفي، نظام الطعن، ص ٥٢٣، أحمد الشرايري، بطلان حكم التحكيم، ص ٥٧.

(٣٩) انظر: أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٦٤، عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم، ص ٧٩، محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، دار النهضة، ١٩٩٩م، ص ١٤٤، أحمد الشرايري، بطلان حكم التحكيم، ص ٥٨.

(٤٠) انظر: غيث مصطفى الخصاونة، أسباب طعن أطراف النزاع بقرار التحكيم وفقاً لقانون التحكيم البحريني الجديد، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٨م، ص ٨٥٩.

(٤١) راجع: أحمد الشرايري، بطلان حكم التحكيم، ص ٦١.

موضوع النزاع في مشاركة التحكيم، حتى تتحدد ولاية المحكمين، والتمكن من مراقبة مدى التزامهم حدود ولايتهم، وعند تجاوزها كان الحكم باطلاً^(٤٢).
ويلاحظ أن قانون التحكيم البحريني لم يقرر البطلان لحكم التحكيم لتخلف كتابة اتفاق التحكيم بل ترك ذلك حسب الأحوال، وفقاً للقانون الواجب التطبيق على الاتفاق بقوله: "أو إن الاتفاق غير صحيح بموجب القانون الواجب التطبيق الذي أخضع الطرفين الاتفاق له"، فوفقاً لهذا النص يكون بطلان حكم التحكيم عند تخلف الكتابة بالرجوع الى القانون الواجب التطبيق على الاتفاق، بحيث إذا تطلب هذا القانون الكتابة فعند تخلفها يكون الحكم قابلاً للإبطال، ويستطيع الأطراف الاستناد إلى هذا السبب في طلب البطلان، بينما لا يستطيع أحدهم ذلك إذا كان القانون الواجب التطبيق على الاتفاق لا يشترط ذلك، حتى لو كان قانون الدولة التي سينفذ فيها حكم التحكيم يشترط ذلك لصحته.

الفصل الثالث

سقوط اتفاق التحكيم بانتهاء مدته

لا يكفي لصحة حكم التحكيم أن يكون هناك اتفاق تحكيم، وإنما يتعين ألا يكون الاتفاق قد سقط بانتهاء مدته قبل اللجوء إلى التحكيم، كما يتعين ألا يكون الحكم قد صدر بعد انتهاء المدة المحددة للتحكيم، وإلا كان ذلك سبباً للبطلان.
من تطبيقات هذه الحالة، عدم صدور الحكم خلال الأجل المحدد في اتفاق التحكيم، سواء كان هذا الأجل حدده الأطراف أو حدده النظام القانوني الذي اتفق الأطراف على تطبيقه، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على الأجل فيتم تطبيق الميعاد المحدد من القانون، فيجب أن تستنفد جميع الآجال التي يجب إصدار الحكم خلالها، وهي الأجل الاتفاقي والقانوني والإضافي الذي تم تحديده بقرار من هيئة التحكيم أو بأمر المحكمة^(٤٣).

(٤٢) انظر: أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٦٤.

(٤٣) انظر: فتحي والي، التحكيم، ص ٧٣٠، محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، ص ٥٢٢، وما بعدها، جلال محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة حقوق الإسكندرية، الجزء ٢، ص ٦٦٠. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٣٦٣.

ويشترط لقبول دعوى البطلان لهذا السبب ألا يكون المدعي قد نزل عن مهلة التحكيم الاتفاقية أو القانونية صراحة أو ضمناً^(٤٤)، فإذا سقط اتفاق التحكيم، فيجوز للمحتكم ضده أن يتمسك بسقوط اتفاق التحكيم أمام هيئة التحكيم لاختصاصها بهذا الدفع، وفي حالة قبول الدفع بسقوط الاتفاق، يجوز لأي من الطرفين أن يطلب من المحكمة المختصة الأمر بإنهاء إجراءات التحكيم. أما في حالة رفض الدفع بسقوط الاتفاق، فلا يجوز التمسك بهذا الدفع إلا بطريق رفع دعوى البطلان ضد حكم التحكيم المنهي للخصومة برمتها^(٤٥).

ويجب على من يتمسك بالبطلان أن يثبت تجاوز هيئة التحكيم للمدة التي يجب أن تصدر فيها الحكم، فإن خلت الأوراق مما يدل على هذا التجاوز، يكون الدفع بالبطلان ليس له أساس^(٤٦)، والدفع بسقوط اتفاق التحكيم لتجاوز ميعاد بدء الإجراءات أو ميعاد إصدار الحكم لا يتعلق بالنظام العام، فيجوز التنازل عنه صراحة أو ضمناً^(٤٧).

الفرع الثاني

تجاوز حدود اتفاق التحكيم أو الفصل في مسائل لا يشملها

تستمد هيئة التحكيم سلطتها في الفصل في المنازعة المعروضة عليها والتي اتفقت الأطراف المعنية على عرضها عليها للفصل فيها، من إرادة الأطراف التي تعد المصدر الأصلي الذي تشتق منه هيئة التحكيم كل سلطة وسلطان^(٤٨). وبمقتضى ذلك، تكون هيئة التحكيم مقيدة بالنطاق أو الحدود المرسومة من قبل الأطراف في اتفاق التحكيم،

(٤٤) راجع: عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٣٦ وما بعدها.

كذلك: Boisseson, Juglart et Ballet, p.377.

(٤٥) راجع: فتحي والي، التحكيم، ص ٧٣١، محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، ص ٥٢٤.

(٤٦) الإشارة السابقة.

(٤٧) أحمد عبد التواب، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م، ص ٤٢١.

(٤٨) راجع: حفيظة السيد حداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص ١٨٦.

فلا يجوز لهيئة التحكيم الخروج عن المهمة الموكلة لها، أو أن تفصل في موضوع لم يتفق الأطراف عليه، أو أن تتجاوز ذلك مما يعود سبب لبطلان حكم التحكيم^(٤٩).

وهذا ما أكدته نصوص قوانين التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي، فقد أجمعت على عدم جواز خروج هيئة التحكيم عن حدود الاتفاق، إلا أن القانون العماني والبحريني والسعودي والقطري أضاف حالة فصل حكم التحكيم في مسألة لم يشملها اتفاق التحكيم. ففي حالة أصدرت هيئة التحكيم حكمها في مسألة لا يشملها اتفاق التحكيم، فإن حكمها يكون باطلاً لأنه ورد على غير محل من خصومة التحكيم، فضلاً عن صدوره من جهة لا ولاية لها بالفصل فيها^(٥٠)، فقد تفصل هيئة التحكيم في المسائل المعروضة عليها، إلا أنها تتجاوز حدود الاتفاق، بمعنى لا تلتزم بنطاق اختصاصها عند إصدارها لحكم التحكيم في النزاع المعروض عليها.

مع مراعاة ما نصت عليها قوانين التحكيم العماني والسعودي والبحريني والقانون القطري، من تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل فيما يثور من طلبات عارضة، تتصل بموضوع النزاع أو التمسك بحق ناشئ عنه بقصد الدفع بالمقاصة، كما يجوز لكل من طرفي التحكيم تعديل طلباته، أو أوجه دفاعه أو استكمالها خلال إجراءات التحكيم، ما لم تقرر هيئة التحكيم عدم قبول ذلك منعاً من تعطيل الفصل في النزاع^(٥١). فالمشكلة هي تحديد ما يعد متصلاً بموضوع النزاع من طلبات عارضة فيجوز قبوله، وما لا يعود كذلك فيمتنع قبوله، وذلك احتراماً لنطاق الخصومة المحدد من قبل الخصوم^(٥٢).

(٤٩) راجع: إبراهيم الجغبير، بطلان حكم المحكم، ص ١٦٨، احمد الشرايري، بطلان حكم التحكيم، ص ٦٣.

(٥٠) انظر: فتحي والي، التحكيم، ص ٧٤١.

(٥١) راجع: أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٧٤، محمود السيد التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣م، ص ٢٢٧ وما بعدها، إبراهيم الجغبير، بطلان حكم المحكم، ص ١٦٩، أحمد الشرايري، بطلان حكم التحكيم، ص ٦٥.

(٥٢) راجع: أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٧٥، هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم، ص ٢٣٩.

ويتوقف قبول المحكمة المختصة أو رفضها، لدعوى البطلان المقامة على أساس أن حكم التحكيم قد فصل في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم، أو تجاوز حدود الاتفاق على تقوم به هذه المحكمة التي تنتظر دعوى البطلان، من تفسير لاتفاق التحكيم على ضوء وقائع النزاع، وما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للطرفين، للتحقق من حدود سلطة هيئة التحكيم، إذ إن المسألة تخضع لتقديرها في تفسير وثيقة التحكيم، ولا تكون هذه المحكمة عند نظرها الدعوى مقيدة في تفسير هيئة التحكيم لحدود اختصاصها^(٥٣)، وقد قضت محكمة القضاء الإداري العمانية تطبيقاً لذلك: "أن طرفي الخصومة قد اتفقا في مشاركة التحكيم أن القانون الواجب تطبيقه على الإجراءات هو قانون التحكيم العماني باعتباره القانون الإجرائي المطبق في هذا التحكيم، كما اتفقا على تحديد أتعاب ونفقات التحكيم مع هيئة التحكيم بمبلغ (٤٢) ألف ريال عماني على أن تدفعها المحكمة كدفعة مقدمة، ومن ثم فإن هيئة التحكيم قضت في منطوق حكمها بالزام المحكم ضدها بثلاثة أرباع أتعاب التحكيم بواقع (٣١,٥٠٠) ريال عماني، فإنها تكون بذلك تجاوزت حدود الاتفاق وفصلت في الأتعاب بناء على قانون لم يتفق طرف الخصومة على تطبيقه وتم استبعاد تطبيقه أصلاً في النزاع"^(٥٤).

فالبطلان لا يقع إلا على أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل التي لا تخضع للتحكيم وحدها، دون أجزائه الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم، وذلك بتوافر شرطين: الشرط الأول: إن يكون الفصل بين هذه المسائل ممكناً، عندئذ إذا فصل الحكم في مسائل يشملها الاتفاق ومسائل لا يشملها فإن البطلان يقع بالنسبة للمسائل التي لا يشملها الاتفاق وحدها دون المسائل التي يشملها، بما أن الفصل بينهما ممكن، أما إذا

(٥٣) انظر: فتحي والي، التحكيم، ص ٧٤٢، نبيل إسماعيل عمر، التحكيم، ص ٢٧٠، عيد القصاص، حكم التحكيم، ص ٢٥٥، منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم، ص ٤٠٢، علي بركات، الطعن في أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م، ص ٨١، أبو العلا النمر، المشكلات العملية والقانونية لدعوى بطلان حكم التحكيم، طبعة أولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦م، ص ١٤٦.

(٥٤) انظر: محكمة القضاء الإداري، الدائرة الاستئنافية، دعوى البطلان رقم ٤ لسنة ٢٠١٩م، جلسة ٢٠١٩/٥/٦م، منشور في مجلة التحكيم العالمية ٢٠٢٠م، العدد السابع والأربعون والثامن والأربعون مجلة فصلية، بيروت، ص ٣٩٤.

أقام مدعي البطلان الدليل على المسائل التي لا يشملها الاتفاق لا تقبل الانفصال عن تلك التي شملها، ففي هذه الحالة يقع البطلان على حكم التحكيم برمته^(٥٥). الشرط الثاني: إن يكون تجاوز هيئة التحكيم حدود اتفاق التحكيم أو فصلها في مسائل لا يشملها الاتفاق لا يتعلق بالنظام العام.

المطلب الثاني

الأسباب الشككية لبطلان حكم التحكيم

يُقصد بالأسباب الشككية لبطلان حكم التحكيم هي التي تتمثل في تعيب إجراءات خصومة التحكيم أو تعيب حكم التحكيم ذاته. وسوف نخصص لكل منهما فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول

إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه

مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين

أقرت القوانين الوطنية^(٥٦)، على بطلان حكم التحكيم في حالة وجود عيب في تشكيل هيئة التحكيم أو عيب في تعيين المحكمين ما عدا القانون الكويتي وعلى الرغم من ذلك يؤدي صدور حكم التحكيم من هيئة التحكيم غير مشكلة تشكيلاً صحيحاً أو من محكم لم يعين تعييناً صحيح في القانون الكويتي إلى بطلان هذا الحكم تأسيساً على العيب الذي لحق هذا التشكيل أو التعيين.

من الحالات على وجود عيب في تشكيل هيئة التحكيم، إذا صدر حكم التحكيم من هيئة التحكيم مشكلة من اثنين أو أربعة وذلك بمخالفة القانون الذي يوجب أن يكون العدد وترّاً وألا يبطل حكم التحكيم^(٥٧)، وقد يصدر حكم التحكيم من هيئة تم تشكيلها على نحو مخالف لاتفاق الأطراف. كما لو اتفق الأطراف على وسيلة معينة لاختيار

(٥٥) انظر: فتحي والي، التحكيم، ص ٧٤٢، محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، ص ٥١٦.

(٥٦) كذلك القانون الفرنسي في المادة ٢/١٤٨٤.

(٥٧) انظر: فتحي والي، التحكيم، ص ٧٤٣، محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، ص ٥٢٦. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٧١.

المحكّمين ولم يتم إتباع هذه الوسيلة، أو اتفقوا على شروط محددة يتعين توافرها في المحكم كشرط الجنسية أو المهنة أو الجنس، ولكن تخلفاً أحد هذه الشروط^(٥٨)، أما بنسبة لوجود عيب في تعيين المحكمين، كما لو تخلفت الشروط المتعلقة بالمحكم ونص عليها القانون، كشروط المتعلقة بالأهلية والصلاحيّة أو الشروط المتعلقة بحياد واستقلال المحكم^(٥٩).

الفرع الثاني

الإخلال بمبدأ المواجهة أو بحق الدفاع

يلاحظ أن المشرع في قوانين التحكيم العماني والبحريني والقطري والسعودي ذكر سبب لتعذر أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه، ثم رجع وذكر سبب عام ليشمل كل سبب يكون خارج إرادة الأطراف، وبهذا فإن صور تعذر إبداء الخصم لدفاعه وردت على سبيل المثال وليس الحصر، فقد يندرج تحتها كل سبب يخرج عن إرادة الخصم، لهذا فإن المعول عليه هنا هو عدم تقديم أحد الطرفين لدفاعه بسبب عدم احترام مبدأ المواجهة بالنسبة له^(٦٠). فالمشرع بهذا ركز على بيان بعض تطبيقات عدم احترام مبدأ المواجهة بالنسبة لمدعي البطلان^(٦١). في الحقيقة لا ننق مع ما ذهب إليه المشرع وذلك بالنص على سبب عام يشمل كل سبب يخرج عن إرادة الأطراف، لأن النص بهذا الشكل جاء فضفاضاً ويفتح الباب أمام التوسع بتفسيره، وإدخال حالات لا حصر لها، الأمر الذي يجعل أحكام التحكيم عرضة للبطلان، لذا كان من الأفضل لو أن المشرع حصر هذه الأسباب حتى يسد باب التوسع في تفسير هذا النص.

(٥٨) راجع: فتحي والي، التحكيم، ص ٧٤٤، أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٧٣.

(٥٩) انظر: فتحي والي، التحكيم، ص ٧٤٣، أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٧١، محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، ص ٥٢٧.

(٦٠) راجع: فتحي والي: المرجع السابق، ص ٧.

(٦١) حيث نصت المادة ٤/٤٨٤ مرافعات فرنسي ألا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا إذا كان مبدأ

المواجهة لم يحترم. راجع Boisseson Juglart et Bellet, p.381

ويشترط لقبول عدم تقديم الخصم لدفاعه كسبب من أسباب دعوى البطلان شرطان، الأول عدم إعلان الخصم إعلاناً صحيحاً، والثاني لأي سبب خارج عن إرادته^(٦٢)، فقد لا يستطيع الخصم إبداء دفاعه وذلك لسبب لا يرجع لفعله وإهماله وإنما لسبب خارج عن إرادته، مما يؤدي إلى إخلال بحق الدفاع، فيكون سبباً للبطلان^(٦٣)، ومن صور هذه الحالة، وقوع غش من الخصم كان من شأنه التأثير على الحكم، أو إذا حصل بعد صدور الحكم إقرار بتزوير الأوراق التي بني عليها أو قضى بتزويرها، أو بني الحكم على شهادة شاهد قضى بعد صدور الحكم بأنها مزورة، أو إذا حصل الخصم بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها^(٦٤)، فهذه الصور جميعاً كانت تعد من أسباب التماس إعادة النظر، والتي منع المشرع الطعن بهذا الطريق في أحكام التحكيم^(٦٥)، فإنه تنقيد في إبدائها بميعاد رفع دعوى البطلان، فلا يجوز التمسك بها من تاريخ العلم بها كما هو الشأن بالنسبة لطريق الالتماس، كما أن هذه الحالات تدخل ضمن الحالات التي يحق فيها الامتناع عن إصدار أمر بتنفيذ حكم المحكمين طبقاً لاتفاقية نيويورك (م/٥ ب)^(٦٦).

وهناك من يرى بوجوب تدخل المشرع لإيجاد حل تشريعي، وتضاف سبباً آخر لأسباب البطلان والتي نص عليها القانون، والمتمثل في بطلان حكم التحكيم في حالة الغش أو الشهادة الزور أو التزوير، وهي إحدى حالات التماس إعادة النظر، على أن

(٦٢) راجع: أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٦٧.

(٦٣) راجع: أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٦٧.

(٦٤) انظر: أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٦٨، مختار بري، التحكيم، ص ٢٢٢، أكثم الخولي، الاتجاهات العامة في قانون التحكيم الجديد، ص ٢٢، محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، ص ١٤٢، محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، ص ٥٣١.

(٦٥) ماعدا القوانين التي تجيز الطعن بهذا الطريق كقانون التحكيم الكويتي.

(٦٦) راجع: أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٦٨، مختار بري، التحكيم، ص ٢٢٣، محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، ص ٥٣٢، عكس ذلك قارن نبيل إسماعيل عمر، التحكيم، ص ٢٨٠، أن التمسك بالبطلان في حالة الغش من تاريخ العلم به حتى لو انقضى ميعاد رفع دعوى البطلان، ورأيه يصعب التسليم به لعدم وجود نص في قانون التحكيم يجيز الطعن في حكم التحكيم بطريق التماس إعادة النظر.

يبدأ ميعاد دعوى البطلان من اليوم الذي ظهر فيه الغش، أو حدث إقرار، أو حكم بثبوت التزوير، أو بإدانة شاهد الزور^(٦٧).

نرى أن هذه الأسباب الموجبة لإبطال حكم التحكيم والتي يحكم الاستناد عليها لطلب التماس إعادة النظر، تظل قائمة ولو بعد انتهاء ميعاد رفع دعوى البطلان، إذا ظهرت هذه الأسباب بعد انقضاء هذا الميعاد. لأن هذه الأسباب لا تحمي مصلحة خاصة فحسب، ولكن تحمي أيضًا المصلحة العامة.

الفرع الثالث

استبعاد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع

أن هذا السبب من أسباب البطلان والمنصوص عليه في قانون التحكيم العماني والسعودي والإماراتي، ليس له مقابل في نصوص قوانين التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي. ويعتبر أن هيئة التحكيم قد تجاوزت حدود سلطتها وذلك باستبعادها للقانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع، ومن ثم يعد سبب من أسباب البطلان، لأن هيئة التحكيم بهذا الاستبعاد قد خرجت على اتفاق الأطراف وخالفت إرادتهم، فالتحكيم يكون قوامه اتفاق الأطراف^(٦٨). والمتأمل للنص فإنه يتبين لوجوب تحقق هذا السبب توافر شرطين.

الشرط الأول - أن يكون الأطراف قد اتفقوا صراحة على تطبيق قانون معين على موضوع النزاع:

فالتحكيم أساسه مبدأ سلطان الإرادة، فهو ينبني على إرادة الأطراف، لذلك يجب أن يكون هناك اتفاق صريح بين الأطراف على تطبيق قانون معين^(٦٩). وقد يكون الاتفاق ضمنياً بالخضوع للقانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين وفقاً لما اتفق عليه

(٦٧) حول هذا الرأي ينظر: فتحي والي، التحكيم، ص ٧٧٤.

(٦٨) راجع: فتحي والي، التحكيم، ص ٧٣٢، أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٦٨.

(٦٩) انظر: جمال الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، ص ٧٢، هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ص ١٦.

الأطراف^(٧٠)، فلا يتوافر هذا السبب في حالة عدم اتفاق الأطراف على تطبيق قانون معين، عندئذ طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع^(٧١).

الشرط الثاني - استبعاد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:

فإذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة معينة أو الأعراف الدولية، فطبق حكم التحكيم قانون دولة أخرى أو قانون ما مستبعداً الأعراف الدولية، المتفق عليها، فإن الحكم باطل، أو اتفق الأطراف على تطبيق القانون فاستبعدت هيئة التحكيم القانون وطبقت قواعد العدل والإنصاف فيبطل الحكم كذلك إذا اتفق الأطراف على تطبيق قواعد الإسناد في قانون دولة معينة، فاستبعدت الهيئة تطبيقها^(٧٢).

وتجدر الملاحظة، أنه عند اتفاق الأطراف على تطبيق أحد النصوص الموجودة في ذات القانون، فللهيئة أن تفصل في النزاع بموجب أي من هذه النصوص، طالما رأت الهيئة أن هذا النص هو الأكثر اتصالاً بالنزاع، ومن ثم لا يجوز الطعن على قرار هيئة التحكيم بالبطالان لعدم تطبيق القانون لأنها طبقت نصاً دون الآخر^(٧٣)، وتطبيقاً لذلك فإذا اتفق الأطراف على تطبيق نصوص عقد الوكالة على عقد النزاع، فلا على هيئة التحكيم إذا كانت قد انتهت إلى تكييف العقد بأنه عقد مقاوله وطبقت أحكام القانون المتعلق بعقد المقاوله دون أحكام عقد الوكالة التي اتفق الأطراف على تطبيقها^(٧٤) كما لا يعد من حالات استبعاد القانون الواجب التطبيق، عند اتفاق الأطراف على تطبيق قانون دولة معينة، وكان يجب أن يطبق فرع معين من فروع هذا القانون كالقانون الإداري أو القانون التجاري. فطبقت هيئة التحكيم فرعاً آخر كما لو طبق القانون

(٧٠) راجع: الجمال وعكاشة، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ص ٢٥٤، محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، ص ٥٧٢.

(٧١) انظر: فتحي والي، التحكيم، ص ٧٣٢، محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، ص ٥٧٢.

(٧٢) انظر للمزيد، فتحي والي، التحكيم، ص ٧٣٣، محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، ص ٥٧٣، رضا السيد، المرجع السابق، ص ١٢٣ وما بعدها.

(٧٣) راجع: محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، ص ٥٧٤.

(٧٤) انظر: فتحي والي، التحكيم، ص ٧٣٤.

المدني، فلا يبطل الحكم، لأنه لم يستبعد القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه ولا يؤدي إلى بطلان الحكم^(٧٥).

وفي اعتقادي أن حالة بطلان حكم التحكيم لاستبعاده القانون المتفق على تطبيقه على موضوع النزاع لا تتسع لتشمل حالة الخطأ في تطبيق القانون، وذلك لأن حالات دعوى بطلان حكم التحكيم قد جاءت على سبيل الحصر فلا مجال لتفسيرها أو التوسع فيها، وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة استئناف القاهرة بقولها: "دعوى البطلان ليست طعنًا بالاستئناف فلا يتسع المجال فيها لإعادة النظر في موضوع النزاع أو تعيب قضاء الحكم فيه، وليس لقاضي البطلان مراجعة حكم التحكيم لتقرير ملاءمته أو مراقبة حسن تقدير المحكمين أو خطأ اجتهداهم في فهم الواقع وتكييفه أو تفسير القانون وتطبيقه، لأن ذلك كله من اختصاص قاضي الاستئناف لا قاضي البطلان"^(٧٦).

الفرع الرابع

بطلان حكم التحكيم ذاته أو بطلان إجراءاته

لقد نصت القوانين الوطنية على بطلان حكم التحكيم سواء كان هذا البطلان في ذاته أو في الإجراءات التي بني عليها؛ إلا أن قانون التحكيم البحريني والقطري لم ينص على هذه الحالة من حالات بطلان حكم التحكيم. وسوف نعرض لهما في ثلاثة غصون على التوالي.

الغصن الأول

وقوع بطلان في الحكم ذاته

يكون حكم التحكيم باطلاً إذا صدر من هيئة تم تشكيلها على نحو يخالف القانون أو اتفاق الأطراف، أو من محكم لا تتوافر فيه الصلاحية لإصدار الحكم أو من محكم لم يفصح عن كل ما من شأنه أن يؤثر على حيده واستقلاله، أو صدر بغير مداولة لم يشترك فيها جميع المحكمين أو لم يصدر بالأغلبية أو صدر عن هيئة التحكيم أثناء رد

(٧٥) انظر تفصيلاً: فتحي والي، التحكيم، ص ٧٣٤-٧٣٩، حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ص ٤٣١.

(٧٦) انظر: مشار إليه في محمد سمير الشراوي، التحكيم التجاري والدولي، دار النهضة العربية، ٢٠١١م، ص ١١٤.

أحد المحكمين أو عزله أو وفاته، أو صدر ولم يوقع عليه المحكمون أو لم يثبت به أسباب عدم توقيع الأقلية^(٧٧)، وقد يكون بطلان الحكم راجعاً إلى عدم تضمين الحكم صورة من اتفاق التحكيم أو أسماء المحكمين الذين أصدره أو تاريخ صدوره أو لم يشتمل على ملخص لأقوال الخصوم ومستنداتهم، أو كان الحكم غير مشتمل على أسبابه متناقضة بعضها مع بعض تناقض تتماشى معه، أو غير منطقية أو غير كافية أو كانت أسبابه الواقعية مشوبة بالقصور أو كان منطوق الحكم غير مفهوم أو غير محدد أو متناقض بعضه مع بعض أو متناقض مع الأسباب^(٧٨).

وتجدر الإشارة أن بطلان الحكم المترتب على عدم اشتماله على الأسباب هو واجب في قوانين دول مجلس التعاون الخليجي، ماعدا القانون العماني والبحريني والقطري وذلك في المواد (٤٣) و(٣١) على التوالي، حيث قررا أن يكون الحكم مسبباً طالما لم يتفق الأطراف على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق لا يشترط التسبب.

الفصل الثاني

وقوع البطلان في إجراءات التحكيم أثر في الحكم

يبطل حكم التحكيم إذا بني على إجراءات باطلة وأثرت فيه، وذلك في حالة مخالفة أحد المبادئ الأساسية في التقاضي، كمبدأ المساواة، أو مبدأ المواجهة أو مبدأ الحق في الدفاع، كما لو لم يمكن أحد الخصوم من الدفاع وتقديم مستنداته، وإغفال الحكم الرد على دفاع جوهرى للخصم، إذ إن من شأن ذلك الإخلال بحق الدفاع، كما أن هذا الإغفال من شأنه أن يؤثر على ما انتهى إليه الحكم وبُني عليه^(٧٩)، كما يبطل الحكم

(٧٧) انظر: فتحي والي، التحكيم، ص ٧٤٨، أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٧٦، محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، ص ٥٣٣، وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، رسالة دكتوراه، منشأة المعارف، ١٩٧٤م، ص ٦٨٦، حفيظة الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، ص ٢٠٣، عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٣٠٠، عيد القصاص، حكم التحكيم، ص ١٠٧، إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٤٧ محمود بريري، التحكيم، ص ٢٤٨. علي بركات، الطعن في أحكام المحكمين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م، ص ٨٦.

(٧٨) الإشارة السابقة.

(٧٩) انظر: فتحي والي، التحكيم، ص ٧٥٩ وما بعدها، أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٧٨، محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، ص ٥٤١، محمود مختار بريري، التحكيم، ص ٩٧، سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ١٦١، محسن شفيق، التحكيم، ص ٢٤٨.

لبطلان إجراءاته، إذا لم يعلن أحد الخصوم بطلانات خصمه أو بمستنداته أو بإجراء من إجراءات الإثبات^(٨٠).

غير أنه يشترط لاعتبار الإجراء الباطل مؤثراً في حكم التحكيم أن يكون هذا الحكم قد بني على هذا الإجراء، أما إذا لم يبين الحكم على الإجراء الباطل فإنه يفلت من البطلان، كما لو لم يعتد المحكم بالإجراء الذي اتخذ في غيبة أحد الخصوم، ويرى البعض أنه في حالة تم حرمان أحد أطراف النزاع من حق الدفاع فإنه يجب النظر إلى مدى تأثير الحكم النهائي بهذه المخالفة، حيث إنه يتبين أن هذه المخالفة كانت تستند إلى عدم تبادل بعض المستندات بين الأطراف وأن هيئة التحكيم في حكمها اعتمدت على هذه المستندات، فإن الحكم في هذه الحالة يكون قابلاً للبطلان، ولكن إذا تبين عدم اعتماد الهيئة على هذه المستندات فهنا لا يكون حكم التحكيم قابلاً للبطلان، لأن العبرة بمدى تأثير الحكم بالإجراء وليس بالأجراء ذاته، وإننا نميل مع هذا الرأي فإذا كان الإجراء ليس له دور أو تأثير على حكم التحكيم، فلا حاجة أن نعول عليه كسبب من أسباب بطلان حكم التحكيم، وهذا ما استقرت عليه محكمة استئناف القاهرة في حكمها والذي خلص إلى أنه لبطلان الحكم لعيب في الإجراءات يجب أن يكون العيب في الإجراء قد أثر فيما قضى به حكم التحكيم المدعى بطلانه في الموضوع^(٨١).

ومن جهة أخرى تشترط القوانين العماني والسعودي شرطاً هاماً لبطلان الإجراء وتأثيره في حكم التحكيم، وهو الشرط المقرر في المادة (٨) في القانون العماني وتقابلها المادة (٧) في القانون السعودي التي تنص على أنه: "إذا استمر أحد طرفي النزاع في إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط في اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام هذا القانون مما يجوز الاتفاق على مخالفته، ولم يقدم اعتراض على هذه المخالفة في الميعاد المتفق عليه أو في وقت معقول عند عدم الاتفاق اعتبر ذلك نزولاً منه عن حقه في الاعتراض"، ومن ثم إذا بني الحكم على إجراء ينطوي على مخالفة لم يحصل عليها

عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٢٩٢، نبيل إسماعيل عمر، التحكيم، ص ٢٧٢، حسني المصري، التحكيم، ص ٤٩٢، محمد بدران، المرجع السابق، ص ١٥٥، محمد شحاته، المرجع السابق، ص ٣٣١.

(٨٠) راجع: أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٧٨، محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص ٥٤١.

(٨١) انظر: عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٣٦٥. أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم، دار الثقافة العربية، ٢٠١١م، ص ١٩٤. مشار إلى الحكم لدى فتحي والي، المرجع السابق، ص ٧٥٨.

اعتراض أمام المحكم فلا يجوز طلب بطلانه بزعم بطلان هذا الإجراء ما لم يكن البطلان بسبب مخالفة قاعدة تتعلق بالنظام العام^(٨٢).

الفصل الثالث

بطلان حكم التحكيم في حالة الغش أو التزوير أو الشهادة الزور

نصت المادة (١٨٦) من قانون المرافعات الكويتي على أنه: "يجوز لكل ذي شأن أن يطلب بطلان حكم المحكم الصادر نهائياً وذلك في الأحوال الآتية ولو اتفق قبل صدوره على خلاف ذلك: ب) إذا تحقق سبباً من الأسباب التي يجوز من أجلها التماس إعادة النظر"، وفقاً لقانون المرافعات الكويتي، فإنه خول صاحب الشأن أن يطلب بطلان حكم التحكيم إذا تحقق سبباً من أسباب التماس إعادة النظر والمنصوص عليها في المادة (١٤٩) منه، ويبدأ ميعاد دعوى البطلان من اليوم الذي تحقق فيه سبب من أسباب التماس إعادة النظر، إلى تاريخ العلم بها أو اكتشافها.

المطلب الثالث

بطلان حكم التحكيم لمخالفته للنظام العام

اتفقت التشريعات الوطنية - ما عدا القانون الكويتي لم ينص على هذه الحالة ومع ذلك ليس هناك ما يمنع من اعتبارها من حالات بطلان حكم التحكيم عندما يتضمن مخالفة للنظام العام -^(٨٣) على تخويل المحكمة التي تنظر دعوى البطلان سلطة أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم في حالة وجود مخالفة أو تعارض للنظام العام أو السياسة العامة للدولة، وذلك دون حاجة لتمسك صاحب المصلحة بهذا البطلان^(٨٤) إضافة إلى ذلك، فإن القوانين الوطنية ماعدا قانون التحكيم العماني والكويتي، خولت ذات المحكمة أن تحكم بالبطلان إذا وجدت أن موضوع النزاع

^(٨٢) راجع: فتحي والي، المرجع السابق، ص ٨.

^(٨٣) راجع: المواد الآتية (٢/٥٣) من قانون التحكيم العماني المادة (٢١٥٠) من نظام التحكيم السعودي والمادة (٣٤/ب) من قانون التحكيم البحريني والقانون القطري والمادة ٥٣ من قانون التحكيم الإماراتي، حكم محكمة تمييز دبي، الطعن رقم ١٤٦ لسنة ٢٠٠٨م، مدني، جلسة ٢٠٠٨/١١/٩م.

^(٨٤) راجع: فتحي والي، التحكيم، ص ٧٦٧، أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٧٩.

من المسائل التي لا يقبل التسوية بالتحكيم وفقاً لقانون أو نظام هذه الدولة، كذلك ما نص عليه المشرع السعودي عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية أو ما اتفق عليه الطرفان، والمقصود بمخالفة النظام العام في الدولة، أن يكون حكم التحكيم متعارضاً مع الأسس الاجتماعية، أو السياسية، أو الاقتصادية، أو الخلقية في الدولة، حيث يتعلق بالمصلحة العليا في المجتمع^(٨٥)، فالقضاء لا يعتبر النصوص الأمرة مرادفة للنظام العام، وذلك لاعتبارات منها أن يتفق القضاء مع متطلبات التجارة الدولية واحترام موثيق الدولة واتفاقياتها الدولية، ومن ثم فإنه ليس كل نص أمر يتعلق بالمصلحة العليا للبلاد أو يحمي نظامها، مع عدم الإخلال في ذات الوقت بما يتصل بالصالح العام والمطلوب مراعاته^(٨٦).

وبوجه عام يبطل حكم التحكيم إذا تضمن مخالفة إجرائية أو موضوعية متعلقة بالنظام العام، حيث لم تحدد النصوص المقدمة نوع القاعدة المخالفة للنظام العام والتي تؤدي إلى بطلان الحكم^(٨٧)، ولا يمنع من الحكم بهذا البطلان أن يكون الطرفان قد اتفقا على تلك القاعدة نظراً لتعلقها بالنظام العام وذلك وفقاً لما نص عليه المشرع السعودي حيث كان أكثر دقة وتقصيلاً للحالات التي تقضي فيها المحكمة بالبطلان من تلقاء نفسها.

والمقصود بالنظام العام في اتفاقية نيويورك هو النظام العام في الدولة التي ينفذ فيها الحكم التحكيم، وفقاً للقانون الدولي الخاص، الذي يختلف مفهومه للنظام العام عن القانون الوطني، إذ يفترض القانون الدولي الخاص أن المعاملات تقوم على التضامن الدولي بهدف تحقيق التوازن بين الأنظمة الوطنية من جهة، ومتطلبات المعاملات الدولية من جهة أخرى، وذلك اعتماداً على الاعتقاد بوجود حد أدنى من القواعد المشتركة بين تلك القواعد لا يجب المساس به، وقد جرى العمل في إطار اتفاقية نيويورك على أن التمسك ببطلان اتفاق التحكيم أو محاولة منع تنفيذ أحكام التحكيم

(٨٥) انظر: فتحي والي، التحكيم، ص ٧٦٧، أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٨٠، أحمد شرف الدين، الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم وآثاره، بدون ناشر، ٢٠١١م، ص ١٠٠.

(٨٦) راجع: أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٨٥ وما بعدها.

(٨٧) راجع: عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٣٧٠، محمد نور شحاته، المرجع السابق، ص ١٤، حسني المصري، المرجع السابق، ص ٥٠٢.

الأجنبية لا يجوز خارج نطاق الاتفاقية، وهو ما يمنع من الاحتجاج بالنصوص الوطنية حتى لو كانت خارج نطاق الاتفاقية^(٨٨).

المبحث الثالث

النظام الإجرائي لدعوى بطلان حكم التحكيم

إن الأحكام الصادرة عن المحكمين بعد إكسابها القوة التنفيذية تصبح شأنها شأن أي حكم قضائي صادر عن المحاكم العادية، وبالتالي يجب تنفيذه كتنفيذ أي حكم صادر إلى القضاء، والأصل أن يكون التظلم من أي حكم لا يمكن إلا أن يكون عن طريق سلوك طرق الطعن التي رسمها القانون والتي وردت على سبيل الحصر، إلا أن حكم التحكيم يختلف عن الحكم القضائي من حيث إنه يستمد قوته من اتفاق أطراف النزاع على التحكيم. لذلك أجاز المشرع للطرف المتضرر أو أطراف النزاع أو صاحب المصلحة اللجوء إلى المحكمة المختصة والتقدم بدعوى بطلان التحكيم إذا توافرت الأسباب الموجبة لرفعها، سواء كانت تتعلق بالمصلحة الخاصة أو تتعلق بالنظام العام والتي سبق وتناولناها بالتفصيل، أما في هذا المبحث سوف نتطرق للنظام الإجرائي لدعوى بطلان حكم التحكيم من خلال عدة إجراءات يلتزم بها الخصم رافع الدعوى، ومن هذه الإجراءات تحديد المحكمة المختصة بدعوى البطلان، وميعاد رفعها، وإجراءاتها، والآثار المترتبة على رفع دعوى البطلان والحكم فيها. وفيما يلي نستعرض بالشرح هذه النقاط كل على حدة، في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: المحكمة المختصة بدعوى بطلان حكم التحكيم.

المطلب الثاني: إجراءات رفع دعوى بطلان حكم التحكيم.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على رفع دعوى البطلان والحكم فيها.

^(٨٨) راجع: ناصر محمد الشрман، بطلان احكام التحكيم وفقاً لقانون الإجراءات المدنية الاماراتي، بحث منشور في مجلة الاعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة الحسن الأول، ٢٠١٨م، ص ١٩٩، أشرف الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م، ص ٢٣.

المطلب الأول

المحكمة المختصة بدعوى بطلان حكم التحكيم

لقد جعلت المادة (٢/٣٤) من القانون النموذجي الاختصاص بدعوى بطلان حكم التحكيم للمحكمة المنصوص عليها في المادة (٦) من نفس القانون، ووفقاً لهذه المادة (السادسة) تحدد كل دولة تصدر هذا القانون النموذجي -كقانون من قوانينها الوطنية- المحكمة أو المحاكم أو السلطة التي تدخل تلك الدعوى في اختصاصها، ولهذا أعطى المشرع العماني والسعودي والبحريني والإماراتي، الاختصاص بدعوى بطلان حكم التحكيم إلى محكمة الاستئناف أو محكمة ثاني درجة. وذلك على خلاف ما ذهب إليه المشرع الكويتي، والذي عهد بالاختصاص بدعوى البطلان إلى محكمة أول درجة أو المحكمة الابتدائية. أما المشرع القطري جعل الاختصاص بدعوى البطلان للمحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف معاً وترك أمر الاختيار لاتفاق الطرفين^(٨٩).

وفي جميع الأحوال، فإن رفع دعوى بطلان حكم التحكيم أمام محكمة الدرجة الثانية لا يعني أننا بصدد خصومة طعن تطبق عليها القواعد العامة للطعن في الأحكام، وإنما نحن بصدد دعوى مبتدأ، ترفع لأول مرة أمام القضاء لأسباب محددة نصاً عليها القانون وليس لإعادة نظر النزاع مرة أخرى^(٩٠).

في الحقيقة تبين لنا أن المشرع القطري والإماراتي لم يميز بين التحكيم الداخلي والدولي فيما يتعلق بتحديد المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم، فالمشرع القطري أعطى الخيار لأطراف الخصومة للاختيار أما المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف، وكذلك فعل المشرع الإماراتي حيث نص على المحكمة الاستئنافية الاتحادية أو المحلية التي اتفق عليها الأطراف أو يجري ضمن دائرة اختصاصها التحكيم، دون أن يحدد ما إذا كانت إحداها مختصة بالتحكيم الدولي أو الداخلي، على

^(٨٩) راجع: المادة (٢/٥٤) من قانون التحكيم العماني والمادة (٨) من نظام التحكيم السعودي و(٣) من قانون التحكيم البحريني والمادة (٥٣) من قانون التحكيم الإماراتي والمادة (٣٣) من قانون التحكيم القطري والمادة (١٨٧) من قانون المرافعات الكويتي.

^(٩٠) انظر: سيد أحمد محمود، بطلان حكم التحكيم بين القانون المصري والإماراتي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مجلد ٥٨، العدد ١، يناير ٢٠١٦م، ص ٧٣١، عبد التواب مبارك، بطلان حكم التحكيم في قانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ١١٣.

عكس بقية القوانين الوطنية، لذلك يجب على المشرع القطري والإماراتي تحديد المحكمة المختصة بدعوى بطلان حكم التحكيم الدولي والمحكمة المختصة بدعوى بطلان حكم التحكيم الداخلي، وذلك لخصوصية التحكيم في الحالتين.

المطلب الثاني

إجراءات رفع دعوى بطلان حكم التحكيم

سوف تخصص هذا المطلب للحديث عن ميعاد رفع دعوى البطلان، وإجراءات دعوى البطلان، وذلك في فرعين متتاليين بالتفصيل الآتي:

الفرع الأول

ميعاد رفع دعوى البطلان وكيفية إعلانها

أن ميعاد رفع دعوى البطلان يختلف في القوانين الوطنية^(٩١)؛ حيث حدد القانون العماني ميعاد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه. أما القانون السعودي حدد ميعاد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال الستين يوماً ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه في حين نص القانون القطري على أن ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال شهر من تاريخ تسليم الأطراف نسخة الحكم أو من تاريخ إعلان طالب الإبطال بحكم التحكيم، أو صدور قرار التصحيح، أو حكم التفسير، أو التحكيم الإضافي، وذلك ما لم يوجد اتفاق بين الطرفين كتابة على تمديد ميعاد رفع دعوى البطلان، أما القانون الإماراتي نص على أن لا تسمع دعوى بطلان حكم التحكيم بعد مرور ٣٠ يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم إلى الطرف طالب البطلان.

ووفقاً للمادة (١٨٧) من قانون المرافعات الكويتي، ترفع دعوى البطلان خلال ثلاثين يوماً من إعلان الحكم، على أن يبدأ هذا الميعاد وفقاً لأحكام المادة (١٤٩) منه، في

^(٩١) راجع: نص المادة (١/٥٤) من قانون التحكيم العماني والمادة (١/٥١) من نظام التحكيم السعودي والمادة (١٨٧) من قانون المرافعات الكويتي والمادة (٣/٣٤) من قانون التحكيم البحريني، والمادة (٣/٣٤) من القانون النموذجي كذلك نصت المادة (٤/٣٣) من قانون التحكيم القطري، والمادة ٥٤ من قانون التحكيم الإماراتي.

الحالات التي يتحقق فيها سبب من الأسباب التي يجوز من أجلها إعادة النظر. ومن ثم، إذا كان الطعن في حكم المحكمين بالبطلان لسبب من أسباب التماس إعادة النظر، فإن الميعاد يحسب وفقاً للقواعد الواردة في المادة (١٤٩) مرافعة كويتي^(٩٢)، مثال ذلك إذا كان سبب البطلان يرجع إلى الغش فلا يبدأ الميعاد إلا من اليوم الذي ظهر فيه الغش للمحكوم ضده، ويبدأ الميعاد في حالة بناء الحكم على ورقة ثبت تزويرها وفي حالة شهادة الزور من يوم الحكم بالتزوير أو بشهادة الزور. وفي حالة حصول الطاعن على ورقة كان الخصم قد احتجزها فإن الميعاد يبدأ من اليوم التالي الذي ظهرت فيه هذه الورقة للمحكوم عليه. وإذا صدر حكم المحكمين على شخص طبيعى أو معنوي لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الخصومة فيبدأ الميعاد من اليوم الذي يعلن فيه الحكم إلى من أصبح ممثلاً للخصم تمثيلاً قانونياً صحيحاً^(٩٣).

أما وفقاً للمادة (٣/٣٤) من قانون النموذجي للتحكيم وقانون التحكيم البحريني، فقد أجازت تقديم طلب بطلان حكم التحكيم خلال ثلاثة أشهر من يوم تسلم الطرف صاحب الطلب حكم التحكيم أو من اليوم الذي حسمت فيه هيئة التحكيم في طلب تفسير حكم التحكيم أو تصحيحه أو إصدار حكم إضافي يفصل فيما أغفل الحكم الأصلي الفصل فيه من طلبات، في حالة إذا كان قد قدم مثل هذا الطلب.

في الواقع نجد أن قانون التحكيم الكويتي والقطري والإماراتي كان أكثر توفيقاً عندما حدد المدة لرفع دعوى البطلان خلال (٣٠) يوماً وهي مدة معقولة وهي تتناسب مع طبيعة التحكيم وسرعة إجراءاته، أما قانون التحكيم العماني والبحريني والسعودي فقد حدد المدة على التوالي خلال تسعين أو ستين أو (٣) أشهر وهي مدة طويلة، لا تتلاءم مع السرعة والمرونة التي يمتاز بها التحكيم، كما تتعارض مع متطلبات التجارة الدولية في عصر الانفتاح الاقتصادي.

^(٩٢) المادة (١٤٩) مرافعات كويتي: "ميعاد الالتماس ثلاثون يوماً، ولا يبدأ في الحالات المنصوص عليها في الفقرات (أ و ب و ج) من المادة السابقة إلا من اليوم الذي ظهر فيه الغش، أو الذي تم فيه الإقرار بالتزوير أو حكم بثبوته أو حكم فيه على شاهد الزور، أو الذي ظهرت فيه الورقة المحتجزة، ويبدأ الميعاد في الحالة المنصوص عليها في الفقرة (و) من اليوم الذي يعلن فيه الحكم إلى من يمثل المحكوم عليه تمثيلاً صحيحاً".

^(٩٣) انظر: عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، ص ٣٧٧.

كما اتفقت نصوص قوانين دول مجلس التعاون الخليجي، على أن يبدأ ميعاد رفع دعوى البطلان من تاريخ إعلان الحكم إلى المحكوم عليه، ويحسب من اليوم التالي للإعلان وفقاً للقواعد العامة^(٩٤)، وبهذا يختلف حساب بدء الميعاد عن القاعدة العامة بالنسبة لميعاد الطعن في أحكام المحاكم والذي يبدأ طبقاً للمادة (٢٠٤) من قانون الإجراءات المدنية العماني من تاريخ صدور الحكم^(٩٥). وعليه قضت المحكمة العليا في سلطنة عمان على أنه لا يسري نص المادة (٢٠٤) إجراءات مدنية عماني على أحكام المحكمين، التي أورد المشرع بالنسبة لها نصاً خاصاً، إذ لا يجوز إهدار النص الخاص لإعمال النص العام^(٩٦). كما يسري على ميعاد رفع البطلان كافة القواعد العامة المنصوص عليها في قوانين المرافعات في دول مجلس التعاون الخليجي^(٩٧).

أما بالنسبة لكيفية إعلان حكم التحكيم، ذهب البعض^(٩٨) إلى أن الإعلان يتم على يد محضر وفقاً للقواعد العامة للإعلان أوراق المحضرين، فلا يبدأ الميعاد من إعلان البريد ولو كان مسجل بعلم الوصول أو من إعلان بالفاكس. في حين اتجه بعض الفقه^(٩٩) - ونحن نؤيده - بأن يتم الإعلان طبقاً لسبل الإعلان ووسائله التي بينها قانون التحكيم، فالإعلان وفقاً لقانون التحكيم يغني عن الإعلان الرسمي على يد محضر، وذلك لاعتبارين: الأول هو أنه تأكد علم المحكوم عليه بصدور الحكم عليه بتوقيع صادر منه

(٩٤) انظر: أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، مرجع سابق، ص ٣٩٧، عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص ٣٧٦.

(٩٥) راجع: فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، ص ٧٧٨ وما يليها.

