

جامعة الإسكندرية  
ALEXANDRIA  
UNIVERSITY



# مجلة الحقوق

## للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

مجلة علمية فصلية محكمة

العدد الثاني ٢٠٠٧



مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

---

مجلة علمية فصلية محكمة

---

العدد الثاني 2007



## مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية مجلة فصلية محكمة

توجه جميع المراسلات إلى رئيس تحرير المجلة على العنوان التالي :

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية شارع مصطفى مشرفه سوتير الشاطبي -

الإسكندرية جمهورية مصر العربية

تليفون : 4863964 - 4846616

فاكس : 4876611

البريد الإلكتروني : [journal.law@alexu.edu.eg](mailto:journal.law@alexu.edu.eg)

رقم التصنيف الدولي 1901-1687

رقم الإيداع 301/75

تأسست عام 1943

---

## قواعد النشر

مجلة كلية الحقوق مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية منذ عام 1943 ، يقبل النشر فيها باللغة العربية و الفرنسية و الإنجليزية، وهى تعنى بنشر كل ما يتصل بميادين العلم القانوني و الاقتصادى و من ذلك:

- البحوث والدراسات. - التعليق على احكام قضائية.

- ملخصات الرسائل العلمية - التقارير عن الندوات والمؤتمرات.

وذلك وفق القواعد التالية:

- 1- التعهد من الباحث بان البحث او الدراسة لم يسبق نشرها.
- 2- ان يتسم البحث بالعمق والاصالة و الإضافة الجديدة الى المعرفة.
- 3- الالتزام باصول البحث العلمى و قواعده العامة ، و مراعاة التوثيق العلمى الدقيق لمواد البحث.
- 4- الآراء الواردة بالأبحاث العلمية المنشورة بالمجلة تعبر عن آراء أصحابها ولا تعبر بالضرورة عن رأى الكلية والجامعة .
- 5- ألا يكون البحث او الدراسة جزء من رسالة الدكتوراه الماجستير التي تقدم بها الباحث او جزء من كتاب سبق نشره .
- 6- ألا يزيد عدد صفحات البحث أو الدراسة عن 100 صفحة ويجوز في بعض الحالات التغطاي عن هذا الشرط إذا كان يؤدي إلى الاخلال بوحدة البحث .
- 7- لن ينشر البحث الا بعد قبول نشره من لجنة تحكيمية محايدة تتعهد إدارة المجلة بتشكيلها و عرض البحث عليها.
- 8- لا يجوز نشر البحث في مجلة علمية أخرى بعد إقرار نشره في مجلة الحقوق الا بعد الحصول على إذن كتابي بذلك من رئيس التحرير.
- 9- أصول البحوث التي تصل الى إدارة المجلة لا ترد سواء نشرت او لم تنشر
- 10- ان يرفق الباحث نبذة تعريفية عنه.
- 11- ان يرفق الباحث ملخصا عن بحثه في حدود الصفحة الواحدة باللغة العربية و الإنجليزية.

- 12- يجب ان يقد البحث مطبوعا على ان يرفق به القرص المدمج CD المحتوى على البحث على ان يكتب على هيئة كتاب (بنط 14 - الهامش 12 - طول الكتابة بالصفحة 21سم- عرض الكتابة بالصفحة 12.5)
- 13- يرفق بالبحث بيانات عم البحث الاسم/ العنوان/ التلفون/ E-mail/ السيرة الذاتية.
- 14- يمنح كل باحث نسخة من العدد مع خمس مستلا من بحثه.
- 15- ترسل البحوث بعنوان رئيس التحرير مجلة الحقوق شارع مصطفى مشرفه سوتير الشاطبى - الإسكندرية - جمهوريه مصر العربية.

## المحتويات

١	الحماية الجنائية لحقوق الملكية الصناعية في ضوء الاتفاقات الدولية والقوانين الوطنية د/ امين مصطفى محمد
١٥٣	التحكيم في المنازعات البحرية د/ محمد فريد العرينى
٢٠٥	التحويلات المصرفية الالكترونية من الوجهة القانونية د/ جلال وفاء محمددين
٣٢٩	التزام المحترف تزوير المستهلك بالمعلومات د/ عدنان سرحان
٣٥٩	المادة الثانية من الدستور. د/ سمير تناغو
٣٧١	القضايا القانونية المتعلقة بين الدول والكتيسة د/ سمير تناغو
٣٨٣	النطاق القانوني لإدارة محفظة الأوراق المالية الفردية لحساب الغير د/ محمد بن ناصر البجاد
٤٢٣	جريمة نشر الاشاعات المتعلقة بالأوراق المالية المدرجة في السوق المالي السعودي د/ محمد بن ناصر البجاد
٤٥٥	زكاة مكافأة نهاية الخدمة د/ محمد حسين منصور

**الحماية الجنائية  
لحقوق الملكية الصناعية  
في ضوء الاتفاقيات الدولية  
والقوانين الوطنية**

دكتور

أمين مصطفى محمد

أستاذ القانون الجنائي المساعد

كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
"إِنَّ الَّذِينَ قَالُوا رَبُّنَا اللَّهُ ثُمَّ اسْتَقَامُوا  
فَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ "

صدق الله العظيم

آية ١٣ من سورة الأحقاف



## مقدمة

١- يشكل تعدد حقوق الملكية الصناعية وتنوعها وغموض بعض مصطلحاتها إحدى الصعوبات التي تواجه الباحث في تناوله لدراسة الحماية الجنائية لهذه الحقوق ، حيث إن اضعاف القوانين الداخلية الحماية الجنائية على هذه الحقوق بصفة عامة لم يكن إلا استجابة لمقتضيات أحكام اتفاقيات دولية ، اضطرت معها الدول النامية للخضوع لها وتقريرها في قوانينها الداخلية . وبالتالي لم يكن اتصال الدول النامية - ومن ضمنها مصر - بحقوق الملكية الصناعية ناتجاً عن تجربة أبرزت الحاجة لحماية مثل هذه الحقوق ، إذ لم تتل هذه الدول النامية حظها بعد من التقدم الصناعي حتى تسعى لحمايته . وبالتالي لم تكن أغلب المصطلحات المتعلقة بحقوق الملكية الصناعية إلا ترجمة صريحة لما فرضته الاتفاقيات الدولية المتعددة التي تناولتها بالحماية القانونية .

وهكذا لم يعد غريباً أن نجد من ضمن حقوق الملكية الصناعية المنصوص عليها في القوانين بعض الحقوق التي تتصل بنماذج المنفعة والتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة والمؤشرات الجغرافية والتصميمات والنماذج الصناعية ، وهي تعد في حد ذاتها مفردات لها معناها الخاص في مجال الصناعة والممارسات التجارية ، فهي قد تتفق فيما بينها من حيث الأحكام القانونية المتعلقة بها ، مما قد يتيح للباحث الفرصة لتصنيفها من هذا الجانب ، وذلك دون أى إغفال لتحديدها في مجال الصناعة والممارسات التجارية ، وإبراز أهم حقوق الملكية الصناعية وأوجه حمايتها في مجال القانونين المصري والفرنسي .

## ماهية الملكية الصناعية :

٢- تشكل الملكية الصناعية قسماً من الملكية الفكرية ، حيث يتمثل العنصران الأساسيان في الملكية الفكرية في كل من الملكية الصناعية والمصنفات الأدبية والفنية . وهذا ما يبرر اقتصار اتفاقية باريس المؤرخة في ٢٠ ديسمبر ١٨٨٣ على حماية الملكية الصناعية ، واتفاقية برن المؤرخة في ٩ سبتمبر ١٨٨٦ على حماية المصنفات الأدبية والفنية .

وتشمل حماية الملكية الصناعية - طبقاً للمادة الأولى (فقرة أولى) من اتفاقية باريس لحماية الملكية الفكرية ١٨٨٣ - براءات الاختراع ونماذج المنفعة والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات الصناعية أو التجارية وعلامات الخدمة والاسم التجارى وبيانات المصدر أو تسميات المنشآت وكذلك قمع المنافسة غير المشروعة .

ولقد حرصت اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المشار إليها على امتداد الحماية القانونية للملكية الصناعية بمعناها الواسع وبحيث لا يقتصر تطبيقها على الصناعة والتجارة بالمعنى الحرفى لهما ، وإنما تطبق كذلك على الصناعات الزراعية والإستخراجية ، وعلى جميع المنتجات المصنعة أو الطبيعية مثل الحبوب وأوراق التبغ والفواكه والمواشى والمعادن والمياه المعدنية والزهور والدقيق .

## منهج البحث وخطته :

٣- تركز حقوق الملكية الصناعية - أساساً - على فكرة الإبداع فى مجال الصناعة والممارسات التجارية ، وغالباً ما يعتمد هذا الإبداع على مجموعة من الأفكار والمعارف الفنية والتي تنشأ بفضلها مجموعة من المبتكرات والتي يكون من شأنها التحديث والتطوير فى المجال الصناعى بغية زيادة الانتاج وتحقيق مبدأ المنافسة للمشروعة فى مجال الممارسات

## التجارية .

وهكذا لا تخرج حقوق الملكية الصناعية - من وجهة نظر الباحث- عن حقوق تتعلق - من ناحية أولى - بموضوع المنتج ، وهي حقوق تتمثل في كافة المبتكرات التي ساهمت في نشأة فكرة انتاجه على نحو يسمح باستغلاله ، وتأتى في مقدمتها فكرة اختراعه وضرورة توفير الحماية القانونية لها من خلال منحة براءة اختراع تمنح صاحبه حقوقاً يتكفل القانون بحمايتها ، وحقوق أخرى تتعلق - من ناحية ثانية - بوسائل تنفيذ المنتج وتتمثل في كافة المبتكرات التي تكفل تنفيذ هذا المنتج وخروجه إلى حيز الوجود وذلك من خلال التصميمات والمخططات المختلفة وما يقتضى ذلك من إسباغ الحماية القانونية على كافة المعلومات المتعلقة بهذا الشأن ، بالإضافة إلى حقوق أخرى تتعلق - من ناحية ثالثة- بكافة المبتكرات التي تتعلق بشكل المنتج أو مظهره الخارجى ، وتأتى في مقدمتها العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية .

ولهذا نفضل أن نتناول موضوع الدراسة فى ثلاثة فصول بحيث نعرض فى الفصل الأول للحماية الجنائية لبراءات الاختراع ، وننصدي فى الفصل الثانى لدراسة الحماية الجنائية للتصميمات والمعلومات السرية، ونتناول فى الفصل الثالث الحماية الجنائية للعلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية .

وبحيت نمهد لذلك بمبحث تمهيدى نتناول فيه بصفة عامة دور الاتفاقيات الدولية فى إسباغ الحماية الجنائية على حقوق الملكية الصناعية، ومدى استجابة القوانين الوطنية لهذه المتطلبات الدولية .

وهكذا يمكن تقسيم هذه الدراسة على النحو التالى :

مبحث تمهيدى : الحماية الجنائية للملكية الفكرية بين المتطلبات الدولية والقوانين الوطنية .

**الفصل الأول : الحماية الجنائية لبراءات الاختراع .**

**الفصل الثاني : الحماية الجنائية للتصميمات والمعلومات السرية في  
مجال الصناعة .**

**الفصل الثالث : الحماية الجنائية للعلامات التجارية والمؤشرات  
الجغرافية.**

## مبحث تمهيدى

### الحماية الجنائية لحقوق الملكية الصناعية

### بين المتطلبات الدولية والقوانين الوطنية

تمهيد وتقسيم :

٤- تمثل مجموعة الاتفاقيات الدولية التى استهدفت تحرير التجارة  
والتي تم التوقيع عليها فى مدينة مراكش بالمغرب فى شهر مارس ١٩٩٤  
إحدى أبرز سمات تحول دول العالم لفكر جديد استهدف فى ظاهره تحرير  
التجارة العالمية وتحقيق المنافسة المشروعة وأخفى فى باطنه رغبة الدول  
المتقدمة فى الحفاظ على تقدمها ووضع العراقيل أمام الدول النامية تجنباً  
للحاق بها. ولهذا لم يكن غريباً على أغلب الدول النامية إلا الاستجابة  
لمتطلبات الاتفاقيات الدولية وتعديل قوانينها الداخلية بما يتمشى وما  
فرضته هذه الاتفاقيات من قواعد جديدة .

ونخصص هذا المبحث التمهيدي لبيان أوجه الحماية الجنائية  
للملكية الصناعية كما تطلبتها الاتفاقيات الدولية ومدى استجابة بعض  
المشرعين - وخاصة فى الدول النامية - لهذه المتطلبات . وبالتالي يقسم  
هذا المبحث لمطلبين على النحو التالى :

**المطلب الأول :** الحماية الجنائية لحقوق الملكية الصناعية فى إطار  
الاتفاقيات الدولية .

**المطلب الثانى :** الحماية الجنائية لحقوق الملكية الصناعية فى إطار  
القوانين الوطنية .

## المطلب الأول

### الحماية الجنائية لحقوق الملكية الصناعية

#### في إطار الاتفاقيات الدولية

٥- تمخض اتفاق مراكش في ٥ ابريل ١٩٩٤ الموقع في اطار الاتفاقيات العامة للتعريف الجمركية والتجارة GATT عن ميلاد منظمة التجارة العالمية ويطلق عليها اختصاراً بالإنجليزية (WTO) World Trade Organization ، وبالفرنسية (OMC) Organisation mondiale du commerce . ولقد نشأ في إطار هذه الاتفاقيات اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية ويطلق عليها اختصاراً بالإنجليزية (TRIPS) Agreement on Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights وبالفرنسية (ADPIC) Les aspects des droits de propriété intellectuelle .

وتمثل كل من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المؤرخة ٢٠ مارس ١٨٨٣ واتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية المؤرخة ٩ سبتمبر ١٨٨٦ أهم الاتفاقيات الدولية التي اهتمت بحماية حقوق الملكية الفكرية قبل اتفاقيات الـGATT ، ولقد نشأت في ظلها المنظمة العالمية للملكية الفكرية والتي يطلق عليها اختصاراً بالإنجليزية (WIPO) World Intellectual Property Organization وبالفرنسية Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) ونفضل استخدام المختصرات الانجليزية سالفة الذكر خلال هذه الدراسة بسبب شهرتها في مجال الدراسات العربية المتعلقة بهذا الشأن (١) .

--

(١) راجع بشأن المنظمات الدولية المعنية بحماية الملكية للصناعية :



لم يكن اتفاق مراكش ١٩٩٤ بشأن تحرير التجارة العالمية فيما يتعلق بحقوق الملكية الفكرية يهدف فقط لتفعيل الاتفاقيات الدولية التي تناولت هذه الحقوق بالحماية ، وإنما استهدف أيضاً الإقرار بقواعد قانونية جديدة ، وخاصة تلك التي تتعلق بالحماية القانونية لهذه الحقوق . وهذا ما يمكن أن نلاحظه ببساطة من خلال التعرض لأحكام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالملكية الفكرية التي أبرمت قبل اتفاق مراكش ١٩٩٤ ، وتلك الاتفاقية التي نشأت في إطار هذا الاتفاق والتي يطلق عليها اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية TRIPS . وهذا ما يمكن أن نتصدي لبيانها فيما يلي :

أولاً - الحماية الجنائية للملكية الفكرية في ظل الاتفاقيات الدولية المبرمة قبل اتفاق مراكش ١٩٩٤ :

٦- تعد اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المؤرخة ٢٠ مارس ١٨٨٣ إحدى أهم الاتفاقيات في مجال حماية حقوق الملكية الفكرية ، تلتها بعد ذلك اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية المؤرخة ٩ سبتمبر ١٨٨٦ ، هذا فضلاً عن اتفاقية مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات التجارية والصناعية المؤرخة ١٤ أبريل ١٨٩١ ، اعقبتها في نفس العام اتفاقية مدريد بشأن قمع بيانات المصدر غير المطابقة للحقيقة الموضوعة على البضائع، ولم تنضم مصر إلى هذه الاتفاقيات الدولية إلا في سنة ١٩٥٠ بمقتضى القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٠ حيث لم يعمل بها إلا

---

= Albert CHAVANNE et Jean - Jacques BURST, Droit de la propriété industrielle, Dalloz , Paris, 1998, N 4, p. 4 et suiv.

الدكتور جلال وفاء محمدين - الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقاً لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبيس) ، سلسلة رسائل البنك الصناعي ، الكويت، العدد ٥٩ ، ديسمبر ١٩٩٩ ، ص ١٣ وما بعدها .

اعتباراً من أول يوليو ١٩٥١ بالنسبة لاتفاقية باريس (١) ، أما بالنسبة لباقي الاتفاقيات فلم يعمل بها إلا اعتباراً من أول يوليو ١٩٥٢ .  
ويهمنا بشكل أساسي في هذا المجال أن نعرض لأحكام الحماية القانونية - وبصفة خاصة الحماية الجنائية - لحقوق الملكية الصناعية في إطار اتفاقية باريس ١٨٨٣ لحماية الملكية الصناعية . إذ يلاحظ وللوهلة الأولى أن هذه الاتفاقية لم تهدف في حقيقتها إلا لتنظيم العلاقات في مجال الصناعة والممارسات التجارية الشريفة ، وحماية الصناعات الوليدة والتشجيع على تطويرها وتقديمها ، وبالتالي لم يكن يعنىها كثيراً تنفيذ الالتزامات المترتبة على نحو جبري على الدول الأعضاء ، وهذا ما نلاحظه من خفة حدة الحديث بين قواعدها عن قواعد الحماية القانونية بصفة عامة والحماية الجنائية بصفة خاصة . وهذا ما يمكن أن ندلل عليه من خلال ما ورد بالمادة ١٠ (ثانياً) من هذه الاتفاقية من أحكام تتعلق بالمنافسة غير المشروعة حيث نصت على التزام الدول الأعضاء برعاية الدول الأعضاء الأخرى من خلال توفير الحماية الفعالة قبل المنافسة غير المشروعة والمتمثلة في كل منافسة تتعارض مع العادات الشريفة في الشؤون الصناعية أو التجارية .

ولقد ورد صراحة بالفقرة الأخيرة من المادة العاشرة سالفه الذكر بأنه : "يكون محظوراً بصفة خاصة ما يلي :

- ١- كافة الأعمال التي من طبيعتها أن توجد - بأي وسيلة كانت - لبساً مع منشأة أحد المنافسين أو منتجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري .
- ٢- الادعاءات المخالفة للحقيقة في مزاوله التجارة والتي من طبيعتها نزع الثقة عن منشأة أحد المنافسين أو نشاطه الصناعي أو التجاري .

---

(١) دكتورة / سميحة القليوبي - الملكية الصناعية - دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، بند ١٤ ، ص ٢٣ وما بعدها .

٣- البيانات أو الإدعاءات التي يكون استعمالها في التجارة من شأنه تضليل الجمهور بالنسبة لطبيعة السلع أو طريقة تصنيعها أو خصائصها أو صلاحيتها للاستعمال أو كميتها " .

وهكذا لا يلاحظ بشأن نصوص اتفاقية باريس ١٨٨٣ الحديث صراحة عن جزاءات جنائية مباشرة تلتزم الدول الأعضاء بتطبيقها عند المساس بحقوق الملكية الصناعية .

ثانيا - اتساع نطاق الحماية الجنائية للملكية الفكرية في ظل اتفاق  
مراكش ١٩٩٤ :

٧- وعلى العكس تماماً من ذلك نجد اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية ١٩٩٤ تبنت اتجاهاً مشدداً بشأن كفالة حماية حقوق الملكية الصناعية وذلك رضوخاً لطلبات الدولة المتقدمة وعلى حساب الدول النامية . ولهذا كان من الطبيعي أن تبتدى الدول النامية احتجاجها على إدراج موضوع الملكية الفكرية أصلاً ضمن موضوعات تحرير التجارة العالمية .

لقد خصصت اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية الجزء الثالث منها لبيان آلية تنفيذ الالتزامات المتعلقة بالملكية الفكرية ، فنصت على عدة إجراءات وجزاءات مدنية وإدارية ، فضلاً عن الجزاءات الجنائية ، وهذا ما يبدو واضحاً من خلال نص المادة ٦١ من هذه الاتفاقية والتي تلزم الدول الأعضاء بفرض تطبيق الإجراءات والعقوبات الجنائية على الأقل في حالات التقليد المتعمد للعلامات التجارية المسجلة أو انتحال حقوق المؤلف على نطاق تجارى ، وبحيث تشمل الجزاءات التي يمكن فرضها الحبس أو الغرامات المالية بما يكفى لتوفير

الردع الذى يتناسب مع مستوى العقوبات المطبقة فيما يتعلق بالجرائم ذات الخطورة المماثلة . وفى الحالات الملائمة تشمل الجزاءات التى يمكن فرضها أيضاً حجز السلع المخالفة أو أية مواد ومعدات تستخدم بصورة رئيسية فى ارتكاب الجرم ومصادرتها أو إتلافها ، كما يجوز للبلدان الأعضاء فرض تطبيق الإجراءات والعقوبات الجنائية فى حالات أخرى من حالات الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية لاسيما حين تتم الاعتداءات عن عمد وعلى نطاق تجارى .

ويلاحظ هنا أن اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية ألزمت بشكل صريح الدول الأعضاء بالاستعانة بالجزاءات الجنائية ، بل وأشارت فى هذا المجال إلى إمكانية الاستعانة بعقوبات الحبس فى حالة عدم كفاية الغرامات المالية للردع الذى يتناسب وخطورة الجرائم الماسة بحقوق الملكية الفكرية ، مما يعنى أن الاتفاقية تلزم الدول الأعضاء بتقرير عقوبة الحبس كعقوبة تمييزية فى تشريعاتها الداخلية المتعلقة بحماية حقوق الملكية الفكرية .

وبالإضافة لعقوبات الحبس أو الغرامات المالية أشارت هذه الاتفاقية إلى إمكانية الاستعانة بجزاءات أخرى مثل حجز السلع المخالفة لمنع تداولها ، وكذا حجز أية مواد أو معدات تستخدم فى ارتكاب الجرائم الماسة بحقوق الملكية الفكرية ، فضلاً عن مصادرتها أو إتلافها .

حتى وإن قصرت هذه الاتفاقية تلك الجزاءات الجنائية على حالات التقليد المتعمد للعلامات التجارية المسجلة أو المساس بحقوق المؤلف إلا إنها أجازت للدول الأعضاء الإستعانة بمثل هذه الجزاءات الجنائية على كافة حالات الاعتداء الأخرى على حقوق الملكية الفكرية وبصفة خاصة التى تقع على نحو عمدى وبهدف تحقيق الربح .

وهكذا فى حين تنوّه اتفاقية باريس للملكية الصناعية ١٨٨٣ عن

بعض الأفعال التي يشكل ارتكابها مساساً بحقوق الملكية الصناعية ، نجد اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية تلزم الدول الأعضاء صراحة بمواجهة الجرائم الماسة بحقوق الملكية الفكرية - ومن ضمنها حقوق الملكية الصناعية كالعلامات التجارية - بالجزاءات الجنائية.

## المطلب الثاني

### الحماية الجنائية للملكية الصناعية

#### في إطار القوانين الوطنية

٨- لا يمكن القول بأى حال من الأحوال أن اتفاقيات الـGATT وما نشأ في إطارها من اتفاقيات تتعلق بحقوق الملكية الفكرية ومن ضمنها حقوق الملكية الصناعية هي السبب الرئيسي في إصدار أغلب دول العالم لقوانين تتعلق بحماية حقوق الملكية الفكرية ، إذ إنه لم تذل قوانين أغلب تلك الدول من قانون أو أكثر يتعلق بحماية حقوق الملكية الصناعية حتى قبل انضمامها لهذه الاتفاقيات ، ومع ذلك فيمكن القول بأن اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (TRIPS) تعد السبب الرئيسي الذي من أجله اضطرت الدول الأعضاء بمنظمة التجارة العالمية (WTO) لتعديل بعض قوانينها الداخلية ، بل وفي أحيان أخرى إلى إصدار قوانين جديدة من أجل مراعاة أحكام الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن وبالتالي تجنب أن تخضع لأي جزاء من المنظمة الدولية للتجارة . ولم يقتصر أثر اتفاقية الـTRIPS من حيث اضطرار الدول الأعضاء على تعديل قوانينها الداخلية أو إصدار قوانين جديدة في مجال حماية الملكية الصناعية على الدول النامية فقط ، كما هو الحال في مصر ، بل طال أيضاً الدول المتقدمة كفرنسا .

ونعرض فيما يلي لتطور قوانين بعض الدول في مجال حماية الملكية الصناعية وبيان مدى استجابتها لأحكام اتفاقية الـ (TRIPS) .

أولاً - إصدار قانون موحد لحماية حقوق الملكية الفكرية في مصر

٩- أهتم المشرع المصري بحماية حقوق الملكية الصناعية منذ أمد ، ولم يكن ذلك تنفيذاً لمتطلبات انضمام مصر لاتفاقيات ملزمة في هذا المجال، فلقد اسلفنا (١) القول بأن مصر لم تنضم إلى اتفاقية باريس للملكية الصناعية ١٨٨٣ إلا في يوليو ١٩٥١ ، ومع ذلك صدرت القوانين المتعلقة بحماية الملكية الصناعية وقد استقت أحكامها من اتفاقية باريس للملكية الصناعية (٢) . ويعد القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ بشأن العلامات والبيانات التجارية أول القوانين التي صدرت في مجال حماية حقوق الملكية الصناعية ، وتلاه بعد ذلك قوانين عدة ، من ضمنها القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ بشأن براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية.

واستجابة لمقتضيات اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (TRIPS) أضطر المشرع إلى إلغاء القانونين سالفى الذكر وأصدر قانوناً جديداً وهو القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية (٣) ، ولقد جاء هذا القانون شاملاً لكافة الحقوق المتعلقة بالملكية الفكرية ومن ضمنها حقوق الملكية الصناعية (٤) ، حيث خصص

(١) راجع ما سبق رقم ٦ .

(٢) الدكتور / سمحة القلوبى - الملكية الصناعية - المرجع السابق - رقم ١٢ ، ص ١٧ وما بعدها .

(٣) الجريدة الرسمية - العدد ٢٢ (مكرر) في ٢/٦/٢٠٠٢ .

(٤) وتميزت سياسة المشرع المصري بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية - من وجهة نظر -

الكتاب الأول منه لبراءات الاختراع ونماذج المنفعة ومخططات التصميمات للدوائر المتكاملة والمعلومات غير المفصح عنها ، والكتاب الثاني للعلامات والبيانات التجارية والمؤشرات الجغرافية والتصميمات والنماذج الصناعية . ولقد صدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٣٦٦ لسنة ٢٠٠٣ بإصدار اللائحة التنفيذية لهذا القانون ، ولقد اتسم هذا القانون ولائحته التنفيذية بتوفير الحماية القانونية المناسبة لكافة حقوق الملكية الفكرية وعلى نحو يستجيب لكافة أحكام اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (TRIPS) وخاصة من ناحية تقرير الجزاءات الجنائية كالحبس والغرامات المالية لكل ما يشكل مساساً بتلك الحقوق .

---

= الباحث- عن سياسة بعض المشرعين في الدول العربية ، حيث أن المشرع المصري خصص قانوناً موحداً لكافة حقوق الملكية الفكرية سواء تعلق بحق المؤلف أو الملكية الصناعية أو التجارية ، واتبع في ذلك السياسة التي اتبعها المشرع الفرنسي بإصداره القانون رقم ٩٢-٥٩٧ بشأن الملكية الفكرية (TRIPS) . ولقد جاء موقف بعض المشرعين في الدول العربية في هذا الشأن مختلفاً ، فخصص بعض المشرعين عدة قوانين لحماية حقوق الملكية الفكرية ، وذلك كما هو الحال في كل من عمان وتونس والكويت ، حيث نجد أكثر من قانون يتعلق بحقوق الملكية الفكرية ، حيث يخصص قانون لحماية البيانات (المؤشرات) الجغرافية وقانون آخر للرسوم والنماذج الصناعية ، وقانون لحماية تصميمات (طوبوجرافيا) الدوائر المتكاملة ، والسجل الرسمي للأصناف النباتية ، وقانون للعلامات والبيانات والأسرار التجارية ، وقانون لحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة . وبعض المشرعين أقتصروا على قانونين - بصفة أساسية - لحماية حقوق الملكية الفكرية ، كما هو الحال في المغرب والكويت ، فهناك قانون لحماية حقوق الملكية الفكرية المتعلقة بحق المؤلف وآخر لحماية حقوق الملكية الصناعية فيما يتعلق ببراءة الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والدوائر المتكاملة .

ثانيا - تطور التشريعات الخاصة بحقوق الملكية الصناعية بفرنسا :

١٠- تعددت في فرنسا - في بداية الأمر - القوانين التي تناولت حقوق الملكية الصناعية ، حيث صدر بداية أول قانون لبراءات الاختراع في ٧ يناير ١٧٩١ وتم تعديله أكثر من مرة ، وكذا الحال أيضاً بالنسبة للرسوم والنماذج فقد عالجها القانون الصادر في ١٩ و ٢٤ يوليو ١٧٩٣ بشأن الملكية الأدبية والفنية وورد عليه أيضاً العديد من التعديلات ، يعد من أهمها التعديل الذي أدخل عليه بالقانون الصادر في ١٣ يوليو ١٩٧٨ والذي بمقتضاه ألغيت الجزاءات الجنائية . ووحد المشرع الفرنسي الحقوق المتعلقة بالملكية الصناعية وأفرد لها القانون رقم ٩٠ - ١٠٥٢ الصادر في ٢٦ نوفمبر ١٩٩٠ بشأن الملكية الصناعية .

وأخيراً أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم ٩٢-٥٩٧ في الأول من يوليو ١٩٩٢ بشأن الملكية الفكرية ليشمل كلاً من الحقوق المتعلقة بالملكية الأدبية والفنية من جانب والملكية الصناعية من جانب آخر ، حيث أفرد لكل منها قسماً خاصاً به ، فعالج في القسم الثاني بشأن الملكية الصناعية كلاً من الرسوم والنماذج والمبتكرات والمعرفة الفنية والعلامات الصناعية والتجارية والخدمة والعلامات الأخرى . وصدر القانون رقم ٩٤-١٠٢ في الخامس من فبراير ١٩٩٤ ليزيد من فعالية قانون الملكية الفكرية ويقرر جزاءات جنائية وخاصة فيما يتعلق بأفعال التقليد .

وبمناسبة انضمام فرنسا لمنظمة التجارة العالمية أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم ٩٤-١١٣٧ في ٢٧ ديسمبر ١٩٩٤ بالتصديق على اتفاقيات الجات ومن ضمنها اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (TRIPS) . وتمشياً مع المقتضيات التي تترتب على عاتق المشرع الفرنسي نتيجة انضمام فرنسا لمنظمة التجارة العالمية أصدر القانون رقم ٩٦-١١٠٦ في ١٨ ديسمبر ١٩٩٦ عدل به العديد من المواد



الواردة بقانون الملكية الفكرية (١) الصادر في ١٩٩٢ ، ولم ينقطع المشرع الفرنسي عن مساندة واقعه واستشعار مدى الحاجة لتعديل قانون الملكية الفكرية على النحو الذي يسمح باستمرار الحفاظ على تقدمه الأدبي والفني والصناعي ، فأصدر العديد من القوانين المختلفة التي تناولت بالتعديل بعض مواد قانون الملكية الفكرية ، وأهمها الأمر رقم ٢٠٠٠-٩١٦ الصادر في ١٩ سبتمبر حيث دخل حيز التطبيق أول يناير ٢٠٠٢ عدل به بعض المواد المتعلقة بالجزاءات الجنائية في مجال الملكية الصناعية، ومؤخراً أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم ٢٠٠٦-٩٦١ في الأول من أغسطس ٢٠٠٦ معدلاً به بعض أحكام قانون الملكية الفكرية بالقسم الخاص بالملكية الأدبية والفنية .

---

(١) A. CHAVANNE et J.J. BURST. Droit de la Propriété industrielle, op.cit, N 9, p. 25 et suiv.

# الفصل الأول

الحماية الجنائية لبراءات الاختراع

## تمهيد وتقسيم :

١١- مما لا شك فيه تعد الجرائم الماسة بحقوق الملكية الصناعية من قبيل الجرائم الاصطناعية التي فرضت وجودها بسبب ما لحق المجتمعات الانسانية من تقدم صناعى مما اقتضى حمايته والحفاظ على مكتسباته تدخل القانون الجنائى بكافة أدواته . ولم يكن الحديث عن تجريم الأفعال الماسة بحقوق الملكية الصناعية مثلاً من قبل بقدر ما أثير بميلاد منظمة التجارة العالمية وما أبرم فى إطارها من اتفاقيات دولية تأتى فى مقدمتها اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (التريپس TRIPS) ، حيث تبنت هذه الاتفاقية اتجاهاً يشدد من حماية حقوق الملكية الفكرية - ومن ضمنها حقوق الملكية الصناعية - من خلال تقرير جزاءات جنائية كعقوبات الحبس والغرامات المالية . وقد فرض ذلك على الدول الأعضاء تعديل قوانينها الداخلية أو إصدار قوانين جديدة تستجيب لهذه المتطلبات .

وتهدف الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية من خلال تقرير الحماية الجنائية للملكية الصناعية حماية المبتكرات التى تعد أساساً أحد الوسائل المباشرة لصناعة المنتج ، وحيث لم تنشأ المبتكرات فى مجال الصناعة إلا استناداً إلى إبداع يتأسس أصلاً على مجموعة من الأفكار ، تترجم فى النهاية صناعة منتج .

ولهذا نخصص هذا الفصل لدراسة الحماية الجنائية للمبتكرات خلال مرحلة ما قبل صناعة المنتج ونقصد بها الاختراعات وما يقتضى ذلك أصلاً من منحها براءات يكفل القانون حمايتها . وتمثل براءات الاختراع إحدى العناصر الهامة التى تتشكل منها حقوق الملكية الصناعية، حتى أن كثيراً من التشريعات قد أفردت لها قوانين خاصة تعالج أحكامها ،

وذلك كالقانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ بشأن براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، والذي ألغاه المشرع المصري عند إصداره القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية ، وهو نفس الحال في إطار التشريع الفرنسي ، حيث صدر أول قانون لبراءات الاختراع في ٧ يناير ١٧٩١ ، ثم صدر بعد ذلك في ٢٦ نوفمبر ١٩٩٠ القانون رقم ٩٠-١٠٥٢ بشأن الملكية الصناعية ، إلى أن أصدر المشرع الفرنسي قانوناً موحداً لحماية حقوق الملكية الفكرية في الأول من يوليو ١٩٩٢ عالج في الكتاب السادس منه براءات الاختراع .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن موضوع براءات الاختراع تحكمه قواعد عدة تتوزع بين الاتفاقيات الدولية وخاصة اتفاقية التريبس TRIPS وبين القوانين الوطنية ، لذا يلزم التنويه إلى ضرورة الاقتصار - عند دراسة الحماية الجنائية لبراءات الاختراع - على تلك القواعد التي تتصل بموضوع البحث المتعلق أصلاً بالحماية الجنائية بحقوق الملكية الصناعية .

ولهذا يبدو ملائماً أن نعرض بالدراسة في هذا الفصل لتحديد ماهية براءة الاختراع باعتبارها المصلحة المعرضة للاعتداء وبالتالي تمثل محلاً للحماية الجنائية ، ثم نبين الجرائم الماسة بها . وعليه يمكن تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين ، بحيث نعرض في المبحث الأول لماهية براءة الاختراع محل الحماية الجنائية ، ونتناول في المبحث الثاني الجرائم الماسة ببراءة الاختراع. وذلك على النحو التالي :

**المبحث الأول : ماهية براءة الاختراع محل الحماية الجنائية .**

**المبحث الثاني : الجرائم الماسة ببراءة الاختراع .**

# المبحث الأول

## ماهية براءة الاختراع محل الحماية الجنائية

١٢- اهتمت كل من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية ١٨٨٣ وتعديلاتها واتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية ببراءات الاختراع ، وكان لهما أثرهما في اتجاه الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية لتعديل قوانينها الداخلية أو إصدار قوانين جديدة . وما يهمننا في إطار دراسة الحماية الجنائية لبراءات الاختراع أن نمهد لذلك بتعريف براءة الاختراع ومتطلبات الحصول عليها ، ودور الإدارة في تقدير منحها من عدمه ، ومدة الحماية المقررة لها ، وذلك كله بالقدر الذي يساعد في بيان الحق المعتدى عليه ، ومن ثم تحديد المصلحة اللازم تقرير الحماية الجنائية لها .

## المطلب الأول

### تعريف براءة الاختراع

١٣- لم تهتم الاتفاقيات الدولية المبرمة بشأن براءات الاختراع وأغلب القوانين الوطنية المتعلقة بهذا الشأن بتعريف براءة الاختراع ، وهو أمر يتمشى وما اعتادت عليه التشريعات القانونية من تجنب هذا الأمر وتركه للفقهاء .

وانبرى الفقهاء لتعريف براءة الاختراع ، فيعتبرها البعض <sup>(١)</sup> مجرد شهادة تمنحها الدولة للمخترع ويكون له بمقتضاها حق احتكار استغلال

(١) دكتورة / سميحة القليوبي ، الملكية الصناعية ، المرجع السابق ، رقم ٤٢ ، ص ٥٧ .

اختراعه مالياً لمدة معينة وبأوضاع معينة ، فى حين يعرفها البعض (١) بالشهادة التى تمنحها الإدارة لشخص ما وبحيث يكون لصاحب البراءة أن يتمسك بالحماية التى يضيفها القانون على الاختراعات ، ويعتبرها جانب آخر (٢) من الفقه مجرد شهادة تمنحها جهة مختصة لمن يدعى توصله لاختراع معين بعد استكماله لمجموعة من الشروط الموضوعية والشكلية تتضمن وصفاً دقيقاً للاختراع وتخول صاحبها القدرة على استغلالها . وما يهمننا فى إطار الحماية الجنائية لبراءات الاختراع أن يحصل المخترع بالفعل على شهادة تثبت حقه فى استغلال ابتكاره وبالتالي تمنع الآخرون من المساس به ، إذ لا يكفى أن يتوصل المخترع لابتكار ما ، بل لابد من استيفاء شروط معينة وحصوله بالفعل على براءة اختراع تضىف الحماية القانونية على ما توصل إليه من اختراع ، إذ تشكل البراءة اعترافاً لصاحب الشأن بحق حصري (٣) باستغلال اختراعه وبحيث يمنع الغير من استغلاله دون موافقته .

## المطلب الثانى

### شروط الحصول على براءة الاختراع

١٤ - تتألف الشروط اللازم توافرها للحصول على براءة اختراع لآى اختراع من شروط موضوعية تتعلق بموضوع الاختراع ذاته ، وشروط شكلية تتعلق بالإجراءات الإدارية اللازم مراعاتها لاستصدار براءة

(١) دكتور / محمد حسنى عباس - التشريع الصناعى - دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٧ ، رقم ٢٥ ، ص ٣١ .

(٢) راجع فى هذا : دكتور عبد الله حسين الخشروم - الوجيز فى حقوق الملكية الصناعية والتجارية - عمان ، ٢٠٠٥ ، ص ٦٣ .

(٣) A. CHAVANNE et J. J. BURST, Droit de la propriété industrielle, (٣) op. cit., N 387, p. 295.

الاختراع . ونعرض فيما يلي لكل من هذين النوعين من الشروط :

## الفرع الأول

### الشروط الموضوعية للحصول على براءة الاختراع

١٥- تمنح براءة الاختراع طبقاً للمادة الأولى (فقرة أولى) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري عن كل اختراع قابل للتطبيق الصناعي ، ويكون جديداً ، ويمثل خطوة إبداعية ، سواء كان الاختراع متعلقاً بمنتجات صناعية جديدة أو بطرق صناعية مستحدثة ، أو بتطبيق جديد لطرق صناعية معروفة .