(٩٦) راجع: المحكمة العليا في سلطنة عمان، تاريخ ٢٦/٥/٢٠٠٠م في طعن رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٤م، مجلة التحكيم، العدد ٩، السنة ٢٠١١م، ص ٤٢٧.

(٩٧) راجع: أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٩٧، عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٣٧٧، نبيل إسماعيل عمر، التحكيم، ٤١٨.

(٩٨) في هذا الرأي انظر: فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، ص ٧٧٩، نبيل إسماعيل عمر، التحكيم، ص ٤٤٥، سيد أحمد محمود، دعوى بطلان حكم التحكيم، ص ٤١.

(٩٩) راجع في هذا الرأي: أحمد السيد صاوي، بطلان حكم التحكيم، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، ص ٧٩٣، محمود سمير الشراوي، التحكيم التجاري الدولي، ص ٥٢٥، علي بركات، الطعن في أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م، ص ٩٧، فاطمة صلاح الدين يوسف، نطاق اختصاص القضاء بالمسائل التي يثيرها التحكيم، ص ٣٠٤.

لا يمكنه إنكاره، والثاني أن هذا الحل هو الأكثر توافقاً مع النظام التحكيمي الذي يلجأ إليه الطرفان بإرادتهما، بالإضافة إلى ما يوفره هذا الحل من سرعة وسرية مطلوبة في مجال التحكيم، كما أن دعوى البطلان لم ترفع بعد حتى تنتقل إلى المحكمة ويتبع قواعد قانون المرافعات، وبالتالي فنحن مازلنا داخل نطاق إجراءات التحكيم، ومن ثم يتبع قانون التحكيم.

وينتج الإعلان بحكم التحكيم أثره في بدء ميعاد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم ولو لم يتم إيداع هذا الحكم، ولكن لا يغني عن الإعلان الرسمي بحكم التحكيم لبدء ميعاد دعوى بطلان حكم التحكيم أي إجراء آخر مثل تسليم صورة حكم التحكيم إلى مدعي البطلان أو علمه اليقيني بصوره بأي طريق آخر^(١٠٠).

وتجدر الملاحظة، أن نزول مدعي البطلان عن حقه في رفع دعوى البطلان قبل صدور حكم التحكيم، لا يحول دون قبول الدعوى ولا يعتد بهذا النزول. وذلك لأن الحق في دعوى البطلان لا ينشأ إلا بصدور حكم التحكيم وليس لأحد النزول عن حق قبل نشأته له أو ثبوته^(١٠١)، ومن جهة أخرى فإن تنازل أحد الأطراف عن حقه في الطعن بالبطلان قد يكون فيه مغبة قد لا يكون في مقدرته تحديدها قبل صدور هذا الحق لحظة قبوله هذا التنازل عند الاتفاق على التحكيم^(١٠٢)، كذلك بالنظر إلى خطورة النتائج

(١٠٠) انظر: أبو العلا النمر، المشكلات العملية والقانونية لدعوى بطلان حكم التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ٦١، محمد الرواحي، إصدار حكم التحكيم وبطلانه، ص ١٧٨. وهذا ما أكدته المحكمة العليا العمانية فقد قضت بأن: "ميعاد إقامة دعوى بطلان حكم التحكيم لا يفتح إلا بإعلان ذلك الحكم للمحكوم عليه ولا يغير من ذلك علم الأخير بالحكم بأي طريق آخر إذ أن المقرر أنه متى رتب القانون بدء سريان ميعاد على إجراء معين فإنه لا يجوز الاستعاضة عن هذا الإجراء بأي إجراء آخر"، راجع: قرار رقم ٣٩ في الطعن رقم ٢٤/٢٠٠٤. جلسة ٢٦/٥/٢٠٠٤م، مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا -الدائرة التجارية- والمبادئ المستخلصة منها لغاية ١٢/٣/٢٠٠٤م، ص ١٢٢.

(١٠١) انظر: فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، ص ٧٨١، نبيل إسماعيل عمر، التحكيم، ص ٤١٩، سيد أحمد محمود، دعوى بطلان حكم التحكيم، ص ٤٢، أحمد شرف الدين، سلطة القاضي المصري إزاء حكم التحكيم، طبعة ثانية، بدون ناشر، بدون سنة نشر، ص ١٠٣، مصطفى الحلفاوي، الحقوق الإجرائية للحقوق، ص ٦٧٧.

(١٠٢) راجع: أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٩٨، نبيل إسماعيل عمر، التحكيم، ص ٤١٩.

المرتتبة على هذا التنازل، وأهمها صدور حكم التحكيم تتخذ فيه عيوباً جسيمة كالإخلال بحقوق الدفاع أو مخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام^(١٠٣)، أما عند قبول مدعي البطلان لحكم التحكيم بعد صدور الحكم، فإنه يسقط حقه في رفع الدعوى، سواء كان هذا القبول صراحة أو ضمناً، كقيامه بتنفيذ الحكم مثلاً^(١٠٤)، وبهذا يكون اختار عدم التمسك بالجزء الذي يرتبه القانون على بطلان الحكم^(١٠٥).

الفرع الثاني

إجراءات رفع دعوى بطلان حكم التحكيم

لقد خلت القوانين الوطنية من نص خاص ينظم فيه كيفية رفع دعوى البطلان ويبين إجراءاتها. ولهذا فإن رفع هذه الدعوى يخضع للقواعد العامة في رفع الدعوى القضائية، فهي ترفع عن طريق دعوى مبتدأه وبالإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى، وبصحيفة تودع أمانة سر المحكمة، ويجب أن تشمل تلك الصحيفة على بيانات المدعي والمدعي عليه، كالأسماء والمهنة والوظيفة والموطن ومحل العمل، وتاريخ تقديم الصحيفة والمحكمة المرفوعة أمامها الدعوى وتوقيع المدعي وتوقيع محام على صحيفة الدعوى مقبول أمام المحكمة المختصة، مع إرفاق مع صحيفة الدعوى، كذلك صورة رسمية من حكم التحكيم محل الدعوى والأسباب التي استند إليها المدعي لأبطال الحكم. وبما أن القوانين الوطنية تقضي بعدم سريان أحكام قوانين التحكيم على الإعلانات القضائية أمام المحكمة، ولذلك يتم إعلان صحيفة دعوى البطلان للقواعد العامة في إعلان صحف الدعاوى، فيجب أن يتم الإعلان إلى شخص المدعي عليه أو في موطنه أو في موطنه المختار في ورقة إعلان الحكم^(١٠٦).

(١٠٣) راجع: أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ص ٣١٨.

(١٠٤) انظر: فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، ص ٧٨٢، أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٩٨.

(١٠٥) انظر: عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، ص ٢٣٣.

(١٠٦) راجع المواد الآتية: ٦٤ إجراءات مدنية عماني، ٤١ مرافعات شرعية سعودي، ١٨٧ مرافعات كويتي، ٤٢ إجراءات اماراتي، ٣٣ مرافعات بحريني.

انظر تفصيلاً: فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، ص ٧٨٢ وما بعدها، أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٨٨، محمود سمير الشرقاوي، التحكيم، ص ٦٢٥، نبيل

وترفع الدعوى ممن كان طرفاً في التحكيم سواء كان طرفاً أصلياً في الاتفاق، أو كان متدخلًا أو تم إدخاله في خصومة التحكيم، أو كان شخصاً من الغير مس حكم التحكيم مصالحه^(١٠٧)، ولأن دعوى بطلان حكم التحكيم ليست طعنًا في الحكم، لا يقتصر الحق في رفعها على المحكوم عليه فقط، بل يجوز رفعها من المحكوم له أيضاً إذا تعلق سبب البطلان بالنظام العام ومن كل ذي مصلحة^(١٠٨).

المطلب الثالث

الآثار المترتبة على رفع دعوى بطلان والحكم فيها

نعالج في هذا المطلب، الآثار المترتبة على رفع دعوى بطلان حكم التحكيم والحكم فيها، حيث نتصدى لأثر المترتب على رفع دعوى البطلان، من حيث سلطة المحكمة عند نظر دعوى البطلان والحكم فيها، والطعن على الحكم الصادر في دعوى البطلان. وترتيباً على ما سبق، سوف نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع.

الفرع الأول

الأثر المترتب على رفع دعوى البطلان في تنفيذ حكم التحكيم

تباين موقف التشريعات الوطنية، حيث جعل المشرع العماني والسعودي والكويتي والإماراتي^(١٠٩)، الأصل في أن رفع دعوى البطلان لا يترتب عليه وقف تنفيذ حكم

إسماعيل عمر، التحكيم، ص ٤١٩ وما يليها، معتر عفيفي، نظام الطعن على حكم التحكيم، ص ٧٥٣ وما بعدها.

(١٠٧) انظر تفصيلاً: احمد السيد صاوي، التحكيم، ص ٢٥٠، علي بركات مرجع سابق، ص ٩٦.

(١٠٨) تكمن مصلحة المحكوم له في إبطال الحكم في أنه لن يستطيع تنفيذه؛ لأن المحكمة المختصة بإصدار أمر التنفيذ تراقب من تلقاء ذاتها مدى تعلق حكم التحكيم مع النظام العام، راجع: عبدالنواب مبارك، بطلان حكم التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨م، ص ٨٨.

(١٠٩) وهذا ما قرره المادة ٥٧ من قانون التحكيم العماني والمادة (٥٤) من نظام التحكيم السعودي والمادة ٥٦ تحكيم إماراتي على أنه لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب المدعي ذلك في صحيفة الدعوى وكان الطلب مبنيًا على أسباب جدية، وعلى المحكمة الفصل في طلب وقف التنفيذ خلال ستين يوماً من خلال تنفيذ أول جلسة محددة لنظره، وإذا أمرت بوقف التنفيذ جاز لها أن تأمر بتقديم كفالة أو ضمان مال، وعليها إذا أمرت بوقف التنفيذ الفصل في دعوى البطلان خلال ستة أشهر من تاريخ صدور هذا

التحكيم، إلا أنه أجاز للمحكمة المختصة أن تأمر بوقف التنفيذ بناء على طلب المدعي وذلك في صحيفة الدعوى. ويجب توافر شروط معينة وهي:

الشرط الأول: أن يطلب مدعي البطلان وقف تنفيذ الحكم في صحيفة الدعوى، فليس له بعد رفع الدعوى أن يتقدم بطلب وقف التنفيذ كطلب عارض، كما لا يحق للمحكمة أن تقضي بوقف التنفيذ من تلقاء نفسها^(١١٠).

الشرط الثاني: أن يخشى وقوع ضرر جسيم من التنفيذ، وهذا ما نص عليه المشرع الكويتي في المادة (١٨٨)، إلا أنه لم ينص على أنه يتعذر تداركه^(١١١).

الشرط الثالث: أن يكون الطلب مبنياً على أسباب جدية، وعلى الطالب أن يبين هذه الأسباب في طلبه، وله أن يوضحها ويضيف إليها في مذكرة لاحقة، وتقدير جدية الأسباب يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة^(١١٢)، كأن تكون أسباب البطلان مما يرجع معها القضاء ببطلان الحكم، وهذا ما قرره المشرع الكويتي وفقاً للمادة (١٨٨) مرافعات كويتي. وهناك من يرى أن الأسباب الجدية تختلف عن أسباب بطلان حكم التحكيم، لذلك يكون في مقدمة الأسباب الجدية لطلب وقف التنفيذ كون حكم التحكيم قد تضمن

الأمر). كما نصت المادة (١٨٨) من قانون المرافعات الكويتي على أنه: "لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم، ومع ذلك يجوز للمحكمة التي تنتظر الدعوى أن تأمر بناء على طلب المدعي بوقف تنفيذ الحكم إذا كان يخشى وقوع ضرر جسيم من التنفيذ وكانت أسباب البطلان مما يرجع معها القضاء ببطلان الحكم، ويجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم كفالة أو تأمر بما تراه كفيلاً بصيانة حق المدعي عليه وينسحب الأمر الصادر بوقف تنفيذ الحكم على إجراءات التنفيذ التي اتخذها المحكوم له من تاريخ طلب وقف التنفيذ".

(١١٠) انظر: فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والدولية، ص ٧٩٧، محمد نور شحاتة، تنفيذ أحكام المحكمين في التشريعات العربية والمقارنة، مجلة التحكيم العربي، العدد ١٣ ديسمبر، ٢٠٠٩م، ص ٦٥.

(١١١) راجع: عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، ص ٣٧٨.

(١١٢) راجع: فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والدولية، ص ٧٩٧، محمد نور شحاتة، تنفيذ أحكام المحكمين، ص ٦٥.

ما يخالف النظام العام في الدولة أو كونه متعارضاً مع حكم قضائي سابق تم صدوره من المحكمة^(١١٣).

أما بالنسبة لموقف قانون التحكيم البحريني والقطري والإماراتي، فوفقاً للمواد (٤/٣٤) و(٣٣) و(٦/٥٤)، أجازت للمحكمة وقف دعوى البطلان بناء على طلب أحد الطرفين لمدة تحددها وفقاً لسلطتها التقديرية وهذا ما جاء في قانون التحكيم البحريني والقطري، أما قانون التحكيم الإماراتي فقد حدد المدة وجعلها ٦٠ يوماً ولم يتركها لتقدير المحكمة، وذلك لمنح هيئة التحكيم فرصة لإزالة الأسباب التي تبنى عليها دعوى البطلان، فالمحكمة خولت هيئة التحكيم سلطة اتخاذ الإجراءات التي تراها مناسبة لإصلاح الأسباب التي يبنى عليها طلب البطلان، واستكمال إجراءات التحكيم وما يترتب عليه من تعديل قضائها الذي انتهت إليه، وهذا أمر لا تعرفه قوانين التحكيم العماني والسعودي والكويتي، والتي تكون هيئة التحكيم استنفدت ولايتها بصدر الحكم، فلا تملك الرجوع في حكمها أو تعديله وإن جازاً لها تفسير الحكم أو تصحيحه أو إصدار حكم، إضافي فيما أغفلت الفصل فيه^(١١٤).

ويجب على المحكمة أن تفصل في طلب وقف التنفيذ خلال ستين يوماً من تاريخ أول جلسة محددة لنظره وفقاً للمادة (٥٧) من قانون التحكيم العماني، أو خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب وفقاً للمادة (٥٤) من نظام التحكيم السعودي والمادة (٥٦) من قانون التحكيم الإماراتي والمحكمة سلطة تقديرية، فهي تقدر مدى توافر الأسباب الجدية، وتقدر ما إذا كانت أسباب البطلان يرجح معها بطلان الحكم، تراعي مصلحة كل من المحكوم له والمحكوم عليه، فإذا أمرت بوقف التنفيذ وقدرت أن هذا

(١١٣) انظر: أبو العلا النمر، المشكلات العملية والقانونية لدعوى البطلان، ص ٩٢، أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، بدون ناشر، ٢٠٠١م، ص ١٣٨، معتز عفيفي، نظام الطعن على حكم التحكيم، ص ٧٦٣.

(١١٤) انظر: أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٤٠٢، حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، ص ٥١٤، وما بعدها.

الوقف يضر المحكوم له، أن تأمر المحكوم عليه بتقديم كفالة أو ضمان مالي يضمن تنفيذ الحكم إذا قضى بعد ذلك في دعوى البطلان لصالح المحكوم له^(١١٥).

فإذا أمرت المحكمة بوقف التنفيذ فإنه يجب عليها أن تفصل في دعوى البطلان خلال ستة أشهر من تاريخ صدور الأمر بالوقف إعمالاً للمادة (٥٧) من قانون التحكيم العماني والمادة (٥٤) من قانون التحكيم السعودي، أو خلال ٦٠ يوماً من تاريخ صدور الأمر كما نص قانون التحكيم الإماراتي في المادة (٥٦)، وحسن فعل المشرع الإماراتي بجعل مدة فصل المحكمة في دعوى البطلان خلال شهرين بدلاً من ٦ أشهر، وذلك حتى لا يبقى التنفيذ موقوفاً لمدة طويلة قبل الفصل في الدعوى، على أن هذا الميعاد هو ميعاد تنظيمي لا يترتب على مخالفته بطلان أو سقوط، فهو يراد به حث المحكمة على الفصل في طلب وقف التنفيذ دون تأخير^(١١٦)، كما لا تنقيد المحكمة عن إصدار حكمها في الموضوع بالحكم الوقتي الذي سبق أن أصدرته في مسألة وقف التنفيذ^(١١٧).

وتجدر الملاحظة، أن قانون التحكيم العماني، في المادة (٥٨) والمقابلة للمادة (٥٥) من قانون التحكيم السعودي نص على أنه لا يقبل تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى، فبموجب هذا النص فإن المشرع العماني والسعودي نص على عدم جواز تقديم طلب التنفيذ إلا بعد انقضاء ميعاد رفع دعوى بطلب حكم التحكيم، وهو ما يولد تناقض في المادة (٥٧) تحكيمياً عمانياً، والمادة (٥٤) تحكيمياً سعودياً والتي تنص على عدم ترتيب وقف التنفيذ على رفع دعوى البطلان بمعنى، وإن كان رفع دعوى البطلان ليس له أثر على وقف تنفيذ حكم التحكيم، إلا أنه على الرغم من ذلك لا يمكن تقديم طلب التنفيذ إلا بعد فوات ميعاد رفع دعوى البطلان وهو في القانون العماني ٩٠ يوماً وفي القانون السعودي ٦٠ يوماً.

(١١٥) انظر: فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية الدولية، ص ٧٩٧ وما بعدها، عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، ص ٣٧٨، حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، ص ٥٠٥، معتر عفيفي، نظام على حكم التحكيم، ص ٧٦٤، خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، ص ٥٨٢.

(١١٦) راجع: فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والدولية، ص ٧٩٨، محمد نور شحاتة، تنفيذ أحكام المحكمين، ص ٦٦، معتر عفيفي، نظام الطعن على حكم التحكيم، ص ٧٦٤.

(١١٧) راجع: أحمد أبو الوفا، التحكيم في القوانين العربية، ص ٨٢، عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٣٧٨.

ويعتبر ميعاد رفع دعوى البطلان كاملاً وناقصاً في ذات الوقت، فهو ميعاد ناقص لأنه يترتب على عدم الالتزام به واحترامه سقوط الحق في رفع دعوى البطلان، كما هو ميعاد كامل يجب أن ينقضي كاملاً قبل التقدم بطلب تنفيذ حكم التحكيم، فإذا انقضى الميعاد ولم يرفع المحكوم عليه دعوى البطلان قبل انقضاء الميعاد، فلا يمكن التقدم بطلب تنفيذ حكم التحكيم، فيجب على المحكوم لصالحه الانتظار بعد فوات الميعاد لتقدم طلب الحصول على أمر التنفيذ، والقول بغير ذلك يعد مخالفة لنص المادة (٥٨) عمانياً و(٥٥) سعودياً و(٣٤) قطرياً^(١١٨).

وفي حقيقة الأمر نطالب المشرع العماني والسعودي بالتدخل لتعديل نص المادة (٥٧) عمانياً، و(٥٤) سعودياً، وذلك بحذف فقرة لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم، وأن يكفي بالنص على جواز المحكمة المختصة بأن تأمر بوقف التنفيذ وذلك بطلب من مدعي البطلان، كما فعل نظيره المشرع البحريني في المادة (٣٤) والمشرع القطري في المادة (٣٣) كما نطالب المشرع العماني والسعودي بتعديل نص المادة (٥٨) عمانياً و(٥٥) سعودياً، بحيث يقبل تنفيذ حكم التحكيم، فور صدوره دون انتظار انقضاء ميعاد رفع دعوى البطلان، وبهذا يستطيع المحكوم لصالحه بسهولة الحصول على أمر بالتنفيذ من المحكمة المختصة دون تعطيل تنفيذ الحكم.

الفرع الثاني

سلطة المحكمة عند نظر دعوى البطلان والحكم فيها

إن محكمة البطلان عندما تنظر دعوى البطلان، لا تنظرها باعتبارها درجة ثانية من درجات التقاضي، بل باعتبارها دعوى جديدة ومبتدأه تختلف عن الدعوى التي فصل فيها الحكم محل دعوى البطلان^(١١٩)، ومن ثم، فإن قاضي البطلان يحظر عليه أن يحقق في موضوع النزاع من جديد، أو سماح للخصوم بتقديم أدلة إثبات جديدة أو أوجه

(١١٨) انظر بالتفصيل: نبيل إسماعيل عمر، التحكم في المواد المدنية، والتجارية، ص ٤٢٧.

(١١٩) انظر: فتحي والي، التحكم في منازعات الوطنية والتجارية الدولية، ص ٨٠٠، نبيل إسماعيل عمر، التحكم في المواد المدنية والتجارية، ص ٤٣٥، معتز عفيفي، نظام الطعن على حكم التحكيم، ص ٧٦٥.

دفاع أو دفع تتعلّق بالموضوع^(١٢٠)، وتنتهي مهمة محكمة البطلان بصدر حكمها في دعوى البطلان، إما برفضها وتأييد حكم التحكيم، وإما بقبولها وإبطال هذا الحكم^(١٢١)، فإذا صدر الحكم برفض الدعوى ببطلان حكم التحكيم، فإن هذا يعني استقرار حكم التحكيم بما يترتب على ذلك استقرار التنفيذ^(١٢٢)، أما إذا قضت المحكمة ببطلان حكم التحكيم، فإنه يترتب عليه اعتباره كأن لم يكن وزوال جميع آثاره بالنسبة للأطراف والغير^(١٢٣)، ففي حالة أن الحكم لم ينفذ، أما إذا كان هذا الحكم قد نفذ كلياً أو جزئياً، فإنه يجب أن يعاد الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ^(١٢٤).

وقد يثور تساؤل، هل يحق لمحكمة البطلان عندما تقضي ببطلان حكم التحكيم، أن تتظر موضوع النزاع أم لا؟!

إن القوانين الوطنية ماعدا القانون الكويتي قد خلت من نص ينظم مسألة تخويل محكمة البطلان سلطة نظر موضوع النزاع بعد قضائها ببطلان حكم التحكيم، وهذا يعني أنه ليس لمحكمة البطلان بعد أن تقضي بالبطلان سلطة نظر موضوع النزاع لكي تفصل فيه، فالخصومة أمامها انتهت، إذ دعوى البطلان ليست استثناءً للحكم^(١٢٥) فهي لا تعرف الأثر الناقل للطعن بالاستئناف، والذي بموجبه تلتزم محكمة الدرجة الثانية بنظر موضوع الدعوى الصادر فيها الحكم الباطل، وتصدر هي بنفسها حكم جديد يحل

(١٢٠) انظر: فتحي والي، التحكيم في منازعات الوطنية والتجارية الدولية، ص ٨٠١، معتر عفيفي، نظام الطعن على حكم التحكيم، ص ٧٦٥، أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٩٥.

(١٢١) راجع: نبيل إسماعيل عمر، التحكيم بالمواد المدنية والتجارية، ص ٤٣٧، عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، ص ٢٨٤.

(١٢٢) راجع: عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، ص ٢٨٤، عبد التواب مبارك، بطلان حكم التحكيم، ص ١٤٧.

(١٢٣) راجع: فتحي والي، التحكيم في منازعات الوطنية والتجارية الدولية، ص ٨٠٥، عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، ص ٢٨٤، معتر عفيفي، نظام الطعن على حكم التحكيم، ص ٧٦٩، فاطمة صلاح الدين يوسف، نطاق اختصاص القضاء بالمسائل التي يثيرها التحكيم، ص ٣١١.

(١٢٤) انظر: أبو العلا النمر، المشكلات العملية والقانونية لدعوى بطلان حكم التحكيم، دار النهضة العربية، طبعة أولى، ٢٠٠٦م، ص ١٢٣.

(١٢٥) انظر: فتحي والي، التحكيم في منازعات الوطنية والتجارية الدولية، ص ٨٠٥، معتر عفيفي، نظام الطعن على حكم التحكيم، ص ٧٧٢، أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص ٣٩٤.

محل الحكم الذي تم إبطاله^(١٢٦)، وللأطراف بعد الحكم بالإبطال عرض نزاعهم على التحكيم من جديد، وذلك عن طريق عرض النزاع على هيئة تحكيم أخرى، لعدم توافر الصلاحية في الهيئة التي أصدرت الحكم بعد القضاء ببطلانه^(١٢٧)، كما يجوز للأطراف أن يطلبوا من المحكمة التي تنظر دعوى البطلان أن تفصل دعواهم بصفة تبعية عند فصلها في دعوى البطلان حفاظاً على الوقت والمال^(١٢٨)، وهناك من يرى ضرورة إلزام محكمة البطلان بالفصل في موضوع النزاع، إذا ما قررت إلغاء حكم التحكيم المطعون فيه، وذلك لصعوبة إعادة تشكيل هيئة التحكيم لتعيد الفصل في ذات موضوع النزاع إذا ما قضى بإلغاء حكم التحكيم^(١٢٩).

أما بالنسبة لقانون المرافعات الكويتي، فقد خول صراحة محكمة البطلان سلطة تعرض لموضوع النزاع وأن تفصل فيه بنفسها. فقد قضت المادة (١٨٧) مرافعة كويتي على أنه: ".... وإذا حكمت المحكمة ببطلان حكم المحكمين تعرضت لموضوع النزاع وقضت فيه" فوفقاً للمادة (١٨٧) مرافعة كويتي، تتقيد محكمة البطلان عند نظر موضوع النزاع بعد القضاء بالبطلان بموضوع النزاع، كما حدده الخصوم في اتفاق التحكيم إلا إذا اتفق الخصوم على تغييره أمامها. وتفصل هذه المحكمة طبقاً للإجراءات المتبعة أمام محاكم الدولة لأنها جزء منها^(١٣٠).

(١٢٦) راجع: نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، ص ٤٣٦.
(١٢٧) انظر: أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ص ٣١٦، مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، ص ٢٥٧، نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، ص ٤٣٧، علي سالم، ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٣٧٢.
(١٢٨) راجع: حفيظة حداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر، ص ٢٤١ وما بعدها.
(١٢٩) انظر: عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، ص ٢٨٨، كذلك: أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٣٢٥، وحسني المصري، المرجع السابق، ص ٥٠٦.
(١٣٠) انظر: عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، ص ٣٧٩.

الفرع الثالث

الطعن على الحكم الصادر في دعوى بطلان حكم التحكيم

نص قانون التحكيم السعودي والإماراتي صراحة على قابلية الحكم الصادر في دعوى البطلان للطعن فيه. حيث نصت المادة (٢/٥١) على أنه: "إذا حكمت المحكمة المختصة بتأييد حكم التحكيم وجب عليها أن تأمر بتنفيذه، ويكون حكمها في ذلك غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن، أما إذا حكمت ببطلان حكم التحكيم، فيكون حكمها قابلاً للطعن خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي للتبليغ". ومفاد نص المادة أن المشرع السعودي نص على قبول الحكم الصادر في دعوى البطلان للطعن فيه، وبما أن الحكم في الدعوى صادر من محكمة الاستئناف المختصة أصلاً بنظر النزاع، فإنه يقبل الطعن بالتماس إعادة النظر أو بالنقض. كما حدد القانون مدة الطعن وهي ثلاثين يوماً من اليوم التالي للتبليغ. كما نصت المادة (٥٤) من قانون التحكيم الإماراتي على أنه: "الحكم الصادر من المحكمة في دعوى البطلان يعد نهائياً ولا يقبل الطعن الا بالنقض"، وبموجب نص المادة فإن المشرع الإماراتي أجاز الطعن في الحكم الصادر في دعوى البطلان، كما حدد طريق الطعن الذي يقبله، وهو الطعن أمام محكمة النقض فقط، ومن ثم فإنه لا يقبل الطعن بالتماس إعادة النظر.

ومن جهة أخرى، فإن قانون التحكيم العماني والبحريني والكويتي لم ينص على قابلية الحكم الصادر في دعوى البطلان للطعن فيه، أو عدم قابليته، ولم يعالج الأمر، ولهذا يقبل الحكم الصادر في دعوى البطلان الطعن فيه بطرق الطعن المقررة في قانون المرافعات^(١٣١)، ولا يحول دون ذلك ما تنص عليه المادة (٥٢) من قانون التحكيم

(١٣١) انظر: فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، ص ٨٠٦ وما بعدها، حفيظة السيد حداد، الطعن بالبطلان، ص ٢٤٦، نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، ص ٤٦٠، محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، ص ٥٣٠، علي بركات، الطعن في أحكام التحكيم، ص ١٠٧، مصطفى الحلقاوي، الحقوق الإجرائية للأطراف، ص ٦٨٠، عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، ص ٣٨٠، معتر عفيفي، نظام الطعن على حكم التحكيم، ص ٧٧٦، فاطمة صلاح الدين، نطاق اختصاص القضاء في المسائل التي يثيرها التحكيم، ص ٣١٢ وما بعدها.

العماني والمادة (١/٣٤) من قانون التحكيم البحريني والمادة (١٨٦) مرافعة الكويتي من عدم قابلية حكم التحكيم للطعن فيه بأي طريق. وذلك لأن نص هذه المواد ينطبق على حكم التحكيم ذاته، وليس على الحكم الصادر في دعوى البطلان والذي بدوره صادر من محكمة محاكم الدولة^(١٣٢)، فإذا كان الحكم صادرًا من محكمة الاستئناف، فإنه يقبل الطعن بالنقض أو العليا والتماس إعادة النظر. أما إذا كان الحكم صادرًا من محكمة ابتدائية، فإنه يقبل الطعن بالاستئناف.

أما قانون التحكيم القطري فقد حسم الأمر ونص صراحة على عدم قابلية الحكم الصادر بدعوى البطلان للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن وذلك وفقًا للفقرة السادسة من المادة (٣٣) بقولها صراحة: "يكون حكم المحكمة المختصة نهائيًا وغير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن"، وهذا ما أيدته محكمة التمييز القطرية بحكمها الصادر بتاريخ (٢٧/٥/٢٠١٤) بقولها: "إن دعوى بطلان حكم التحكيم ليست طعنًا عليه بالاستئناف فلا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع وتعيين قضاء ذلك الحكم فيه، أن ليس لقاضي دعوى البطلان مراجعة حكم التحكيم لتقدير ملاءمته أو مراقبة حسن تقدير المحكمين^(١٣٣)، في الحقيقة أحسن صنعًا المشرع القطري الذي حسم أمره في مسألة إمكانية الطعن في الحكم الصادر بدعوى البطلان ولم يترك الأمر للاجتهادات، حيث إن السماح بالطعن في الحكم الصادر من المحكمة المختصة بدعوى البطلان يطيل إجراءات التقاضي في الخصومة التحكيمية مما يضر بمصالح الأطراف.

(١٣٢) راجع: فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والدولية، ص ٨٠٧، علي بركات، الطعن في أحكام التحكيم، ص ١٠٧.

(١٣٣) انظر: قرار محكمة التمييز القطرية جلسة ٢٧ مايو ٢٠١٤ الطعن رقم ٨٨ لسنة ٢٠١٤ تمييز مدني موسوعة الاحكام والمبادئ القضائية القطرية.

الختام

تركزت دراستنا في هذا البحث على تسليط الضوء أهم موضوعات التحكيم وهو بطلان حكم التحكيم في القوانين الوطنية والأنظمة الدولية، وذلك في ثلاثة مباحث، وقد خلاصنا فيه إلى عدة نتائج أهمها فيما يلي:

١- أن طبيعة دعوى البطلان حكم التحكيم فهي لا تخضع لأحكام بطلان الحكم القضائي، كما أنها ليست وسيلة لطعن لا بالاستئناف ولا بالتماس إعادة النظر، فهي لها طبيعة خاصة تستمدها من حكم التحكيم وأسباب رفعها المحددة على سبيل الحصر.

٢- في القوانين الوطنية والدولية أصبحت دعوى البطلان الوسيلة الوحيدة لمراجعة حكم التحكيم ومراقبته، ماعد قانون الكويتي جمع بين دعوى البطلان وطرق الطعن لمراجعة حكم التحكيم، وقد حصر أسباب دعوى البطلان على سبيل الحصر، وهذه الأسباب متمثلة في أسباب موضوعية وأسباب شكلية وأسباب متعلقة بالنظام العام.

٣- تناولنا النظام الإجرائي لدعوى البطلان وبيننا إجراءاتها وأطرافها، وأثار الحكم الصادر من المحكمة ببطلان حكم التحكيم، ومدى جواز الطعن في هذا الحكم، ومدى سلطة المحكمة في التصدي لموضوع النزاع والفصل فيه.

وفي ختام هذا البحث، فإننا نتوجه بمجموعة من التوصيات التي نناشد المشرع أن يأخذ بها، بغية في حل كثير من الصعوبات والعوائق التي بدورها تعرقل سير عملية التحكيم وتسهم في عدم فعاليته:

١- إن القوانين الوطنية -ماعدا القانون الكويتي- حددت أسباب بطلان حكم التحكيم على سبيل الحصر وليس من ضمنها حالة الغش أو الشهادة الزور أو التزوير وهي إحدى حالات التماس إعادة النظر، لذلك نقترح على المشرع إدراج حالتَي الغش والتزوير ضمن أسباب رفع دعوى البطلان سداً للفراغ التشريعي الحاصل في هذا المجال بعد إلغاء جميع طرق الطعن بالأحكام بما فيها الطعن بالالتماس إعادة النظر. على أن يبدأ ميعاد رفع دعوى البطلان من اليوم الذي ظهر فيه الغش، أو حدث إقرار، أو حكم بثبوت التزوير، أو بإدانة شاهد الزور.

٢- نطالب المشرع العماني والسعودي بضرورة التدخل التشريعي وحذف الفقرة الأولى من المادة (٥٧) عمانياً والمادة (٥٤) سعودياً والتي تنص على أنه: "لا يترتب على رفع

وقف تنفيذ حكم التحكيم"، وأن يكفي بالنص على جواز المحكمة المختصة بأن تأمر بوقف التنفيذ وذلك بطلب من مدعي البطلان كما فعل نظيره المشرع البحريني في المادة (٣٤) والمشرع القطري في المادة (٣٣). كما نطالب المشرع العماني والسعودي بتعديل نص المادة (٥٨) عماني والمادة (٥٥) سعودي بحيث يقبل تنفيذ حكم التحكيم فور صدوره دون انتظار انقضاء ميعاد رفع دعوى البطلان وبهذا يستطيع المحكوم لصالحه بسهولة الحصول على أمر بالتنفيذ من المحكمة المختصة دون تعطيل تنفيذ الحكم. وترتيباً على ذلك فإن المشرع بتدخله في هذه المواد بالحذف والتعديل يزيل التناقض بين نصوص المادتين (٥٧ و ٥٨) عماني والمادتين (٥٤ و ٥٥) سعودي.

٣- لحت المحكمة على سرعة الفصل في طلب وقف التنفيذ دون تأخير، وحتى لا يبقى التنفيذ موقوفاً لمدة طويلة قبل الفصل في الدعوى، نرجو من المشرع العماني والسعودي قصر مدة فصل المحكمة في طلب وقف التنفيذ من ٦ أشهر الى شهرين أسوة بنظيرهما المشرع الإماراتي.

٤- من الضروري أن يتدارك المشرع البحريني هذا النقص وأن يحدد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وخاصة ان أطراف التحكيم يحملون جنسيات متعددة، وهنا تكمن المشكلة في أي القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم عندما نكون بصدد جنسيات تحكمها قوانين مختلفة.

٥- أن المشرع القطري والإماراتي لم يميز بين التحكيم الداخلي والدولي فيما يتعلق بتحديد المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم، فالمشرع القطري أعطى الخيار لأطراف الخصومة للاختيار أما المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف وكذلك فعل المشرع الإماراتي نص أن المحكمة الاستئنافية الاتحادية أو المحلية التي اتفق عليها الأطراف أو يجري ضمن دائرة اختصاصها التحكيم، دون أن يحدد ما إذا كانت إحداها مختصة بالتحكيم الدولي أو الداخلي، على عكس بقية القوانين الوطنية، لذلك يجب على المشرع القطري والإماراتي تحديد المحكمة المختصة بدعوى بطلان حكم التحكيم الدولي والمحكمة المختصة بدعوى بطلان حكم التحكيم الداخلي، وذلك لخصوصية التحكيم في الحاليتين.

المراجع

أولاً- الكتب العامة:

- (١) أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ط٤، دار النهضة العربية، ٢٠١٣م.
- (٢) أحمد شرف الدين، سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم، طبعة الثانية، النسر الذهبي للطباعة.
- (٣) عبد الله عيسى علي الرمح، حكم التحكيم وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون التحكيم القضائي، بدون دار نشر، ٢٠٠٨م.
- (٤) عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٠م.
- (٥) علي سالم، ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م.
- (٦) فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، منشأة المعارف، بالإسكندرية، طبعة أولى، ٢٠١٤م.
- (٧) فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، الطبعة الخامسة، ٢٠١١م.
- (٨) محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م.
- (٩) محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٩٩م.
- (١٠) محمود السيد التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.
- (١١) محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩م.

ثانياً- الكتب الخاصة:

- (١) إبراهيم رضوان الجبغير، بطلان حكم التحكيم، دار الثقافة، ٢٠٠٩م.
- (٢) أبو العلا النمر، المشكلات العملية والقانونية لدعوى بطلان حكم التحكيم، طبعة أولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦م.
- (٣) أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم، دار الثقافة، ٢٠١١م.
- (٤) حفيظة السيد حداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
- (٥) سيد أحمد محمود، دعوى بطلان حكم التحكيم، الجمعية المصرية للاقتصاد والإحصاء والتشريع، ٢٠٠٧م.
- (٦) عبد الحميد الشواربي، البطلان الإجرائي والموضوعي، منشأة المعارف، بالإسكندرية، ١٩٩١م.
- (٧) عبد التواب مبارك، بطلان حكم التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨م.
- (٨) علي بركات، الطعن في أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م.
- (٩) غنام محمد غنام، نظرية الانعدام في الإجراءات الجزائية مقارنة بالانعدام في قانون المرافعات، طبعة أولى، مطبوعات الكويت، ١٩٩٩م.
- (١٠) فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، طبعة نادي القضاة، ١٩٩٧م.

- ١١) محمد مهدي عبد الوهاب حجيري، بطلان حكم التحكيم، منشأة المعارف، ٢٠١٣م.
- ١٢) معتز عفيفي، نظام الطعن على حكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢م.
- ١٣) وائل أنور بندق، نظرات في بطلان حكم التحكيم، في القانون المصري والشرعية الإسلامية، ٢٠٠٨م.

ثالثاً- المؤتمرات والأبحاث:

- ١) أحمد السيد صاوي، بطلان حكم التحكيم، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق جامعة الإمارات في الفترة من ٢٨-٣٠ أبريل، ٢٠٠٨م.
- ٢) احمد خليفة الشرقاوي، التنظيم القضائي لبطلان حكم التحكيم، ورقة علمية مقدمة للمؤتمر العلمي السنوي الثاني كلية الحقوق طنطا ٢٩-٣٠ أبريل، ٢٠١٥م.
- ٣) جلال محمددين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة حقوق الإسكندرية، الجزء ٢.
- ٤) سميحة مصطفى القليوبي، اتفاق التحكيم، بحث مقدم إلى ندوة التحكيم في عقود الأشغال، المنعقد في الشارقة، من الفترة ٤-٧ ديسمبر ٢٠٠٥م.
- ٥) غيث مصطفى الخصاونة، أسباب طعن أطراف النزاع بقرار التحكيم وفقاً لقانون التحكيم البحريني الجديد، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٨م.
- ٦) محمد نور شحاتة، تنفيذ أحكام المحكمين في التشريعات العربية والمقارنة، مجلة التحكيم العربي، العدد ١٣ ديسمبر، ٢٠٠٩م.
- ٧) محمد عبد الحميد حسين القاضي، أهلية الطرفين في اتفاق التحكيم، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، السنة ١٦، عدد يوليو ٢٠٠١م.
- ٨) ناصر محمد الشرمان، بطلان أحكام التحكيم وفقاً لقانون الإجراءات المدنية الاماراتي، بحث منشور في مجلة الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة الحسن الأول، ٢٠١٨م.
- ٩) سيد أحمد محمود بطلان حكم التحكيم بين القانونين المصري والإماراتي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مجلد ٥٨، العدد ١، يناير ٢٠١٦م.

رابعاً- الرسائل العلمية:

- ١) خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٥م.
- ٢) فاطمة صلاح الدين رياض يوسف، نطاق اختصاص القضاء بالمسائل التي يثيرها القضاء، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٩م.
- ٣) محمد شوقي شاهين، الشركات المشتركة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، عين شمس، ١٩٨٧م.

التطور التقني لإجراءات التقاضي في الدعوى الإدارية عبر نظم التقاضي الإلكتروني «دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين المصري والعماني»

الدكتور/محمد عوض فرج عبد العزيز*

الملخص:

تولد عن التقنيات الحديثة نتيجة ثورة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات كثير من التطبيقات التي أثرت تأثيراً بالغاً في حياة المواطنين، وبما أن القضاء يمثل إحدى السلطات الثلاث للدولة، كان لابد أن يكون له نصيب من التطور التكنولوجي، وذلك من خلال التفكير جلياً في مدى إمكانية الانتقال ببعض الإجراءات التي تمارسها المحاكم الإدارية من الورقية إلى الإلكترونية بهدف الوصول إلى العدالة الناجزة.

من هنا ظهرت الحاجة الملحة في اللجوء إلى إدخال التقنيات الحديثة لحل مشاكل تأخر البت في القضايا وتسهيل إجراءات التقاضي، وذلك من خلال التقاضي الإلكتروني لتصبح الإجراءات أمام القضاء الإداري كلها الكترونية تمثيلاً مع طبيعة الدعوى الإدارية، مع تحقيق المبدأ الدستوري المقرر للحق في التقاضي على الوجه المثالي المطلوب.

إشكالية البحث: يثير البحث إشكالية مدى ملاءمة إجراءات التقاضي الإلكتروني مع طبيعة الدعوى الإدارية، ومدى انسجامها وتوافقها مع التشريعات المعمول بها، لاسيما وأن بعض الإجراءات الإلكترونيةية تثير صعوبات تتعلق في عدم ظهورها بشكل مرئي وملمس.

هدف البحث: يهدف البحث إلى المساهمة في إيجاد حل لمشكلة بطء التقاضي، وذلك من خلال تناول إجراءات التقاضي الإلكتروني وبيان كيفية مباشرة إجراءات رفع الدعوى الإدارية بالوسائل الإلكترونية عن طريق صحيفة الدعوى الإلكترونية، والإعلان الإلكتروني، والإثبات الإلكتروني، وبيان المميزات التي تعود على المتقاضين ومرفق القضاء الإداري والقائمين عليه نتيجة التحول إلى الإجراءات الإلكترونيةية في التقاضي بدلاً عن الإجراءات التقليدية.

منهج البحث: يقوم البحث على المنهج التحليلي المقارن، وذلك بين الواقع التشريعي والقضائي الحالي وبين المأمول تشريعاً وعملاً، وهو المنهج الأكثر ملائمة لبيان مدى ملاءمة تطبيق فكرة التقاضي الإلكتروني.

الكلمات المفتاحية: التقاضي الإلكتروني - الإيداع الإلكتروني - الإعلان الإلكتروني - المرافعة الإلكترونية - الدليل الإلكتروني.

*رئيس نيابة - دكتوراه في القانون العام.



The Technical Development of Litigation Procedures in Administrative Cases through Electronic Litigation Systems

Dr. Mohammed Awadh Farag Abdulaziz*

Abstract:

As a result of the revolution in communications and information technology, modern technologies have generated many applications that have greatly affected the lives of citizens, and since the judiciary is one of the three authorities of the state, it should have had a share of technological development, by thinking clearly about the extent of the possibility of moving some of the procedures practiced by administrative courts from paper to electronic in order to reach a completed justice. Therefore, there is an urgent need for resorting to modern technologies to solve delay problems in settling cases and facilitate litigation procedures, through electronic litigation, so that the procedures before the administrative judiciary are all electronic in line with the nature of the administrative case, while achieving the constitutional principle established for the right to litigate in the ideal way.

Research Problem: This research raises the problem of the suitability of electronic litigation procedures with the nature of the administrative case, and the extent of their consistency and compatibility with the applicable legislation, especially since some electronic procedures raise difficulties related to their lack of visual and tangible appearance.

Research Target: This research aims to contribute to find a solution to the problem of slow litigation, by addressing the procedures of electronic litigation and showing how to initiate the procedures of filing an administrative case by electronic means through the electronic claim memorandum, electronic announcement, electronic evidence, and a statement of the advantages that accrue to litigants and the judicial facility as a result of switching to electronic procedures in litigation as an alternative to traditional procedures.

Research Methodology: The research is based on the analytical and comparative approach, between the current legislative and judicial reality and what is hoped for in legislation and practice, and it is the most appropriate approach to demonstrate the appropriateness of applying the idea of electronic litigation.

Keywords: Electronic Litigation - Electronic Filing - Electronic Declaration - Electronic Pleading - Electronic Evidence.

* Prosecutor - PhD in Public Law.

المقدمة

تهدف الدول إلى الاستفادة من التقنيات التكنولوجية الحديثة، وذلك بالتحول نحو تطبيق الحكومة الإلكترونية لمواكبة التطورات الهائلة في شتى مجالات الحياة، وبما أن الجهاز القضائي يمثل إحدى سلطات الدولة الثلاث، كان لا بد من إدخال التقنيات التكنولوجية الحديثة في ذلك الجهاز، بهدف الانتقال ببعض الإجراءات التي تمارسها المحاكم في الدعوى الإدارية من الورقية إلى الإلكترونية سعياً لتحقيق العدالة الناجزة.

لذلك تبنت العديد من الدول استخدام التقنيات التكنولوجية الحديثة في الجهاز القضائي من أجل إحداث تغييرات جوهرية في إجراءات رفع الدعوى الإدارية، وذلك عن طريق إنشاء محاكم إلكترونية وإتباع إجراءات التقاضي الإلكتروني؛ بهدف تبسيط إجراءات التقاضي، بما يسمح للمتقاضين من رفع الدعوى ومتابعتها ودفع رسومها وتقديم المستندات إلكترونياً دون الحضور الشخصي لمقر المحكمة.

أولاً- أهمية البحث:

يحتل موضوع البحث أهمية كبيرة من الناحية العملية والقانونية؛ فمن الناحية العملية: نجد أن إدخال التقنيات الحديثة في الجهاز القضائي أصبح واقع ضروري، لما كشف التطبيق العملي من فوائد تتمثل في تحقيق العدالة الناجزة، وتبسيط إجراءات التقاضي، مما يعزز ثقة المتقاضين في النظام القضائي.

أما من الناحية القانونية؛ فإن أهمية البحث تتبلور في تقديم مقترح قانوني لكيفية الاستعانة بالتقنيات التكنولوجية الحديثة في تطوير مرفق القضاء الإداري، وذلك من خلال التحول التشريعي والإجرائي من نظم التقاضي التقليدية إلى نظم التقاضي الإلكتروني؛ بهدف حل مشاكل تأخر البت في القضايا، وتسهيل إجراءات التقاضي، دون الإخلال بما يفرضه القانون من إجراءات كضمانة للمتقاضين.

ثانياً- إشكالية البحث:

يثير البحث إشكالية تتمثل في حداثة التقاضي الإلكتروني، ومدى ملاءمة الإجراءات الإلكترونية مع الدعوى الإدارية هذا من جهة، ومن جهة أخرى مدى انسجامها وتوافقها مع التشريعات المعمول بها، لا سيما وأن تلك الإجراءات الإلكترونية تثير صعوبات تتعلق بعدم ظهورها بشكل مرئي وملمس، في ظل عدم وجود نصوص تشريعية متكاملة تنظم الجانب الإلكتروني للتقاضي.

فضلاً عن حداثة طرق ومفاهيم الإثبات الإلكتروني؛ كالكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني في ظل عدم وجود تعريف موحد ودقيق لهذه المفاهيم وأثرها، وحجبتها في الإثبات.