ويبدو واضحاً أن المشرع المصري يتطلب توافر ثلاثة شروط لمنح براءة الاختراع (١) ، بحيث يكون الاختراع قابلاً للتطبيق الصناعي ، ويتسم بالجدة ، ويمثل خطوة إبداعية . ولقد التزم المشرع المصري في تحديد هذه الشروط بما تطلبته اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (التريبس) ، حيث تنص المادة ١/٢٧ من هذه الاتفاقية على أنه "مع مراعاة أحكام الفقرتين ٢ و ٣ تتاح إمكانية الحصول على براءات اختراع لأي اختراعات سواء أكانت منتجات أم عمليات صناعية في كافة ميادين التكنولوجيا ، شريطة كونها جديدة وتتطوى على خطوة إبداعية وقابلة للاستخدام في الصناعة . ومع مراعاة أحكام الفقرة ٤ من المادة

---

(١) وتتركز الشروط الموضوعية للحصول على براءة اختراع - لدى البعض - في شرطين موضوعيين مجمع عليهما في مختلف القوانين هما : الصفة الصناعية والجدة ، فحين أن بعض القوانين تضيف إلى ذلك شروطاً أخرى أبرزها المنفعة والنظم الصناعي والفاعلية الاختراعية أو الفعالية الابتكارية .

راجع في هذا :

دكتور / صلاح الدين عبد اللطيف الناهي - الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية -  
الأردن، ١٩٨٣ ، ص ٦٩ .

١٦، والفقرة ٨ من المادة ٧٠، والفقرة ٣ من هذه المادة، تمنح براءات الاختراع ويتم التمتع بحقوق ملكيتها دون تمييز فيما يتعلق بمكان الاختراع أو المجال التكنولوجي أو ما إذا كانت المنتجات مستوردة أو منتجة محلياً. وبالتالي تتطلب اتفاقية التريبس توافر ثلاثة شروط، وهي نفسها التي التزم بها المشرع المصري، فتطلب أن يكون الاختراع جديداً وينطوي على خطوة إبداعية وقابلاً للاستخدام الصناعي. ويمكن أن نعرض لهذه الشروط الثلاثة على النحو التالي:

### ١- قابلية الاختراع للاستخدام في مجال الصناعة:

١٦- إذا كان قانون حماية الملكية الفكرية المصري قد يتطلب - من ضمن الشروط اللازمة لمنح براءة اختراع - أن يكون الاختراع قابلاً للتطبيق الصناعي، إلا أنه لم يحدد المقصود بقابلية الاختراع للتطبيق الصناعي، وذلك على عكس المشرع الفرنسي الذي وإن كان يتطلب صراحة بالمادة L.611-10 من قانون الملكية الفكرية ١٩٩٢ أن يكون الاختراع قابلاً للتطبيق الصناعي لمنح براءة الاختراع عنه، إلا أنه أرفق بالمادة L. 611-15 من ذات القانون وحدد المقصود بذلك، حيث تنص هذه المادة باعتبار الاختراع قابلاً للتطبيق الصناعي حين يمكن تصنيع موضوعه أو استخدامه في كل مجال صناعي بما في ذلك ما يتعلق بالزراعة. وهذا ما جعل البعض<sup>(١)</sup> يرى أن المقصود بمصطلح "الصناعة" في هذا المجال هو المعنى الواسع لهذا المصطلح. وهكذا فإنه لا خلاف<sup>(٢)</sup> على أن المقصود من قابلية الاختراع للتطبيق الصناعي

(١) A. CHAVANNE et J. J. BURST, Droit de la propriété industrielle, op. cit., N 21, p. 34.

د. عبد الله حسين، الملكية الصناعية والتجارية، المرجع السابق، ص ٧٣.

(٢) الدكتورة / سميرة القليوبي، الملكية الصناعية، المرجع السابق، رقم ٨٣، ص ١٢٩.



يتعلق بما يترتب على استعمال الابتكار من نتائج صناعية تصلح للاستغلال في مجال الصناعة مثل اختراع سلعة أو آلة أو مادة كيميائية معينة أو أي شيء ملموس يمكن الاستفادة به عملاً وتطبيقه في المجال الصناعي وبالتالي استغلاله استغلالاً صناعياً . ولاشك في أن للقضاء دوره في البت (١) في مدى قابلية الاختراع للتطبيق الصناعي مستنداً في ذلك لآراء أهل الخبرة والتجربة والاختصاص .

ولقد سمحت اتفاقية التريبس للدول الأعضاء أن تستثنى من قابلية الحصول على براءات الاختراع بعض الاختراعات حتى ولو كانت قابلة للتطبيق الصناعي ، ومن ذلك ما تقضى به المادة ٣/٢٧ من هذه الاتفاقية والتي أجازت للدول الأعضاء عدم منح براءة اختراع عن كل من :  
أ - طرق التشخيص والعلاج والجراحة اللازمة لمعالجة البشر أو الحيوانات .

ب- النباتات والحيوانات ، خلاف الأحياء الدقيقة ، والطرق البيولوجية في معظمها لإنتاج النباتات أو الحيوانات خلاف الأساليب والطرق البيولوجية والبيولوجية الدقيقة .

وهذا ما التزم به كل من المشرع الفرنسي والمصري ، فلا يمنح المشرع الفرنسي براءة اختراع طبقاً للمادة 16-116 L. من قانون الملكية الفكرية لديه طرق العلاج الجراحي وتشخيص وعلاج أمراض الإنسان أو الحيوان ، وذلك لغياب الصفة الصناعية (٢) لهذه الطرق .  
وعلى نفس النهج استبعد المشرع المصري بالمادة الثانية من

---

(١) الدكتور/ صلاح زين الدين ، شرح التشريعات الصناعية والتجارية ، عمان، ٢٠٠٣، ص ٤٢.

(٢) A. CHAVANNE et J. J. BURST, Droit de la propriété industrielle, op. cit., N 22, p. 35.

قانون حماية الملكية الفكرية لديه بعض الابتكارات من نطاق الابتكارات التي يمكن منحها براءات اختراعات ، فلا تمنح براءة اختراع لما يلي :

١- الاختراعات التي يكون من شأن استغلالها المساس بالأمن القومي أو الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة أو الإضرار بالجسيم بالبيئة أو الإضرار بحياة أو صحة الإنسان أو الحيوان أو النبات .

٢- الاكتشافات والنظريات العلمية والطرق الرياضية والبرامج والمخططات .

٣- طرق تشخيص وعلاج وجراحة الإنسان أو الحيوان .

٤- النباتات والحيوانات أياً كانت درجة ندرتها أو غرابتها ، وكذلك الطرق التي تكون في أساسها بيولوجية لإنتاج النباتات أو الحيوانات عدا الكائنات الدقيقة والطرق غير البيولوجية والبيولوجية الدقيقة لإنتاج النباتات أو الحيوانات .

٥- الأعضاء والأنسجة والخلايا الحية والمواد البيولوجية الطبيعية والحمض النووي والجينوم .

ويغلب على تلك الابتكارات المستبعدة من نطاق الابتكارات التي يمكن أن تمنح عنها براءات الاختراع ، كونها غير مشروعة يترتب عليها أضرار تمس الدولة إما في أمنها القومي أو ما يتعلق بناموسها الاجتماعي أو بيئتها ، أو كون قصر الاستفادة ببعضها على مخترعيها واستثنائهم باستغلالها يشكل حرماناً للمجتمع<sup>(١)</sup> من فوائدها نظراً لكونها تتعلق بمجالات حيوية لا غنى عنها بما تعد معه مثل تلك الابتكارات متكافئاً للجميع.

(١) الدكتوراة / سميحة القليوبي ، الملكية الصناعية ، للمرجع السابق ، رقم ٨٤ ، ص ١٣٥ .

## ٢- أن يكون الاختراع جديداً :

١٧- يعد شرط الجودة *La nouveauté* أحد الشروط المتطلبة لمنح براءة الاختراع ، إذ لا يتصور أن تمنح براءة اختراع لأي ابتكار معلوم سبق وأذيع سره . ولقد حدد المشرع الفرنسي - على خلاف المشرع المصري- المقصود بالجدة في هذا المجال ، إذ تقضى المادة 11-611.L أن *all* بأن الاختراع يكون جديداً إذ لم يكن في مقدور الجمهور العلم به بأى وسيلة كانت ، وذلك قبل إيداع طلب منح براءة الاختراع عنه . إذ يجب أن يتسم هذا الاختراع بالأسبقية <sup>(١)</sup> *L'antériorité* من حيث اقتصار العلم به على صاحبه فقط ، إذ أن المقصود بالجدة في هذا الشأن هو عدم علم الغير بسر الاختراع قبل طلب البراءة عنه ، حيث أنه إذا أتصل علم الغير بسر الاختراع بعد اكتشافه وقبل الحصول على البراءة أصبح هذا الاختراع ملكاً للمجتمع .

ولقد حاول المشرع المصري أن يضع معياراً لتحديد شرط الجودة المطلوب لمنح براءة الاختراع ، حين نص بالمادة ٣ من قانون حماية

---

(١) A. CHAVANNE et J. J. BURST, Droit de la propriété industrielle, op. cit., N 26, p. 37.

الدكتورة / سميحة القليوبي ، الملكية الصناعية ، المرجع السابق ، رقم ٧٢ ، ص ١٠٨ و ١٠٩ .

وهناك من يرى أن اقتصار البعض على تحديد المقصود بجدة الاختراع على مجرد عدم علم الغير بسر الاختراع قبل طلب البراءة عنه ، يجعله ينظر إلى الجدة من زاويتها الشكلية دون الموضوعية ، إذ إن الجدة الموضوعية - لديه - تقاس بمعيار عام موضوعي هو كون الابتكار غير واضح للرجل المتخصص في فن صناعي معين وقت التقدم بطلب البراءة .

راجع الدكتور جلال وفاني ، الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقاً لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس) ، المرجع السابق ، هامش ص ٥٨ ، هامش رقم ١١٠ .

الملكية الفكرية على أنه "لا يعتبر الاختراع جديداً كله أو جزء منه فى  
الحالتين الآتيتين :

١- إذا كان قد سبق طلب إصدار براءات اختراع أو صدرت براءة عنه  
أو عن جزء منه فى جمهورية مصر العربية أو فى الخارج قبل تاريخ  
تقديم طلب البراءة .

٢- إذا كان قد سبق استعمال الاختراع أو استغلاله فى جمهورية مصر  
العربية أو فى الخارج بصفة علنية أو كان قد أفصح عن وصفه على  
نحو يمكن ذوى الخبرة من استغلاله قبل تقديم طلب البراءة " .

وهكذا فإن المشرع المصرى يشترط الجدة المطلقة من حيث  
المكان لمنح البراءة عن الاختراع ، وكما هو الوضع فى التشريع  
الفرنسى ، حيث يشترط ألا يكون قد تم استعمال هذا الاختراع أو الإعلان  
أو الإفصاح عنه ليس فقط داخل إقليم الدولة المراد طلب البراءة فيها بل  
وخارجه أيضاً . والهدف من شرط الجدة المطلقة على هذا الحال يتمثل فى  
الحرص على تقدم البلاد صناعياً <sup>(١)</sup> ، حتى لا يترتب على منح البراءة  
فى هذه الحالة احتكار صاحبها استغلال الاختراع مالياً وحرمان باقى  
الصناعات من استعماله .

٣- أن يمثل الاختراع خطوة إبداعية :

١٨- وكما تتطلب اتفاقية التريبس لمنح براءة اختراع لأى اختراع أن  
ينطوى هذا الاختراع على خطوة إبداعية سواء تمثل ذلك فى منتجات أو  
عمليات صناعية تطلب كل من المشرع المصرى والفرنسى هذا الشرط  
كأحد متطلبات منح براءة الاختراع . حيث تتطلب المادة الأولى من قانون

(١) الدكتور / سميحة القليوبى ، الملكية الصناعية ، للمرجع السابق ، رقم ٨٠ ، ص ١٢٢

الملكية الفكرية المصرية في فقرتها الأولى لمنح براءة اختراع لاخترع ما أن يمثل هذا الاختراع خطوة إبداعية سواء أكان متعلقاً بمنتجات صناعية جديدة أو بطرق صناعية مستحدثة أو بتطبيق جديد لطرق صناعية معروفة ، ولقد أكد المشرع الفرنسي من ناحيته على تطلب هذا الشرط من خلال النص عليه بالمادة L611-10 من قانون الملكية الفكرية لديه ، حيث يلزم أن يمثل الاختراع خطوة إبداعية *activité inventive* .

ولا خلاف على أن المقصود بالخطوة الإبداعية للاختراع في هذا المجال يتمثل في الابتكار والمتمثل في إيجاد شيء جديد لم يكن موجوداً من قبل أو إظهار شيء كان موجوداً من قبل ولكنه لم يكن معلوماً ثم إبرازه ، وبالتالي فلا يشترط لدى البعض <sup>(١)</sup> - طبقاً لهذا المعنى - أن يؤدي الابتكار إلى طفرة في التقدم الصناعي أو يؤدي إلى حدث ضخم في مجالات الصناعة ، إذ يكفي أن يكون الابتكار جديداً في موضوعه إذا أتى بشيء أفضل أو نتائج أحسن عما هو موجود فعلاً . وهذا المعنى يعتبره البعض <sup>(٢)</sup> يدخل في المفهوم اللاتيني للابتكار ، وهو عكس المفهوم الانجلوسكسوني للابتكار والذي اعتنقته اتفاقية التريبس من حيث تطلب أن يؤدي الابتكار الذي يمنح عنه فقط براءة اختراع إلى إحداث طفرة في التقدم الصناعي أو أن يشكل حدثاً ضخماً في مجال صناعة معينة .

## الفرع الثاني

### الشروط الشكلية للحصول على براءة الاختراع

١٩- تتمثل هذه الشروط الشكلية في ضرورة مراعاة كافة الإجراءات

(١) الدكتور / سمحة القليوبي ، الملكية الصناعية ، المرجع السابق ، رقم ٥٨ ، ص ٨٤ .

(٢) الدكتور / جلال وفاني ، الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقاً لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (التريبس) ، المرجع السابق ، ص ٦٠ .

الإدارية اللازمة لاستصدار براءة الاختراع . وهذه الإجراءات - وعلى الرغم من تعددها - لا تخرج عن تقديم طلب الحصول على براءة الاختراع لجهة الإدارة ، وتقدير الجهة الإدارية لهذا الطلب ، ومن ثم قبوله ومنح براءة الاختراع عن موضوعه أو رفضه . ونعرض فيما يلي لهذه الإجراءات الإدارية وبجالة ودون أن ترهقنا تفاصيلها أو ينأى بنا عن الموضوع الأساسي لهذه الدراسة من حيث دراسة الجانب الجنائي لحقوق الملكية الصناعية .

١- من له الحق في تقديم طلب الحصول على براءة الاختراع

٢٠- بمقتضى المادة ٤/١٠ من قانون حماية الملكية الفكرية المصرى يكون لكل شخص طبيعى أو اعتبارى من المصريين أو من الأجانب الذين ينتمون أو يتخذون مركز نشاط حقيقى وفعال لهم فى إحدى الدول أو الكيانات الأعضاء فى منظمة التجارة العالمية أو التى تعامل جمهورية مصر العربية معاملة المثل الحق فى التقدم بطلب براءة اختراع لمكتب براءات الاختراع فى جمهورية مصر العربية ، وما يترتب على ذلك من حقوق طبقاً للقانون .

ويقتصر الحق على تقديم طلب الحصول على براءة الاختراع طبقاً للمادة ١٢ من قانون حماية الملكية المصرى على المخترع نفسه أو ممن آلت إليه حقوقه وفقاً لإحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية ، وبحيث لا يجوز أن يتضمن طلب البراءة أكثر من اختراع واحد ، ويعتبر فى حكم الاختراع الواحد مجموعة الاختراعات التى تشكل فكرة إبداعية متكاملة.

٢- الجهة التى يقدم لها طلب الحصول على براءة الاختراع

٢١- يستقبل طلبات الحصول على براءات الاختراع مكتب براءات الاختراعات بجمهورية مصر العربية ، حيث يعد طبقاً للمادة الخامسة من

قانون حماية الملكية الفكرية المصري بهذا المكتب سجل معتمد تقيد فيه طلبات براءات الاختراع وجميع البيانات المتعلقة به وباستغلاله والتصرفات التي ترد عليه وفقاً لأحكام هذا القانون .

### ٣- بيانات طلب الحصول على براءة الاختراع :

٢٢- تتطلب المادة ١٣ من قانون حماية الملكية المصرية أن يرفق بطلب البراءة وصف تفصيلي للاختراع يتضمن بياناً كاملاً عن موضوعه، وعن أفضل أسلوب يمكن ذوى الخبرة من تنفيذه ، وذلك بالنسبة لكل واحد من المنتجات والطرق محل الطلب .

ويجب أن يشتمل الوصف بطريقة واضحة على العناصر الجديدة التي يطلب صاحب الشأن حمايتها ، وأن يرفق بالطلب رسم هندسى للاختراع عند الاقتضاء .

وإذا كان الطلب متعلقاً باختراع يتضمن مواد بيولوجية نباتية أو حيوانية ، أو معادن تقليدية طبية أو زراعية أو صناعية أو حرفية ، أو تراثاً حضارياً أو بيئياً ، فيجب أن يكون المخترع حاصلاً على مصدرها بطريقة مشروعة . فإذا كان الطلب متعلقاً بكائنات دقيقة وجب على الطالب أن يفصح عن هذه الكائنات ، وأن يودع مزرعة حية منها لدى الجهة التي تحددها اللائحة التنفيذية<sup>(١)</sup> لهذا القانون .

هذا فضلاً عن التزام مقدم الطلب فى جميع الأحوال بتقديم بيانات ومعلومات كاملة عن الطلبات التى سبق أن قدمها فى الخارج عن نفس الاختراع أو ما يتصل بموضوعه ، وكذلك نتائج البت فى هذه الطلبات .

---

(١) إذ تنص المادة ٤/٣ من اللائحة التنفيذية لقانون حماية الملكية الفكرية على ضرورة وضع مزرعة حية من هذه الكائنات الدقيقة أحد المعامل التى يصدر باعتمادها قرار من الوزير المختص لشئون البحث العلمى ، وأن يقدم شهادة تثبت حصول هذا الإيداع .

وبحيث تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون مرفقات طلب براءة الاختراع والمواعيد الواجب تقديمها خلالها والأحوال التي تستوجب الرفض .

#### ٤- قبول طلب الحصول على براءة الاختراع ومنحها :

٢٣- إذا ما توافرت كافة المستندات والشهادات المتطلبة للحصول على براءة الاختراع يقوم مكتب براءات الاختراع طبقاً للمادتين ١٦ و ١٧ من قانون حماية الملكية الفكرية بفحص طلب البراءة ومرفقاته للتحقق من أن الاختراع جديد ويمثل خطوة إبداعية وبحيث يقبل التطبيق ، فإذا ما انتهى إلى توافر كافة المتطلبات للحصول على طلب براءة الاختراع ، فإنه يقوم بالإعلان عن قبول الطلب في جريدة براءات الاختراع ، وبحيث يكون لكل ذي شأن أن يعترض كتابة على السير في إجراءات إصدار البراءة بإخطار يوجه إلى مكتب براءات الاختراع متضمناً أسباب الاعتراض وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ الإعلان عن قبول الطلب في جريدة براءات الاختراع .

وبالنظر لما قد يكون للاختراع من قيمة عسكرية أو أمنية أو صحية ، يرسل مكتب براءات الاختراع صوراً من طلبات براءات الاختراع ومرفقاتها إلى وزارة الإنتاج الحربي أو وزارة الداخلية أو وزارة الصحة على حسب الأحوال، وذلك خلال عشرة أيام من تاريخ الانتهاء من الفحص مع إخطار الطالب بذلك خلال سبعة أيام من تاريخ الإرسال ، وبحيث يكون لأي من وزير الدفاع أو الإنتاج الحربي أو الداخلية أو الصحة على حسب الأحوال أن يعترض خلال تسعين يوماً من تاريخ الإرسال ، بل يكون للوزير المختص حتى بعد الإعلان عن قبول طلب البراءة الاعتراض على السير في إجراءات إصدارها وذلك إذا تبين له أن الطلب يتعلق بشئون الدفاع أو الإنتاج الحربي أو الأمن العام، أو أن له



قيمة عسكرية أو أمنية أو صحية ، وبحيث يكون الاعتراض خلال تسعين يوماً من تاريخ الإعلان عن قبول طلب البراءة فى جريدة براءات الاختراع .

ويشترط لإصدار براءة الاختراع طبقاً لأحكام المادة ١٩ من قانون حماية الملكية الفكرية انقضاء سنة على تاريخ تقديم طلب البراءة ، وبحيث لا يتم الإعلان عن قبول طلب البراءة إلا بعد انقضاء هذه المدة ، حيث يظل الطلب سرياً خلال تلك الفترة . ويكون منح البراءة بقرار من الوزير المختص أو من يفوضه فى ذلك ، وبحيث ينشر هذا القرار فى جريدة براءات الاختراع .

### الفرع الثالث

#### مدة الحماية المقررة لبراءات الاختراع

٢٤- إن استثنائاً صاحب الاختراع باختراعه ليس مطلقاً ، ولكن يرتبط فى كل الأحوال بمدة محددة يتمتع خلالها بالحماية القانونية التى تكفل له عدم مساس الآخرين بحقوقه المترتبة على حصوله على براءة الاختراع . وبالنظر لما قد يشكله ما يسفر عنه أى اختراع من مزايا تعود قيمتها على المجتمع لم تغفل الاتفاقيات الدولية - وتبعتها فى ذلك القوانين الوطنية - تحديد الحماية القانونية لبراءة الاختراع بمدة معينة لا تقل على عشرين سنة . ومن ذلك ما قرره المادة ٣٣ من اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (التريبس) والتى لا تجيز أن تنتهى مدة الحماية الممنوحة لبراءة الاختراع قبل انقضاء مدة عشرين سنة تحسب اعتباراً من تاريخ التقدم بطلب للحصول على براءة الاختراع . وهذا بالفعل ما استقر عليه المشرع المصرى حين قضى بالمادة التاسعة من قانون الملكية الفكرية لديه بتحديد مدة حماية براءة الاختراع بعشرين سنة تبدأ من تاريخ

تقديم طلب البراءة في جمهورية مصر العربية .

وتبدو أهمية تحديد مدة الحماية القانونية المقررة لبراءة الاختراع بقصر هذه الحماية خلال هذه المدة وخاصة فيما يتعلق بالجانب الجنائي ، وبحيث لا يشكل أى مساس بالحقوق المترتبة على براءة الاختراع - ولو كان يشكل جريمة وذلك كتقليد موضوع اختراع - إلا إذا ثبت عدم انقضاء مدة الحماية القانونية المقررة .

## المبحث الثاني

### الجرائم الماسة ببراءة الاختراع

تمهيد وتقسيم :

٢٥- لا يكن أن ننكر أن الاتفاقيات الدولية وفي مقدمتها اتفاقية الترييس وكذا القوانين المختلفة التى عالجت الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية قد صبت جل اهتمامها على الجزاءات غير الجنائية كأدوات فعالة لتأكيد هذه الحماية القانونية ، وخاصة ما يتعلق بالجزاءات الجنائية تماماً ، بل تم التأكيد على دورها لردع بعض مقترفى بعض الأفعال الماسة بحقوق الملكية الفكرية ، وخاصة فى حالات التقليد وفى إطار تجارى ، وكذا فى حالات العود . وعلى الرغم من أن اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (الترييس) قد ألزمت الدول الأعضاء بها - تطبيقاً لأحكام المادة ٦١ منها - بفرض جزاءات جنائية على الأقل فى حالات التقليد المتعمد للعلامات التجارية المسجلة أو انتحال حقوق المؤلف على نطاق تجارى وبحيث تشمل هذه الجزاءات التى يمكن فرضها الحبس والغرامة وعلى نحو يكفى لتحقيق الردع الذى يتناسب مع تلك الجزاءات المقررة للجرائم ذات الخطورة المماثلة .

ومع ذلك وفيما يتعلق بالحماية الجنائية لبراءات الاختراع فلقد أجازت الاتفاقية سالفه الذكر - وبنفس المادة سابق الإشارة إليها - للدول الأعضاء فرض جزاءات جنائية فى حالات أخرى غير حالات التقليد المتعمد للعلامات التجارية المسجلة أو الاعتداء على حقوق المؤلف على نطاق تجارى ، وذلك بشأن حالات الاعتداء الأخرى على حقوق الملكية الفكرية ، وخاصة ما يرتكب منها على نحو عمدى وعلى نطاق تجارى.

ولقد استجاب كل من المشرع المصري والفرنسي لمقتضيات اتفاقية التريبس وتضمن قانون حماية حقوق الملكية الفكرية في كل من مصر وفرنسا نصوصاً تجرم الأفعال الماسة ببراءات الاختراع وتقرر لها جزاءات جنائية . ولقد عدت المادة ٣٢ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري ثلاث جرائم تتعلق بالمساس بحقوق براءات الاختراع ، وقررت لها جزاءات جنائية تتضمن عقوبات أصلية تشمل الحبس والغرامة وعقوبات تكميلية أخرى ، فضلاً عن الإجراءات للحفاظية التي يجوز للمحكمة الجنائية أن تأمر بها خلال نظرها الدعوى الجنائية .

ونظراً لأهمية الابتكارات التي تمنح لها براءات اختراع من حيث تأثيرها على حياة المجتمعات وتقدمها من خلال تطوير الأدوات اللازمة للتقدم الصناعي والتكنولوجي ، وتأثير ذلك على حياة الأفراد ، فإن توفير الحماية الجنائية لبراءات الاختراع يجب أن يكون متوازناً بين أمرين : أولهما توفير الحماية الجنائية المتناسبة لصاحب براءة الاختراع وعلى نحو يكفل له الاستئثار بكافة الحقوق المترتبة له ، وذلك بمنع الآخرين المساس بها وذلك دعماً لجهدته وتشجيعاً لغيره على العمل والابتكار ، وثانيهما مراعاة أن يعود نفع هذه الاختراعات على مجموعة الأفراد بالمجتمع وذلك في إطار متبادل من احترام لحقوق صاحب براءة الاختراع ، وحاجة الأفراد للاستفادة من مزايا الاختراع .

ولهذا كان من المنطقي أن نجد أن أغلب التشريعات التي تناولت الحماية الجنائية لبراءات الاختراع قد قصرت هذه الحماية على عدة صور من الاعتداءات التي يشكل اقترافها مساساً مباشراً بالحقوق المترتبة على منح براءة الاختراع ، في حين نجد على العكس من ذلك نصوصاً قانونية صريحة تبيح بعض الأفعال ، ولا تعدها من قبيل الأفعال الماسة بالحقوق المترتبة على منح براءة الاختراع . ونعرض فيما يلي لتحديد الأفعال

المباحة والتي لا تعد ممارستها من قبيل المساس ببراءة الاختراع ، ثم نبين بعد ذلك الأفعال المجرمة التي يمثل اقترافها مساساً ببراءة الاختراع .

وبالتالى يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على الوجه التالى :

**المطلب الأول :** صور الأفعال المباحة فى مجال الحماية الجنائية لبراءات الاختراع .

**المطلب الثانى :** صور الأفعال المجرمة الماسة ببراءة الاختراع .

## المطلب الأول

### صور الأفعال المباحة فى مجال

### الحماية الجنائية لبراءات الاختراع

٢٦- إذا كان لصاحب براءة الاختراع الحق فى الاستثنائات بموضوع اختراعه ، والتمتع بكافة الحقوق المترتبة على ذلك ، إلا أن اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (التريبيس) ، وعلى الرغم من تأكيدها على ضرورة الحق الاستثنائى لصاحب براءة الاختراع ، إلا أنها منحت للدول الأعضاء بها الحق فى أن تضع استثناءات محدودة على الحقوق المطلقة الممنوحة بموجب براءة اختراع شريطة الالتزام بالحدود التى قررتها بالمادة ٣٠ منها والمتمثلة فى عدم تعارض هذه الاستثناءات بصورة غير معقولة مع الاستخدام العادى للبراءة ، وأن لا تخل بصورة غير معقولة بالمصالح المشروعة لصاحب البراءة ، فضلاً على ضرورة مراعاة المصالح المشروعة للغير عند تقرير هذه الاستثناءات .

وما يهمنى فى هذا المجال تلك الاستثناءات التى تقررت على

الحقوق الاستثنائية لصاحب براءة الاختراع ، والتى يجوز عند توافرها

أن يمس الغير تلك الحقوق الاستثنائية دون أن يمثل فعله جريمة يعاقب عليها . ويمكن القول أن تلك الاستثناءات التي ينطبق عليها هذا الحكم نص عليها المشرع المصرى فى موضعين مختلفين فى قانون حماية حقوق الملكية الفكرية . وذلك من خلال المادتين ٣/١٠ و ٢٦ من هذا القانون . وما يميز الأفعال المباحة فى هذين الموضعين يتعلق بمدى تعلق هذه الاستثناءات بالحقوق المترتبة على براءة الاختراع قبل انقضاء هذه الحقوق طبقاً لأحكام المادة ٣/١٠ أو بعد انقضائها طبقاً لأحكام المادة ٢٦ ، وهذا ما نعرض له فيما يلى :

## الفرع الأول

### صور الأفعال المباحة المتعلقة بالحقوق

#### المترتبة على براءة الاختراع قبل انقضائها

٢٧- ولقد عدت المادة ٣/١٠ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى هذه الصور من الأفعال والتي لا يشكل القيام بها جريمة تمس الحقوق المترتبة على براءة الاختراع . وإذ تشكل هذه الصور من الأفعال المباحة استثناء على القاعدة العامة ، والتي قررتها نفس المادة العاشرة بفقرتها الأولى والتي بمقتضاها تخول براءة الاختراع لمالكها الحق وحده فى الاستئثار بكافة الحقوق المترتبة على منحه براءة الاختراع مما يخوله الحق فى منع الغير من استغلال الاختراع بأية طريقة .

وبالتالى لا يعتبر اعتداء على الحقوق المترتبة على براءة الاختراع الأفعال التالية .

#### أولاً - الأعمال المتصلة بأغراض البحث العلمى :

٢٨- لا يشكل استخدام موضوع الاختراع الذى سبق ومُنح صاحبه براءة اختراع أى مساس بالحقوق المترتبة على هذه البراءة ، وبالتالى لا

يشكل جريمة إذا كان الهدف من ذلك هو التوصل لابتكارات أخرى، وكان ذلك في إطار البحث العلمي ، إذ يمثل هذا الاستثناء تشجيعاً على ممارسة البحث العلمي للتوصل إلى أفضل النتائج التي تمس الاختراع ذاته أو تؤدي إلى اختراعات جديدة يعود نفعها على المجتمع . ولا شك بتقدير الباحث في هذه الحالة بعدم الاتجار <sup>(١)</sup> في الاختراع أو استهداف الربح من ذلك ، وهو أمر يخضع لتقدير القاضى الجنائى وما إذا كان يعد الفعل في هذه الحالة من الأفعال المباحة التى تتصل بالبحث العلمى وتهدف للوصول لابتكارات جديدة من عدمه .

ثانياً - قيام الغير حسن النية بصنع منتج أو باستعمال طريقة صنع منتج معين أو باتخاذ ترتيبات جدية لذلك قبل تاريخ تقديم طلب البراءة من شخص آخر عن المنتج ذاته .

٢٩- كما لا يشكل اعتداءً على الحق في براءة الاختراع طبقاً للمادة ٣/١٠ فى الثانى من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية قيام الغير فى جمهورية مصر العربية بصنع منتج أو باستعمال طريقة صنع منتج معين أو باتخاذ ترتيبات جدية لذلك ما لم يكن سيء النية ، وذلك قبل تاريخ تقديم طلب البراءة من شخص آخر عن المنتج ذاته ، أو عن طريق صنعه ، ولهذا الغير رغم صدور البراءة حق الاستمرار لصالح منشأته فقط فى القيام بالأعمال المذكورة ذاتها دون التوسع فيها ، ولا يجوز التنازل عن حق القيام بهذه الأعمال ، أو نقل هذا الحق إلا مع باقى عناصر المنشأة .

والحكمة التى ابتغاها المشرع المصرى بتقرير هذا الاستثناء تتمثل فى عدم الافتئات على حق الغير حسن النية الذى توصل بالفعل لابتكار سمح له بصنع منتج أو باستعمال خريطة صنعه وذلك قبل تاريخ تقديم

(١) الدكتورة / سميحة القليوبى - الملكية الصناعية - المرجع السابق ، رقم ١٥١ ، ص ٢٤٠ .

طلب براءة عن ذلك من قبل شخص آخر والذي سارع بتقديم طلب براءة اختراع قبله .

ويحكم هذا الأمر مدى التوافق الذي حدث بين الشخص الذي ابتكر موضوع اختراع ما ولم يتقدم بطلب للحصول على براءة عنه ، ولكنه بالفعل بدأ باستغلال هذا الاختراع ، وبين الشخص الذي توصل إلى ابتكار نفس موضوع الاختراع ولكنه سارع بتقديم طلب للحصول على براءة اختراع عنه ، فاكسب بذلك كافة الحقوق الاستثنائية لهذا الاختراع ، ودون أن يخل ذلك بحق الشخص الذي لم يتقدم بطلب للحصول على براءة الاختراع في استغلال ما توصل إليه ، ولكن مع قصر الاستمرار في ذلك لصالح منشأته فقط ، ودون أن يكون له الحق في التوسع في ذلك أو التنازل عنه للغير إلا في إطار باقى عناصر المنشأة .

وبالتالى لا يتصور توافر القاعدة المتمثلة في الاستثناء بكافة حقوق براءة الاختراع بمجرد تقديم طلب براءة الاختراع ، والاستثناء عليها بمنح من يتوصل لذات الاختراع باستغلاله ولو لم يتقدم بطلب للحصول على براءة اختراع إلا بالتوافق بين الطرفين المعنيين ، وتوافر حسن النية لديهما ، بمعنى أن يتمثل توصلهما معاً لذات موضوع الاختراع في مجرد توارد أفكار بشأن هذا الموضوع ، وبالتالي فينتطلب أن تتوافر حسن نية الطرفين بحيث يثبت عدم استيلاء احدهما على موضوع الاختراع .

ومما لا شك فيه يخضع توافر حسن نية لتقدير قاضى الموضوع ويعتمد في استنباطه على ما يتوافر من ظروف تحيط بموضوع الاختراع من حيث صنع منتج ما أو طريقة صنعه ، ودون أن يركن في ذلك إلى مجرد تقديم طلب الحصول على براءة الاختراع .



ثالثاً : الاستخدامات غير المباشرة لطريقة إنتاج موضوع الاختراع  
للتوصل لمنتجات أخرى :

٣٠- وإذ ينص على هذا الاستثناء بالبند الثالث من المادة ٣/١٠ من قانون الملكية الفكرية المصري حيث لا يعتبر اعتداء على الحق في براءة الاختراع الاستخدامات غير المباشرة لطريقة الإنتاج التي يتكون منها موضوع الاختراع وذلك للحصول على منتجات أخرى ، وبالتالي فإنه طالما أن المنتج النهائي يختلف عن المنتج الذي سبق وإن حازت طريقة إنتاجه على براءة اختراع ، فإن ذلك لا يشكل اعتداءً على موضوع الاختراع المتمثل في طريقة الإنتاج . وبالتالي يجوز للغير أن يستخدم نفس طريقة الإنتاج السابق حصولها على براءة اختراع لإنتاج منتج معين وذلك لإنتاج منتج آخر يختلف .

ولم يشترط المشرع في هذا الاستثناء توافر حسن النية لدى من يستخدم طريقة إنتاج سبق وأن حصل مبتكرها على براءة اختراع لإنتاج منتج معين ، بل يستفيد منها حتى ولو كان سيء النية ويعلم سبق تقديم طلب بالحصول على براءة اختراع عن هذه الطريقة ، وتعمد بالتالي تقليدها ، إذ إن تجريم فعله في هذه الحالة يستند بصفة أساسية على استخدام ذات طريقة إنتاج منتج معين للتوصل لإنتاج ذات المنتج ، بحيث يكون التقليد ليس مقتصرأ على طريقة الإنتاج فقط - وهو ما أباحه القانون- ولكن يمتد لينتج ذات المنتج الذي سبق ومنحت طريقة انتاجه براءة اختراع .

رابعاً - استخدام الاختراع في وسائل النقل المختلفة الموجودة بمصر  
بصفة مؤقتة

٣١- لقد ورد هذا الاستثناء بالبند الرابع من المادة ٣/١٠ من قانون الملكية الفكرية المصري حيث لا يشكل اعتداء استخدام الاختراع محل

الحماية القانونية في وسائل النقل البرى أو البحرى أو الجوى التابعة لإحدى الدول أو الكيانات الأعضاء فى منظمة التجارة العالمية أو التى تعامل جمهورية مصر العربية معاملة المثل ، وذلك فى حالة وجود أى من هذه الوسائل فى جمهورية مصر العربية بصفة وقتية أو عارضة .

ويرتبط هذا الاستثناء بوجود وسائل النقل المشار إليها فى مصر بصفة وقتية وليست بصفة دائمة ، حيث تعن الحاجة لاستخدام الاختراع محل الحماية بصفة مؤقتة لا يقصد منها إلا تسيير هذه الوسائل لفترة تواجدها داخل مصر .

خامساً - تصنيع أو تركيب أو استخدام أو بيع المنتج أثناء فترة حمايته بقصد تسويقه بعد انتهاء تلك الفترة :

٣٢- إذ لا يشكل اعتداءً على الحق فى البراءة طبقاً للمادة ٣/١٠ فى بندها الخامس قيام الغير بصنع أو تركيب أو استخدام أو بيع المنتج أثناء فترة حمايته بهدف استخراج ترخيص لتسويقه ، شريطة ألا يتم التسويق إلا بعد انتهاء تلك الفترة .

قد يبدو للوهلة الأولى أن تقرير هذا الاستثناء بالسماح للغير بصنع أو تركيب أو استخدام أو بيع المنتج محل الحماية أثناء فترة حمايته يشكل تعارضاً مع ما تقضى به المادة ٣٢ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى من تجريم تقليد موضوع اختراع أو بيع أو عرض للبيع أو التداول أو استيراد أو حيازة بقصد الاتجار منتجات مقلدة مع العلم بذلك . إذ يشكل صنع المنتج تقليداً له إذا لم يكن بأذن من صاحب براءة الاختراع، فضلاً على أن بيعه على هذا النحو يشكل بيعاً لمنتجات مقلدة وهما من الأفعال المجرمة (١) طبقاً لنص المادة ٣٢ سالف الإشارة إليها .

(١) انظر ما يلى رقم ٤٤ .

وبالتالى فإن تجريم تقليد موضوع اختراع أو بيع منتجات مقلدة المنصوص عليه بالمادة ٣٢ سالف الذكر يشكل فى حد ذاته قيداً على الاستثناء المنصوص عليه بالمادة ٣١١/ البند الخامس سالف الذكر ، وبالتالى لا يشكل اعتداءً طالما أنه لم يدخل دائرة التجريم ، أو بمعنى آخر طالما التزم الغير فى تصنيع المنتج محل الحماية القانونية أو بيعه بالحكمة التى من أجلها تقرر هذا الاستثناء ، وأيضاً بالحكمة التى من أجلها تقرر تجريمه إن تجاوز حدوده .

وبناء على ذلك فإنه يشترط لإباحة تصنيع الغير للمنتج محل الحماية أو بيعه أن يكون ذلك بقصد الاستعداد لتسويقه بعد انتهاء فترة حمايته ، والأهم من ذلك يشترط ألا يكون ذلك بقصد الاتجار أثناء فترة الحماية القانونية وإلا خرجت هذه الأفعال من دائرة الإباحة وانتقلت لدائرة التجريم .

سادساً - الأعمال الأخرى التى يقوم بها الغير ولا تتعارض أو تضر بالمصالح المشروعة لصاحب البراءة أو الغير

٣٣- ويتقرر هذا الاستثناء بالبند السادس من المادة ٣/١٠ من قانون حماية الملكية الفكرية المصرى، حيث يجوز للغير القيام بكافة الأعمال خلاف ما تقدم والمنصوص عليها بالبند الخامس السابق ذكرها شريطة ألا تتعارض بشكل غير معقول مع الاستخدام العادى للبراءة ، وألا تضر بصورة غير معقولة بالمصالح المشروعة لصاحب البراءة ، مع مراعاة المصالح المشروعة للغير .

ولم يكن هذا الاستثناء إلا ترديداً لما تقضى من المادة ٣٠ من اتفاقية التريبس والتى تجيز للبلدان الأعضاء منح استثناءات محدودة على الحقوق المطلقة الممنوحة بموجب براءة اختراع ، شريطة أن لا تتعارض

هذه الاستثناءات بصورة غير معقولة مع الاستخدام العادي للبراءة ، وأن لا تخل بصورة غير معقولة بالمصالح المشروعة لصاحب البراءة ، مع مراعاة المصالح المشروعة للأطراف الثلاثة .

وفي ظل ما استخدمه المشرع المصري من مصطلحات لدى صياغته المادة ٣/١٠ سألفة الذكر متأثراً بما جاء بالمادة ٣٠ من اتفاقية التريبيس المشار إليها آنفاً لم يكن غريباً أن يلاحظ البعض <sup>(١)</sup> ما يحتوّر هذا النص من غموض مرجعه تلك المصطلحات التي جاءت فضاضة لعدم تحديد طبيعتها ، وعلى نحو قد يشكل صعوبة عملية قد تمس بحقوق صاحب البراءة .

## الفرع الثاني

### صور الأفعال المباحة المتعلقة بالحقوق

#### المرتبة على براءة الاختراع بعد انقضائها

٣٤- عدت المادة ٢٦ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري ستة أسباب لانقضاء الحقوق المترتبة على براءة الاختراع بما يسقطها في الملك العام ، وبالتالي يجوز للغير استغلال تلك الحقوق ، وذلك في الحالات التالية :

أولاً - انقضاء مدة الحماية المقررة للحقوق المترتبة على براءة الاختراع :

٣٥- كما سلف القول <sup>(٢)</sup> حددت اتفاقية التريبيس المدة المقررة لحماية براءة الاختراع ، وتبعتها في ذلك القوانين الوطنية للدول الأعضاء ، ومن

(١) للدكتورة / سميحة القليوبي ، الملكية الصناعية ، للمرجع السابق ، رقم ١٥٧ ، ص ٢٤٦ .

(٢) راجع ما سبق رقم ٢٤ .

ذلك ما قرره المشرع المصرى بالمادة التاسعة من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية والتي قصرت حماية براءة الاختراع خلال مدة لا تتجاوز عشرين سنة تبدأ من تاريخ تقديم طلب البراءة بجمهورية مصر العربية . وبحيث يكون للغير بعد انقضاء هذه المدة الحق فى استغلال الحقوق الخاصة ببراءة الاختراع وسواء استغلها مالکها أم لا ، وبالتالي لا يشكل فعله بعد انقضاء هذه المدة أى مساس بحقوق براءة الاختراع .

ثانياً - تنازل صاحب براءة الاختراع عن حقوقه عليها :

٣٦- إذ يشكل تنازل صاحب براءة الاختراع عن حقوقه عليها تركاً<sup>(١)</sup> لها ، وبالتالي يجوز للآخرين استغلال براءة الاختراع والتمتع بكافة الحقوق المترتبة عليها ، شريطة عدم الإخلال بحقوق الغير . ويستفاد ترك صاحب البراءة لاختراعه وذلك من عدة مظاهر فى واقع الحال يتمثل قاسمها المشترك فى تركه للغير استغلال اختراعه دون أن يتخذ من جانبه أى اجراء لدرأ هذا الاعتداء ، أو لحماية حقه فى استغلال اختراعه .

يمثل تنازل صاحب براءة الاختراع عن استغلاله لحقوقه المترتبة عليها ، وتركه للغير استغلالها دون اعتراض منه رضاءً صريحاً منه على فعل الغير ، الذى لا يشكل فعله فى هذه الحالة أية جريمة ماسة ببراءة الاختراع ، وإنما يعد فعلاً مباحاً يستند لرضاء المجنى عليه فى هذه الحالة.

---

(١) راجع فى هذا :

الدكتور أكنم الخولى - الموجز فى القانون التجارى - ج١ ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، رقم ٢٥٩ ، ص ٢٨٧ .

الدكتورة / سميحة القليوبى - الملكية الصناعية - المرجع السابق ، رقم ٢٣٥ ، ص ٣٣٢ .

### ثالثاً - صدور حكم بات ببطان براءة الاختراع :

٣٧- يجوز - طبقاً للمادة ٢/٢٨ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرية - لمكتب براءات الاختراع ولكل ذى شأن أن يطلب من محكمة القضاء الإدارى الحكم بإبطال البراءات التى تمنح بالمخالفة لأحكام المادتين (٢) و(٣) من هذا القانون ، وبالتالى يجوز طلب الحكم بإبطال البراءات التى تكون قد منحت بالاختراعات غير المشروعة (١) أو مفتقدة لشروط الجدة (٢) . وبالتالى تسقط كافة الحقوق المترتبة على براءة الاختراع وذلك منذ اللحظة التى يصبح فيها الحكم بإبطال براءة الاختراع باتاً بصدوره من المحكمة الإدارية العليا .

### رابعاً - الامتناع عن دفع الرسوم المقررة فى مواعيد استحقاقها :

٣٨- تسقط براءة الاختراع طبقاً للمادة ٤/٢٦ من قانون حماية الملكية الفكرية المصرية فى حالة امتناع صاحب براءة الاختراع لمدة سنة من تاريخ الاستحقاق عن دفع الرسوم السنوية أو الغرامة التأخيرية ومقدارها (٧%) من هذه الرسوم ، بعد إخطاره بالدفع وفقاً للإجراءات التى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون .

### خامساً - عدم استغلال الاختراع فى مصر فى السنتين التالىتين لمنح رخصة إجبارية باستغلاله :

٣٩- إذ تنقضى الحقوق المترتبة على براءة الاختراع - طبقاً للمادة ٥/٢٦ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية - إذا لم يقم صاحب الاختراع باستغلاله فى مصر فى السنتين التالىتين لمنحه الترخيص الإجبارى باستغلاله ، وذلك بناء على طلب يتقدم به كل ذى شأن إلى

(١) راجع ما سبق رقم ١٦ .

(٢) راجع ما سبق رقم ١٧ .

مكتب براءات الاختراع . وبالتالي لا يكفي مرور سنتين على الترخيص  
الاجبارى للاختراع حتى تسقط البراءة عن هذا الاختراع ، بل لابد أن  
يتقدم كل صاحب مصلحة بطلب بذلك إلى مكتب براءة الاختراع ، إذ إن  
اقتضاء الحقوق المترتبة على براءة الاختراع في هذه الحالة يتوقف على  
التقدم بطلب ، وبالتالي لا تسقط هذه الحقوق تلقائياً ، وذلك على خلاف  
الوضع بشأن سقوطها تلقائياً بمجرد انتهاء مدة الحماية المقررة لها (١) .

سادساً - تعسف صاحب براءة الاختراع في استغلال اختراعه حال تعذر  
الترخيص الاجبارى له :

٤٠ - تقتضى أيضا الحقوق المترتبة على براءة الاختراع - طبقا للمادة  
٦/٢٦ من قانون حماية الملكية الفكرية - إذا تعسف صاحب براءة  
الاختراع في استعمال حقوقه في الحالات التى لا يكون الترخيص  
الاجبارى فيها كافياً لتدارك ذلك التعسف . وحيث تحدد المادة ٢٣ من  
القانون المذكور الحالات التى يجوز فيها لمكتب براءات الاختراع - بعد  
موافقة لجان وزارية تشكل بقرار من رئيس مجلس الوزراء - منح  
تراخيص اجبارية باستغلال الاختراع ، ومنها الحالة التى وردت ببند  
"خامساً" من هذه المادة ، والتى يجوز منح الترخيص الاجبارى طبقاً  
لأحكامها إذا ثبت تعسف صاحب البراءة أو قيامه بممارسة حقوقه التى  
يستمدّها من البراءة على نحو مضاد للتنافس ، وذلك كما فى بعض  
الحالات التى عددها هذا البند (٢) على سبيل المثال .

---

(١) راجع ما سبق رقم ٢٤ .

(٢) ومن قبيل ذلك :

١- المبالغة فى أسعار بيع المنتجات المشمولة بالحماية ، أو التمييز بين العملاء فيما يتعلق  
بأسعار وشروط بيعها .

٢- عدم توفير المنتج المشمول بالحماية فى السوق ، أو طرحه بشروط مجحفة . -

وقد يبدو للوهلة الأولى أن ما تتضمنه نص المادة ٦/٢٦ يعد تزييداً لا حاجة له في ظل وجود المادة ٢٣ بينها الخامس سالف الذكر ، حيث يتعلق هذا البند بكافة الحالات التي يثبت فيها تعسف صاحب الاختراع ، وقد ذكر هذا البند بعض الحالات على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر ، مما يجوز معه لمكتب براءات الاختراع منح الترخيص الاجبارى فى غير هذه الحالات إذا ثبت تعسف صاحب البراءة .

ومع ذلك فإن الاختلاف بين تعسف صاحب البراءة فى كل من المادتين ٢٣/ البند الخامس والمادة ٦/٢٦ يبدو جلياً فيما يتعلق بالأثر المترتب على توافر شروط كل حالة ، إذ إنه إذا ما ثبت تعسف صاحب البراءة فى الحالة المنصوص عليها بالمادة ٢٣/البند الخامس فإنه يتم منح الترخيص الاجبارى لآخر يمكنه وحده من استغلال كافة الحقوق المتعلقة بالاختراع ، فى حين يترتب على تطبيق المادة ٦/٢٦ سقوط كافة الحقوق المترتبة على براءة الاختراع مما يتيح للكافة استغلال هذه الحقوق ، ولا يقتصر بالتالى على من تقدم من نوى الشأن بطلب لإثبات تعسف صاحب البراءة .

وإذا ما انقضت براءة الاختراع وسقطت كافة الحقوق المترتبة عليها . فإن استغلال هذه الحقوق من قبل الغير لا يشكل مساساً ببراءة الاختراع ، ويعد فعله مباحاً بمجرد إعلان مكتب براءات الاختراع انقضاء الحقوق المترتبة على براءة الاختراع لتعسف صاحب البراءة بما يسقطها فى الملك العام .

---

٣- وقف إنتاج السلعة المشمولة بالحماية أو إنتاجها بكمية لا تحقق التناسب بين الطاقة الانتاجية وبين احتياجات السوق .

٤- القيام بأعمال أو تصرفات تؤثر سلباً على حرية المنافسة ، وفقاً للضوابط القانونية المقررة .

٥- استعمال الحقوق التى يخولها القانون على نحو يؤثر سلباً على نقل التكنولوجيا .



## المطلب الثاني

### صور الأفعال المجرمة الماسة ببراءة الاختراع

٤١- ترتبط سياسة تجريم الأفعال الماسة بالحقوق المترتبة على براءة الاختراع بواقع الحال لكل دولة ومدى ما يحققه مواطنوها من تقدم فى مجال الإبداع والابتكار وحاجة هؤلاء لحماية حقوقهم المترتبة على ذلك . ولهذا نجد الفرق شاسعاً بين موقف كل من المشرع المصرى والفرنسى فى مجال حماية الحقوق المترتبة على براءة الاختراع من حيث رقة التجريم ومقدار الجزاء الجنائى ، ويرجع ذلك بشكل مباشر لتفاوت قيمة المصالح الاجتماعية محل الحماية الجنائية فى هذا المجال بين كل من مصر وفرنسا ، ففى حين بلغ عدد طلبات براءات الاختراع التى تقدمت بها فرنسا إلى المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO) خلال عام ٢٠٠٦ اجمالى وقدره ٥٩٠٢ طلب براءة اختراع فى حين أن مجموع ما تقدمت به الدول العربية مجتمعة لم يتعد ١٢٧ طلب براءة اختراع فى ذات العام (١) .

وبالتالى لم يكن مستغرباً أن نجد المشرع المصرى وقد حدد صور الاعتداءات الماسة بالحقوق المترتبة على براءة الاختراع وكذا الجزاءات الجنائية المقررة لها فى مادة وحيدة وهى المادة ٣٢ من قانون حماية الملكية الفكرية ، فى حين أن المشرع الفرنسى أفرد مبحثاً كاملاً من القانون رقم ٩٢-٥٩٧ بشأن الملكية الفكرية (٢) الصادر فى الأول من يوليو ١٩٩٢ وخصه للحماية الجنائية لبراءة الاختراع وذلك بالمواد من

---

(١) راجع تصنيف براءات الاختراعات للعام ٢٠٠٦ الصادر من المنظمة العالمية للملكية

www.wipo.int

الفكرية (ويبو WIPO) وذلك بموقعها بعنوان

J.O du 5 Juillet 1992, p. 8801.

(٢)

ونتج عن هذا التفاوت بين كل من المشرع للمصرى والفرنسى بشأن الحماية الجنائية لبراءة الاختراع أن اتسعت دائرة التجريم لدى المشرع الفرنسى عن مثيله المصرى ، وبحيث نجد لدى المشرع الفرنسى تجريماً لبعض صور المساس بحقوق براءة الاختراع فى حين أن المشرع المصرى لم يتناولها أو يقرر لها أية جزاءات جنائية ، وإن كان هذا لا ينفى اشتراك كل من المشرعين المصرى والفرنسى فى تجريم بعض صور الأفعال الماسة ببراءة الاختراع وإن اختلفا فيما بينهما فى مقدار الجزاء الجنائى المقرر لها .

- صور الأفعال الماسة بالحقوق المترتبة على براءة الاختراع المعاقب عليها فى كل من القانونين المصرى والفرنسى :

٤٢- لم يكن موقف المشرع المصرى - بشأن مثابرتة على تجريم بعض الأفعال الماسة ببراءة الاختراع ومواجهتها بجزاءات جنائية - مشابهاً لموقف المشرع الفرنسى ، إذ إنه فى حين لم يتردد المشرع المصرى فى تجريم تلك الأفعال والعقاب عليها جنائياً ، وسواء كان ذلك بقانون براءات الاختراع الملغى أو بقانون حماية حقوق الملكية الفكرية الحالى ، نجد أن المشرع الفرنسى قد تردد من حيث مواجهة تلك الأفعال بجزاءات جنائية أكثر من مرة ، فتارة يقرر جزاءات جنائية لمواجهة تلك الأفعال ، وذلك كما سبق وأقرته المادة ٤٢ من القانون الصادر فى عام ١٩٦٨ ، وتارة أخرى يتجه للحد من العقاب *La dépenalisation* ويُلغى تجريم تلك الأفعال ، وذلك عندما ألغى المادة ٤٢ سالفه الذكر بالقانون الصادر ١٩٧٨ ، وقد تأكد هذا الاتجاه <sup>(١)</sup> حين صدر قانون الملكية الفكرية عام ١٩٩٢ وتضمنت المادة 1-615 L منه النص على أن فعل

A. CHAVANNE et J.J. BURST, op. cit., N° 433, p. 261.

(١)

التقليد يثير المسؤولية المدنية لمرتكبه . ولقد أدخل المشرع الفرنسي عدة تعديلات على هذا القانون استقرت على خضوع الأفعال الماسة ببراءات الاختراعات للجزاءات الجنائية ، حيث تناولت هذه التعديلات عدة قوانين ، بدأت بالقانون رقم ٩٢ - ١٣٣٦ الصادر في ١٦ ديسمبر ١٩٩٢ ، وآخرها حتى يومنا هذا بالقانون رقم ٢٠٠٤-١٣٣٨ الصادر في ٨ ديسمبر ٢٠٠٤ ، وبحيث استقر المشرع الفرنسي من خلال هذه التعديلات على خضوع كافة الأفعال الماسة ببراءة الاختراع لجزاءات جنائية وذلك بالمواد من L 615-12 إلى L 615-16 .

وإن كان يهمننا في هذا المجال ما تناوله كل من المشرعين المصري والفرنسي - كل على حده - من خلال المادة ٣٢ من قانون حماية الملكية الفكرية المصري والمادة L 615-14 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي حيث يتشابه موقف كل من المشرعين المصري والفرنسي من خلال هاتين المادتين في تجريم بعض الأفعال الماسة بالحقوق المترتبة على براءة الاختراع .

ونتناول فيما يلي هذه الأفعال الماسة ببراءة الاختراع والمعاقب عليها جنائياً في كل من القانونين المصري والفرنسي في الفرعين التاليين.

### الفرع الأول

جريمة تقليد موضوع اختراع منحت عنه براءة بهدف التداول التجاري  
٤٣- - إذ تعاقب المادة ٣٢/ بند ١ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري بغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه... (١) كل من قلد بهدف التداول التجاري موضوع اختراع منحت براءة عنه وفقاً لأحكام هذا القانون ....."، وفي المقابل تعاقب المادة

L615-14 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي بالحسب لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات وغرامة قدرها ثلاثمائة ألف يورو كل من يرتكب عمداً أى فعل يشكل مساساً بحقوق صاحب براءة اختراع المنصوص عليها بالمواد من L613-3 إلى L613-6 ، فى الوقت الذى اعتبرت فيه المادة L615-1 من ذات القانون أن كافة الأفعال الماسة بحقوق صاحب البراءة المنصوص عليها بتلك المواد (من L613-3 إلى L613-6 ) تعد تقليداً .  
une contrefaçon

وهكذا فى حين يقصر المشرع المصرى تجريمه على التقليد بمعناه اللفظى أى المحاكاة ، فإن المشرع الفرنسى يقصد بالتقليد معناه الواسع ، وسواء أكان بالمحاكاة من خلال تصنيع موضوع اختراع ، أو بأى فعل آخر سواء بعرضه للتداول التجارى أو استخدامه أو استيراده أو حيازته ....

وإجمالاً يفترض لتوافر جريمة تقليد موضوع اختراع سبق وأن مُنحت عنه براءة اختراع تصنيع هذا الاختراع وتواجده مادياً فى الواقع ، وبالتالي فإن مجرد الإعلان الكاذب عن موضوع اختراع منحت عنه براءة اختراع لا يعد تقليداً ، وإن كان يعد من قبيل المنافسة غير المشروعة<sup>(1)</sup> .

ومن الصعوبة بمكان تقدير توافر التقليد لموضوع اختراع سبق ومُنحت عنه براءة اختراع ، إذ لا يفترض امتداد الحماية لكافة ما تم وصفه عن الاختراع عند الحصول على براءة الاختراع ، إذ يبقى دائماً مجال لاستبعاد بعض العناصر من إطار الحماية القانونية ، ولكن يعتمد الأمر على براءة الاختراع ذاتها وما تضمنته من تحديد لعناصر الاختراع التى كان لها دورها فى اقتناع الجهة الإدارية بكون هذا الاختراع جديداً<sup>(2)</sup>

(1) A. CHAVANNE et J.J. BURST, op. cit., N° 423, p. 253

(2) A. CHAVANNE et J.J. BURST, op. cit., N° 399, p. 238

بما يجيز لها منح براءة الاختراع له ، وبالتالي يتوافر التقليد<sup>(١)</sup> إذ ثبت أن الطرق التي استخدمت في الإنتاج أو التركيب الكيميائي أو التسمية الصناعية الجديدة تعتمد أساساً بصفة أصلية على ما جاء إيضاحه بطلب البراءة ، ولو قام المقلد بتغيير ثانوي أو إضافات غير جوهرية .

ويتوافر بالتالي الركن المادي لجريمة تقليد موضوع اختراع سبق ومُنحت عنه براءة اختراع بمجرد تصنيع نفس موضوع الاختراع ومحاكاته لموضوع اختراع اكتملت شرائطه المادية والقانونية ، وصدرت له براءة اختراع ، ولم تتوافر بالتالي أى حالة من الحالات التي يجوز فيها المساس بتلك البراءة ، والمنصوص عليها بالمادتين ١٠ و ٢٦ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى وعلى النحو الذى عرضنا له آنفاً<sup>(٢)</sup>.

وإذا كانت المادة ٣٢ / بند ١ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى المتعلقة بجريمة التقليد صريحة فى تطلبها لقيام هذه الجريمة أن يكون تقليد موضوع الاختراع بهدف التداول التجارى ، وبالتالي إذا ثبت أن الشخص لم يقلد موضوع الاختراع إلا لاستعماله الشخصى أو بقصد اجراء التجارب . وهذا على خلاف الوضع فى قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسى ، حيث يكفى لقيام جريمة التقليد مجرد تصنيع موضوع الاختراع<sup>(٣)</sup> ، وبالتالي لا يلزم لتوافرها عرض هذا المنتج للبيع .

وجريمة التقليد على هذا النحو جريمة عمدية يكفى لقيامها توافر

(١) للكتورة / سميحة القليوبى - المكتبة الصناعية - المرجع السابق، رقم ٢٥٥، ص ٣٥٨.

(٢) راجع ما سبق رقم ٢٧ وما بعدها .

(٣) A. CHAVANNE et J.J. BURST, op. cit., N° 425, p. 254.

القصد الجنائي العام لدى الفاعل ، فيكفي أن تتجه إرادته إلى فعل التقليد دون حاجة لتوافر نية الاضرار بصاحب الاختراع ، أى دون حاجة لإثبات القصد الخاص ، على النحو الذى تطلبته المادة ٣٢/ بند ٢ حين تتطلب لتوافر جريمة بيع أو عرض للبيع أو تداول أو استيراد منتجات مقلدة علم الفاعل بهذا التقليد : وبالتالي تتطلب أن يتوافر إلى جانب القصد الجنائي العام قصد خاص على النحو الذى سنعرض له لاحقاً (١) . وبالتالي يكفي لتوافر القصد الجنائي اتجاه إرادة المقلد لفعل التقليد حتى ولو كان يجهل صدور براءة فعلاً عن الاختراع ، ما دام انه تم بالفعل الحصول على براءة اختراع، وهذا ما يراه البعض (٢) - وبحق - يتفق مع الحكمة التى من أجلها أوجب المشرع تسجيل براءات الاختراع بحيث يعلم بها الكافة أو يفترض العلم بها .

## الفرع الثانى

### جريمة بيع منتجات مقلدة أو عرضها للبيع

#### أو للتداول أو استيرادها أو حيازتها

٤٤ - يتمثل هنا موقف كل من المشرعين المصرى والفرنسى فى تجريم أى بيع لمنتجات سبق وأن صدرت عنها براءة اختراع أو عن طرق إنتاجها ، وإن اختلفا بالطبع بشأن مقدار الجزاءات الجنائية المقررة.

حيث تعاقب المادة ٣٢/ بند ٢ بغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه كل من باع أو عرض للبيع أو للتداول أو أستورد أو حاز بقصد الاتجار منتجات مقلدة مع علمه بذلك ، متى كانت براءة الاختراع صادرة عنها أو عن طرق إنتاجها ونافذة فى جمهورية

(١) انظر ما يلى رقم ٤٩ .

(٢) الدكتورة / سميحة القليوبى - المكتبة الصناعية - المرجع السابق ، رقم ٢٥٦ ، ص ٣٥٩ .

وفى نفس الاتجاه حظرت المادة 3-613 L من قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسية عرض منتجات تتعلق بموضوع اختراع سبق ومنح براءة اختراع ، أو تداولها تجارياً أو استيرادها أو حيازتها ، وبحيث يعد ذلك تقليداً طبقاً لأحكام المادة 1-615 L من ذات القانون ويعاقب مرتكبه طبقاً للمادة 14-615 L بالحبس الذى لا تزيد مدته على ثلاث سنوات وغرامة قدرها ثلاثمائة ألف يورو .

أولاً - من حيث الركن المادى لهذه الجرائم :

٤٥ - يتوافر بأى فعل من الأفعال الآتية :

١ - بيع منتجات مقلدة أو عرضها للبيع أو للتداول .

٤٦ - يكفى لتوافر الركن المادى فى هذه الحالة مجرد بيع منتجات مقلدة ولو وقع من غير تاجر (١) ، وبغض النظر عن تحقق الربح من وراء ذلك، ومرتكب الجريمة هنا هو البائع وليس المشتري ، اللهم إلا إذا حاز الأخير هذه المنتجات بقصد الاتجار (٢) ، كما يعد مجرد عرض منتجات مقلدة للبيع وذلك فى محلات أو غيرها - بحيث يطلع عليها الجمهور - جريمة . ومع ذلك فإن مجرد الوساطة فى بيع منتجات مقلدة لا يعد جريمة تقليداً (٣) .

وقد أثير فى الفقه قديماً وحديثاً التساؤل حول مدى ما يشكله

(١) الدكتور / اكثم الخولى - الموجز فى القانون التجارى - المرجع السابق ، رقم ٢٦٢ ، ص ٢٨٩ .

(٢) الدكتور / محسن شفيق - القانون التجارى المصرى - المرجع السابق ، رقم ٤٨٥ ، ص ٦٧٠ .

A. CHAVANNE et J.J. BURST, op. cit., N° 429, p. 256.

(٣) راجع فى هذا A. CHAVANNE et J.J. BURST, op. cit., N° 429, p. 257

عرض المنتجات المقلدة في نشرات أو إعلانات أو كتالوجات توزع على الجمهور ، وما إذا كان مثل هذا الفعل يشكل في حد ذاته جريمة عرض منتجات مقلدة للبيع ، حيث رأى البعض <sup>(١)</sup> أن مثل هذا الفعل لا يعد من قبيل العرض للبيع أو التداول ، في حين اتجه البعض الآخر عكس ذلك وانتهى إلى اعتبار مثل هذا الفعل جريمة لأنه يتم بقصد البيع ما لم يثبت العكس ، ويتفق هذا الرأي مع ما يُتجه إليه <sup>(٢)</sup> في إطار القانون الفرنسي ، ويبدو الرأي الأخير هو الأقرب إلى المنطق لأن مثل هذا الفعل لا يتم إلا بقصد البيع ، وإن كان يشترط دائماً وجود المنتج المقلد بالفعل .

## ٢- استيراد منتجات مقلدة :

٤٧- ويقصد بالاستيراد في هذه الحالة إدخال الجاني للدولة منتجات مقلدة سبق وأن منحت عنها براءة اختراع تم تسجيلها بهذه الدولة ، وبالتالي يتطلب لتحقيق هذه الجريمة إدخال المنتجات المقلدة بالفعل ، وبالتالي لا يكفي توافر الأذن باستيرادها لقيام الجريمة ، حيث لا يشكل هذا الفعل - في حد ذاته - شروعاً .

ولقدثار التساؤل بشأن ما إذا كان استيراد منتجات مقلدة يشكل في حد ذاته - جريمة بغض النظر عن أي فعل لاحق لهذا الاستيراد ، أي سواء أكان هذا الاستيراد بقصد البيع أم الاستعمال الشخصي . ولقد استقر الفقه في مصر وفرنسا <sup>(٣)</sup> على أن جريمة استيراد منتجات مقلدة سبق وان

(٤) للدكتورة / سميحة القليوبى - الملكية للصناعة - المرجع السابق ، رقم ٢٥٨ ، ص ٣٦٢ .

(٥) A. CHAVANNE et J.J. BURST, op. cit., N° 429, p. 257.

(١) راجع في هذا :

A. CHAVANNE et J.J. BURST, op. cit., N° 432, p. 260 et 261.

الدكتور/ محسن شفيق - لقانون لتجارى المصرى- المرجع السابق، رقم ٤٨٥، ص ٦٧١.

الدكتور/ لكرم الخولى - الموجز فى القانون لتجارى- المرجع السابق، رقم ٢٦٢، ص ٢٨٩.

الدكتورة/ سميحة القليوبى - الملكية للصناعة- المرجع السابق، رقم ٢٥٩ ، ص ٣٦٣ .



مُنح عنها براءة اختراع تم تسجيلها بالدولة ، لا تتوافر أصلاً إلا إذا كان الاستيراد بقصد الاتجار ، هذا فضلاً على أن مرور هذه المنتجات المقلدة بإقليم الدولة Transit لا يشكل في حد ذاته جريمة طالما أنها لم تعد للعرض أو البيع أو التداول بقصد الاتجار إذ لا يترتب على هذا الفعل أية منافسة أو ضرر لصاحب البراءة بالدولة التي عبرت خلالها هذه المنتجات.

### ٣- حيازة منتجات مقلدة :

٤٨- تعد حيازة منتجات مقلدة بقصد الاتجار فيها سواء ببيعها أو بعرضها للبيع أو للتداول جريمة طبقاً لنص المادة ٣٢/ بند ٢ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرية والمادة 14-615L من قانون الملكية الفكرية الفرنسي سابق الإشارة إليهما ، ويمكن أن يستدل على قصد الاتجار بالنظر لكمية المنتجات المقلدة ، ومكان تواجدها بأحد المخازن التابعة لتاجر ، مما يكشف عن رغبته في تداولها تجارياً . أما إذا كان القصد من حيازة المنتج المقلد هو مجرد الاستعمال الشخصي فلا تثار المسؤولية الجنائية ، ومع ذلك يبقى لصاحب براءة الاختراع الحق في الرجوع مدنياً <sup>(١)</sup> في هذه الحالة .

ثانياً - من حيث الركن المعنوي لجرائم بيع منتجات مقلدة أو عرضها للبيع أو للتداول أو استيرادها أو حيازتها :

٤٩- جاءت المادة ٣٢/ البند الثاني من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرية صريحة فيما تطلبته لتوافر جريمة بيع منتجات مقلدة أو

(١) لنظر :

A. CHAVANNE et J.J. BURST, op. cit., N° 430, p. 252.

عرضها للبيع أو التداول أو استيرادها أو حيازتها علم الفاعل بأن ما يقوم ببيعه أو عرضه أو يتداوله أو استيراده أو حيازته ينصب على منتجات مقلدة . وبالتالي فهذه الجرائم وإن كانت جرائم عمدية يلزم لتحقيقها توافر القصد الجنائي العام من علم وإرادة ينصبان على الفعل في حد ذاته سواء بالبيع أو بالعرض للبيع أو التداول أو الاستيراد أو الحيازة ، إلا أنه يلزم بالإضافة إلى ذلك أن يثبت علم الفاعل بأن فعله يتعلق بمنتجات مقلدة .

ويمكن القول في هذا الشأن أنه لا يكفي أن يتوافر القصد الجنائي العام لتحقيق هذه الجرائم، وإنما يلزم أن يتوافر إلى جانب ذلك القصد الجنائي الخاص (١) ، والمتمثل هنا في عدم اقتصره على أركان الجريمة وعناصرها ، وهو ما يتوفر بالقصد العام وإنما يمتد - بالإضافة إلى ذلك - إلى وقائع ليست في ذاتها من أركان الجريمة .. وليبيان ذلك يمكن القول بأنه طبقاً للمادة ٣٢/ البند الثاني سالفه الذكر لا يكفي لتحقيق الجرائم المنصوص عليها بمجرد التحقق من توافر القصد العام لدى الفاعل بثبوت اتجاه علمه وإرادته لبيع منتجات ما أو عرضها للبيع أو التداول أو استيرادها ، أو حيازتها ، بل يلزم بالإضافة إلى ذلك أن يمتد كل من علمه وإرادته إلى حيث طبيعة تلك المنتجات وكونها مقلدة . وعلم الفاعل بتقليد المنتجات التي يتعامل بها يعد مجرد قرينة بسيطة يجوز له أن يدحضها بكافة وسائل الإثبات ، فله أن يرجع عدم علمه بتقليد المنتجات إلى دقة تقليد المنتج وإتقانه وتقارب ثمنه مع ثمن المنتج الأصلي ، هذا بالإضافة لواقع الفاعل نفسه كتاجر أشتهر بين أقرانه في تعامله بالمنتج الأصلي .

(١) راجع في هذا الشأن :

الدكتور / محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - للقسم العام - دار النهضة العربية ، ١٩٨٩ ، رقم ٦٩٣ ، ص ٦٢٨ .

الدكتور سميحة القليوبى - الملكية للصناعية - للمرجع السابق - رقم ٢٥٦ ، ص ٣٥٩ .

ويبدو أن الأمر هنا يحتاج إلى بعض التفصيل وخاصة ما يتعلق بافتراض الخطأ في جانب المتهم بهذه الجريمة وعلى نحو ينقل عبء الإثبات إليه ، وخاصة في ظل ما تضمنته المادة ٣٤ من اتفاقية التريبيس. حيث أجازت في شأن الإجراءات المدنية فيما يتعلق بالتعدى على حقوق صاحب البراءة للسلطات القضائية إذا كان موضوع البراءة طريقة تصنيع منتجات ، صلاحية إصدار الأمر للمدعى عليه بإثبات أن طريقة تصنيع منتج مطابق تختلف عن الطريقة المشمولة ببراءة اختراع . وبحيث تلتزم البلدان الأعضاء بالنص على أنه في أحد الأوضاع التالية على الأقل يعتبر أى منتج مطابق قد تم الحصول عليه وفق الطريقة المشمولة ببراءة الاختراع، عندما يتم إنتاجه دون موافقة صاحب الحق في البراءة ما لم يثبت خلاف ذلك :

(أ) إذا كان المنتج الذى تم الحصول عليه وفق طريقة التصنيع المشمولة ببراءة الاختراع منتجاً جديداً .

(ب) إذا توفر احتمال كبير فى أن يكون المنتج المطابق قد صنع وفق هذه الطريقة ولم يتمكن صاحب الحق فى براءة الاختراع من تحديد الطريقة التى استخدمت فعلاً من خلال بذل جهود معقولة فى ذلك السبيل. أما بشأن الإجراءات الجنائية فلقد أجازت المادة ٣٤ بفقرتها الثانية لأى بلد عضو حرية النص على أن عبء الإثبات المشار إليه فى الفقرة الأولى يقع على عاتق الشخص المتهم بالتعدى على براءة اختراع فقط إذا استوفى الشرط المشار إليه فى الفقرة الفرعية (أ) أو إذا استوفى الشرط المشار إليه فى الفقرة الفرعية (ب) .

وإن قيدت المادة ٣٤ بفقرتها الثالثة الدول إذا ما اتجهت بتبنى هذه الإجراءات أن تأخذ فى الاعتبار المصالح المشروعة للمتهمين من حيث حماية أسرارهم الصناعية والتجارية .

والحكمة واضحة مما جاءت به المادة ٣٤ من اتفاقية الترييس  
سالفه الذكر ، وتتمثل فى نقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه على خلاف  
قاعدة البينة على من أدعى ، والتي ليس لها نظير فى اتفاقية باريس (١) ،  
حيث لم تعد هذه القاعدة تحقق الحماية التى تطلبها شركات صناعة الأدوية  
العالمية العملاقة (٢) لأنه عندما يطرح الدواء فى السوق ، ويُعرف  
لتركيب الجزيئى للمواد الكيميائية التى تدخل فى تكوينه يسهل تقليدها ،  
ومن الصعب على الشركات مالكة البراءة أن تثبت أن هذه المواد قد تم  
تصنيعها باستخدام ذات الطرق أو العمليات للكيميائية الخاصة محل  
البراءة.

### الفرع الثالث

#### جريمة الادعاء بالحصول على براءة اختراع

٥٠- ويستفاد من تجريم الإدعاء بالحصول على براءة اختراع من خلال  
ما تفضى به المادة ٣٢ / البند الثالث من معاقبتها بغرامة لا تقل عن  
عشرين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه كل من وضع بغير حق على  
المنتجات أو الإعلانات أو العلامات التجارية أو أدوات التعبئة أو غير  
ذلك، بيانات تؤدى إلى الاعتقاد بحصوله على براءة اختراع . وتتمثل

---

(١) دكتور / محمد حسام محمود لطفى - تأثير اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق  
الملكية الفكرية "ترييس" على تشريعات البلدان العربية - دار النهضة العربية ، القاهرة ،  
١٩٩٩ ، ص ٦٨ .

(٢) دكتور / حسام الدين عبد الغنى الصغير - أسس ومبادئ اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة  
من حقوق الملكية الفكرية (اتفاقية الترييس) . دراسة تحليلية تشمل أوضاع الدول النامية  
مع الاهتمام ببراءات الاختراع - دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص ٢٩٥ وما  
بعدها .

الحكمة من هذا النص في محاربة المنافسة غير المشروعة بين التجار (١)، فضلاً عن رغبة المشرع في حماية جمهور الناس (٢) من الاعتقاد خطأ من أن هذه البراءة تعنى قيام اختراع بالمعنى الصحيح ، وبالتالي يمتنع عليهم صنع منتجات مماثلة .

ويقابل المادة ٣٢ / البند الثالث من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرية سالفه الذكر المادة 12-615 L من قانون الملكية الفكرية الفرنسية (٣) والتي تعاقب كل من يظهر على غير الحقيقة بمظهر صاحب اختراع ، أو كمن قدم طلباً بالحصول على براءة اختراع بغرامة وقدرها سبعة آلاف وخمسمائة يورو ، وفي حالة العود يجوز مضاعفة هذه الغرامة، ويتمثل العود طبقاً لأحكام هذه المادة في ارتكاب الجاني للفعل ذاته خلال الخمس سنوات التالية لارتكابه نفس الفعل للمرة الأولى .

---

(٣) الدكتور / محسن شفيق - القانون التجارى للمصرى - المرجع السابق ، رقم ٤٨٧ ، ص ٦٧٤ .

(٢) الدكتور / لکنم الخولى - الموجز فى القانون التجارى - المرجع السابق ، رقم ٢٦٢ ، ص ٢٩٠ .

(٣) Ordonnance n° 2000 - 916 du 19 Septembre 2000 art. 3, J. O du 22 Septembre 2000 en rigueur le 1er Janvier 2002.

## الفصل الثانى

### الحماية الجنائية للتصميمات والمعلومات السرية فى مجال الصناعة

تمهيد وتقسيم :

٥١ لقد تأثر المشرع المصرى فى تناوله للتصميمات بصفة عامة وكذا للمعلومات السرية فى القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية بالجانب العلمى لهذه الأفكار، وعلى نحو أدى لتشتت الجانب القانونى المتعلق بهذه المسائل . وقد اقتضت ضرورة هذه الدراسة- وما يتطلبه الهدف منها من تبسيط الجانب القانونى، وبيان الحماية الجنائية لأهم جوانب الملكية الصناعية - أن نخصص هذا الفصل لدراسة تلك الحماية بشأن التصميمات بصفة عامة وأياً كان نوعها ، وكذا المعلومات السرية . ولعله يكون من المناسب أن نقسم هذا الفصل لمبحثين ، نخصص المبحث الأول منهما لدراسة الحماية الجنائية للتصميمات الصناعية بصفة عامة . ونتصدى فى المبحث الثانى لبيان الحماية الجنائية للمعلومات السرية فى مجال الصناعة ، وذلك على النحو التالى :

المبحث الأول : الحماية الجنائية للتصميمات فى مجال الصناعة .

المبحث الثانى : الحماية الجنائية للمعلومات السرية فى مجال الصناعة.

## المبحث الأول

### الحماية الجنائية للتصميمات فى مجال الصناعة

٥٢- فرض الجانب العلمى على المشرع المصرى فى أن يتناول التصميمات الصناعية بصفة عامة فى عدة مواضع مختلفة من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية ، فتارة نجده يعرض لمخططات التصميمات للدوائر المتكاملة فى الباب الثانى من الكتاب الأول بهذا القانون ، وتارة أخرى نجده يتناول التصميمات والنماذج الصناعية فى الباب الثانى من الكتاب الثانى من ذات القانون ، وقد يكون له مبرره فى هذا بالنظر لاختلاف الموضوع الفنى لكل من هذه التصميمات .

ونسأير المشرع المصرى فيما تناوله فى قانون حماية حقوق الملكية الفكرية بشأن التصميمات فى مجال الصناعة ، ونتناول بالدراسة الحماية الجنائية لكل من التصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة (مطلب أول) والتصميمات والنماذج الصناعية (مطلب ثان) .

### المطلب الأول

#### الحماية الجنائية للتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة

٥٣- اهتمت اتفاقية التريبس بتوفير الحماية القانونية للتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة ، وهو مجال علمى جديد نسبياً قطعت فيه الدول المتقدمة شوطاً كبيراً ، وكان من الطبيعى أن تتحاز هذه الدول لمبتكرتها وتلجأ لحمايتها من خلال الاتفاقيات الدولية ، والتي لا تتردد البتة فى إلزام دول العالم وخاصة غير المتقدم منها بتوفير هذه الحماية لتلك المبتكرات من خلال قوانينها الوطنية حتى ولو شكل ذلك عائقاً أمام

تقدمها. وقد ألزمت المواد من ٣٥ إلى ٣٨ من اتفاقية التريبس الدول الأعضاء بتوفير الحماية للتصميمات التخطيطية (الرسومات الطبوغرافية) للدوائر المتكاملة .

ويقصد بالدائرة المتكاملة - طبقاً للمادة ٤٥ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري - كل منتج في هيئته النهائية أو في هيئته الوسيطة يتضمن مكونات - أحدها على الأقل يكون عنصراً نشطاً - مثبتة على قطعة من مادة عازلة ، وتشكل مع بعض الوصلات أو كلها كياناً متكاملاً يستهدف تحقيق وظيفة إلكترونية محدودة . كما يقصد بالتصميم التخطيطي كل ترتيب ثلاثي الأبعاد معد بدائرة متكاملة بغرض التصنيع .