ويثير البحث مجموعة من التساؤلات تتمثل في الآتي:

- ما المقصود بالنقاضي الإداري الإلكتروني؟
- ما هي متطلبات التحول نحو النقاضي الإداري الإلكتروني؟
- كيف يمكن رفع الدعوى الإدارية ومباشرتها في ظل انقضاء الحضور الشخصي لطرفي النزاع؟
- كيفية إجراء الإعلان الإلكتروني والشخص القائم عليه؟
- ما هي مخاطر الإعلان الإلكتروني ومقترحات تفاديه؟
- هل للتقنيات الحديثة أثر في تبسيط إجراءات النقاضي وتحقيق العدالة الناجزة؟
- ما مدى تحقق علانية الجلسات في المرافعات الإلكترونية؟
- كيف تتعكس التقنيات الحديثة على الإثبات في الدعوى الإدارية؟

ثالثاً- هدف البحث:

توضيحاً لما رافق فكرة البحث من غموض تجلت بعض ملامحه فيما مضى بيانه، شق البحث طريقه إلى النور بهدف وضع تصور لنظام إجرائي قضائي إلكتروني في الدعوى الإدارية، وذلك من خلال الاستعانة بالتقنيات التكنولوجية الحديثة في تطوير مرفق القضاء الإداري؛ بهدف تحقيق العدالة الناجزة، وتبسيط إجراءات النقاضي؛ لمواكبة التطورات الحديثة في نظم النقاضي، وبيان المميزات التي تعود على المتقاضين مع مرفق القضاء الإداري والقائمين عليه نتيجة التحول إلى الإجراءات الإلكترونية.

رابعاً- منهج البحث:

سلك الباحث في إعداد البحث؛ منهجاً تحليلياً مقارناً، على النحو الآتي: المنهج التحليلي: وذلك لما يقتضيه موضوع البحث من ضرورة التعرض لشتى جوانبه بالتحليل والتمحيص وصولاً إلى وضع تصور قانوني لإجراءات النقاضي في الدعوى الإدارية باستخدام التقنيات التكنولوجية الحديثة.

المنهج المقارن: وذلك من خلال تناول تجارب بعض الدول التي اهتمت بموضوع إدخال التقنيات التكنولوجية الحديثة في إجراءات النقاضي في الدعوى الإدارية.

خامساً- خطة البحث:

المبحث الأول: ماهية التقاضي الإداري الإلكتروني.
المبحث الثاني: دور التقنيات الحديثة في مباشرة الدعوى الإدارية.
المبحث الثالث: انعكاسات التقنيات الحديثة على الإثبات في الدعوى الإدارية.
ثم خاتمة موجزة، تضمنت أهم نتائج البحث وتوصياته.

المبحث الأول

ماهية التقاضي الإداري الإلكتروني

يبدو مصطلح التقاضي الإلكتروني غريباً في بداية الأمر؛ لأنه مصطلح حديث النشأة لم يتم استخدامه من قبل فقهاء القانون على المستويين العربي والدولي باستثناء عدد محدود جداً، حيث ظهر مصطلح التقاضي الإلكتروني في سنوات السبعينات من القرن الماضي، ففي إطار التقاضي الإلكتروني يلجأ أطراف الدعوى إلى رفعها أمام المحكمة المختصة قضائياً من خلال الوسيط الإلكتروني على خلاف التقاضي التقليدي الذي يلجأ فيه أطراف الدعوى إلى رفعها بالطرق التقليدية دون استخدام للوسائل الإلكترونية^(١).

فالتقاضي الإلكتروني مصطلح ظهر في ظل التطور التكنولوجي بغرض سرعة وإنجاز القضايا، وتسهيل الإجراءات القضائية لتحقيق العدالة الناجزة، وإنهاء المنازعة الإدارية في أقصر مدة ممكنة، دون الإخلال بما يفرضه القانون من إجراءات كضمانة للمتقاضين.

لذلك نتناول هذا المبحث على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف التقاضي الإداري الإلكتروني.

المطلب الثاني: مميزات التقاضي الإداري الإلكتروني.

المطلب الثالث: متطلبات التحول نحو التقاضي الإداري الإلكتروني.

(١) د. عصمانى ليلي: نظام التقاضي الإلكتروني آلية لإنجاح الخطط التنموية، مجلة الفكر، العدد الثالث عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة، فبراير ٢٠١٣م، ص ٢١٦.

المطلب الأول

تعريف التقاضي الإداري الإلكتروني

يُعد الاستعانة بالتقنيات التكنولوجية الحديثة في العمل القضائي أمراً حتمياً تقتضيه التطورات التكنولوجية الحديثة التي يشهدها العالم حالياً، إذ إن تلك التطورات تجعل من الضروري الاستعانة بالوسائل الإلكترونية في المنظومة القضائية على النحو الذي يمكنها من التفاعل مع التقنيات الحديثة.

حيث يهدف التقاضي الإلكتروني إلى نقل مستندات التقاضي إلكترونياً إلى المحكمة عبر البريد الإلكتروني، حيث يتم فحص المستندات بواسطة الموظف المختص، وإصدار قرار بشأنها بالقبول أو الرفض، وإرسال إشعار إلى المتقاضي يفيد علماً بما تم في شأن هذه المستندات^(٢).

لذلك ذهب بعض الكتاب في تعريف التقاضي الإداري الإلكتروني بأنه: حيز تقني معلوماتي ثنائي الوجود، يسمح ببرمجة الدعوى الإدارية بغرض تسيير الإجراءات والمعاملات القضائية، وذلك بالتحول من الإجراءات المعتمدة كلياً على الورق إلى استخدام الوسائل الإلكترونية المستحدثة في قيد الدعاوى ومباشرة إجراءاتها وحفظ ملفاتها، وبيّش من خلاله مجموعة من القضاة مهمة النظر في الدعاوى والفصل فيها بموجب تشريعات قانونية تخولهم ذلك^(٣).

وعرفه بعض آخر من الكتاب بأنه: المحكمة التي تقوم بجميع الأعمال الموكلة إليها قانوناً باستخدام الحاسب الإلكتروني الذي يحتوي على البرامج الخاصة بتطبيق إجراءات التقاضي، والموصول بشبكة الاتصالات الدولية الإنترنت لاختصار الوقت والجهد، وإصدار الحكم بصورة سريعة دون الحضور الشخصي للمحكمة^(٤).

(٢) د. خالد ممدوح إبراهيم: الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٠م، ص ٥٧.

(٣) د. صفاء أوتاني: المحكمة الإلكترونية (المفهوم والتطبيق)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٨، العدد الأول، ٢٠١٢م، ص ١٧٠.

(٤) إسماعيل صمصاع غيدان وصادق محمد علي: مفهوم التقاضي عن بُعد ومستلزماته، مجلة المحقق الحلّي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، العدد ١، السنة ٨، ٢٠١٦م، ص ٣٠٠.

فالتقاضي الإلكتروني يعتمد منهج تقنية شبكة الربط الدولية (الإنترنت) بنظر الدعاوى والفصل فيها، مع إخضاع هذه الوسائل والإجراءات التي تمت من خلالها للأصول المتبعة في الإثبات؛ بهدف سرعة الفصل في القضايا، والتيسير على المتقاضين. لذلك يمكن القول بأن التقاضي الإلكتروني هو إعادة هندسة للإجراءات القضائية، بما يعنى الانتقال من تقديم الخدمات والمعاملات بشكلها الروتيني إلى الشكل الإلكتروني عبر الإنترنت، مما يساهم في تحسين الخدمة المقدمة للمتقاضين بسهولة ويسر، مع توفير في الرسوم التي تحصل مقابل تقديم تلك الخدمة^(٥).

فالتقاضي الإلكتروني يتضمن تطبيق المحاكم الإلكترونية والاستفادة من تكنولوجيا المعلومات، حيث إنه من خلال استخدام الوسائل الإلكترونية في التقاضي يمكن تحقيق مبادئ وضمانات التقاضي في ظل حماية تشريعية لتلك الإجراءات تتفق مع القواعد العامة والمبادئ القانونية مع مراعاة الطبيعة الخاصة للوسائل الإلكترونية^(٦).

ويتضح مما سبق أن التطورات التكنولوجية ساعدت على ظهور التقاضي الإلكتروني في الدعوى الإدارية، من خلال برمجة كافة الدعاوى الإدارية إلكترونياً بواسطة نظام تقني، يمكن للمدعى من خلاله أن يرفع دعواه ويسجلها، ويقدم المستندات بما يسمح لقضاة محاكم القضاء الإداري من نظر الدعاوى المنظورة أمامهم، والفصل فيها من خلال تشريعات تخول لهم ذلك في ظل عدم التلاقي المادي للخصوم بواسطة التقنيات التكنولوجية الحديثة.

وبذلك فإن المتقاضي في التقاضي الإلكتروني يقوم بإرسال صحيفة الدعوى عبر البريد الإلكتروني على الموقع المخصص للمحكمة المختصة بنظر الدعوى، بحيث يكون هذا الموقع متاحاً أربع وعشرون ساعة يومياً، وطيلة أيام الأسبوع، وتقوم الشركة المختصة بإدارة الموقع -الوسيط الإلكتروني- بإرساله إلى المحكمة، والذي يقوم

(٥) د. هشام عبد السيد الصافي محمد: القضاء الإداري المصري والتكنولوجيا الحديثة، مركز جيل البحث العلمي، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعقدة، العدد ١٧، سبتمبر ٢٠١٧م، ص ٦٣.

(٦) د. حسين إبراهيم خليل، د. يوسف سيد عواض: التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة في ضوء التشريعات الأجنبية والعربية، دار الفكر والقانون، ٢٠٢٠م، ص ٢٢.

بتسليمه إلى الموظف المختص بقلم كتاب المحكمة ليفحص المستندات ويخطر المدعى برسالة إلكترونية بما يفيد قبول دعواه من عدمه.

وتجدر الإشارة إلى أن التقاضي الإلكتروني باستخدام الوسائل الإلكترونية يتعلق باستعمال التكنولوجيا الحديثة في تسيير إجراءات التقاضي، وذلك بتحويل الإجراءات التقليدية (الورقية) إلى إجراءات إلكترونية عبر شبكة الإنترنت، فهي عملية تقنية إلكترونية يتم فيها إرسال واستقبال المستندات بشكل إلكتروني، ومن ثم فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال الاستغناء عن القاضي البشري ليحل محله الحاسوب الإلكتروني في التقاضي بالوسائل الإلكترونية الحديثة.

المطلب الثاني

مميزات التقاضي الإداري الإلكتروني

توفر التقنيات التكنولوجية الحديثة مميزات كثيرة تعود على مرفق القضاء الإداري من خلال استخدام الوسائل الإلكترونية في التقاضي الإداري، وذلك على النحو الآتي^(٧):

١- يستطيع المتقاضى بواسطة التقنيات التكنولوجية الحديثة تحرير صحيفة الدعوى وإيداعها بقلم كتاب المحكمة من خلال الموقع الإلكتروني للمحكمة المختصة، مما يترتب عليه توفير الوقت والجهد وإرساء الشفافية والنزاهة في العمل القضائي وصولاً للعدالة الناجزة.

٢- مغادرة النظام الورقي وذلك بإحلال الوثائق الإلكترونية محل الوثائق الورقية، بما يؤدي إلى قلة فقد المستندات أو تلفها، وسهولة تخزينها، وارتفاع مستوى أمن سجلات المحكمة، والقضاء على الأعمال الروتينية.

(٧) راجع في شأن ذلك: د. يوسف سيد عواض: خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٢م، ص ٥٦، د. عبدالناصر عبدالله أبو سمهدانة: نحو قضاء إداري إلكتروني، مجلة جامعة الأزهر، غزة، عدد خاص بمؤتمر كلية الحقوق الخامس المحكم، المجلد ١٩، ص ٣٣١ وما بعدها، د. هشام عبد السيد الصافي محمد: القضاء الإداري المصري والتكنولوجيا الحديثة، مرجع سابق، ص ٦٥ وما بعدها، د. عمر لطيف كريم العبيدي: التقاضي الإلكتروني وآلية التطبيق، دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ١، المجلد ١، العدد ٢، ج ١، آذار ٢٠١٧م، ص ٥١٤، وما بعدها،

- ٣- الحد من المترددين على محاكم القضاء الإداري من خلال توفير الاطلاع على أوراق الدعوى عن بُعد، واستخراج الشهادات والأحكام الخاصة بالدعوى عبر شبكة الإنترنت بعد سداد الرسوم المستحقة لذلك بأي أداة من أدوات الدفع الإلكتروني.
- ٤- متابعة الجلسات إلكترونياً، وذلك من خلال متابعة الخصوم أو من يمثلهم لمواعيد الجلسات وتواريخها وتأجيلها من خلال الموقع الإلكتروني للمحكمة.
- ٥- تعزيز مبدأ سيادة القانون من خلال تشجيع المتقاضين على اللجوء للقضاء بسبب تيسير إجراءات التقاضي، وسرعة الفصل في الدعوى.
- ٦- إخطار المتقاضين بميعاد الجلسات إلكترونياً، وإحاطتهم بالإجراءات الصادرة في دعواهم.
- ٧- الرقابة على أعوان القضاء كالمحضرين ومعاوني التنفيذ والخبراء، كما يمكن الرقابة والتفتيش على القضايا مع سيرها دون نقل ملفاتها إلى إدارة التفتيش القضائي.
- ٨- تلعب التقنيات التكنولوجية الحديثة دوراً جوهرياً أثناء مرحلة إصدار الحكم من خلال ما تقدمه تلك التقنيات من نماذج لأحكام معدة سلفاً في النظام المعلوماتي لمحاكم القضاء الإداري نتيجة لتكرار نظر نفس النوع من القضايا التي استقرت الأحكام فيها بشأنها.
- ٩- توفر التقنيات التكنولوجية الحديثة للقاضي الإداري سهولة الاطلاع على التشريعات والأحكام القضائية والدراسات الفقهية بموضوع الدعوى المنظورة أمامه من خلال دخوله للموقع الإلكتروني المختص بذلك.
- ١٠- تمنع التقنيات التكنولوجية الحديثة من صدور حكمين متتاليين من ذات الدائرة القضائية بين ذات الخصوم وفي الموضوع، والذي يمكن أن يحدث في الواقع العملي بسبب كثرة القضايا المنظورة أمام الدائرة، إذ إن التسجيل الإلكتروني للدعوى سيرفض تسجيل الدعوى مرتين في ذات الموضوع والخصوم من بدايتها.
- ١١- تسهل التقنيات التكنولوجية الحديثة للمحاكم الأعلى فحص القضايا حال الطعن عليها أمامها، وذلك من خلال الاطلاع الإلكتروني على ملف الدعوى الموجود في المحكمة الأدنى.

المطلب الثالث

متطلبات التحول نحو التقاضي الإداري الإلكتروني

تحتل عملية التحول نحو التقاضي الإلكتروني اهتماماً بالغاً على المستوى الدولي والإقليمي والمحلي، نظراً لما تحققه تلك الخطوة من آثار مهمة وفعالة؛ تتمثل في توفير الوقت والجهد وإرساء الشفافية والنزاهة في العمل القضائي وصولاً للعدالة الناجزة. لذلك سارعت العديد من دول العالم إلى الاستخدام الأمثل للتقنيات التكنولوجية الحديثة؛ بهدف إحلال الوثائق الإلكترونية محل الوثائق الورقية، والقضاء على الأعمال الروتينية، والاستفادة من مميزات التحول نحو التقاضي الإلكتروني. وتتطلب عملية التحول نحو التقاضي الإداري إلكترونياً مجموعة من العناصر المتكاملة التي يتعين توافرها، وذلك على النحو الآتي:

أولاً- توافر البيئة الإلكترونية:

يتعين توفير البيئة الفنية والتكنولوجيا الحديثة للتوجه نحو التقاضي الإلكتروني، إذ إن ميكنة الجهاز القضائي يتم بالتعاون بين سلطات الدولة في إطار تبني الدولة لمفهوم الحكومة الإلكترونية، والتي تتمثل في قدرة الجهاز الحكومي بمختلف وحداته وأجهزته الإدارية ومراقبته العامة على تقديم خدماته العامة ومعاملاته الإدارية والإجراءات الحكومية لجمهور المتعاملين معه من الأفراد والشركات، بكل سهولة ويسر عبر شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) من أي مكان، ودون التقيد بزمان معين^(٨). وتعد فكرة ميكنة إجراءات التقاضي أمام القضاء امتداد لاتجاه الدولة لتكنولوجيا المعلومات كأسلوب للإدارة، وتقديم الخدمات للجمهور، إذ إن القضاء وإن كان أحد سلطات الدولة المنوط به الفصل في القضايا المعروضة عليه وتطبيق أحكام القانون، إلا أنه في نهاية الأمر يقدم خدمة للمواطنين هي إرساء مبادئ العدالة، وتطبيق أحكام

(٨) د. محمد المتولي: إدارة الموارد البشرية لتطبيق الحكومة الإلكترونية في الدول العربية، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول لأكاديمية دبي، بعنوان "الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية" المنعقد في الفترة من ٢٤ حتى ٢٦ أبريل ٢٠٠٣م، ص ٨١، د. فاطمة عادل سعيد عبد الغفار: التقاضي عبر وسائل التكنولوجيا والاتصال الحديث، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والتكنولوجيا، جامعة عين شمس المنعقد خلال الفترة من ٩ حتى ١١ ديسمبر ٢٠١٩م، ص ٣٦٨.

القانون، مما يتعين معه إدخال التقنيات الحديثة في ذلك الجهاز القضائي لتوفير الوقت والجهد، وسرعة الفصل في المنازعات.

لذلك سارعت سلطنة عُمان لتبني مفهوم الحكومة الإلكترونية، ذلك أن مفهوم الحكومة الإلكترونية يفترض وجود التكنولوجيا بأكملها وليس في الجهاز القضائي وحده، إذ تؤكد الإحصاءات والبيانات أن حكومة السلطنة وضعت خطاً لبناء منظومة الحكومة الإلكترونية من خلال الاستراتيجية الوطنية لمجتمع عُمان الرقمي اعتباراً من (٧) مايو/أيار (٢٠٠٣م)، وخلال الفترة من ٢٠٠٣ حتى ٢٠١٥م تمت التوعية بعُمان الرقمية - وبوابة الدفع الإلكتروني- والمعايير التقنية للحكومة الإلكترونية - وبوابة عُماننا - ومركز الابتكار والدعم - مشاريع التدريب في مجال تقنية المعلومات - وأمن المعلومات - وقانون المعاملات الإلكترونية - ومركز البيانات الوطني، واحتلت السلطنة المرتبة (٤٨) دولياً في مجال الحكومة الإلكترونية من بين (١٩٣) دولة شملها تقرير إدارة الشؤون الاقتصادية والاجتماعية بمنظمة الأمم المتحدة متقدمة بذلك (١٦) مرتبة مقارنة بالمرتبة (٦٤) في عام ٢٠١٢م، ويعد هذا الإنجاز اعترافاً دولياً بما تحقق من إنجاز في مجال تطبيق خطة التحول للحكومة الإلكترونية في السلطنة^(٩).

لذلك يتعين لخلق نظام التقاضي الإلكتروني إنشاء شبكة اتصال داخلية بين جميع المحاكم والمكاتب الإدارية والأقسام وقاعات المحاكم، بحيث يمكن للموظفين في المحكمة الاتصال فيما بينهم، وإرسال ملف الدعاوى إلكترونياً^(١٠).

وقد أطلقت مصر برنامج الحكومة الإلكترونية من خلال موقع بوابة الحكومة الإلكترونية خلال عام (٢٠٠٤م)، إلا أن تلك التجربة لم يكتب لها النجاح المأمول، وذلك بسبب نقص البيئة الإلكترونية، وعدم التعامل بجدية مع العقبات التي تواجه تطبيق مشروع الحكومة الإلكترونية.

(٩) مقال منشور بموقع جريدة الخليج على الإنترنت بتاريخ ٢٧/٧/٢٠١٥م على الموقع التالي:

<http://www.alkhaleej.ae/economics/page/830a7505-0c1b-4501-b35c-d74b99f856cc>

(١٠) د. عصماني ليلي: نظام التقاضي الإلكتروني آلية لإنجاح الخطط التنموية، مرجع سابق، ص ٢١٩ وما بعدها.

ثانياً - بناء قدرات العنصر البشري:

يتعين لتطبيق نظام التقاضي الإلكتروني توفير مجموعة من الفنيين والمختصين بالمجال التقني للعمل على أجهزة الحاسب الآلي، واستخدام البرامج الإلكترونية اللازمة لها، ومن ثم يلزم على المعنيين باستخدام تلك البرامج أن يكونوا على دراية كافية وخبرة بالأعمال والبرامج الإلكترونية^(١١).

لذلك يحتل العنصر البشري مكاناً مهماً نحو التحول إلى التقاضي الإلكتروني، مما يعنى ضرورة الاهتمام به، وتأهيله، وتقرير نظام أجور عادل، يحول دون هجرة الكوادر المؤهلة، حيث إن نجاح التقاضي الإلكتروني يتوقف إلى حد كبير على القدرات والمهارات ذات الصلة لدى الموظفين القائمين على تنفيذ ذلك الأمر، ومن ثم يتعين إعداد طاقم بشري مؤهل فنياً للقيام بجميع أعماله بواسطة الوسائل التكنولوجية الحديثة، بالإضافة إلى تدريب ورفع كفاءة السادة القضاة من الناحية التقنية بهدف تطوير إجراءات التقاضي وصولاً للعدالة الناجزة، كما يجب الاستعانة بمختصين في تكنولوجيا المعلومات بغرض إنشاء قاعدة للبيانات، والمشاركة في برامج التدريب.

ثالثاً - توافر البيئة التشريعية المناسبة:

تعد مشكلة الفراغ التشريعي من أكثر الموضوعات دقة في عملية التحول نحو التقاضي إلكترونياً، فهذه العملية تحتاج إلى وجود تشريع متكامل؛ نظراً لما يتميز به التقاضي الإلكتروني من خصائص تميزه عن التقاضي التقليدي.

حيث يتطلب الاعتماد على التقنيات الحديثة في التقاضي الإلكتروني وجود آليات دقيقة، يستطيع المتقاضي من خلالها تحرير صحيفة الدعوى، وإيداعها قلم كتاب المحكمة من خلال الموقع الإلكتروني للمحكمة المختصة، مما يترتب عليه توفير الوقت والجهد، وإرساء الشفافية والنزاهة في العمل القضائي، وصولاً للعدالة الناجزة.

لذلك يتطلب الأمر تدخلاً تشريعياً يسمح باستخدام التقنيات التكنولوجية الحديثة في التقاضي، ووضع آليات قبول الدعوى بواسطتها، وكيفية الإعلان الإلكتروني وغيرها، كما يجب تعديل القوانين التي تعيق تطبيق التقاضي الإلكتروني^(١٢).

(١١) د. صفاء أوتاني: المحكمة الإلكترونية (المفهوم والتطبيق)، مرجع سابق، ص ١٧٦.

(١٢) د. عبدالناصر عبدالله أبو سمهدانة: نحو قضاء إداري إلكتروني، مرجع سابق، ص ٣٣٣.

المبحث الثاني

دور التقنيات الحديثة في مباشرة الدعوى الإدارية

يُعد التيسير على الناس لاقتضاء حقوقهم من خلال تبسيط إجراءات التقاضي هدفاً سامياً يصبو إليه المشرع؛ لتحقيق العدالة الناجزة، وإزالة العوائق الشكلية التي تعترض تحقيق ذلك.

لذلك كان يتعين على الدول أن تلجأ إلى خطط لتطوير مرفق القضاء باستخدام التقنيات التكنولوجية الحديثة، بداية من مرحلة قيد الدعوى الإدارية، وإعلان الأوراق القضائية، وتقديم المستندات اللازمة للتقاضي، والسداد الإلكتروني للرسوم القضائية حتى مرحلة الحكم في الدعوى.

لذلك نتناول هذا المبحث على النحو الآتي:

المطلب الأول: دور التقنيات الحديثة في مرحلة رفع الدعوى الإدارية وإعلانها.

المطلب الثاني: دور التقنيات الحديثة في مرحلة المرافعة في الدعوى الإدارية.

المطلب الثالث: دور التقنيات الحديثة في مرحلة الحكم في الدعوى الإدارية.

المطلب الأول

دور التقنيات الحديثة في مرحلة رفع الدعوى الإدارية وإعلانها

يهدف استخدام التقنيات التكنولوجية الحديثة في رفع الدعوى الإدارية إلى تمكين الخصوم من رفع دعواهم من خلال الدخول على الموقع الإلكتروني للمحكمة المختصة عبر الإنترنت، بدلاً من الآليات التقليدية القائمة على استخدام المحررات الورقية في رفع الدعوى الإدارية، إذ من خلال التقنيات الحديثة يمكن رفع الدعوى الإدارية وإعلان الخصوم دون ذهابهم أو ممثلهم إلى مقر المحكمة، وهو ما سنوضحه على النحو الآتي:

أولاً- الإيداع الإلكتروني لصحيفة الدعوى:

يُقصد بالإيداع الإلكتروني لصحيفة الدعوى: حق المدعى أو محاميه في تقديم صحيفة الدعوى المتضمنة لطلباته الجوهرية والمستندات التي تدعمها إلى المحكمة

المختصة قانوناً عبر الموقع الإلكتروني للمحكمة، بدلاً من تقديمها على دعائم ورقية لقلم كتاب المحكمة^(١٣).

فالإيداع الإلكتروني يتم من خلال إتمام جميع الإجراءات بقلم الكتاب في الدعوى الإلكترونية من تحديد نوع الطلب، وبيانات الخصوم، وسداد الرسوم إلكترونياً^(١٤).

لذلك يتعين على المدعى (الطاعن) أن يقوم بملء النموذج الذي يظهر له بعد أن يقوم بالتحاور مع برنامج إلكتروني يطلق عليه الوكيل الإلكتروني، وهذا النموذج غير قابل للتعديل أو التغيير فيه عبر الوسائل الإلكترونية، على أن يُضمن ذلك النموذج عنوانه التقليدي، وعنوان البريد الإلكتروني له، وكذلك عنوان خصمه التقليدي والإلكتروني؛ ليتولى الموقع الإلكتروني إخطار خصمه بعريضة الدعوى وميعاد نظرها، وتوقيع ذلك الطعن توقيعاً إلكترونياً من محام مقبول أمام الدائرة التي تنتظر الطعن^(١٥).

ويرفق المحامي بعريضة الدعوى الموقعة منه إلكترونياً بريده الإلكتروني أو رقم هاتفه المحمول لمراسلته إلكترونياً، وبعد التأكد من كافة المستندات والوثائق المرفقة وتسديد رسوم الدعوى عن طريق النقود الإلكترونية أو وسائل السداد المتعددة مثل ماستر كارد أو فيزا كارد أو تحويل بنكي^(١٦).

وقد عرّف المشرع السداد الإلكتروني في المادة رقم (١٣) من قانون المحاكم الاقتصادية رقم (١٤٦) لسنة ٢٠١٩م بأنه: "الوسيلة التي توفرها المؤسسات المالية المصرفية وغير المصرفية لسداد جميع رسوم استخدام خدمة التقاضي الإلكتروني

(١٣) د. محمود مختار عبد المغيث محمد: نظام الإيداع الإلكتروني لصحف الدعاوى المدنية تقنية قلم الكتاب الإلكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والتكنولوجيا، جامعة عين شمس المنعقد خلال الفترة من ٩ حتى ١١ ديسمبر ٢٠١٩م، ص ٤٦٥.

(١٤) د. حسين إبراهيم خليل، د. يوسف سيد عواض: التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٨٢.

(١٥) د. هشام عبد السيد الصافي محمد: القضاء الإداري المصري والتكنولوجيا الحديثة، مرجع سابق، ص ٦٩.

(١٦) القاضي حازم محمد الشرعة: التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م، ص ٦٦.

بالمحاكم الاقتصادية والرسوم القضائية والدمغات المقررة لإقامة الدعاوى، ومنها البطاقات المدفوعة مسبقاً (بطاقات السحب والائتمان)، والحوالات المصرفية^(١٧).

ويلاحظ أن المشرع العُماني قد نظم إجراءات رفع الدعوى الإدارية في المادة رقم (١٠) من المرسوم السلطاني رقم (٩١) لسنة ١٩٩٩م بإنشاء محكمة القضاء الإداري، حيث نصت المادة سالفه الذكر بأن: "تقدم عريضة الدعوى إلى أمانة سر المحكمة، ويجب أن تتضمن - بالإضافة إلى البيانات العامة المتعلقة باسم المدعى ومحل إقامته ومن توجه إليه الدعوى وصفته ومقره أو محل إقامته - موضوع الدعوى وتاريخ التظلم ونتيجة وطلبات المدعى، وله أن يقدم مع العريضة مذكرة يوضح فيها أسباب أسانيد دعواه، وعليه أن يودع أمانة السر عدداً كافياً من صور العريضة والمذكرة وحافطة المستندات"^(١٨)، وهى ذات الإجراءات التي نص عليها المشرع المصري في المادة رقم (٢٥) من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢م وتعديلاته^(١٩).

فالمشرعان المصري والعُماني لم يتطرقا إلى كيفية رفع الدعوى الإدارية باستخدام التقنيات الحديثة في العملية الإجرائية لرفع الدعوى الإدارية، مما يتعين معه ضرورة التدخل تشريعياً لتنظيم إجراءات رفع الدعوى بالوسائل الإلكترونية الحديثة لمواكبة التطورات التكنولوجية الحديثة، وذلك من خلال تحرير المتقاضي لصحيفة الدعوى على النماذج المعدة لذلك إلكترونياً، ثم إيداعها قلم كتاب المحكمة على الموقع الإلكتروني.

(١٧) المادة رقم ١٣ من قانون المحاكم الاقتصادية رقم ١٤٦ لسنة ٢٠١٩م.

(١٨) المادة رقم (١٠) من المرسوم السلطاني رقم (٩١) لسنة ١٩٩٩م بإنشاء محكمة القضاء الإداري وقانونها وتعديلاته.

(١٩) المادة رقم (٢٥) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢م وتعديلاته، والتي نصت على أن: "يقدم الطلب إلى قلم كتاب المحكمة المختصة بعريضة موقعة من محام مقيد بجدول المحامين المقبولين أمام تلك المحكمة وتتضمن العريضة عدا البيانات العامة المتعلقة باسم الطالب ومن يوجه إليهم الطلب وصفاتهم ومحال إقامتهم موضوع الطلب وتاريخ التظلم من القرار أن كان مما يوجب التظلم منه ونتيجة التظلم وبياناً بالمستندات المؤيدة للطلب ويرفق بالعريضة صورة أو ملخص من القرار المطعون فيه.

وللطالب أن يقدم مع العريضة مذكرة يوضح فيها أسانيد الطلب وعليه أن يودع قلم كتاب المحكمة عدا الأصول عدداً كافياً من صور العريضة والمذكرة وحافطة بالمستندات".

ويترتب على ذلك استبدال القيد اليدوي للدعوى بالقيد الإلكتروني لها، مما يوفر الوقت والجهد في تسجيل البيانات بالطرق التقليدية، كما يمكن للنظام الإلكتروني تحديد موعد الجلسة ويومها، والدائرة التي تنتظرها، دون تدخل بشري في ذلك.

وقد نص المشرع الإماراتي في المادة رقم (٣٣٥) من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠١٧م بتعديل القانون رقم (١١) لسنة ١٩٩٢م بشأن الإجراءات المدنية بأنه: "الرئيس المحكمة أو رئيس الدائرة أو القاضي المختص أو من يتم تفويضه من أي منهم، اتخاذ الإجراءات عن بُعد متى ارتأى القيام بذلك..."^(٢٠).

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن إقامة الدعوى الإدارية عن طريق البريد الإلكتروني، والذي عن طريقه يتم إرسال عريضة الدعوى على الموقع الإلكتروني للمحكمة المختصة، فقد قبلت المحكمة الإدارية لمدينة ناننت في ٢٨ ديسمبر ٢٠٠١م أول طعن بواسطة البريد الإلكتروني في فرنسا، وكل ما طلبته المحكمة لقبول الدعوى بالبريد الإلكتروني هو أن يقوم الطاعن بتأكيد طعنه بواسطة البريد العادي، وفقاً للشروط المحددة لقبول الدعوى^(٢١).

وينظر المشرع الفرنسي إلى البريد الإلكتروني على أنه المكافئ للبريد العادي، ومن ثم يمكن تطبيق قواعد القانون العادي عليه^(٢٢)، فالبريد الإلكتروني هو عنوان صندوق البريد الذي من خلاله يتم إرسال الرسائل البريدية إلكترونياً عبر شبكة الإنترنت، ويتم

(٢٠) المادة رقم (٣٣٥) من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠١٧م بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (١١) لسنة ١٩٩٢م، إذ تخضع الدعوى الإدارية كقاعدة عامة في إجراءات رفعها وقيدتها ونظرها وإصدار الأحكام فيها والطعن عليها لقانون الإجراءات المدنية الاتحادي، إذ لم يصدر حتى الآن قانون خاص بالإجراءات الإدارية، إلا إذا نص قانون خاص على إجراءات معينة، فعندئذ يطبق القانون الخاص عليها.

(٢١) د. موسى شحادة: الإدارة الإلكترونية وإمكانية تطبيقها في رفع الدعوى أمام القضاء الإداري بالبريد الإلكتروني، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ٢٠١٠م، ص ٥٥٧ وما بعدها.

(٢٢) أ. سهيلة طمين: الشكالية في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة معمرى تيزى وزو، ٢٠١١م، ص ٤٤.

تصفحها، إذ إن كل بريد إلكتروني له كلمة مرور لا يعلمها سوى صاحبه يفتح بها صندوق البريد الإلكتروني الخاص به^(٢٣).

لذلك يمكن القول بأن الخصومة القضائية تبدأ بموجب مستند إلكتروني يحتوي على بيانات يتم ملؤها من قبل المدعى، وترسل إلى قسم الإحالات في المحكمة المختصة بنظر الدعوى من خلال الإنترنت عبر البريد الإلكتروني، حيث يتم تسجيلها ويتعرف المدعى على دعواه^(٢٤)، إذ إن الدعوى ترفع بإيداع صحيفة قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك.

ويشترط لقبول الدعوى الإدارية حال رفعها بالبريد الإلكتروني ما يلي^(٢٥):

١- يجب أن يتضمن البريد الإلكتروني جميع العناصر القانونية والواقعية المكونة للائحة الدعوى، وذلك بأن يكون موضحاً بها بيانات الطاعن الممثلة في اسمه ولقبه وعنوانه ومكان إقامته وكافة بياناته، كما يتعين بيان أوجه الطعن القانونية على شرعية القرار الطعنين كعيب المحل، أو عيب الشكل أو عيب مخالفة القانون، أو عيب الانحراف بالسلطة.

٢- يتعين أن يصل البريد الإلكتروني للمحكمة المختصة في المواعيد المقررة قانوناً لرفع الدعوى.

ثانياً- الإعلان القضائي الإلكتروني:

يعد الإعلان القضائي التقليدي هو الوسيلة القانونية المعتمدة في الإعلان القضائي بصفة عامة، وتتعد به الخصومة القضائية، حيث يعد وسيلة علم الشخص بما يتخذ

(٢٣) أستاذنا الدكتور/ عبدالفتاح بيومي حجازي: التجارة عبر الإنترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م، ص ٧٥.

(٢٤) د. عمر لطيف كريم العبيدي: التقاضي الإلكتروني وآلية التطبيق، مرجع سابق، ص ٥١٨.

(٢٥) د. موسى شحادة: الإدارة الإلكترونية وإمكانية تطبيقها في رفع الدعوى أمام القضاء الإداري بالبريد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٥٦٣ وما بعدها، وفي ذات المعنى د. عبدالناصر عبدالله أبو سمهدانة: نحو قضاء إداري إلكتروني، مرجع سابق، ص ٣٤٠ وما بعدها.

ضده من إجراءات، وهو أمر يتطلبه القانون في كثير من الأعمال الإجرائية بغرض إيصال واقعة معينة لعلم المعلن إليه إعمالاً لمبدأ المواجهة^(٢٦).

إلا أنه نظراً للتطور التقني الهائل في مجال التكنولوجيا جعل هناك وسائل إلكترونية أخرى يتم الإعلان من خلالها، تتميز بقلّة التكلفة المادية والسرعة والأمان، دون الحاجة إلى الانتقال المادي إلى موطن الشخص المعلن إليه.

فالإعلان القضائي الإلكتروني هو عمل إجرائي، يتم من خلاله إعلان الخصم في الدعوى بأي إجراء قضائي يتخذ في مواجهته بواسطة التقنيات التكنولوجية الحديثة، دون الحاجة إلى الانتقال المادي إلى موطن الشخص المعلن إليه، إذ إن الإعلان في الدعوى من أهم الإجراءات التي يتعين أن تتم بصورة سليمة.

ويلاحظ أن المدعى عليه في الدعاوى الإدارية في الغالب الأعم هو الدولة أو أحد أفرادها من وزارات وهيئات ومرافق عامة، والتي يكون لها عنوان بريد إلكتروني معتمد على موقع الحكومة الإلكترونية المصرية^(٢٧).

وهذه الفكرة يؤيدها ما ذهبت إليه محكمة تولوز الفرنسية في حكم لها صدر في ١٤ مارس ١٩٩٤م بمباركة استعمال محامي أحد الخصوم لجهاز الفاكس في إعلان الأوراق إلى محامي الخصم الآخر، طالما أن المحامين قد تراضوا على ذلك^(٢٨).

(٢٦) د. عبدالله عبد الحي الصاوي: إجراءات التقاضي أمام القضاء المدني في ضوء التنظيم التشريعي للتقاضي بوسيلة الدعوى والتقاضي بوسيلة العريضة في قانون المرافعات، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٢٠م، ص ١١٩.

(٢٧) د. هشام عبد السيد الصافي محمد: القضاء الإداري المصري والتكنولوجيا الحديثة، مرجع سابق، ص ٧٩.

ويلاحظ أنه في ظل توجه الدولة المصرية للتقاضي الإلكتروني فقد صدر قرار وزير العدل المصري رقم ٨٥٤٨ لسنة ٢٠٢٠م المؤرخ في ٢٢/١١/٢٠٢٠م الخاص بتنظيم القيد في السجل الإلكتروني للتقاضي أمام المحاكم الاقتصادية، وقد تضمن في المادة الرابعة منه الاعتراف بالإعلان الإلكتروني حيث نصت على أنه: "يتم إعلان الأشخاص والجهات على العنوان الإلكتروني الوارد بالسجل ويعد منتجاً لآثاره من تاريخ الإرسال، ومع ذلك يكون لذوي الشأن الاتفاق على أن يتم الإعلان على أي عنوان إلكتروني آخر".

(٢٨) د. سيد أحمد محمود: دور الحاسوب الإلكتروني (الكمبيوتر) أمام القضاء المصري والكويتي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧/٢٠٠٨م، ص ٢٠.

ويُعد الإعلان الإلكتروني في الدعوى الإدارية وسيلة سريعة تواكب التطورات التكنولوجية، وتوفر الوقت والجهد، كما أنه يعد وسيلة اقتصادية توفر المال إذا ما قُورنت بمصاريف الإعلان التقليدية بواسطة قلم المحضرين.

وقد أخذ المشرع الإماراتي بالإعلان الإلكتروني وفقاً للمادة رقم (٨) من قانون الإجراءات المدنية بجواز أن يتم الإعلان بالوسائل الإلكترونية، فقد نصت بأن: "تسلم صورة الإعلان لشخص المعلن إليه أينما وجد أو في موطنه أو محل إقامته أو الموطن المختار أو محل عمله، فإذا تعذر إعلانه أو امتنع عن استلام الإعلان جاز لمكتب إدارة الدعوى إعلانه أو التصريح بإعلانه بالبريد المسجل بعلم الوصول أو بالفاكس أو البريد الإلكتروني أو ما يقوم مقامها من وسائل التقنية الحديثة التي يصدر بتحديددها قرار من وزير العدل، أو بأية وسيلة يتفق عليها الطرفان"^(٢٩).

لذلك يمكن القول بأن تقنية البريد الإلكتروني تعد في حد ذاتها إثباتاً لعملية إرسال الأوراق القضائية للمرسل إليه، من خلال إيصال الاستلام الذي يؤكد على إرسال الأوراق^(٣٠).

ويلاحظ أن المشرع العماني قد نظم إجراءات رفع الدعوى الإدارية في المادة رقم (١١) من المرسوم السلطاني رقم (٩١) لسنة ١٩٩٩م بإنشاء محكمة القضاء الإداري، حيث نصت المادة سالفه الذكر بأن: "تتولى أمانة السر إعلان العريضة ومرفقاتها إلى المدعى عليه في ميعاد لا يتجاوز سبعة أيام من تاريخ تقديم العريضة ويتم الإعلان عن طريق المحضرين أو بأي وسيلة يتحقق بها علم المعلن علماً يقينياً...^(٣١)، وهي ذات الإجراءات التي نص عليها المشرع المصري في المادة رقم ٢٥ من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢م وتعديلاته"^(٣٢).

^(٢٩) المادة رقم (٨) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم (١١) لسنة ١٩٩٢م.

^(٣٠) د. يوسف أحمد النوافلة: الإثبات الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٠م، ص ٢٦٢.

^(٣١) المادة رقم (١١) من المرسوم السلطاني رقم (٩١) لسنة ١٩٩٩م بإنشاء محكمة القضاء الإداري وقانونها وتعديلاته.

^(٣٢) المادة رقم (٢٥) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢م وتعديلاته والتي نصت على أن "...وتعلن العريضة ومرفقاتها إلى الجهة الإدارية المختصة وإلى ذوي الشأن في ميعاد لا

فالمشرعان المصري والعُماني لم ينصا صراحة على استخدام التقنيات الحديثة في الإعلان القضائي في القانونيين سالف الذكر، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من الإعلان الإلكتروني باستخدام الوسائل الإلكترونية، إذ إنه قد يُفهم من نص المادة رقم (١١) من المرسوم السلطاني رقم (٩١) لسنة ١٩٩٩م بإنشاء محكمة القضاء الإداري بأن الإعلان القضائي يتحقق بأي وسيلة يتحقق بها علم المعلن علماً يقينياً، ومن ثم يمكن استخدام التقنيات الحديثة في الإعلان القضائي.

أما المشرع المصري فإنه أقر الإعلان عبر الوسائل الإلكترونية في المسائل التجارية، فقد نص في المادة رقم (٥٨) من قانون التجارة رقم (١٧) لسنة ١٩٩٧م على أن: "يكون إعداد المدين أو إخطاره في المواد التجارية بإنذار رسمي أو بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول ويجوز في أحوال الاستعجال أن يكون الإعداد أو الإخطار ببرقية أو توكس أو فاكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال السريعة"^(٣٣)، وهذا النص عام يشمل كافة وسائل الاتصال ومنها البريد الإلكتروني.

كما أنه أقر الإعلان عبر الوسائل الإلكترونية في قانون الضرائب على الدخل رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥م^(٣٤)، وكذلك في قانون المحاكم الاقتصادية رقم (١٢٠) لسنة ٢٠٠٨م المعدل بالقانون رقم (١٤٦) لسنة ٢٠١٩م^(٣٥).

ويتعين على المشرع أن ينص صراحة على الإعلان الإلكتروني في الدعوى الإدارية، لما يمثله ذلك من توفير للوقت والجهد وتحقيق للعدالة الناجزة باستخدام التكنولوجيا

يجاوز سبعة أيام من تاريخ تقديمها ويتم الإعلان بطريق البريد بخطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول....".

(٣٣) المادة رقم (٥٨) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٧م.

(٣٤) حيث نصت المادة رقم (١١٦) من قانون الضرائب على الدخل رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥م على أنه: "يكون للإعلان المرسل بكتاب موصى عليه مصحوباً بعلم الوصول أو بأي وسيلة إلكترونية لها الحجية في الإثبات وفقاً لقانون التوقيع الإلكتروني الصادر بالقانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م يصدر بتحديد قرار من الوزير، ذات الأثر المترتب على الإعلان الذي يتم بالطرق القانونية".

(٣٥) حيث أخذت المادة رقم (١٣) من قانون المحاكم الاقتصادية رقم (١٢٠) لسنة ٢٠٠٨م المعدل بالقانون رقم (١٤٦) لسنة ٢٠١٩م بالإعلان الإلكتروني، وذلك بإعلان أطراف الدعوى بأي إجراء قانوني يُتخذ حال إقامتها وأثناء سيرها، وذلك عبر الموقع الإلكتروني أو بالعنوان الإلكتروني المختار.

الحديثة في هذا الأمر، لا سيما وأن المدعى عليه في الدعوى الإدارية في الغالب الأعم هي الدولة ممثلة في الوزارات والجهات والهيئات الإدارية، مما يكون معه من الضروري أن يكون لكل منهم بريد إلكتروني مصدق عليه من جهات التصديق بالدولة يمكن من خلاله إعلان تلك الجهات والهيئات الإدارية عليه، أو أي وسيلة أخرى من الوسائل الإلكترونية الحديثة في ظل توجه الدول إلى التحول الرقمي، واستخدام التكنولوجيا الحديثة بجانب وسائل الإعلان التقليدية.

• وقت الإعلان الإلكتروني:

حرص المشرع -المصري والعُماني- على تحديد المواعيد التي يجوز إجراء الإعلان فيها، حيث نصت المادة رقم (٧) من قانون المرافعات المصري وقانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني على أنه: "لا يجوز إجراء أي إعلان أو تنفيذ قبل الساعة السابعة صباحاً ولا بعد الساعة الخامسة مساءً ولا في أيام العطلة الرسمية، إلا في حالات الضرورة وبإذن كتابي من قاضي الأمور الوقفية"^(٣٦).

وتُعد الحكمة من حظر تسليم صورة الإعلان في تلك الساعات أو الأيام هي الرغبة في عدم الإزعاج في تلك الساعات التي يفترض ألا تكون ساعات عمل، وكذلك في العطلات الرسمية حتى لا يكدر صفو الناس مراعاة للبعد الاجتماعي^(٣٧).

أما فيما يتعلق بالإعلان الإلكتروني عن طريق الوسائل الإلكترونية ومن بينها البريد الإلكتروني، فإنه يتحقق من خلاله مراعاة البعد الاجتماعي الذي عناه المشرع بتنظيم أوقات الإعلان بجانب ما يوفره الإعلان الإلكتروني من السرعة وتوفير النفقات، إذ إن المعلن إليه يتلقى الإعلان عن طريق الوسائل الإلكترونية عن طريق جهاز الحاسب الآلي على البريد الإلكتروني الخاص به في أي وقت دون التقيد بالمواعيد المنصوص عليها قانوناً^(٣٨).

^(٣٦) المادة رقم (٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م وتعديلاته، والمادة رقم ٧ من المرسوم السلطاني رقم (٩٩) لسنة ٢٠٠٢م بإصدار قانون الإجراءات المدنية والتجارية العُماني.

^(٣٧) د. عبدالله عبدالحى الصاوي: إجراءات التقاضي أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص ١٢٩.

^(٣٨) د. حسين إبراهيم خليل، د. يوسف سيد عواض: التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٨٨.

لذلك يتعين على المشرع التدخل لإجراء تعديل تشريعي فيما يتعلق بموعد الإعلان الإلكتروني عن طريق الوسائل الإلكترونية، بما يسمح بإمكانية الإعلان في أي وقت في ظل كون المعلن إليه يتم إعلانه إلكترونياً دون تدخل للعنصر البشري.

• القائم بالإعلان الإلكتروني:

حدد المشرع -المصري والعُماني^(٣٩)- شخص القائم بالإعلان القضائي، حيث يتم الإعلان بواسطة المحضر أياً كان طالب الإعلان بناءً على طلب الخصم أو قلم الكتاب أو أمر المحكمة؛ لكون الإعلان بواسطة المحضرين يُعد شرطاً شكلياً متعلقاً بالنظام العام في شخص القائم بالإعلان يترتب على الإعلان بمعرفة غيره البطلان^(٤٠). ويثور التساؤل حول مدى إمكانية إجراء الإعلان الإلكتروني بطريق مباشر بين المعلن والمعلن إليه دون تدخل لقلم المحضرين في هذا الإجراء؟

الواقع أن الإعلان المباشر بين المعلن والمعلن إليه يترتب عليه إهدار لضمانات التقاضي؛ نظراً لعدم وجود ضابط يمكن الرجوع إليه في مدى التزام المعلن بضمانات التقاضي خاصة الشروط القانونية المتطلبة في الإعلان، فضلاً عن كون المشرع قد أوكل أمر الإعلان القضائي لقلم المحضرين وفقاً لأحكام القانون^(٤١).

ونرى أنه يتعين أن يكون الإعلان عن طريق قلم المحضرين الإلكتروني بالمحكمة المختصة، ويمكن تكليف موظف مختص بكل محكمة إدارية للقيام بذلك، والتأكد من أنه تم إعلان المدعى عليه رسمياً^(٤٢) بالوسائل الإلكترونية باعتباره المنوط به إعلان

(٣٩) راجع المادة رقم (٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م وتعديلاته، والمادة رقم ٥ من المرسوم السلطاني رقم ٩٩ لسنة ٢٠٠٢م بإصدار قانون الإجراءات المدنية والتجارية العُماني.