ولا يتمتع بالحماية طبقاً لأحكام قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري التصميم التخطيطي الجديد للدوائر المتكاملة . ويعد التصميم التخطيطي جديداً متى كان نتاج جهد فكري بذله صاحبه ، ولم يكن من بين المعارف الشائعة لدى أرباب الفن الصناعي المعنى ، ومع ذلك يعتبر التصميم التخطيطي جديداً إذا كان اقتران مكوناته واتصالها ببعضها جديداً في ذاته على الرغم من أن المكونات التي يتكون منها قد تقع ضمن المعارف العامة الشائعة لدى أرباب الفن الصناعي المعنى (المادة ٤٦ من قانون حماية الملكية الفكرية المصري) .

وطبقاً للمادة ٤٨ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري فإن مدة حماية التصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة عشر سنوات تبدأ من تاريخ أول استغلال تجارى له في جمهورية مصر العربية أو فى الخارج ، أى التاريخين أسبق . وتنقضى مدة حماية التصميمات التخطيطية فى جميع الأحوال بمرور خمسة عشر سنة من تاريخ إعداد التصميم .



صور الأفعال المجرمة الماسة بالتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة:

٥٤- حرصت اتفاقية التريبس على توفير الحماية القانونية بصفة عامة للتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة من خلال ما تضمنته المادة ٣٦ من هذه الاتفاقية من النص على التزام الدول الأعضاء بمواجهة أفعال الاستيراد أو البيع أو التوزيع بشكل آخر لأغراض تجارية لتصميم تخطيطي متمتع بالحماية ، أو دائرة متكاملة تتضمن تصميماً تخطيطياً متمتعاً بالحماية ، أو أى سلعة تتضمن هذه الدوائر المتكاملة بقدر ما تظل متضمنة تصميماً تخطيطياً منسوخاً بصورة غير قانونية ، واعتبار مثل هذه الأفعال غير قانونية إذا نُفذت دون الحصول على ترخيص من صاحب الحق .

والتزاماً من المشرع المصرى بأحكام اتفاقية التريبس فى هذا الجانب حظر نسخ التصميم التخطيطى أو استيراده أو بيعه أو توزيعه لأغراض التجارة ، حيث لا تجيز المادة ٥٠ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى بغير تصريح كتابى مسبق من صاحب الحق فى التصميم التخطيطى المحمى قيام أى شخص طبيعى أو اعتبارى بأى عمل من الأعمال الآتية :

#### ١- نسخ التصميم التخطيطى :

٥٥- وسواء تم نسخ التصميم التخطيطى بكامله أو أى جزء جديد منه سواء تم النسخ بإدماجه فى دائرة متكاملة أو بأى طريق آخر .

#### ٢- استيراد التصميم التخطيطى أو بيعه أو توزيعه بغرض التجارة :

٥٦- وسواء كان استيراد التصميم التخطيطى أو بيعه أو توزيعه تم على وجه الانفراد أو كان مندمجاً فى دائرة متكاملة، أو كان أحد المكونات لسلعة، المهم أنه يلزم لتوافر هذه الجريمة أن يثبت أن أياً من هذه الأفعال

قد تم بقصد التجارة .

وبالنظر لأهمية تلك التصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة فى مجال خدمة الإنسان ، وملاحقة التطور فى المجالات الصناعية الأخرى حرصت اتفاقية التريبس وكذا القوانين الوطنية ومنها قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى على التأكيد على مشروعية تلك الأفعال الماسة بتلك التصميمات وذلك فى بعض الحالات .

فقد حرصت اتفاقية التريبس على التأكيد فى مادتها ١/٣٧ على عدم السماح لأى من البلدان الأعضاء اعتبار القيام بأى من الأفعال الماسة بالتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة سالف الإشارة إليها غير قانونى إذا تعلق الأمر بدائرة متكاملة تتضمن تصميماً تخطيطياً منسوخاً بصورة غير قانونية ، أو أى سلعة تتضمن دائرة متكاملة كهذه حين لا يكون الشخص الذى يقوم بهذه الأفعال أو يأمر بالقيام بها على علم، ولم يكن لديه أسباب معقولة للعلم عند الحصول على الدائرة المتكاملة أو السلعة المتضمنة لهذه الدائرة بأنها تتضمن تصميماً منسوخاً بصورة غير قانونية. وقد ألزمت اتفاقية التريبس بذات المادة ١/٣٧ الدول الأعضاء بالنص على جواز قيام ذلك الشخص بأى من الأفعال المذكورة فيما يتعلق بالكميات المخزونة أو التى تم طلبها قبل ذلك ، بعد إخطاره بأن التصميم التخطيطى كان منسوخاً بصورة غير قانونية ، ولكنه يكون ملزماً بأن يدفع لصاحب الحق فى البراءة مبلغاً يعادل العوائد المعقولة التى يمكن أن يستحقها صاحب الحق بموجب ترخيص متفاوض عليه بحرية بشأن هذا التصميم الداخلى .

ولقد كان من الطبيعى أن يضمن المشرع المصرى المشروعية على بعض الحالات الماسة بالتصميمات التخطيطية بالدوائر المتكاملة ، حيث أجاز - طبقاً للمادة ٥١ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية -

لأى شخص. طبيعى أو اعتبارى القيام بغير ترخيص من صاحب الحق بعمل أو أكثر مما يلي :

١- النسخ أو الاستغلال التجارى الذى يشمل الاستيراد أو البيع أو التوزيع لدائرة متكاملة تحوى على تصميم تخطيطى محمى أو لسلعة تدخل فى صنعها تلك الدائرة المتكاملة إذا وقع الفعل من شخص لا يعلم أو لم يكن متاحاً له أن يعلم وقت الفعل أن تلك الدائرة المتكاملة أو السلعة تتضمن تصميمات تخطيطياً محمياً . وفى هذه الحالة يجوز للحائز مقابل أداء تعويض عادل لصاحب الحق أن يتصرف فيما لديه من مخزون سلعى أو سلع أمر بشرائها ، وذلك بعد إخطاره من صاحب الحق بكتاب مسجل مصحوباً بعلم الوصول بأن الدائرة المتكاملة أو السلعة التى فى حوزته تتضمن تصميمات تخطيطياً محمياً .

٢- الاستخدام الشخصى أو لأغراض الاختبار أو الفحص أو التحليل أو التعليم أو التدريب أو البحث العلمى لتصميم تخطيطى محمى ، فإذا أسفر ذلك الاستخدام عن ابتكار تصميم تخطيطى جديد يكون للمبتكر الحق فى حمايته .

٣- ابتكار تصميم تخطيطى مطابق لتصميم تخطيطى آخر محمى وذلك نتيجة جهود مستقلة .

٤- استيراد تصميم تخطيطى محمى أو الدائرة المتكاملة التى تم انتاجها باستخدام تصميم تخطيطى محمى ، سواء كانت هذه الدائرة منفردة أو مندمجة فى سلعة ، أو السلعة التى تحوى دائرة متكاملة تتضمن تصميمات تخطيطياً محمياً ، وذلك متى تم تداول أيها فى جمهورية مصر العربية أو فى الخارج .

ويعاقب المشرع المصرى على الأفعال الماسة بالتصميمات

التخطيطية للدوائر المتكاملة بنفس العقوبات التي يعاقب بها على الأفعال الماسة بحقوق براءات الاختراع ، مع بعض الاختلاف الذي فصله فيما يلي:

إذ تقضى المادة ٥٣ من قانون حقوق الملكية الفكرية المصرى بمعاقبة كل من يخالف أحكام المادة ٥٠ من هذا القانون وذلك سواء بنسخ التصميم التخطيطى أو استغلاله تجارياً بالاستيراد أو البيع أو التوزيع وذلك بغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد على مائة ألف جنيه. وفى حالة العود تكون العقوبة الحبس الذى لا تزيد مدته على سنتين والغرامة التى لا تقل عن أربعين ألف جنيه ولا تزيد على مائتى ألف جنيه. ويلاحظ أن هذه العقوبات هى ذات العقوبات المقررة للأفعال الماسة بحقوق براءة الاختراع المنصوص عليها بالمادة ٣٢ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية ، ولكن أغفل المشرع المصرى فى المادة ٥٣ سالفه الذكر بشأن العقوبات المقررة للأفعال الماسة بالتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة النص على مصادرة التصميمات التخطيطية المنسوخة ، كما فعل ذات الأمر بالنسبة للمنتجات المقلدة فى مجال المساس ببراءة الاختراع ، وقد يكون لدى واضعى هذا التشريع ما يبرر ذلك ، إنما ما هو مبررهم فى عدم النص أيضاً على نشر الحكم الصادر بالإدانة فى جريدة يومية واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه ، كما هو الحال بالنسبة للحكم الصادر بالإدانة فى مجال المساس بحقوق براءات الاختراع .

كما يلاحظ أيضاً من قبيل التباين بين التجريم فى مجال براءات الاختراع ومجال التصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة أن نص المادة ٣٢ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى بشأن الحقوق المترتبة على الحصول على براءة اختراع ، لم يحدد طبيعة مرتكب الجريمة سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً حيث جاء النص عاماً يقرر

العقاب "لكل" من يمس تلك الحقوق . ولكن تعمد المشرع المصرى بشأن حماية التصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة أن ينص صراحة بالمادة (٥٠) من ذات القانون على حظر المساس بهذه التصميمات سواء وقع من شخص طبيعى أو اعتبارى . وهو ما يصطدم بالقاعدة العامة التى تنبأها المشرع المصرى بعدم تقرير المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية ، اللهم إلا على سبيل الاستثناء وذلك من خلال إخضاعهم لجزاءات تتمشى والطبيعة القانونية للأشخاص المعنوية ، وهذا ما أغفله النص بالمادة (٥٣) المقررة للعقوبات فى مجال حماية تلك التصميمات ، إذ كيف يمكن تطبيق عقوبة الحبس الوجوبى بشأن الشخص المعنوى فى حالة العود ، وخاصةً إذ تعذر تحديد الشخص الطبيعى المسئول عن الجريمة .

## المطلب الثانى

### الحماية الجنائية للتصميمات والنماذج الصناعية

٥٧- تجدر الإشارة بداية إلى التمييز بين التصميم الصناعى والنموذج الصناعى ، إذ يتمثل التصميم الصناعى (الرسم) فى كل ترتيب للخطوط يستخدم لإعطاء السلع أو المنتجات رونقاً جميلاً أو شكلاً جذاباً يميزها عن غيرها من السلع أو المنتجات المتماثلة <sup>(١)</sup> ، وبالتالي لا ينظر فى التصميم الصناعى (الرسم) إلى قيمته الفنية أو إلى المعنى أو المغزى الذى يتضمنه، أو إلى المهارة فى أدائه ، وإنما تقتصر وظيفته على إسباغ طابع خاص على السلعة التى يخصص لها <sup>(٢)</sup> فيجعل لها ذاتية متميزة عن غيرها من السلع التى تماثلها .

(١) للدكتورة / سميحة القليوبى - الملكية الصناعية - المرجع السابق، رقم ٤٦٣، ص ٦٥٥.

(٢) للدكتور / محسن شفيق - القانون التجارى المصرى- المرجع السابق، رقم ٤٩٤ ،

أما النموذج الصناعي وهو عبارة عن شكل خاص لإنتاج صناعى يكسبه ذاتية متميزة ، فهو يختلف عن التصميم الصناعى (الرسم) فى أن هذا الأخير يوضع على الإنتاج بقصد تجميله أو ترتيبه ، بينما النموذج هو شكل الإنتاج ذاته ، وذلك كابتكار شكل جديد لصندوق حلوى أو لساعة أو لسيارة .

وقد اهتمت اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (الترييس) بإضفاء الحماية القانونية على التصميمات والنماذج الصناعية الجديدة أو الأصلية التى انتجت بصورة مستقلة ، وبحيث يجوز للبلدان الأعضاء اعتبار التصميمات غير جديدة أو أصلية إن لم تختلف كثيراً عن التصميمات المعروفة أو مجموعات السمات المعروفة للتصميمات.

وعلى سبيل الاستثناء أجازت اتفاقية الترييس للبلدان الأعضاء الامتناع عن منح هذه الحماية للتصميمات التى تملئها عادة الاعترافات الفنية أو الوظيفية العملية ، وإن كان البعض <sup>(١)</sup> يرى أنه يجوز للدول الأعضاء الامتناع عن إسباغ الحماية بالنسبة لهذه التصميمات حتى ولو كانت جديدة أو أصلية ، وهو أمر منطقى ، لأنه يشترط أصلاً لإسباغ الحماية القانونية بالنسبة لهذه التصميمات أن تكون جديدة أو أصلية ، والقول بغير ذلك يجعل هذا الاستثناء لغواً لا معنى له .

وطبقاً للمادة ١١٩ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى يعتبر تصميماً أو نموذجاً صناعياً كل ترتيب للخطوط وكل شكل مجسم بألوان أو بغير ألوان ، إذا أخذ مظهراً مميزاً يتسم بالجدة وكان

---

(١) الدكتور / جلال وفانى - الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقاً لاتفاقية للجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (الترييس) - المرجع السابق ، ص ٨٥ .

قابلاً للاستخدام الصناعي ، وبالتالي يفقد التصميم أو النموذج الصناعي وصف الجدة - طبقاً للمادة ١٢٠ من ذات القانون - في الحالات الآتية :

١- إذا تم عرضه على الجمهور أو وصفه أو عرض استخداماته قبل تاريخ إيداع طلب تسجيله (١) .

٢- إذا اشتمل التصميم أو النموذج الصناعي على اختلافات غير جوهرية بالنسبة لتصميم أو نموذج صناعي سابق ، أو خصص لنوع آخر من المنتجات غير ما خصص له التصميم أو النموذج السابق تسجيله .

ومدة الحماية القانونية الممنوحة للتصميمات والنماذج الصناعية عشر سنوات تبدأ من تاريخ تقديم طلب التسجيل وذلك طبقاً لما قرره المادة ١٢٦ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري والمادة ٣/٢٦ من اتفاقية التريبس . إذ إنه بمجرد أن يتم تسجيل التصميم أو النموذج الصناعي يحق لصاحبه منع الغير من صنع أو بيع أو استيراد المنتجات المتخذة شكل هذا التصميم أو النموذج أو تتضمنه (مادة ١٢٧ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري والمادة ١/٢٦ من اتفاقية التريبس) .

ولقد أجازت اتفاقية التريبس - طبقاً للمادة ٢/٢٦ منها - للدول الأعضاء منح استثناءات محدودة من حماية التصميمات الصناعية شريطة أن لا تتعارض هذه الاستثناءات بصورة غير معقولة مع الاستخدام العادي

---

(١) ومع ذلك لا يفقد التصميم أو النموذج الصناعي وصف الجدة إذا كان هذا العرض أو اللوصف قد تم بعد تقديم طلب تسجيله في دولة عضو في منظمة التجارة العالمية أو التي تعامل جمهورية مصر العربية معاملة المثل ، أو كان العرض في أحد المعارض الوطنية أو الدولية أو نشر عن التصميم أو النموذج الصناعي في أحد المؤتمرات أو إحدى الدوريات العملية، وذلك كله خلال فترة لا تتجاوز ستة أشهر سابقة على تاريخ إيداع طلب التسجيل في جمهورية مصر العربية .

للتصميمات الصناعية المتمتعة بالحماية ، وأن لا تخل بصورة غير معقولة بالمصالح غير المشروعة لصاحب التصميم المتمتع بالحماية ، مع مراعاة المصالح المشروعة للأطراف الثالثة . ولهذا لم يتردد المشرع المصرى فى إباحة بعض صور المساس بالتصميمات والنماذج الصناعية ، وبالتالي لم يعتبر - طبقا للمادة ٣/١٢٧ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية لديه- اعتداءً على حقوق صاحب التصميم أو النموذج الصناعى ما يقوم به الغير من استخدام للتصميم أو النموذج الصناعى المحمى مما يلى :

- ١- الأعمال المتصلة بأغراض البحث العلمى .
- ٢- الأعمال المتصلة بأغراض التعليم أو التدريب .
- ٣- الأنشطة غير التجارية .
- ٤- تصنيع أو بيع أجزاء من المنتجات المشار إليها وذلك بقصد اصلاحها مقابل أداء تعويض عادل .
- ٥- الاستخدامات الأخرى التى لا تتعارض بشكل غير معقول مع الاستغلال العادى للتصميم أو النموذج الصناعى المحمى ، ولا تضر بصورة غير معقولة بالمصالح المشروعة لصاحبه مع مراعاة المصالح المشروعة للغير .

صور الأفعال المجرمة فى مجال الحماية الجنائية للتصميمات والنماذج الصناعية :

- ٥٨- تتضمن المادة ١٣٤ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى ثلاث صور للأفعال المجرمة. الماسة بحقوق صاحب التصميم أو النموذج الصناعى ، حيث يعاقب - طبقا لهذه المادة - بغرامة لا تقل عن أربعة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرة آلاف جنيه :



١- كل من قلد تصميماً أو نموذجاً صناعياً محمياً تم تسجيله وفقاً لأحكام هذا القانون .

٢- كل من صنع أو باع أو عرض للبيع أو حاز بقصد الاتجار أو التداول منتجات تتخذ تصميماً أو نموذجاً صناعياً مقلداً مع علمه بذلك .

٣- كل من وضع بغير حق على منتجات أو إعلانات علامات تجارية أو أدوات معينة أو غيرها من بيانات تؤدي إلى الاعتقاد بتسجيله تصميماً أو نموذجاً صناعياً .

وفي حالة العود تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن شهر والغرامة التي لا تقل عن ثمانية آلاف جنيه ولا تجاوز عشرين ألف جنيه. وفي جميع الأحوال تقضى المحكمة بمصادرة التصميم أو النموذج الصناعي المضبوط والمنتجات محل الجريمة والأدوات التي استخدمت في ارتكابها وبنشر الحكم الصادر بالإدانة في جريدة واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه .

ويلاحظ بشأن النص سالف الذكر ملاحظتان ، الأولى تتعلق بالتجريم والثانية تتعلق بالجزاء الجنائي ، وذلك بالتفصيل الذي نعرض له فيما يلي :

أولاً - من حيث التجريم :

٥٩- يلاحظ أن المشرع المصري تناول صور الأفعال المجرمة في مجال الحماية الجنائية للتصميمات والنماذج الصناعية بنفس النهج الذي عرض به لصور الأفعال المجرمة في مجال الحماية الجنائية لبراءات الاختراع وعلى النحو الذي يمكن الإحالة إليه <sup>(١)</sup> ، اللهم فيما عدا ما يتعلق

---

(١) راجع ما سبق رقم ٤١ وما بعدها .

بتقليد التصميم أو النموذج الصناعي ، حيث جاءت المادة ١/١٣٤ صريحة فيما يتعلق بجريمة تقليد تصميم أو نموذج صناعي تم تسجيله ، ودون أن تستلزم لتوافر هذه الجريمة أن يكون التقليد قد تم في هذه الحالة بهدف التداول التجاري وذلك على النحو الذي تتطلبه المادة ١/٣٢ من ذات القانون بشأن جريمة تقليد موضوع اختراع أو نموذج منفعة والتي يلزم لقيامها توافر الغرض التجاري للتقليد . ويبدو أن المشرع المصري يتطلب أيضاً الغرض التجاري لتوافر جريمة تقليد تصميم أو نموذج صناعي وذلك على النحو الذي يتطلبه بشأن جريمة تقليد موضوع اختراع أو نموذج منفعة ، وما يدل على ذلك من أن المادة ١٢٧ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية قد أباحت المساس أصلاً بحقوق صاحب التصميم أو النموذج الصناعي إذا تم الفعل بهدف غير تجاري ، هذا فضلاً على أن تقليد تصميم أو نموذج صناعي بقصد الاستخدام الشخصي ولغرض غير تجاري يتمشى أيضاً مع ما تجيزه المادة ٥/١٢٧ ، إذ يعد هذا الأمر من قبيل الاستغلال العادي للتصميم أو النموذج الصناعي والذي لا يضر بصورة غير معقولة بالمصالح المشروعة لصاحبه .

ويمثل تقليد التصميم أو النموذج الصناعي <sup>(١)</sup> في نقل موضوع التصميم (الرسم) أو النموذج الصناعي نقلاً حرفياً، وبالتالي يصبح مطابقاً للتصميم المحمي ، أو في مجرد إدخال بعض تعديلات طفيفة عليه لا تغير من جوهره ويكون من شأنها إثارة اللبس والخلط في الوسط الصناعي الخاص بهذا التصميم أو النموذج الصناعي ، والعبرة هنا بأوجه الشبه لا بأوجه الخلاف ، فقد يحتوي الرسم أو النموذج المقلد على بعض فروق

---

(١) الدكتور / محسن شفيق - القانون التجاري المصري - المرجع السابق ، رقم ٥٠٦ ، ص

الدكتورة / سميرة القليوبي - الملكية الصناعية - المرجع السابق ، رقم ٥٢٠ ، ص ٧٢١ .

دقيقة تميزه عن الرسم أو النموذج الحقيقي ، ومع ذلك يظل الرسمان أو النموذجان في مجموعهما متشابهين بحيث يحتمل وقوع اللبس والخلط بينهما، وبالتالي تتوفر جريمة التقليد .

ويرى البعض <sup>(١)</sup> أن المشرع المصري لم يشترط في جريمة التقليد على هذا النحو توفر القصد الجنائي لدى المقلد كما فعل بالنسبة لجريمة بيع المنتجات التي تحمل الرسم المقلد أو التي تصنع وفقاً للنموذج المقلد أو عرضها للبيع أو استيرادها من الخارج أو حيازتها بقصد الاتجار. ومع التقدير الكامل لهذا الرأي ، إلا أن جريمة التقليد في هذه الحالة كغيرها من الجرائم يلزم لتوافرها أن يتوافر بالإضافة لركنها المادي ركنها المعنوي المتمثل في القصد الجنائي العام المستند إلى علم المقلد واتجاه إرادته لتقليد تصميم أو نموذج صناعي تم تسجيله ، فالأمر هنا يتعلق بطبيعة تلك الجرائم ومدى اعتبارها من قبيل الجرائم المادية التي يكفي لتوافرها تحقق ركنها المادي دون أن تتحمل سلطة الاتهام عبء إثبات ركنها المعنوي ، وبالتالي فإنه يجوز للمقلد في هذه الحالة أن يدفع عن نفسه جريمة التقليد إذا استطاع أن يثبت انتفاء ركنها المعنوي المتمثل في علمه واتجاه إرادته لتقليد تصميم أو نموذج صناعي . أما في الحالة التي يتطلب المشرع بالإضافة إلى هذا القصد الجنائي العام أن يتوافر علم الجاني بأنه يصنع أو يبيع أو يعرض للبيع أو يحوز منتجات تتخذ تصميماً أو نموذجاً صناعياً مقلداً ، فهو يتطلب أن يتوافر إلى جانب القصد الجنائي العام قصد جنائي خاص ، لا يكون له أي دور مغاير إلا في نقل عبء الإثبات من جانب المتهم إلى سلطة الاتهام التي تلتزم بإثبات ذلك ، ويستطيع المتهم أن ينفيه بكافة طرق الإثبات .

(١) الدكتور / محسن شفيق - المرجع السابق ، رقم ٥٠٦ ، ص ٦٩٦ .

ثانياً - من حيث الجزاء الجنائي :

٦٠- يعاقب - طبقاً للمادة ١٣٤ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية- على الصور الثلاث للأفعال المجرمة الماسة بحماية التصميمات والنماذج الصناعية سالفة الذكر بالغرامة التي لا تقل عن أربعة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرة آلاف جنيه ... وفي حالة العود تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن شهر والغرامة التي لا تقل عن ثمانية آلاف جنيه ولا تجاوز عشرين ألف جنيه .... وفي جميع الأحوال تقضى المحكمة بمصادرة التصميم أو النموذج الصناعي المضبوط والمنتجات محل الجريمة والأدوات التي استخدمت في ارتكابها وينشر الحكم الصادر بالإدانة في جريدة واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه .

وتبدو سياسة المشرع المصري في تحديد الجزاء الجنائي مضطربة بالمقارنة بما هو عليه الوضع بكل من الأفعال الماسة ببراءات الاختراع والأفعال الماسة بتصميمات الدوائر المتكاملة ، وذلك من عدة جوانب ، فصلها فيما يلي :

١- تدنى العقوبات المالية وارتفاع العقوبات السالبة للحرية ، ففي حين يتقرر للأفعال الماسة ببراءة الاختراع والتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة غرامات مالية مرتفعة نسبياً لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد على مائتين ألف جنيه نجد أن الغرامة المقررة للأفعال الماسة بالتصميمات والنماذج الصناعية نقل كثيراً عن ذلك ، إذ لا تقل عن ثمانية آلاف جنيه ولا تزيد على عشرين ألف جنيه .... فنجد انخفاضاً في حالة العود في عقوبات الحبس المقررة للأفعال الماسة ببراءة الاختراع والتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة ، حيث يعاقب الجاني بالحبس الذي لا تزيد مدته على سنتين . في حين أن عقوبة الحبس المقررة بالنسبة للجاني العائد في مجال المساس بالتصميمات

والنماذج الصناعية نجدها مرتفعة ، إذ لم يحدد إلا حدها الأدنى وهو شهر دون تحديد حدها الأقصى، وهذا يعنى أن هذا الحد يصل إلى الحبس الذى لا تزيد مدته على ثلاث سنوات ، وبالتالي تعد عقوبة الحبس فى هذه الحالة مرتفعة .

٢- كما يلاحظ أيضاً أن المشرع المصرى عاد - وعلى خلاف ما انتهجه بشأن التصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة - وقرر فى مجال الحماية الجنائية للتصميمات والنماذج الصناعية - وكما سبق وقرر من قبل فى مجال الحماية الجنائية لبراءات الاختراع - النص على ضرورة مصادرة التصميم أو النموذج الصناعى المضبوط والمنتجات محل الجريمة والأدوات التى استخدمت فى ارتكابها ، وينشر الحكم الصادر بالإدانة فى جريدة واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه .

وهذا يدل على أن المشرع المصرى - مهما كانت الدوافع المتعلقة بالجانب الفنى العلمى - لم يلتزم بمنهج موحد ومتناسب عند تحديد الجزاءات الجنائية فى هذه المجالات .

## المبحث الثاني

### الحماية الجنائية للمعلومات السرية

#### (المعلومات غير المفصح عنها)

٦١- نظراً للتقدم التكنولوجي الهائل الذي لحق بالعالم مؤخراً تزايدت أهمية المعلومة في مجال التطور الصناعي ، وبالنظر لسهولة تداولها وبالتالي معرفتها من قبل من يستغلها على نحو يضر بصاحبها ، اهتمت الاتفاقيات الدولية ، وخاصة اتفاقية التريبس وكذا القوانين الوضعية بإضفاء الحماية القانونية على كافة المعلومات التي من مصلحة أصحابها أن تقتصر عليهم وحدهم ، وان تبقى سرّاً لا يفشى أو يطلع عليه الآخرون .

ونحدد فيما يلي ماهية المعلومات السرية (مطلب أول) ، وصور الأفعال المباحة في مجال الحماية الجنائية لها (مطلب ثان) . وأخيراً صور الأفعال المجرمة الماسة بتلك المعلومات (مطلب ثالث) .

#### المطلب الأول

##### ماهية المعلومات السرية

٦٢- استخدمت اتفاقية التريبس - في ترجمتها العربية - مصطلح المعلومات السرية في حين استخدم قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري مصطلح المعلومات غير المفصح عنها ، واتجه المشرع الفرنسي إلى استخدام مصطلح Savoir - Faire ، والمقابل له باللغة الانجليزية Know - how . هذا بالإضافة إلى مصطلح الاسرار التجارية الذي يتداول في هذا الشأن (١) .

(١) راجع بشأن هذا :

الدكتورة / سميحة القليوبي - الملكية الصناعية ، للمرجع السابق، رقم ٣٠٤، ص ٤٢١ وما بعدها.

وتعد المعرفة الفنية إحدى صور الاسرار التجارية بالنظر لكونها معلومات تكنولوجية وابتكارات محاطة بالسرية وغير مشمولة ببراءات الاختراع<sup>(١)</sup>، ويلزم أن تتسم المعرفة الفنية بخصائص معينة<sup>(٢)</sup> تأتي في مقدمتها الخصيصة الفنية، وإمكانية نقلها، واتصال علم الغير بها، فضلا على السرية. وهناك من يرى<sup>(٣)</sup> أن كلاً من الخبرة الفنية والمعارف الفنية والوسائل أو الطرق الصناعية الجديدة هي عناصر ينطبق عليها وصف المعرفة الفنية.

ولقد التزم المشرع المصري في تحديده للمعلومات السرية وشروطها بما جاءت به اتفاقية التريبس في هذا الشأن اللهم إلا استخدامه فقط لمصطلح المعلومات غير الموضح عنها. حيث تتمتع المعلومات السرية بالحماية القانونية في كل من اتفاقية التريبس طبقاً للمادة ٣٩ منها وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري طبقاً للمادة ٥٥ منه إذ توافرت فيها الشروط التالية:

#### ١- سرية المعلومات:

٦٣- إذ يجب أن تتصف تلك المعلومات بالسرية، وتعنى اتفاقية التريبس بالسرية (مادة ٣٩/ بند أ) من حيث أنها ليست بمجموعها أو في الشكل والتجميع الدقيق لمعلوماتها معروفة عادة أو سهلة الحصول عليها من قبل أشخاص في أوساط المتعاملين عادة في النوع المعنى من

(١) الدكتور / جلال محمدين - الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقاً لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (التريبس) - المرجع السابق - ص ٧٩.

(٢) A. CHAVANNE et J.J. BURST, Droit de la propriété industrielle, op. cit, N° 614 et siuv. P. 348.

(٣) د / نكرى عبد للرازق محمد - حماية المعلومات السرية من حقوق الملكية الفكرية - Know - how في ضوء التطورات التشريعية والقضائية - دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٤٠ وما بعدها.

المعلومات ، فى حين حدد المشرع المصرى السرية (المادة ٥٥/ بند ١) بتلك المعلومات التى تكون فى مجموعها أو فى التكوين الذى يضم مفرداتها ليست معروفة أو غير متداولة بشكل عام لدى المشتغلين بالفن الصناعى الذى تقع المعلومات فى نطاقه .

وتظل المعلومات ذات طبيعة سرية <sup>(١)</sup> دون أن تتأثر وذلك فى الحالات التى يتوصل فيها أفراد مختلفون إلى هذه المعلومات بصورة مستقلة فى ذات الوقت إذا لم يعلن أى فرد ممن توصلوا لهذه المعلومات عنها للغير ، وبحيث لا يخل بتوافر هذا الشرط وصول عدد من الأفراد إلى ذات المعلومات مادام كل منهم توصل إليها بطريقته الخاصة واحتفظ بسريتها بعد ذلك .

٢- أن تستمد المعلومات قيمتها التجارية من كونها سرية :

٦٤- ويعنى هذا أن يحقق المشروع الذى يملك تلك المعلومات فوائد اقتصادية ، سواء أكان من شأن هذه المعلومات تحقيق عائد بهذا المشروع بزيادة أرباح المشروع أو بتقليل خسائره ، أو كان من شأنها جذب عملاء جدد <sup>(٢)</sup> أو تحقيق مركز متميز لأصحابها فى مواجهة المشروعات الأخرى.

٣- خضوعها لإجراءات معقولة من قبل حائزها للحفاظ عليها :

٦٥- إذ يجب أن يثبت تدخل صاحبها أو حائزها أو بصفة عامة من قبل الشخص الذى يقوم بالرقابة عليها من الناحية القانونية بإخضاع هذه

---

(١) دكتور / بلال عبد المطلب بدوى - تطور الآليات الدولية لحماية حقوق الملكية الصناعية (دراسة فى ضوء اتفاقية التريبس والاتفاقيات السابقة عليها) - دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ١٠٨ .

(٢) الدكتور/ سميحة لقيوبى- للملكية الصناعية ، المرجع السابق، رقم ٣٠٨ ، ص ٤٢٩ .



التجارية الشريفة ، وتتمثل تلك الأفعال فيما يلي :

### ١- الحصول على المعلومات من المصادر العامة المتاحة :

٦٧- إذ يعد الحصول على المعلومات من المصادر العامة من قبيل الأفعال المباحة طالما أن هذه المعلومات متاحة للجميع بحكم مصادرها والتي تسمح للجمهور بالاطلاع عليها ، ومنها مكنتات براءات الاختراع والسجلات الحكومية المفتوحة والبحوث والدراسات والتقارير المنشورة. المهم في هذا الشأن أن يثبت أن الجهة التي تحوز هذه المعلومات قد سمحت في الأصل باطلاع الجمهور عليها وإلا عد الحصول عليها غير مشروع .

### ٢- الحصول على المعلومات نتيجة بذل الجهود الذاتية والبحث العلمي:

٦٨- ويعد مشروعاً أيضاً الحصول على المعلومات نتيجة بذل الجهود الذاتية والمستقلة التي تستهدف استخراج المعلومات من خلال الفحص والاختبار والتحليل للسلعة المتداولة في السوق، والتي تتجسد فيها المعلومات السرية . ويلزم لإضفاء المشروعية على التوصل للمعلومات السرية بهذا السبيل ، ألا يكون من ضمن الوسائل التي توصل إليها الشخص ما يعد من قبيل الأفعال غير المشروعة والتي ينطوي ارتكابها على منافسة غير مشروعة ، التي سنعرض لها لاحقاً .

كما يعد من قبيل الأفعال المباحة الحصول على المعلومات نتيجة جهود البحث العلمي والابتكار والاختراع والتطوير والتعديل والتحسين التي يبذلها المجتهدون مستقلين عن صاحب المعلومات السرية .

### ٣- حيازة واستعمال المعلومات المعروفة :

٦٩- إذ يعد من قبيل الأفعال المباحة أيضاً حيازة واستعمال المعلومات المعروفة والمتاحة التي جرى تداولها فيما بين المشتغلين بالفن الصناعي

المعلومات لإجراءات معقولة وفعالة بقصد الحفاظ عليها . وبالتالي إذا أهمل رب العمل في إخفاء منتج أو طريقة الصنع أو لم يتخذ الإجراءات الجدية للحماية (١) فإن المعلومات التي تتعلق بذلك لا تعد من قبيل المعلومات التي تستحق الحماية القانونية .

وتمتد الحماية القانونية - طبقاً لاتفاقية التريبس (مادة ٣٩/بند ٣) وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرية (مادة ٥٦) - إلى كافة المعلومات السرية التي كانت ثمرة جهود كبيرة ، والتي تقدم إلى الجهات المختصة بناءً على طلبها للسماح بتسويق المنتجات الكيميائية الصيدلانية أو الزراعية التي تستخدم كيانات كيميائية جديدة لازمة للاختبارات الواجب إجراؤها للسماح بالتسويق ، وبحيث تلتزم الجهات المختصة التي تتلقى هذه المعلومات بحمايتها من الإفشاء أو الاستخدام التجاري غير المنصف ، وذلك من تاريخ تقديم المعلومات إليها وحتى زوال صفة السرية عنها، أو لمدة لا تزيد على خمس سنوات أي الفترتين أقل ، وبحيث لا يشكل تعدياً على تلك المعلومات ما تقوم به الجهات المختصة من الكشف عنها لضرورة تقتضيها حماية الجمهور .

## المطلب الثاني

### صور الأفعال المباحة في مجال

### الحماية الجنائية للمعلومات السرية

٦٦- تناولت المادة ٥٩ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرية تحديد بعض صور الأفعال التي تتمثل في الحصول على المعلومات بطرق مشروعة ، وبالتالي لا تعد من قبيل الأفعال المتعارضة مع الممارسات

CHAVANNE et BURST, op. cit., N° 646, p. 364

(١)

الذى تقع المعلومات فى نطاقه . ومع ذلك فيمكن القول فى هذا الشأن أن مثل تلك المعلومات لم تعد سرية ، وبالتالي لا تتمتع أصلاً بالحماية القانونية لافتقارها للشروط اللازمة لاتصافها بالسرية وفى مقدمتها أن تكون المعلومات فى مجموعها أو فى التكوين الذى يقيم مفرداتها ليست معروفة أو غير متداولة بشكل عام لدى المشتغلين بالفن الصناعى الذى تقع المعلومات فى نطاقه ، وذلك على النحو الذى تتطلبه المادة ٥٥ من البند (١) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى .

### المطلب الثالث

صور الأفعال المجرمة فى مجال الحماية الجنائية للمعلومات السرية  
(المنافسة غير المشروعة)

٧٠- عدت المادة ٥٨ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى الأفعال التى تعد متعارضة مع الممارسات التجارية الشريفة ، وينطوى ارتكابها على منافسة غير مشروعة ، وحيث تشكل هذه الأفعال مساساً بالمعلومات السرية على نحو يؤثر على الممارسات التجارية ، ويخل بما يجب أن يتحلى به القائمون على هذه الممارسات من منافسة شريفة تكفل لهم الحفاظ على حقوقهم .

ونظراً لخلو اتفاقية التريبس من تحديد مثل تلك الأفعال التى يشكل اقترافها ممارسة غير مشروعة ، فإن المشرع المصرى قد حدد تلك الأفعال بالمادة ٥٨ سالفه الذكر تحديداً مفصلاً دونما حاجة لذلك ، بل جاء هذا التحديد فى بعض الأحيان مبهماً ومكرراً ولا يتفق مع ما يجب أن يكون عليه النص الجنائى بما يحكمه من مبادئ تأتى فى مقدمتها مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات من حيث ضرورة تحديد الجريمة والجزاء الجنائى المقرر لها تحديداً دقيقاً لا غموض فيه . وعلى العكس من ذلك

فلقد جاء تحديد المشرع الفرنسى لتلك الأفعال المتعارضة مع الممارسة التجارية الشريفة متمساً بالدقة والوضوح .

ولبيان ذلك نعرض فيما يلى لكل من موقف المشرع المصرى

والفرنسى :

تحديد الأفعال المتعارضة مع الممارسة التجارية الشريفة ويمثل ارتكابها منافسة غير مشروعة فى قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى :

٧١- يعد طبقاً للمادة ٥٨ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى ممارسة تجارية غير شريفة وينطوى على منافسة غير مشروعة "على الأخص" الأفعال الآتية :

١- رشوة العاملين فى الجهة التى تحوز المعلومات بغرض الحصول عليها .

٢- التحريض على إفشاء المعلومات من جانب العاملين إذا كانت تلك المعلومات قد وصلت إلى علمهم بحكم وظيفتهم .

٣- قيام أحد المتعاقدين فى عقود سرية المعلومات بإفشاء ما وصل إلى علمه منها .

٤- الحصول على المعلومات من أماكن حفظها بأية طريقة من الطرق غير المشروعة كالسرقة أو التجسس أو غيرها .

٥- الحصول على المعلومات باستعمال الطرق الاحتيالية .

٦- استخدام الغير للمعلومات التى وردت إليه نتيجة الحصول عليها بأى من الأفعال السابقة مع علمه بسريتها وبأنها متحصلة عن أى من هذه الأفعال .

ويعتبر تعدياً على المعلومات غير المفصح عنها - طبقاً للفقرة

الأخيرة من المادة ٥٨ سالفه الذكر - ما يترتب على الأفعال المشار إليها

من كشف للمعلومات أو حيازتها أو استخدامها بمعرفة الغير الذى لم يرخص له الحائز القانونى بذلك .

ويرد على تحديد المشرع المصرى لتلك الأفعال المشار إليها سلفاً عدة ملاحظات ، فصلها فيما يلى :

**الملاحظة الأولى :** إن تحديد تلك الأفعال والتي تعد متعارضة مع الممارسات التجارية الشريفة وينطوى ارتكابها على منافسة غير مشروعة قد جاء على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر ، حيث جاء بنص المادة ٥٨ سالفه الذكر بأنه "تعد الأفعال الآتية على الأخص ...." . إذ يصعب تحديد الأفعال التي تشكل اخلاً بالمنافسة غير المشروعة على سبيل الحصر ، حيث تتنوع هذه الأفعال على نحو يصعب معه حصرها بدقة من خلال الواقع العملى ، وبالتالي وخشية من إفلات بعض صور الأفعال التي تشكل مساساً بالممارسات التجارية الشريفة من التجريم كان لزاماً أن يعرض المشرع المصرى لبعض صور تلك الأفعال على سبيل المثال ، ولقد اتبع هذا النهج أصلاً عند تحديده للمنافسة غير المشروعة فى إطار قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حيث يعتبر - طبقاً للمادة ١/٦٦ من هذا القانون - منافسة غير مشروعة كل فعل يخالف العادات والأصول المرعية فى المعاملات التجارية ، وعدد بعد ذلك على سبيل المثال ما يعد من قبيل ذلك (١) .

(١) إذ تقضى المادة ٦٦ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بأنه ١٠- يعتبر منافسة غير مشروعة كل فعل يخالف العادات والأصول المرعية فى المعاملات التجارية، ويدخل فى ذلك على وجه الخصوص الاعتداء على علامات الغير أو على اسمه التجارى أو على براءات الاختراع أو على أسرار الصناعات التى يملك حق استثمارها ، وتحريض العاملين فى متجره على إذاعة أسرارهم أو ترك العمل عنده ، وكذلك كل فعل أو ادعاء يكون من شأنه إحداث اللبس فى المتجر أو فى منتجات أو اضعاف الثقة فى مالكة أو فى القائمين على إدارته أو فى منتجاته .

الملاحظة الثانية : على الرغم من أن المشرع المصري قد عد على سبيل المثال بعض الأفعال التي يعد اقترافها من قبيل المنافسة غير المشروعة إلا إن هذا التحديد اتم بالتكرار والتداخل من جانب والغموض من جانب آخر .

فمن حيث التكرار والتداخل : وهذا يبدو جلياً في التكرار الذي أتى في كل من البندين ٤ و ٥ من المادة ٥٨ سالفه الذكر ، حيث جاء بالبند (٤) بشأن تحديد ما يعد من قبيل الأفعال التي ينطوي ارتكابها على منافسة غير مشروعة "الحصول على المعلومات من أماكن حفظها بأية طريقة من الطرق غير المشروعة كالسرقة أو التجسس أو غيرها" ثم يتكرر نفس المعنى فيما جاء به البند (٥) بشأن "الحصول على المعلومات باستعمال الطرق الاحتمالية" . ويبدو التكرار هنا من حيث وسيلة الحصول على المعلومات ، فهي دائماً وسيلة غير مشروعة وسواء أكانت بواسطة السرقة أو التجسس أو باستعمال الطرق الاحتمالية أو غيرها ، فكان يكفي النص على اعتبار أي حصول على المعلومات السرية بطريقة غير مشروعة من قبيل الأفعال التي تتعارض مع الممارسة التجارية الشريفة، وينطوي ارتكابها على منافسة غير مشروعة .

ومن حيث الغموض : حيث جاءت الفقرة الأخيرة من المادة (٥٨) سالفه الذكر لتتص على أنه "يعتبر تعدياً على المعلومات غير المفصح عنها ما يترتب على الأفعال المشار إليها من كشف للمعلومات أو حيازتها أو استخدامها بمعرفة الغير الذي لم يرخص له الحائز القانوني بذلك " .

إذ جاءت هذه الفقرة سالفه الذكر لتثير التساؤل حول مدى لزوم ما

---

- ٢ - كل منافسة غير مشروعة تلزم فاعلها بتعويض الضرر الناتج عنها . وللمحكمة أن تقضى - فضلاً عن التعويض - بإزالة الضرر وينشر ملخص للحكم على نفقة المحكوم عليه في إحدى الصحف اليومية " .

يترتب على الأفعال المشار إليها بالمادة (٥٨) فى البنود من (١) إلى (٦) سالف ذكرهم من كشف للمعلومات أو حيازتها أو استخدامها بواسطة الغير دون أن يرخص له بذلك .

ويسيطر على هذا الأمر فرضان :

**الفرض الأول :** إنه يلزم لكى يكون من ارتكب أى من الأفعال المتعارضة مع الممارسات التجارية الشريفة - سالف الإشارة إليها - معتدياً على المعلومات غير المفصح عنها ، أن يترتب عليها كشف السرية أو يترتب عليها حيازتها أو استخدامها من الغير دون أن يكون مرخصاً له بذلك من صاحب المعلومات . وهذا ما قال به البعض <sup>(١)</sup> - دون تردد - وبحيث لم يتطرق هذا الرأى للفرض الذى يرتكب فيه الشخص أحد الأفعال السابق ذكرها ، والتي تتعارض مع الممارسات التجارية الشريفة وتتطوى على منافسة غير مشروعة فى حال لم يترتب على ذلك كشف المعلومات السرية أو حيازتها أو استخدامها بمعرفة الغير .

**الفرض الثانى :** كفاية ارتكاب أحد الأفعال السابق ذكرها باعتبارها تتعارض مع الممارسات التجارية الشريفة وتتطوى على منافسة غير شريفة دون أن يتطلب لاعتبار مرتكبها معتدياً على المعلومات السرية أن يترتب على هذه الأفعال المشار إليها كشف هذه المعلومات السرية أو حيازتها أو استخدامها بمعرفة الغير .

وهكذا فرض الغموض نفسه على نص المادة ٥٨ سالف الذكر ، ويبدو لدينا أن الغموض فى هذه الحالة مرجعه ما جاء به المشرع المصرى بالفقرة الأخيرة من هذه المادة ، والتي يتطلب فيها أن يترتب على الأفعال المشار إليها بالبنود من (١) إلى (٦) كشف المعلومات السرية

(١) الدكتور / سميحة القليوبى - الملكية الصناعية، المرجع السابق، رقم ٣٢٢، ص ٤٤٧ و٤٤٦.

أو حيازتها أو استخدامها بواسطة الغير ، ودون أن يمنح هذه الفقرة ترقياً  
مسلسلاً باعتبارها (البند السابع) ، وحسم أمرها باعتبارها أحد الأفعال التي  
تتطوى على منافسة غير مشروعة وبالتالي لا ينسحب حكمها على بقية  
الأفعال الواردة في البنود من (١) إلى (٦) . إذ إن القول بغير ذلك وتطلب  
أن يترتب على كافة الأفعال المشار إليها في البنود من (١) إلى (٦) من  
المادة ٥٨ سالفه الذكر كشف المعلومات أو حيازتها أو استخدامها بواسطة  
الغير نتائج متعارضة أبرزها ما يلي :

١- إن تطلب أن يترتب على الأفعال السابق ذكرها لزوم الكشف عن  
المعلومات أو حيازتها أو استخدامها بمعرفة الغير حتى يعد مرتكبها  
معتدياً يجعل اقتراح هذه الأفعال من قبيل الجرائم ذات النتيجة أو جرائم  
الضرر التي تقتض سلوكاً إجرامياً تترتب عليه آثار تتمثل في العدوان  
الفعلى الحال على الحق الذى يحميه القانون (١) . ويترتب على ذلك أنه  
- وعلى خلاف ما يجب - ستخرج من دائرة التجريم بعض الأفعال المشار  
إليها بالمادة ٥٨ سالفه الذكر ، وذلك كالفعل المشار إليه في البند (١) بشأن  
رشوة العاملين في الجهة التي تحوز المعلومات بغرض الحصول عليها ،  
والفعل المشار إليه في البند (٢) بشأن التحريض على إفشاء المعلومات من  
جانب العاملين إذا كانت تلك المعلومات قد وصلت إلى علمهم بحكم  
وظيفتهم ، لأنه في الحالة التي لا يقبل فيها العامل الرشوة ، أو حتى يقبلها  
أو يستجيب لتحريض الغير ويسعى للحصول على المعلومات ، ولكنه لا  
يفلح فإنه لا عقاب سواء للعامل نفسه أو للغير باعتباره مساهماً ، كما أنه  
لا عقاب في هذه الحالة باعتبارها شروعاً .

٢- وإذا فرضنا أن المشرع المصرى أراد بالنص في الفقرة الأخيرة من

---

(١) الدكتور / محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - للقسم العام - للمرجع السابق،



المادة ٥٨ سالفه الذكر وتطلبه أن يترتب على تلك الأفعال الكشف عن المعلومات السرية أو حيازتها أو استخدامها بواسطة الغير التمييز بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية لمقتضى هذه الأفعال بحيث تقتصر المسؤولية الجنائية فقط على ما يقترف تلك الأفعال ويفلح في الكشف عن هذه المعلومات السرية أو حيازتها أو استخدامها بواسطة الغير ، وفي غير ذلك من الحالات فإنها لا تثير إلا المسؤولية المدنية ، فهو قول مردود بأن المسؤولية المدنية في هذه الحالات لن تتوافر إلا بثبوت الضرر ، والضرر هنا لن يخرج بأى حال من الأحوال عن الكشف عن المعلومات أو حيازتها أو استخدامها بمعرفة الغير وهو ما يكفي أيضاً لتوافر المسؤولية الجنائية .

ويبدو - لدينا - أن المشرع المصرى لم يكن أصلاً بحاجة لتحديد ما يعد من الأفعال متعارضاً مع الممارسات التجارية الشريفة ، وينطوى على منافسة غير مشروعة ، وخاصة في ظل وجود نص المادة (١/٦٦) قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والتي حددت ماهية المنافسة غير المشروعة<sup>(١)</sup> .

بالإضافة إلى ذلك ، فإن المادة ٦١ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى جاءت واضحة فيما تتطلبه لتوافر المسؤولية الجنائية عند المساس بالمعلومات السرية ، حيث تنص بأنه "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها فى أى قانون آخر يعاقب كل من يقوم بوسيلة غير مشروعة بالكشف عن المعلومات المحمية طبقاً لأحكام هذا القانون أو حيازتها أو استخدامها مع علمه بسريتها وبأنها متحصلة عن تلك الوسيلة بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على خمسين ألف جنيه . وفى حالة العود تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنتين والغرامة

(١) راجع ما سبق هامش ص ٨٥ .

التي لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد على مائة ألف جنيه " .

وهكذا فلقد حسمت هذه المادة الأمر بضرورة أن يترتب على الأفعال السابق الإشارة إليها المنصوص عليها بالمادة (٥٨) سالفه الذكر الكشف عن المعلومات أو حيازتها أو استخدامها ، مما يؤكد عدم الحاجة أصلاً للنص على ذلك في سياق المادة ٥٨ سالفه الذكر .

وهذا ما انتهجه المشرع الفرنسي ودون أن يقم نفسه في تحديد الأفعال الماسة بالمعلومات السرية كما فعل المشرع المصري ، حيث جاءت المادة L621-1 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي لتحويل بشأن الحماية الجنائية المقررة للأسرار الصناعية على المادة L.152-7 من قانون العمل <sup>(١)</sup> والتي تعاقب كل من يعمل لدى منشأة - سواء أكان مديراً أو مستخدماً - كشف أو حاول الكشف عن سر صناعي بالحبس لمدة سنتين وغرامة قدرها ثلاثون ألف يورو ، وبحيث يجوز للمحكمة أن تقضى كعقوبة تكميلية بحرمان الجاني من ممارسة حقوقه المدنية والعائلية المنصوص عليها بالمادة ١٣١-٢٦ من قانون العقوبات .

ويلاحظ هنا أن المشرع الفرنسي لا يتطلب للعقاب عن المساس بالأسرار الصناعية - وعلى خلاف المشرع المصري - أن يتم بالفعل الكشف عن هذه الأسرار ، بل يكفي أن تثبت محاولة الجاني الكشف عنها ولو لم يفلح في ذلك حتى يعاقب . ويشترط أن يكون الجاني هو أحد المحددين بالمادة L.621-1 سالفه الذكر ، وبحيث يكون مرتبطاً بعلاقة

---

(١) Abrogé par ordonnance n° 2007 - 329 du 12 mars 2007 art. 121,

Journal Officiel du 13 mars 2007 en vigueur au plus tard le 1<sup>er</sup> mars 2008.

Ordonnance 2007 - 329. 2007 - 03 - 12 art :

Les dispositions de la présent Ordonnance entrent en vigueur en même temps que la partie réglementaire du nouveau code du travail et au plus tard le 1<sup>er</sup> mars 2008.

تبعية بحائز السر ، إذ إن غياب مثل هذه العلاقة يؤدي إلى الإفلات من العقاب، كما يتطلب أيضاً أن يكون الكشف عن المعلومات من قبل المستخدم في المنشأة بقصد إعلام الغير به ، أما إذا اقتصر الكشف عن تلك الأسرار على الاستخدام الشخصي لمن يرتبط بعلاقة تبعية بحائز هذه الأسرار فلا تتوافر الجريمة المنصوص عليها بالمادة L.621-1 سالفه الذكر ، إذ يلزم أن يكون كشف تلك الأسرار أو محاولة الكشف عنها لصالح آخر ، وبحيث يكون هذا المستفيد أجنبياً عن المنشأة (١) .

وفي هذه الحالة لا يشترط توافر سوء نية المستفيد لقيام الجريمة في مواجهة من كشف السر (المستخدم بالمنشأة) ، وإنما سوء نية المستفيد تجعله شريكاً في هذه الجريمة ، وفي بعض الحالات الأخرى مرتكباً لجريمة إخفاء أشياء مسروقة . ويعاقب المستفيد من الأسرار الصناعية باعتباره شريكاً طبقاً لأحكام المادتين ١٢١-٦ و ١٢١-٧ من قانون العقوبات الفرنسي ، وذلك إذ ثبت قيامه بدور فعال ، كأن يحصل على الأسرار الصناعية مع علمه بذلك ويضعها موضع التنفيذ ، أو كمن يحرض مستخدماً على ترك العمل .

والجريمة المنصوص عليها بالمادة L.621-1 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي سالفه الذكر - وكما هو الحال بالمادة ٦١ من قانون حماية الملكية الفكرية المصري سالف الذكر - جريمة عمدية يلزم لقيامها توافر نية الإضرار برب العمل أو رغبة الجاني في الاستفادة من إفشاء الأسرار والحصول على فائدة مقابل ذلك ، ولهذا لا تقوم هذه الجريمة إذا تم إفشاء الأسرار سهواً أو بحسن نية (٢) .

(١) CHAVANNE et BURST, op. cit., N° 646, p. 364

(٢) Trib. Corr. Lyon 19 décembre 1968, RTD Com. 1970. 114 obs.

CHAVANNE.

# الفصل الثالث

## الحماية الجنائية للعلامات التجارية

### والمؤشرات الجغرافية

تمهيد وتقسيم :

٧٢- لم تعد الدعاية عن المنتجات أو الخدمات ترفاً ، ولكنها أصبحت اليوم نظاماً متكاملأ له قواعده وأثاره ، وخاصة بعد هذا التطور الهائل فى وسائل الدعاية واتساع نطاقها . ولهذا أولت الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية الاهتمام الكامل بكافة ما يميز السلع والخدمات وفى مقدمتها العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية . ويمكننا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين ، نعرض من خلالهما للحماية الجنائية لكل من العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية وذلك على النحو التالى :

المبحث الأول : الحماية الجنائية للعلامات التجارية .

المبحث الثانى : الحماية الجنائية للمؤشرات الجغرافية .

## المبحث الأول

### الحماية الجنائية للعلامات التجارية

تقسيم :

٧٣- تقتضى دراسة الأحكام الخاصة بالحماية الجنائية للعلامات التجارية التعرض لتحديد ماهية العلامات التجارية فى كل من الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية ، وكذا بيان صور الأفعال الماسة بتلك العلامات التجارية . ويمكن أن نعرض لهذين الموضوعين فى مطلبين مستقلين

وذلك على النحو التالي :

**المطلب الأول : ماهية العلامات التجارية .**

**المطلب الثاني : صور الأفعال الماسة بالعلامات التجارية .**

## المطلب الأول

### ماهية العلامات التجارية

٧٤- يعد من قبيل العلامات التجارية طبقاً للمادة (١٥) من اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (التريبس) أى علامة أو مجموعة علامات تسمح بتمييز السلع والخدمات التى تنتجها منشأة ما عن تلك المنشآت الأخرى ، لاسيما الكلمات التى تشمل أسماء شخصية وحروفاً وأرقاماً وأشكالاً ومجموعات ألوان وأى مزيج من هذه العلامات مؤهلة للتسجيل كعلامات تجارية . وتجزئ هذه المادة بفقرتها الأخيرة للدول الأعضاء ، تطلب أن تكون العلامات المزمع تسجيلها قابلة للإدراك بالبصر كشرط لتسجيلها .

ولم تختلف القوانين الوطنية<sup>(١)</sup> فى تحديدها للعلامات التجارية عن هذا المعنى الذى تبنته اتفاقية التريبس ومن قبلها اتفاقية باريس لحماية

---

(١) لتفصيل أكثر راجع :

الدكتور / محسن شفيق - القانون للتجارى المصرى - المرجع السابق ، رقم ٣٥٥ ، ص٤٧٩ وما بعدها .

الدكتور / اكثم الخولى - الموجز فى القانون للتجارى - المرجع السابق ، رقم ٢٩٦ ، ص٣٢٠ وما بعدها .

الدكتورة / سميحة القليوبى - الملكية للصناعية - المرجع السابق ، رقم ٣٣٠ ، ص٤٦٠ وما بعدها .

CHAVANNE et BURST, Droit de la propriété industrielle, op. cit, N°897, P. 504 et suiv.

الملكية الصناعية ١٨٨٣ ، فلقد حددت المادة ٦٣ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرية (١) العلامة التجارية بأنها كل ما يميز منتجاً سلعة كان أو خدمة عن غيره ، وتشمل على وجه الخصوص الأسماء المتخذة شكلاً مميزاً ، والإمضاءات ، والكلمات ، والحروف والأرقام والرسوم والرموز وعناوين المحال والدمغات والأختام والتصاوير ، والنقوش البارزة ، ومجموعة الألوان التي تتخذ شكلاً خاصاً ومميزاً ، وكذلك أى خليط من هذه العناصر إذا كانت تستخدم أو يراد أن تستخدم إما فى تمييز منتجات عمل صناعى أو استغلال زراعى ، أو استغلال للغابات أو لمستخرجات الأرض ، أو أية بضاعة ، وإما للدلالة على مصدر المنتجات أو البضائع أو نوعها أو مرتبتها أو ضمانها أو طريقة تحضيرها ، وإما للدلالة على تأدية خدمة من الخدمات . وتتطلب هذه المادة بفقرتها الأخيرة ضرورة أن تكون العلامة التجارية مما يدرك بالبصر .

ويلاحظ أنه وفقاً لأحكام المادة ٦٣ من قانون حماية الملكية الفكرية المصرية أن مفهوم العلامة التجارية يشمل علامة السلعة وعلامة الخدمة (٢) دون أى تمييز بينهما ، حيث تضمنت نصوص هذا القانون معظم القواعد المقررة فى اتفاقية باريس المتعلقة بحماية العلامة التجارية ، وبالتالي لم تعد هناك فروق تذكر بين علامة السلعة وعلامة الخدمة فى القانون المصرى .

وإن كان المشرع الفرنسى أختلف إلى حد ما فى تحديده للعلامات

---

(١) ألقى القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ بشأن العلامات والبيانات التجارية .

(٢) دكتور / حسام الدين عبد الغنى الصغير - الجديد فى العلامات التجارية فى ضوء قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الجديد واتفاقية الترييس - دار الفكر الجامعى - الاسكندرية ،

٢٠٠٥ ، رقم ٨٢ ، ص ٥٧ .

التجارية عما ورد باتفاقية التريبيس وما جاء به المشرع المصري ، إذ يقر المشرع الفرنسي بإمكانية أن تكون الاشارات للصوتية علامات تجارية ، وهو ما لا يمكن ادراكه بالبصر ، إذ تحدد المادة 1-711.L من قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسي العلامات التجارية والصناعية وعلامات الخدمة بأنها كافة العلامات التي يمكن التعبير عنها برسوم بيانية بقصد تمييز منتجات أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي ، وتتقسم هذه العلامات طبقاً لهذه المادة لثلاثة أنواع ، يتمثل النوع الأول في العلامات التي تتمثل في المسميات أيأ كانت اشكالها ، كالكلمات ، والأسماء والحروف والأرقام ، ويتعلق النوع الثاني بالعلامات الصوتية ، كالأصوات والمقطوعات الموسيقية ، ويتمثل النوع الثالث في العلامات التصويرية كالرسوم ، والبطاقات والأختام .

وهكذا يجوز طبقاً لاتفاقية التريبيس تسجيل العلامات التجارية غير القابل ادراكها بالبصر وذلك كالأصوات والروائح . وإن كان البعض (١) يرى أن مسألة استخدام الشارات غير القابلة للإدراك بالبصر كعلامات تجارية تثير الصعوبات بالنظر لما قد يواجه مكاتب العلامات التجارية من مشكلات تعرقل قبول تسجيلها . ومع ذلك يرى البعض (٢) أن علامات الرائحة شأنها في ذلك شأن علامات الصوت يمكن أن يضاف عليها القانون حمايته دون أن يمثل ذلك مشكلة حيث يمكن التعبير عنها بشكل قابلاً للإدراك بالبصر ، ويكون ذلك من خلال التعبير عن الرائحة بكتابة بيانية

---

(١) د. جلال وفائي - الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقاً لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (التريبيس) - المرجع السابق ، ص ٩٢ .

(٢) الدكتور / محمد حسام محمود لطفى - تأثير اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية "تريبيس" على تشريعات البلدان العربية ، للمرجع السابق ، هامش رقم ٥٤

أما بصدد العلامات التي لا يجوز تسجيلها ، فلقد تميز موقف المشرع الفرنسي عن موقف مثيله المصري من حيث حسن صياغة النص وتركيزه ، ففي حين يعدد المشرع المصري العلامات التي لا يجوز تسجيلها في ثمانية بنود طبقاً للمادة ٦٧ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية ، يعدد المشرع الفرنسي تلك العلامات في ثلاثة بنود فقط بالمادة L.711-3 من قانون حماية الملكية الفكرية لديه ، ويرجع ذلك إلى أن المشرع الفرنسي نص في البند الأول من هذه المادة على حظر تسجيل العلامات التي ينص أصلاً على حظر تسجيلها طبقاً لاتفاقية باريس المؤرخة ٢٠ مارس ١٨٨٣ بشأن حماية الملكية الصناعية ، وكذا طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٣ من اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (التريبس).

ولقد كان السبيل متاحاً للمشرع المصري أن يتبنى هذا التحديد وخاصة فيما يتعلق بالحظر المنصوص عليه باتفاقية باريس المشار إليها ، إذ إن الأحكام الموضوعية الخاصة بالعلامات التجارية والواردة في اتفاقية باريس تعتبر ملزمة لجميع أعضاء منظمة التجارة العالمية وسواء كانوا أعضاء في اتفاقية باريس من عدمه <sup>(١)</sup> ، وذلك في الحدود المنصوص عليها في المادة ١/٢ من اتفاقية التريبس، والتي تنص بأنه "فيما يتعلق بالأجزاء الثاني والثالث والرابع من الاتفاق الحالي تلتزم البلدان الأعضاء بمراعاة أحكام المواد من ١ حتى ١٢ والمادة ١٩ من معاهدة باريس (١٩٦٧) .

(١) د. جلال وفانى - الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقاً لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (التريبس) - للمرجع السابق ، ص ٨٩ .



ولهذا جاء تحديد المشرع الفرنسي للعلامات المحظور تسجيلها طبقاً للمادة L.711-3 مركزاً في ثلاثة بنود<sup>(١)</sup> بحيث تشمل العلامات المحظور تسجيلها طبقاً لاتفاقية باريس والترخيص بالإضافة إلى العلامات المتعلقة بالنظام العام أو الآداب العامة ، أو التي يعد استخدامها مخالفاً للقانون، وأخيراً العلامات التي يكون من شأنها تضليل الجمهور بشأن منتج أو خدمة من حيث طبيعته أو نوعيته أو مصدره الجغرافي . وعلى عكس هذا التحديد الدقيق للمشرع الفرنسي جاء تحديد المشرع المصري للعلامات المحظور تسجيلها نصاً خاصاً ، وفي بعض بنوده لا حاجة له لبيداهته ، إذ يحظر تسجيل - طبقاً للمادة ٦٧ من قانون حماية الملكية الفكرية المصرية - وذلك كعلامات تجارية أو كعنصر منها العلامات التالية :

- ١- العلامات الخالية من أية صفة مميزة أو المكونة من علامات أو بيانات ليست إلا التسمية التي يطلقها العرف على المنتجات أو الرسوم أو الصور العادية لها .
- ٢- العلامات المتعلقة بالنظام العام أو الآداب العامة .
- ٣- الشعارات العامة والأعلام وغيرها من الرموز الخاصة بالدولة أو الدول الأخرى أو المنظمات الإقليمية أو الدولية ، وكذلك أى تقليد لها .
- ٤- العلامات المطابقة أو المشابهة للرموز ذات الصبغة الدينية .
- ٥- رموز الصليب الأحمر أو الهلال الأحمر أو غيرها من الرموز المشابهة وكذلك العلامات التي تكون تقليداً لها .
- ٦- صور الغير أو شعاراته ما لم يوافق على استعمالها .

---

(١) علماً بأن المادة L.711-4 من قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسي قد عدت أيضاً بعض أنواع العلامات التي يمكن تسجيلها باعتبار أن تسجيلها يمثل اعتداءً على حقوق الآخرين، ومن ذلك ما يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق الناشئة عن الرسوم والنماذج المحمية قانوناً .

٧- البيانات الخاصة بدرجات الشرف التى لا يثبت طالب التسجيل حصوله عليها .

٨- للعلامات والمؤشرات الجغرافية التى من شأنها أن تضلل الجمهور أو تحدث لبساً لديه ، أو التى تتضمن بيانات كاذبة عن مصدر المنتجات من السلع أو الخدمات أو عن صفاتها الأخرى ، وكذلك العلامات التى تحتوى على بيان اسم تجارى وهمى مقلد أو مزور .

وتتمتع العلامات التجارية بالحماية القانونية بمجرد تسجيلها ، وكما يتمتع أيضاً بهذه الحماية وطبقاً للمادة ٦٨ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى - صاحب العلامة التجارية المشهورة ولو لم تسجل فى جمهورية مصر العربية . ولقد حددت اتفاقية التريبس بالمادة ١٨ مدة الحماية القانونية للعلامات التجارية بحيث لا تقل عن سبع سنوات ، ولقد حددها المشرع المصرى بالمادة ٩٠ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية بعشر سنوات من تاريخ تقديم طلب التسجيل ، وبحيث تمتد لمدة أو لمدد مماثلة بناء على طلب صاحبها فى كل مرة خلال السنة الأخيرة من مدة الحماية ومقابل سداد الرسم المستحق على طلب التسجيل لأول مرة .

## المطلب الثانى

### صور الأفعال الماسة بالعلامات التجارية

تمهيد وتقسيم :

٧٥- . اهتم كل من المشرع المصرى والفرنسى بتحديد الجرائم الماسة بالعلامات التجارية، وتقرير ما يناسبها من جزاءات جنائية مختلفة ، ففى حين تتوفر الحماية الجنائية للعلامات التجارية من خلال المادة ١١٣ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى ، تتوفر ذات الحماية فى قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسى بالمواد من L.716-9 إلى L.716-11 . ويهمننا قبل أن نتعرض لتحديد الجرائم الماسة بالعلامات التجارية والجزاءات المقررة لها فى كل من القانونين المصرى والفرنسى ، أن نعرض لمسألة أولية تتعلق بتحديد بداية الحماية الجنائية للعلامات التجارية، ومدى تطلب القانون لتسجيل هذه العلامات لتوفير الحماية الجنائية لها وذلك على النحو التالى :

١- أما من حيث تحديد بداية الحماية الجنائية للعلامات التجارية :

٧٦- يمكن أن نستخلص من المواد ٧٣ و ٨٠ و ٨٣ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى أن الحماية الجنائية للعلامات التجارية تبدأ من تاريخ تقديم الطلب ، وليس بصدور القرار بتسجيلها . وهذا أمر منطقى يتمشى وضرورة حماية العلامة التجارية والتى يفصح عنها صاحبها بمجرد تقديم الطلب للجهة الادارية ، والتى يجب عليها طبقا للمادة ٨٠ من ذات القانون أن تنشر قرارها بقبول طلب التسجيل فى جريدة العلامات التجارية والتصميمات والنماذج الصناعية، وبحيث يكون لكل ذى شأن أن يعترض كتابة على تسجيل العلامة بإخطار يوجه إلى الجهة الإدارية متضمناً أسباب الاعتراض . وبالتالي فإنه إذا كانت المادة ٨٣ من

ذات القانون صريحة فى تحديد الوسيلة التى يتم بها تسجيل العلامة والمتمثلة بصدور قرار بالتسجيل من الجهة الإدارية ونشره فى جريدة العلامات التجارية والتصميمات والنماذج الصناعية ، إلا أن الفقرة الأخيرة من ذات المادة حددت بداية أثر هذا التسجيل من تاريخ تقديم الطلب . وبالتالي فإن أى مساس بالعلامة التجارية يقع فى الفترة بين تقديم الطلب وقبل صدور القرار بتسجيلها لا يفلت من العقاب ، اللهم إلا إذا تم الاعتراض على قرار قبول طلب تسجيل العلامة التجارية بعد نشره . وهذا ما يثير أصلاً مدى تطلب تسجيل العلامات التجارية لإضفاء الحماية الجنائية عليها أصلاً .

٢- مدى تطلب تسجيل العلامة التجارية لإضفاء الحماية الجنائية عليها :  
٧٧- إذ أثير التساؤل حول مدى تطلب تسجيل العلامة التجارية لإسباغ الحماية القانونية عليها بمناسبة تضمن قانون العقوبات المصرى المادة ٢٠٨ - التى وردت فى الباب السادس عشر بشأن التزوير - وتعاقب بالحبس كل من قلد ختماً أو تمغة أو علامة لأحدى الجهات أياً كانت أو الشركات المأذونة من قبل الحكومة أو أحد البيوت التجارية ، وكذا من أستعمل شيئاً من الأشياء المذكورة .

ويثير هذا التساؤل ثلاث مسائل مختلفة وهى :

المسألة الأولى : بشأن مدى تطلب المادة ١١٣ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى لتسجيل العلامات التجارية وعدم تطلب هذا التسجيل طبقاً للمادة ٢٠٨ من قانون العقوبات المصرى :

٧٨- إذ جاءت المادة ١١٣ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية تتضمن تحديد أربع جرائم ماسة بالعلامات التجارية حيث تعاقب بالحبس

مدة لا تقل عن شهرين وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز  
عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين :

١- كل من زور علامة تجارية تم تسجيلها طبقاً للقانون قلدها بطريقة  
تدعو إلى تضليل الجمهور .

٢- كل من أستعمل بسوء قصد علامة تجارية مزورة أو مقلدة .

٣- كل من وضع بسوء قصد على منتجاته علامة تجارية مملوكة للغير .

٤- كل من باع أو عرض للبيع أو للتداول أو حاز بقصد البيع أو التداول  
منتجات عليها علامة تجارية مزورة أو مقلدة أو موضوعة بغير حق  
مع علمه بذلك .

إذ إن هذه المادة تتطلب على وجه صريح - على الأقل في البند  
رقم (١) - تسجيل العلامة التجارية لإسباغ الحماية الجنائية عليها . ومع  
ذلك يرى البعض <sup>(١)</sup> أن المادة ١١٣ سالفه الذكر - والتي كان يقابلها من  
قبل المادة ٣٣ من قانون العلامات والبيانات التجارية الملغى - لا تتعلق  
إلا بالعلامات التجارية المسجلة ، أما بالنسبة للعلامات التجارية غير  
المسجلة فيظل نص المادة ٢٠٨ من قانون العقوبات سالفه الذكر سارياً  
فيما يتعلق بها بحيث يعتبر تقليد هذه العلامات التجارية غير المسجلة أو  
استعمالها مع العلم بتقليدها جريمة معاقباً عليها بالحبس ، والاختلاف بين  
المادتين ١١٣ من قانون حماية الملكية الفكرية والمادة ٢٠٨ من قانون  
العقوبات سالفتي الذكر يتمثل في أن المادة ١١٣ لا تتعلق إلا بالعلامات  
المسجلة المعتبرة تجارية، أي تلك العلامات التي تكون وظيفتها تمييز  
السلع والمنتجات <sup>(٢)</sup> ، أما المادة ٢٠٨ فتشمل كل علامة سواء أكانت

---

(١) الدكتور / محسن شفيق - القانون التجارى المصرى - المرجع السابق ، رقم ٣٩٨ ،  
ص ٥٤٢ .

(٢) قارن بشأن نطاق تطبيق المادة ٢٠٨ من قانون العقوبات :

وظيفتها تمييز السلع والمنتجات أم شيء آخر ، فضلاً على أن المادة ١١٣ أوسع في مداها من حيث الأفعال المجرمة عن تلك الأفعال المذكورة بالمادة ٢٠٨ ، حيث أن المادة ١١٣ تعاقب على أربع جرائم تتمثل تزوير علامة تجارية أو تقليدها واستعمالها بسوء قصد ووضعها بسوء قصد على المنتجات وبيع أو عرض للبيع أو للتداول أو الحيازة بقصد البيع لمنتجات عليها علامات مزورة أو مقلدة ، في حين أن المادة ٢٠٨ من قانون العقوبات لا تعنى إلا بتجريم الأفعال الماسة بالعلامات التجارية غير المسجلة في حالة إذا قلدت أو استعملت مع العلم بتقليدها دون أن يمتد هذا التجريم لحالات تزوير هذه العلامات واستعمالها مع العلم بتزويرها واغتصابها وبيع وحيازة المنتجات التي تحملها وهي مزورة أو مقلدة أو مغتصبة ، حيث لا يعاقب على هذه الأفعال طبقاً لتلك المادة .

**المسألة الثانية :** بشأن مدى تطلب تسجيل العلامة التجارية لإضفاء الحماية الجنائية بالنسبة لكافة الجرائم الواردة بالمادة ١١٣ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية :

٧٩- إذ يلاحظ أن المشرع المصري في المادة ١١٣ سألقة الذكر لم يتطلب صراحة تسجيل العلامة التجارية لإضفاء الحماية الجنائية عليها إلا في الجريمة الأولى المقررة بالبند (١) من هذه المادة حيث نص صراحة على عقاب كل من يزور علامة تجارية تم تسجيلها طبقاً للقانون ..... ولكن لم ينص على هذا التسجيل للعلامات التجارية بالنسبة للجرائم الثلاث الأخرى الواردة بذات المادة ، حيث ورد النص في هذه البنود الثلاثة على علامة تجارية دون أن يرد فيها بعبارة "تم تسجيلها طبقاً للقانون" كما فعل

---

= الدكتور / فتوح الشاذلي - شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص - دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩٤ ، ص ٣٤٣ .

بالبند الأول سالف الذكر . مما أثار التساؤل حول مدى تتطلب المشرع أن تكون العلامة التجارية مسجلة في البنود الثلاثة الأخرى من عدمه لإضفاء الحماية الجنائية .

يتجه بعض الفقه (١) - في مجال القانون التجاري - إلى أنه على الرغم من أن المشرع المصري لم يذكر صراحة شرط التسجيل إلا في البند رقم (١) بشأن التزوير أو تقليد العلامة التجارية ، ولم يكرر هذا الشرط في البنود الأخرى ، ولكن من المفهوم - لدى هذا الجانب من الفقه- أن المشرع لم يقصد إلا حماية العلامات المسجلة ، ولم يشأ أن يذكر هذا الشرط في كل جريمة على حده منعاً للتكرار ، وبالتالي فإن بقية الجرائم الأخرى غير التزوير أو التقليد يشترط فيها أن تقع على علامة مسجلة .

ومع ذلك فإنه لا يمكن التغاضي عن هذا العيب في الصياغة ، وخاصة ونحن بصدد صياغة نص جنائي يتضمن تحديد جرائم متعددة والجزاءات المقررة لها ، فكان لزاماً على المشرع أن يأتي بهذا النص من الوضوح والدقة نزولاً على مقتضيات مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وبحيث يعنى الفقه والقضاء من البحث عن القصد الحقيقي للشارع ، مما كان يقتضى منه في نهاية الأمر أن يبين أن المقصود بالعلامة التجارية بهذا النص هي التي تم تسجيلها ، وإن كان قصد المشرع من هذا الجانب قد جاء واضحاً ، إلا أن ذلك لم يغن عن التردد بشأن مدى تطلب تسجيل العلامة التجارية في البنود الثلاثة الأخرى لتوافر الجرائم المنصوص عليها، وخاصة أن التردد بشأن هذا الأمر قد يزداد إذا ما استندنا إلى قواعد تفسير النصوص الجنائية ، والتي تأتي في مقدمتها قاعدة حظر

(١) الدكتور / محسن شفيق - المرجع السابق - رقم ٣٩٦ ، ص ٥٣٨ .

الدكتورة/ سميحة القليوبي - الملكية الصناعية - المرجع السابق، رقم ٤٢١، ص ٥٩١.

القياس في تفسير نصوص التجريم ، إذ لا يمكن أن نقيس فعل تزوير أو تقليد علامة تجارية مسجلة على فعل استعمال علامة تجارية مزورة أو وضع علامة تجارية مملوكة للغير على منتجات آخر ، أو بيع أو عرض للبيع أو للتداول أو حيازة بقصد البيع أو التداول منتجات عليها علامة تجارية مزورة أو مقلدة (علماً بأن لم يُشر في هذه الحالات لكون العلامة التجارية المذكورة قد تم تسجيلها) .

ومع ذلك فأنتى أنضم إلى هذا الجانب من الفقه التجارى سالف الإشارة إليه من حيث تطلب تسجيل العلامة التجارية فى بقية الجرائم الأخرى غير التزوير ، ولكن استناداً لحقيقة قصد المشرع من وراء ذلك من حيث قصر الحماية الجنائية بهذه النصوص على العلامات التجارية المسجلة ، وما يقتضيه التفسير الضيق لنصوص التجريم ، وما تقتضيه مصلحة المتهم فى حالة الشك من عدم تطبيق هذه النصوص قبله إلا إذا كانت العلامة التجارية قد تم تسجيلها.

**المسألة الثالثة : بشأن عدم تطلب تسجيل العلامة التجارية المشهورة لإضفاء الحماية الجنائية عليها :**

٨٠- تتمتع العلامة التجارية المشهورة بحماية دولية ووطنية ، بحيث أنها تتمتع بالحماية القانونية اللازمة فى كافة الدول الأعضاء باتفاقية التريبس حتى ولو لم يتم تسجيلها فى أحد هذه البلدان . وهذا ما أكدته فى البداية اتفاقية باريس لحماية الملكية الفكرية (٢٠ مارس ١٨٨٣) من خلال المادة (٦) ثانياً حيث تتعهد الدول الأعضاء سواء من تلقاء نفسها إذا أجاز تشريعها ذلك ، أو بناء على طلب صاحب الشأن برفض أو إبطال التسجيل، وبمنع استعمال العلامة الصناعية أو التجارية التى تشكل نسخاً أو تقليداً أو ترجمة يكون من شأنها إيجاد لبس بعلامة ترى السلطة



المختصة في الدولة التي تم فيها التسجيل أو الاستعمال أنها مشهورة باعتبارها فعلاً العلامة الخاصة بشخص يتمتع بمزايا هذه الاتفاقية ومستعملة على منتجات مماثلة أو مشابهة ، كما تسرى هذه الأحكام إذا كان الجزء الجوهرى من العلامة يشكل نسخاً لتلك العلامة المشهورة أو تقليداً لها من شأنه ايجاد لبس بها . وتؤكد اتفاقية التريبس على هذا المعنى بالمادة ١٦ منها حيث أحالت على أحكام المادة السادسة من اتفاقية باريس سالفه الذكر .

ولقد استجاب المشرع المصرى لمقتضيات عضوية مصر بمنظمة التجارة العالمية ، فأكد على اسباغ الحماية القانونية على العلامات التجارية المشهورة ولو لم تكن مسجلة في مصر ، وذلك من خلال المادة ٦٨ من قانون حماية حقوق الملكية المصرى والتي تقرر لصاحب العلامة التجارية المشهورة غالباً وفى جمهورية مصر العربية حق التمتع بالحماية المقررة فى القانون ولو لم تسجل فى جمهورية مصر العربية ، وبحيث يجب على المصلحة أن ترفض من تلقاء نفسها أى طلب لتسجيل علامة مطابقة لعلامة مشهورة يتضمن استخدام العلامة لتمييز منتجات تماثل المنتجات التى تستخدم العلامة المشهورة فى تمييزها ، وذلك ما لم يكن الطلب مقدماً من صاحب العلامة المشهورة .

ولقد أكدت المادة ٦٨ سالفه الذكر وبفقرتها الأخيرة على سريان هذه الأحكام على طلبات التسجيل التى تنصب على منتجات لا تماثل المنتجات التى تستخدم العلامة المشهورة فى تمييزها إذا كانت العلامة المشهورة مسجلة فى إحدى الدول الأعضاء فى منظمة التجارة العالمية وفى جمهورية مصر العربية ، وكان استخدام العلامة على المنتجات غير المماثلة من شأنها أن يحمل الغير على الاعتقاد بوجود صلة بين صاحب العلامة المشهورة وتلك المنتجات ، وأن يؤدى هذا الاستخدام إلى إلحاق

ضرر بصاحب العلامة المشهورة .