(٤٠) د. عبدالله عبدالحى الصاوي: إجراءات التقاضي أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص ١٢٨.

(٤١) د. حسين إبراهيم خليل، د. يوسف سيد عواض: التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٨٩.

(٤٢) فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه: "من حيث إنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يتعين لانعقاد الخصومة قانوناً أن يتم إعلان صحيفتها بحيث تصل إلى علم المعلن إليه علماً يقيناً وذلك بتسليم الصورة لنفس الشخص المعلن إليه في موطنه أو لمن يقرر أنه وكيله أو أنه في خدمته أو أنه من الساكنين معه، وقد قضى المشرع أنه في حالة رفض استلام الإعلان تعين تسليمه لجهة

المدعى عليه في الدعوى الإدارية، إذ إنه بواسطة التقنيات الحديثة يمكن التأكد يقيناً من وصول الإعلانات إلى الخصوم وموعد وصولها، لا سيما وأن المدعى عليه في الغالب الأعم من هذه الدعوى هي الدولة ممثلة في وزاراتها والهيئات والجهات التابعة لها، وهو ما يسهل معه إعلانهم على البريد الإلكتروني الخاص بهم والمصدق عليه من الجهات المختصة بالدولة.

• مخاطر الإعلان الإلكتروني ومقترحات تفاديه:

على الرغم من المميزات التي يحققها استخدام البريد الإلكتروني في إقامة الدعوى والإعلان بها، إلا أنه قد يترتب على الإعلان الإلكتروني العديد من المشكلات التقنية والتكنولوجية، حيث يعد من المخاطر التي من المتوقع حدوثها حال اللجوء للإعلان الإلكتروني، هو عدم قدرة البريد الإلكتروني للمعلن إليه على تلقي الرسالة الإلكترونية أو احتمالية رفض الرسالة المعلنة من الطرف المعلن بواسطة الفلاتر المستخدمة من قبل مقدم الخدمة البريد الإلكتروني للمستلم والتي تمنع المضايقات، وقد ظهر ذلك على سبيل المثال في حكم صدر من إحدى محاكم المملكة المتحدة، والتي تتلخص وقائع الدعوى الصادر الحكم فيها في قيام المدعى بإرسال أوراق الدعوى على البريد الإلكتروني للمدعى عليه الشركة، فقام برنامج البريد الإلكتروني الخاص بالشركة بوضع تلك الرسالة في صندوق بريد الرسائل الدعائية غير مرغوب فيها، وبالتالي لم تجب الشركة المدعى عليها على الدعوى وعلى أي رسائل، وكان نتيجة ذلك خسارة الشركة المدعى عليها للدعوى إذ فوجئت بالدعوى بعد إعلانها بها عن طريق البريد التقليدي^(٤٣).

الإدارة أي قسم الشرطة التابع له مع إخطار المعلن إليه بعلم الوصول بالإعلان بعد تسليمه للجهة الإدارية"، الطعن رقم ١٨٤٣٧ لسنة ٥٠ ق، حكم غير منشور، جلسة ٢٠٠٥/١٠/٨م.

(٤٣) أ. عدنان غسان برانبو: هل تبليغ الدعاوى القضائية باستخدام البريد الإلكتروني ممكن قانوناً؟، مقال منشور بمجلة التقنية والأعمال الجزائرية، عدد مايو ٢٠٠٦م، ص ٣٤، مقال متاح عبر شبكة الإنترنت وتم تحميله من على موقع: www.MG-ELBORG.com.

إلا أن تلك الإشكالية يمكن التغلب عليها من خلال أن يكون الإعلان عن طريق البريد الإلكتروني الموصي عليه بعلم الوصول^(٤٤)، والذي يقوم على ذات المبادئ التي يقوم عليها البريد العادي الموصي عليه بعلم الوصول، وذلك من خلال أن يفصح المرسل عن هويته لدى مقدم الخدمة الذي يقوم بدور مصلحة البريد التقليدية، فيقوم مقدم الخدمة بإرسال الرسالة إلى المرسل إليه ويُخطر مقدم الخدمة المورد المرسل (المدعى) ما يفيد تلقيه رسالته وإرسالها إلى المرسل إليه وساعة وتاريخ تلقيه الرسالة، كما يقوم مقدم الخدمة بإخطار المرسل إليه (المدعى عليه) بوجود رسالة لديه يمكن تحميلها من على موقعه^(٤٥).

كما يتعين الاستعانة بمهندسي التقنيات الإلكترونية في المسائل الإلكترونية، وذلك للوقوف على المخاطر والضمانات التي يمكن أن تتاح في سبيل الحصول على الإجراءات القضائية، وذلك من خلال إنشاء إدارة للمعلومات التقنية والمتعلقة بالجوانب القانونية التي تتم عبر الأجهزة القانونية، ويصدر قانون بتنظيمها على غرار مصلحة الخبراء والطب الشرعي التابعة لوزارة العدل^(٤٦).

ويتعين الرجوع إلى الوسائل التقليدية المقررة للإعلان حال وجود مشكلات تقنية تحول دون إجراء الإعلان الإلكتروني، بحيث يتحقق العلم الصحيح والقانوني للمعلن إليه، مما يتعين معه على المشرع اللجوء إلى التدخل التشريعي؛ لتنظيم الإعلان الإلكتروني، والحالات التي يتعين فيها اللجوء للطرق التقليدية للإعلان.

(٤٤) د. هشام عبد السيد الصافي محمد: القضاء الإداري المصري والتكنولوجيا الحديثة، مرجع سابق، ص ٨١.

(٤٥) د. عبدالهادي فوزي العوضي: الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥م، ص ٧٢ وما بعدها.

(٤٦) د. حسين إبراهيم خليل، د. يوسف سيد عواض: التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٩٥.

المطلب الثاني

دور التقنيات الحديثة في مرحلة المرافعة في الدعوى الإدارية

تُمكن التقنيات الحديثة الخصوم في الدعوى الإدارية من الاطلاع على الأوراق والمستندات إلكترونياً دون الحضور للمحكمة، وذلك من خلال البريد الإلكتروني الذي يستطيع من خلاله كل طرف في الدعوى الدخول عبر الإنترنت إلى موقع المحكمة، وتتبع سير مراحلها والاطلاع على ما قَدِمَ من أوراق ومستندات بعد سير الدعوى^(٤٧)، وذلك من خلال الرقم الإلكتروني للقضية الذي يتم الحصول عليه حال إقامة الدعوى، والذي يتكون من ثلاثة أرقام، الرقم الأول منهم هو رقم تعريفي، والرقم الثاني هو رقم ملف القضية، والرقم الثالث هو رقم المحكمة الإدارية المختصة، كما يمكن تبادل المستندات والمذكرات من محامي الخصوم بصورة إلكترونية^(٤٨).

وتمر الدعوى الإدارية بعد رفعها وانعقاد الخصومة بين طرفيها بإجراءات تتمثل في فتح باب المرافعة، وإثبات الأوراق والمستندات بمحضر الجلسة حتى قفل باب المرافعة، وقد كان للتقنيات الحديثة بالغ الأثر على تلك الإجراءات.

• المرافعة الإلكترونية وإدارة الجلسة إلكترونياً:

تعد المرافعة هي الخطاب الذي يلقيه صاحب الحق أو وكيله شفاهة أو كتابة أو كلاهما معاً في قضية معروضة أمام القضاء، معبراً عن وجهة نظره بكافة الوسائل المتاحة أمامه، سعياً منه لتفصل المحكمة لصالحه في الدعوى المنظورة أمامها^(٤٩).

وقد أوجدت التقنيات الحديثة ما يُعرف بالمرافعة الإلكترونية، حيث يمكن استخدام الوسائل الإلكترونية في إجراءات المرافعة الشفوية أو المكتوبة إلكترونياً بين الخصوم أو محاميهم في الدعوى الإدارية بواسطة تقنية الفيديو كونفراس، وبالتالي يمكن أداء

(٤٧) د. موسى شحادة: الإدارة الإلكترونية وإمكانية تطبيقها في رفع الدعوى أمام القضاء الإداري بالبريد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٥٦٩.

(٤٨) د. سيد أحمد محمود: دور الحاسوب الإلكتروني (الكمبيوتر) أمام القضاء المصري والكويتي، مرجع سابق، ص ١٥.

(٤٩) د. أحمد صدقي محمود: المرافعة كما يجب أن تكون، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م، ص ١٤.

المرافعة بواسطة شاشة رقمية ذات أبعاد ثلاثية، وفي مكان لا يجمع الخصوم والقضاة على غير العادة التي تتم في مقر المحكمة^(٥٠).

لذلك تساهم الوسائل الإلكترونية في تسجيل المرافعات التي يبديها الخصوم إلكترونياً، والاعتداد بمضمونها وما تضمنته من طلبات ودفع، وحفظها على دعائم إلكترونية؛ بهدف الاستعانة بها بمعرفة القاضي لتسبيب الأحكام، فضلاً عن الاستعانة بها عند الطعن على الحكم خاصة فيما يتعلق بالأسباب القائمة على الإخلال بحق الدفاع^(٥١).

ويتحدد مكان المرافعة في التقاضي الإلكتروني أمام الجهة التي أسند إليها القانون الفصل في النزاع، ويكون زمانها أمام المحكمة التي رفعت إليها الدعوى في اليوم والساعة المحددة لنظر الدعوى منذ افتتاح الخصومة وحتى قفل باب المرافعة وحجزها للحكم^(٥٢).

ويلاحظ أنه يترتب على استخدام تلك التقنية أن يتمكن الخصوم من إبداء الطلبات، وتقديم الدفوع سعياً من كل طرف لاستمالة المحكمة للقضاء لصالحه في القضية المعروضة، كما يمكن للمحكمة سماع أقوال الشهود والخصوم لما توفره تلك التقنية من اتصال بين اثنين أو أكثر عبر شبكة الإنترنت، وذلك من خلال شاشات عرض تليفزيونية متصلة بشبكة الإنترنت بحيث يرى كل منهم الآخر، بما يتحقق معه الحضور الحكي إلكترونياً باتصال مسموع مرئي تليفزيونياً عوضاً عن الحضور الحقيقي.

وهذه التقنية يتحقق فيها مبدأ المواجهة بين الخصوم، بحيث يتحقق علمهم بكافة إجراءات التداعي، وإعطاء كل منهم الفرصة للرد على ما يقدمه خصمه من أوراق ومستندات، وما إبداه خلال مرافعته الإلكترونية^(٥٣).

(٥٠) د. يوسف سيد عواض: خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٢٩٧.

(٥١) د. حسين إبراهيم خليل، د. يوسف سيد عواض: التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٢٠٠.

(٥٢) د. خيرى عبدالفتاح السيد البتانوى: النظام الإجرائي للمرافعة وحجز القضية للحكم في التقاضي الإلكتروني، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول، ٢٠١٨م، ص ٩١٤ وما بعدها.

(٥٣) د. عبدالمنعم زمزم: قانون التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩م، ص ٢٢٧.

لذلك تسهم التقنيات الحديثة في تسجيل المرافعات التي يبديها الخصوم أو موكلوهم، وحفظها على دعائم إلكترونية؛ لإمكانية استعانة القاضي بها في تسبيب أحكامه. ويترتب على تطبيقات التقنيات الحديثة في المرافعة تلافي الآثار السلبية الناجمة عن التبادل الورقي للمستندات بين الخصوم والمحكمة، وما قد يترتب التبادل الورقي للمستندات من فقدانها أو تلفها، سيما أن التقنيات الحديثة توفر حفظ الأوراق والمستندات إلكترونياً في ذاكرة الحاسب الآلي للمحكمة، وفي الأرشيف الإلكتروني^(٥٤).

وهو ما تم تطبيقه بالفعل في فرنسا بعد موافقة لجنة إدارة المعلومات بمجلس الدولة بالنسبة للقضايا الخاصة التي تعرض على مجلس الدولة الفرنسي باعتباره قضاء نقض، ويتيح ذلك للمحامين تبادل المذكرات القانونية بينهم بطريق إلكتروني^(٥٥).

ويستطيع القاضي بواسطة التقنيات الحديثة إدارة الجلسة إلكترونياً، وذلك من خلال تزويد قاعة المحكمة بشاشة لاستخدام تقنية الفيديو كونفرانس، بحيث يتمكن من سماع الخصوم بواسطة تلك التقنية على أن يبدأ بسماع المدعى أولاً ثم انتهاءً بالمدعى عليه، ويقتضي هذا الأمر تجهيز الأماكن التي يتحدث فيها الأطراف عن بُعد بكاميرات فيديو لنقل الصورة، وكذلك قاعة المحكمة بشاشات عرض، بالإضافة إلى الأجهزة الأخرى التي يتم من خلالها رؤية وسماع صوت المشتركين في الجلسة بصورة متزامنة وواضحة^(٥٦).

ويتعين إثبات الدفع والطلبات التي يبديها الخصوم إلكترونياً عن طريق إثبات كاتب الجلسة لتلك الدفع بواسطة الحاسب الآلي على المحرر الإلكتروني، وهو أشبه بمحضر الجلسة^(٥٧).

(٥٤) د. محمود مختار عبد المغيث: استخدام تكنولوجيا المعلومات لتيسير إجراءات التقاضي المدني، دار النهضة العربية، ٢٠١٣م، ص ١٤٧.

(٥٥) د. موسى شحادة: الإدارة الإلكترونية وإمكانية تطبيقها في رفع الدعوى أمام القضاء الإداري بالبريد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٥٧٠ وما بعدها.

(٥٦) د. محمد عصام الترساوي: إلكترونية القضاء بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٩م، ص ٢٢١.

(٥٧) أ. حاتم محمد فتحي أحمد البكري: مبدأ الشفعية والتقنيات الحديثة في المحاكمات الجنائية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٤٩، أبريل ٢٠١١م، ص ٢٥.

وتجدر الإشارة إلى أن ذلك النظام يترتب عليه تفادى عيوب الخطوط اليدوية على المستندات الورقية، وصعوبة قراءتها لا سيما من جانب كاتب الجلسة (أمين السر)، إذ إن محضر الجلسة يثبت فيه كل ما يتعلق بالقضية، وما يقدمه الخصوم، ويرجع إليه القاضي عند بحث الطعن المرفوع في حكم أول درجة، كما أنه يوفر إحلال المحررات الالكترونية بدلاً من المستندات الورقية عبر شبكة الانترنت، والسرعة في انجاز اجراءات التقاضي.

• مدى تحقق مبدأ علانية الجلسات في المرافعات الإلكترونية:

يثير استخدام التقنيات الحديثة في المرافعة وتقديم المستندات إلكترونياً وعدم الحضور الجسدي للخصوم في الدعوى الإدارية مدى تحقق مبدأ علانية الجلسات المنصوص عليها قانوناً، ولضمان تحقق ذلك المبدأ فإنه يمكن تحقيقه بإحدى طريقتين^(٥٨):
الأولى: يمكن تصوير محتوى قاعة المحكمة إلكترونياً وتصوير الحاضرين ونقلها على الموقع الإلكتروني للمحكمة.

الثانية: عرض ملف الدعوى الإلكترونية على الرابط الإلكتروني الخاص بعلانية الجلسات.

كما يمكن لقاض أيضاً بواسطة التقنيات الحديثة غلق باب المرافعة إلكترونياً حينما يرى أن الدعوى صالحة للفصل فيها، وبعد إبداء الخصوم لدفاعهم وطلباتهم، وذلك من خلال إعطاء النظام المعلوماتي أمراً بغلق الملف الإلكتروني للدعوى المتداولة، وإخطار الخصوم عبر البريد الإلكتروني بغلق باب المرافعة.

وتجدر الإشارة إلى أنه بمطالعة قانوني القضاء الإداري الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩١) لسنة ١٩٩٩م، والإجراءات المدنية والتجارية العُماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٢م يتبين أن المشرع العُماني لم يشير إلى تطبيق

(٥٨) د. محمود مختار عبد المغيث: استخدام تكنولوجيا المعلومات لتيسير إجراءات التقاضي المدني،

مرجع سابق، ص ١٨٥.

التقنيات التكنولوجية الحديثة في المرافعة وتقديم المستندات^(٥٩)، وهو ذات الأمر لما هو معمول به في مجلس الدولة المصري^(٦٠).

وقد أعمل المشرع الإماراتي استخدام التقنيات الحديثة بشأن الحضور وإجراءات سير المحاكمة، حيث أشار في تعديلاته لقانون الإجراءات المدنية رقم (١١) لسنة ١٩٩٢م المعدل بالقانون رقم (١٠) لسنة ٢٠١٧م في المادة (٣٣٤) منه على أنه: "تتحقق أحكام استيفاء الرسوم والقيد والإعلان وتقديم المستندات والحضور والعلانية والمرافعة واستماع الشهود والاستجواب والمداولة وإصدار الأحكام وتقديم الطعون والتفتيز بكافة إجراءات المنصوص عليها في هذا القانون وتعديلاته، إذا تمت كلياً أو جزئياً من خلال تقنية الاتصال عن بُعد"^(٦١).

^(٥٩) راجع في شأن ذلك المرسوم السلطاني رقم (٩١) لسنة ١٩٩٩م بإنشاء محكمة القضاء الإداري وقانونها وتعديلاته، والمرسوم السلطاني رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٢م بإصدار قانون الإجراءات المدنية والتجارية.

^(٦٠) راجع في شأن ذلك قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢م وتعديلاته، وقانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م وتعديلاته.

ويلاحظ أنه مجال القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية؛ فقد تم إطلاق البوابة الإلكترونية لديوان المظالم التي تقدم مجموعة من الخدمات الإلكترونية، والتي منها (نافذة المعرفة)، وهي عبارة عن قاعدة بيانات تحتوي على الأنظمة واللوائح والقرارات وغيرها مما يحتاج إليه القاضي والمحامي والخصوم للاستناد إليها في الدعاوي المنظورة أو الاستفادة منها أثناء الترافع الإلكتروني، وربطها بالسوابق القضائية والمبادئ التي استقر عليها قضاء الديوان. د. صفاء أوتاني: المحكمة الإلكترونية (المفهوم والتطبيق)، مرجع سابق، ص ١٧٦.

^(٦١) المادة رقم ٣٣٤ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢م المعدل بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٧م.

المطلب الثالث

دور التقنيات الحديثة في مرحلة الحكم في الدعوى الإدارية

تجدر الإشارة إلى أنه متى حازت المحكمة الدعوى للحكم انقطعت صلة الخصوم بها، ولم يبق لهم اتصال بها إلا بالقدر التي تصرح به المحكمة، حيث تصبح القضية في فترة حازها للحكم بين يدي المحكمة لبحثها والمداولة فيها^(٦٢).

لذلك بعد أن يتم قفل باب المرافعة إلكترونياً، يقوم أعضاء الدائرة بالتشاور فيما بينهم في الدعوى المنظورة أمامهم في سرية، تمهيداً لإصدار حكمهم، ويمكن إدخال التقنيات الحديثة في تلك المرحلة، وذلك على النحو الآتي:

أولاً- المداولة الإلكترونية:

المداولة هي تشاور القاضي مع زملائه بالدائرة في الدعوى المعروضة في سرية دون حضور الخصوم أو من يمثلهم أو أمين السر.

لذلك بعد أن يقوم القاضي بغلق باب المرافعة إلكترونياً تمهيداً للتداول في الدعوى المعروضة أمام المحكمة بين أعضائها، يمكن لقضاة المحكمة استخدام التقنيات الحديثة للتداول فيما بينهم عبر تقنية الفيديو كونفرانس؛ لإتمام المداولة فيما بينهم دون الحضور المادي^(٦٣)، بشرط أن تتم المداولة في سرية وفقاً للقانون.

ومن ثم يمكن للقضاة إبداء رأيهم من خلال تلك التقنية فيما بينهم، حيث توجد نسخة إلكترونية من ملف الدعوى يمكن للقضاة من خلال الاطلاع عليه تكوين عقيدتهم، تمهيداً لاستصدار حكم في الدعوى الإدارية المعروضة عليهم.

وتوفر التقنيات الحديثة إمكانية المداولة في الدعوى في أي وقت وفي أي مكان، حيث يمكن أن تتم ليلاً أو نهاراً أو في أيام العطلات الرسمية دون حضور مادي لهم

(٦٢) د. عبدالله عبدالحى الصاوي: قرينة الصحة وتطبيقاتها في قانون المرافعات، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٢٠م، ص ٣١٧.

(٦٣) المستشار/ مقبل شاكر: المعلوماتية والقرن الحادي والعشرين، بحث مقدم إلى مؤتمر الكويت الأول للمعلومات القانونية والقضائية، ١٩٩٩م، ص ٣٣٩.

سواء عن طريق الفيديو كونفراس أو البريد الإلكتروني أو أية طريقة إلكترونية أخرى ما دام قد أُحيط استخدامها بالاحتياطات المناسبة^(٦٤).

• شروط صحة المداولة الإلكترونية:

لا بد من توافر شروط صحة المداولة، فإذا توافرت في المداولة الإلكترونية أمكن الاعتداد بها وهي كالآتي^(٦٥):

- ١- أن تتم المداولة بعد إقفال باب المرافعة وقبل النطق بالحكم.
 - ٢- أن تتم المداولة بين القضاة الذين سمعوا المرافعة.
 - ٣- إجراء المداولة الإلكترونية في نطاق السرية.
 - ٤- عدم سماع أيٍّ من الخصوم إلا بحضور الخصم الآخر.
 - ٥- عدم جواز الاطلاع على الرسائل الإلكترونية أو المستندات أو المواقع الإلكترونية الخاصة بالخصوم التي لم تكن مطروحة أمام المحكمة.
- ثانياً- كتابة الحكم إلكترونياً:

يعتبر الحكم هو آخر إجراء في الدعوى يتعين أن يتم في شكله القانوني المحدد له، وقبل أن تقوم المحكمة بإعلان حكمها بعد المداولة، فإنه توجد مرحلة كتابة مسودة الحكم، ويجب أن تشمل على منطوق الحكم وأسبابه، ويوقعها كل من رئيس الدائرة وأعضائها الذين أصدروا الحكم.

ويمكن استخدام التقنيات الحديثة عند إعداد مسودة الحكم، ونظراً لعدم وجود قواعد خاصة بتنظيم مرحلة صياغة الحكم في نظم التقاضي الإلكتروني بعد قفل باب المرافعة والمداولة بين أعضاء الدائرة؛ فإنه يتم تطبيق القواعد العامة مع مراعاة تيسير الإجراءات في التقاضي الإلكتروني^(٦٦).

(٦٤) د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي: القانون واجب التطبيق في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٧م، ص ٣٨٦ وما بعدها.

(٦٥) د. حسين إبراهيم خليل، د. يوسف سيد عواض: التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٢١٢.

(٦٦) د. خيرى عبدالفتاح السيد البتانوى: النظام الإجرائي للمرافعة وحجز القضية للحكم في التقاضي الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١٠٠٤.

فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه: "ومن حيث إن مركز المعلومات القضائي بوزارة العدل، وكذلك مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار بمجلس الوزراء، قد أعد كل منهما دراسة فنية انتهت إلى أن استخدام الحاسب الآلي في كتابة مسودة الأحكام لا يؤثر في سرية المداولة، وأنه يؤدي إلى سهولة التحرير والمراجعة والتعديل قبل طباعة المسودة، بجانب توفير أكبر فرصة للقاضي للتأمل الهادئ في الموضوع الذي يعالجه، وأن استخدام القاضي لجهاز الكمبيوتر في كتابة مسودة الحكم لا يعدو أن يكون مجرد وسيلة من وسائل الكتابة لترجمة ما استقر في وجدانه، فالقلم والكمبيوتر كلاهما وسيلة للتعبير، ولن تتغير طبيعة المسودة وسريتها بكونها كتبت بخط اليد أو على الآلة الكاتبة أو على الحاسب الآلي؛ لأن السرية ليس لها علاقة بوسيلة الكتابة، وإنما تتوقف على إفشاء سر المداولة من أحد القضاة الذين حضروا المداولة ووقعوا على المسودة، وأنه في حالة استخدام القاضي لجهاز الحاسب الآلي في كتابة المسودة توجد برامج للسرية تمنع غيره من الاتصال أو الاطلاع أو استرجاع ما سطره بمسودة الحكم ما دام هو الذي يستخدمه بنفسه، ويستحيل على غيره أن يطلع على ما دونه على حاسبه دون استخدام كلمة السر التي لا يعلمها غير القاضي.

ومن حيث إنه إذا كان الأمر كذلك، وكانت الجهات الفنية قد أكدت - على نحو ما تقدم - أن كتابة مسودة الحكم بجهاز الحاسب الآلي المزود ببرامج السرية تحول دون اتصال الغير أو الاطلاع أو استرجاع ما دونه القاضي بمسودة الحكم، مما يجعل كتابة المسودة بجهاز الكمبيوتر أمراً لا غبار عليه، وأنه يكفي بالتوقيعات الممهورة بها مسودة الحكم وورودها في نهاية المسودة دون اشتراط تعددها بتعدد أوراق وصفحات المسودة، وهو الأمر الذي استقر عليه الفقه والقضاء العادي والقضاء الإداري، إلا أن المحكمة ترى مع ذلك أنه "يلزم على القاضي أن يكتب البيانات الأساسية للحكم وهي رقم الدعوى وتاريخ إيداع العريضة وأسماء الخصوم وكذلك منطوق الحكم بخط يده دون استخدام جهاز الكمبيوتر" وانتهت المحكمة (دائرة توحيد المبادئ) إلى حكمها المبين سالفاً.

ومن حيث إنه إزاء ما سلف ذكره وكانت كتابة مسودة الحكم باستخدام جهاز الكمبيوتر لا تؤثر في سرية المداولة وسرية الحكم حتى النطق به علانية، فمن ثم لا يكون ثمة لزوم للترقية في حكم جواز كتابة مسودة الأحكام القضائية كاملة بواسطة

جهاز الكمبيوتر بين أي من مدونات مسودات هذه الأحكام، بحيث يستوي في ذلك كتابة بياناته الأساسية كرقم الدعوى وتاريخ إيداع العريضة وأسماء الخصوم وكذا منطوق الحكم، وكتابة غير ذلك من هذه المدونات^(٦٧).

ويلاحظ أن المشرع لم يحدد وسيلة معينة لكتابة مسودة الحكم، وإنما أورد لفظ المسودة بصورة عامة، ومن ثم فإنه يجوز اللجوء إلى استخدام الكمبيوتر في كتابة مسودة الحكم.

وتوفر التقنيات الحديثة للقاضي الإداري في مرحلة تحرير مسودة الحكم وإصدار الحكم النهائي إمكانية حفظ الأحكام إلكترونياً، وتخزينها على الكمبيوتر، مما يوفر للقاضي الإداري نماذج أحكام جاهزة في بعض الدعاوى المتشابهة ذات الموضوع الواحد، تُعينه في مرحلة تحرير الحكم بسهولة ويسر، كما تساهم في وحدة الأحكام الصادرة في موضوع معين.

ثالثاً- إعلان الحكم إلكترونياً:

تتيح التقنيات الحديثة للمحكمة التي أصدرت الحكم إمكانية إعلان الحكم إلكترونياً للخصوم في الدعوى؛ حيث يمكن إخطارهم بالحكم الصادر في الدعوى إلكترونياً عبر بريدهم الإلكتروني أو أي وسيلة إلكترونية أخرى، حتى يتمكن الطرف الخاسر في الدعوى من الطعن على الحكم في المواعيد المقررة قانوناً، كما يمكن للطرف الصادر الحكم لصالحه الحصول على صورة رسمية من الحكم مذيلة بالصيغة التنفيذية تتيح له تنفيذ الحكم^(٦٨).

وقد نصت المادة رقم (٢١) من قانون المحاكم الاقتصادية رقم (١٤٦) لسنة ٢٠١٩م على أنه: "إذا أقيمت الدعوى بالطريق الإلكتروني، جاز لقلم الكتاب إعلان الخصوم

(٦٧) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ١٢٠٨ لسنة ٥٣ ق، دائرة توحيد المبادئ، جلسة ٢٠١١/١٢/٣، السنة ٥٧، ج ١، ص ١٥.

(٦٨) د. محمود مختار عبد المغيث: استخدام تكنولوجيا المعلومات لتيسير إجراءات التقاضي المدني، مرجع سابق، ص ٢١٢ وما بعدها.

بالأحكام والقرارات التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة بذات الطريق^(٦٩).

رابعاً- الحصول على الصورة التنفيذية للأحكام:

يكون للمحكوم له الحق في الحصول على الصيغة التنفيذية للحكم الصادر لصالحه التي يكون التنفيذ بموجبها بأحد طريقتين^(٧٠):

الأول: من خلال الرابط الإلكتروني القضائي للمحكمة، بعد مراجعة الحكم مباشرة من إدارة التنفيذ إلكترونياً وسداد الرسوم المقررة بوسائل الدفع الإلكترونية، دون التقيد بمواعيد الكتابة والنسخ، واستخراج الأوراق الرسمية بالطرق التقليدية.

الثاني: استخدام الطرق التقليدية، وذلك بأن تختم صورة الحكم التي يكون التنفيذ بموجبها بخاتم المحكمة، ويوقعها الكاتب بعد أن يذيلها بالصيغة التنفيذية، وفقاً لنص المادة رقم (١٨١) من قانون المرافعات.

خامساً- الحفظ الإلكتروني لملف الدعوى:

هو عبارة عن مجموعة من الأفعال والأدوات والطرق الإلكترونية التي تسمح بحفظ جميع الوثائق المترتبة على الدعوى الإدارية؛ بهدف توثيق المستندات وحفظها بطريقة إلكترونية تضمن سلامتها دون تلف طيلة المدة القانونية المقررة لحفظها مع إمكانية استرجاعها إذا اقتضى الأمر^(٧١).

ومن ثم فإن الحفظ الإلكتروني لملف الدعوى يضفي عليه الثقة والأمان في ظل صعوبة التلاعب بأوراق الدعوى بعد حفظها إلكترونياً، فضلاً عن كون الحفظ الإلكتروني لا يحتاج إلى حيز مكاني مقارنة بالسجل الورقي خلال مدة الحفظ القانونية.

^(٦٩) المادة رقم (٢١) من قانون المحاكم الاقتصادية رقم (١٢٠) لسنة ٢٠٠٨م المعدل بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ٢٠١٩م.

^(٧٠) د. حسين إبراهيم خليل، د. يوسف سيد عواض: التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٢١٧.

^(٧١) د. محمد على سويلم: التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية في المواد المدنية والتجارية، دراسة مقارنة بالتشريعات الدولية والأجنبية والعربية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٢٠م، ص ٨٤١.

المبحث الثالث

انعكاسات التقنيات الحديثة على الإثبات في الدعوى الإدارية

ترتب على إدخال التقنيات الحديثة في التقاضي في الدعوى الإدارية العديد من الآثار الإيجابية، تتمثل في سرعة الفصل في القضايا، وذلك بإحلال الوثائق الإلكترونية محل الوثائق الورقية، مما يترتب عليه توفير الوقت والجهد، وإرساء الشفافية والنزاهة في العمل القضائي وصولاً للعدالة الناجزة.

إلا أن تلك التقنيات أوجدت ما يعرف بالإثبات الإلكتروني، وهو يمثل صعوبة قانونية وواقعية، نظراً لما يعترضه من صعوبات من الناحية الفنية ولحداثة هذه التكنولوجيا وتعقيدها؛ لذلك كان على المشرع التدخل لمعالجة الإشكاليات الناتجة عن استخدام التقنيات الحديثة في التقاضي في الدعوى الإدارية؛ وذلك بسن تشريعات قانونية تعترف بالحجية القانونية للمخرجات الإلكترونية، لإضفاء الشرعية على التصرفات التي يتم إبرامها عبر شبكة الإنترنت.

لذلك نتناول هذا المبحث على النحو الآتي:

المطلب الأول: المحررات الإلكترونية.

المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني.

المطلب الثالث: حجية الدليل الإلكتروني في الإثبات أمام القضاء الإداري.

المطلب الأول

المحررات الإلكترونية

تلعب الكتابة دوراً مهماً في مجال إثبات التصرفات القانونية، وتحل المرتبة الأولى بين أدلة الإثبات؛ باعتبارها الوسيلة الأكثر شيوعاً في إثبات تلك التصرفات؛ غير أنه ترتب على استخدام التقنيات التكنولوجية الحديثة في إجراءات التقاضي إحلال المحررات الإلكترونية بدلاً عن المحررات الورقية ثمة تغييرات في كثير من المفاهيم، كالكتابة والتوقيع والمحرر؛ إذ أوجدت هذه التقنيات أشكالاً جديدة للكتابة صُغت جميعها بالطابع الإلكتروني، ترتب عليها ظهور المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني.

وقد تناول المشرع المصري في قانون التوقيع الإلكتروني رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م مفهوم الكتابة الإلكترونية، حيث نص في المادة رقم (١/أ) بأنه يقصد بالكتابة الإلكترونية: "كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطى دلالة قابلة للإدراك"^(٧٢).

وقد أضاف المشرع المصري على الكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية حجية في الإثبات، حيث نصت المادة (١٥) من ذات القانون على أن: "الكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون"^(٧٣).

وقد عرف المشرع العُماني في قانون المعاملات الإلكترونية رقم (٦٩) لسنة ٢٠٠٨م المعلومات الإلكترونية بأنها: "معلومات أو بيانات يتم تبادلها إلكترونياً في شكل نصوص أو رموز أو أصوات أو رسوم أو صور أو خرائط أو برامج حاسب آلي أو غيرها من قواعد البيانات"^(٧٤).

وقد تبنا المشرعين المصري والعُماني مفهوماً واسعاً للكتابة الإلكترونية، واعترفاً بها، ومنحاهما نفس الحجية القانونية المقررة للكتابة التقليدية في الإثبات؛ وذلك لكون الكتابة الورقية لا تستقيم مع الإجراءات الإلكترونية في التقاضي، حيث تم الاستعاضة عن الكتابة في شكلها التقليدي، بالكتابة الإلكترونية، بما يتواءم والتطور التقني الهائل في مجال المعاملات الإلكترونية، كما أضافي حجية على التوقيع الإلكتروني^(٧٥)، فضلاً

^(٧٢) المادة رقم (١/أ) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م.

^(٧٣) المادة رقم (١٥) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م.

^(٧٤) المادة رقم (١) من المرسوم السلطاني رقم (٦٩) لسنة (٢٠٠٨) بإصدار قانون المعاملات الإلكترونية.

^(٧٥) فقد نصت المادة رقم (٧) من المرسوم السلطاني رقم (٦٩) لسنة ٢٠٠٨م بإصدار قانون المعاملات الإلكترونية على أنه: "تنتج الرسالة الإلكترونية أثرها القانوني وتعتبر صحيحة وقابلة للتنفيذ شأنها في ذلك شأن الوثيقة المكتوبة إذا روعيت في إنشائها واعتمادها الشروط المنصوص عليها في هذا القانون واللوائح والقرارات الصادرة تنفيذاً لأحكامه".

عن كون المشرع الإماراتي قد اعترف بالأدلة الإلكترونية من حيث كتابتها والتوقيع عليها إلكترونياً وأضفي عليها الحجية القانونية في الإثبات^(٧٦).

كما أعطى المشرع الفرنسي المستند الإلكتروني حجية في الإثبات، حيث نصت المادة (١/١٣١٦) من القانون المدني الفرنسي رقم (٢٣٠) لسنة ٢٠٠٠م المعدل على أنه: "يحصل الدليل الكتابي من رسائل أو صور أو أرقام أو إشارات أو رموز تتمتع بدلالة واضحة مهما كانت دعامتها أو وسيلة تداولها"، كما نص على أنه: "تقبل الكتابة وبالصيغة الإلكترونية في الإثبات بنفس قوة الكتابة على الدعامة الورقة"^(٧٧).

وقد أعطى المشرع الفرنسي مجلس الدولة إصدار قرارات يبين فيها الضوابط الفنية والقانونية لكي يتمتع التوقيع الإلكتروني بالحجية في الإثبات^(٧٨).

لذلك فإن المحرر الإلكتروني هو المرجع للوقوف على ما اتفق عليه الطرفان، وتحديد التزاماتهما القانونية، والتوقيع الإلكتروني هو الذي يضفي حجية على هذا المستند^(٧٩).

كما نصت المادة (١١) من ذات القانون على أنه: "عند تطبيق قواعد الإثبات في أية إجراءات قانونية لا يحول دون قبول الرسالة الإلكترونية أن تكون قد جاءت في غير شكلها الأصلي".

^(٧٦) فقد نصت المادة رقم (١٧) مكرراً من القانون الاتحادي رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٦م بتعديل بعض أحكام قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ١٩٩٢م على أنه: "١- يعتبر توقيعاً إلكترونياً كل أحرف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو صور أو أصوات لها طابع منفرد تسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتمييزه عن غيره على النحو الوارد في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية.

٢- يعتبر محرراً إلكترونياً كل انتقال أو إرسال أو استقبال أو تخزين لرموز أو إشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو معلومات أيأ كانت طبيعتها تجرى من خلال وسيلة تقنية معلومات.

٣- للتوقيع الإلكتروني ذات الحجية المقررة للتوقيعات المشار إليها في هذا القانون إذا روعي فيه الأحكام المقررة في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية.

٤- للكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية والسجلات والمستندات الإلكترونية ذات الحجة المقررة للكتابة".

^(٧٧) د. عمر لطيف كريم العبيدي: التقاضي الإلكتروني وآلية التطبيق، مرجع سابق، ص ٥٤٥.

^(٧٨) د. عمر لطيف كريم العبيدي: المرجع السابق، ص ٥٤٥.

^(٧٩) د. خالد ممدوح إبراهيم: الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، مرجع سابق، ص ٤٢.

وقد اشترط المشرع عدة شروط حتى يمكن استخدام المحررات الإلكترونية دليلاً يمكن تقديمه للقضاء في الإثبات الإلكتروني وذلك على النحو الآتي:

أولاً- قابلية المحررات الإلكترونية للقراءة والإدراك:

يشترط في المحررات الإلكترونية كدليل للإثبات أن تكون مقروءة، وأن تكون كتابتها واضحة حتى يمكن فهمها وإدراك محتواها للاحتجاج بها؛ إذ إن المحررات الإلكترونية يتم تدوينها على وسائط إلكترونية بلغة آلية لا يمكن أن يراها الإنسان مباشرة^(٨٠).

ومما يدل على أهمية هذا الشرط أن المشرع المصري صرح في تعريف الكتابة الإلكترونية بأنها: "كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى، تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة، وتعطى دلالة قابلة للإدراك"^(٨١).

ثانياً- استمرارية المحررات الإلكترونية وثباتها:

يقصد باستمرارية المحررات الإلكترونية وثباتها: أن يتم تدوينها على دعائم أو وسائط إلكترونية تسمح بثباتها، وبقاءها مدة من الزمن يمكن الرجوع إليها بسهولة^(٨٢).

لذلك يتعين أن تكون المحررات الإلكترونية غير قابلة للتعديل أو الإتلاف حتى تصلح سنداً في الإثبات، إذ إن المحررات الورقية لا يمكن تعديلها أو إتلافها إلا بإحداث تغييرات مادية يمكن التعرف عليها بسهولة.

وقد أدى التطور التكنولوجي إلى استخدام برامج حاسب آلي تعمل على تحويل النص الذي يمكن تعديله إلى صورة ثابتة، لا يمكن إدخال تعديلات عليها أو التلاعب فيها، وبالتالي يمكن الاحتفاظ بالمحرر الإلكتروني لمدة طويلة ربما تفوق قدرة الأوراق العادية^(٨٣).

(٨٠) د. حسن عبدالباسط جميعي: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ص ٢٠.

(٨١) المادة رقم (١/أ) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م.

(٨٢) د. محمد أحمد سلامة: الوسائل الحديثة في إبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، القاهرة، ٢٠١٩م، ص ٥٨٣.

(٨٣) د. حسن عبدالباسط جميعي: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، مرجع سابق، ص ٢١.

ثالثاً- عدم قابلية المحررات الإلكترونية للتعديل أو للإتلاف أو ترك أثر مادي عليه:
ويقصد بعدم قابلية المحررات الإلكترونية للتعديل: هو عدم القدرة على التغيير في بيانات المحرر إلا عن طريق إتلافه أو ترك أثر مادي عليه، يسهل كشف ذلك التغيير في المحرر من عدمه.

فالمحررات التقليدية يتم تدوينها على أوراق بالأحبار التي تُطبع عليها كيميائياً بالتركيب المادي لهذه الأوراق، بحيث لا يمكن فصلها إلا بإتلاف الأوراق أو إحداث تغييرات مادية يسهل التعرف عليها، وهو الأمر الذي يمكن الوقوف عليه، في حين أن المحررات الإلكترونية تفنقد لذلك؛ إذ إنه يمكن التلاعب بشأنها دون ترك أثر مادي يمكن اكتشافه^(٨٤).

إلا أن هذه المشكلة تم التغلب عليها من خلال التطور التكنولوجي بواسطة برامج الحاسب الآلي التي تعمل على تحويل النص إلى صورة ثابتة لا يمكن تعديلها أو التدخل فيها^(٨٥).

• معايير الاعتراف بالكتابة الإلكترونية:

اهتمت السياسات التشريعية الوطنية ورجال القضاء والفقهاء المقارن بتحليل مفهوم الكتابة الإلكترونية، وإقرار عدد من المتطلبات؛ لتمكينها من القيام بوظيفتها في مجال الإثبات، وذلك على النحو الآتي:

١- مبدأ النظرير الوظيفي:

يقصد بمبدأ النظرير الوظيفي: أن يتم تحديد مفهوم الكتابة الإلكترونية في ضوء وظيفة الكتابة أو الغرض منها، وليس نوع الدعامة أو نوع الأحبار، ولا بشكل الحروف المستخدمة، بما يعنى أن مفهوم النظرير الوظيفي يهدف إلى التحليل الدقيق لأغراض القواعد القانونية المنظمة للكتابة الورقية، ثم البحث في كيفية تحقيق هذه الأغراض أو أداء تلك الوظائف عند استخدام وسائل التقنيات الحديثة للاتصال الإلكتروني^(٨٦).

(٨٤) د. محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مع الإشارة إلى نظام عقود الإدارة بإمارة دبي وأمريكا وقوانين المعاملات الإلكترونية في دول مجلس التعاون الخليجي، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، ٢٠١٨م، ص ٣٢١.

(٨٥) د. حسن عبدالباسط جميعي: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، مرجع سابق، ص ٢٣ وما بعدها.

(٨٦) دليل تشريع قانون الأونستيرال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ١٩٩٦م، بند ١٦، ص ٢١.

٢ - مبدأ الحياد التقني.

يستهدف هذا المبدأ اتباع نهج مرن فيما يتعلق بالتقنيات المستخدمة في الكتابة أو التوقيع، وذلك في عدم تفضيل تقنية معينة حتى ولو حققت درجة أكبر من الأمان والموثوقية؛ بغرض إتاحة الفرصة لاستيعاب ما سيتم تطويره في مجال تقنيات الكتابة ودعامتها في المستقبل، ودون التمييز بين أي نوع من الكتابة على أساس الدعامة التي تقع عليها^(٨٧).

المطلب الثاني

التوقيع الإلكتروني

لا تعد الكتابة دليلاً للإثبات إلا في حالة ما إذا كان المستند مزيلاً بالتوقيع، لذلك أفرز انتشار التقنيات التكنولوجية الحديثة طرقاً ووسائل حديثة في التعامل لا تتفق وفكرة التوقيع التقليدي إزاء انتشار نظم المعالجة الإلكترونية للمعلومات، مما ترتب عليه ظهور التوقيع الإلكتروني بديلاً عن التوقيع اليدوي^(٨٨).

وإزاء الاستخدام المتنامي للتوقيع الإلكتروني؛ فقد تضافرت التشريعات على الاعتراف بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في ظل التطور التكنولوجي، وحاجة التشريعات القانونية إلى مواكبة التطورات التكنولوجية.

فقد عرّف المشرع المصري التوقيع الإلكتروني في قانون التوقيع الإلكتروني رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م بأنه: "ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره"^(٨٩).

وقد أضيف على هذا التوقيع حجية في الإثبات، بنصه في المادة (١٤) من ذات القانون على أنه: "للتوقيع الإلكتروني، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية،

(٨٧) د. محمد عمار تيار: مدى حجية المحرر الإلكتروني في مجال الإثبات في القانون الليبي، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي المغازي الأول حول المعلوماتية والقانون المنعقد في الفترة من ٢٨ أكتوبر حتى ٢٩ أكتوبر ٢٠٠٩م، أكاديمية الدراسات العليا بطرابلس، ليبيا، ص ١٤.

(٨٨) أستاذنا الدكتور/ عبدالفتاح بيومي حجازي: التوقيع الإلكتروني في النظم المقارنة، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥م، ص ٧.

(٨٩) المادة رقم (١/ج) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م.

ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، إذا روعي في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون^(٩٠).

كما عرّف المشرع العُماني في قانون المعاملات الإلكترونية رقم (٦٩) لسنة ٢٠٠٨م التوقيع الإلكتروني بأنه: "التوقيع على رسالة أو معاملة إلكترونية في شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون لها طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع وتمييزه عن غيره"^(٩١).

وعرّف المشرع الإماراتي في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢م التوقيع الإلكتروني بأنه: "توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذات شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقياً برسالة إلكترونية وممهور بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة"^(٩٢).

وتجدر الإشارة إلى أن التوقيع الإلكتروني يساعد على تعزيز عمليات التقاضي الإلكتروني؛ نظراً للدور الهام الذي يقوم به في مجال الاعتداد بحجية المحررات الإلكترونية باعتباره متعلقاً بجميع أفراد الدعوى من خلال تحديده لشخصية المتقاضين، ومن ثم فإنه يتمتع بنفس القدر والمصادقية التي تتمتع بها التوقيعات الورقية. وحتى ينتج التوقيع الإلكتروني آثاره القانونية في الإثبات لا بد من توافر ثلاثة شروط^(٩٣):

الأول- أن يكون التوقيع الإلكتروني متميزاً ومرتبطاً بشخص صاحبه:

حتى يتيح التوقيع الإلكتروني آثاره لابد أن يعبر عن هوية صاحبه، وذلك بأن ينسب المحرر لشخص معين، إذ إن تحديد الهوية أمر ضروري في مجال التقاضي

(٩٠) المادة رقم (١٤) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م.

(٩١) المادة رقم (١) من المرسوم السلطاني رقم (٦٩) لسنة ٢٠٠٨م بإصدار قانون المعاملات الإلكترونية.

(٩٢) المادة رقم (٢) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢م.

(٩٣) راجع في شأن ذلك: د. محمد أحمد سلامة: الوسائل الحديثة في إبرام العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٠٥ وما بعدها، د. محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٢٢٨ وما بعدها.

الإلكتروني، ومن ثم فإنه إذا لم يكن التوقيع كاشفاً عن هوية صاحبه ومحددًا لذاته فإنه لا يعتد به.

الثاني - سيطرة صاحب التوقيع على منظومة التوقيع:

يتعين أن يكون صاحب التوقيع الإلكتروني منفرداً به، وتحت سيطرته وحده دون غيره، إذ إنه يترتب على استخدام التوقيع الإلكتروني صدور شهادة مختصة على هذا التوقيع، تعد بمثابة بطاقة هوية إلكترونية للموقع.

الثالث - ارتباط التوقيع بالمحرر ارتباطاً وثيقاً:

لابد أن يكون التوقيع الإلكتروني متصلاً اتصالاً مادياً ومباشراً بالمحرر المكتوب حتى يؤدي وظيفته في الإثبات.

المطلب الثالث

حجية الدليل الإلكتروني في الإثبات أمام القضاء الإداري

أضفي القضاء الإداري على الدليل الإلكتروني حجية في الإثبات حال استجماعه للعناصر القانونية على النحو السالف بيانه، سيما وأن القاضي الإداري يتمتع بسلطة تقديرية في أن يحدد بكل حريته طرق الإثبات التي يقبلها، وأدلة الإثبات التي يرتضيها وفقاً لظروف الدعوى المعروضة عليه^(٩٤).

فالقاضي الإداري حر في إثبات عقيدته في ظل نظام الإثبات الحر، فهو في ممارسته لسلطته التقديرية في تحديد وسائل الإثبات المناسبة لا يتقيد بطلبات الطرفين، إذ تعتبر رغبتهما مجرد استئناس له دون التزام يقع على عاتقه بالاستجابة إليها، فضلاً عن أنه يمارس سلطته ولو لم يطلب أي طرف الاستعانة بوسيلة معينة للإثبات، بل حتى ولو اعترض عليها الطرفان^(٩٥).