وهكذا يبقى الأصل في تجريم المساس بالعلامات التجارية في ثبوت ملكية هذه العلامات لأصحابها من خلال تسجيلها .

وتتعدد صور المساس بالعلامات التجارية المسجلة ، والتي يمكن أن نعرض لها في الفروع التالية :

## الفرع الأول

### جريمة تزوير" أو تقليد علامة تجارية مسجلة

٨١- تناول كل من المشرع المصري والفرنسي الجرائم الماسة بالعلامات التجارية على نحو مختلف ، فكان لكل منهما سياسته وخاصة في المقصود بتحديد مصطلحات التزوير والتقليد في مجال المساس بالعلامات التجارية .

وحيث يجرم المشرع المصري تزوير أو تقليد العلامة التجارية المسجلة وذلك بالمادة ١١٣ (البند ١) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية والتي تعاقب بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن شهرين وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين : ١- كل من زور علامة تجارية تم تسجيلها طبقا للقانون أو قلدها بطريقة تدعو إلى تضليل الجمهور .

ويقتضى الأمر أن نعرض بالدراسة للمقصود بالتزوير والتقليد في مجال المساس بالعلامات التجارية وذلك من خلال تناولنا للركن المادي لهذه الجريمة ، وبيان مدى تطلب توافر القصد الجنائي بشأن هذه الجريمة وذلك من خلال تناولنا للركن المعنوي لها .

أولاً - الركن المادى فى جريمة "تزوير" أو تقليد علامة تجارية مسجلة :  
(مدى توفيق المشرع المصرى فى استخدام مصطلح تزوير  
العلامة التجارية ومدى كفاية مصطلح التقليد للتعبير عن ذلك وعلى  
النحو الذى انتهجه المشرع الفرنسى)

٨٢- لعله كان من المناسب لوضع مشروع قانون حماية حقوق  
الملكية الفكرية المصرى استغلال فرصة إعداد هذا التشريع وبمناسبة  
تحديد الجرائم الماسة بالعلامات التجارية لكى يضعوا حداً لهذا الخلاف  
الذى أثير فى الفقه أثناء سريان القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ بشأن  
العلامات والبيانات التجارية بشأن تحديد المقصود بتزوير وتقليد العلامة  
التجارية ، فجاء نص المادة ١١٣ (البند رقم ١) سالف الذكر مطابقاً تماماً  
لنص المادة ٣٣ من قانون العلامات والبيانات التجارية الملغى من حيث  
عقابها كل من "زور علامة تم تسجيلها طبقاً للقانون أو قلدها بطريقة تدعو  
إلى تضليل الجمهور " .

ولم يكن الفقه حينها متفقاً فى تحديد المقصود بالتزوير والتقليد فى  
هذا المجال ، ففى حين رأى أغلب الفقه (١) أن المقصود بتزوير العلامة  
التجارية يتمثل فى نقل العلامة نقلاً حرفياً أو تاماً ، وبحيث تصبح العلامة  
المزورة صورة طبق الأصل من العلامة الحقيقية ولا يمكن تمييزها عنها ،  
فى حين يرى البعض (٢) أن التزوير هو نقل العلامة المزورة نقلاً كاملاً

(١) راجع فى هذا :

الدكتور / محسن شفيق - القانون التجارى المصرى - المرجع السابق ، رقم ٤٠٠ ،  
ص ٥٤٣ .

الدكتور / أكثم الخولى - الموجز فى القانون التجارى - المرجع السابق - رقم ٣٢٠ ،  
ص ٣٤٣ .

الدكتورة / سميحة القليوبى ، المرجع السابق ، رقم ٤٢٤ ، ص ٥٩٨ .

(٢) الدكتور / محمد حسنى عباس - التشريع الصناعى - المرجع السابق ، رقم ٢٣٧ ،  
ص ٢٥٧ .

أو نقل الأجزاء الرئيسية منها بحيث تكاد تكون العلامة المزورة مطابقة للعلامة الأصلية وبحيث لا يهم أن يكون تزوير العلامة شاملاً لكل العلامة، ولا يهم أن يكون نقلاً طبق الأصل للعلامة ، إذ إن إضافة أداة التعريف لا ينفي التزوير مثل "الأهرام" و"أهرام" ، فى حين أن تقليد العلامة يتمثل فى مجرد نقل العناصر الأساسية للعلامة أو نقل بعضها نقلاً حرفياً مع إضافة شيء ، وبالتالي يعد تقليداً مجرد وضع علامة مشابهة أو قريبة الشبه فى مجموعها بعلامة أخرى بحيث يصعب التفرقة بين كل منهما وعلى نحو يؤدي إلى لبس أو خلط بينهما يضل جمهور المستهلكين. وبالتالي فالفاعل هنا لا ينقل العلامة الحقيقية بأكملها ، وإنما يحرص على إدخال بعض تعديلات عليها مع الاحتفاظ بمظهرها العام ، وذلك بالتدخل فى تغيير اللون أو حجم الحروف أو بوضع حروف أو أرقام أو أسماء أو صور مشابهة ، وعلى نحو يجعل من هذه العلامة تشبه فى مجموعها العلامة المسجلة ، وتقترب منها على نحو قد يضل الجمهور ويوقعه فى اللبس والخلط .

ويبدو لنا أنه لم يكن من الملائم استخدام مصطلح التزوير فى مجال المساس بالعلامات التجارية ، والاكتفاء فقط بمصطلح التقليد المناسب كوسيلة للتعبير عن أغلب صور الاعتداء الماسة بالعلامات التجارية ، ويمكن أن نستدل على ملاءمة استخدام مصطلح التقليد وحده فى هذا المجال دونما حاجة لمصطلح التزوير إلى ما يلى :

أ - لم يستخدم المشرع المصرى مصطلح التزوير بالمادة ٢٠٨ من قانون العقوبات <sup>(١)</sup> عند تجريمه المساس بالأختام أو التمتع أو العلامات ، فجاء هذا النص صريحاً فى عقاب كل من "قلداً ختماً أو تمغة أو علامة .....

(١) راجع بشأن تطبيق هذه المادة بمناسبة المساس بالعلامات غير المسجلة ما سبق رقم ٧٨.

وذلك على الرغم أن المادة ٢٠٨ سالفه الذكر قد وردت في الباب السادس عشر من قانون العقوبات بشأن التزوير ، إلا أن المشرع المصرى قد حرص على التمييز بين فعل التزوير وفعل التقليد ، حتى وإن جاء بنص المادة ٢٠٦ من هذا الباب عقاب كل من "قلد" أو "زور" إلا إنه قد جاء بنص المادة ٢٠٨ سالفه الذكر مقتصرأ فقط على مصطلح التقليد لملاءمته لصور الاعتداء على العلامات التجارية ، والتي يصعب أن نعتبرها محرراً يرد عليه التزوير بالمعنى المعروف له .

ب- لم يستخدم المشرع الفرنسى مصطلح التزوير وبالمعنى المعروف بقانون العقوبات لديه بمناسبة تحديد صور الأفعال الماسة بالعلامات التجارية، فاستخدم مصطلحات أخرى حتى لا يختلط الأمر بموضوع التزوير ، فاستخدم المشرع الفرنسى مصطلح التزوير Le faux عنواناً للفصل الأول من الكتاب الثالث فى قانون العقوبات وذلك لتحديد جرائم التزوير المختلفة بالمواد من 1-441 إلى 12-441 . ولكنه لم يستخدم مصطلح التزوير نهائياً ، ولم نجد لهذا المصطلح أثراً عند معالجته لصور الاعتداء الماسة بالعلامات التجارية ، فاستخدم مصطلحات أخرى لا تمت بصلة لمصطلح التزوير حتى لا تختلط بمعناه وبحكمه ، فلم يتناول بالمواد من 9-716 L إلى 11-716 L من قانون حقوق الملكية الفكرية لديه إلا مصطلح التقليد La contrefaçon عند تناوله لتجريم الأفعال الماسة بالعلامة التجارية المسجلة ، وذلك باستخدام علامة تجارية مقلدة Une marque contrefait كما أنه استخدم فى المادتين 2-713 L و 3-713 L من ذات القانون مصطلح "تسخ العلامة التجارية" La reproduction ومصطلح محاكاة العلامة التجارية L'imitation .

وأياً ما كان بشأن معنى هذه المصطلحات التى استخدمها المشرع للفرنسى فى مجال تحديد صور الأفعال الماسة بالعلامات التجارية إلا أنه

كان حريصاً ألا يزوج بمصطلح التزوير Le faux في هذا المجال ، ولعله ابتغى من وراء ذلك التمييز بين العلامة التجارية كموضوع للتقليد والمحرم بصفة عامة كموضوع للتزوير .

ويمكن القول أن المشرع الفرنسي قد حدد بالمادتين 2-713.L و3-713.L صور الأفعال الماسة بالحقوق الناشئة عن تسجيل علامة تجارية ، فإنه قرر الجزاءات الجنائية لمرتكبي هذه الأفعال بالمواد 9-716.L وما بعدها . وتتركز هذه الأفعال أساساً في حظر تقليد العلامة التجارية أياً كان وسيلته .

ويمكن التمييز <sup>(1)</sup> في مجال تقليد العلامة التجارية - طبقاً لهذه النصوص- بين التقليد بالنسخ La contrefaçon par reproduction والتقليد بالمحاكاة La contrefaçon par imitation ، حيث يتمثل التقليد بالنسخ في النسخ المطابق أو شبه المطابق لعلامة تجارية بأكملها أو لجزء منها، وتستقل جريمة تقليد علامة تجارية بالنسخ عن جريمة استعمالها ، وإن كانت الجريمة الأخيرة تفترض غالباً وجود التقليد ، ولا يثار الاختلاف بينهما إلا في حالة إذا كان الفاعل مختلفاً في الجريمتين ، وحالة التقادم ، ومع ذلك يتمثل الوضع الغالب في قيام المقلد لعلامة تجارية باستعمال المنتجات المقلدة . وإن كان هذا لا ينفى توافر جريمة التقليد بالنسخ في جريمة تقليد علامة تجارية بتقليد أختام أو أغلفة أو بطاقات وذلك قبل أن يضعها على أية منتجات .

وهذا هو المعنى المقصود للتقليد بالنسخ لدى المشرع الفرنسي ، إذ بعد أن أكدت المادة 1-713.L من قانون حماية الملكية الفكرية على حق

(1) راجع هذا لدى :

CHAVANNE et BURST, Droit de la propriété industrielle, op. cit, N°1188, et 1189 P. 700 et 701.

مالك العلامة بمجرد تسجيلها في التمتع بكافة الحقوق الناشئة عن هذه العلامة بشأن ما تميزه من منتجات أو خدمات ، حظرت المادة 2-713.L من ذات القانون - بدون موافقة مالك العلامة - التقليد بالنسخ أو استعمال أو وضع علامة حتى مع إضافة كلمات عليها مثل "تقليد" أو "طريقة" أو "أسلوب" ، وتقرر المادة 10-716.L من ذات القانون عقوبة مخالفة ذلك .

السلطة التقديرية لقاضي الموضوع بشأن توافر تقليد العلامة التجارية من عدمه :

٨٣- يعد تقدير توافر تقليد العلامة التجارية من عدمه من اطلاقات قاضي الموضوع لا يخضع فيه لرقابة محكمة النقض اللهم إلا إذا كان استخلاصه لتوافر هذا التقليد من عدمه غير مستساغ . وللقاضي أن يستعين بمجموعة من المقاييس<sup>(١)</sup> أو الضوابط للوقوف على مدى توافر التقليد ، كأن يوجه اهتمامه لبحث أوجه الشبه بين العلامة المسجلة والعلامة المقلدة وليس أوجه الخلاف بينهما ، وأن يكون من شأن التقليد تضليل الجمهور ووقوعه في الخطأ دون أن يشترط أن يقع بالفعل هذا التضليل ، ويعتمد في تحديد ذلك على المستهلك المتوسط الحرص والانتباه من بين الجمهور الذي يقبل على شراء السلعة عادة . ولقد قضى بأن المقصود "بالتزوير" أو التقليد هو المحاكاة التي تدعو إلى تضليل الجمهور لما بين العلامتين الصحيحة و"المزورة" أو المقلدة من أوجه التشابه<sup>(٢)</sup> .

وبالتالي فلا يلزم أن يتحدث الحكم صراحة واستقلالاً عن كل ركن

(١) راجع في ذلك :

الدكتور/ محسن شفيق - المرجع السابق ، رقم ٤٠٠ ، ص ٥٤٤ و ٥٤٥ .

(٢) نقض جلسة ٤ مايو ١٩٩٥ - مجموعة أحكام للنقض - س٤٦ ، ق١٢٢ ، ص٨١٤ .

من أركان جريمة التقليد ما دام قد أورد من الوقائع ما يدل عليه (١) . كما لا يشترط لاعتبار الجاني فاعلاً أصلياً في جريمة التقليد أن يكون قد ارتكب التقليد بنفسه بل يكفي أن يكون مساهماً فيها (٢) . ويلزم عند النظر في مسألة ما يؤدي إليه فعل التقليد من تضليل للجمهور إلى العلامات ذاتها وليس للمنتجات (٣) ، إذ إن العلامات وليست المنتجات هي التي تؤدي إلى التضليل ، حيث إن العلامات تلعب دوراً هاماً لتحديد أصل المنتج أو الخدمة .

ثانياً- الركن المعنوي في جريمة "تزوير" أو تقليد علامة تجارية مسجلة:  
(مدى تطلب توافر القصد الجنائي في هذه الجريمة)

٨٤- لم يكن مستغرباً - في ظل استخدام المشرع المصري لمصطلح تزوير العلامة التجارية - أن يختلف بعض الفقهاء في مجال القانون التجاري بشأن مدى تطلب القصد الجنائي لتوافر جريمة تزوير أو تقليد علامة تجارية مسجلة المقررة بالمادة ١١٣ في بندها الأول ، وخاصة وأن هذا البند الأول قد جاء خلواً من تطلب سوء القصد أو علم الجاني كما هو عليه الحال في البنود الأخرى ، والتي تتطلب لاستعمال علامة تجارية أو وضعها على منتجاته توافر سوء القصد أو العلم بتزوير العلامة التجارية أو تقليدها عند بيع أو عرض البيع أو التداول أو حيازة منتجات عليها هذه العلامة .

---

(١) نقض جلسة ١٩ ديسمبر ١٩٩٣ - مجموعة أحكام النقض - س ٤٤ ، ق ١٨٣ ، ص ١١٩٦ .

(٢) نقض جلسة ١٥/٩/١٩٩٣ - مجموعة أحكام النقض - س ٤٤ ، ق ١١١ ، ص ٧١١

نقض جلسة ١٨/٤/١٩٩٥ - مجموعة أحكام النقض - س ٤٦ ، ق ١١١ ، ص ٧٥٢ .

CHAVANNE et BURST, , op. cit, N° 1193. p. 707.

(٣)



إذ يتجه جانب من الفقه (١) إلى أن تزوير أو تقليد العلامة التجارية يعاقب عليه لمجرد وقوعه ولو انتفى القصد الجنائي ، أو لو كان الجاني حسن النية في إحداث اللبس بين العلامتين ، ولو لم يقصد تضليل جمهور المستهلكين ، وذلك استناداً إلى ما يجب أن يلتزم به كل تاجر من اللجوء لسجل العلامات التجارية حتى يتأكد قبل صنعه علامة تجارية لتمييز بضائعه من أن علامته لا تختلط أو تتشابه مع علامة أخرى لتمييز ذات النوع من البضاعة ، فضلاً على انه من النادر أن يقع التطابق التام أو التشابه مصادفةً ودون قصد . وقريب من هذا الرأي - في إطار الفقه الفرنسي- من يرى (٢) استقلال جريمة التقليد عن مسألة حسن نية الجاني، حيث يفترض على الأقل إهمال الجاني لعدم تحريره عن مدى تسجيل هذه العلامة من عدمه بسجل العلامات ، وبالتالي يحظر هذا الاتجاه على الجاني أن يثبت حسن نيته في كافة الأحوال ، فلا يقبل منه الادعاء بأنه كان لا يعلم بها .

وهناك من يرى (٣) - في ظل قانون العلامات والبيانات التجارية الملغى - أن المشرع المصري قد اتجه إلى الأخذ بالتفرقة التي أخذ بها المشرع الفرنسي بين جريمتي التزوير والتقليد ، إذ في حالة التزوير لا يلزم سوء النية ، ويعتبر مجرد اقتباس علامة مطابقة لعلامة الغير المسجلة خطأ يستوجب في حد ذاته العقاب ، أما في حالة التقليد فيجب أن

---

(١) الدكتور / سميحة القليوبي - الملكية الصناعية - المرجع السابق ، رقم ٤٢٦ ، ص ٦٠٦ .

الدكتور / حسنى عباس - المرجع السابق ، ص ٢٦٢ .

(٢) CHAVANNE et BURST, , op. cit, N° 1190. p. 701.

وأيضاً دكتور / صلاح زين الدين - شرح التشريعات الصناعية والتجارية - الأردن ،

٢٠٠٣ ، ص ١٨٠ .

(٣) الدكتور / اكنم الخولى - المرجع السابق - رقم ٣٢٠ ، ص ٣٤٧ و ٣٤٨ .

يكون التقليد قد تم بقصد الغش ، فيثبت أن المتهم تعمد إحداث اللبس بين العلامتين، ويستند في ذلك لما جاءت به المادة ٣٣ من قانون العلامات والبيانات الملغى، والتي تقابلها المادة ١١٣ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية وذلك من تفرقة بين تزوير العلامة التجارية والذي يعاقب عليها دون قيد أو شرط ، والتقليد الذي لا يعاقب عليه إلا إذا ثبت انه تم بطريقة تدعو إلى تضليل الجمهور ، وبحيث يفهم من ذلك لزوم أن يكون التقليد متعمداً ، وأن المقلد قد قصد به إحداث التضليل .

وهذا ما لا نؤيده حيث تعتبر جريمة تزوير أو تقليد علامة تجارية من قبيل الجرائم المادية التي يكفي فيها وقوع ركنها المادي دونما حاجة للبحث عن ركنها المعنوي ، ومع ذلك يبقى هذا النوع من الجرائم المادية من الجرائم التي يفترض فيها خطأ الجاني <sup>(١)</sup> إلا أن افتراض الخطأ في جانب من وقع منه الفعل المادي المكون لهذه الجريمة يعكس قرينة الإثبات المقررة له أصلاً طبقاً للقواعد العامة ، وذلك حين يعد مسؤولاً عن تلك الجريمة بمجرد تحقق ركنها المادي ، إلا أنه يستطيع في جميع الأحوال أن يدفع مسؤوليته بإقامة الدليل على حسن نيته ، وأنه بذل العناية الكافية واللازمة لمنع وقوع الفعل غير المشروع ، هذا فضلاً عن حقه في إثبات عدم مسؤوليته في جميع الأحوال لأسباب تتصل بإرادته وحرية اختياره .

وهذا بالفعل ما اتجه إليه البعض <sup>(٢)</sup> استناداً إلى أن حرمان مرتكب التزوير أو التقليد من إثبات حسن نيته، واتخاذ التسجيل قرينة على

---

(١) راجع بشأن الجريمة المادية :

الدكتور/ أمين مصطفى محمد - الحد من العقاب ، نحو نظرية عامة لقانون العقوبات الإداري - رسالة دكتوراه ، الاسكندرية ، ١٩٩٣ ، رقم ٨٩ وما بعدها ، ص ١٣٣ وما بعدها .

(٢) الدكتور / محسن شفيق ، المرجع السابق ، رقم ٤٠١ ، ص ٥٤٦ وما بعدها .

علمه بالعلامة لا يخلو من العنت والإرهاق ، فالصانع الذى يُكلف بعمل "كليشه" لعلامة مزورة أو مقلدة ، أو الطابع الذى يعهد إليه بطبعها، فليس من المقبول إلزام مثل هؤلاء بالرجوع إلى جريدة العلامات التجارية أو السجل الخاص بها كلما تلقوا طلباً بصنع علامة . كما قد يقع من أوصى بنقل العلامة أو بتقليدها فى الخطأ ، فيعتقد لأى سبب كقرابة أو صداقة أن مالكةا يجيز له استعمالها ، فيوصى بصنعها بناء على هذا الاعتقاد الخاطئ، ولذا فإنه يلزم أن يترك للمتهم الفرصة لإثبات سلامة قصده وبراءة نيته ، ويتحمل هو عبء الإثبات ، وذلك لمجابهة قرائن الحال والتي ليست فى صالحه ، إذ إن تطابق العلامتين أو الشبه الشديد بينهما ليس من الأمور التي تقع بمحض الصدفة ، وبالتالي يعد التسجيل بهذا الاتجاه - وبحق - قرينة على علم الغير بوجود العلامة ، بحيث إذا صنع علامة تماثلها أو تشبهها فالمفروض انه يقصد المساس بحقوق مالكةا ، ولكنها تعد قرينة بسيطة يمكن تقويضها بإثبات العكس . هذا فضلاً على أن القول بكفاية وقوع النشاط المادى المتمثل فى تزوير العلامة التجارية أو تقليدها دونما حاجة للبحث عن سوء النية ، وبالتالي تحقق جريمة تزوير العلامة التجارية أو تقليدها حتى ولو كان الجانى حسن النية تأسيساً على تقصيره وإهماله فى التحقق من سجل العلامات من تسجيل هذه العلامة، يتناقض وما هو مستقر عليه من أن جريمة التزوير بصفة عامة لا تتحقق إلا بتوافر القصد الجنائى باعتبارها جريمة عمدية، ولا يمكن أن تكون جريمة غير عمدية ، يلزم أن يتوافر إلى جانب القصد الجنائى العام قصد خاص<sup>(1)</sup> يتمثل فى الغاية من التزوير والمتمثلة فى نية استعمال المحرر. وهذا ما يؤكد أيضاً على عدم ملائمة استخدام مصطلح التزوير

(1) الدكتور / عوض محمد - القصد الجنائى فى تزوير المحررات - مجلة الحقوق ، تصدرها كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية ، ١٩٧٠ ، العدد الثانى ، ص ٤٣٠ .

فى مجال المساس بالعلامات التجارية على النحو الذى عرضنا له .

## الفرع الثانى

### جريمة استعمال علامة تجارية مزورة أو مقلدة

٨٥- تضمنت المادة ١١٣ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى النص على هذه الجريمة فى البند (٢) منها ، حيث ينص على انه يعاقب ..... " كل من استعمل بسوء قصد علامة تجارية مزورة أو مقلدة " . ويتضمن أيضا قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الفرنسى النص على ذات الجريمة وذلك من خلال المادتين L.713-2 و L.713-3 ويقرر عقوبتها بالمادة L.716-10 ونعرض فيما يلى لأحكام هذه الجريمة فى إطار كل من التشريع المصرى والفرنسى :

على الرغم من أن المادة ١١٣ (البند ٢) لم تشر صراحة إلى ضرورة أن تكون العلامة التجارية مسجلة كما هو الحال فى صياغة البند(١) من هذه المادة بشأن تزوير أو تقليد علامة تجارية تم تسجيلها ، إلا أنه من المستقر - كما سلف (١) - إلى أنه يتطلب لتوافر الجرائم المنصوص عليها بالمادة ١١٣ سالفه الذكر أن تكون العلامة التجارية محل الفعل غير المشروع قد تم تسجيلها بالفعل .

وإذ أفرد المشرعان المصرى والفرنسى نصاً خاصاً يجرم استعمال علامة تجارية مزورة أو مقلدة باعتبارها جريمة مستقلة عن جريمة تزوير علامة تجارية أو تقليدها ، إلا إن الواقع العملى يكشف عن وجود ارتباط بين هاتين الجريمتين حيث يكون مزور العلامة التجارية أو مقلدها هو نفسه الذى يقوم باستعمالها (٢) ، وفى هذه الحالة يتوافر بين

(١) راجع ما سبق رقم ٨١ وما بعدها .

CHAVANNE et BURST, , op. cit, N° 1223, p. 730.

(٢)

الجريمتين ارتباطاً لا يقبل التجزئة، وبالتالي توقع العقوبة الأشد وهي فى الحالتين عقوبة واحدة . ومع ذلك فإنه من المتصور أن تقع جريمة استعمال علامة تجارية مزورة أو مقلدة من شخص آخر غير مرتكب التزوير أو التقليد ، وذلك كما فى حالة مشتري المتجر الذى يجد به علامات تجارية فيستعملها فى تمييز منتجاته وبشرط توافر سوء النية لديه أى علمه باستعماله لعلامة مزورة أو مقلدة حتى يمكن عقابه .

ويكفى فعل استعمال العلامة التجارية المزورة أو المقلدة لتحقيق الجريمة ، حيث لا يشترط بالفعل بيع المنتجات التى وضعت عليها هذه الجريمة ، بل يكفى أن تكون المنتجات التى وضعت عليها هذه العلامة من نفس نوع المنتجات التى تستخدم العلامة الحقيقية لتمييزها ، كما يكفى أيضاً أن تستعمل العلامة التجارية المزورة أو المقلدة ولو لمرة واحدة فلا يشترط تكرار الاستعمال ، وإن كان البعض <sup>(١)</sup> يرى أن عدم التكرار يمكن اعتباره ظرفاً قضائياً مخففاً فى هذه الحالة ، وأخيراً لا يهم ما إذا كانت السلعة التى وضع عليها العلامة المزورة أو المقلدة من صنف جيد أو سيء ، إذ تتحقق الجريمة فى كافة الأحوال .

وإذا كان يلزم لتحقيق جريمة استعمال علامة تجارية مزورة أو مقلدة أن يكون ذلك لغرض تجارى وليس لغرض خاص إلا إن القضاء الفرنسى قد توسع فى تحديد فكرة الاستعمال بشأن هذه الجريمة ، حيث يعتبر من قبيل الاستعمال أى عمل من أعمال المنافسة <sup>(٢)</sup> تم استناداً لعلامة تجارية مزورة أو مقلدة منذ صناعة المنتج حتى بيعه .

وقد اثير الخلاف حول الاستعمال الشفوى لعلامة الغير، وما إذا

(١) الدكتور / محسن شفيق - المرجع السابق ، رقم ٤٠٣ ، ص ٥٤٩ .

(٢) راجع بشأن ذلك :

كان يشكل جريمة الاستعمال فى هذه الحالة أم لا ، حيث إنه إذا طلب العميل سلعة تحمل علامة معينة فسلمه التاجر سلعة لا تحمل هذه العلامة مدعياً أنها السلعة المطلوبة ، فيرى البعض <sup>(١)</sup> فى هذه الحالة أن التاجر لا يعد مرتكباً لجريمة استعمال علامة مزورة أو مقلدة ، والتي تتطلب لقيامها وجود علامة مزورة أو مقلدة ذات وجود مادى محسوس ، حيث أن العلامة التجارية هى شارة مادية ولا يمكن أن تكون لفظية ، وهذا الرأى يتفق ومبدأ التفسير الضيق للنصوص الجنائية .

ولا خلاف على أن جريمة استعمال علامة تجارية مزورة أو مقلدة جريمة عمدية يلزم لتحقيقها توافر القصد الجنائى ، حيث جاء نص المادة ١١٣ (البند ٢) صريحاً فى تطلبه أن يقع فعل الاستعمال "بسوء قصد" ، مما يعنى ضرورة توفر علم الجانى بأنه يستعمل علامة تجارية مقلدة أو مزورة ، وهذا العلم يتوافر على نحو قاطع إذا كان الجانى هو نفسه المزور أو المقلد . وبالتالي فلا تتحقق هذه الجريمة إذا لم يتوافر هذا العلم ، فمن يشتري متجراً بمقوماته ويستمر فى استعمال علامة تجارية مزورة أو مقلدة وهو لا يعلم بذلك فلا جريمة .

وإذا كان من المتفق عليه أن سوء القصد فى هذا المجال لا يفترض كما هو الحال بشأن جريمة تزوير علامة تجارية أو تقليدها ، وبالتالي يقع على جهة التحقيق عبء إثبات سوء قصد المستعمل لعلامة

---

(١) الدكتور / اكثم الخولى - المرجع السابق ، رقم ٣٢١ ، ص ٣٤٩ .

وقد حسم المشرع الفرنسى هذه المسألة بشأن التعامل فى الأدوية داخل الصيدليات فإذا كان الأصل طبقاً للمادة 10-716.L والتي تعاقب من خلال فقرتها (D) كل من يوزع عمداً منتجاً أو يقدم خدمة غير المطلوبة منه عن علامة تجارية مسجلة ، إلا أنها تستثنى من ذلك الصيدلى الذى يقدم بديل الدواء المطلوب منه طبقاً للمادة 23-5125.L من قانون للصحة العامة .

تجارية مقلدة أو مزورة ، إذ يفترض حسن نيته . وهنا يرى البعض (١) أن التفرقة بين عدم تطلب سوء القصد وبالتالي افتراضه لتحقق جريمة تزوير علامة تجارية أو تقليدها وتطلب ذلك لتحقق جريمة استعمال علامة تجارية مزورة أو مقلدة هي تفرقة غير مستساغة ، لأنه إذا كان افتراض سوء القصد في جريمة التزوير أو التقليد يقوم على واقعة تسجيل العلامة وقرينة علم الكافة بها ، فلم لا يكون الامر على مثيل ذلك بالنسبة لجريمة الاستعمال، فإما أن يفترض سوء القصد في كل من الجريمتين ، وإما لا يفترض في كل منهما ، وبالتالي فإن القول بافتراضه في إحداهما ، وعدم افتراضه في الأخرى قول لا يتفق - وبحق - مع المنطق السليم ، وإن كان البعض يرى (٢) أن العقاب على مجرد التزوير ولو خلا من سوء النية وعدم العقاب على الاستعمال إلا إذا توافر فيه سوء القصد وإن كان يبدو أمراً غريباً ، إلا أن هذا الفرض ذو طابع نظري وقل أن يتحقق فى العمل.

### الفرع الثالث

#### جريمة وضع علامة مملوكة للغير

٨٦- تضمنت المادة ١١٣ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى فى بندها الثالث النص على هذه الجريمة حيث تقضى بمعاينة... "٣- كل من وضع بسوء قصد على منتجاته علامة تجارية مملوكة لغيره...." كما نصت المادتان L.713-2 و L.713-3 من قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسى على حظر وضع علامة تجارية مملوكة للغير، وتعاقب عليها بالمادة L.716-10 من ذات القانون . ويلاحظ أن الفقه

(١) الدكتور / محسن شفيق - المرجع السابق ، رقم ٤٠٤ ، ص ٥٠٥ .

(٢) الدكتور / اكثم الخولى - المرجع السابق ، ص ٣٤٨ هامش رقم (٣) .

التجارى المصرى - فى مجال القانون للتجارى - (١) يكاد يجمع على أن يطلق على هذه الجريمة اغتصاب علامة تجارية مملوكة للغير ، وهو ما لا يفضله ونحن فى مجال القانون الجنائى ، هذا فضلاً ، أن النص المصرى جاء صريحاً فى استخدام مصطلح "وضع علامة تجارية" ، وهذا أيضاً ما عبر عنه المشرع الفرنسى صراحة حين نص بالمادتين L.716-2 و L.716-3 سالفتى الذكر على فعل وضع علامة تجارية L'opposition d'une marque . والهدف واضح من حظر وضع علامة تجارية مملوكة للغير ، وذلك لمنع المساس بحقوق صاحب هذه العلامة التجارية إذا ما تم استخدامها بعرضها على زجاجات أو أغلفة أو حقائب أو بطاقات تحتوى على منتجات مشابهة للمنتج الذى تميزه هذه العلامة ، وبالتالي فمن البديهي أن جريمة وضع علامة تجارية مملوكة للغير بهذا المعنى تختلف عن جريمة استعمال علامة تجارية مزورة أو مقلدة ، حيث أن فعل جريمة وضع علامة تجارية مملوكة للغير تتعلق باستعمال علامة تجارية حقيقية .

ويتمثل الركن المادى لجريمة وضع علامة تجارية فى استخدام مغلفات أو بطاقات أو حقائب أو زجاجات فارغة يوجد عليها علامة تجارية مسجلة مملوكة للغير ، وبحيث يتم استخدام هذه الأشياء بتعبئتها بمنتجات تتشابه فى طبيعتها مع المنتج الأصلي المخصص له هذه العلامة التجارية ، وبحيث يودى ذلك إلى تضليل الجمهور باعتقاده انه يشتري هذا المنتج الأصلي المخصص له هذه العلامة التجارية . وإن كان الأكثر شيوعاً استخدام زجاجات فارغة عليها علامة تجارية حقيقية مملوكة للغير

(١) للدكتور/ محسن شفيق - المرجع السابق - رقم ٤٠٦ ، ص ٥٥١ .

الدكتور/ لكرم الخولى - المرجع السابق - رقم ٣٢٢ ، ص ٣٤٩ .

الدكتورة/ سميحة القليوبى - المرجع السابق - رقم ٤٢٩ ، ص ٦١١ .



ومن ثمّ تعيبتها بسائل آخر غير السائل الذي خصصت من أجله هذه الزجاجات ، وتعرف هذه الجريمة بجنحة الملاء (١) délit de remplissage وبحيث يتطلب لتحقيقها ضرورة وجود رابطة مباشرة بين العلامة التجارية الموضوعة والمنتج غير المخصص له هذه العلامة ، وإن كان في بعض الحالات يكفي أن تكون هذه الرابطة غير مباشرة ، فيكفي مثلاً لتحقيق هذه الجريمة أن توضع على واجهة زجاجية علامة تجارية معينة حيث توجد منتجات تتماثل في طبيعتها مع المنتجات التي تتعلق بها هذه العلامة التجارية .

ويشترط لتحقيق هذه الجريمة أن يكون الهدف من وضع العلامة التجارية الحقيقية تحقيق الربح وليس بقصد الاستعمال الشخصي ، فلا تتوافر هذه الجريمة إذا ما استعمل شخص زجاجة عليها علامة تجارية ووضع فيها منتجاً آخر . وبشأن التساؤل حول مدى مشروعية بيع زجاجات فارغة عليها علامة تجارية (٢) ، فإنه إذا ثبت أن البائع يعلم أن المشتري سوف يستخدم هذه الزجاجات الفارغة وتعيبتها بمنتج آخر، فهو يعد بالتالي شريكاً في هذه الجريمة بتزويده الفاعل بهذه الزجاجات الفارغة وهو يعلم أن المشتري سوف يضع فيها منتجات منافسة لمنتجات صاحب العلامة .

أما بشأن الركن المعنوي في جريمة وضع علامة تجارية فيلاحظ اختلاف موقف كل من المشرعين المصري والفرنسي في هذا الجانب ، ففي حين يتطلب المشرع المصري صراحة بالمادة ١١٣ (البند الثالث) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية سالفه الذكر ضرورة توافر سوء القصد

(١) CHAVANNE et BURST, op. cit, N° 1234, p. 737.

(٢) CHAVANNE et BURST, op. cit, N° 1239. p. 738.

الدكتور / اكثم الخولي - المرجع السابق - رقم ٣٢٢ ، ص ٣٤٩ .

لدى الجانى بوضعه علامة تجارية مملوكة لغيره على منتجاته ، فإن  
المشرع الفرنسى لم يتطلب ذلك صراحة سواء فى المادتين L.713-2  
وL.713-3 من قانون حماية الملكية الفكرية حيث تبدو وكأن هذه الجريمة  
مجرد جريمة غير عمدية تقع بالإهمال ، ويتأكد ذلك بالمادة L.716-10  
من ذات القانون والتي تتعلق بالنص على عقاب من يخالف الحظر  
المنصوص عليه فى المادتين L.713-2 وL.713-3 سالفتي الذكر ، حيث  
لم يستخدم مصطلح " Sciemment " <sup>(١)</sup> . ومع ذلك فإن طبيعة الأفعال  
اللازمة لتحقيق الركن المادى لهذه الجريمة تكفى للكشف عن سوء القصد  
لدى الجانى ، حيث يمكن إثبات ذلك بكافة الأدلة والقرائن <sup>(٢)</sup> ، وذلك من  
خلال ضبط عدد كبير من الزجاجات الفارغة لدى التاجر والتي تحمل  
العلامة الحقيقية أو ضبط عدة حقائب معبأة فعلا بمنتجات منافسة ومعدة  
للبيع أو موجودة بمخازن التاجر تمهيداً لنقلها للبيع أو ضبطها على عربات  
نقل مملوكة للتاجر أو الشركة ومعدة للتوزيع على الجمهور .

وبالتالى يجوز للمتهم دائماً أن يثبت حسن نيته <sup>(٣)</sup> باعتقاده خطأ  
أن مالك العلامة الحقيقية يجيز له ذلك ، أو أنه استعملها لغرض غير تحقيق  
الكسب المادى ، ومع ذلك فإنه يلزم التشدد دائماً فى استخلاص حسن النية  
من قبل القضاء .

وهذا ما يتمشى مع ما لحق من تطور <sup>(٤)</sup> بشأن الاستخدام غير  
المشروع للعلامة التجارية المملوكة للغير ، حيث لم يعد يتطلب لتحقيق هذا

---

(١) CHAVANNE et BURST, , op. cit, N° 1236. p. 738

(٢) الدكتور/ة سميحة اللطويى - المرجع السابق - رقم ٤٢٠ ، ص ٦١٢ .

(٣) الدكتور/ محسن شفيق - المرجع السابق - رقم ٤٠٦ ، ص ٥٥٢ .

(٤) Christophe CARON, Droit de la propriété intellectuelle, la Semaine  
Juridique, Janv 2007, N° 1-2, 101, p. 23

الاستخدام توافر الغرض التجارى أو الرغبة فى تحقيق فائدة اقتصادية من وراء هذا الاستخدام .

### الفرع الرابع

جريمة بيع منتجات عليها علامة تجارية مزورة أو مقلدة

أو موضوعة أو عرضها للبيع أو للتداول أو حيازتها بقصد البيع

٨٧- تتضمن المادة ١١٣ (البند الرابع) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى النص على هذه الجريمة حيث تقضى بأنه " ... يعاقب ... كل من باع أو عرض للبيع أو للتداول أو حاز بقصد البيع أو التداول منتجات عليها علامة تجارية مزورة أو مقلدة أو موضوعة بغير حق مع علمه بذلك" . كما تضمنت المادة 10-716.L من قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسى النص على تجريم هذه الأفعال .

ويزداد هنا احتمال الضرر الذى ينتج عن هذه الأفعال عن تلك الأفعال الأخرى بتزوير علامة تجارية أو تقليدها أو وضعها ، حيث أن بيع منتجات غير حقيقية أو عرضها للبيع أو التداول لا يتضمن فقط مساساً بحقوق صاحب العلامة التجارية وإنما يتضمن أيضاً المساس بحقوق المستهلكين <sup>(١)</sup> ، والذين قد يقدمون على شراء هذه المنتجات ويدفعون فيها ثمناً غالباً اعتقاداً منهم بأنها السلع الحقيقية التى تعبر عنها العلامة التجارية الموضوعة عليها .

وتقع هذه الجريمة سواء أكان البائع أو العارض أو الحائز هو نفسه الذى قام بتزوير أو تقليد أو وضع العلامة التجارية أم كان غيره ، أو بمعنى آخر لا يشترط أن يكون مرتكب <sup>(٢)</sup> هذه الأفعال قد ارتكب أيأ من

(١) الدكتور/ محسن شفيق - المرجع السابق ، رقم ٤٠٧ ، ص ٥٥٢ و ٥٥٣ .

CHAVANNE et BURST, , op. cit, N° 1237. p. 739.

(٢)

## الأفعال الأخرى الماسة بالعلامة التجارية .

وتتحقق جريمة بيع منتجات عليها علامة تجارية مزورة أو مقلدة أو موضوعة بغير حق أو عرضها للبيع سواء نتج عن ذلك ربح أو خسارة، أو كانت هذه المنتجات مستوردة أو حتى فى طريقها للتصدير لدولة لا تحمى فيها العلامة التجارية الحقيقية ، وبالتالي يُفترض أن يكون البيع أو العرض للبيع لغرض تجارى وبقصد تحقيق الربح وإن لم يتحقق، وبالتالي تخرج من إطار التجريم الهبة التى يكون محلها هذه المنتجات . كما تتحقق هذه الجريمة لمجرد حيازة السلع بقصد البيع وذلك بوضعها فى المخازن أو على الارفف تمهيداً لعرضها للبيع ، أما إذا كان تخزينها بقصد الاستعمال الشخصى فلا تتحقق الجريمة فى هذه الحالة ، ويمكن التثبت من غرض الاستعمال الشخصى بالنظر لكمية السلع المخزنة ومكان تخزينها وكذا وسائل حفظها ، بالإضافة إلى طبيعة السلعة ذاتها ومدى حاجة حائزها لاستهلاكها خلال مدة معينة .

ويتطلب لتوافر الركن المعنوى فى هذه الجريمة توافر سوء القصد لدى الفاعل ، فيلزم أن يتحقق علم من يبيع السلعة أو يعرضها للبيع أو للتداول أو يحوزها بقصد البيع بأن العلامة التجارية مزورة أو مقلدة أو موضوعة بغير وجه حق ، وهذا ما تقضى به المادة ١١٣ (فى بندها الرابع) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى سألقة الذكر والمادة L.716.10 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الفرنسى سألقة الذكر ، من حيث تطلبهما وقوع الأفعال المكونة للركن المادى لهذه الجريمة مع علم مرتكبها بذلك ، بما يتضمن علمه بتزوير أو تقليد العلامة التجارية أو وضعها بغير وجه حق .

ويقع عبء إثبات علم التاجر لبيعه سلعة أو عرضها للبيع أو للتداول أو حيازتها بأن هذه السلعة تحمل علامة مزورة أو مقلدة أو

موضوعة عليها بغير وجه حق وذلك على عاتق جهة التحقيق وبكافة طرق الإثبات، وبحيث يكون للمتهم دفع ذلك أيضاً بكافة طرق الإثبات .

ويعد علم المتهم بتزوير أو تقليد علامة تجارية أو وضعها بغير وجه حق من مسائل الواقع (١) ، بحيث يمكن التلليل على توافره من خلال ظروف الواقعة ذاتها ، فيمكن أن يستدل عليه من خلال عرض التاجر للمنتجات الأصلية والمنتجات المقلدة في نفس الوقت ، وتفاوت الثمن بين السلعتين تفاوتاً كبيراً ، أو الشهرة التي تتمتع بها العلامة المقلدة وبحيث يصعب إثبات جهل التاجر بها ، هذا فضلاً عما يمكن استخلاصه من علم للتاجر المتهم بذلك من خلال علاقاته التجارية مع صاحب العلامة التجارية الحقيقية . وإذا انتفى القصد الجنائي فلا تتحقق الجريمة ، وذلك لا يمنع من مطالبة صاحب العلامة التجارية الحقيقية بالتعويض من البائع استناداً لدعوى المنافسة غير المشروعة إذا ما ثبت خطأه .

ويعاقب على الجرائم الأربع المشار إليها أنفاً بالحبس مدة لا تقل عن شهرين وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ، هذا فضلاً عن وجوب الحكم بمصادرة المنتجات محل الجريمة أو المبالغ أو الأشياء المتحصلة منها ، وكذلك الأدوات التي استخدمت في ارتكابها ، ويجوز للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تقضى بغلق المنشأة التي استغلها المحكوم عليه في ارتكاب الجريمة مدة لا تزيد على ستة أشهر . وفي حالة العود تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن شهر والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين الف جنيه ، هذا فضلاً عن الغلق الوجوبي .

CHAVANNE et BURST, op. cit, N° 1239. p. 740.

(١)

الدكتور / اكثم الخولى - المرجع السابق - رقم ٣٢٣ ، ص ٣٥٠ .

وأثير في حالة العود ما إذا كان الغلق الوجوبى يتقيد بنفس مدة الغلق الجوازى وهى ستة أشهر، والذي يكون للمحكمة أن تأمر به فى غير حالة العود ، أم يكون الغلق الوجوبى يكون بصفة نهائية . ويرى البعض<sup>(١)</sup> أن النص لم يقيد القاضى بمدة محددة للغلق، وبالتالي فلا يتقيد بنفس مدة الغلق الجوازى ، وهو ما لا نوافق عليه ، إذ أن ما ورد بسياق النص يرجح تقييد المشرع الغلق الوجوبى بالحد الأقصى للغلق الجوازى وهو ستة أشهر، وإنه لا خلاف بين الغلق الوجوبى والغلق الجوازى إلا بالتزام المحكمة بالقضاء بالغلق الوجوبى فى حالة العود، وإنما يظل الحد الأقصى المحدد بالنص واحداً ، ويتمشى هذا مع طبيعة الغلق كجزاء جنائى أياً كانت طبيعته كعقوبة أو تدبير احترازى بضرورة أن يتقيد بمدة محددة ، وهو ما يصب ويفسر لصالح المتهم .

---

(١) الدكتوراة / سميحة للقبوبى - المرجع السابق - رقم ٤٢٣ ، ص ٦١٦ .

## المبحث الثاني

### الحماية الجنائية للمؤشرات الجغرافية

تقسيم :

٨٨- أولت اتفاقية الترييس اهتمامها بتنظيم الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية باعتبارها إحدى الجوانب الحديثة التي عننت الحاجة لتنظيمها، وخاصة في الآونة الأخيرة والتي أصبح المؤشر الجغرافي أو منشأ السلعة أبرز عوامل الترويج لها وإقبال الجمهور عليها . ويمكن أن نقسم هذا البحث إلى مطلبين نتعرض في المطلب الأول لتحديد ماهية المؤشرات الجغرافية ، ونتناول في المطلب الثاني، صور الأفعال الماسة بالمؤشرات الجغرافية وذلك على النحو التالي :

### المطلب الأول

#### ماهية المؤشرات الجغرافية

٨٩- تناولت اتفاقية الترييس تحديد معنى المؤشرات الجغرافية التي تستحق الحماية القانونية وتبعها في ذلك المشرع المصري . إذ تعتبر المؤشرات الجغرافية طبقاً لاتفاقية الترييس تلك المؤشرات التي تحدد منشأ سلعة في أراضى بلد عضو أو في منطقة أو موقع في تلك الأراضى ، حين تكون النوعية أو السمعة أو السمات الأخرى لهذه السلعة راجعة بصورة أساسية إلى منشأها الجغرافي <sup>(١)</sup> . وهو نفس المعنى الذى تبناه المشرع المصري حين نص بالمادة ١٠٤ من قانون حماية الملكية الفكرية على أن المؤشرات الجغرافية هي التي تحدد منشأ سلعة ما في منطقة أو

(١) المادة ١/٢٢ من اتفاقية الترييس .

جهة فى دولة عضو فى منظمة التجارة العالمية، أو تعامل جمهورية مصر العربية معاملة المثل متى كانت النوعية أو السمعة أو السمات الأخرى لهذه السلعة والمؤثرة فى ترويجها راجعة بصورة أساسية إلى منشأها الجغرافى ، ويشترط لحماية هذه المؤشرات أن تكون قد اكتسبت الحماية فى بلد المنشأ .

ويعد من أبرز الأمثلة <sup>(١)</sup> على المؤشرات الجغرافية استخدام عبارة "القطن المصرى" للقطن طويل التيلة ، أو عبارة "البن البرازيلى" على أنواع القهوة ، أو عبارة "الارز الهندى" على أصناف الأرز ، أو عبارة Vidalia لنوع من أنواع البصل ، أما إذا أصبح الاسم الجغرافى لا يمكن بذاته تمييز السلعة بإسنادها إلى مصدرها الجغرافى ، فإنه لا يصلح لأن يكون محلاً للحماية القانونية ، ومثال ذلك Eau de cologne حيث لم

---

(١) للدكتورة / سميحة القليوبى - الملكية الصناعية - المرجع السابق ، رقم ٤٥٨ ، ص ٦٤٣ و ٦٤٤ .

الدكتور/ جلال وفانى - الحماية القانونية للملكية الصناعية - المرجع السابق ، ص ١٠٥ . وهناك بعض الخمور والمشروبات الروحية التى تشمل على مؤشر جغرافى ، ومنها الويسكى الاسكتلندى Sootch Whisky والشامبانيا الفرنسية ولتى تشير إلى بلدة شامباني Champagne .

ويلاحظ أن اتفاقية الترييس قد نصت على حماية إضافية للمؤشرات الجغرافية فيما يتعلق بالخمور والمشروبات الكحولية ، حيث تلزم كل من البلدان الاعضاء بتوفير الوسائل القانونية للأطراف المعنية لمنع استخدام المؤشرات التى تعرف نشأة المشروبات الروحية لتسمية المشروبات الروحية التى لم تنشأ فى المكان الذى تشير إليه المؤشرات الجغرافية المعنية حتى حين يبين المنشأ الحقيقى للسلع أو حين تستخدم المؤشر الجغرافى مترجمة أو مقرونة بعبارات مثل "نوع" و"صنف" و"نسق" و"تقليد" أو ما يشابهها . وبحيث تلتزم البلدان الاعضاء برفض أو إلغاء تسجيل أى علامة تجارية بشأن الخمور تشمل أو تتألف من مؤشر جغرافى يحدد منشأ الخمور أو بشأن المشروبات الروحية ، من تلقاء نفسها إن كانت تشريعاتها تسمح بذلك ، أو بناء على طلب من طرف معنى فيما يتعلق بالخمور أو للمشروبات الروحية التى لم تنشأ فى تلك الأماكن .



يعد هذا المصطلح يستخدم إلا للتعبير عن المياه العطرية بصفة عامة بغض النظر عن مصدرها الجغرافى .

وتجيز المادة ١٠٨ من قانون حماية الملكية الفكرية المصرى أن يطلق على بعض المنتجات أسماء جغرافية أصبحت تدل فى الاصطلاح التجارى بصورة أساسية على جنس المنتج دون المنشأ الجغرافى ، وذلك كعبارة "الجبن الدمياطى" وهى تدل على نوع الجبن وليس على مكان نشأته بمدينة دمياط .

وحماية من المشرع المصرى للجمهور ولضمان استمرار انتاج السلعة فى نفس المنطقة الجغرافية يشترط - طبقاً للمادة ١٠٩ من قانون حماية الملكية الفكرية - لتسجيل علامة تجارية تشتمل على مؤشر جغرافى أن يكون إنتاج السلعة بصفة مستمرة بمعرفة طالب التسجيل فى المنطقة الجغرافية ذات الشهرة الخاصة .

وتمشياً مع ما أقرته اتفاقية التريبس بالمادة ٥/٢٤ منها أجاز المشرع المصرى بالمادة ١١١ من قانون حماية الملكية الفكرية تسجيل العلامة التجارية التى تشتمل على مؤشر جغرافى إذا كان الحق فى هذه العلامة قد اكتسب من خلال استعمالها بحسن نية قبل تاريخ العمل بهذا القانون أو قبل منح المؤشر الجغرافى الحماية فى بلد المنشأ .

## المطلب الثانى

### صور الأفعال الماسة بالمؤشرات الجغرافية

٩٠- تتمثل صور الأفعال الماسة بالمؤشرات الجغرافية فى ثلاث جرائم يمكن أن نعرض لها فى الفروع الثلاثة التالية :

## الفرع الأول

جريمة وضع مؤشرات جغرافية على سلع يتجر بها في جهة

ذات شهرة خاصة في إنتاج سلعة معينة بطريقة

تضلل الجمهور بأنها نشأت في هذه الجهة

٩١- تحظر المادة ١٠٥ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى على أى شخص فى جهة ذات شهرة خاصة فى إنتاج سلعة ما أن يضع على المنتجات التى يتجر فيها مؤشرات جغرافية بطريقة تضلل الجمهور بأنها نشأت فى الجهة ذات الشهرة الخاصة .

وتعاقب المادة ١١٤ / البند (٦) بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن ألفى جنيه ولا تجاوز عشرة آلاف جنيهه أو بإحدى هاتين العقوبتين .... كل من وضع على السلع التى يتجر بها - فى جهة ذات شهرة خاصة فى إنتاج سلعة معينة - مؤشرات جغرافية بطريقة تضلل الجمهور (١) .

وهكذا يتمثل الركن المادى لهذه الجريمة فى قيام التاجر بوضع مؤشرات جغرافية على سلع يتجر بها ، وذلك من خلال عرضها للبيع أو بيعها ، بحيث تكون هذه السلع قد تم إنتاجها فى مكان آخر غير المكان

---

(١) يشوب تحديد المشرع المصرى لصور الأفعال الماسة بالمؤشرات الجغرافية وبالعقاب عليها عيب التكرار نون فائدة . ففى حين يحظر بالمواد ١٠٥ ، ١٠٦ ، ١٠٧ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية بعض الأفعال الماسة بالمؤشرات الجغرافية ، يعود مرة أخرى بمناسبة تحديد الجزاءات المقررة لهذه الأفعال بتكرار عبارات هذه النصوص المشار إليها مرة أخرى، وكان يكفى أن يقرر ما يفرضه من جزاءات بشأن هذه الأفعال على مجرد مخالفة أحكام المواد المشار إليها، ويحول عليها دونما حاجة للتكرار والذى يلاحظ انه جاء مطابقاً إلى حد كبير، بين أحكام المواد ١٠٥ ، ١٠٦ ، ١٠٧ ، وأحكام المادة ١١٤ / البنود (٦) و(٧) و(٨) .

الذى يتجر بها فيه ، وبحيث يتمتع هذا المكان الأخير بشهرة خاصة نسي إنتاج سلعة معينة .

وإن كان يثور التساؤل عما إذا كان يتطلب أن تكون السلعة التى يتجر بها الجانى فى هذه الحالة ، ويضع عليها المؤشر الجغرافى للجهة التى يتجر بها فيها ذات شهرة الخاصة من نفس جنس السلعة الأخيرة أم لا، ويبرر هذا التساؤل غموض ما ورد بنص المادة ١١٤ / البند (٦) المشار إليها آنفاً ، حيث يتضمن النص عقاب كل من وضع على "السلع" دون يتطلب صراحة أن تكون هذه السلع من نوع السلعة التى تتمتع بإنتاجها الجهة ذات الشهرة الخاصة .

ومع ذلك فإن الأمر فى هذه الحالة يفترض بدهاءة أن تكون السلعة التى يتجر بها الجانى - والتى تم إنتاجها خارج المنطقة الجغرافية ذات الشهرة ، ولكنه يعرضها للبيع أو يبيعه فى هذه الجهة الأخيرة - أن تكون من نفس جنس هذه السلعة المشهورة بمكان إنتاجها ، وهذا ما يتمشى ما مع ما استهدفه المشرع من تجريم هذا الفعل ، وما قد يؤدي إلى تضليل الجمهور . وإن كان لا يشترط التشابه بين السلعتين تشابهاً تاماً، ولكن قد يستغل الجانى شهرة المنطقة الجغرافية بإنتاج سلعة ما تعتمد على عنصر أساسى، وبحيث يعتمد فى إنتاجه على سلعته التى يتجر بها فى ذات المنطقة المشهورة ولكن ينتجها خارجها معتمداً على ذات العنصر مع اضافات قد تغير من طبيعة المنتج ذاته ، ولو افترضنا أن منطقة ما تشتهر بإنتاج وتعبئة المياه المعدنية من الآبار الشهيرة بها كمنطقة سيوة ، ثم يقوم التاجر بهذه المنطقة بعرض منتجاته من المياه الغازية وعلى نحو يوحى باعتماده فى إنتاجه على مياه هذه المنطقة رغم انه قد انتجها معتمداً على مياه من منطقة أخرى ، فإن مثل عرضه للبيع أو بيعه لهذه المنتجات فى هذه المنطقة الشهيرة بإنتاجها لهذا النوع من المياه قد يؤدي إلى تضليل

الجمهور، واعتقاده خطأ باعتماد هذه السلعة على ما تشتهر به هذه المنطقة من مياه نقية .

ويتمثل القصد الجنائي في هذه الجريمة في تعمد الجاني وضع المؤشر الجغرافي للمنطقة ذات الشهرة الخاصة على السلع التي يتجر بها في هذه المنطقة، وتوافر علمه بأن هذه السلع لم تنتج في هذه المنطقة المشهورة، وإنما أنتجت في منطقة أخرى وتم إدخالها إلى المنطقة المشهورة وعرضها للبيع وبيعها على نحو يجعل كل من يشتريها يعتقد خطأ أنها سلع ترتبط في إنتاجها بهذه المنطقة المشهورة، وعلى نحو يتوفر معه ما يتطلبه نص المادة ١١٤ / البند (٦) المشار إليها آنفاً من تضليل للجمهور ، واعتقاده خطأ بأنها نشأت في هذه المنطقة .

ومما لا شك فيه أن أمر توافر هذه الجريمة بركنيتها المادى والمعنوى يخضع لتقدير محكمة الموضوع بما لديها من سلطة تقديرية تبث من خلالها مدى ما يؤدي إليه عرض وضع مؤشر جغرافي لمنطقة مشهورة بإنتاج مثل هذه السلعة والبيانات المذكورة عليها ، ومدى تأثير كل ذلك في تضليل الجمهور واعتقاده خطأ في أنها نشأت بذات المنطقة المشهورة.

## الفرع الثاني

جريمة تسمية أو عرض سلعة ما بطريقة تضلل الجمهور

بنشأتها في منطقة جغرافية مشهورة خلاف المنشأ الحقيقي لها

٩٢- تخطر المادة ١٠٦ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى استخدام أية وسيلة في تسمية أو عرض سلعة ما توحى بطريقة تضلل الجمهور بأنها نشأت في منطقة جغرافية على خلاف المنشأ الحقيقي لها .

وعلى خلاف ما ورد بشأن الجريمة الأولى سالفه الذكر وما سنعرض له لاحقاً بشأن الجريمة الثالثة فلقد حرص المشرع المصرى على أن يتطلب فى الحظر الذى ينص عليه بشأن الجريمة الأولى بالمادة ١٠٥ والجريمة الثالثة بالمادة ١٠٧ أن تكون الجهة الجغرافية - المراد إسباج الحماية القانونية على ما ينتج بها من سلع - ذات شهرة خاصة تتعلق بإنتاج مثل هذه المنتجات . إذ جاء نص المادة ١٠٦ سالفه الذكر - وعلى خلاف سياسة المشرع المصرى بالمادتين ١٠٥ و ١٠٧ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية - دون أن يتطلب أن تكون المنطقة الجغرافية ذات شهرة خاصة .

ويبدو أن إغفال تحديد المنطقة الجغرافية المراد حماية ما ينتج منها من سلع بالمنطقة ذات الشهرة الخاصة سهواً لم يكن مقصوداً لذاته لسببين :

**الأول :** إن الحكمة التشريعية من توفير الحماية القانونية لمنتجات و سلع منطقة جغرافية معينة يقتضى ضمناً أن تتمتع هذه المنطقة الجغرافية بشهرة خاصة تبرر إقبال الجمهور عليها ، وبالتالي لا يتصور أصلاً أن يضع التاجر على سلعته بما يفيد نشأتها فى منطقة جغرافية ما، أو يستخدم أية وسيلة لتسميتها أو عرضها على نحو يوحي بأنها نشأت فى هذه المنطقة الجغرافية بالذات إلا إذا كانت هذه المنطقة الجغرافية تتمتع بشهرة خاصة تجعل إقبال الجمهور على سلعها أو منتجاتها أمراً منطقياً ، أما إذا أشار التاجر بشأن سلعة أو منتجاته إلى منطقة جغرافية لا تتمتع بشهرة خاصة بشأن هذه السلع أو المنتجات - وحتى ولو كان على خلاف منشأها الحقيقى - فإنه لا يشكل خرقاً للحظر المنصوص عليه بالمادة ١٠٥ سالفه الذكر، وإن كان هذا لا يخرج تماماً من دائرة التجريم وخاصة إذا تعلق الأمر بما يجب أن يكون عليه البيان التجارى ومطابقتة للحقيقة طبقاً للمادة

١٠١ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية .

**والثاني :** إن المادة ١١٤ / البند (٦) والمقررة لجزاء مخالفة الحظر المنصوص عليه بالمادة ١٠٥ سالفه الذكر تتطلب صراحة أن تكون المنطقة الجغرافية ذات شهرة خاصة ، حيث تقضى بمعاقبة كل من استخدم أية وسيلة في تسمية أو عرض سلعة ما توحى بطريقة تضلل الجمهور بأنها نشأت في منطقة جغرافية "ذات شهرة خاصة" على خلاف المنشأ الحقيقي ، مما يعنى في نهاية الأمر أن هذه الجريمة يلزم لتوافرها أن تكون المنطقة الجغرافية المراد حماية ما ينتج بها من سلع أو منتجات وعلى نحو لا يؤدي إلى تضليل الجمهور تتمتع بشهرة خاصة .

ويتطلب لقيام هذه الجريمة توافر القصد الجنائي ، فهي من الجرائم العمدية التي يلزم أن يثبت لدى فاعلها علمه بأن ما يستخدمه من وسائل في تسمية وعرض السلع التي يتجر بها يكون من شأنه تضليل الجمهور على نحو يجعله يعتقد خطأ بأن هذه السلع قد نشأت في منطقة جغرافية ذات شهرة خاصة ، هذا فضلاً عن اتجاه إرادته إلى إيهام الجمهور وتضليله على نحو يدفع به لشراء هذه السلع لاعتقاده بنشأتها في المنطقة الجغرافية ذات الشهرة الخاصة وذلك على خلاف منشأها الحقيقي .

### الفرع الثالث

**جريمة وضع مؤشر جغرافي على سلع يكون من شأنه أن يوحى**

**بأنها منتجة في جهة ذات شهرة خاصة على خلاف الحقيقة**

٩٣- حظرت المادة ١٠٧ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري على منتج سلعة ما في جهة ذات شهرة خاصة في إنتاجها أن يضع مؤشراً جغرافياً على ما ينتج من سلع شبيهة في مناطق أخرى يكون من شأنها أن توحى بأنها منتجة في الجهة ذات الشهرة الخاصة .

ويتمثل الركن المادى لهذه الجريمة فى قيام منتج فى منطقة جغرافية ذات شهرة خاصة بإنتاج سلعة معينة بوضع نفس المؤشر الجغرافى الذى يضعه على هذه السلعة على سلع أخرى شبيهة بها، ولكن يتم إنتاجها فى مناطق أخرى ، وهذا ما حددته المادة ١١٤ / البند الثامن من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية للمصرى حيث تقضى بمعاينة كل منتج سلعة فى جهة ذات شهرة خاصة فى إنتاجها يضع مؤشراً جغرافياً على ما ينتجه من سلع شبيهة فى مناطق أخرى ، وهذا لا يكفى فى حد ذاته لتمام الركن المادى لهذه الجريمة ، بل يلزم أن يكون من شأن ما قام به المنتج فى هذه الحالة ما يوحى بأن سلعته منتجة فى الجهة ذات الشهرة الخاصة . فلو افترضنا أن شركة متخصصة فى صناعة الملابس القطنية لديها عدة مصانع بمصر وفى غيرها من الدول الأخرى ، فإنه يحظر عليها أن تضع على منتجاتها ما يفيد اعتمادها على القطن المصرى المعروف إلا على منتجاتها التى تنتجها بالفعل بمصر ، وبالتالي يمتنع عليها أن تضع نفس المؤشر الجغرافى للسلع المنتجة بمصر على منتجات المصانع الأخرى الموجودة خارج مصر إذا كان من شأن ذلك أن يوحى بأنها منتجة فى مصر وتعتمد فى صناعتها على القطن المصرى .

ويختلف الركن المادى فى هذه الجريمة عن مثيله فى الجريمة الأولى <sup>(١)</sup> بشأن وضع شخص فى جهة ذات شهرة خاصة فى إنتاج سلعة ما على المنتجات التى يتجر بها مؤشرات جغرافية بطريقة تضلل الجمهور بأنها نشأت فى الجهة ذات الشهرة الخاصة ، وذلك من ناحيتين :

الناحية الأولى : من حيث صفة مرتكب السلوك الاجرامى ، حيث يُتطلب فى الجريمة الثالثة والتى نحن بصددنا أن يكون مرتكب السلوك الاجرامى منتجاً لتلك السلعة التى تشتهر بإنتاجها هذه الجهة الخاصة ،

(١) راجع ما سبق رقم ٩١ .

وبالتالى ينشأ تضليل الجمهور بأن هذه السلعة منتجة فى الجهة ذات الشهرة بإنتاجها من تدخل المنتج ذاته فى إنتاجه هذه السلعة، وليس بتدخل من التاجر الذى يتجر بها، ويقتصر دوره على عرضها للبيع أو بيعها ، وبحيث يصبح مساهماً مع منتج هذه السلعة بشأن هذه الجريمة إذا ما ثبت علمه بحقيقة عدم انتاج هذه السلعة بالمنطقة الجغرافية ذات الشهرة الخاصة بإنتاجها . أما بشأن مرتكب السلوك الاجرامى فى الجريمة الأولى فهو تاجر يعرض السلعة للبيع أو يبيعها وهو ليس منتجاً لها، وقد يكون تدخله فى عرض السلعة للبيع أو بيعها وتضليل الجمهور بأنها نشأت فى جهة ذات شهرة خاصة بإنتاجها منفصلاً عن أى دور لمنتج هذه السلعة .

**والناحية الثانية :** تتمثل فيما تفترضه الجريمة الثالثة التى نحن بصددنا من أن تكون السلع - التى ينتجها الجانى فى مناطق أخرى ويضع عليها مؤشرات جغرافية - توحى بأنها منتجة فى جهة ذات شهرة خاصة بإنتاجها ، بحيث تكون متماثلة فى النوع، ولكن الاختلاف بينهما يتأتى من خلال المواد الخام التى تدخل فى إنتاجها ، أما بشأن الجريمة الأولى فلا يتطلب لتوافر الركن المادى شرط التشابه بين السلع التى يتجر بها الجانى على نحو يضلل الجمهور بأنها نشأت فى منطقة ذات شهرة خاصة، والسلعة التى تنشأ بالفعل فى هذه المنطقة المشهورة بها . وهنا يفترض أن المادة الخام التى تشتهر بها منطقة ما يتم استخدامها لإنتاج أنواع مختلفة من السلع تعتمد فى إقبال الجمهور عليها على تلك المادة الخام التى تشتهر بها هذه المنطقة ، وبالتالى فلا يتطلب شرط التشابه بين السلعة التى يتجر بها ويضلل الجمهور بشأن نشأتها على خلاف الحقيقة، والسلع التى تنتج ويتجر بها فى الجهة ذات الشهرة الخاصة بها .

ويتطلب لتحقيق الركن المعنوى لهذه الجريمة توافر القصد الجنائى من خلال توافر علم منتج السلعة الشبيهة بأن وضع مؤشرات جغرافية



عليها من شأنه أن يوحي بأنها أنتجت في جهة ذات شهرة خاصة في إنتاجها وذلك على خلاف الحقيقة ، وذلك على نحو يستهدف تضليل الجمهور واعتقاده خطأ بأنها انتجت في هذه المنطقة المشهورة بإنتاجها . ومما لا شك فيه يستعمل القاضى الجنائى سلطته التقديرية في البحث عن مدى ما يشكله سلوك الجانى في هذه الحالة ، ودوره في وقوع الجمهور في غلط بشأن نشأة المنتج ، ومدى دور هذا الغلط في ضوء ما تعرض له من تضليل يبرر اقباله على شراء هذا المنتج ،

وتقرر المادة ١١٤ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى جزاء واحداً لكل من الجرائم الثلاث ، ويتمثل في الحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر والغرامة التى لا تقل عن ألفى جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ، وفي حالة العود تكون العقوبة مدة لا تقل عن شهر والغرامة التى لا تقل عن أربعة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرين ألف جنيه ، ويجوز للمحكمة - طبقاً للمادة ١١٧ من ذات القانون - أن يحكم ببيع الأشياء المحجوزة أو التى تُحجر فيما بعد، واستنزال ثمنها من التعويضات أو الغرامات أو الأمر بالتصرف فيها بأية طريقة أخرى تراها المحكمة مناسبة ، وتأمّر بإتلاف المنتجات أو البضائع أو عناوين المحال أو الأغلفة أو الفواتير أو المكاتبات أو وسائل الإعلان أو غير ذلك مما يحمل تلك العلامة أو يحمل بيانات أو مؤشرات جغرافية بالمخالفة لأحكام هذا القانون ، ويجوز للمحكمة أن تأمر بنشر الحكم في جريدة واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه .

## خاتمة

٩٤- فرضت ندرة المراجع بشأن الحماية الجنائية للملكية الصناعية على الباحث أن يتصدى لبعض المشكلات التى أفرزتها صياغة بعض النصوص الجنائية المتعلقة بالملكية الصناعية فى قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى . إذ لم يكن هم المشرع المصرى فى إعداد هذا القانون بشأن ما يتعلق بالملكية الصناعية ، إلا تحقيق للتوازن - من جانب- بين مقتضيات الاستجابة لقواعد اتفاقية التريبس وما تضمنته من قواعد ملزمة بفرض جزاءات جنائية لبعض الأفعال اللامسة بحقوق الملكية الصناعية ، ودقة التعبير - من جانب آخر - عن معنى بعض المصطلحات العلمية أو الفنية التى وردت باتفاقية التريبس ، ومن قبلها اتفاقية باريس ، وذلك من أجل أن يبدو الأمر وكأن المشرع المصرى أوفى بالتزاماته الناشئة عن انضمام مصر لاتفاقيات اللجات .

ولا يمكن أن ننكر أن غرض المشرع المصرى من ذلك قد تحقق بإصداره القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية من حيث استيفاء هذا القانون لكافة المتطلبات التى أوردتها اتفاقية التريبس، وإنما تبقى المشكلة الحقيقية متمثلة فيما لحق من عيوب فى صياغة النصوص الجنائية بهذا القانون ، وعلى النحو الذى يمكن القول معه بأن هذه الصياغة وما أوردتها من أحكام قد جاءت بالمخالفة لما جرت عليه صياغة النصوص الجنائية بصفة عامة من دقة فى تحديد الجرائم والعقوبات تحديداً واضحاً وكافياً ومتناسباً ، وإن كان لم يصل به الأمر لمخالفة المبادئ العامة للتجريم والعقاب .

ونعرض فيما يلى لبعض مظاهر عدم الدقة فى صياغة النصوص

الجنائية المتعلقة بالملكية الصناعية في إطار القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية .

أولاً : عدم ملائمة استخدام مصطلحات قانون العقوبات بشأن تجريم بعض الأفعال الماسة بحقوق الملكية الصناعية

٩٥- غلب على المشرع المصري بقانون حماية الملكية الفكرية استخدامه لبعض مصطلحات قانون العقوبات ، والتي لها معناها المستقر عليه في إطار قانون العقوبات ، مما أثار استخدامه لهذه المصطلحات في شأن تجريم بعض الأفعال الماسة بحقوق الملكية الصناعية التساؤل حول معناها في هذا الإطار ، وذلك كمصطلح "تزوير" علامة تجارية أو "رشوة" العاملين من أجل الحصول على المعلومات السرية لديهم ، وهي من المصطلحات المعروفة في قانون العقوبات ، ولم يكن من المناسب المزج بها في إطار الحماية الجنائية للملكية الصناعية ، وخاصة أن المشرع المصري لم يكن مضطراً لاستخدامها ، وذلك على العكس لأنه كان من المناسب عدم استخدام هذه المصطلحات ، والتي كان استخدامها في القوانين السابقة تثير خلافاً بشأن معناها ، وذلك كما هو الحال بشأن استخدام مصطلح "تزوير" علامة تجارية ، حيث أجهد الفقه نفسه في البحث عن معنى تزوير العلامة التجارية والتمييز بينه وبين تقليد العلامة التجارية ، وقد كان من المناسب الاقتصار فقط على مصطلح تقليد العلامة التجارية المناسب لطبيعة محل التجريم . وخاصة وأن المشرع الفرنسي (١)

نفسه نأى عن هذا الأمر ، وأقتصر على استخدام مصطلحات تسم العلامة التجارية بتقليدها دون أن يكون بينها مصطلح "التزوير" ، وهذا أيضاً ما يمكن أن نلاحظه بشأن استخدام المشرع المصري لمصطلح "رشوة"

(١) راجع ما سبق رقم ٨٢ .

العاملين من أجل الحصول على ما لديهم من معلومات سرية ، فقد كان من المناسب استخدام مصطلح آخر في هذا المجال كأغواء العاملين .

ثانيا - عدم تقرير مسئولية الشخص المعنوي كقاعدة عامة في مجال جرائم الاعتداء على حقوق الملكية الصناعية

٩٦- إن أغلب الجرائم التي تمس حقوق الملكية الصناعية تقع من أشخاص معنوية ، تتمثل في كيانات لها القدرات المالية والفنية على عمليات التقليد المتفنن لبراءات اختراع أو تصميمات أو رسوم أو نماذج أو علامات تجارية ، ويتوافر لها القدرة على تسويق ما تقوم من إنتاجه ماساً بحقوق الملكية الصناعية للغير ، من أجل ذلك فلقد كان من المناسب أن يكون المشرع المصري صريحاً في تقرير المسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية في هذا المجال ، وتحديد الجزاءات الجنائية المناسبة لها ، لأن الأمر في النهاية قد لا يحقق الردع المتطلب إذا ما تم تقرير الجزاء الجنائي أياً كانت طبيعته على شخص طبيعي ينتمي إلى الشخص المعنوي الذي قد لا يعنيه أن يدفع الغرامة المالية أحد العاملين لديه أو حتى يتعرض لسلب حريته . وهناك <sup>(١)</sup> من يتخوف في مجال حماية حقوق الملكية الصناعية - وبحق - من أن توقيع الجزاء الجنائي على الشخص الطبيعي قد لا يكون مجدياً أو متناسباً مع ما ارتكبه من جرائم .

ومع ذلك فلقد لاحظنا توجه المشرع المصري - على استحياء - بتقرير مسئولية الشخص المعنوي بالمادة ٥٠ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية عندما حظر قيام أى شخص طبيعي أو اعتباري بنسخ

---

(١) دكتور / أبو العلا على أبو العلا النمر - الحماية الوطنية للملكية الفكرية في ظل اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية ، جات ١٩٩٤ - دار للنهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ٨٢ و ٨٣ .

التصميم التخطيطي أو استيراده أو بيعه أو توزيعه لغرض التجارة بغير تصريح كتابي مسبق من صاحب الحق فى التصميم التخطيطي ، وقرر الغرامة بالمادة ٥٣ من ذات القانون على مخالفة هذا الحظر، وإنما عاد وقرر عقوبة الحبس الوجوبى فى حالة العود ، ولم يبين كيف يعاقب بها الشخص المعنوى العائد فى هذه الحالة . ولهذا كان أولى بالمشرع المصرى فى هذا المجال أن يضع نصاً عاماً فيما يتعلق بالمساس بحقوق الملكية الصناعية يقرر به مسئولية الشخص المعنوى إذا ما ثبت ارتكابه للفعل المجرم ، ويحدد الجزاءات التى تناسب وطبيعة الشخص المعنوى كالحل أو وقف النشاط أو سحب الترخيص أو غلق المنشأة .

### ثالثاً : عدم مراعاة مبدأ التناسب فى تقدير الجزاءات الجنائية

٩٧- اتخذ المشرع المصرى سياسة عقابية غير متوازنة فى تحديده للجزاءات الجنائية لبعض الجرائم الماسة بحقوق الملكية الصناعية ، مخالفاً بذلك ما يجب أن يتسم به هذا التحديد من تناسب مع قيمة المصالح الاجتماعية محل الحماية الجنائية . إذ يمكن أن يلاحظ هذا بوضوح بشأن الجزاءات الجنائية المقررة لمجابهة الاعتداءات الماسة ببراءات الاختراع -من جانب أول- والتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة- من جانب ثان- والتصميمات والنماذج الصناعية -من جانب ثالث- . ففى حين نجده يزيد فى قيمة الغرامات المالية المقررة لمجابهة الأفعال الماسة بالحقوق الناشئة عن براءات الاختراع والتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة ، نجده يتجه لتخفيض قيمة هذه الغرامات المالية بشأن الأفعال الماسة بالتصميمات والنماذج الصناعية ، وفى الوقت ذاته - وعلى العكس - نجده يخفض عقوبة الحبس بشأنه ما يزيد بشأن عقوبة الغرامة، وذلك فيما يتعلق ببراءات الاختراع والتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة ، فى

حين انه يزيد من عقوبة الحبس في شأن ما اتجه لتخفيض قيمة للغرامة قبله كما هو الحال بشأن التصميمات والنماذج الصناعية ، وذلك على النحو الذى عرضنا له آنفاً (١) .

وأياً كان دافع المشرع المصرى بشأن هذا التفاوت فى تحديد الجزاءات الجنائية بهذه المجالات ، وأياً كان الاختلاف بينها من الناحية العلمية أو الفنية ؛ فلعله كان من المناسب تقدير هذه الجزاءات على نحو متناسب بين ما يقرره من عقوبة الغرامة المالية وعقوبة الحبس .

ومع ذلك يبقى القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية قانوناً شاملاً لكافة ما يتعلق بحقوق الملكية الفكرية من قواعد قانونية ، تناولتها من قبل عدة قوانين متفرقة ، أجهت من تعرض لها من رجال الفقه والقضاء . ويجب ألا يمنع هذا القانون الموحد لقواعد الملكية الفكرية المشرع المصرى من مراعاة ما يلحق من تطور بهذه القواعد ، والتدخل بالتعديل كلما عنت الحاجة لذلك أسوة فى ذلك بما يقدم عليه المشرع الفرنسى من إدخال تعديلات متلاحقة فى مجال حماية حقوق الملكية الفكرية ، حيث أصدر مؤخراً القانون رقم ٢٠٠٦-٩٦١ فى الأول من أغسطس ٢٠٠٦ معدلاً به بعض أحكام الملكية الفكرية بالقسم الخاص بالملكية الأدبية والفنية .

والله ولى التوفيق ،،،

---

(١) راجع ما سبق رقم ٧٣ و٧٤ .

## قائمة المراجع

أولاً : باللغة العربية :

- دكتور / أبو العلا على أبو العلا النمر - الحماية الوطنية للملكية الفكرية فى ظل اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية ، جات ١٩٩٤ - دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٨ .
- الدكتور أكثم الخولى - الموجز فى القانون التجارى - ج١ ، القاهرة ، ١٩٧٠ .
- الدكتور / أمين مصطفى محمد - الحد من العقاب ، نحو نظرية عامة لقانون العقوبات الادارى - رسالة دكتوراه ، الاسكندرية ، ١٩٩٣ .
- دكتور / بلال عبد المطلب بدوى - تطور الآليات الدولية لحماية حقوق الملكية الصناعية (دراسة فى ضوء اتفاقية التريبس والاتفاقيات السابقة عليها) - دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .
- الدكتور جلال وفاء محمدين - الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقاً لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس)، سلسلة رسائل البنك الصناعى ، الكويت، العدد ٥٩ ، ديسمبر ١٩٩٩ .
- دكتور / حسام الدين عبد الغنى الصغير - أسس ومبادئ اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (اتفاقية التريبس). دراسة تحليلية تشمل أوضاع الدول النامية مع الاهتمام ببراءات الاختراع - دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ .
- الجديد فى العلامات التجارية فى ضوء قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الجديد واتفاقية التريبس - دار الفكر الجامعى - الاسكندرية . ٢٠٠٥ .

- د / ذكرى عبد الرازق محمد - حماية للمعلومات السرية من حقوق الملكية الفكرية Know - how فى ضوء التطورات التشريعية والقضائية - دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية ، ٢٠٠٧ .
- دكتورة / سميحة القايوبى - للملكية الصناعية - دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ .
- دكتور / صلاح الدين عبد اللطيف النامى - الوجيز فى الملكية الصناعية والتجارية- الأردن، ١٩٨٣ .
- الدكتور/ صلاح زين الدين ، شرح للتشريعات الصناعية والتجارية ، عمان، ٢٠٠٣ .
- دكتور عبد الله حسين للخشروم - الوجيز فى حقوق الملكية الصناعية والتجارية - عمان ، ٢٠٠٥ .
- الدكتور / عوض محمد - القصد الجنائى فى تزوير المحررات - مجلة الحقوق ، تصدرها كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية ، ١٩٧٠ ، العدد الثانى ، ص ٤٣٠ .
- الدكتور / فتوح الشاذلى - شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص - دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩٤ .
- دكتور / محمد حسام محمود لطفى - تأثير اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية "ترييس" على تشريعات البلدان العربية - دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ .
- دكتور / محمد حسنى عباس- التشريع الصناعى - دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧ .
- الدكتور / محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم العام - دار النهضة العربية ، ١٩٨٩ .