^(٩٤) راجع في شأن ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم (٣٠٦٣) لسنة ٣١ ق، جلسة ١٩٨٨/٢/٢٠م، السنة ٣٣، ج ١، ص ٩٣٥.

^(٩٥) د. هشام عبد المنعم عكاشة: دور القاضي الإداري في الإثبات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م، ص ١٠٨ وما بعدها.

وتجدر الإشارة إلى أن حرية القاضي الإداري في الأمر بوسائل الإثبات تحكمها فكرتين^(٩٦):

الأولى: إن القاضي لا يستطيع الامتناع عن الأمر بوسائل الإثبات اللازمة لفهم وبيان وقائع الدعوى وتقديم المعلومات التي تجعلها صالحة للفصل فيها.

الثانية: إن القاضي يلتزم بعدم الأمر بالوسائل غير المجدية للتحضير أو الإثبات، بحيث تقتصر حريته على الوسائل المنتجة في الاستيفاء دون الوسائل الزائدة عن الحاجة التي تؤدي إلى التأخر في الفصل في الدعوى.

ومن ثم فإنه بعد أن أقرت المشرع بالحجية القانونية للمخرجات الإلكترونية؛ فإنه يتعين على القاضي الإداري أن يثق في الدليل الإلكتروني متى اقتنعت به المحكمة في ظل لجوء أطراف الخصومة في إقامة دعواهم وتقديم مستنداتهم إلى الطرق الإلكترونية؛ وذلك متى كان الدليل الإلكتروني خالياً من كل عيب قد يشكك في صحته في ظل توافر وسائل الأمان التقني.

الخاتمة

بعد الانتهاء من هذه الدراسة الموجزة؛ فإننا نخلص إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً- النتائج:

- ساعدت التقنيات التكنولوجية الحديثة على ظهور التقاضي الإلكتروني في الدعوى الإدارية من خلال برمجة كافة إجراءات الدعاوى الإدارية إلكترونياً.
- يتميز التقاضي الإداري الإلكتروني بعدة خصائص أهمها: إحلال الوثائق الإلكترونية ومغادرة الوثائق الورقية وسرعة تنفيذ إجراءات التقاضي وحلول وسائل الدفع الإلكتروني محل الدفع النقدي.
- لا يختلف التقاضي الإلكتروني في الدعوى الإدارية عن التقاضي التقليدي؛ إلا في طريقة مباشرة إجراءات الدعوى بالتقنيات التكنولوجية الحديثة.
- يهدف التقاضي الإداري الإلكتروني إلى إحلال الإجراءات الإلكترونية في مباشرة الدعوى الإدارية بدلاً من الإجراءات التقليدية المتبعة بشأنها، بهدف التيسير على المتقاضين وتحقيق العدالة الناجزة دون الاخلال بضمانات التقاضي.

^(٩٦) د. أحمد كمال الدين موسى: نظرية الإثبات في القانون الإداري، مطابع مؤسسة الشعب، ١٩٧٧م، ٢٤٦ وما بعدها.

• اعترف كل من المشرع والقضاء بحجية الدليل الإلكتروني في الإثبات أمام القضاء الإداري.

ثانياً-التوصيات:

- الاهتمام بتوفير بيئة تكنولوجية حديثة متطورة، مع ضرورة تأهيل العنصر البشري بإجراء دورات تدريبية وتعليمية للقضاء ومعاونيهم؛ باعتبارهم العامل الرئيسي لإنجاح مشاريع الحكومة نحو التحول للتقاضي الإداري بالتقنيات التكنولوجية الحديثة.
- إجراء تعديل تشريعي لمواكبة التطور العلمي والتكنولوجي؛ بهدف إدخال التقنيات التكنولوجية الحديثة في مباشرة إجراءات الدعوى الإدارية.
- تطوير نظم التعليم القضائي عن طريق العمل مع المعهد العالي للقضاء وكليات الحقوق بتحديث المناهج الدراسية، وتعميمها للاستفادة من التقنيات الحديثة في تطوير نظم التقاضي.
- دراسة جادة لتجارب الدول الأجنبية والعربية التي طبقت نظام التقاضي الإلكتروني في الدعوى الإدارية؛ بهدف الاستفادة من تلك التجارب، وتطبيقها بطريقة تدريجية وعلمية، والوقوف على أفضل التجارب الملائمة للتطبيق، بما يتناسب مع النظام القضائي المعمول به في الدولة.

المراجع

أولاً- الكتب:

١. د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي: القانون واجب التطبيق في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٧م.
٢. د. أحمد صدقي محمود: المرافعة كما يجب أن تكون، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م.
٣. د. أحمد كمال الدين موسى: نظرية الإثبات في القانون الإداري، مطابع مؤسسة الشعب، ١٩٧٧م.
٤. د. حسن عبدالباسط جميعي: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م.
٥. القاضي حازم محمد الشرعة: التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م.

٦. د. حسين إبراهيم خليل، د. يوسف سيد عواض: التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة في ضوء التشريعات الأجنبية والعربية، دار الفكر والقانون، ٢٠٢٠م.
٧. د. خالد ممدوح إبراهيم: الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٠م.
٨. د. سيد أحمد محمود: دور الحاسوب الإلكتروني (الكمبيوتر) أمام القضاء المصري والكويتي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧/٢٠٠٨م.
٩. د. عبدالفتاح بيومي حجازي: التجارة عبر الإنترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.
١٠. د. عبدالفتاح بيومي حجازي: التوقيع الإلكتروني في النظم المقارنة، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥م.
١١. د. عبدالله عبدالحى الصاوي: إجراءات التقاضي أمام القضاء المدني في ضوء التنظيم التشريعي للتقاضي بوسيلة الدعوى والتقاضي بوسيلة العريضة في قانون المرافعات، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٢٠م.
١٢. د. عبدالله عبدالحى الصاوي: قرينة الصحة وتطبيقاتها في قانون المرافعات، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٢٠م.
١٣. د. عبدالمنعم زمزم: قانون التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩م.
١٤. د. عبد الهادي فوزي العوضي: الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥م.
١٥. د. محمد أحمد سلامة: الوسائل الحديثة في إبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، القاهرة، ٢٠١٩م.
١٦. د. محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الإلكتروني، مع الإشارة إلى نظام عقود الإدارة بإمارة دبي وأمريكا وقوانين المعاملات الإلكترونية في دول مجلس التعاون الخليجي، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، ٢٠١٨م.

١٧. د. محمد على سويلم: التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية في المواد المدنية والتجارية، دراسة مقارنة بالتشريعات الدولية والأجنبية والعربية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٢٠م.

١٨. د. محمود مختار عبد المغيث: استخدام تكنولوجيا المعلومات لتيسير إجراءات التقاضي المدني، دار النهضة العربية، ٢٠١٣م.

١٩. د. هشام عبد المنعم عكاشة: دور القاضي الإداري في الإثبات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م.

ثانياً- الرسائل:

١. د. سهيلة طمين: الشككية في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة معمري تيزي وزو، ٢٠١١م.

٢. د. محمد عصام الترساوي: الكترونية القضاء بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٩م.

٣. د. يوسف أحمد نوافلة: الإثبات الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٠م.

٤. د. يوسف سيد سيد عواض: خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٢م.

ثالثاً- الأبحاث والمقالات:

١. د. إسماعيل صعصاع غيدان وصادق محمد على: مفهوم التقاضي عن بُعد ومستلزماته، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، العدد ١، السنة ٨، ٢٠١٦م.

٢. أ. حاتم محمد فتحي أحمد البكري: مبدأ الشفعية والتقنيات الحديثة في المحاكمات الجنائية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٤٩، أبريل ٢٠١١م.

٣. د. خيرى عبدالفتاح السيد البتانوى: النظام الإجرائي للمرافعة وحجز القضية للحكم في التقاضي الإلكتروني، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول، ٢٠١٨م.

٤. د. صفاء أوتانى: المحكمة الإلكترونية (المفهوم والتطبيق)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٨، العدد الأول، ٢٠١٢م.

٥. د. عبدالناصر عبدالله أبو سمهدانة: نحو قضاء إداري إلكتروني، مجلة جامعة الأزهر، غزة، عدد خاص بمؤتمر كلية الحقوق الخامس المحكم، المجلد ١٩.
٦. أ. عدنان غسان برانبو: هل تبليغ الدعاوى القضائية باستخدام البريد الإلكتروني ممكن قانوناً؟، مقال منشور بمجلة التقنية والأعمال الجزائرية، عدد مايو ٢٠٠٦م.
٧. د. عصمانى ليلى: نظام التقاضي الإلكتروني آلية لإنجاح الخطط التنموية، مجلة الفكر، العدد الثالث عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة، فبراير ٢٠١٣م.
٨. د. عمر لطيف كريم العبيدي: التقاضي الإلكتروني وآلية التطبيق، دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ١، المجلد ١، العدد ٢، ج ١، آذار ٢٠١٧م.
٩. د. فاطمة عادل سعيد عبدالغفار: التقاضي عبر وسائل التكنولوجيا والاتصال الحديث، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والتكنولوجيا، جامعة عين شمس المنعقد خلال الفترة من ٩ حتى ١١ ديسمبر ٢٠١٩م.
١٠. د. محمد المتولي: إدارة الموارد البشرية لتطبيق الحكومة الإلكترونية في الدول العربية، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول لأكاديمية دبي، بعنوان "الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية" المنعقد في الفترة من ٢٤ حتى ٢٦ أبريل ٢٠٠٣م.
١١. د. محمود مختار عبد المغيث محمد: نظام الإيداع الإلكتروني لصحف الدعاوى المدنية تقنية قلم الكتاب الإلكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والتكنولوجيا، جامعة عين شمس المنعقد خلال الفترة من ٩ حتى ١١ ديسمبر ٢٠١٩م.
١٢. المستشار. مقبل شاكر: المعلوماتية والقرن الحادي والعشرين، بحث مقدم إلى مؤتمر الكويت الأول للمعلومات القانونية والقضائية، ١٩٩٩م.
١٣. د. موسى شحادة: الإدارة الإلكترونية وإمكانية تطبيقها في رفع الدعوى أمام القضاء الإداري بالبريد الإلكتروني، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ٢٠١٠م.

١٤. د. هشام عبد السيد الصافي محمد: القضاء الإداري المصري والتكنولوجيا الحديثة، مركز جيل البحث العلمي، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد ١٧، سبتمبر ٢٠١٧م.

رابعاً- القوانين:

١. القانون الاتحادي الإماراتي رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٦م بتعديل بعض أحكام قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الصادر بالقانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢م.

٢. قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم (١١) لسنة ١٩٩٢م المعدل بالقانون رقم (١٠) لسنة ٢٠١٧م.

٣. قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٧م.

٤. قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م.

٥. قانون الضرائب على الدخل رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥م.

٦. قانون المحاكم الاقتصادية رقم (١٢٠) لسنة ٢٠٠٨م المعدل بالقانون رقم (١٤٦) لسنة ٢٠١٩م.

٧. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م وتعديلاته.

٨. قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢م وتعديلاته

٩. المرسوم السلطاني رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٢م بإصدار قانون الإجراءات المدنية والتجارية.

١٠. المرسوم السلطاني رقم (٦٩) لسنة ٢٠٠٨م بإصدار قانون المعاملات الإلكترونية.

١١. المرسوم السلطاني رقم (٩١) لسنة ١٩٩٩م بإنشاء محكمة القضاء الإداري وقانونها وتعديلاته.

النظام القانوني للتراخيص الإجبارية في مجال المخترعات الحديثة "دراسة تحليلية مقارنة"

الدكتور/ جمال عمران المبروك أغنية*

المخلص:

يعد نظام الرخص الإجبارية من الأنظمة القانونية المهمة للغاية لحفظ التوازن بين حق المخترع في استغلال اختراعه المحمي قانوناً، وبين حق الدولة المضيفة لبراءة الاختراع في الاستفادة المثلى من الاختراع المستغل على أراضيها في الحالات التي حددها القانون، والتي تجيز للدولة المضيفة في ظروف معينة أن تصدر ترخيصاً إجبارياً للغير باستغلال الاختراع محل الحماية القانونية، ودون أخذ للإذن من مالك البراءة، الأمر الذي يجعل من نظام التراخيص الإجبارية قيداً حقيقياً وقاسياً على مالكي الحقوق الاستثنائية على براءة الاختراع، وهو ما تناولته هذه الدراسة في كل من القانون الليبي والمصري بالمقارنة باتفاقية التريبس؛ للوقوف على مدى توفيق هذه التشريعات في تناولها لمسألة الترخيص الإجباري، ونلمس أوجه الخلل والقصور، ومدي انسجام التشريعات محل الدراسة مع الاتفاقيات الدولية بهذا الخصوص مما أعطي لهذه الدراسة الزخم العلمي الكبير والأهمية العلمية المرجوة.

الكلمات المفتاحية: الترخيص - الرخصة الإجبارية التي تصدرها الدولة - التريبس - اتفاقية الجوانب المتصلة من التجارة بحقوق الملكية الفكرية - البراءة - براءة الاختراع - التشغيل - تشغيل البراءة باستغلالها المالك - مالك براءة الاختراع - الدولة المانحة - مستضيفة الاختراع.

* أستاذ القانون التجاري المساعد - كلية القانون - جامعة طرابلس.



The Legal System of Compulsory Licenses in the Field of Modern Inventions "A Comparative Study"

Dr. Jamal Omran Al-Mabrok Agneah*

Abstract:

The system of compulsory licenses is a very important legal system to maintain a balance between the right of the inventor to exploit his legally protected invention and the right of the host State of the patent to make the best use of the invention exploited on its territory in the cases specified by law, which allows the host country in certain circumstances to issue a compulsory license to others. By using the invention subject to legal protection and without the permission of the patent owner, this makes the system of compulsory licenses a real and severe restriction on the owners of exclusive rights over the patent, which is addressed in this study The Libyan and Egyptian compared to the convention of education to find out the extent of the harmonization of these legislation in dealing with the issue of compulsory licensing and we see the imbalances and shortcomings and the extent of the compatibility of the legislation under study with international conventions in this regard, which gave this study great scientific momentum and the desired scientific importance.

Keywords: License - Compulsory license issued by the State Agreement - Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – Patent – Employment - The Operation of a Patent by Exploiting it Owner - The Owner of The Patent -Donor State - Host of The Invention.

*Assitant Professor of Commercial Law, Faculty of Law, University of Tripoli.

المقدمة

تعد حقوق الملكية الفكرية من الحقوق الدالة على إنتاج العقل البشري مترجمة إلى أشياء مادية ملموسة من شأنها أن تفيد البشرية قاطبة، حيث تدخل في نطاقها كافة إبداعات، ومخترعات العقل الإنساني سواء في المجالات الفنية، والأدبية أو الصناعية على حد سواء؛ ومن ثم فإن مفهوم الملكية الفكرية إنما يشمل على حقوق الاختراع والعلامات التجارية والرسوم والنماذج الصناعية وحقوق التأليف وغيرها من الحقوق الأدبية والصناعية المعروفة لنا جميعاً، ونظراً لأهمية حقوق الملكية الصناعية والأدبية فقد عنيت مختلف التشريعات الوطنية وكذلك الاتفاقيات الدولية بضرورة تقنين هذه الحقوق الذهنية وتوفير الحماية القانونية لها على الصعيد الوطني أو الدولي ومن أهم هذه الحقوق نجد أن الاختراعات بمختلف أنواعها وأنماطها قد حظيت بالحماية القانونية الكافية، والتي يأتي في مقدمتها منح الحماية القانونية للمخترع عن طريق نظام براءة الاختراع، والذي يخول مالك الاختراع الحق في استغلاله دون غيره لمدة زمنية معينة، وهو حق استثنائي يتمتع به مالك البراءة شريطة أن يقوم باستغلال البراءة الممنوحة له خلال فترة معينة من الحصول على براءة اختراع، وذلك لأن قيام أي دولة بمنح المخترع براءة اختراع عن منتج جديد إنما يجد أساسه في ضرورة أن يقوم مالك الاختراع باستغلاله الفعلي في الدولة مانحة البراءة، وإلا كان من حق الدولة المانحة لهذه البراءة أن تمنح ترخيصاً إجبارياً باستغلالها، ودون الحاجة لأخذ الاذن المسبق من مالك هذه البراءة، وذلك في الحالات التي يتمتع فيها مالك البراءة عن استغلالها أو عجزه عن ذلك أو متي كان هذا الاستغلال غير كافٍ لسد الحاجة الماسة من هذا الاختراع في الدولة المانحة للبراءة، وغيرها من الحالات التي تجيز للدولة المانحة إصدار الرخصة الإجبارية بالاستغلال، وعلى نحو ما سنتناوله في هذه الدراسة.

هذا وتعد الرخص الإجبارية قيداً حقيقياً يرد على الحقوق الاستثنائية لمالك البراءة في احتكار استغلال اختراعه المحمي حيث بمقتضاه تقوم السلطة المختصة في الدولة المانحة للبراءة بمنح ترخيص إجباري باستغلال البراءة للغير بدلاً من احتكار هذا الاستغلال من قبل مالكها وحده مما يعد قيداً قاسياً على استغلال المخترعات، إلا أن مسألة منح الرخص الإجبارية ليست مسألة مزاجية للدولة المانحة بأن تستطيع إصدار هذه التراخيص متى شاءت وكيفما أرادت وإنما حددت معظم التشريعات الوطنية حالات محددة يجوز فيها للسلطة المختصة إصدار الرخص الإجبارية، كما أنه مع توافر أي

من هذه الحالات الموجبة لمنح الترخيص الإجبارية يتطلب أن تراعى الجهة المختصة بمنح الرخص الإجبارية توافر مجموعة من الاشتراطات عند منحها لها. وتأتي أهمية هذه الدراسة في كونها تتناول بالبحث والتحليل المتعمق موضوع التراخيص الإجبارية في مجال المخترعات، حيث إنه وغني عن البيان تعد الاختراعات بمختلف أنواعها عصب الحياة المعاصرة فلا نجد مجتمعاً من المجتمعات إلا وهو بحاجة ماسة لاستعمال الاختراعات الحديثة التي باتت لا غني عنها وضرورة ملحة من ضرورات الحياة المدنية، كما أن أهمية هذه الدراسة تكمن في تناول مسألة مهمة للغاية وتمثل قيداً قانونياً حقيقياً على ملاك المخترعات ألا هو نظام التراخيص الإجبارية الذي يحد وبشكل كبير من السلطات الاستثنائية لمالك الاختراع بحيث لا يكون منفرداً في استغلال اختراعه الممنوح عنه براءة لصالحه، وإنما يشاركه الغير في استغلاله على الرغم من سريان مدة الحماية القانونية المقررة لبراءة الاختراع الممنوحة، ولدراستنا الماثلة حول نظام الرخص الإجبارية أهمية خاصة، لأن الدولة المانحة للبراءة تستطيع بواسطتها استخدام سلطتها بإصدار رخصة إجبارية باستغلال البراءة تحقيقاً للمصلحة العامة للدولة المانحة وذلك في الحالات التي يرفض فيها مالك البراءة أو يتقاعس عن استغلال الاختراع محل الحماية القانونية في الدولة المانحة، وهو ما يعرف بمبدأ (تشغيل البراءة) أو لعدم قدرة مالك الاختراع على استغلاله أو لعدم كفاية هذا الاستغلال في تغطية السوق المحلي وغيرها من الحالات، ومن ثم فإن دراسة الرخص الإجبارية يعد ذا فائدة كبيرة من الناحية التنظيرية والواقعية على حدٍ سواء؛ لأنه يمثل طوق النجاة للدولة المانحة لإمكانية الاستفادة المثلى من الاختراع الذي توفر له الحماية القانونية لسد احتياجات جمهور مواطنيها، كما أنه لا يستقيم منطقاً أن تقوم الدولة بمنح براءة اختراع على منتج معين، ولا يتم استغلاله والاستفادة منه على أراضيها؛ لأن قيام المخترع أو مالك البراءة باستغلالها في الدولة المانحة إنما هو مقابل تمتعه بالحماية القانونية، وتجدر الإشارة إلى أن دراسة نظام التراخيص الإجبارية له أهمية قصوى فيما يتعلق بنقل التكنولوجيا الحديثة إلى الدولة المانحة خصوصاً متى كانت هذه الدولة من الدول النامية أو الأقل نمواً، حيث يحظى منح التراخيص الإجبارية في مجال المخترعات الحديثة بأهمية بالغة؛ لأنه يمثل قيداً حقيقياً على حرية مالك البراءة يحد من سلطاته الاستثنائية باستغلال الاختراع محل البراءة القانونية وذلك بهدف تمكين الدولة المانحة للبراءة من إشباع الحاجات الضرورية لمواطنيها، بالإضافة إلى دور

التراخيص الاجبارية في نقل التكنولوجيا الحديثة إلى الدول المانحة التي بحاجة ماسة إليها وخصوصاً الدول النامية والأقل نمواً، كما أن أهمية هذه الدراسة تنبع من كونها تمثل أول دراسة علمية متخصصة في القانون الليبي - على حد علم الباحث - الذي لا يزال متأخراً بالنسبة لتناول موضوعات الملكية الفكرية عموماً ونظام الرخص الإجبارية خصوصاً، حيث إن الباحث لم يجد إلا القليل جداً من الأبحاث التي تتحدث عن موضوع براءات الاختراع دون الوقوف عند موضوع الرخصة الإجبارية على الرغم من أهميتها الكبيرة .

بالإضافة إلى أن هذه الدراسة تعد من قلائل الدراسات التي تناولت موضوع منح التراخيص الإجبارية في مجال المخترعات الجديدة، فحتى الدراسات القليلة الموجودة على الساحة العلمية إنما تناولت حقوق الملكية الفكرية عموماً باعتباره حقاً مالياً كغيره من الحقوق المعترف بها، الأمر الذي أوقع الباحث في مشقة البحث دون أي جدوى عن أي أبحاث أو دراسات متخصصة في موضوع التراخيص الإجبارية في القانون الليبي، وهذا كما سبق وأسلمنا إنما يتعلق بالقانون الليبي بعكس معالجة موضوع الرخص الإجبارية في القانون المصري التي كانت عديدة ومتنوعة بل وكافية لتغطية موضوع هذه الدراسة، أما بخصوص إشكالية دراستنا إنما تكمن في محاولة الإجابة عن جملة من التساؤلات التي نوردتها تباعاً على النحو التالي:

- ما المفهوم القانوني للترخيص الإجباري؟ وما حالاته؟ وما مدى حرية الدولة المانحة للبراءة في إصداره؟
- ما مدى توفيق كل من المشرع الليبي والمصري في تنظيمه للتراخيص الإجبارية وما موقف الاتفاقيات الدولية محل الدراسة من نظام التراخيص الإجبارية؟
- ما هي أوجه القصور في كل من التشريع المصري والليبي بشأن تنظيم الرخص الإجبارية؟ وهل يعد إصدار الرخص الإجبارية كافياً في حد ذاته للاستجابة لمتطلبات إصداره ابتداءً؟
- ما مدى انسجام التشريعات محل الدراسة مع الاتفاقيات الدولية المعنية ببراءة الاختراع ونظام الرخص الإجبارية؟
- هل تأثر نظام الحماية القانونية لبراءة الاختراع بإعمال نظام الرخص الإجبارية؟ وهل من شأن منح هذه الرخص الحد من سطوة الحقوق الاحتكارية لمالكي البراءات

المحمية؟ وهل من الممكن تبني معايير جديدة لتقدير مدى أحقية مالك البراءة المحمية في حصوله على تعويض عادل نظير منح الرخصة الإجبارية؟ لذا وبسبب هذه الإشكاليات فإن الباحث أثر البحث في هذا الموضوع ذي الأهمية البالغة فعسى أن يوفقنا الله تعالى في تناوله، وأن تعم الفائدة العلمية المرجوة منه، وأن يوفر للمكتبة القانونية شيئاً يذكر في مجال الإلمام والدراسة بحقوق الملكية الفكرية عموماً ونظام الرخص الإجبارية خصوصاً، أما بخصوص نطاق هذا البحث فإن الباحث سيتناول بالدراسة والبحث والتحليل موضوع الرخص الإجبارية في مجال الاختراع في كل من القانونين الليبي والمصري بالمقارنة باتفاقية الجوانب المتعلقة من التجارة بحقوق الملكية الفكرية المعروفة اختصاراً (بالترييس).

وسيتطرق الباحث في هذه الدراسة المتخصصة إلى أقوال الفقهاء الأجلاء من رجالات القانون؛ للاستعانة بفقههم وخبرتهم في فهم إشكاليات هذه الدراسة، وما غمض منها على الباحث، وارتأى الباحث أن تنتهج هذه الدراسة المنهج التحليلي كأحد مناهج البحث العلمي عن طريق الوقوف والقراءة المتأنية لكافة نصوص وأحكام القوانين والاتفاقيات محل الدراسة في محاولة للتعلم لفهم هذه الأحكام وتأسيس كافة المبادئ والقواعد القانونية المرتبطة بها وتحليلها بشكل دقيق، وإبداء وجهة النظر الخاصة للباحث بشأن هذه النصوص والأحكام كلما كان لذلك مقام في إطار هذه الدراسة، كما أن الباحث سيعتمد في هذه الدراسة إلى أعمال منهج المقارنة بين كل من أحكام ونصوص القانون الليبي والمصري من جهة، وأحكام ونصوص الاتفاقيات الدولية محل الدراسة، ومحاولة إيضاح موقفها من نظام التراخيص الإجبارية، وبيان مواطن التوفيق في هذه القوانين والاتفاقيات ومواطن القصور فيها، وإمكانية إيفاء موضوع التراخيص الإجبارية حقه من البحث والتحليل كان من اللازم أن تتضمن هذه الدراسة خطة مناسبة ورصينة لتناول التراخيص الإجبارية على الوجه الأكمل والأشمل، ولذا فقد قام الباحث بتقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث رئيسية: تناول في المبحث الأول منها تحديد مفهوم وحالات منح الرخص الإجبارية، أما المبحث الثاني سنتناول فيه الشروط الواجب مراعاتها عند منح الرخص الإجبارية، هذا وقد خصصنا المبحث الثالث للحديث عن التقييم الخاص للباحث لنظام الرخص الإجبارية.

المبحث الأول

مفهوم وحالات التراخيص الإجباري

إن البحث في الحالات الموجبة لمنح التراخيص الإجبارية يتطلب منا تحديد مفهوم التراخيص الإجبارية كقيد على نظام الحماية المقرر لبراءات الاختراع في المطلب الأول، ومن ثم يتسنى لنا أن نتحدث مطولاً عن هذه الحالات التي أوردتها كل من القوانين والاتفاقيات الدولية محل الدراسة، وبشكل مفصل في المطلب الثاني.

المطلب الأول

المقصود بنظام التراخيص الإجبارية

إن الخوض في مسألة تحديد المقصود بنظام الرخص الإجبارية يعد من المسائل المهمة، والتي أفردت لها الكثير من الدراسات المتخصصة جانباً كبيراً من اهتمامها؛ إلا أننا في هذا المقام لا نريد الإسهاب في مسألة تحديد مفهوم نظام الرخص الإجبارية، وإنما نكتفي بإيجاز غير مخل للسمات العامة التي تميز هذا النظام دون الخوض في التفاصيل أو التعرض للاختلافات الفقهية التي قيلت في ماهية نظام التراخيص الإجبارية، ومن ثم فإن الباحث سيتناول في هذا الصدد مسألة التعريف بنظام الرخص الإجبارية في الفرع الأول، وسيتناول مميزات وعيوب هذا النظام في الفرع الثاني.

الفرع الأول

التعريف بنظام التراخيص الإجباري

انطلقت فكرة التراخيص الإجبارية من واقع التزام مالك البراءة باستغلال اختراعه المحمي في الدولة مانحة البراءة، ولذلك كان جزاء عدم استغلالها هو سقوط هذه البراءة الممنوحة، وفي عام ١٨٨٣م تم إبرام اتفاقية باريس^(١)، والتي أقرت في المادة الخامسة منها حق الدولة في تقرير جزاء السقوط كجزاء للإخلال بالالتزام باستغلال البراءة من

(١) لمزيد من التفصيل، انظر، أبو العلا النمر، الحماية الوطنية للملكية الفكرية في ظل اتفاقية باريس، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٣، ٢٠١٧م، ص ٢٦، إبراهيم العيسوي، الجات والنظام العالمي الجديد للتجارة العالمية، مركز دراسات الوحدة، ط ٢، ٢٠١٢م، ص ٣٣، أسامه مجدوب، الجات والبلدان العربية، الدار المصرية اللبنانية، ط ٣، ٢٠١٧م، ص ١٩.

قبل المالك، وفي فترة لاحقة عدلت هذه المادة في مؤتمر لاهاي ١٩٢٥م، وبموجب هذا التعديل تم تبني نظام الترخيص الإلزامي إلى جانب جزاء السقوط، وفي عام ١٩٣٤م أدخلت تعديلات أخرى على نص المادة الخامسة سائلة الذكر في مؤتمر لندن، ومضمون هذه التعديلات هو اعتبار السقوط جزاءً ثانوياً احتياطياً لا يتم اللجوء إليه إلا إذا لم يكف الترخيص الإلزامي لتدارك تعسف المالك في مباشرة حقه الاستثنائي، ولا يجوز اتخاذ هذا الجزاء قبل انقضاء سنتين على منح الترخيص الإلزامي الأول، وهو ما نصت عليه المادة الخامسة من اتفاقية باريس بقولها "أ-.... (٢) لكل دولة من دول الاتحاد حق اتخاذ إجراءات تشريعية تقضي بمنح تراخيص إجبارية لتحويل دون ما قد ينتج من تعسف في مباشرة الحق الاستثنائي الذي تكفله براءة الاختراع كعدم الاستغلال مثلاً.... (٣) لا يجوز النص على سقوط البراءة إلا في حالة ما إذا كان منح التراخيص الإلزامية لم يكن ليكفي لتدارك التعسف المشار إليه، ولا يجوز اتخاذ أية إجراءات لإسقاط البراءة أو إلغائها قبل انقضاء سنتين من منح الترخيص الإلزامي الأول.....".

ثم في مرحلة لاحقة تم إبرام اتفاقية التريبس^(٢) لحماية الملكية الفكرية لتقوم بتنظيم مسألة التراخيص الإلزامية والحد منها، وإن كانت هذه الاتفاقية لم تستعمل تعبير التراخيص الإلزامية، وإنما أثرت تسميه الاستخدامات الأخرى دون الحصول على موافقة صاحب الحق، وهو ما نصت عليه المادة (٣١) من هذه الاتفاقية.

وتميل معظم التشريعات المنظمة لموضوع التراخيص الإلزامية إلى فكرة مؤداها أن منح براءة الاختراع يعد بمثابة مكافأة من المجتمع للمخترع تعطيه حق احتكار استغلال اختراعه لمدة زمنية معينة، وبالتالي فإنه على هذا المخترع أن يرد الجميل للمجتمع بأن يقوم باستغلال اختراعه ليستفيد منه المجتمع، وبالتالي فإن تقرير منح الرخص الإلزامية يمثل في مضمونه جزاء للمخترع صاحب البراءة لعدم استغلالها في نطاق الدولة المانحة، بينما كان الغرض من إصدار الرخص الإلزامية بموجب نصوص اتفاقية

(٢) لمزيد من التفصيل انظر: أحمد جامع، اتفاقيات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢٠١٣م، ص ١٦ وما بعدها، جلال أحمد خليل، النظام القانوني لحماية الاختراعات، مطبوعات جامعة الكويت، ٢٠١٢م، ص ٣٠ وما بعدها، جلال محمد، الحماية القانونية للملكية الصناعية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط ٢، ٢٠١٨، ص ٦٣ وما بعدها.

باريس هي مواجهة تعسف مالكي حقوق الاستثثار في مواجهة الغير كما لو لم يقوم المخترع صاحب البراءة محل الحماية بعملية الاستغلال، وهو ما تضمنته نصوص اتفاقية باريس في المادة الخامسة آنفة الذكر، كما أنه وبالرغم من أن أحكام هذه الاتفاقية واجبة التطبيق على نظام الرخص الإجبارية كأحكام اتفاقية التريبس الجديدة؛ إلا أن ما يلاحظ على نصوص اتفاقية باريس أنها حاولت التوفيق إلى حد ما بين مصالح مالك البراءة في احتكار استغلال الاختراع المحمي وبين مصالح الدولة مانحة البراءة، وإن كانت قد أعطت سلطات واسعة للدول الأعضاء في تقرير منح الرخص الإجبارية^(٣).

وعلى العكس من اتفاقية التريبس التي ارتأت وأضعتها أن أحكام اتفاقية باريس فيما يتعلق بالرخص الإجبارية غير كافية مما يستدعي من وجهة نظرهم إضافة أحكام جديدة من شأنها أن تضيق من مجال حرية الدول الأعضاء في منح التراخيص الإجبارية نظراً لما كان سائداً في ظل سريان أحكام اتفاقية باريس التي أدت إلى مبالغة البعض إلى التوسع في إصدار الرخص الإجبارية مما يهدد مصالح مالكي براءات الاختراع ويقوض حقوقهم^(٤)، هذا وهناك من يرى بأن اتفاقية التريبس لا تغل يد الدولة عن القيام بمسؤوليتها عن حماية مواطنيها وتوفير الخدمات الصحية لهم فموجب هذه الاتفاقية للدول اتخاذ ما يلزم من إجراءات لحماية الصحة العامة بما في ذلك إصدار التراخيص الإجبارية دون الخوف من التعرض لإجراءات الملاحقة بموجب نظام منظمة التجارة الدولية، وللدول أيضاً الحق في تقدير قيام حالة الطوارئ، وفي هذا المجال تشكل المشاكل الصحية لمرض الإيدز والسل الرئوي والملاريا وغيرها من الأوبئة سبباً كافياً لقيام حالة الطوارئ ما يعطي الدول اتخاذ الإجراءات المناسبة.

(٣) انظر: أحمد علي عمر، الملكية الصناعية وبراءات الاختراع، الحملي للطباعة والنشر، الإسكندرية، ط ١، ٢٠١٠م، ص ٩٣، حسام الصغير، أسس ومبادئ اتفاقية التريبس، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٣، ٢٠١٨م، ص ١٦.

(٤) لمزيد من التفصيل انظر: حميد اللهبي، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية في إطار منظمة التجارة العالمية، أطروحة دكتوراه جامعة عين شمس، ٢٠١٤م، ص ٣٥٠. الدكتور/ سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٥، ٢٠١٢م، ص ٢٤٦.

وقد ذهب البعض^(٥) إلى محاولة تعريف الترخيص الإلزامي بأنه: "إجراء إداري لمواجهة الإخلال بالتزامات عقد إداري مبرم بين المخترع والسلطة العامة محله تنفيذ اختراع إشباعاً لاحتياجات المرافق العامة يؤدي هذا الإجراء إلى إحلال الغير محل المخترع الأصلي دون موافقته في تنفيذ ابتكاره مقابل تعويضه بتعويض عادل يحصل عليه مع بقاء الاختراع باسم صاحبه المخترع الأول"، كما عرفه البعض الآخر^(٦) بأنه: "نزع حق استغلال الاختراع جبراً على المخترع أو خلفه لقاء تعويض عادل تقرره الإدارة أو القضاء"، ومن التعريفات التي أضيفت على نظام الترخيص الإلزامي ما قال به جانب من الفقه حيث عرف الترخيص الإلزامي بأنه: "كل تصرف يحصل بمقتضاه مالك البراءة محل الحماية القانونية على مقابل مالي جراء التعدي على حقوقه الاستثنائية"^(٧)، ويعد الترخيص الإلزامي أحد السبل التي تمكن الدول النامية من الارتكان إليه للتخفيف من الآثار السلبية التي يخلقها امتداد البراءة إلى قطاعات حيوية في المجتمع مثل قطاع الدواء، حيث إن الترخيص الإلزامي يساعد إلى حد كبير في توفير الأدوية المشمولة بالحماية وبأسعار معقولة تتناسب مع مستوى الدخل في تلك الدول^(٨)، وبالتالي فقد تكون المصلحة الاقتصادية هي الدافع لمنح الترخيص الإلزامي إذ قد يؤدي استيراد المنتجات محل الاختراع من الخارج إلى تكاليف باهظة لا قبل للدولة بها لهذا، فهي تصرح لجهات الاختصاص باستغلال الاختراع محل الحماية

(٥) الدكتور/ سنيوت حليم دوس، دور السلطة العامة في مجال براءات الاختراع، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨م، ط٢، ص٤٠٧، صلاح عبد اللطيف الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، الدار العلمية الدولية، ط١، ص٢٠١٢م، وما بعدها، سيد أحمد محمود، آلية تسوية المنازعات الناجمة عن اتفاقات الجات، دار الإيمان للطباعة، القاهرة، ط١، ص٢٠١٥م، ص٢٠٥.

(٦) الدكتور/ جلال أحمد خليل، المرجع السابق، ص٣٩٩، الدكتور/ محمد حسنى عباس، الملكية الصناعية والمح المحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ص٢٠١١م، ص٢٢.

(7) Arnol and Janick, (Copolosry Licensing Anyone) 55J. Pat off.sco. 2009- 5cc a l 50.

(٨) انظر: عبد الحميد الأحمد، التراخيص في مجال الملكية الصناعية وتسوية المنازعات الناشئة عنها، الدار اللبنانية للنشر، لبنان، ط٢، ص٢٠١٦م، وما بعدها، محمد حسام لطفي، آثار اتفاقية التجارة العالمية على تشريعات الدول العربية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط٢، ص٢٠١٠م، ص١٣٠.

القانونية محلياً بتكاليف أقل، وذلك لقاء تعويض عادل للمخترع أو خلفه، كما أنه قد يكون الدافع من وراء إصدار التراخيص الإجبارية هو حماية الأمن القومي مما يؤدي إلى منح الترخيص في هذا الخصوص^(٩).

وتجدر الإشارة هنا إلى أن موضوع منح الرخص الإجبارية قد كان محلاً للخلاف في مفاوضات جولة الأرجواي، بسبب ما تضمنته تشريعات كثير من الدول النامية من أحكام تتعلق بمسألة تشغيل براءات الاختراع أو استغلالها خلال فترة محددة داخل الدولة مانحة البراءة، وإلا تعرضت البراءة للإلغاء أو المصادرة أو لإصدار ترخيص إجباري باستغلالها من قبل الدولة دون الحاجة إلى موافقة مالك البراءة في حالة تعسفه أو تقاعسه في استغلال البراءة داخل الدولة المانحة لهذه البراءة أو في حالة رفضه الترخيص الاختياري للغير باستغلالها أو وضعه العراقيل أمام هذا الاستغلال كأن يطلب مبالغ مالية غير معقولة نظير الترخيص وغير ذلك من الأسباب والمبررات التي تقدرها التشريعات الوطنية^(١٠).

وفي خضم هذا الواقع فإن واضعي اتفاقية التريبس وعند إقرار نص المادة (٣١) من هذه الاتفاقية حدثت نقاشات عديدة ومستفيضة رافقها خلافات شديدة بين الدول النامية من جهة والدول المتقدمة من جهة أخرى بشأن إقرار هذه المادة، ومع ذلك فلقد استطاعت الدول النامية بفضل تضافر جهودها التوصل إلى تبني الاتفاقية لنظام الرخص الإجبارية استناداً إلى الهدف من وراء اتفاقات تحرير التجارة العالمية، وهو

(٩) لمزيد من التفصيل انظر: الدكتور/ محمد ابراهيم موسى، براءات الاختراع في مجال الأدوية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط ٢، ٢٠١٨م، ص ١٤٦-١٤٧، الدكتور/ نوري أحمد خاطر، شرح قواعد الملكية الصناعية، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، ط ٣، ٢٠١٦م، ص ٩٨، الدكتور/ سعيد عبد السلام، نزع الملكية الفكرية للمنفعة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ٢٠١٢م، ص ١٥٨-١٦٦، الدكتور/ عبدالله الخشروم، الحماية القانونية للملكية الصناعية، دار الثقافة، عمان، ط ٢، ٢٠١٥م، ص ٩٩.

(١٠) لمزيد من التفصيل انظر: الدكتور/ أحمد جامع، المرجع السابق، ص ٢٦٨، الدكتور/ حميد اللهبي، المرجع السابق، ص ٣٥٠، وقارب ذلك، الدكتور/ منى جمال الدين، الحماية الدولية لبراءات الاختراع، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠١١م، ص ٣٤٠-٣٤١، وهذه الأخيرة قد أشارت إلى ضرورة استفادة الدولة النامية من عمومية نص المادة (٨) من اتفاقية التريبس وتفعيل ذلك لمنح التراخيص الإجبارية في مجال الدواء والغذاء، وهو ما يؤيده الباحث في هذا الخصوص.

تشجيع التجارة الدولية في التكنولوجيا وفي السلع والخدمات، وهو الأمر الذي يتحقق من خلال وسائل وأدوات معينة يأتي في مقدمتها نظام الرخص الإجبارية^(١١)، أما بالنسبة للجهة المختصة بإصدار التراخيص الإجبارية فإن هناك نظامين فيما يتعلق بالجهة المختصة بذلك فالنظام الأول يعطى الحق في إصدار الرخص الإجبارية للسلطة التنفيذية ممثلة في إدارة براءات الاختراع، أما النظام الثاني في منح تراخيص إجبارية فهو يعطى سلطة إصدارها إلى السلطة القضائية كونها الأكثر قدرة على تحقيق الضمانات الكافية لمالكي الحقوق الاستثنائي من حيث مدى لزوم منح التراخيص، ومن حيث تقدير المقابل الذي يحصل عليه مالك البراءة كتعويض عن ذلك، وفي هذا الصدد يذهب البعض إلى أن النظام الأول هو الأكثر فعالية ونجاحة في مجال إصدار التراخيص الإجبارية؛ لكون السلطة الإدارية هي الأقدر من غيرها في معرفة احتياجات السوق المحلي والمطلعة على الأسرار الصناعية، وعلى علوم المخترعين وأصحاب ورجال الصناعة، وبالنتيجة أقدر على تحديد مدى لزوم منح التراخيص الإجبارية، كما أن القول بأفضلية النظام الثاني لتوفر الضمانات القانونية ضد تعسف السلطات الإدارية هو أمر متوفر بموجب النظام الأول لخضوع قرار السلطة الإدارية في مجال منح الرخص الإجبارية للنظر أمام القضاء بالطعن فيه^(١٢)، أما بالنسبة للجهة المختصة بمنح التراخيص الإجبارية في كل من جمهورية مصر العربية وليبيا فإن الجهة المختصة بذلك في جمهورية مصر العربية قد حددتها المادة (٢٣) من قانون حماية الملكية الفكرية رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠٢م، والتي أعطت مكتب براءات الاختراع سلطة منح التراخيص الإجبارية، ولكن لا يتم ذلك إلا بعد موافقة اللجنة الوزارية المشكلة بقرار من رئيس الوزراء المصري، ويتم منح الرخص الإجبارية بناء على عرض من قبل الوزير المختص، أما في ليبيا فإن المشرع الليبي وبموجب قانون براءات الاختراع رقم (٨) لسنة ١٩٥٩م في المادة (٣٠) قد أعطى سلطة منح الرخص الإجبارية لوزير الاقتصاد الوطني، والذي يستطيع أن يمنح كافة الجهات الحكومية رخصة إجبارية باستغلال الاختراع في حالتين وحيدتين وهما تعلق الترخيص بالمنفعة العامة أو بالدفاع

(١١) لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع انظر: الدكتور/ حسام الصغير، المرجع السابق، ص ٢٦٣، الدكتور/ محمد ابراهيم موسى، المرجع السابق، ص ١٥١-١٥٢.

(١٢) لمزيد من التفصيل حول هذا الأنظمة المتبعة في إصدار التراخيص الإجبارية انظر: الدكتور/ عبدالله الخشروم، المرجع السابق، ص ١٠٤-١٠٥، الدكتور/ جلال أحمد خليل، المرجع السابق، ص ٣٧٧.

الوطني، ويذهب الباحث في هذا الصدد إلى أن المشرع المصري قد كان أكثر توفيقاً في تحديده للجهة المختصة بمنح الرخص الإجبارية على النحو السابق بيانه، وكان الباحث يتمنى على المشرع الليبي لو أنه حدا حدو المشرع المصري في هذا الصدد حيث إن إعطاء هذه السلطة لوزير الاقتصاد وحده قد لا يكون دقيقاً في مختلف حالات الرخص الإجبارية، وكان المفترض أن يتم العرض بمنح الرخصة من الوزير المختص في مجال الاختراع محل الترخيص، وأن يتم تحويل هذا العرض من قبل إدارة البراءات إلى لجنة وزارية على مستوى عالٍ من الدراية والخبرة.

الفرع الثاني

مميزات وعيوب التراخيص الإجبارية

يذهب جانب من الفقه^(١٣) إلى أن من شأن إصدار التراخيص الإجبارية أن يضفي أهمية خاصة على نظام براءات الاختراع، لما يحققه من نتائج وما يرتبه من آثار تتمثل في دفع مالك التكنولوجيا أن يقوم بتشغيل الاختراع المحمي قانوناً في الدولة المضيفة له إما بشكل مباشر أو من خلال منح التراخيص الإجبارية، وما يسفر عن ذلك من نقل للتكنولوجيا من الدول المتقدمة إلى الدول النامية، كما أن منح ترخيص إجباري لصالح إحدى الشركات الوطنية من شأنه أن يدفعها هي وغيرها إلى إجراء البحوث العلمية والتطوير فيما تتضمنه البراءة مما يساعد في تكوين قاعدة بحثية وتطبيقية في البلد المضيف، كما يضع الترخيص الإجباري حداً لظاهرة براءات قطع الطريق أي عندما تقوم شركة بشراء كل ما يصدر من براءات في مجال تخصصها الإنتاجي حماية لأسعار منتجاتها في السوق المحلية أو العالمية، فتشتري هذه البراءات الجديدة، ولا تقوم بإنتاجها لاحتكار بيع منتجاتها دون أي منافسة، وبالتالي فمن شأن منح الترخيص في هذه الحالة خلق مناخ شريف للتنافس في السوق الوطنية مما يؤدي إلى الحصول

(١٣) لمزيد من التفاصيل حول مميزات نظام الرخص الإجبارية انظر: الدكتور/ عبدالله الخشروم، المرجع السابق، ص ١٠٧-١٠٨، الدكتور/ محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص ١٤٦، عبدالله درمين، الحماية الدولية للملكية الصناعية، أطروحة دكتوراه، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، ٢٠١٦م، ص ١٧٧ وما بعدها.

على عدة منتجات بأسعار قليلة^(١٤)، ومن مميزات الترخيص الإجباري أيضاً أنه يشجع الشركات الأجنبية للدخول للسوق المحلي؛ لإمكانية الاستفادة من نظام منح الرخص، مما يؤدي إلى إنتاج منتجات تشبع حاجات السوق المحلي، مما يزيد من مستوى الرفاهية الاقتصادية والاجتماعية، وبالرغم مما قيل من المميزات التي يتمتع بها نظام الترخيص الإجباري، وخصوصاً بالنسبة للدول النامية؛ إلا أن البعض ذهب إلى أن من شأن منح التراخيص الإجبارية أنه قد يكون عديم الفائدة بالنسبة للدول النامية نظراً لافتقارها للشركات الفنية المتخصصة ذات القدرات العلمية والتكنولوجية التي تمكنها من إنتاج السلع محل البراءة، كما أن من شأن نظام التراخيص الإجبارية أن يؤدي إلى إحجام مالكي الحقوق الاستثنائية على البراءة عن تسجيل اختراعاتهم خشية عليها من هذا النظام والاعتماد بدلاً من ذلك على الأسرار التجارية، مما يجعل هناك صعوبة كبيرة في توفير الحماية الدولية لبراءات الاختراع خصوصاً وحماية الاختراعات عموماً خارج موطنها، كما أنه في ظل نظام الرخص الإجبارية قد ترتفع أسعار المنتجات أو يؤدي إلى وجود منتجات دون شرط الكفاءة والجودة الفنية ذلك من خلال محاولة احتكار مستغل البراءة بموجب الترخيص السوق المحلي، ويرفع أسعار المنتج دون توافر المواصفات الفنية والكفاءة في هذا المنتج، حيث إن أغلب التشريعات لم تشترط مواصفات معينة فيمن يطلب الترخيص الإجباري، فأى شخص من حقه أن يطلب ذلك في غياب البحث والتأكد من كفاءته الصناعية وقدرته الإنتاجية للاستجابة لاحتياجات السوق المحلي، ومن هنا فإن نظام الترخيص الإجباري يصبح مسخاً للاختراع؛ لأن الذي يعرف تشغيل الاختراع بأعلى كفاءة هو المخترع الأصلي، أما القانون فلم يهتم إلا بمسألة دفع الرسوم في مواعيدها دون البحث في شرط الكفاءة الفنية^(١٥)، كما أن اتفاقية

(١٤) الدكتور/ عبدالله الخشروم، المرجع السابق، ص ١٠٨، سمير جميل الفتلاوى، استغلال براءة الاختراع، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط ٢، ٢٠٠٥م، ص ٨٣، حمد الله محمد حمد الله، الوجيز في حقوق الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٣، ٢٠٠٨م، ص ١٢٢.

(١٥) لمزيد من التفصيل حول عيوب نظام الترخيص الاجباري انظر: الدكتور/ يسري عبد الجليل، حقوق حاملي براءات الاختراع، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط ٣، ٢٠١٣م، ص ٤٤-٤٥، الدكتور/ السيد أحمد عبد الخالق، حماية حقوق الملكية الفكرية من الاحتكار والمنافسة، بحث مقدم الي المؤتمر المنعقد بجامعة المنصورة تحت شعار تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الضارة في الفترة

التربيس على جواز التراخيص الإجبارية، وذلك بموجب نص المادة (٣١)، ويعد ذلك استثناء على الأصل العام وهو الحق القصري لمالك البراءة ما يتيح لدول منظمة التجارة الدولية حرية إعطاء التراخيص الإجبارية للتصنيع ودون إذن المالك، ولكن ضعف هذه الآلية يكمن في أنها تتيح للدول تصنيع الدواء ودون ترخيص لحل المشاكل الصحية الداخلية وليس للتصدير مما يترك الدول النامية والتي تنفق إلى بنية صناعية جيدة دون حماية فعلية^(١٦)، وفي نهاية هذا المطلب نود الإشارة إلى أن نظام التراخيص الإجبارية وبالرغم مما قيل فيه من المزايا أو العيوب إلا أنه يظل أمراً استثنائياً يرد على مجال الحماية الواسعة لمالكي الحقوق الاستثنائية في احتكار استغلال اختراعاتهم محل الحماية القانونية؛ فقد نظم كل من المشرع المصري والمشرع الليبي مسألة التراخيص الإجبارية محددين حالات منح هذه التراخيص وشروطها، كما أن اتفاقية باريس كانت هي أول من نظم مسألة التراخيص الإجبارية بموجب المادة الخامسة، والتي منحت سلطات واسعة للدول الأعضاء في منح هذه التراخيص على عكس ما تضمنته شقيقتها اتفاقية التربيس، والتي حاولت إلى حد كبير الحد من منح الرخص الإجبارية وذلك من خلال تعداد حالات منح الرخص الإجبارية والشروط اللازمة لهذا المنح، مما ضيق كثيراً من مجال منح الرخص، وهو ما سيتضح لنا جلياً عند دراستنا للمادة (٣١) من هذه الاتفاقية.

المطلب الثاني

حالات منح التراخيص الإجبارية في القوانين والاتفاقيات محل الدراسة

لقد عدد كل من المشرع المصري وكذلك اتفاقية التربيس مجموعة من الحالات التي اعتبرت منطاً لمنح التراخيص الإجبارية في حالة توفر مبررات أي من هذه الحالات،

من ٢٩-٣٠ مارس ٢٠١٠م، ص ٢٤، الدكتور/ سنيوت حليم، المرجع السابق، ص ٥٢٥-٥٢٦، الدكتور/ محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص ١٤٧، الدكتور/ عبدالله الخشروم، المرجع السابق، ص ١٠٨-١٠٩.

(16) KARTI PAAS, Compulsory licensing under the TRIPS an agreement – a cruel taunt for developing countries. European intellectual property Review 2011. p. 609.

- See also, Trips-plus intellectual property rules impact on Thailand public health.2013.P.15

ففي بعض الأحيان يكون سبب منح الرخصة الإجبارية هو لمواجهة حالة الضرورة أو الطوارئ القصوى أو دعم الجهود الوطنية في مجالات محددة، أو إذا كان لاستغلال الاختراع المحمي في مجال أغراض المنفعة العامة غير التجارية (الفرع الأول). وقد يكون السبب وراء منح الترخيص الإجباري معالجة حالة خاصة بتوفير الأدوية في حالة عجز الكمية المنتجة منها عن سد احتياجات السوق المحلية أو انخفاض جودة المعروض منها أو ارتفاع الأسعار (الفرع الثاني)، وكذلك قد يمنح الترخيص كجزاء على امتناع مالك الحق الاستثنائي عن استغلال اختراعه المحمي بالبراءة أو عدم كفاية هذا الاستغلال (الفرع الثالث) بالإضافة إلى ذلك قد يكون منح الترخيص معالجة ضرورية لحالات التعسف أو الممارسات المضادة للمنافسة الشريفة (الفرع الرابع)، وأخيراً وليس آخراً قد يكون السبب من وراء منح الرخص الإجبارية لمعالجة حالة البراءات المرتبطة أو منحه في مجال تكنولوجيا أشباه الموصلات (الفرع الخامس)، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الليبي في قانون براءات الاختراع لم يرقم بتعداد هذه الحالات السالفة الذكر وإنما اكتفى بتحديد وتعداد حالتين يهتمين وهما تعلق الاختراع المحمي بالمنفعة العامة أو الدفاع الوطني كما سيرد تفصيله في هذا المطلب.

الفرع الأول

أغراض المنفعة العامة غير التجارية ومواجهة الطوارئ ودعم الجهود الوطنية

تتضمن هذه الحالة من حالات منح التراخيص الإجبارية في حقيقتها مجموعة من المبررات ذات الأهمية البالغة بالنسبة للدولة مانحة الترخيص، ويأتي على رأس هذه الحالات البالغة الأهمية حالة المنفعة العامة غير التجارية (أولاً)، أما الحالة الثانية في جواز منح الترخيص الإجباري فهي متى وجدت حالة من حالات الطوارئ أو الضرورة (ثانياً)، أما الحالة الثالثة فإنها تجد مبررها في كون منح الترخيص الإجباري من شأنه أن يدعم الجهود الوطنية للدولة المانحة للترخيص في مجالات مهمة للغاية (ثالثاً).

أولاً- منح الترخيص الإجباري في حالة المنفعة العامة غير التجارية:

نصت على هذه الحالة من حالات منح الرخص الإجبارية المادة (٢٣) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري في فقرتها (أولاً) والتي نقرأ فيها "يمنح مكتب براءات

الاختراع -بعد موافقة لجنة وزارية تشكل بقرار من رئيس مجلس الوزراء- تراخيص إجبارية باستغلال الاختراع، وتحدد اللجنة الحقوق المالية لصاحب البراءة عند إصدار هذا الترخيص، وذلك في الحالات الآتية:

أولاً- إذا رأى الوزير المختص -بحسب الأحوال- أن استغلال الاختراع يحقق ما يلي:
١- أغراض المنفعة العامة غير التجارية ويعتبر من هذا القبيل أغراض المحافظة على الأمن القومي والصحة، وسلامة البيئة والغذاء....".

ومن خلال القراءة المتأنية لنص هذه المادة يتضح لنا أن المشرع المصري قد أجاز منح تراخيص إجبارية للاستغلال في المجالات التي تحقق المصلحة العامة، ودون أن تستهدف تحقيق الأرباح أي لا تهدف إلى تحقيق مصالح تجارية، فهنا يقوم مكتب براءات الاختراع بإصدار قرار منح الرخصة الإجبارية لاستغلال براءة اختراع محمية يملكها شخص ما، وذلك بعد حصوله على الموافقة من اللجنة الوزارية المشكلة وفقاً لنص هذه المادة، ودون الحاجة إلى الموافقة المسبقة لصاحب الحقوق الاستثنائية لهذا الاختراع المحمي، ومن الأمثلة التي أوردها المشرع المصري لحالة المنفعة العامة غير التجارية استغلال البراءة المحمية في مجال حماية وصيانة الأمن القومي المصري أو الصحة العامة أو سلامة البيئة الطبيعية والغذاء، ويعتقد الباحث بأن هذه الحالات قد أوردها المشرع المصري على سبيل المثال لا الحصر، وهو ما نلمسه في عبارة (من هذا القبيل) مما يعني أنه يمكن أن تنضوي تحت هذا النص حالات أخرى قد يعتبرها المشرع المصري من قبيل المنفعة العامة غير التجارية، والتي من شأن منح تراخيص بشأنها حماية النظام العام المصري سواء الاجتماعي أو الاقتصادي أو السياسي، وقد خولت هذه الفقرة اللجنة الوزارية أن تحدد التعويض المناسب لمالك الحقوق الاستثنائية نظيراً لمنح الترخيص الإجباري.

ومما يلاحظ في هذه الحالة أن المشرع لم يشترط الحصول على موافقة مالك البراءة أو حتى عرض شروط معقولة للتفاوض معه بشأن استغلال الاختراع محل الحماية القانونية، وهو ما نصت عليه المادة (٢/٢٣) بقولها: "..... ويصدر الترخيص الإجباري لمواجهة الحالات الواردة في البندين (١)، (٢) دون الحاجة إلى تفاوض مسبق مع صاحب البراءة أو لانقضاء فترة من الزمن على التفاوض معه، أو لعرض شروط معقولة للحصول على موافقته بالاستغلال...."، وعلى الرغم من حكم هذه المادة؛ فإن المشرع المصري قد تطلب أن يتم إخطار مالك البراءة بشكل فوري بقرار منح الترخيص

الإجباري، حيث نصت المادة (٣/٢٣) على أنه: "يلزم إخطار صاحب البراءة بقرار الترخيص الإجباري بصورة فورية في الحالات الواردة في البندين (١) و(٣) وفي أقرب فرصة معقولة تتيحها الحالات الواردة في البند (٢)".

ونفس الحكم قد نصت عليه في هذا الصدد اتفاقية التريبس في المادة (٣١) والتي جاء فيها: "...يخطر صاحب الحق في البراءة، مع ذلك حال ما يكون ذلك ممكناً عملياً وفي حالة الاستخدام غير التجاري لأغراض عامة، حيثما تعلم الحكومة أو المتعاقد معها، دون إجراء بحث حول ما إذا كانت هناك براءة اختراع، أو كانت لديها أسباب بيّنه لمعرفة أنه يجري استخدام براءة صالحة أو أنها ستستخدم من قبل الحكومة أو لحسابها فإنه يتم إخطار صاحب الحق في براءة الاختراع فوراً...".

ويذهب الباحث في هذا الصدد إلى أن الحكمة التي كان المشرع المصري قد ابتغاها من إيراد هذه الحالة هو حرصه على سلامة اللحمة الوطنية لكامل تراب جمهورية مصر أو صيانتها من كل اعتداء عليه، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن الهدف يكمن في رغبة المشرع في حماية هذه المصالح المتعلقة بصحة أفراد المجتمع وبيئته وغذائه، حيث إن مثل هذه المسائل تعد ذات أهمية كبيرة، وتمثل حاجة ملحة لجميع أفراد المجتمع، ومن شأن ترك احتكار الاستغلال لمالكي البراءات والذين يسعون إلى تحقيق الربح فقط أن يؤدي إلى خلق العديد من المشاكل التي لا حصر لها، والتي تهدد الكيان الاجتماعي المصري بالخطر، وقد نصت على هذه الحالة من حالات منح الرخص الإجبارية المادة (٣١) في اتفاقية التريبس تحت عنوان: (الاستخدامات الأخرى بدون الحصول على موافقة صاحب الحق)، والتي نصت على أنه: "حين يسمح قانون أي من البلدان الأعضاء باستخدامات أخرى للاختراع موضوع البراءة الممنوحة دون الحصول على موافقة صاحب الحق في البراءة بما في ذلك الاستخدام من قبل الحكومة أو أطراف ثالثة مخولة من قبل الحكومة على البلدان الأعضاء احترام الأحكام التالية:

ب) لا يجوز السماح بهذا الاستخدام إلا إذا كان من ينوى الاستخدام قد بذل جهوداً قبل هذا الاستخدام للحصول على ترخيص صاحب الحق في البراءة بأسعار وشروط تجارية معقولة، وأن هذه الجهود لم تكلل بالنجاح في غضون فترة زمنية معقولة، ويجوز للبلدان الأعضاء منح إعفاء من هذا الشرط في حالة وجود طوارئ قومية أو أوضاع أخرى ملحة جداً أو في حالات الاستخدام غير التجاري لأغراض المنفعة العامة وفي حالة الطوارئ القومية الملحة أو الأوضاع الأخرى الملحة جداً..."، وبالتالي ومن خلال نص

كل من المادتين (٢٣) من القانون المصري و(٣١) من اتفاقية التريبس نستطيع القول بأن كلاً من المشرع المصري واتفاقية التريبس قد أقرّا هذه الحالة من حالات منح الرخص الإجبارية، وهو مسلك حميد وموفق منهما، وذلك لأهمية معالجة الحالات التي تعد أساسية لتحقيق المصلحة العامة سواء في مجال الأمن القومي، أو الصحة، أو سلامة الغذاء، والبيئة وغيرها من المسائل التي يجوز أن تشملها هذه الحالة.

وتجدر الإشارة في إطار هذه الحالة من حالات منح التراخيص الإجبارية إلى أن المشرع الليبي قد تبني هو الآخر هذه الحالة، حيث إن المادة (٣٠) من قانون براءات الاختراع قد أقرت منح رخصة إجبارية متى تعلق الاختراع محل الحماية القانونية بالمنفعة العامة أو الدفاع الوطني، ومما يلفت نظر الباحث في هذه المادة أنها لم تأت على تعداد حالات أخرى يمكن من خلالها منح الرخص الإجبارية أسوة بنص (٢٣) من القانون المصري، وإنما اكتفى المشرع الليبي بذكر هذه الحالة فقط، وفي الوقت الذي يعتبر فيه الباحث ذلك قصوراً تشريعياً يجب تلافيه من قبل المشرع الليبي.

لذا فإن الباحث يعتقد بأن المشرع قد قصد من خلال عبارة (المنفعة العامة) الواردة في نص المادة (٣٠) المشار إليها أن يغطي بهذا عن طريق هذا التعبير كافة الحالات الأخرى لمنح الرخص الإجبارية نظراً لعمومية نص هذه المادة، كما أن مختلف حالات منح الرخص الإجبارية تستهدف أولاً وأخيراً تحقيق المصلحة العامة، إلا أنه ومع هذا كله كان أجدى بالمشرع الليبي أن يعدد هذه الحالات منعاً للاجتهاد في هذا المجال الحساس من مجالات الملكية الفكرية، ناهيك إذا علمنا أن منح التراخيص في حد ذاته يعد قيداً استثنائياً على الحقوق الاستثنائية لمالك البراءة.

ثانياً- منح الترخيص في حالات الطوارئ والضرورة القصوى:

نصت عليه المادة (٢٣) من القانون المصري بقولها: "٢٠٠- مواجهة حالات الطوارئ أو ظروف الضرورة القصوى...."، ويذهب بعض الباحثين^(١٧) في معرض

(١٧) الدكتور/ نصر أبو الفتوح، حماية الملكية الفكرية في مجال صناعة الدواء، أطروحة دكتوراه، جامعة المنصورة، ٢٠١٩م، ص ٣٨٣، الدكتور/ حميد اللهبي، المرجع السابق، ص ٣٥٢-٣٥٣، ناجي أحمد أنور، التراخيص الاختبارية والإجبارية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠١٢م، ص ٢٢٢. إبراهيم أحمد، آثار اتفاق تريبس على النواحي التجارية لحقوق الملكية الفكرية، بحث منشور في مجلة البحوث الصناعية، المجلد السابع، ع ٣، ٢٠١٢م، ص ١٥ وما بعدها.

التعليق على هذه الفقرة إلى أنها تتعلق بحالة الظروف العامة غير العادية كحالات الحروب أو الفيضانات أو الكوارث ويكون من شأن استخدام الاختراع في مثل هذه الحالات التخفيف من آثار هذه الطوارئ غير الاعتيادية، ومن الأمثلة على هذه الحالة أيضاً حالة انتشار الأمراض أو الأوبئة الفتاكة بالإنسان أو الحيوان أو النبات، ومن ثم يمكن القول بأنه يجب أن تكون هناك حالة من الضرورة أو الطوارئ لإمكانية صدور هذه التراخيص في هذه الحالة، وبالتالي لا يجوز للدولة أن تمنح التراخيص مثلاً في حالة حدوث بعض الاضطرابات السياسية المحدودة في البلاد.

ومن خلال فهم الباحث لهذا النص نلاحظ أن المشرع المصري لم يتطلب إخطار مالك البراءة محل الترخيص الإلزامي بشكل فوري بقرار المنح، وهو ما نصت عليه المادة (٢٣) والتي جاء فيها: "ويلزم إخطار صاحب البراءة بقرار الترخيص الإلزامي بصورة فورية في الحالات الواردة في البندين (١)، (٣) وفي أقرب فرصة معقولة تتيحها الحالات الواردة في البند (٢)..."، وهو ما يفهم بشكل جلي في نص المادة (٣١) من اتفاقية التريبس السابق الإشارة إليها أيضاً والتي نصت في هذه الجزئية على أنه: "... ويجوز للبلدان الأعضاء منح إعفاء من هذا الشرط في حالة وجود طوارئ قومية أو أوضاع أخرى ملحة جداً...".

وفي هذه الحالة من حالات منح الرخص الإلزامية؛ فإن كل من المشرع المصري واتفاقية التريبس لم يشترطان الحصول على الموافقة المسبقة لمالك الحقوق الاستثنائية على البراءة محل الترخيص، ولا حتى إبلاغه فوراً بقرار المنح، وإنما يتم إبلاغه في هذه الحالة في أقرب فرصة معقولة، وهي العبارة التي استخدمها المشرع المصري، فيما استخدمت اتفاقية التريبس عبارة (حال ما يكون ذلك ممكناً عملياً) كما سبق وأوضحنا، ويذهب الباحث من خلال هذا النص أن كلاً من المشرع المصري واتفاقية التريبس قد قاما بتقدير طبيعة حالة الطوارئ أو الضرورة القصوى، حيث إنه في الغالب لا يكون هناك متسع من الوقت لإبلاغ مالك البراءة محل الترخيص بقرار المنح، وإنما يكون ذلك في أقرب وقت مناسب بعد أو أثناء الحالة الطارئة، ولكل دولة من دول الأعضاء أن تحدد مدة هذه الفترة المعقولة وفقاً لطبيعة الظروف الحرجة التي تمر بها.

ثالثاً- حالة منح الترخيص لدعم الجهود الوطنية في المجالات ذات الأهمية:

نصت عليه المادة (٣/٢٣) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري والتي جاء فيها: "... ٣- دعم الجهود الوطنية في القطاعات ذات الأهمية للتنمية الاقتصادية

والاجتماعية والتكنولوجية وذلك دون إخلال غير معقول بحقوق مالك البراءة، مع مراعاة المصالح المشروعة للغير..."، ويتضح لنا من خلال نص هذه المادة أن المشرع قد أجاز منح التراخيص الإجبارية في المجالات التي من شأنها أن تدعم الجهود الوطنية للتنمية سواء أكان ذلك في المجال الاقتصادي أو الاجتماعي أو نقل التكنولوجيا، وبالتالي فإنه يجوز للوزير المختص في أي من هذه القطاعات الحيوية جداً أن يطلب منح ترخيص إجباري لدعم الجهود الوطنية في هذا القطاع أو ذاك حسب اختصاصه، وهو ما يرى الباحث بأنه يمثل فائدة قصوى في المجالات التي تمس المجتمع بشكل مباشر؛ كالسلع والمنتجات الضرورية لحياة الإنسان، أو الحيوان أو النبات، وأكبر مثال على ذلك قطاعي الدواء والغذاء، ويذهب أحد الباحثين^(١٨) في معرض تعليقه على هذه الفقرة من المادة (٢٣) إلى أن هذه الحالة تعد مخالفة لما جاءت به اتفاقية التريبس حيث إن الاتفاقية قد وضعت ضمن شروط منح التراخيص الإجبارية أن تنظر إلى كل ترخيص في حدود جدارته الذاتية، وبالتالي لا يجوز منح الرخص الإجبارية عن اختراع معين لمجرد أنه ينتمي إلى مجال تكنولوجي أو اقتصادي معين وذي أهمية للتنمية، وتجدر الإشارة إلى أن هذه الحالة التي أوردها المشرع المصري مشكوراً لم نجد لها نظيراً في اتفاقية التريبس عند تعدادها لحالات الرخص الإجبارية، وإن كان الباحث يذهب إلى خلاف الرأي السابق وعدم مشاطرته الرأي بأنه يمكن أن يكون لهذه الحالة من حالات الرخص الإجبارية لها سند ضمن عمومية نص ديباجة هذه الاتفاقية، وهو ما يفهم كذلك من نص المادة (٧) بشأن دور الاتفاقية في التشجيع على نقل التكنولوجيا، كما أن هذه الحالة تجد أساسها بشكل واضح في نص المادة الثامنة أيضاً التي أعطت الدول الأعضاء اتخاذ التدابير اللازمة لحماية ودعم القطاعات ذات الأهمية الحيوية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية، وهو ما يؤيده الباحث ويميل إليه.

(١٨) الدكتور/ منى جمال الدين، الحماية الدولية لبراءة الاختراع، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠١١م، ص ٣٥٦، وقارب ذلك، سعيد النجار، الجوانب القانونية والاقتصادية لمبادئ الجات ومنظمة التجارة العالمية، بحث مقدم الي مؤتمر الملكية الفكرية الصناعية، المنعقد في دولة الإمارات، خلال الفترة من ٩-١١ مايو ٢٠٠٩م، ص ٢٢، كمال محمد أبو سريع، حق الملكية في براءة الاختراع، بحث منشور في مجلة قضايا الحكومة، السنة ٢٦، ع ٣، ٢٠١٥م، ص ١٧.

الفرع الثاني

حالة منح التراخيص الإجبارية في مجال الأدوية

تعد هذه الحالة الخاصة من حالات منح التراخيص الإجبارية على درجة عالية من الأهمية، ويرى الباحث بأن المشرع المصري قد أحسن صنعاً بتناول هذه الحالة بشكل مستقل؛ نظراً لخطورتها، وهو ما نصت عليه المادة (٢٣) في فقرتها (ثانياً)، والتي جاء فيها: "إذا طلب وزير الصحة في أية حالة من حالات عجز كمية الأدوية المحمية بالبراءة من سد احتياجات البلاد أو انخفاض جودتها أو الارتفاع غير العادي في أسعارها، أو إذا تعلق الاختراع بأدوية الحالات الحرجة أو الأمراض المزمنة أو المستعصية أو المستوطنة أو بالمنتجات التي تستخدم في الوقاية من هذه الأمراض سواء تعلق الاختراع بالأدوية، أو بطريقة إنتاجها، أو بالمواد الخام اللازمة لإنتاجها ويجب في جميع هذه الحالات إخطار صاحب البراءة بقرار الترخيص الإجباري بصورة فورية".

ويذهب الباحث من خلال هذا النص إلى أن المشرع المصري قد حالفه التوفيق الكبير والوطنية العالية، بإيراده لهذه الحالة الخاصة التي أفرد لها الأحكام التي تتناسب طبيعتها وأهميتها، بأن قرر منح تراخيص إجبارية في هذا المجال المهم والحيوي لحياة الإنسان ألا وهو قطاع الدواء في جمهورية مصر العربية، حيث يجوز لوزير الصحة المصري أن يطلب منح ترخيص إجباري في حالة ما إذا كان هناك عجز في كمية الأدوية في السوق المحلي أو أنها موجودة ولكن جودتها وفعاليتها ليست في مستوى المواصفات الصحية المطلوبة في هذا المنتج، وكذلك في الحالة التي يكون فيها سعر الدواء مرتفعاً بالمقارنة بالحالة الاقتصادية للمواطن المصري، وسواء كانت هذه الأدوية لعلاج الأمراض العادية أو أدوية الحالات الحرجة أو المستعصية أو المستوطنة، بل إنه يجوز منح الترخيص الإجباري حتى عن تلك المنتجات التي تستخدم في الوقاية من هذه الأمراض مما يعد مسكلاً حميداً بحق للمشرع المصري، على الرغم من الموقف الواضح للباحث حيال مدى جواز منح مدة حماية طويلة لهذا النوع من الاختراعات، ويذهب البعض^(١٩) في معرض تعليقه على هذه الحالة بأن صياغة نص المادة (٢٣)

(١٩) الدكتور/ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ٢٧٤، وقارب ذلك الدكتور نصر أبو الفتوح، المرجع السابق، ص ٣٩٥، محمود مختار بريري، الالتزام باستغلال المبتكرات الجديدة، دار النهضة

بخصوص جواز منح ترخيص إجباري في قطاع الدواء قد جاءت على سبيل الحصر في تعدادها لهذه الحالات؛ لأن صياغة نص الفقرة (ثانياً) لا تسمح بالقياس عليه، كما أن قرار منح الترخيص في حد ذاته يعد أمراً استثنائياً على الحقوق الاستثنائية لمالك البراءة في احتكار استغلالها، وبالتالي فإن هذا الاستثناء لا يجوز القياس عليه أو التوسع فيه الأمر الذي يتطلب أيضاً أنه يجب أن يكون طلب وزير الصحة في هذا الخصوص من ضمن هذه الحالات المحددة، وأن يكون مدعماً بالأسانيد المبررة لمنح قرار الترخيص وفقاً للقانون، كما لا يفوت الباحث في هذا الصدد ضرورة التذكير بحكم المادة (١٨) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري، والتي أقرت إنشاء صندوق لموازنة أسعار الدواء في جمهورية مصر العربية، والتي جاء فيها: "ينشأ صندوق لموازنة أسعار الدواء -غير المعد للتصدير- وتكون له الشخصية الاعتبارية ويتبع وزير الصحة والسكان وذلك لتحقيق التنمية الصحية وضمان عدم تأثر تلك الأسعار بما يطرأ من متغيرات، ويصدر بتنظيم الصندوق وتحديد موارده المالية قرار من رئيس الجمهورية على أن يكون من بين هذه الموارد ما تقبله الدولة من مساهمات من الدول المانحة والمنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية"، وما يمكن أن يستخلصه الباحث من هذا النص هو حرص المشرع المصري على مسألة الدواء ومعرفة خطورتها على كافة شرائح المجتمع المصري الأمر الذي تطلب إنشاء هذا الصندوق، والذي بالرغم من تبعيته الإدارية لوزير الصحة إلا أن تنظيم هذا الصندوق وتحديد موارده تحظى برعاية مباشرة من فخامة رئيس الجمهورية المصرية، وهذا إن دل فإنما يدل على الأهمية الكبرى والقصوى لقطاع الدواء وخطورته، أما بالنسبة لموقف اتفاقية التريبس من هذه الحالة الخاصة بالأدوية كحالة من حالات منح الرخص الإلزامية فإن الاتفاقية لم تلم بتناول هذه الحالة عند تعدادها لحالات منح الرخص الإلزامية، ولكن الباحث يذهب إلى أن هذه الحالة تجد سندها في نص المادة الثامنة من اتفاقية التريبس، والتي نصت على أنه: "يجوز للبلدان الأعضاء عند وضع أو تعديل قوانينها ولوائحها التنظيمية، اعتماد التدابير اللازمة لحماية الصحة العامة و...."، ومن هذه التدابير لاحتياجات في السوق المحلي في أي من الدول النامية المانحة للبراءة عن هذه المنتجات الدوائية هذا

العربية، القاهرة، ط ٥، ٢٠١٦م، ص ١٥٥، نعيم أحمد نعيم، الحماية القانونية لبراءة الاختراع، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ط ١، ٢٠٠٨م، ص ٢٠٣.

بالإضافة إلى اتخاذ هذا التدبير لمواجهة غلاء الأسعار أو تلك الحالة التي تكون فيها الأدوية متوفرة وأسعارها مناسبة جداً، ولكن فعالية هذه الأدوية منخفضة، وتحت مستوى المواصفات القياسية.

الفرع الثالث

حالة الامتناع عن استغلال البراءة أو عدم كفايته

يعد استغلال البراءة من قبل مالكيها هو جوهر حقوقه والتزاماته، حيث إنه وكما سبق وأوضحنا ضمن طيات هذه الدراسة بأن الحق الاستثنائي الذي يتمتع به مالك البراءة باحتكار استغلال اختراعه المحمي قانوناً ما هو إلا مكافأة له من قبل المجتمع الذي سيحقق منافع كبيرة من وراء استغلال هذا الاختراع^(٢٠)، لذا فإن عدم قيام صاحب البراءة باستغلالها أو عدم كفاية هذا الاستغلال أو التوقف عنه دون عذر مشروع تعد من المسائل الخطيرة التي تؤثر على التنمية في الدولة مانحة البراءة فهذه الأخيرة طبعاً -وإزاء هذا الوضع- لن تقف مكتوفة الأيدي، وإنما ستقوم بمنح رخصة إجبارية لاستغلال الاختراع بشكل فعال مما يحقق المصالح العامة للمجتمع، وهذا ما دعا المشرع المصري كغيره إلى تبني هذه الحالة من الحالات التي تجيز إصدار أو منح هذا الترخيص، وهو ما نصت عليه المادة (٢٣) في فقرتيها (ثالثاً)، (رابعاً) والتي نقرأ فيهما: "... ثالثاً: إذا رفض صاحب البراءة الترخيص للغير باستغلال الاختراع -أيأ كان الغرض من الاستغلال- رغم عرض شروط مناسبة، وانقضاء فترة تفاوض معقولة. ويتعين على طالب الترخيص الإجباري في هذه الحالة أن يثبت أنه قد بذل محاولات جدية للحصول على الترخيص الاختياري من صاحب البراءة، رابعاً: إذا لم يقوم صاحب البراءة باستغلالها في جمهورية مصر العربية، بمعرفته أو بموافقه أو كان استغلالها استغلالاً غير كافٍ رغم مضي أربع سنوات من تاريخ تقديم طلب البراءة أو ثلاث سنوات من تاريخ منحها أيهما أطول وكذلك إذا أوقف صاحب البراءة استغلال الاختراع بدون عذر مقبول لمدة تزيد على سنة، ويكون الاستغلال بإنتاج المنتج موضوع الحماية في جمهورية مصر العربية، أو باستخدام طريقة الصنع المحمية ببراءة الاختراع فيها،

(٢٠) انظر: حازم السيد حلمي، حماية حقوق الملكية الفكرية في ظل اتفاق التريبس في البلدان النامية، أطروحة دكتوراه، جامعة المنصورة، ٢٠١٨م، ص ٢٣٣.

ومع ذلك إذا رأى مكتب براءات الاختراع، رغم فوات أي من المادتين المشار إليهما، أن عدم استغلال الاختراع يرجع إلى أسباب قانونية أو فنية أو اقتصادية خارجة عن إرادة صاحب البراءة، جاز أن يمنحه مهلة أخرى كافية لاستغلال الاختراع"، حيث يعالج المشرع من خلال هذه الحالة امتناع مالك الحقوق الاستثنائية على الاختراع المحمي القيام باستغلاله سواء كان ذلك بالامتناع عن منح الغير ترخيصاً اختيارياً بشروط مناسبة أم أن مالك الاختراع المحمي كان يستغل الاختراع ولكن هذا الاستغلال غير كافٍ لتغطية احتياجات السوق المحلي في المجتمع مانح البراءة أو أن مالك الحقوق الاستثنائية قد أوقف استغلاله دون عذر مقبول ففي كل هذه الحالات يجوز لإدارة البراءات أن تمنح ترخيصاً إجبارياً للغير للقيام بعملية الاستغلال المثلى لهذا الاختراع دون الحاجة إلى موافقة مالك الحقوق الاستثنائية على البراءة، وبالتالي فإن عدم قيام مالك البراءة باستغلالها أو في حالة كون هذا الاستغلال غير كافٍ فإنه بعد مضي أربع سنوات من تاريخ تقديم طلب الحصول على البراءة أو بمرور ثلاث سنوات من تاريخ الحصول عليها جاز منح الرخصة الإجبارية للغير، أما في حالة قيام مالك الاختراع المحمي بالتوقف دون عذر مقبول عن استغلال الاختراع فإن مدة السماح تكون أقصر بالمقارنة بسابقتها، حيث حدد المشرع المصري مدة سنة يتم بعدها منح الترخيص الإجباري باحتكار استغلال هذه البراءة.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري قد كان متسامحاً للغاية بالرغم من قسوة هذه الحالة من حالات منح التراخيص وخطورتها- عندما أجاز منح مهلة إضافية أخرى لمالك الحقوق الاستثنائية على البراءة لإعادة حساباته ومعاودة الاستغلال الأمثل للبراءة المحمية، حيث أجاز منح المهلة الإضافية إذا كان عدم الاستغلال راجعاً إلى أسباب قانونية أو فنية أو اقتصادية خارجة عن إرادة مالك البراءة. كما أنه يجب على طالب الترخيص الإجباري إقامة الحجج والأسانيد والأدلة على حدوث عملية التوقف لمدة سنة كاملة، وفي هذا الصدد يذهب البعض^(٢١) إلى أن المشرع المصري لم يكن محقاً في

(٢١) الدكتور/ نصر أبو الفتوح، المرجع السابق، ص ٣٨٧، وقارب ذلك الدكتور/ السيد حسن البدرائي، القانون المصري لحماية حقوق الملكية الفكرية، سماته الرئيسية ومدى توافقه مع المعايير الدولية، بحث مقدم إلى حلقة الواييو الوطنية حول الملكية الفكرية، القاهرة، من ١٣-١٦ ديسمبر ٢٠١٦م، ص ٦.

عدم تحديده مدة المهلة الإضافية التي يجوز لمكتب براءات الاختراع أن يمنحها لمالك البراءة ولما كانت الأسباب المبررة لمنح هذه المهلة فضفاضة وغير محددة، وتندرج تحتها العديد من المبررات؛ فإن هذا الأمر بحق يفرغ النص من مضمونه، كما أنه وبالتمعن في نص المادة (٢٣) في فقرتها (رابعاً) ويذهب الباحث إلى أن المشرع المصري خيراً فعل باشتراطه أن يتم استغلاله داخل جمهورية مصر العربية سواء تعلق هذا الاستغلال بإنتاج السلعة أو تعلق باستخدام طريقة صناعية لإنتاج سلعة ما، ومن ثم فإن أحكام الترخيص الإجباري بالنسبة لهذه الحالة لا تشمل مسألة استغلال المنتج أو استعمال الطريقة محل الحماية خارج حدود جمهورية مصر وللتصدير للخارج، حيث إن الأساس في منح الرخصة الإجبارية في هذه الحالة هو أن يكون الاستغلال داخل حدود التراب المصري، ويذهب البعض^(٢٢) إلى أن الاستغلال هو تصنيع السلعة الذي يعقبه عرض للبيع، وتعريف الاستغلال باعتباره تصنيعاً ما للسلعة هو الرأي الأقرب إلى ما يحقق مصالح الدول النامية، وأن عدم التزام مالك البراءة بتصنيع السلعة داخل الدولة مانحة البراءة من شأنه أن يفرغ التزام المالك من مضمونه؛ لأن الهدف من فرض هذا الالتزام هو دفع عجلة التنمية الصناعية ونقل التكنولوجيا إلى الدولة المانحة، كما أن هذا التفسير يتعارض مع ما ورد في ديباجة اتفاقية التريبس، ويذهب أحد الباحثين^(٢٣) في معرض تعليقه على هذه المادة إلى أن تحديد مهلة معينة يتم الاستغلال خلالها أو اشتراط أن يكون الاستغلال ضمن حدود الدولة المصرية يعد أمراً مخالفاً لنصوص اتفاقية التريبس التي تعد مصر أحد الأعضاء فيها حيث أن المادة (٢٧) في فقرة (١) من هذه الاتفاقية لم تشترط أن يتم الاستغلال عن طريق تصنيع المنتج في البلد مانح البراءة وإنما يعد استغلالاً في نظر الاتفاقية أن يقوم مالك الحقوق الاستثنائية بطرح المنتج في الأسواق، حتى ولو قام بصنعه في بلد آخر، وكذلك المدة

(٢٢) الدكتور/ حسام الصغير، المرجع السابق، ص ٢٧٦، الدكتور/ محمود مختار بربري، المرجع السابق، ص ٤٧٧، الدكتور/ منى جمال الدين، المرجع السابق، ص ٣٣٦.
(٢٣) الدكتور/ منى جمال الدين، المرجع السابق، ص ٣٥٧-٣٥٨، وقارب ذلك، حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا دراسة في الآليات القانونية الدولية، دار النهضة العربية، ص ٢١، ٢٠٠٧م، ص ٨٨، عبد الرحيم عنتر، حقوق الملكية الصناعية والتجارية وأثرها الاقتصادية، دار الفكر الجامعي، ط ١، ٢٠١٣م، ص ١٥٣.

التي حددتها الفقرة بالنسبة لإيقاف الاستغلال دون عذر قهري لمدة تزيد على سنة مخالفة هي الأخرى لنصوص اتفاقية التريبس، وهذه الأخيرة كانت قد أحالت في شأن منح التراخيص الإجبارية إلى المادة الخامسة من اتفاقية باريس، والتي حددت هذه المدة بأربع سنوات من تاريخ تقديم طلب الحصول على البراءة أو بثلاث سنوات من تاريخ المنتج.

وللرد على رأى زميلنا الباحث سالف الذكر يذهب الباحث إلى أنه وعلى الرغم من احترامنا لوجهة النظر هذه؛ إلا أن الباحث لا يشاطرها الرأي، حيث إن الاستدلال بنص المادة (١/٢٧) والذي جاء نصاً عاماً ومطلقاً دون تناول واضح لهذه المسألة فإن ذلك لا يعني أن نحمل هذا النص ما لا يحتمله من التأويل، حيث أن اشتراط تشغيل البراءة في الدولة المانحة يعد أمراً قد استقر في قوانين الدول النامية وعلى رأسها القانون المصري، حيث إن الفكرة الكامنة وراء منح الحماية الدولية لبراءات الاختراع ابتداءً هو إمكانية الاستفادة من نقل التكنولوجيا إلى هذه الدول عن طريق أن يتم هذا الاستغلال داخل الدولة المانحة، وهو ما تؤكد ديباجة الاتفاقية في المادة السابعة منها، وكذلك كل من نص المادة (٢٧) وكذلك المادة (٢٨) من الاتفاقية المنوه عنها.

الفرع الرابع

حالة التعسف والممارسات المضادة للمنافسة

هذه الحالة من حالات منح الرخص الإجبارية قد تناولها المشرع المصري في إطار نص المادة (٢٣) في فقرتها (خامساً) والتي تقضي بأنه "خامساً: إذا ثبت تعسف صاحب البراءة أو قيامه بممارسة حقوقه التي يستمدّها من البراءة على نحو مضاد للتنافس ويعتبر من قبيل ذلك ما يلي:

- ١- المبالغة في أسعار بيع المنتجات المشمولة بالحماية، أو التمييز بين العملاء فيما يتعلق بأسعار وشروط بيعها.
- ٢- عدم توفير المنتج المشمول بالحماية في السوق، أو طرحه بشروط مجحفة.
- ٣- وقف إنتاج السلعة المشمولة بالحماية أو انتاجها بكمية لا تحقق التناسب بين الطاقة الإنتاجية وبين احتياجات السوق.

٤- القيام بأعمال أو تصرفات تؤثر سلباً على حرية المنافسة وفقاً للضوابط القانونية المقررة.

٥- استعمال الحقوق التي يخولها القانون على نحو يؤثر سلباً على نقل التكنولوجيا.

وفي جميع الأحوال السابقة يصدر الترخيص الإلزامي دون حاجة للتفاوض، أو انقضاء مهلة على حصوله، ولو كان الترخيص الإلزامي لا يستهدف الوفاء باحتياجات السوق المحلي. ويكون لمكتب براءات الاختراع أن يرفض إنهاء الترخيص الإلزامي إذا كانت الظروف التي دعت لإصداره تدل على استمرارها أو تتبئ بتكرار حدوثها، ويراعى عند تقدير التعويض المستحق لصاحب البراءة الأضرار التي سببتها ممارساته التعسفية أو المضادة للتنافس، ويجوز لمكتب براءات الاختراع إسقاط البراءة إذا تبين بعد مضي سنتين من منح الترخيص أن ذلك الترخيص لم يكن كافياً لتدارك الآثار السلبية التي لحقت بالاقتصاد القومي بسبب تعسف صاحب البراءة من استعمال حقوقه أو لممارساته المضادة للتنافس، ويجوز لكل ذي مصلحة الطعن في قرار إسقاط البراءة أمام اللجنة المنصوص عليها في المادة (٣٦) ووفقاً للأوضاع والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

يتضح لنا من خلال نص هذه المادة أن المشرع المصري قد اعتبر كل حالة تعسف من مالك الحقوق الاستثنائية في احتكار استغلال اختراعه حالة موجبة لإصدار ترخيص إلزامي لصالح الغير؛ كجزاء لتعسف المالك في ممارسة حقوقه، كما أن المشرع المصري قد اعتبر قيام مالك الحقوق الاستثنائية على البراءة المحمية بممارسة ما من شأنه أن يعد تصرفاً مضاداً للمنافسة الشريفة على رأس هذه الحالات والمبررات، وقد حاول المشرع أن يورد مجموعة من الصور للمنافسة غير المشروعة، والتي يرى الباحث بأنها واردة على سبيل المثال لا الحصر، وهو ما يلمسه الباحث من استعمال المشرع المصري لعبارة (من هذا القبيل) والتي يفهم منها أن المقصود ضرب مجموعة أمثلة على الممارسات المنافية للمنافسة الشريفة في التعامل التجاري.

ويذهب بعض الباحثين^(٢٤) في معرض تعليقهم على نص الفقرة (خامساً) المشار إليها سائلاً إلى أن المشرع المصري قد أحسن صنعاً بتعداده لهذه الصور المضادة للتنافس الشريف؛ إلا أنه -أي المشرع المصري- كان الأجدر به أن يضع ضمن هذه الصور والممارسات قيام مالك البراءة بمنح التراخيص لعدة عملاء بشروط متفاوتة، حيث إن القانون المصري لا يمنع المرخص من إعطاء نفس الترخيص لعدة عملاء بشروط متفاوتة، وبالتالي كان من الأجدر وضع نص يلزم المرخص والمرخص له بأن يودع نسخة من عقد الترخيص لدى مكتب براءات الاختراع، وذلك تحقيقاً للشفافية، وحتى لا يتلاعب المرخص براغبى الترخيص ويقوم بإبرام عدة عقود بشروط مختلفة، ويذهب الباحث إلى أنه ومع احترامه لهذا القول إلا أنه يعدّ تزيداً لا داعي له من قبل زميلنا الباحث، وذلك لأن المشرع المصري قد استعرض الحالات والصور التي اعتبرها سلوكاً مضاداً للمنافسة الشريفة على سبيل المثال لا الحصر كما سبق وأن أوضحنا، مما يعني إمكانية دخول العديد من الصور التي قد يكون غفل عنها المشرع المصري أو تلك التي يسفر عنها الواقع العملي المتطور. كما أن مثل هذه الحالة المشار إليها يمكن أن تنضوي تحت بند (١) من الفقرة خامساً، والمتعلقة بالتمييز بين العملاء دون الحاجة إلى أن يفرد لها المشرع المصري بنداً خاصاً بها وهو ما تدعو إليه وجهة النظر المشار إليها.

وما يلاحظه الباحث على نص المادة (٢٣) فقرة (خامساً) أن المشرع المصري قد تشدد قليلاً بخصوص هذه الحالة، حيث إنه لم يشترط إجراء أي تفاوض مع مالك الحقوق الاستثنائية على البراءة المحمية أو انقضاء مهلة بعد ذلك التفاوض وعدم الحاجة إلى موافقته أساساً، حيث يعتقد الباحث أن هذا التشدد يجد حكمته في كون مالك البراءة قد قام بأفعال متعمدة وبسوء نية يعد من أبشع صور الاحتكار، حيث إن المالك يأتي بأفعال تضر المنافسة الشريفة في الوسط التجاري العالمي إن جاز التعبير، مما يمثل خطورة كبيرة على الاقتصاد القومي للدولة المانحة للبراءة، ويعطل خطط التنمية لديها، بالإضافة إلى ما يؤدي إليه من إساءة متعمدة لأسس التعامل التجاري النظيف، الأمر الذي لا يستحق معه مالك الحقوق الاستثنائية أية مراعاة أو مهلة

(٢٤) الدكتور/ عبدالله الخشروم، المرجع السابق، ص ٣٥٩، حميد اللهبي، المرجع السابق، ص ٢٠٠، أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٩٩.

مريحة بل أجاز هذا الوضع لمكتب البراءات إسقاط البراءة المحمية برمتها بعد مضي مهلة حددها القانون، بل إن مثل هذه الممارسات قد تعرضه إلى فقدان حقه في التعويض كمقابل لمنح الترخيص الإجمالي إذا كان من شأن ممارساته المضادة للمنافسة أن ترتب أضراراً للاقتصاد الوطني لا يمكن تلافيتها، فمثل هذه المسائل يجب أن تؤخذ في الاعتبار عند تقدير التعويض المناسب، كما أن المشرع المصري قد كان متشدداً من وجهة نظر الباحث- في مسألة رفض إنهاء الترخيص رغم زوال الحالة المبررة لمنحه، حيث أجاز المشرع لمكتب البراءات أن يرفض إنهاء الترخيص الإجمالي إذا كانت الظروف التي أدت إلى إصداره محتملة الحدوث والتكرار مرة أخرى، حيث إنه قد يتضح لمكتب البراءات بأن أجواء الممارسات المضادة للتنافس الشريف ورغم زوالها إلا أنها قد تعود إلى الاقتصاد الوطني، نظراً لتعمق الآثار السلبية لهذه الممارسات وتجدرها في الاقتصاد الوطني، الأمر الذي يخشى معه تكرارها وذلك سعياً من المشرع المصري لتدارك حدوث مثل هذه الممارسات المتعمدة من أصحاب الحقوق الاستثنائية وإعطاء فرصة أكبر لتعافي الاقتصاد الوطني من تبعاتها وآثارها، وفي هذا الصدد ذهب بعض الباحثين^(٢٥) إلى أن إعطاء مكتب براءات الاختراع وفقاً للقانون الحق في جواز إسقاط البراءة بعد مضي سنتين من المنح متى كان منح الترخيص غير كاف لتدارك الآثار السلبية التي سببتها المنافسة غير الشريفة على الاقتصاد القومي أنه جاء مخالفاً لنصوص اتفاقية التريبس، حيث إن هذه الاتفاقية لم تنص على جزاء السقوط، وإنما أقرت السقوط كجزاء لعدم الاستغلال من قبل مالك الحقوق الاستثنائية على البراءة، وهو ما نصت عليه اتفاقية باريس في مادتها (الخامسة) ومن ثم لا يجوز تقرير السقوط كجزاء للممارسات المضادة للمنافسة.

أما بالنسبة إلى موقف اتفاقية التريبس من هذه الحالة فإنها قد تبنت النص على هذه الحالة من حالات منح الرخص الإجمالية، وهو ما نقرأه في نص المادة (٣١) في فقرتها (ك) بقولها: "ك- لا يلتزم الأعضاء بتطبيق الشروط المنصوص عليها في الفقرتين الفرعيتين (ب) و(و) حيث يكون السماح بهذا الاستخدام لأغراض تصحيح ممارسات تقرر بعد اتخاذ إجراءات قضائية أو إدارية إنها غير تنافسية، ويجوز أخذ ضرورة تصحيح الممارسات غير التنافسية في الاعتبار أثناء تحديد مبلغ التعويض في

(٢٥) الدكتور/ منى جمال الدين، المرجع السابق، ص ٣٥٩.

مثل هذه الحالات. وللسلطات المختصة صلاحية رفض إنهاء الترخيص إذا كان وعندما يكون من المرجح تكرار حدوث الأوضاع التي أدت لمنح الترخيص"، وبالمقارنة مع نص هذه المادة ونص المادة (٢٣) من القانون المصري في فقرتها (خامساً) نجد أن هناك تطابق في غالبية أحكام هذه الحالة من حالات منح الرخص الإلزامية، وذلك باستثناء جزاء السقوط الذي أورده المشرع المصري، ولم تنص عليه اتفاقية التريبس، إلا أنه ومع ذلك كله فإن الباحث يؤيد هذا الصدد مسلك كل من المشرع المصري واتفاقية التريبس لتبنى هذه الحالة -ذات الأهمية البالغة- من حالات منح الرخص الإلزامية لخطورتها على الاقتصاد القومي للبلدان النامية، مما تتطلب معالجة فعالة لاستئصال جذور المنافسة غير الشريفة عن طريق منح الرخص الإلزامية.

الفرع الخامس

الحالة الخاصة بالبراءات المرتبطة وتكنولوجيا أشباه الموصلات

من الحالات الخاصة التي عالجها كل من المشرع المصري واتفاقية التريبس في مجال منح الرخص الإلزامية حالة جواز منح ترخيص إجباري متى كان هناك ارتباطاً وثيقاً بين براءتي اختراع (أولاً) وأما الحالة الثانية التي يجوز فيها منح الرخص الإلزامية في الحالة المتعلقة بتكنولوجيا أشباه الموصلات (ثانياً).

أولاً- منح الترخيص الإلزامي في حالة البراءات المرتبطة:

تعالج هذه الحالة من حالات الترخيص الإلزامي وجود براءتي اختراع مملوكتين لشخصين مختلفين، وأن استغلال أحدهما لا يتم إلا عن طريق استغلال البراءة الأخرى؛ لأنها تمثل تقدماً ملموساً وأهمية اقتصادية بالمقارنة بالاختراع الأول، فنظراً لهذا الارتباط أجاز لمالك الاختراع المحمي الأول أن يطلب ترخيصاً إجبارياً لاستغلال الاختراع الآخر، كما يكون لهذا الأخير ذات الحق في مواجهة الأول، وتثار إشكالية البراءات المرتبطة عندما يرفض مالك البراءة منح الترخيص الاختياري باستغلال براءته، والتي تكون لازمة للمرخص له باستغلال براءته هو الآخر، والتي لا يمكن استغلالها إلا من خلال المرور باستغلال براءة أخرى مملوكة لشخص آخر؛ كالقيام

بتصنيع سلعة معينة عن طريق استخدام إحدى المركبات المشمولة بالحماية^(٢٦)، ونظراً لأهمية وضرورة الارتباط فيما بين هذه الاختراعات المحمية تدخل المشرع المصري لتنظيم هذه الحالة من حالات منح الرخص الإلزامية من خلال نص المادة (٢٣) في فقرتها (سادساً) والتي نقرأ فيها: "سادساً - إذا كان استغلال صاحب براءة الاختراع لا يتم إلا باستغلال اختراع آخر لازم له وكان منطوياً على تقدم تقني ملموس وأهمية فنية أو اقتصادية مقارنة بهذا الآخر، فإنه يحق له الحصول على ترخيص إجباري في مواجهة الآخر ويكون لهذا الآخر ذات الحق في هذه الحالة، ولا يجوز التنازل عن الاستخدام المرخص به لإحدى البراءتين إلا بالتنازل عن استخدام البراءة الأخرى". وهو ما نصت عليه في هذا الصدد اتفاقية التريبس التي أقرت بنفس الأحكام المشار إليها، وهو ما نصت عليه المادة (٣١) من هذه الاتفاقية في الفقرة (ل)، والتي جاء فيها "لحين يمنح الترخيص بهذا الاستخدام للسماح باستغلال براءة الاختراع (البراءة الثانية) لا يمكن استغلالها دون التعدي على براءة أخرى (البراءة الأولى) تطبيق الشروط الإضافية التالية:

١- يجب أن ينطوي الاختراع المطالب بالحق فيه بموجب البراءة الثانية على تقدم تكنولوجي ذي شأن وله أهمية اقتصادية كبيرة بالنسبة للاختراع المطالب بالحق فيه في البراءة الأولى.

٢- يحق لصاحب البراءة الأولى الحصول على ترخيص مقابل بشروط معقولة باستخدام الاختراع المزعوم في البراءة الثانية.

٣- لا يجوز أن يكون ترخيص الاستخدام الممنوح فيما يتعلق بالبراءة الأولى قابلاً للتنازل عنه للغير إلا مع التنازل عن البراءة الثانية".

ويذهب الباحث إلى تأييد إقرار هذه الحالة من حالات منح الرخص الإلزامية من قبل المشرع المصري واتفاقية التريبس على حد سواء، لما في تبني هذه الحالة من التشجيع على الاختراع والتطوير في مختلف مناحي العلوم، كما أن هذا النص يخدم مصالح دولنا النامية من حيث استفادة علمائنا ومخترعينا من البراءة المحمية في اختراع

(٢٦) لمزيد من التفصيل انظر، الدكتور/ السيد البدراري، المرجع السابق، ص ٧، الدكتور/ منى جمال الدين، المرجع السابق، ص ٣٦، الدكتور/ نصر أبو الفتوح، المرجع السابق، ص ٣٨٩.

منتجات وسلع جديدة بفضل استخدام هذه الاختراعات السابقة، مما يؤدي إلى رفع القدرات البحثية والتكنولوجية لبناء هذه المجتمعات.

ثانياً-جواز منح التراخيص الإجبارية في الحالة الخاصة بتكنولوجيا أشباه الموصلات:
نصت عليه المادة (٢٣) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري في الفقرة (سابعاً) منها والتي جاء فيها: "في حالات الاختراعات المتعلقة بتكنولوجيا أشباه الموصلات لا يمنح الترخيص الإجباري إلا لأغراض المنفعة العامة غير التجارية أو لمعالجة الآثار التي ثبت أنها مضادة للتنافس ويكون منح التراخيص الإجبارية في الحالات المنصوص عليها في هذه المادة وفقاً للقواعد والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون"، وفي هذا الصدد نصت اتفاقية التريبس على هذه الحالة الخاصة لمنح الرخص الإجبارية ضمن نص المادة (٣١) في الفقرة (ج) والتي جاء فيها: "ج- يكون نطاق ومدة هذا الاستخدام محدودين بخدمة الغرض الذي أجاز من أجله هذا الاستخدام وفي حالة تعلقه بتكنولوجيا أشباه الموصلات لا يجوز هذا الاستخدام إلا للأغراض العامة غير التجارية أو لتصحيح ممارسات تقرر بعد اتخاذ إجراءات قضائية أو إدارية أنها غير تنافسية"، ويذهب جانب من الفقه^(٢٧) في تحديده للمقصود من تكنولوجيا أشباه الموصلات إلى أنها: تتعلق بمواد السيليكون والجرمانيوم وهي مواد ليست موصلات جيداً للحرارة، وليست في الوقت ذاته عازلة للحرارة فهي في مركز وسط على أنه يمكن تغيير خواص هذه المواد لتصبح موصلات جيداً للحرارة في ظروف تكنولوجية معينة فيصبح لها بذلك وظيفة الإلكترونية عند تحويل خواصها والإفادة منها في الصناعات الدقيقة، ومن يتوصل إلى هذه التكنولوجيا في تغيير خواص واستخدامات أشباه الموصلات يكون صاحب براءة اختراع في هذا المجال، ويعد هذا المجال متمتعاً بأهمية بالغة وحيوية بالإضافة إلى العائد الاقتصادي منه مما لفت انتباه المشرع إلى تنظيم منح الرخص الإجبارية بشأنه، وجدير بالذكر أن غالبية الشركات العاملة في مجال أشباه الموصلات هي شركات أمريكية ويابانية تسيطر على الصناعات التي تعتمد على هذه التكنولوجيا، مثل صناعة الأجهزة الالكترونية والأجهزة التليفزيونية والحاسبات الآلية.

(٢٧) لمزيد من التفاصيل انظر: الدكتور/ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ٢٩٥-٢٩٦، الدكتور/

حميد اللهبي، المرجع السابق، ص ٣٤٠.

المبحث الثاني

الشروط الواجب مراعاتها عند منح الترخيص الإجباري

بالإضافة إلى الحالات التي تعد مبررة لمنح التراخيص الإجبارية؛ فقد نظم كل من المشرع المصري واتفاقية التريبس مجموعة من الشروط القانونية الواجب مراعاتها عند إصدار هذه التراخيص، حيث إنه لا يكفي لمنح الترخيص أن تتوافر حالة من الحالات الموجبة لمنحه وإنما بالإضافة إلى ذلك فلا بد أن تراعى مجموعة من الاشتراطات القانونية التي تتعلق بعضها بطالب الترخيص الإجباري (المطلب الأول)، ويتعلق البعض الآخر بمالك البراءة المحمية (المطلب الثاني) وتتعلق الاشتراطات الأخرى بالترخيص الإجباري ذاته (المطلب الثالث)، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الليبي لم ينص على أي من هذه الشروط الواجبة لمنح الرخصة الإجبارية عند توافر الحالات المبررة لمنحها، مما يعتبره الباحث قصوراً كبيراً في نصوص قانون البراءات الليبي كان ينبغي تلافيه، وكان الباحث يتمنى على المشرع الليبي لو أنه سار على هدى المشرع المصري في هذا المضمار تحقيقاً للمصلحة العامة.

المطلب الأول

الشروط المتعلقة بطالب الترخيص

من بين الشروط القانونية التي يتطلب مراعاتها عند إصدار الرخص الإجبارية تلك الشروط المتعلقة بطالب الترخيص الإجباري، حيث يشترط أن يتمتع طالب الترخيص بالجدية في مطالبته بمنح الرخصة الإجبارية (الفرع الأول)، كما أنه يتمتع بالمقدرة على القيام بعملية استغلال البراءة محل الترخيص الإجباري بما يغطي احتياجات السوق المحلية (الفرع الثاني)، كما يجب على المرخص له إجبارياً أن لا يتنازل عنه للغير، وذلك لأن استغلاله للبراءة محل الترخيص هو حق نسبي لا مطلق (الفرع الثالث).

الفرع الأول

جدية طالب الترخيص الإجباري في الحصول عليه

نصت على هذا الشرط المادة (٢٤) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري في فقرتها (٢) والتي جاء فيها: "يراعى عند إصدار الترخيص الإجباري ما يلي: ٢...- أن يثبت طالب الترخيص الإجباري أنه بذل خلال مدة معقولة محاولات جدية للحصول

على ترخيص اختياري من صاحب البراءة نظير مقابل عادل، وأنه أخفق في ذلك..."، ويفهم من هذا النص بأن المشرع المصري قد تطلب كشرط لمنح الرخصة الإجبارية أن يقوم طالب الترخيص بشكل جدي بطلب منحه رخصة اختيارية من مالك الحقوق الاستثنائية، وأنه بذل مجهودات جدية خلال فترة زمنية معقولة؛ إلا أن هذه الجهود والمحاولات الجدية قد ذهبت سدى، نتيجة لرفض أو تعنت مالك البراءة منح الترخيص الاختياري على الرغم من هذه الجهود والمحاولات، ومع عرضه لمقابل مالي عادل، ومن صور هذا الرفض -مثلاً- كأن يشترط مالك البراءة مبلغاً مالياً كبيراً لاستغلال الاختراع وبشكل لا يتناسب مع قيمة الاختراع المحمي، فهنا أجاز القانون أن يتوجه طالب الترخيص لمكتب براءات الاختراع بطلب الحصول على ترخيص إجباري باحتكار استغلال هذا الاختراع دون موافقة مالك البراءة المتعنت، وقد تناولت المادة (٣٩) من اللائحة التنفيذية لقانون حماية الملكية الفكرية المصري المسائل الواجب مراعاتها عند تقدير مدى مناسبة الشروط التي يعرضها طالب الترخيص حيث نصت على أنه: "يشترط لمنح التراخيص الإجبارية في الحالة المنصوص عليها في البند ثالثاً من المادة (٢٣) من القانون أن يثبت الطالب سبق تفاوضه مع صاحب البراءة وانقضاء فترة تفاوض معقولة، وبذل محاولات جدية للحصول على الترخيص الاختياري منه وعرض شروط مناسبة عليه، ويراعى من تقدير مدى مناسبة الشروط ما يأتي:

١-نوعية الاختراع، ٢-الفترة المتبقية من فترة الحماية، ٣- المقابل المعروض لقاء الترخيص الاختياري".

وفي هذا الصدد، نجد أن اتفاقية التريبس قد تناولت هذا الشرط لإمكانية منح الرخصة الإجبارية، وهو ما نقرأه في نص المادة (٣١) في الفقرة (ب) منها والتي نصت على أنه: "ب- لا يجوز السماح بهذا الاستخدام، إلا إذا كان من ينوي الاستخدام قد بذل جهوداً قبل هذا الاستخدام للحصول على ترخيص صاحب الحق في البراءة بأسعار وشروط تجارية معقولة وأن هذه الجهود لم تكلل بالنجاح في غضون فترة زمنية معقولة..."، ومن ثم، يفهم من هذا النص -الذي يطابق من حيث تنظيمه لهذا الشرط ما جاء في القانون المصري- أنه على الدول الأعضاء في اتفاقية التريبس أن تراعي قبل منحها التراخيص الإجبارية قيام طالب الترخيص باتباع الخطوات والشروط التي حددتها هذه المادة، ويذهب جانب من الفقه في معرض تعليقه على هذه المادة إلى أنه لا يكفي القول بوجود محاولات جدية مبذولة من قبل طالب الترخيص بمجرد تعبيره أو إرسال

رغبته في التعاقد بشأن الترخيص دون أن يلي ذلك إجراء فعلي للتفاوض الجدي بخصوص بنود وشروط ومدة الترخيص الاختياري بالاستغلال، وبالتالي لا يكفي مجرد الاتصال بالمالك مرة أو مرات قليلة للقول بالجدية في طلب الترخيص^(٢٨)، ويذهب الباحث في معرض تعليقه على هذا الاشتراط إلى تأييد المسلك الحميد لكل من المشرع المصري واتفاقية التريبس لإقرارهما لهذا الشرط، والذي يرجح الباحث أن الحكمة من ورائه هو إيجاد معيار للتمايز والأفضلية بين المتقدمين بطلب الحصول على الرخصة الإجبارية، حيث إن الترخيص الإجباري وعلى الرغم من توافر حالة من الحالات المبررة لمنحه إلا أنه لن يمنح هكذا وبكل سهولة لكل من يتقدم للفوز به وإنما يجب على طالب الترخيص بذل الجهود الجدية والفعلية للحصول على ترخيص اختياري من مالك البراءة، إلا أن هذا الأخير رفض ذلك أو تعنت بغير وجه حق في الموافقة على الرغم من عرض مقابل مجزئ ومرور فترة معقولة للتفكير والرد على الطلب مما يدل على جدية الطالب للتخخيص الاختياري وقدرته الفنية على استغلال هذا الاختراع، ومن ثم فإن إقرار هذا الشرط من شأنه أن يشجع كل من لديهم القدرة الفعلية على استغلال الاختراع للظفر بالرخصة الإجبارية عنه، وتجدر الإشارة إلى أن هذا المطلب القانوني لا يكون ذا ضرورة في بعض حالات منح الرخص الإجبارية كما سبق وأوضحنا كما في حالات الطوارئ والضرورة القصوى حيث لا يتطلب المشرع المصري وكذلك اتفاقية التريبس أعمال هذا الشرط وذلك نظراً لطبيعة هذه الحالات التي لا تكون فيها الفرصة سانحة لاستئذان المالك ومن باب أولى إمكانية التفاوض الجدي معه.

(٢٨) الدكتور/ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ١٦٣، الدكتور/ محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص ١٥٨، الدكتور/ أحمد جامع، المرجع السابق، ص ١١٦٥، الدكتور/ إبراهيم الدسوقي، منظمة التجارة العالمية وتحديات الملكية الفكرية في مجال براءات الاختراع، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية، الإمارات العربية، خلال الفترة من ٩-١١ مايو ٢٠١٠م، ص ٥٠٩، الدكتور/ عبد الله الخشروم، المرجع السابق، ص ٣٤٣.

الفرع الثاني

مقدرة طالب الترخيص على استغلال الاختراع المحمي

وتغطية السوق المحلي

نص المشرع المصري على هذا الشرط لمنح الترخيص الإجمالي بموجب المادة (٢٤) من قانون حماية الملكية الفكرية وهو ما نقرأه في الفقرة (١) و (٤) والتي جاء فيها: "١- أن يبت في طلب إصدار الترخيص الإجمالي، وفقاً لظروف كل حالة على حدة وأن يستهدف الترخيص أساساً توفير احتياجات السوق المحلية ...، ٤- أن يكون طالب الحصول على الترخيص الإجمالي أو من يصدر لصالحه قادراً على استغلال الاختراع بصفة جدية في جمهورية مصر العربية...."، ويفهم من خلال نصوص القانون المصري بشأن هذا الشرط أن تكون لطالب الترخيص المقدرة الحقيقية على أن يستغل الاختراع محل الترخيص الإجمالي، وأن يكون من شأن هذا الاستغلال أن يوفر جميع احتياجات السوق المصري من هذا المنتج أو هذه السلعة المحمية بالبراءة، والمقصود من هذا النص -بالإضافة إلى المقدرة الفعلية- بأن تتوفر للمرخص له الإمكانيات المادية والفنية والتكنولوجية، وأن يتم هذا الاستغلال داخل حدود الدولة المصرية، فيجب إنتاج السلعة داخل مصر أو استخدام الطريقة المحمية داخلها، وهو ما يُعرف بفكرة تشغيل البراءة في الدولة المانحة للبراءة المحمية، وفي هذا الصدد نصت المادة (٣١) من اتفاقية التريبس في فقرتها (و) على أنه: "يجوز البلد العضو هذا الاستخدام أساساً لأغراض توفير الاختراع في الأسواق المحلية في ذلك البلد العضو..."، وبالمقارنة بين نص هذه المادة والقانون المصري وعلى الرغم من أن كلا من الاتفاقية والقانون المصري قد تطلبا أن يكون الاستغلال لأغراض تغطية احتياجات السوق المحلي؛ إلا أن اتفاقية التريبس بعكس القانون المصري لم تنص صراحة على ضرورة أن يتم هذا الاستغلال في حدود الدولة العضو، وإنما جاء النص عاماً، مما يوحي بجواز أن يقوم طالب الترخيص بالاكتفاء بإنتاج السلعة خارج الدولة المانحة للبراءة أو مجرد الاكتفاء باستيراد المنتج أو السلعة من الخارج، وهو ما لا يؤيده الباحث في هذا الصدد.

ويذهب البعض^(٢٩) في معرض تعليقه على نص المادة (٣١) فقرة (و) إلى أن هذا الحكم الذي كرسه اتفاقية التريبس، يعطي الدول النامية إمكانية توفير المنتجات التي يصعب تصنيعها محلياً، إما لاعتمادها على تكنولوجيا متطورة جداً أو لصعوبة تصنيعها، نتيجة لعدم توافر المعلومات والخبرات الفنية الكافية للقيام بهذه العملية الإنتاجية، فتحل هذه الإشكالية عن طريق استيراد هذه المنتجات من الخارج؛ إلا أن هذا الشرط لا ينطبق على التراخيص التي تمنح كجزء في حالة الممارسات المضادة للمنافسة، فهنا الدولة لا تمنح الترخيص الإلزامي لتوفير المنتج وإنما يمكنها منح الترخيص والقيام بتصدير المنتج المحمي للخارج، لأن ذلك يعتبر جزء يقع على مالك البراءة نتيجة لقيامه بأعمال منافية لحرية التنافس الشريف.

ويذهب الباحث في معرض تعليقه على ما ذهب إليه هذا الجانب الفقهي إلى أنه وعلى الرغم من راحة منطق هذا الرأي، إلا أنه يخالف ما هو مستقر في نصوص قانون حماية الملكية الفكرية المصري من لزوم أن يتم استغلال البراءة داخل حدود الجمهورية المصرية، حيث إن هذا الالتزام يعد جوهر ومضمون نظام براءات الاختراع أساساً حيث إن توفير الحماية لهذا النظام إنما يأتي نظير فكرة تشغيل الاختراع المحمي في داخل الدولة المانحة للبراءة وإلا لما كان هناك داعي حقيقي لإضفاء هذه الحماية ابتداءً، وبالتالي فإنه على الدول النامية أن تفسر عمومية نص المادة (٣١/و) لصالح فكرة تشغيل البراءة ناهيك إذا علمنا بأن هذه الفكرة قد أصبحت مستقرة في غالبية تشريعات الدول النامية وأن مسألة سكوت اتفاقية التريبس عن هذه الفكرة المهمة لا يعني عدم جوازها، مما يعني من وجهة نظر الباحث رغبة الاتفاقية في ترك هذه المسألة لتقدير الدول الأعضاء على حسب ظروفها واستراتيجياتها. وهو ما تؤيده أيضاً نصوص هذه الاتفاقية في المادة السابعة والثامنة في إطار تشجيع نقل التكنولوجيا المتطورة لمختلف شعوب المعمورة.

(٢٩) الدكتور/ حسام الصغير، المرجع السابق، ص ٢٨١، الدكتور/ محمد إبراهيم موسي، لمرجع السابق، ص ١٦٣، الدكتور/ نصر أبو الفتوح، المرجع السابق، ص ٣٦١، الدكتورة/ منى جمال الدين، المرجع السابق، ص ٣٤٥.

الفرع الثالث

ألا يكون استخدام الترخيص بشكل مطلق

نصت عليه المادة (٢٤) من قانون حماية الملكية الفكرية في كل من الفقرة (٦) و(٧) والتي جاء فيها: "٦ - يقتصر استخدام الترخيص الإجباري على طالبه، ومع ذلك يجوز لمكتب براءات الاختراع منحه لغيره. ٧ - عدم أحقية المرخص له ترخيصاً إجبارياً في التنازل عنه للغير إلا مع المشروع أو مع الجزء المتعلق باستخدام الاختراع...."، ومن خلال نص هذه المادة يمكننا القول بأن المشرع المصري قد اشترط لمنح الترخيص الإجباري لطالب الترخيص أن يكون استخدامه من قبله نسبياً وليس مطلقاً و إعطاء السلطة لمكتب براءات الاختراع أن يمنح نفس الترخيص المتعلق بالبراءة لمستغل آخر كما لو كان الاستغلال غير كافٍ ولا يغطي السوق المحلي، كما أن المشرع نص على عدم جواز أن يقوم طالب الترخيص بالتنازل عنه للغير، كما لو قام المرخص له بالتنازل عن الترخيص من الباطن لشخص آخر؛ إلا إذا كان هذا التنازل شاملاً للمشروع التجاري أو مع ذلك الجزء المتعلق باستخدام الاختراع المحمي، وبنفس هذا الحكم نصت اتفاقية التريبس في المادة (٣١) الفقرة (د) و (هـ) والتي جاء فيها: "د- لا يجوز أن يكون مثل هذا الاستخدام مطلقاً. هـ- لا يجوز أن يكون مثل هذا الاستخدام قابلاً للتنازل للغير عنه، إلا فيما يتعلق بذلك الجزء من المؤسسة التجارية أو السمعة التجارية المتمتع بذلك الاستخدام...".

ويذهب البعض^(٣٠) في معرض تعليقه على هذا النص إلى أن كلاً من اتفاقية التريبس والقانون المصري لحماية الملكية الفكرية قد أقاما نوعاً من التفرقة العادلة بين المرخص له إجبارياً بالاستخدام والمرخص له اختياريًا، فإذا كان الأول لا يجوز له الترخيص لغيره من الباطن؛ فإن المتصرف إليه اختياريًا يكتسب كافة الحقوق الثابتة لمالك البراءة باستثناء حقه الأدبي في أبوة الاختراع، وما يتفرع منها من جوائز مادية وأدبية.

(٣٠) الدكتور/ محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص ١٦٥، وقارب ذلك، الدكتور/ حميد اللهبي، المرجع السابق، ص ٣٥٤.

المطلب الثاني

الشروط المتعلقة بمالك البراءة

من الشروط الواجب توافرها عند إصدار التراخيص الإجبارية تلك المتعلقة بمالك البراءة محل الترخيص الإجباري، حيث إن منح رخصة إجبارية باستغلال هذه البراءة للغير لا يفقد المالك الأصلي حقه في الاستمرار في استغلال اختراعه (الفرع الأول)، كما أن توافر حالة من الحالات المبررة لمنح الترخيص الإجباري تتطلب في المقابل أن يكون من حق مالك البراءة محل هذا الترخيص الحصول على تعويض عادل (الفرع الثاني)، كما أن كل ذلك لا يحرم مالك البراءة من حقه الأصيل في اللجوء إلى القضاء (الفرع الثالث).

الفرع الأول

أن لا يتعارض منح الترخيص الإجباري مع حق المالك في الاستغلال

تنص المادة (٣١) من اتفاقية التريبس في الفقرة (د) السابق الإشارة إليها، على أنه: "د- لا يجوز أن يكون مثل هذا الاستخدام مطلقاً..."، والذي نستطيع أن نفهمه من صياغة نص هذه المادة أن منح الترخيص الإجباري لطالب الترخيص لا يعطيه حقاً مطلقاً أو استثنائياً في احتكار استغلال البراءة المحمية وحده دن غيره وإنما يحق لمالك البراءة (الأصلي) -إن جاز التعبير- أن يستمر في استغلال اختراعه محل الترخيص الإجباري، حيث إن الهدف من إقرار نظام التراخيص الإجبارية هو إيجاد التوازن المناسب بين مصالح مالك البراءة في الاحتكار ومصلحة المجتمع المانح للبراءة في الاستفادة المثلى من هذا الاختراع محل الحماية، وبالتالي من غير الجائز أن تسلب صاحب الحق في البراءة من استغلالها؛ لأن الهدف هو الحد من احتكاره، وهو ما نستطيع أن نلمسه من نص المادة (٣١) فقرة (د) المشار إليها أعلاه. وتجدر الإشارة إلى أن الباحث سيقوم بإبداء وجهة نظره حيال هذا الاشتراط القانوني في موقعه في المبحث الثالث من هذا الفصل.

الفرع الثاني

يجب أن لا يتعارض منح الترخيص مع حق المالك في التعويض

نص المشرع المصري في المادة (٢٤) فقرة (٨) من قانون حماية الملكية الفكرية على أنه "٨- أن يكون لصاحب البراءة الحق في الحصول على تعويض عادل مقابل استغلال اختراعه تراعى في تقدير هذا التعويض القيمة الاقتصادية للاختراع..."، ويذهب الباحث هنا إلى أن المشرع المصري خيراً فعل بالنص على مبدأ التعويض المناسب والعادل لمالك البراءة محل الترخيص الإجباري، بحيث يحقق التوازن المنشود من فكرة التراخيص الإجبارية، كونها محاولة لإيجاد التوازن بين مصالح مالك البراءة من جهة والمصالح المشروعة للدولة المانحة من جهة أخرى، ومن خلال إقرار مبدأ التعويض العادل؛ فإن الباحث يرى انتفاء الإضرار بمصالح مالك البراءة وتعويضه عما كان قد بذله من مال ووقت وجهد في الوصول إلى هذا الاختراع محل الترخيص الإجباري، إلا أن ما يلاحظه الباحث على المشرع المصري أنه قد حدد مجموعة معايير لتقدير قيمة هذا التعويض، ومن بينها معيار القيمة الاقتصادية للاختراع المحمي محل التراخيص الإجباري وأن يتم تقدير كل حالة على حدة، وأما بقية هذه المعايير قد تناولها المادة (٤١) من اللائحة التنفيذية التي حددت أسس تقدير التعويض.

حيث نصت هذه المادة على أنه: "لصاحب البراءة التي منح بشأنها ترخيص إجباري الحق في الحصول على تعويض عادل مقابل استغلال اختراعه يتم تقديره بمعرفة لجنة متخصصة يشكلها رئيس أكاديمية البحث العلمي والتكنولوجيا بقرار منه، تراعي اللجنة عند تقدير التعويض على الأخص ما يأتي:

١. الفترة المتبقية من مدة الحماية.
٢. حجم وقيمة الإنتاج المرخص له.
٣. التناسب بين سعر المنتج ومتوسط الدخل العام للفرد.
٤. حجم الاستثمارات المطلوبة للبحوث اللازمة للطرح التجاري.
٥. حجم الاستثمارات اللازمة للإنتاج.
٦. مدى توافر منتج مماثل في السوق.
٧. الأضرار التي سببتها الممارسات التعسفية لصاحب البراءة أو تلك المضادة للتنافس ويعرض تقدير اللجنة للتعويض على اللجنة الوزارية المشار إليها في المادة

(٢٣) من القانون لتصدر قرارها بتحديد الحقوق المالية لصاحب البراءة إعمالاً لحكم المادة ذاتها ذلك عند إصدار الترخيص الإجباري...".

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاقية التريبس قد أقرت هي الأخرى مبدأ التعويض وهو ما نصت عليه المادة (٣١) في الفقرة (ح) بقولها "ح- تدفع لصاحب البراءة تعويضات كافية حسب ظروف كل حالة من الحالات مع مراعاة القيمة الاقتصادية للتخصيص..."، وما يلاحظ على نص اتفاقية التريبس والذي جاء مطابقاً من حيث الحكم لنص المشرع المصري بهذا الخصوص إلا أنه وبالعكس هذا الأخير وإن كان قد أقر مبدأ التعويض فإنه لم يعدد لنا المعايير التي يمكن الاسترشاد بها للوصول إلى تقدير مبلغ التعويض العادل وإنما اكتفى بمعيارٍ وحيدٍ وهو الكمية الاقتصادية للتخصيص بالإضافة إلى معيار آخر أشارت إليه الفقرة (ث) من المادة (٣١) وهو أن يراعى في تقدير التعويض ضرورة تصحيح الممارسات التنافسية، ومن ثم نستطيع القول بأن المشرع المصري قد كان أكثر توفيقاً في ذلك من اتفاقية التريبس وذلك بتحديد المعايير التي يمكن الاسترشاد بها لتقدير قيمة التعويض العادل الممنوح لمالك البراءة محل الترخيص دون ترك المسألة المهمة والحساسة للاجتهاد عند عدم النص عليها.

ويذهب البعض^(٣١) في معرض التعليق على هذا الشرط المتطلب لمنح الرخص الإجبارية إلى القول أنه يجب عند تحديد التعويض العادل أن يتم مراعاة الأوضاع الاقتصادية في الدولة مانحة البراءة، كما يجب النظر إلى الغرض الذي من أجله منح الترخيص، فيمكن أن تختلف معايير تقدير التعويض عن التراخيص الإجبارية وفقاً لكل حالة، فمثلاً قد يختلف تقدير قيمة التعويض في التراخيص الإجبارية في مجال الصحة العامة أو توفير الاحتياجات الضرورية للمجتمع كالغذاء والمسكن عن قواعد تقديره في الحالات الأخرى قد تكون أقل أهمية، ومن العوامل التي يجدر الأخذ بها في تقدير قيمة التعويض عن منح الرخص الإجبارية حجم السوق الذي يطرح فيه المنتج المحمي، ومدى توافر المنتجات البديلة في مناخ تنافسي شريف.

(٣١) الدكتور/ حسام الصغير، المرجع السابق، ص ٢٨٩، الدكتور، عبدالله الخشروم، المرجع السابق، الدكتور/ محمد ابراهيم موسى، المرجع السابق، ص ١٦٨، ١٦٩، الدكتور/ بلال عبد المطلب، بدوي، تطور الآليات الدولية لحماية براءات الاختراع، دراسة في ضوء اتفاقية التريبس، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات التجارة الدولية، دولة الإمارات العربية، من ٩-١١ مايو ٢٠١٠م، ص ٢٠٧.

الفرع الثالث

أن لا يتعارض منح الترخيص مع حق المالك في اللجوء إلى القضاء

لقد أعطى المشرع المصري لمالك البراءة محل الترخيص الإجباري حق التظلم من قرار منح الترخيص، وكذلك قرار تقدير التعويض العادل أمام اللجنة المختصة، وهو ما نصت عليه المادة (٢٤) من قانون حماية الملكية في كل من الفقرة (٢) و(٨) والتي جاء فيها: "٢- أن يكون لصاحب البراءة حق التظلم من القرار الصادر بمنح الترخيص الإجباري للغير أمام اللجنة المنصوص عليها في المادة (٣٦) من هذا القانون وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطاره وبصدور هذا الترخيص ووفقاً للأوضاع والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية، ٨- ويكون لصاحب البراءة الحق في التظلم من قرار تقدير التعويض أمام اللجنة المنصوص عليها في المادة (٣٦) وذلك خلال ثلاثين يوماً من إخطاره بالقرار ووفقاً للأوضاع والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون...".

ويذهب الباحث إلى أنه خيراً فعل المشرع بنصه على هذا الاشتراط العادل، لما له من أهمية بالغة في إعطاء الفرصة لمالك البراءة محل الترخيص في التظلم من قرار المنح أو قرار تقدير التعويض نظير منح الرخصة الإجبارية، حيث إن هذا الحق هو الوسيلة القانونية المتاحة أمام هذا المالك لمواجهة أي تعسف من قبل السلطة المختصة، حيث إن هذه الأخيرة قد تسيء عن قصد أو جهل السلطة الممنوحة لها بموجب القانون، كما أن اتفاقية التريبس قد أقرت هي الأخرى هذا المبدأ بموجب المادة (٣١) في الفقرة (ط) و(ي) والتي نصت على أنه: "ط- تكون قانونية أي قرار متخذ بإصدار ترخيص يجيز هذا الاستخدام خاضعة للنظر فيها أمام القضاء أو للمراجعة المستقلة من قبل سلطة منفصلة أعلى في ذلك العضو..."، وقد جاء نص الفقرة (ي) من الاتفاقية مطابقاً من حيث الصياغة لنص الفقرة (ط) بشأن قابلية تقدير التعويض للمراجعة القانونية فيكتفى بذلك منعاً للتكرار، ومما تقدم نلاحظ بأن اتفاقية التريبس قد تضمنت أحكاماً تطابق من حيث الموضوع ما أورده المشرع المصري في هذا الصدد، وبالتالي يجب على الدول الأعضاء أن تمنح من خلال تشريعاتها الداخلية الإمكانية أمام مالك البراءة محل الترخيص للطعن في القرار الصادر بمنح الترخيص الإجباري أو القرار الصادر بتقدير أو التعويض عنه.

المطلب الثالث

الشروط المتعلقة بالترخيص في حد ذاته

يتطلب في الشروط الواجب مراعاتها في قرار منح الترخيص ذاته أن يكون القرار بمنح الترخيص الإجمالي مبنياً في أساسه على استقلالية كل طلب على حده (الفرع الأول)، وأن يكون قرار المنح محدداً من حيث المدة والنطاق (الفرع الثاني)، وأخيراً يجب أن يتم إنهاء الترخيص الإجمالي الممنوح بعد زوال مبررات وأسباب منحه (الفرع الثالث).

الفرع الأول

يجب أن يبنى الترخيص على استقلالية كل طلب

تنص المادة (٢٤) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري في الفقرة (١) على أن: "يراعي عند إصدار الترخيص الإجمالي ما يلي: ١- أن يثبت في طلب الترخيص الإجمالي وفقاً لظروف كل حالة على حدة..."، وهو ما نصت عليه كذلك اتفاقية التريبس في المادة (٣١) في الفقرة (أ) منها والتي نصت على أنه: "...- دراسة كل ترخيص بالاستخدام في ضوء جدارته الذاتية"، إن المقصود من هذا الشرط، هو أنه عند منح الترخيص الإجمالي على البراءة المحمية يجب أن يستوفي كل طلب الشروط القانونية المقررة، ووفقاً لظروف كل حالة على حدة، وفي ضوء الجدارة الذاتية لهذا الطلب، وبالتالي فلا يجوز منح ترخيص إجمالي دون دراسة جادة ودقيقة لكل طلب أو على أساس انتماء الاختراع إلى مجال تكنولوجي معين، وتبدو الحكمة التي ابتغتها اتفاقية التريبس من وراء إيراد هذا الشرط محاولة المساواة بين المجالات التي تنتمي إليها الاختراعات محل الترخيص، وإلغاء التفرقة التي كانت تتبناها بعض التشريعات الوطنية، فلقد كان البعض منها يسمح بمنح تراخيص إجبارية تلقائية عندما ينتمي الاختراع محل الحماية إلى مجال تكنولوجي معين؛ إلا أن ذلك لم يعد موجوداً بعد إبرام اتفاقية التريبس^(٣٢).

(٣٢) لمزيد من التفصيل انظر: الدكتور/ محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص ١٧٣، الدكتور/ إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص ٥١٣.

الفرع الثاني

أن يكون الترخيص محدداً من حيث المدة والنطاق

يقصد بهذا الشرط أنه يجب على الدول الأعضاء أن تحدد نطاق الترخيص الإلزامي ومدته بحسب الغرض الذي يمنح من أجله، فلا بد أن يكون هناك تلازم بين المنتج موضوع البراءة والغرض من منح الترخيص الإلزامي، فلا يجب أن يمتد الاستغلال لتحقيق أغراض أخرى غير تلك التي ينشدها الترخيص حيث إنه بمجرد تحقق الهدف من منح الترخيص ينتهي حق المرخص له في الاستغلال ما لم يكن من شأن ذلك أن يلحق بالمرخص له أضرار ويضر بمصالحه المشروعة، كما لو كان قد قام بإعداد تجهيزات وإقامة مشاريع صناعية أو تجارية بقصد الاستغلال، ولا يزال لم يحقق الأرباح المرجوة التي تجبر هذه النفقات، ففي هذه الحالة يجوز له الاستمرار في الاستغلال إلى أن يتمكن من تعويض نفقاته التي أنفقها من أجل الإعداد لعملية الاستغلال على الوجه الأمثل^(٣٣)، ويذهب الباحث في هذا الصدد إلى منطقية هذا الاشتراط القانوني المهم جداً، حيث إن قيام الدولة العضو في منظمة التجارة العالمية بمنح رخصة إجبارية بشأن براءة اختراع اقتضت المصلحة العامة أن يتم استغلالها من قبل الدولة المانحة مشروط بأن تكون مدة هذه الرخصة الإلزامية محددة ومعروفة بدقة، وألا يمنح الترخيص لمدة غير معلومة أو مدة مفتوحة غير محددة، نظراً لعدم عدالة هذا التوجه بالنسبة لمصالح مالك البراءة محل الرخصة الإلزامية، والذي من حقه أن يعلم مدة الرخصة الإلزامية التي صدرت بحقة لترتيب أوضاعه بالنسبة لاستغلال الاختراع محل الحماية الدولية جنباً إلى جنب مع المرخص له إجبارياً، لأن العدالة واستقرار المعاملات تقضي أن ينتهي الترخيص الإلزامي بتحقيق الهدف الذي من أجله منح الترخيص، ومن ثم لا يحق للمرخص له إجبارياً الاستمرار في عملية استغلال البراءة بمجرد انتهاء مدة الرخصة الإلزامية ما لم يكن من شأن وقف هذا الاستغلال إلحاق ضرر بالغ بمصالح مستغل الترخيص.

(٣٣) لمزيد من التفصيل انظر: الدكتور/ أحمد جامع، المرجع السابق، ص ١٦٦، الدكتور/ محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص ١٧٤-١٧٥، الدكتور/ بلال عبد المطلب، المرجع السابق، ص ٢٠٩.

الفرع الثالث

أن ينقضي الترخيص بزوال سببه

نصت على ذلك المادة (٢٤) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري في الفقرة (٩) التي نصت على أنه: "٩- أن ينقضي الترخيص الإجباري بانتهاء مدته ومع ذلك لمكتب براءات الاختراع أن يقرر إلغاء الترخيص الإجباري قبل نهاية مدته إذا زالت الأسباب التي أدت إلى منحه ولم يكن مرجحاً قيام هذه الأسباب مرة أخرى وتتبع في ذلك الإجراءات التي تنص عليها اللائحة التنفيذية...."، وكذلك نصت على نفس المسألة اتفاقية التريبس في المادة (٣١) فقرة (ز) والتي نصت على أنه: "يخضع الترخيص بهذا الاستخدام إلى الإنهاء شريطة منح حماية كافية للمصالح المشروعة للأشخاص الذين أحيز لهم هذا الاستخدام إذا انتهت وعندما تنتهي الأوضاع التي أدت إلى الترخيص ولم يكن من المرجح تكرار حدوثها، وللسلطة المختصة صلاحية النظر في استمرار هذه الأوضاع بناء على طلب أصحاب المصلحة المعنيين....."، ويفهم من نص اتفاقية التريبس أنها اشترطت لإصدار قرار إنهاء الترخيص أن لا يكون من المرجح عودة نفس الظروف التي أدت إلى منح الترخيص الإجباري، ومن ثم إذا كان هناك احتمال قائم لتكرار نفس الظروف فمن حق الجهة الإدارية المختصة رفض إنهاء الترخيص القائم، كما أنه يستلزم لإنهاء الترخيص مراعاة المصالح المشروعة لمستخدمي الترخيص، وبالتالي يحق للجهة الإدارية المختصة رفض إنهاء الترخيص الإجباري إذا كان من شأن ذلك الإنهاء أن يضر بمصالح المرخص له كما لو كان يكبده خسائر كبيرة وأموالاً طائلة^(٣٤)، كما أن الفقرة (١٠) من المادة (٢٤) قد نصت على أنه: "أن يكون لصاحب الاختراع أن يطلب إنهاء الترخيص الإجباري قبل نهاية المدة المحددة له، وذلك إذا زالت الأسباب التي أدت إلى الحصول عليه ولم يعد مرجحاً قيامها مرة أخرى." كما أن الفقرة (١١) من ذات المادة نصت على أنه: "١١...- أن تراعى المصالح المشروعة للمرخص له عند انتهاء الترخيص....".

(٣٤) الدكتور/ محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص ١٧٧، أحمد جامع، المرجع السابق، ص ٢٣٣. منى جمال الدين، المرجع السابق، ص ٢٧٣.

المبحث الثالث

تقييم الباحث لنظام الرخص الإجبارية في ضوء الحماية الدولية المقررة

يعد نظام الترخيص الإجباري وبحق قيداً من القيود التي ترد على سعة الحقوق الاستثنائية لمالك البراءة المحمية، ومن ثم فهو يمثل قيداً على نظام الحماية برمته؛ إلا أن المبررات التي تستدعي منح الرخص الإجبارية تعد أكثر أهمية من وجهة نظر الباحث، والتي عادة ما تستهدف المصلحة العامة والنفع العام في الدولة المانحة للبراءة، كما أنه في حالات كثيرة يكون السبب وراء منح التراخيص الإجبارية ما يمكن اعتباره جزاء يقع على عاتق المالك للبراءة الذي يرفض أو يقصر في استغلال اختراعه المحمي على إقليم الدولة المانحة، وبالتمعن في نصوص القوانين والاتفاقيات محل الدراسة نجد أن كلاً من المشرع المصري واتفاقية التريبس قد عدد حالات إصدار الرخص الإجبارية والشروط الواجب مراعاتها عند منحها وهو ما نصت عليه المادة (٢٣) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري والمادة (٣١) من اتفاقية التريبس والتي أثرت تسميتها بالاستخدامات الأخرى بدون الحصول على موافقة صاحب الحق، ويذهب الباحث في هذا الصدد إلى تأييد مسلك المشرع المصري الذي رافقه كثير من التوفيق عند تناوله لحالات كثيرة اعتبر من خلالها منح الرخصة الإجبارية مسألة حتمية لا غنى عنها وهو ما تناولته بجلاء نص المادة (٢٣) ويأتي على رأس هذه الحالات ذات الأهمية حالة استغلال الاختراع لأغراض المنفعة العامة غير التجارية وفي حالات الطوارئ والضرورة القصوى أو إذا كانت الحالة تتطلب استغلال الاختراع لدعم الجهود الوطنية في مجال التطوير والتنمية الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية، كما أنه في حالة رفض مالك الاختراع المحمي استغلال اختراعه داخل الأراضي المصرية أو أوقفه دون عذر مقبول أو أنه قام باستغلال غير كافٍ لتغطية احتياجات السوق المحلية المصرية، كما أن المشرع المصري قد أجاز منح الترخيص لمحاربة المنافسة الغير شريفة التي تؤدي إلى آثار سلبية وحتمية على الاقتصاد القومي المصري بالإضافة إلى الحالة الخاصة بالأدوية وتلك المتعلقة بالبراءات المرتبطة وتكنولوجيا أشباه الموصلات، وعلى الرغم من هذا الإسهاب المبرر من قبل المشرع المصري في تعداد حالات منح الرخص الإجبارية؛ إلا أنه بالمقابل قد حاول جاهداً الموازنة بين ما تقتضيه المصلحة العامة مع مراعاة المصالح الخاصة لمالك الاختراع المحمي بأن أقر مبدأ التعويض

العادل في ضوء القيمة الاقتصادية للاختراع محل الترخيص وإجازة أن يستمر مالك البراءة باستغلالها جنباً إلى جنب مع المرخص له وهي مراعاة ما بعدها مراعاة لمالكي الحقوق الاستثنائية كما يرى الباحث، إلا أنه ومع اقتناع الباحث التام بجذوى الحالات المعتمدة لمنح التراخيص الإجبارية؛ إلا أن هناك مجموعة من الملاحظات كان الباحث يتمنى على المشرع المصري لو أنه أخذها بعين الاعتبار عند تناوله لحالات وشروط منح الترخيص الإجباري وأن إهمال هذه المسائل يمكن أن يؤدي في المستقبل إلى إثارة الكثير من الصعوبات عند تطبيق أحكام قانون حماية الملكية الفكرية من الناحية العملية والواقعية، ألا وهي مسألة الإسراف في إعطاء المهل القانونية وإطالة أمدها (المطلب الأول)، أما الأمر الثاني فيتعلق بمسألة التعويض العادل الواجب منحه لمالك الاختراع محل الترخيص الإجباري (المطلب الثاني)، وهو ما سنتناوله بتحليل واف خلال هذين المطلبين.

المطلب الأول

من حيث مدة المهل القانونية المقررة لتقدير منح الرخصة الإجبارية

سبق وأوضحنا حسن مسلك المشرع المصري وتوفيقه الكبير في تحديد نطاق وطبيعة الحالات الموجبة لمنح التراخيص الإجبارية، وتحديد الشروط اللازمة لإصدارها، وتأييد الباحث لذلك كله؛ إلا أن ما يشد انتباه الباحث صراحة عند تحليله لنص المادة (٢٣) في فقرتها رابعاً من قانون حماية الملكية الفكرية المصري أن المشرع قد أسرف كثيراً في إطالة مدد المهل القانونية دون مبرر منطقي ودون فائدة عملية ترجى من ذلك، وهو ما نقرأه في الفقرة رابعاً المشار إليها والتي نصت على أنه: "... رابعاً: إذا لم يقر صاحب البراءة باستغلالها في جمهورية مصر العربية بمعرفته أو بموافقة أو كان استغلالها استغلالاً غير كاف رغم مضي أربع سنوات من تاريخ تقديم طلب البراءة أو ثلاث سنوات من تاريخ منحها أيهما أطول، وكذلك إذا أوقف صاحب البراءة استغلال الاختراع بدون عذر مقبول لمدة تزيد على سنة ... ومع ذلك إذا رأى مكتب براءات الاختراع، رغم فوات أي من المدينين المشار إليهما أن عدم استغلال الاختراع يرجع إلى أسباب قانونية أو فنية أو اقتصادية خارجة عن إرادة صاحب البراءة، جاز أن يمنحه مهلة أخرى كافية لاستغلال الاختراع ..."، حيث تعالج هذه الحالة من حالات منح

الرخص الإجبارية فرضية عدم قيام المالك باستغلال الاختراع محل الحماية القانونية أو أنه قام باستغلاله بشكل غير كافٍ لسد الاحتياجات في السوق المحلية وذلك كله رغم مرور (٤ سنوات) من تاريخ طلبه للبراءة أو مرور (٣ سنوات) من تاريخ حصوله على البراءة فعلاً أيهما أطول، كما أن هذه الحالة تعالج فرضية أخرى مفادها إذا قام مالك الحقوق الاستثنائية بوقف استغلاله للبراءة المحمية دون عذر مقبول واستمر على هذا الحال لمدة سنة كاملة جاز منح الترخيص الإجباري، ومع هذا كله إذا رأى مكتب براءات الاختراع المصري بعد فوات كل هذه المدد الطويلة أن عدم الاستغلال يرجع لأسباب وصفها المشرع بالاقتصادية أو القانونية أو الفنية فهذا يجوز أن يمنح المالك للبراءة مهلة إضافية غير محدد مدتها، ويبدو أن المشرع قد ترك مسألة تقديرها لمكتب براءات الاختراع، والباحث من خلال اجتهاده المتواضع يدعو في هذا المقام إلى التدقيق والتحليل لنص الفقرة (رابعاً) المشار إليه آنفاً وسيوضح جلياً أن المشرع المصري قد أسرف كثيراً ودون داعٍ قانوني أو واقعي في منح المهل القانونية، ناهيك إذا علمنا بأن هذه الحالة من حالات منح الرخص الإجبارية تعالج فرضية تقصير وإهمال مالك البراءة إما في استغلال البراءة ابتداءً، أو في حسن تقدير الاحتياجات الفعلية للسوق المحلية، وخاصة إذا كنا نتحدث عن منتج أو سلعة لها أهمية حيوية وضرورية لأبناء المجتمع، حيث حدد المشرع المصري مدة أربع سنوات على افتراض أنها كانت الأطول وهي مدة كبيرة مبالغ فيها كما أن المهلة المحددة في حالة وقف الاستغلال دون عذر مقبول تعد طويلة هي الأخرى، فالمشرع المصري يجازي المقصر في هذه الحالة خير جزاء بأن يمنح له مهلة سنة كاملة لإصلاح ذات بينه على الرغم من أنه توقف (دون عذرٍ مقبول)، ويجب أن تبقى هذه العبارة بين قوسين إلى أن يتضح للباحث أبعادها المختلفة، وما يمكن أن تسببه من إشكاليات، كما سيرد بيانه، وذلك لأن مكتب البراءات سيظل متفرباً ومكتوف الأيدي ينتظر مرور هذه المهلة لكي يتمكن بعدها من منح الترخيص الإجباري، والتساؤلات التي تلح علينا بطرحها.. في هذا المقام هي ما فائدة وجدوى منح البراءة من قبل الدولة المانحة إن لم تكن نظير استغلال الاختراع محل الحماية على أراضيها، وما يترتب عليه من عموم الفائدة للمجتمع بأسره.

وكيف بإمكاننا أن نتدارك احتياجات السوق الملحة جداً فيما لو حدثت أثناء سريان هذه المدد القانونية الطويلة، وكل هذه التساؤلات وغيرها تنتظر الإجابة الوافية والشفافية في ضوء أحكام قانون حماية الملكية الفكرية، وخصوصاً نص المادة (٢٣) منه، ومن

هذا المنطلق يذهب الباحث إلى مناشدة المشرع المصري بتعديل قانون حماية الملكية الفكرية فيما يخص مدة المهل القانونية المشار إليها بأن تخفض إلى الحد المعقول والمقبول أو على الأقل يكون تخفيض هذه المدد متى كان عدم الاستغلال أو عدم كفايته أو توقفه متعلقاً بسلعة أو منتج ذي أهمية بالغة لأبناء المجتمع، كما أن الباحث يؤكد بأن هذا الإسراف في منح المهل القانونية من شأنه أن يؤدي إلى تقاعس مالك البراءة في استغلالها سواء كان ذلك بإهماله وتقصيره أم كان ذلك متعمداً في ظل استراتيجية من شأنها أن ترفع أسعار السلعة بعد أن يقل العرض، وبالتالي يزيد الطلب، حيث إن توقف مالك الاختراع دون عذر مقبول قد يكون سببه تقليل العرض من السوق المحلية، مما يزيد من ارتفاع أسعار المنتج أو السلعة المحمية، وهذا يعني كما نعلم جميعاً زيادة في تحقيق الأرباح السريعة وخاصة إذا كان المنتج من السلع الضرورية والحيوية للمواطن فهو في كل هذه الحالات لا يقوم باستغلال الاختراع محل الحماية أو أنه يتوقف عنه دون أدنى مسئولية لأن المهلة المحددة لم تنته بعد ثم وقبل انتهاء المهلة القانونية يقوم بالبدء في الاستغلال أو استئنافه بعد توقف طويل مما يحقق له المكاسب الكثيرة في ظل هذا النص وتحت حمايته، وبالتالي فإن الباحث يرى ضرورة تخفيض هذه المهل القانونية حتى في حالة وجود مبررات قانونية أو فنية أو اقتصادية، كما أن المهلة الإضافية يجب أن تحدد بدقة دون ترك مسألة التقدير لمكتب براءات الاختراع أو غيره، وأن تكون هذه المهلة قصيرة في مدتها أو حتى إلغائه هذه المهلة أساساً، حيث أن المهل الأخرى التي أشار إليها المشرع تفي بقصده وزيادة.

المطلب الثاني

أحقية مالك البراءة في الحصول على التعويض نظير منح الرخصة الإجبارية

لقد اعتنق كل من المشرع المصري واتفاقية التريبس مبدأ التعويض العادل لمالك الحقوق الاستثنائية عند منح الترخيص الإجباري الذي يعني مشاركة المرخص له للمالك الأصلي في احتكار استغلال البراءة محل الترخيص، وبالتالي فإن المشرع المصري قد نص في المادة (٨/٢٤) من قانون حماية الملكية الفكرية على مبدأ التعويض العادل، حيث نقرأ في هذه المادة أنه: "يكون لصاحب البراءة الحق في الحصول على تعويض عادل مقابل استغلال اختراعه وتراعي في تقدير هذا التعويض القيمة الاقتصادية للاختراع...."، وهو ما نصت عليه كذلك المادة (٣١/ح) من اتفاقية

التربيس بقولها: "تدفع لصاحب الحق في البراءة تعويضات كافية حسب ظروف كل حالة من الحالات مع مراعاة القيمة الاقتصادية للترخيص"، ويذهب الباحث في معرض تعليقه على نصوص هذه المواد إلى تأييد إقرار مبدأ التعويض المناسب والعادل لمالك الحقوق الاستثنائية بشكل يكون جابراً للضرر الحقيقي والفعلي الذي لحق به من جراء منح الرخصة الإجبارية إن وجد فعلاً وهو ما تؤيده قواعد العدالة بالإضافة إلى نصوص القوانين والاتفاقيات الدولية بهذا الخصوص، وبالتالي فإنه يعد مسلكاً موقفاً وحميداً من قبل كل من اتفاقية التربيس والمشرع المصري، إلا أن الباحث ومع ذلك كله وبالتمعن في نص المادة (٣١/ح) من اتفاقية التربيس نجد أنها لم تحدد أو تعدد المعايير التي يمكن أن يُهدى بها في تقدير قيمة التعويض العادل، وإنما تم الاكتفاء بمعيار وحيد وغير واضح بما فيه الكفاية ألا وهو القيمة الاقتصادية للاختراع في السوق، والتي قد تكون مرتفعة جداً وخاصة في بعض مجالات التكنولوجيا الضرورية، مما يعد عبئاً ثقيلاً قد ينوء بكاهل الدولة النامية مانحة الترخيص الإجباري بما يصعب معه الوفاء بهذا الالتزام، ناهيك إذا علمنا أن معظم الدول النامية تعد دولاً فقيرة بالمقارنة بالإمكانيات الاقتصادية الموهولة للدول الصناعية المتقدمة، ومن ثم فإن الباحث يقترح بعض الملاحظات المهمة والقيمة جداً يوردها تباعاً.

أولاً: أن الباحث يعد الاعتماد من قبل اتفاقية التربيس على معيار القيمة الاقتصادية فقط دون غيره وهو مسألة غير موفقة من قبل اتفاقية التربيس، أما بالنسبة لموقف المشرع المصري فإنه كان أكثر توفيقاً من اتفاقية التربيس عند تحديده للمعايير التي يقدر بموجبها مبلغ التعويض العادل، بالإضافة إلى تبني المشرع لمعيار القيمة الاقتصادية للاختراع محل الترخيص لتقدير قيمة التعويض تماشياً مع اتفاقية التربيس فإنه قد حدد في المادة (٤١) من اللائحة التنفيذية لقانون حماية الملكية الفكرية مجموعة من المعايير الأخرى التي تدخل في تقدير قيمة التعويض، حيث إنه يجب الأخذ في الاعتبار الفترة المتبقية من مدة الحماية وحجم وقيمة الإنتاج المرخص به، والتناسب بين سعر المنتج ومتوسط الدخل العام للفرد وحجم الاستثمارات المطلوبة للبحوث اللازمة للطرح التجاري بالإضافة إلى معيار حجم الاستثمارات اللازمة للإنتاج، ومدى توافر منتج مماثل في السوق، ومدى الأضرار الذي أحدثتها المنافسة غير الشريفة للاقتصاد القومي.

ثانياً: ويذهب الباحث إلى أن هذه المعايير الواردة في نص المادة (٤١) تعد معايير ذات أهمية بالغة عند تقدير قيمة التعويض المستحق لصاحب البراءة محل الترخيص،

وخيراً فعل المشرع المصري بتعداده لهذه المعايير، وعدم الاكتفاء بمعيار القيمة الاقتصادية للاختراع في السوق للاعتبارات السالف بيانها، إلا أنه مع ذلك كله فإن الباحث يذهب إلى ضرورة تبني معايير جديدة في تقدير التعويض المستحق، والتي ستكون أقدر على تقدير هذا التعويض بعيداً عن المبالغة في مقداره بشكل قد لا يتناسب مع المقدرة المالية لأغلبية دولنا النامية، ولذا فإن الباحث يقترح اعتماد المعايير التالية:

١- يذهب الباحث في هذا الصدد إلى اعتماد معيار جديد أكثر عدالة وتوفيقاً ألا وهو: أن يؤخذ في الاعتبار عند تقدير التعويض مدة الاستغلال السابقة للاختراع المحمي من قبل مالك البراءة في فترة ما قبل منح الرخصة الإجبارية، حيث إن مالك الحقوق الاستثنائية لا يمكنه الادعاء بالإضرار بمصالحه في هذا الشأن أو أن مبلغ التعويض الممنوح غير عادل، في حالة ما كان قد قام باستغلال اختراعه مدة زمنية معقولة قبل صدور الترخيص، حيث إنه من المفترض قد حقق الأرباح المرجوة من احتكار الاستغلال خلال هذه المدة ومن ثم استرجع التكاليف المادية التي كان قد أنفقها في فترة بحثه أو إعداده للاختراع حتى خروجه إلى حيز الوجود، لأن مبلغ التعويض سيكون مختلفاً حتماً ما بين مالك استغل اختراعه لمدة سنتين مثلاً ثم صدور الترخيص وبين مالك آخر قام بالاستغلال لمدة عشر سنوات ثم صدر الترخيص، ويرى الباحث أن هذا المعيار الجديد الذي يناهز به يجد سنده القانوني أيضاً من خلال اتفاقية التريبس نفسها، وهو ما يمكن أن يفهم ضمناً من عبارة (حسب ظروف كل حالة من الحالات) الواردة في نص المادة (٣١/ح) المشار إليه، لذا فإن الباحث يرى بأن الدول النامية يمكنها الاستناد إلى التفسير الواسع لنص المادة (٣١/ح) على النحو المشار إليه للتوسع في دائرة المعايير اللازمة لتقدير قيمة التعويض لمالك البراءة دون أن يتقيد بمعيار القيمة الاقتصادية للاختراع الذي نادى به اتفاقية التريبس، والذي غالباً ما ستكون قيمة التعويض بموجبه مرتفعة.

٢- ومن المعايير الأخرى التي يقترحها الباحث في هذا الصدد والتي سيكون لها بالغ الأثر في مدى جواز إقرار مبدأ التعويض ابتداء في بعض الحالات أو على الأقل جعله مبلغاً يكاد يكون رمزياً، ولكنه وقبل ذكر هذا المعيار وزيادة منا في الإيضاح نود أن نمهد لذلك فنقول، بأن القواعد القانونية المنظمة لمنح التراخيص الإجبارية وكما نعلم جميعاً فهي لا تغل يد مالك الحقوق الاستثنائية عن الاستمرار في استغلال اختراعه جنباً إلى جنب مع المرخص له، مما يعني أن مالك البراءة يمكنه أن يمارس نشاطه في

استغلال الاختراع محل الحماية القانونية، ومن ثم فإن الجزاء الواقع عليه والمتمثل في الترخيص الإجباري لم يغل يده إلا فقط عن مسألة حقه في احتكار الاستغلال دون الاستغلال ذاته، لذا يذهب الباحث إلى القول كيف يمكن لمالك الحقوق الاستثنائية أن يحصل على التعويض ابتداء ما دام لا يزال مستمر في استغلال اختراعه محل الترخيص الإجباري فلا يتصور وجود ضرر ما قد لحق به اللهم فيما يتعلق بمسألة الاحتكار، حيث يشاركه في ذلك المرخص له إجبارياً، كما أنه يجب أن تراعى العلة من وراء منح الرخصة الإجبارية، وإن كان منح الرخص الإجبارية يعد في كثير من حالاته جزء بسبب عدم استغلال الاختراع المحمي من قبل المالك للبراءة أو رفضه ذلك أو توقيفه دون عذر مقبول فكيف يجازي مثل هذا الشخص عن تقصيره أو إهماله أو تعمده -كما سبق وأن أوضحنا- مرتين الأولى بالسماح له بالاستمرار في استغلال اختراعه رغم تقصيره والثانية بتعويضه بمبلغ عادل من المال وكأننا نكافئه على هذا الإهمال والتقصير بل ونشجعه على ذلك، وهذا من وجهة نظر الباحث منافع للعدالة والمنطق حتى، وإن كان مبدأ التعويض قد يصدق في الحالات التي يتوقف فيها مالك البراءة عن استغلالها بمجرد صدور قرار منح الترخيص؛ إلا أنه لا يصدق في حالات أخرى كما سبق بيانه آنفاً، ناهيك إذا علمنا بأن قيام المالك للبراءة باستغلالها على الوجه الأمثل والأكمل هو التزامه الأساسي المنوط به فعله وإلا لما كان هناك داعٍ لمنح براءة له، ومن باب أولى لما استحق الحماية المقررة لنظام براءات الاختراع.

٣- من هذه المعايير أيضاً فإنه على فرض أن سلمنا بعدالة منح مالك البراءة تعويضاً عادلاً نظير منح الرخصة الإجبارية فالمنطق هنا يحتم علينا أن نأخذ في الاعتبار عند تقدير قيمة هذا التعويض هل أن مالك البراءة لا يزال مستمراً في استغلال اختراعه محل الترخيص أم أنه أقلع عن ذلك كلية، حيث إنه إذا كان مالك الحقوق الاستثنائية لا يزال مستمراً في مزاوله استغلاله للبراءة محل الترخيص فلعل المنطق السليم للأمور يقتضي منا أن يكون هذا التعويض مبلغاً رمزياً من المال نظير إفقاده مكنة الاحتكار في استغلال البراءة، وذلك لمشاركة المرخص له للمالك في هذه السلطة، وبالتالي وفي هذه الحالة لا يجب الاعتداد بالمعيار الذي أورده كل من المشرع المصري واتفاقية التريبس وهو القيمة الاقتصادية للاختراع، والذي يبدو للباحث في اعتقاده بأن هذا المعيار وجد ضمن نصوص الاتفاقية لإعطاء مالك الحقوق الاستثنائية مزايا كثيرة في مجال براءات الاختراع، ومن ثم فإن محاولة الباحث في التحري عن هذه المسألة إنما تقوده رغبته الحقيقية والصادقة للوقوف إلى جانب الحقوق المهضومة

لدولنا النامية، ودق ناقوس الخطر في هذا المجال الذي بات من أهم مجالات العلوم القانونية، حيث إن دولنا النامية تقوم بمنح الرخص الإجبارية للتخفيف من وطأة الحقوق الاحتكارية لمالكي براءات الاختراع، ومحاولة توفير الحاجات الضرورية والحيوية لأبنائها وبأسعار معقولة دون أن تعلم أن ما ستوفره من تكاليف باهظة في هذا الصدد ستقوم لاحقاً بدفعه على هيئة تعويضٍ لأولئك أصحاب الحقوق الاستثنائية، مما يؤدي إلى توسيع رقعة هذه الاحتكارات وتكافئ أصحابها بحصولهم على تعويضات كبيرة في ضوء القيمة الاقتصادية للاختراع محل الترخيص وفي الوقت نفسه تسمح للمقصر أو المتقاعس بالاستمرار في استغلاله لهذا الاختراع، ومزاحماً ومنافساً للمرخص له، والذي غالباً ما يكون شركاتنا الوطنية، التي تحاول النهوض والقيام بدورها في ظل هذه الظروف والمعطيات المشار إليها.

الخاتمة

نحمد الله سبحانه وتعالى لما أوصلنا إليه من استكمال هذه الدراسة، وذلك بالبحث في موضوع التراخيص الإجبارية في مجال براءات الاختراع في القانون الليبي والمصري في إطار دراسة مقارنة بالاتفاقية الدولية ذات العلاقة، وهي اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية واتفاقية الجوانب المتعلقة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية والمعروفة اختصاراً (التريبس)، والتي عالجنا من خلالها العديد من الإشكاليات القانونية عن طريق الإجابة عن التساؤلات المهمة والملحة التي تطرحها فكرة إصدار التراخيص الإجبارية لبراءات الاختراع، والتي نأمل أن تساعد في وضع الحلول وتذليل الصعاب أمام تفعيل هذا النظام مع ضرورة الموازنة بين الحقوق الاستثنائية لمالكي براءات الاختراع من جهة ومصالح الدولة المضيفة للبراءة من جهة أخرى، وقد خلصت هذه الدراسة إلى العديد من النتائج البالغة الأهمية، هذا بالإضافة إلى جملة من التوصيات التي يقترحها الباحث للاستفادة المثلى والقصوى من نظام التراخيص الإجبارية التي يجب أن تراعي الكثير من المصالح الحيوية في الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية، وخصوصاً الدول النامية والأقل نمواً، وإليك هذه النتائج والتوصيات.

النتائج:

أولاً- تعد اتفاقية منظمة التجارة العالمية من إفرازات عصر العولمة الاقتصادية الذي نعيشه في وقتنا الحاضر لأن إدخال حقوق الملكية الفكرية ابتداء من ضمن المسائل المراد حمايتها دولياً عن طريق إبرام اتفاقية التريبس، إنما تمّ بقيام الشركات الكبرى المتعددة الجنسيات في أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية بممارسة الكثير من الضغوط على مختلف دول العالم لإدخال حقوق الملكية الفكرية ضمن مجال الحماية الدولية للمحافظة على أرباح هذه الشركات الرأسمالية العملاقة واحتكارها لأسواق التكنولوجيا دون غيرها، وبالتالي يجب علينا أن نعي أن هذه الاتفاقية لم تأت لإنصاف حقوق الدول النامية والأقل نمواً وتسهيل انسياب ونشر التكنولوجيا المتطورة إليها كما تزعم ديباجة اتفاقية التريبس وإنما هي استحواذ اقتصادي جديد في ثوب مغاير لما كنا نعرف.

ثانياً- على الرغم من السلبيات الكبيرة والكثيرة التي اعترت أحكام ونصوص اتفاقية التريبس؛ إلا أن هناك بعض الإيجابيات التي جاءت بها هذه الاتفاقية، والتي يمكن الاستفادة منها من قبل الدول النامية والأقل نمواً إذا ما أحسنت هذه الدول استغلالها على الوجه الأكفأ، ومن هذه الحسنات عمومية أغلبية نصوص اتفاقية التريبس الأمر الذي يعطي للدول المضيفة مساحة شاسعة في تفسير نصوص أحكام هذه الاتفاقية لصالحها وإدخال العديد من الاستثناءات والقيود على الحقوق الاستثنائية لمالكي براءات الاختراع، ومحاولة الحد منها كنظام الرخص الإجبارية، وتقيد الحماية المقررة بالعديد من القيود التي تستطيع الدول النامية من خلالها حماية جمهور مواطنيها وتوفير احتياجاتهم الأساسية والحيوية استناداً إلى إطلاقات نصوص اتفاقية التريبس، والباحث حقيقة قد اعتبر عمومية نصوص اتفاقية التريبس عيباً في حد ذاته، وذلك لأنها مدعاة لتضارب التفسيرات والاجتهادات بشأنها، ولكنه ومن الناحية الواقعية يجب علينا التعامل مع سوء صياغة الكثير من نصوص هذه الاتفاقية وعموميتها وعدم انضباطها؛ لأن الوقوف عند مجرد توجيه سهام النقد لا يجدي نفعاً، لذا فإن الباحث حاول جاهداً أن يقلب هذا العيب قدر الإمكان إلى ميزة للاستفادة منها من قبل الدول النامية على الوجه الأكمل والأشمل.

ثالثاً- على الرغم من قيام المشرع المصري بتوفير الحماية القانونية لمختلف براءات الاختراع إلا أنه قد توسع -مشكوراً- في حالات منح التراخيص الإجبارية، وهو مسلك حميد يحسب للمشرع المصري، بأن غطت هذه الحالات الكثير من أوجه استخدام واستغلال البراءة محل الحماية الدولية، والتي تستهدف في عمومها تحقيق المصلحة العليا للدولة المصرية، ذلك بموجب المادة (٢٣) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري، وخصوصاً إجازته لمنح الرخص الإجبارية في مجال الصناعات الدوائية في

حالة عجز كمية الأدوية عن تغطية السوق المحلي، أو انخفاض جودتها، أو فعاليتها، أو لارتفاع أسعارها، وهي من أهم الحالات التي تناولها المشرع المصري نظراً لأهمية هذا النوع من الصناعة لصحة وسلامة بقاء الإنسان، ومدى احتياجه إليها وبذلك يكون المشرع المصري قد خفف كثيراً من وطأة نص المادة الأولى والتي أجازت منح براءات الاختراع في مجال الدواء وحمايتها دولياً، ومن ثم فإن الباحث يشيد بموقف المشرع المصري في هذا الصدد ويؤيده في توسعه في تعداد الحالات الموجبة لمنح الرخص الإجبارية بأن كان موفقاً بذلك بعكس المشرع الليبي -الذي وإن كان قد حظر منح البراءة في مجال الصناعات الدوائية والغذائية- إلا أنه قد ضيق كثيراً من حالات منح الرخص الإجبارية، فحصرها في حالتين لا ثالث لهما المنفعة العامة والدفاع الوطني، وهو ما نصت عليه المادة (٣٠) من قانون براءات الاختراع التي أجازت منح الرخص الإجبارية في حالة المنفعة العامة أو الدفاع الوطني، وهو مسلك جانبه الصواب لأنه وعلى الرغم من عمومية نص المادة (٣٠) كانت شاملة لمختلف حالات منح الرخص الإجبارية وهو ما يستفاد من عبارة (المنفعة العامة)، إلا أنه كان من المفترض تعداد حالات منح الرخص الإجبارية كما فعل المشرع المصري نظراً لحساسية حقوق الملكية الفكرية، وباعتبار أن التراخيص الإجبارية لها أثر كبير على نظام الحماية الدولية لبراءات الاختراع ناهيك عن ترك مثل هذه المسألة المهمة، والمتعلقة بالوطنية العليا للدولة ومواطنيها لإطلاق التفسيرات أو الاجتهاد بصددتها.

التوصيات:

أولاً- يدعو الباحث جميع الدول النامية إلى ضرورة الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية، وعدم التأخر عن هذا المحفل الاقتصادي العالمي، على الرغم مما فيه من سلبيات باعتباره يمثل فقط مصالح الدول الرأسمالية، ويؤسس لبقائها للاستفادة المثلى من خبرات هذه الدول، وجعلها دولاً مستهلكة لا منتجة، حيث إن هذه الحقيقة المرة يجب ألا تقصينا عن اللحاق بركب التقدم والحضارة بحجة أن منظمة التجارة العالمية منظمة رأسمالية أو غيرها من النعوت التي لا تخلو من الصحة، كما سبق وأسلفنا، لأنه متى أحسن التعامل مع هذه المنظمة قد تكسب الدول النامية مميزات أكثر متى تم هذا الانضمام وفق دراسة وافية ومتأنية للسياسة العامة لهذه المنظمة وأهدافها، وكيفية تعظيم المسائل الإيجابية -على الرغم من قلتها- التي تقدمها هذه الاتفاقية، وفي هذا المقام ينبه الباحث كافة الدول النامية والأقل نمواً من الاندفاع للانضمام إلى اتفاقيات منظمة التجارة العالمية أو التهافت غير المسؤول وغير المدروس للانضمام إليها وإنما يجب أن يلبى انضمامها لهذه المنظمة مصالحها الوطنية، ويؤدي لرفع المستوى المعرفي لشعبها، وتسهيل وتيسير تدفق التكنولوجيا المتطورة إلى أسواقها، في إطار استراتيجية لفهم هذه التقنية الحديثة من النواحي الفنية وليس مجرد معرفة كيفية

استهلاكها فحسب، وهذا لا يتأتى إلا بدعم وتشجيع البحث العلمي والإنفاق عليه بسخاء ودعم المخترعين وتذليل الصعاب أمامهم، وتأهيل الكوادر الوطنية تأهيلاً علمياً وفنياً عالياً في مختلف قطاعات حقوق الملكية الفكرية، وضرورة إبداء التحفظات حول العديد من نصوص اتفاقية التريبس بالرغم من عدم إجازة هذه الاتفاقية لإبداء التحفظات، فهذا لن يتحقق إلا إذا تكاثفت الدول النامية، وأن يكون انضمام هذه الأخيرة بشكل جماعي أو على الأقل متتابع مع تكوين جماعة ضغط للتفاوض حول مصالح الدول النامية والأقل نمواً، وأن يكون مصير كل طلب للانضمام لهذه المنظمة من أي دولة نامية مرتبطاً تمام الارتباط بمصائر كافة طلبات الدول النامية الأخرى، بحيث لا تستطيع القوى الاقتصادية المسيطرة في هذه المنظمة إلا الإذعان لمطالب هذه الدول، بعكس ما هو عليه الحال في وقتنا الحاضر من الانضمام الفردي للدول النامية لهذه المنظمة، مما يجعل الدول طالبة الانضمام في موقف تفاوضي أقل بكثير من الموقف التفاوضي لمنظمة التجارة العالمية ممثلة في الولايات المتحدة الأمريكية وشركائها من الدول الغربية الأخرى، ولكن متى اتحدت الدول النامية والأقل نمواً بشكل جماعي؛ فإن الدول العظمى الكبيرة ستعرض لمطالبها العادلة، ولن تضحي منظمة التجارة العالمية بسوقها الاستهلاكية الكبيرة، لذا فإن الباحث يتمنى على المشرع المصري أن يعدل نص المادة التاسعة لتصبح المدة الإجمالية للحماية القانونية عشر سنوات غير قابلة للتجديد بدلاً من عشرين سنة، والباحث إذا يقترح رد مدة الحماية الدولية وتخفيضها إلى العشر سنوات، فذلك لإيمانه بأن ذلك يمثل الحد المعقول والمقبول من الحماية الدولية، كما أن الباحث يدعو منظمة التجارة العالمية لأن تكون أكثر قرباً وعدالة عند النظر إلى المصالح الحيوية للدول النامية لكي تصبح هذه المنظمة بحق رائدة في مجال حماية الحقوق الفكرية بوجه عام، وبراءات الاختراع بوجه خاص، ومن ثم تحظى باحترام هذه الدول، وتحوز ثقتها.

ثانياً- يدعو الباحث إلى ضرورة إعمال فكرة تشغيل البراءة محل الحماية الدولية داخل أراضي الدولة المانحة، وخصوصاً الدول النامية، فالفرصة متاحة أمامها للاستفادة من عمومية نص المادة (١/٢٧) من اتفاقية التريبس التي تناولها الباحث بشكل أكثر تفصيلاً في طيات هذه الدراسة، نظراً لما يدره تشغيل البراءة من عموم الفائدة المرجوة من منح البراءة ابتداءً، ويلبي الهدف الأساسي لمنظمة التجارة العالمية في نقل التكنولوجيا من الدول المتقدمة إلى الدول النامية، والأقل نمواً، وهو ما سيتحقق فعلاً بقيام مالك الحق الاحتكاري باستغلال وصنع الاختراع محل الحماية الدولية داخل أراضي الدولة المانحة، وعدم الاكتفاء بتوفيره عن طريق استيراده جاهزاً من الخارج، وفي هذا المقام يود الباحث الإشادة بموقف المشرع المصري في تبنيه لفكرة تشغيل البراءة داخل أراضي الجمهورية المصرية، وهو ما أكدته المادة (٢٣) من قانون حماية

الملكية الفكرية، وذلك بعكس المشرع الليبي الذي لم يكن موفقاً في تبني فكرة تشغيل البراءة داخل الأراضي الليبية، لذا فإن الباحث يتمنى على المشرع الليبي ضرورة تعديل نص المادة (٢٨) من قانون براءات الاختراع واشتراط وجوب استغلال البراءة محل الحماية الدولية في الاقليم الليبي، وعدم السماح بتقديم الاختراع جاهزاً إلى السوق الليبي عن طريق استيراده من الخارج، حيث إن تبني فكرة تشغيل البراءة في مختلف الدول النامية وعلى رأسها ليبيا يؤدي إلى إنتاج التكنولوجيا المتطورة على أراضيها، وما يترتب على ذلك من تنمية حقيقية للموارد البشرية، وتدريب الكوادر الوطنية، وإشراكها في صناعة التكنولوجيا، والوقوف على التقنيات الحديثة في إنتاجها.

ثالثاً- على الرغم من توفيق المشرع المصري في تعداده لكثير من الحالات الموجبة لمنح الرخص الإلزامية؛ إلا أنه قد أسرف كثيراً في منحه للمهل القانونية لمالك الحق الاستثنائي ليتدارك نفسه قبل إقدام الدولة المصرية على منح الرخصة الإلزامية كحالة عدم قيام مالك البراءة باستغلالها ابتداءً، أو كان هذا الاستغلال غير كاف رغم مُضي أربع سنوات من تاريخ طلب البراءة أو ثلاث سنوات من تاريخ منحها أيهما أطول، وهو ما أقرته المادة (٢٣/٤) من قانون حماية الملكية الفكرية، الأمر الذي يعتبره الباحث إسرافاً من قبل المشرع المصري لا داعي له من الناحية القانونية والواقعية، وهو ما فصله الباحث في طيات هذه الدراسة، لذا فإن الباحث يقترح أن يقوم المشرع المصري بتعديل نص المادة (٢٣/٤) من قانون حماية الملكية الفكرية، بأن يعدّل هذه المدة عن طريق ردها إلى الحد المعقول والمقبول، حيث يقترح الباحث أن تكون سنة واحدة على الأقل بالنسبة للبراءات التي تتعلق بمنتج ذي أهمية حيوية بالغة للمجتمع المصري، أو ترك هذه المسألة المهمة إلى تقدير إدارة براءات الاختراع، ويبرر الباحث هذا الاقتراح من قبله بأن هذه المهلة القانونية إنما تمنح في حالة عدم قيام مالك البراءة باستغلالها ابتداءً أو أنه قام بالاستغلال ولكنه استغلال غير كاف، فنحن هنا أمام حالة لا تستحق منح مهلة طويلة إلى هذا الحد؛ لأن مالك البراءة إما أن يكون مقصراً أو مهملاً في قيامه بعملية استغلال البراءة أو أنه ليس لديه القدرات الفنية والمالية لإقامة مشروع يستغل بواسطته البراءة محل الحماية الدولية، أو أنه تعتمد عدم الاستغلال لتفادي المطلب القانوني المعروف والمتعلق بضرورة تشغيل البراءة داخل جمهورية مصر العربية، حيث إنه يضيع ما يمكن إضاعته من الوقت في ظل نص المادة (٢٣/٤) التي تشجعه إلى التقاعس والتكاسل في تشغيل البراءة، ومن ثم فإن مالك الحق الاستثنائي لا يستحق منح هذه المهلة الطويلة، ومن هنا ارتأى الباحث تخفيضها بخصوص هذه الحالة إلى سنة واحدة أو ترك المسألة لتقدير إدارة البراءات المصرية؛ لأن القول بغير ذلك هو مجازاة المقصر والمهمّل على إهماله، ناهيك إذا علمنا أن من أجدديات منح الحماية القانونية أساساً هو التسريع في استغلالها داخل المجتمع المانح

للمحماية لضرورات نقل التكنولوجيا المتطورة في استغلال داخل المجتمع المانح للحماية لضرورات نقل التكنولوجيا المتطورة إلى البلدان النامية والأقل نمواً كما أن من شأن الإبقاء على نص المادة (٢٣/٤) بشكلها الحالي أن يشجع مالكي الحقوق الاستثنائية على تعطيل مبدأ تشغيل البراءة بل والتقاعس والإهمال، مما يؤدي إلى ارتفاع أسعار المنتجات والسلع محل الحماية أثناء فترة التوقف عن الاستغلال أو عدم كفايته، فما بالك لو كان هذا المنتج أو هذه السلعة ضرورية وأساسية للمجتمع كسلعة الدواء أو الغذاء مثلاً.

رابعاً- يقترح الباحث تعديل نص المادة (٨/٢٤) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري والمتعلقة بمنح مالك الحق الاحتكاري محل الترخيص الإلزامي تعويضاً عادلاً في نظير حرمانه من استغلال البراءة محل الحماية الدولية، هذا مع مراعاة القيمة الاقتصادية للاختراع، وكذلك المادة (٤١) من اللائحة التنفيذية التي حددت بعض معايير تقدير التعويض، والتي يرى الباحث أنها غير كافية؛ لأن إقرار هذه المعايير إنما جاء اهتداءً من المشرع المصري باتفاقية التريبس التي أوجبت مبدأ التعويض بموجب المادة (٢/٣١)، حيث إن الباحث -ومع تأييده الكبير- لإقرار مبدأ التعويض العادل نظير منح التراخيص الإلزامية بحيث يكون هذا التعويض جابراً للضرر الذي يلحق بمالك الحق الاحتكاري وهو ما تؤيده أيضاً قواعد العدالة، ناهيك عن نصوص وأحكام القوانين والاتفاقيات الدولية، إلا أن المعايير التي اعتمدها المشرع المصري لتقدير التعويض لا تعد كافية من وجهة نظر الباحث، وخصوصاً معيار القيمة الاقتصادية للاختراع في السوق والتي قد تكون مرتفعة جداً بشكل لا تستطيع الدول النامية والأقل نمواً الوفاء بها، كما أن مجموعة المعايير التي حددتها المادة (٤١) من اللائحة التنفيذية لقانون حماية الملكية الفكرية رغم تعددها وتنوعها، إلا أن الباحث يقترح أن تضاف إلى كافة هذه المعايير اعتماد مجموعة من المعايير المستحدثة من قبل الباحث وهي كالتالي:

المعيار الأول: أن يؤخذ في الاعتبار لتقدير التعويض العادل مدة الاستغلال السابقة للاختراع المحمي من قبل مالك الحق الاستثنائي، أي فترة ما قبل منح الرخصة الإلزامية؛ لأن هذا الاقتراح من قبل الباحث يعالج حالة قيام المالك للبراءة باستغلال اختراعه المحمي مدة طويلة من الزمن، ثم منح بحقه الترخيص الإلزامي، حيث إن المفترض في هذه الحالة ألا يضار مالك الحق الاحتكاري بالترخيص لأنه في خلال هذه الفترة السابقة قد حقق الأرباح والعوائد المرجوة من اختراعه واسترد كافة التكاليف المادية التي أنفقها حتى ظهور الاختراع إلى حيز الوجود، ومن ثم استغلاله، فهنا مبدأ التعويض العادل سيكون مختلفاً بين مالك استغل البراءة لمدة خمس سنوات من المدة العامة للحماية وهي عشرون سنة ثم منح الترخيص الإلزامي وبين مالك آخر منح

بحقه الترخيص بعد مرور فترة خمس عشرة سنة مثلاً، فالعدالة تتطلب عدم المساواة بين الحالتين السابقتين، ويوجد هذا المعيار الجديد والذي يقترحه الباحث سنداً قانونياً يؤيده من نصوص اتفاقية التريبس نفسها بموجب المادة (٢/٣١) وتحديد عبارة (حسب ظروف كل حالة من الحالات)، وبهذا تستطيع كافة الدول المضيفة للاختراع اعتماد هذا المعيار المستحدث من قبل الباحث عن طريق تفسير عمومية نص هذه المادة من اتفاقية التريبس تفسيراً يتماشى مع مصالح هذه الدول دون التقيد بمعيار القيمة الاقتصادية للاختراع الذي يعد فضفاضاً ومهلهلاً وغير منضبط، ناهيك عن كلفته المادية التي نجعلها جميعاً.

المعيار الثاني: معيار مدى توقف أو استمرار مالك الحق الاستثنائي في استغلال البراءة محل الترخيص الإجمالي، حيث يقترح الباحث استحداث هذا المعيار الجديد في تقدير التعويض العادل المستحق لمالك الحق الاستثنائي محل الحماية الدولية حيث إننا نعلم جميعاً بأن القواعد القانونية المنظمة لمنح التراخيص الإجمالية لا تغل يد مالك الحق الاحتكاري في الاستمرار في استغلال اختراعه محل الترخيص بل بإمكانه الاستمرار جنباً إلى جنب مع المرخص له إجبارياً وهنا يود الباحث أن يعالج فرضيتين: **الفرضية الأولى:** في حالة توقف مالك الحق وترك المجال للمرخص له إجبارياً فلا بد أن يمنح المالك في هذه الحالة تعويضاً عادلاً مع مراعاة ما اقترحه الباحث في المعيار السابق وذلك إذا كان سبب منح الترخيص كون المالك لم يقوم باستغلال البراءة بشكل كافٍ يغطي السوق المحلي، أما إذا كان سبب منح الرخصة الإجمالية بسبب عدم قيام المالك للبراءة المحمية دولياً باستغلال اختراعه ابتداءً فهذا يقترح الباحث أن يكون التعويض رمزياً لا عادلاً فيكون مقابل لحرمانه من مكنة الاستئثار وحدها دون الاستغلال الفعلي، لأنه لم يقوم أساساً بهذا الاستغلال، ومن ثم لا يستحق التعويض العادل المنوه عنه من قبل المشرع المصري واتفاقية التريبس على حد سواء، هذا ويقترح الباحث في هذه الحالة إقامة دعوى مدنية ضد مالك الحق الاستثنائي لمطالبته هو بالتعويض إذا ما لحق ضرر بالدولة المانحة للبراءة من جراء عدم الاستغلال ابتداءً أو عدم كفاية هذا الاستغلال للسوق المحلي؛ لأن منح البراءة ومن ثم توفير الحماية القانونية لها، إنما هو نظير قيام مالك الحق على هذه البراءة باستغلالها، فلو لا ذلك لما استحق المالك هذه الحماية أصلاً.

الفرضية الثانية: أما في حالة استمرار مالك الحق الاستثنائي في استغلال البراءة محل الترخيص الإجمالي؛ فإن المالك لا يستحق تعويضاً عادلاً وكاملاً، وإنما تعويض رمزي نظير إفقاده لمكنة الاحتكار، لأنه لا يزال مستمراً في استغلال البراءة محل الترخيص جنباً إلى جنب مع المرخص له إجبارياً، حيث إنه لا حجة له بالقول بأنه قد تضرر؛ لأنه لا يزال مستمراً في استغلاله للبراءة فما وجه الضرر الذي يُتوقع أن يلحق به في

هذه الحالة؟ وهذا المعيار من قبل الباحث لا يمكن إعماله إلا في حالة كون سبب منح الترخيص الإجباري عدم كفاية الاستغلال أو في حالة عدم الاستغلال الذي لا تويده مبررات قوية، وهنا يذهب الباحث إلى عدم التعويض مطلقاً؛ لأن مالك الحق على البراءة كان مقصراً ومهماً في استغلالها، فلا يجوز مجازاته مرتين الأولى: بالسماح له بالاستمرار في استغلاله للبراءة محل الترخيص الإجباري مزاحماً بذلك الشركات الوطنية وهي غالباً المرخص لها إجبارياً، والثانية: بمنحه تعويضاً عادلاً نظير منح الرخصة الإجبارية الأمر الذي يخالف العقل والمنطق وفقاً لرأي الباحث، لذا يقترح الباحث عدم منحه أية تعويضات في هذه الحالة؛ لأن القول بغير ذلك يعني أن للدول النامية التي تتحاشي الإضرار بمصالحها الوطنية عن طريق منح الرخص الإجبارية للتخفيف من وطأة الحقوق الاحتكارية لمالكي البراءات لتوفير السلع والمنتجات الضرورية والملحة لمواطنيها بأسعار معقولة ومقبولة، ستقوم ودون أن تعلم أو تترك بدفع تكاليف باهظة نظير هذا الحق المشروع في شكل تعويضات لمالك الحقوق الاستثنائية الذي قد يكون مقصراً في قيامه بواجبه المنوط به، وهو استغلال البراءة وتشغيلها في الدولة المانحة .

المراجع

المراجع العلمية:

- ١- ابراهيم احمد، آثار اتفاق تربيس على النواحي التجارية لحقوق الملكية الفكرية، بحث منشور في مجلة البحوث الصناعية، المجلد السابع، ع ٣، ٢٠١٢م.
- ٢- ابراهيم الدسوقي، منظمة التجارة العالمية وتحديات الملكية الفكرية في مجال براءات الاختراع، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية، الإمارات العربية، في الفترة من ٩-١١ مايو ٢٠١٠م.
- ٣- إبراهيم العيسوي، الجات والنظام العالمي الجديد للتجارة العالمية، مركز دراسات الوحدة، ط ٢، ٢٠١٢م.
- ٤- أبو العلا النمر، الحماية الوطنية للملكية الفكرية في ظل اتفاقية باريس، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٣، ٢٠١٧م.
- ٥- أحمد جامع، اتفاقيات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢، ٢٠١٣م.
- ٦- أحمد علي عمر، الملكية الصناعية وبراءات الاختراع، الحلمية للطباعة والنشر، الإسكندرية، ط ١، ٢٠١٠م.
- ٧- أسامة مجدوب، الجات والبلدان العربية، الدار المصرية اللبنانية، ط ٣، ٢٠١٧م.

- ٨- السيد أحمد عبد الخالق، حماية حقوق الملكية الفكرية من الاحتكار والمنافسة، بحث مقدم الي المؤتمر المنعقد بجامعة المنصورة تحت شعار تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الضارة في الفترة من ٢٩-٣٠ مارس ٢٠١٠م.
- ٩- السيد حسن البدرابي، القانون المصري لحماية حقوق الملكية الفكرية، سماته الرئيسية ومدى توافقه مع المعايير الدولية، بحث مقدم إلى حلقة الوايو الوطنية حول الملكية الفكرية، القاهرة، من ١٣-١٦ ديسمبر ٢٠١٦م.
- ١٠- بلال عبد المطلب، بدوي، تطور الآليات الدولية لحماية براءات الاختراع، دراسة في ضوء اتفاقية التريبس، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقات التجارة الدولية، دولة الإمارات العربية، من ٩-١١ مايو ٢٠١٠م.
- ١١- جلال أحمد خليل، النظام القانوني لحماية الاختراعات، مطبوعات جامعة الكويت، ٢٠١٢م.
- ١٢- جلال محمددين، الحماية القانونية للملكية الصناعية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط٢، ٢٠١٨م.
- ١٣- حازم السيد حلمي، حماية حقوق الملكية الفكرية في ظل اتفاق التريبس في البلدان النامية، أطروحة دكتوراه، جامعة المنصورة، ٢٠١٨م.
- ١٤- حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا دراسة في الآليات القانونية الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م.
- ١٥- حمد الله محمد حمد الله، الوجيز في حقوق الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٣، ٢٠٠٨م.
- ١٦- حميد اللهيبي، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية في إطار منظمة التجارة العالمية، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠١٤م.
- ١٧- حسام الصغير، أسس ومبادئ اتفاقية التريبس، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٣، ٢٠١٨م.
- ١٨- سعيد النجار، الجوانب القانونية والاقتصادية لمبادئ الجات ومنظمة التجارة العالمية، بحث مقدم الي مؤتمر الملكية الفكرية الصناعية، المنعقد في دولة الامارات، في الفترة من ٩-١١ مايو ٢٠٠٩م.
- ١٩- سعيد عبد السلام، نزع الملكية الفكرية للمنفعة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠١٢م.
- ٢٠- سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، ط٥، ٢٠١٢م.
- ٢١- سمير جميل الفتلاوي، استغلال براءة الاختراع، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط٢، ٢٠٠٥م.

- ٢٢- سنيوت حليم دوس، دور السلطة العامة في مجال براءات الاختراع، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط٢، ٢٠٠٨م.
- ٢٣- سيد أحمد محمود، آلية تسوية المنازعات الناجمة عن نص اتفاقات الجات، دار الإيمان للطباعة، القاهرة، ط ١، ٢٠١٥م.
- ٢٤- صلاح عبد اللطيف الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، الدار العلمية الدولية، ط ١، ٢٠١٢م.
- ٢٥- عبد الحميد الأحذب، التراخيص في مجال الملكية الصناعية، الدار اللبنانية للنشر، لبنان، ط٢، ٢٠١٦م.
- ٢٦- عبد الرحيم عنتر، حقوق الملكية الصناعية والتجارية وآثارها الاقتصادية، دار الفكر الجامعي، ط ١، ٢٠١١م.
- ٢٧- عبدالله الخشروم، الحماية القانونية للملكية الصناعية، دار الثقافة، عمان، ط٢، ٢٠١٥م.
- ٢٨- عبدالله درمين، الحماية الدولية للملكية الصناعية، أطروحة دكتوراه، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، ٢٠١٦م.
- ٢٩- كمال محمد أبو سريع، حق الملكية في براءة الاختراع، بحث منشور في مجلة قضايا الحكومة، السنة ٢٦، ع ٣، ٢٠١٥م.
- ٣٠- محمد إبراهيم موسى، براءات الاختراع في مجال الأدوية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط٢، ٢٠١٨م.
- ٣١- محمد حسام لطفي، آثار اتفاقية التجارة العالمية على تشريعات الدول العربية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط٢، ٢٠١٣م.
- ٣٢- محمد حسنى عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ٢٠١١م.
- ٣٣- محمود مختار بريري، الالتزام باستغلال المفكرات الجديدة، دار النهضة العربية القاهرة، ط٥، ٢٠١٦م.
- ٣٤- منى جمال الدين، الحماية الدولية لبراءة الاختراع، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠١١م.
- ٣٥- ناجى أحمد أنور، التراخيص الاختبارية والإجبارية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠١٢م.
- ٣٦- نصر أبو الفتوح، حماية الملكية الفكرية في مجال صناعة الدواء، أطروحة دكتوراه جامعة المنصورة، ٢٠١٩م.
- ٣٧- نعيم أحمد نعيم، الحماية القانونية لبراءة الاختراع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨م.

- ٣٨- نوري أحمد خاطر، شرح قواعد الملكية الصناعية، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان ط ٣، ٢٠١٦م.
- ٣٩- يسرية عبد الجليل، حقوق حاملي براءات الاختراع، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط ٣، ٢٠١٣م.

القوانين والاتفاقيات:

- ١- قانون براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية الليبي رقم (٨) لسنة ١٩٥٩ ولائحته التنفيذية.
- ٢- قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠٢ ولائحته التنفيذية.
- ٣- اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية المعروفة اختصاراً (بالترييس) المبرمة في مراكش العام ١٩٩٤م.
- ٤- اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المبرمة العام (١٩٨٣م) وتعديلاتها.

المراجع الإنجليزية:

1. TAQUANG MINH the issues of balancing rights in the patent protection JPO FUND RESEACH FELLOWSHIP PROGRAM 01/OCTOBER 2012.
2. TAQUANG MINH the issues of balancing rights in the patent protection JPO FUND RESEACH FELLOWSHIP PROGRAM 01/OCTOBER 2015.
3. Arnol and Janick ,(Copulosry Licensing Anyone)55J.Pat off.sco 2009.
4. KARTI PAAS, Compulsory licensing under the TRIPS a greemnt – a cruel taunt for developing countries. European Intellectual property Review 2011.
5. Trips-plus intellectual property rules impact on Thailand public health. 2013.









المعهد العالي للقضاء
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

Journal Of Jurisprudence And Legal Studies

Specialized & Refereed Scientific Journal (Quarterly)
Issued by the Higher Judicial Institute
Sultanate of Oman

In This Issue:

- **The Rule of Paying the Property Rent in Emergency Conditions (Corona Epidemic as an Example) A comparative Study in Islamic Jurisprudence And the Omani Civil Transactions Law**
Prof. Ahmed Elsadig Elbashir Elshaieb
- **The Extent of the Permissibility of Protesting Against the Injured by Reflection by Fault of the Original Victim «A Comparative Study»**
Dr. Moustafa Abou Mandour Mousa Eisa
- **The Impact of DNA in Criminal Proof**
Prof. Yahya Saleh Mohammed Altaee - Dr. Abdullghafoor Saleh Mohammed Altaee
- Dr. Sanad Saif Mohammed Alsenaidi
- **The Legal Framework of Virtual Currencies**
Prof. Kamal Ahmad Yousef Alnees
- **Annulment of the Arbitration Provision In Accordance with the Legislation of the GCC Countries**
Dr. Amal Bint Salim Bin Said Al Mahrizi
- **The Technical Development of Litigation Procedures in Administrative Cases through Electronic Litigation Systems**
Dr. Mohammed Awadh Farag Abdulaziz
- **The Legal System of Compulsory Licenses in the Field of Modern Inventions «A Comparative Study»**
Dr. Jamal Omran Al-Mabrok Agneah