ثانيا : باللغة الفرنسية :

- Christophe CARON, Droit de la propriété intellectuelle, la Semaine Juridique, Janv 2007, N° 1-2, 101, p. 23.

- Albert CHAVANNE et Jean - Jacques BURST, Droit de la propriété industrielle, Dalloz , Paris, 1998.

# الفهرس

## الصفحة

٣	مقدمة
٤	ماهية الملكية الصناعية
٤	منهج البحث وخطته
	مبحث تمهيدى : الحماية الجنائية لحقوق الملكية الصناعية
٧	بين المتطلبات الدولية والقوانين الوطنية
	تمهيد وتقسيم
	المطلب الأول : الحماية الجنائية لحقوق الملكية الصناعية
٨	فى إطار الاتفاقيات الدولية
	أولاً : الحماية الجنائية للملكية الفكرية فى ظل الاتفاقيات الدولية
٩	المبرمة قبل اتفاق مراكش ١٩٩٤ .
	ثانياً : اتساع نطاق الحماية الجنائية للملكية الفكرية فى ظل اتفاق
١١	مراكش ١٩٩٤ .
	المطلب الثانى : الحماية الجنائية للملكية الصناعية
١٣	فى اطار القوانين الوطنية .
١٤	أولاً : إصدار قانون موحد لحماية حقوق الملكية الفكرية فى مصر .
١٦	ثانياً : تطور التشريعات الخاصة بحقوق الملكية الصناعية بفرنسا .
	الفصل الأول
١٨	الحماية الجنائية لبراءات الاختراع
١٩	تمهيد وتقسيم
٢١	المبحث الأول : ماهية براءة الاختراع محل الحماية الجنائية
٢١	المطلب الأول : تعريف براءة الاختراع
٢٢	المطلب الثانى : شروط الحصول على براءة الاختراع

- ٢٣ الفرع الأول : للشروط الموضوعية للحصول على براءة الاختراع
- ٢٤ ١- قابلية الاختراع للاستخدام فى مجال الصناعة
- ٢٧ ٢- أن يكون الاختراع جديداً
- ٢٨ ٣- أن يمثل الاختراع خطوة إبداعية
- ٢٩ الفرع الثانى : للشروط الشكلية للحصول على براءة الاختراع
- ٣٠ ١- من له الحق فى تقديم طلب الحصول على براءة الاختراع
- ٣٠ ٢- الجهة التى يقدم لها طلب الحصول على براءة الاختراع
- ٣١ ٣- بيانات طلب الحصول على براءة الاختراع
- ٣٢ ٤- قبول طلب الحصول على براءة الاختراع ومنحها
- ٣٣ الفرع الثالث : مدة الحماية المقررة لبراءات الاختراع
- ٣٥ المبحث الثانى : الجرائم الماسة ببراءة الاختراع
- ٣٥ تمهيد وتقسيم
- المطلب الأول : صور الأفعال المباحة فى مجال
- ٣٧ الحماية الجنائية لبراءات الاختراع
- الفرع الأول : صور الأفعال المباحة المتعلقة بالحقوق للمترتبة
- ٣٨ على براءة الاختراع قبل انقضائها
- ٣٨ أولاً : الأعمال المتصلة بأغراض البحث العلمى
- ثانياً : قيام الغير حسن النية بصنع منتج أو باستعمال طريقة صنع منتج معين أو باتخاذ ترتيبات جديده لذلك قبل تاريخ تقديم طلب البراءة من شخص آخر عن المنتج ذاته
- ٣٩ ثالثاً : الاستخدامات غير المباشرة لطريقة إنتاج موضوع الاختراع
- ٤١ للتوصل لمنتجات أخرى
- رابعاً : استخدام الاختراع فى وسائل النقل المختلفة الموجودة بمصر
- ٤١ بصفة مؤقتة
- خامساً : تصنيع أو تركيب أو استخدام أو بيع المنتج أثناء فترة
- ٤٢ حمايته بقصد تسويقه بعد انتهاء تلك الفترة

- سادسا : الأعمال الأخرى التى يقوم بها الغير ولا تتعارض أو تضر  
 ٤٣ بالمصالح المشروعة لصاحب البراءة أو للغير
- الفرع الثانى : صور الأفعال المباحة المتعلقة بالحقوق  
 ٤٤ المترتبة على براءة الاختراع بعد انقضاءها
- أولا : انقضاء مدة الحماية المقررة للحقوق للمترتبة على براءة  
 ٤٤ الاختراع
- ثانيا : تنازل صاحب براءة الاختراع عن حقوقه عليها  
 ٤٥
- ثالثا : صدور حكم بات ببطان براءة الاختراع  
 ٤٦
- رابعا : الامتناع عن دفع الرسوم المقررة فى مواعيد استحقاقها  
 ٤٦
- خامسا : عدم استغلال الاختراع فى مصر فى السنتين التاليتين لمنح  
 ٤٦ رخصة إجبارية باستغلاله
- سادسا : تعسف صاحب براءة الاختراع فى استغلال اختراعه حال  
 ٤٧ تعذر الترخيص الاجبارى له
- المطلب الثانى : صور الأفعال المجرمة الماسة ببراءة الاختراع  
 ٤٩ صور الأفعال الماسة بالحقوق المترتبة على براءة الاختراع المعاقب  
 ٥٠ عليها فى كل من القانونين المصرى والفرنسى
- الفرع الأول : جريمة تقليد موضوع لاختراع مُنحت عنه براءة  
 ٥١ بهدف التداول التجارى
- الفرع الثانى : جريمة بيع منتجات مقلدة أو عرضها للبيع  
 ٥٤ أو للتداول أو استيرادها أو حيازتها
- أولا : من حيث الركن المادى لهذه الجرائم  
 ٥٥
- ١- بيع منتجات مقلدة أو عرضها للبيع أو للتداول  
 ٥٥
- ٢- استيراد منتجات مقلدة  
 ٥٦
- ٣- حيازة منتجات مقلدة  
 ٥٧
- ثانيا : من حيث الركن المعنوى لجرائم بيع منتجات مقلدة أو عرضها  
 ٥٧ للبيع أو للتداول أو استيرادها أو حيازتها

- ٦٠ الفرع الثالث : جريمة الادعاء بالحصول على براءة اختراع
- الفصل الثاني
- ٦٢ الحماية الجنائية للتصميمات والمعلومات السرية
- ٦٢ في مجال الصناعة
- ٦٢ تمهيد وتقسيم
- ٦٣ المبحث الأول : الحماية الجنائية للتصميمات في مجال الصناعة
- المطلب الأول : الحماية الجنائية للتصميمات التخطيطية
- ٦٣ للدوائر المتكاملة
- صور الأفعال المجرمة الماسة بالتصميمات التخطيطية للدوائر
- ٦٥ المتكاملة
- ٦٥ ١- نسخ التصميم التخطيطي
- ٦٥ ٢- استيراد التصميم التخطيطي أو بيعه أو توزيعه بغرض التجارة
- ٦٩ المطلب الثاني : الحماية الجنائية للتصميمات والنماذج الصناعية
- صور الأفعال المجرمة في مجال الحماية الجنائية للتصميمات
- ٧٢ والنماذج الصناعية
- ٧٣ أولا : من حيث التجريم
- ٧٦ ثانيا : من حيث الجزاء الجنائي
- المبحث الثاني : الحماية الجنائية للمعلومات السرية
- ٧٨ (المعلومات غير المفصح عنها)
- ٧٨ المطلب الأول : ماهية المعلومات السرية
- ٧٩ ١- سرية المعلومات
- ٨٠ ٢- أن تستمد المعلومات قيمتها التجارية من كونها سرية
- ٨٠ ٣- خضوعها لإجراءات معقولة من قبل حائزها للحفاظ عليها
- المطلب الثاني : صور الأفعال المباحة في مجال الحماية الجنائية
- ٨١ للمعلومات السرية
- ٨٢ ١- الحصول على المعلومات من المصادر العامة المتاحة

- ٨٢ ٢- الحصول على المعلومات نتيجة بذل الجهود الذاتية والبحث  
العلمي
- ٨٢ ٣- حيازة واستعمال المعلومات المعروفة
- ٨٣ للمطلب الثالث : صور الأفعال المجرمة في مجال الحماية الجنائية  
للمعلومات السرية (المنافسة غير المشروعة)
- ٨٤ تحديد الأفعال المتعارضة مع الممارسة التجارية للشريفة  
الفصل الثالث
- ٩٢ الحماية الجنائية للعلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية  
تمهيد وتقسيم
- ٩٢ المبحث الأول : الحماية الجنائية للعلامات التجارية  
تقسيم
- ٩٣ المطلب الأول : ماهية العلامات التجارية
- ٩٩ المطلب الثاني : صور الأفعال الماسة بالعلامات التجارية
- ٩٩ ١- أما من حيث تحديد بداية الحماية الجنائية للعلامات التجارية  
٢- مدى تطلب تسجيل العلامة التجارية لإضفاء الحماية الجنائية  
عليها
- ١٠٠ المسألة الأولى : بشأن مدى تطلب المادة ١١٣ من قانون حماية  
حقوق الملكية الفكرية المصري لتسجيل العلامات  
التجارية وعدم تطلب هذا التسجيل طبقاً للمادة ٢٠٨  
من قانون العقوبات المصري
- ١٠٠ المسألة الثانية : بشأن مدى تطلب تسجيل العلامة التجارية لإضفاء  
الحماية الجنائية بالنسبة لكافة الجرائم الواردة بالمادة  
١١٣ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية
- ١٠٢ المسألة الثالثة : بشأن عدم تطلب تسجيل العلامة التجارية المشهورة  
لإضفاء الحماية الجنائية عليها
- ١٠٤ الفرع الأول : جريمة "تزوير" أو تقليد علامة تجارية مسجلة

- أولا : الركن المادى فى جريمة "تزوير" أو تقليد علامة تجارية  
 ١٠٧ مسجلة
- السلطة التقديرية لقاضى الموضوع بشأن توافر تقليد العلامة التجارية  
 ١١١ من عدمه
- ثانيا : الركن المعنوى فى جريمة "تزوير" أو تقليد علامة تجارية  
 ١١٢ مسجلة: (مدى تطلب توافر القصد الجنائى فى هذه الجريمة)
- الفرع الثانى : جريمة استعمال علامة تجارية مزورة أو مقلده  
 ١١٦
- الفرع الثالث : جريمة وضع علامة مملوكة للغير  
 ١١٩
- الفرع الرابع : جريمة بيع منتجات عليها علامة تجارية مزورة أو  
 مقلدة أو موضوعة أو عرضها للبيع أو للتداول أو  
 ١٢٣ حيازتها بقصد البيع
- المبحث الثانى : الحماية الجنائية للمؤشرات الجغرافية  
 ١٢٧
- تقسيم  
 ١٢٧
- المطلب الأول : ماهية المؤشرات الجغرافية  
 ١٢٧
- المطلب الثانى : صور الأفعال الماسة بالمؤشرات الجغرافية  
 ١٢٩
- الفرع الأول : جريمة وضع مؤشرات جغرافية على سلع يتجر بها  
 فى جهة ذات شهرة خاصة فى إنتاج سلعة معينة  
 ١٣٠ بطريقة تضلل الجمهور بأنها نشأت فى هذه الجهة
- الفرع الثانى : جريمة تسمية أو عرض سلعة ما بطريقة تضلل  
 الجمهور بنشأتها فى منطقة جغرافية مشهورة خلاف  
 ١٣٢ المنشأ الحقيقى لها
- الفرع الثالث : جريمة وضع مؤشر جغرافى على سلع يكون من  
 شأنه أن يوحي بأنها منتجة فى جهة ذات شهرة خاصة  
 ١٣٤ على خلاف الحقيقة
- ١٣٨ خاتمة

- أولا : عدم ملاءمة استخدام مصطلحات قانون العقوبات بشأن تجريم  
بعض الأفعال الماسة بحقوق الملكية الصناعية  
١٣٩
- ثانيا : عدم تقرير مسئولية الشخص المعنوى كقاعدة عامة في مجال  
جرائم الاعتداء على حقوق الملكية الصناعية  
١٤٠
- ثالثا : عدم مراعاة مبدأ التناسب في تقدير الجزاءات الجنائية  
١٤١
- فائمة المراجع  
١٤٣
- الفهرس  
١٤٦



# التحكيم فى المنازعات البحرية

دكتور محمد فريد العرينى

أستاذ ورئيس قسم القانون التجارى والبحرى

كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

=====

١- عود على بدء

التحكيم مسار قضائى إتفاقى ، استأثر بفض منازعات التجارة قبل نشأة قضاء الدولة . وسبب ذلك يرجع إلى ارتباط وجوده فى ميدان التجارة بنشأة القانون التجارى ذاته : فلقد نشأ هذا القانون نشأة طائفية ، إذ تكونت قواعده من مجموعة الأعراف والعادات التى سوانتت طوائف التجار فى العصور الوسطى على إتباعها فيما بينها . واكتسبت هذه العادات وتلك الأعراف الطابع الدولى بسبب الأسواق التجارية التى عرفتها أوربا فى العصور الوسطى كأسواق Beaucaire , Marseille , Lyon , Champagne , London , Hamburg . وكانت تعقد فى هذه الأسواق هيئات ، اتفق على تشكيلها من كبار التجار ، للفصل فى المنازعات بين المتعاملين وفقاً لأعرافهم وعاداتهم . وعُرفت هذه الهيئات ، التى تعتبر بالمفهوم الحديث آلية تحكيم ، بإسم " محاكم التجار " أو " المحاكم القنصلية " (١) .

وبعد نشوء الدولة المركزية الوطنية ، بجهازها القضائى المنظم من قبلها ، وظهور فكرة السيادة وما خلفته من انعكاسات قانونية تمثلت فى حركة التقنينات الواسعة ، بدأ الطابع الدولى للقانون التجارى فى الانحسار (٢) وأخذ دور القضاء الإتفاقى فى التراجع ، وذلك كله لحساب الطابع الوطنى لقانون التجارة الذى أنيط بقضاء الدولة وحده مهمة تطبيقه على جميع المنازعات فى الميدان التجارى .

---

(١) ثروت انيس الاسيوطى : الصراع الطبقي وقانون التجار ، 'دراسة تاريخية فلسفية' ، ١٩٦٥ ، ص ٣٥

وما بعدها .

(٢) أنظر :

Yvon Loussouarn et J.D. Bredin, Droit du commerce international, sirey, Paris 1969, P.20; G. Lagarde, cours de Droit commercial, Paris , 1967-1968, P.35.

وتلك حال لا تدوم وما كان لها أن تدوم بعد التغييرات والتطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية الهائلة التي مر بها العالم منذ ذلك الحين والى وقتنا الحاضر ، والتي أنت إلى تغيير المفاهيم التقليدية واندثار الأفكار الجامدة وحلول مفاهيم وأفكار جديدة محلها يغلفها إطار أصطلح على تسميته " بالعولمة " Mondialisation ، لدرجة أصبح معها الاقتصاديون والقانونيون يتحدثون اليوم عن " عولمة الاقتصاد " و " عولمة القانون " (٣) .

أما عن ظاهرة العولمة في المجال الاقتصادي ، فكان محركها ثورة العلم والتكنولوجيا ، ناهيك عن المعلوماتية وثورة الاتصالات ، وما أفرزته من تغيير في نمط الإنتاج وهياكله : فأصبحت الصدارة للمشروعات الجماعية ، التي أخذت شكل الشركة ، وتم تدويل الإنتاج حيث " أصبحت العملية الانتاجية تتم داخل المشروع الرأسمالي لا على المستوى القومي ، كما كان يحدث في الماضي ، وإنما على المستوى العالمي " (٤) . وأدى ذلك إلى اتساع هائل للتجارة الدولية . وقادت الشركات دولية النشاط ، أو متعددة الجنسيات ، هذا التغيير وصارت لها اليد الطولى في عملية الإنتاج والتوزيع على المستوى العالمي .

وبدهى أن عولمة الاقتصاد لا يمكن أن تتفك عن القانون الذي يحكمها . فأتجه هذا الأخير نحو العولمة حيث ازدادت الاتفاقيات الدولية في هذا المجال والتي تضع على الدول الاطراف فيها واجب تعديل تشريعاتها الداخلية بما يتسق وأحكامها (٥) . كما تعددت العقود النموذجية ، التي فرضها الواقع العملي ، وصارت مصدراً هاماً ورئيسياً للقواعد الحاكمة للنشاط التجاري على الصعيدين الوطني والدولي (٦) الأمر الذي حدا ببعض إلى القول بإصطباغ القانون بالصيغة العقدية Contractualisation du Droit (٧) .

(٣) راجع في ذلك :

La mondialisation du Droit, sous la direction de Eric Loquin et Catherine Kessedjan, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, vol. 19, Litec, 2000.

(٤) حسام محمد عيسى : التحكيم التجاري الدولي ، نظرة نقدية ، ١٩٨٨ ، ص ٢٦ وما بعدها .

(٥) من أمثلة ذلك اتفاقية منظمة التجارة العالمية التي تلزم الدول الأطراف فيها بتعديل تشريعاتها بما يتفق وأحكامها .

(٦) نظر المادة الثانية من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والتي تجعل لاتفاق الأطراف الأسبقية في التطبيق على المعاملات التجارية طالما أنه لا يخالف للنظام العام .

(٧) راجع في ذلك :

E. Loquin, la volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé, in la mondialisation du Droit, précité, P. 91 et s. surtout, P. 108 et s.

وكانت النتيجة الحتمية لكل هذه التطورات أن أخذ قانون التجارة يسترد طابعه الدولى الذى نشأ عليه منذ القدم ، وأن عاد التحكيم ليحتل مكان الصدارة مرة أخرى بفضلته نوو الشأن على قضاء الدولة لفض خلافاتهم وحسم منازعاتهم .

ولم تغب هذه الحقائق عن المشرع الوطنى فى مختلف الدول ، فسارعت هذه الاخيرة إلى سن قوانين خاصة بالتحكيم مسترشدة عند إعدادها بقواعد القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى للجنة الامم المتحدة لقانون التجارة الدولية لعام ١٩٨٥ ، وبالمعاهدات الدولية، خاصة اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية<sup>(٨)</sup> .

## ٢- التحكيم البحرى ومراكزه :

وكان من المستحيل أن تتعزل التجارة البحرية عن هذه التطورات ، لاسيما وأنها بطبيعتها نشاط دولى تحكمه عادات وأعراف واتفاقيات دولية عديدة . فأصبح التحكيم ، فى غالب الأحيان ، هو الوسيلة التى يتفق عليها المتعاملون فى هذا المجال للفصل فى منازعاتهم البحرية . تلك المنازعات التى قد تنشأ عن العقود البحرية - مثل عقود بناء السفن وتجهيزها، وإصلاحها ، وبيعها ، والتأمين البحرى عليها ، واستئجارها ، وعقود نقل البضائع أو الأشخاص، والبيوع البحرية - ، أو عن الحوادث البحرية كالتصادم والمساعدة والإنقاذ وتسوية الخسائر البحرية المشتركة .

وساعد على انتشار التحكيم فى هذه المنازعات عوامل كثيرة تدور كلها حول الأمور التالية : أولاً ، الرغبة فى حل المنازعات البحرية حلا يتفق مع واقع النشاط البحرى . ذلك النشاط الذى ينفرد بخصوصيته ، وكثرة مخاطره وأخطاره ، وتعقيد منازعاته وإنطوائها على معطيات فنية وقانونية بحاجة إلى خبرة خاصة ، ودراية كاملة بالعادات والأعراف البحرية ، ومعلومات متميزة متجددة لا تتوفر للقاضى العادى مهما بلغت درجة احترافه ، ولا يعرف كنهها ودقائقها سوى الأشخاص الذين يحترفون هذا النوع من النشاط . ثانياً ، الطبيعة الدولية للنشاط البحرى وعدم ملاءمة القواعد القانونية الداخلية لهذه الطبيعة ، مما يقتضى التحرر من ربه القيود التى توجبها النظم القانونية المختلفة ، والبعد عن منهج تنازع القوانين الذى يقره القانون الدولى الخاص . والتحكيم هو الآلية المثلى لبلوغ هذا الهدف ، إذ يتيح اتفاق التحكيم لأطرافه فرصة ذهبية لاختيار قانون الإجراءات وقانون الموضوع ، ناهيك عن مكان التحكيم

(٨) من هذه القوانين ، قانون التحكيم المصرى فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ الصادر بتاريخ ١٨ أبريل ١٩٩٤ .

ولغته وقضاء الحكم . ثالثا ، ضرورة حسم المنازعات البحرية بالسرعة الواجبة ، بمنأى عن قضاء الدولة بدرجاته المتعددة وبإجراءاته البيطئية المعقدة ، نظرا لتعلق الأمر بثروة بحرية عظيمة القيمة تتمثل فى السفينة وما تحمله من أموال . ولا يخفى على الفطنة ما يترتب على بقاء السفينة ساكنة فى الميناء لمدة طويلة ، انتظارا لصدور حكم قضائى يفصل فى النزاع ، من خسائر فادحة تصيب ذوى الشأن من ملاك السفن ومجهزىها ومستأجرىها فضلا عن الشاحنين وأصحاب المصلحة فى الرسالة للبحرية وشركات التأمين . رابعا ، إحاطة المعاملات التجارية البحرية بقدر من السرية ، إذ قد تقتضى الظروف فى بعض الأحيان اختلاف شروط التعاقد فى منطقة أو دولة ما عنها فى مناطق أو دول أخرى لاعتبارات معينة مما يقتضى كفالة السرية فى هذا المقام . وللتحكيم ، بلا شك ، هو خير وسيلة لتحقيق هذه الغاية بالنظر إلى سرية جلساته وعدم نشر قراراته إلا بناءً على اتفاق مسبق بين أصحاب الشأن .

وللتحكيم البحرى مراكز متعددة على اتساع العالم ، لكن الأكثرها شهرة تلك الكائنة فى الدول البحرية الكبرى والمجهزة والمالكة لأساطيل النقل البحرى كانجلترا وفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية . وفى انجلترا توجد غرفة التحكيم البحرى ، التى انشأتها مؤسسة اللويدز عام ١٩١٢ ، ومقرها مدينة لندن ، وهى من أقدم مؤسسات التحكيم المتخصصة فى تسوية المنازعات الناشئة عن الحوادث البحرية . وهناك غرفة التحكيم البحرى والمنظمة الدولية للتحكيم البحرى ، ومقرها مدينة باريس بفرنسا . وتأسست الغرفة الأولى عام ١٩٢٩ بواسطة اللجنة المركزية الفرنسية لمجهزى السفن ، وهى مؤسسة تحكيم فرنسية خالصة ، أما الثانية فهى منظمة دولية يتم التحكيم أمامها وفقا لللائحة وضعتها غرفة التجارة الدولية والمنظمة البحرية الدولية وتعرف "بلائحة تحكيم C.C.I.-C.M.I."<sup>(٩)</sup> .

وتقوم المراكز سالفة الذكر بإدارة العملية التحكيمية ، وفقا للوائحها ، منذ تقديم طلب التحكيم وحتى صدور قرار المحكمين ، كما تصدر الأحكام باسمها . لذلك يعتبر التحكيم

(٩) (١٠ ، ١١) راجع فى ذلك :

عاطف محمد الفقى ، التحكيم فى المنازعات البحرية ، دراسة مقارنة للتحكيم البحرى فى لندن ونيويورك وباريس مع شرح أحكام قانون التحكيم المصرى فى المواد المدنية والتجارية ١٩٩٤ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ ص ٩١ وما بعدها . وانظر كذلك :

P. Sanders, Aspects de l'arbitrage international, Rev. Dr. Inter. et Dr. Comp. 1976, P.129 et s. ; Fouchard, les institutions permanentes d'Arbitrage devant le juge étatique , Revue de l'Arbitrage, 1987 , p. 225 et s.

أمامها، فى نظر الفقهاء ، تحكيما بحريا مؤسسيا أو نظاميا (١٠) .

وبجانبا هذه المؤسسات التحكيمية ، توجد جمعيات للمحكمن البحريين لا تقوم بسأى دور فى تنظيم وإدارة العملية التحكيمية ، بل يقتصر دورها على خدمة المجتمع البحرى عن طريق وضع قائمة بالمحكمن البحريين ذوى الخبرة والكفاءة ، ولائحة بالإجراءات التحكيمية، تاركة لأطراف النزاع حرية اختيار محكميهم من بين الأسماء الواردة بالقائمة المشار إليها وحرية الخضوع للائحة المذكورة . ومن أهم هذه الجمعيات تلك الموجودة بمدينتى لندن ونيويورك . ويعتبر التحكيم أمامها تحكيما بحريا حرا وليس مؤسسياً (١١) .

### ٣- تقسيم الدراسة :

والمنازعات البحرية التى تعرض على التحكيم كثيرة ومتنوعة ، بعضها مصدره العقد المبرم بين ذوى الشأن ، والبعض الآخر ناشئ عن الحوادث البحرية . وأمثلة الطائفة الأولى عقود بناء السفن وإصلاحها وبيعها وتأجيرها والتأمين عليها ، وعقود نقل البضائع أو الأشخاص ، وعقود البيوع البحرية ، وعقود القطر البحرى . أما الطائفة الثانية فتضم التصادم البحرى ، والمساعدة والإنقاذ ، وتسوية الخسارات البحرية المشتركة .

وبحثنا مرصود فقط للعقود المتعلقة بالاستغلال البحرى للسفينة ، دون سواها ، نظرا لكثرة المنازعات التى تترتب على هذا الاستغلال . ويكفى للتدليل على ذلك نصفح الدوريات المتخصصة فى هذا المجال - مثل دورية (D.M.F.) Droit maritime Français الفرنسية و (LL.L.) Lloyd's List Law Reports الانجليزية ، و (A.M.C.) American Maritime Cases الأمريكية - التى تعج بالعديد من الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم فى هذا الموضوع .

وغنى عن البيان أن أهم المنازعات المتعلقة باستغلال السفينة ، التى تكون محلا للتحكيم ، هى تلك الناتجة عن نقل البضائع وإيجار السفن ، إذ يندر عملاً الا تشتمل سندات الشحن أو مشارطات الإيجار على إتفاق تحكيم ، سواء جاء هذا الاتفاق فى صورة شرط من شروط العقد ، أو فى شكل وثيقة مستقلة . وستدور دراستنا حول التحكيم فى هذا النطاق من خلال عرضنا/لآراء الفقه ، وموقف القضاء والاتفاقيات البحرية الدولية فى هذا المجال .

ومن ثم سنتقسم هذه الدراسة إلى، مبحثين رئيسيين تعالج على التوالى التحكيم وعقود نقل البضائع بحراً ( المبحث الاول ) والتحكيم ومشارطات إيجار السفن ( المبحث الثانى ) .

## المبحث الأول

### التحكيم وعقود نقل البضائع بحراً

#### ٤ - النقل البحري بين سند الشحن ومشاركة الإيجار

نقل البضائع بحراً على صورتين : نقل بمقتضى سند شحن يصدر إبتداءً ، وآخر بموجب مشاركة إيجار يصدر لتنفيذها سند شحن يسلم إلى المستأجر الشاحن .  
والصورتان مختلفتان من حيث دور سند الشحن فى كليهما ، ومن حيث القواعد القانونية الحاكمة لكل منهما .

فى الصورة الأولى ، ينهض سند الشحن دليلاً على تصرف قانونى هو عقد النقل بما فيه من شروط ، وعلى واقعة مادية وقانونية هى استلام البضاعة . بينما يقتصر دوره فى الثانية فقط على إثبات واقعة تسلّم البضاعة وشحنها .

أما عن القواعد الواجبة التطبيق فهى ، فى النقل بسند شحن ، تلك الواردة باتفاقية سندات الشحن الموقعة فى ٢٥ أغسطس عام ١٩٢٤ والمعدلة ببروتوكول بروكسل لعام ١٩٦٨ ، أو تلك التى قررتها اتفاقية هامبورج لعام ١٩٧٨ ، وذلك متى توفرت شروط تطبيق أى منها . وفى حالة تخلف مثل هذه الشروط ، كلها أو بعضها ، يسرى على النقل القانون الوطنى الذى تعينه قواعد الاسناد المطبقة .

ولا تلحق القواعد السابقة النقل بمشاركة إيجار إلا إذا كان سند الشحن الصادر تنفيذا لها قد آلت حيازته إلى شخص آخر غير المستأجر الشاحن . وفى غير هذه الحالة تطبق القواعد المتفق عليها بين أطراف المشاركة .

والسبب فى هذا التباين ، من حيث القواعد واجبة التطبيق ، بين مشاركة الإيجار وسند الشحن يرجع إلى أن أطراف المشاركة يقفون على قدم المساواة ويتمتعون بذات القوة الاقتصادية ، فلا حاجة إذاً لتدخل تشريعى يحمى أحد الأطراف من عسف الطرف الآخر . بينما الحال على عكس ذلك تماماً فى النقل البحري بسند شحن حيث ينفرد الناقل بالمركز الأقوى مما استدعى ضرورة وضع قواعد أمرّة فى شكل اتفاقيات دولية أو قوانين وطنية وأجبة التطبيق حماية للطرف الضعيف وهو شاحن البضاعة أو من تؤول إليه .

وسند الشحن قد يكون مكتفياً بذاته ، بمعنى أنه يشتمل على كافة البيانات والشروط الخاصة بعملية النقل وبالبضاعة المنقولة ويتضمن فى نفس الوقت شرط تحكيم لتسوية ما قد ينشأ من منازعات بين أطراف عقد النقل . وهنا تتور مشكلة تحديد النطاق الشخصى لهذا

الشرط (المطلب الأول) .

وقد لا يكون السند كذلك ، بل يحيل إلى وقائع خارجة عنه ، كأن يحيل سند الشحن مثلا إلى شروط مشاركة الإيجار الصادر تنفيذا لها ومن بينها شرط التحكيم . ويثير هذا الوضع مشكلة شرط التحكيم بالإحالة وحدوده (المطلب الثاني) .

## المطلب الأول

### النطاق الشخصي لشرط التحكيم في سند الشحن

٥- شرط التحكيم بين القوة الملزمة والسريان :

نقطة البدء في مسيرة التحكيم هي "اتفاق التحكيم" ، والصورة الأكثر شيوعا لهذا الاتفاق هي "شرط التحكيم" الذي يضعه الأطراف في العقد المبرم بينهم ويتفقون بمقتضاه على إخضاع المنازعات التي قد تنشأ عن هذا العقد للتحكيم .

وشرط التحكيم لا يفترض ، بل يجب أن تتصرف إليه إرادة الأطراف صراحة . وهذا أمر منطقي ومفهوم ، لأن هذا الشرط يسلب من قضاء الدولة ولاية الفصل في نزاع من اختصاصه لصالح قضاء خاص يرتضيه الأطراف . لذلك قضى بأن الشرط الوارد بإحدى العقود - والذي ينص على "أن التحكيم ، إن وجد ، ينعقد في مدينة ..... وطبقا للقانون....." - لا ينبغي حمله على أنه يتضمن شرط تحكيم يستتبع الحكم بعدم قبول الدعوى ، إذ في هذا التفسير انحراف عن عبارة الشرط الواضحة واستطاقها بما لم تنطق به ومن ثم يكون حريا بالالتفات عنه لمخالفته القانون (١٢) .

ومن المستقر عليه أن شرط التحكيم يتمتع بالاستقلال عن العقد الذي يحتويه . بل أكثر من ذلك صار هذا الاستقلال مبدأ ثابتا أقرته معظم القوانين الوطنية الخاصة بالتحكيم (١٣) والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية عام ١٩٨٥ (١٤) ولوائح التحكيم البحري (١٥) ، كما نطقت به العديد

(١٢) نقض منى مصرى ، ١٩٨٧/١١/١١ ، الطعن رقم ١١٥ لسنة ٥٢ ق .

(١٣) انظر على سبيل المثال : المادة ٢٣ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

(١٤) المادة ١/١٦ من القانون النموذجي لعام ١٩٨٥ .

(١٥) المادة العاشرة من لائحة التحكيم لغرفة التحكيم البحري بباريس ، المادة ٢/٥ من لائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري ، المادة ٢/٢١ من لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (اليونسترال ١٩٧٦) .

من الأحكام الصادرة عن قضاء الدولة والهيئات التحكيمية<sup>(١٦)</sup> ، وموody هذا الاستقلال أن مصير شرط التحكيم ، متى كان صحيحا في ذاته ، لا يرتبط بمصير العقد الذي يتضمنه . فلا يترتب على بطلان هذا الأخير أو فسخه أو إنهائه أى أثر على شرط التحكيم الوارد به .

وورود شرط التحكيم بمسندات الشحن لا يكون بصيغة واحدة ، بل تتنوع هذه الصيغ بحسب المكان المتفق على إجراء التحكيم فيه وتبعاً للقانون الواجب التطبيق عليه<sup>(١٧)</sup> .

ولشرط التحكيم فى سند الشحن ، باعتباره اتفاقاً ، القوة الملزمة فيما بين أطراف هذا السند ، وهما الشاحن والناقل البحرى . ولا يمتد أثره ، كقاعدة عامة ، إلى غيرهم ممن لم يبرموا عقد النقل ، وهذا محض تطبيق لمبدأ نسبية آثار العقد .

لكن العقد ، كتصرف قانونى ، قد يمس أو يتصل بمصالح أشخاص أخرى غير أطرافه ، كأصحاب المصلحة فى الرسالة البحرىة من مرسل إليهم وشركات تأمين ، على سبيل المثال ، فهل يسرى فى مواجهتهم شرط التحكيم الثابت فى سند الشحن ؟ وما هى شروط هذا السريان فى حالة إقراره ؟

#### ٦- المرسل إليه طرف أم غير ؟ :

القاعدة أن سند الشحن ، فى شقه الخاص بنقل البضاعة ، ينتج أثره فى حق المرسل إليه بصرف النظر عن الأساس الذى تستند عليه هذه القاعدة . لكن هل يلتزم هذا الأخير بما يجاوز هذا الشق ؟ وبعبارة أخرى هل يقتيد المرسل إليه بشرط التحكيم المنصوص عليه فى سند الشحن بحيث لو شرع فى مداعاة الناقل أمام قضاء الدولة كان للناقل أن يتمسك فى مواجهته بهذا الشرط عن طريق الدفع بعدم قبول الدعوى ؟

انقسم للفقهاء فى الإجابة عن هذا التساؤل إلى اتجاهين : اتجاه يرى أن مبدأ استقلال شرط التحكيم يحول دون امتداده ، فى حالة وروده بسند الشحن ، إلى المرسل إليه ، خاصة وإن هذا الشرط يُعتبر عن رغبة شخصية فى عدم سلوك سبيل القضاء من طرفى النزاع على نحو يقتضى قصر الإلزام به على من عيّز بالفعل عن هذه الرغبة<sup>(١٨)</sup> .

(١٦) انظر فى هذه الأحكام : عاطف محمد لطفى ، المرجع السابق ، ص ١٤٣ وهولمشها .

(١٧) أحمد حسنى : عقود إيجار السفن ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٥ ، ص ٣١٤ .

(١٨) مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال ، التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٨ ، ص ٥٠٦ ، وراجع كذلك : محمد نور شحاته ، مفهوم الغير فى التحكيم ، دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦ ، فقرة ٧٦ وما بعدها ، ص ٥٧ وما بعدها .



واتجاه آخر يقول بإلزام المرسل إليه بهذا الشرط تأسيساً على أن المقصود باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي ينطوي عليه هو الاستقلال عنه في كينونته بحيث لا يرتبط مصير أحدهما بالآخر . لكن هذا الاستقلال لا ينفي بطبيعة الحال وجود ارتباط بينهما مصدره كون محل التحكيم هو المنازعات التي قد تنشأ عن العقد الأصلي ، وهذا وحده كاف للقول بأن الاعتبارات التي أدت إلى التسليم بإنتاج سند الشحن أثره في حق المرسل إليه تنهض في ذات الوقت مبرراً لإلزامه بشرط التحكيم الوارد به (١٩) .

ولقد انحازت إلى الاتجاه الأول محكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر في قضية " Navire "stolt osprey" بتاريخ ٢٩ نوفمبر ١٩٩٤ ، والذي قررت فيه أنه " لكي يحتج على المرسل إليه بشرط التحكيم للثابت في سند الشحن ينبغي أن يتصل هذا الشرط بعلمه وأن يكون محل قبول خاص من جانبه يصدر في ميعاد لا يتأخر ، على أكثر تقدير ، عن لحظة انضمام المرسل إليه لعقد النقل بتسلمه البضاعة المرسلة " (٢٠) . وتأكد هذا الموقف ، الذي أرسى به المحكمة مبدأ قانونياً ، في حكم آخر لها بتاريخ ٢٠ يونيو ١٩٩٥ في قضية " Mediterranean shipping co. c/ GAFL insurance & others حيث قضت بأن " قبول الشاحن شرط التحكيم الوارد بسند الشحن لا يكفي لكي يحتج بهذا الشرط على المرسل إليه ما دام أن هذا الأخير لم يقبله " (٢١) .

وكان هذا القضاء ، ولا يزال ، محل انتقاد شديد من جانب فقه التحكيم لمخالفته للنظريات التي يؤسس عليها إلزام المرسل إليه بعقد النقل البحري المبرم بين الشاحن والناقل: فهو مخالف للنظرية السائدة الآن التي ترى في المرسل إليه طرفاً في عقد النقل منذ إبرامه بحسابه عقداً ثلاثي الأطراف ، ومن ثم فإنه يلتزم منذ البداية بشرط التحكيم الوارد في سند الشحن ولا حاجة ، عندما يؤول إليه هذا السند ، إلى التعبير مرة أخرى عن قبوله الخاص بالشرط المشار إليه (٢٢) .

كما أن هذا القضاء يتعارض مع نظرية حيابة السند التي تشبه سند الشحن بالورقة التجارية، حيث إن الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد النقل البحري تندمج في السند

(١٩) مصطفى لجمال وعكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٥٠٦ .

(٢٠) D.M.F. 1995, 218, Note Yves Tassel: obs. Bonassies, D.M.F. 1995, 200

(٢١) Revue de l'Arbitrage, 1995, 622, Note Jean-Louis Goutal

(٢٢) ٢٢ و ٢٣ و ٢٤) انظر في ذلك تفصيلاً :

Jean - Louis Goutal, Note précitée.

المذكور بمجرد إصداره ومن ثم فإنها تنتقل تلقائياً إلى المرسل إليه عندما ينتقل إليه سند الشحن بالنظهير إذا كان للأمر والتسليم إذا كان للحامل . فحيازته لسند الشحن تكفي ، إذاً ، لإلزامه بشرط التحكيم الوارد به ، دون أن يتوقف هذا الإلزام على صدور قبول جديد من جانبه لهذا الشرط بوجه خاص (٢٣) .

ولا يستقيم هذا القضاء ، أخيراً ، حتى مع النظرية التقليدية ، المهجورة منذ زمن ، التي كان للفقهاء يفسر بها المركز القانوني للمرسل إليه بالنسبة إلى عقد النقل البحري ، وهي نظرية الاشتراط لمصلحة الغير : فوفقاً لهذه النظرية ينشأ حق المنتفع مباشرة عن العقد المبرم لمصلحته والذي انعقد بإرادة كل من المشتري والمتعهد دون حاجة لقبول من المنتفع . ذلك أن قبول المنتفع ليس متطلباً لإبرام عقد الاشتراط أو نشوء الحق لمصلحته ، لكنه لازم لإسقاط حق المشتري في نقض الاشتراط . وترتيباً على ذلك لا يتطلب قبول المرسل إليه ( المنتفع من عقد النقل ) لكي يسرى في حقه شرط التحكيم الوارد بسند الشحن المحرر بين الشاحن (المشترط ) والناقل ( المتعهد ) ، لكون هذا الشرط من توابع الحق الذي نشأ مباشرة لمصلحته عن عقد النقل (٢٤) .

وإذا كان قضاء النقض الفرنسي يعتبر المرسل إليه من أعيان سند الشحن بحيث يلزم قبوله لسريان شرط التحكيم في مواجهته ، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة إلى محكمة النقض المصرية . فقد انتصرت هذه المحكمة للاتجاه الفقهي الآخر واستقر قضاؤها على أن المرسل إليه يعتبر طرفاً ذا شأن في سند الشحن يتكافأ مركزه ومركز الشاحن ويرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن ومنذ ارتباط هذا الأخير به (٢٥) . وموody ذلك أن قضاء النقض المصري يقبني نظرية العقد ثلاثي الأطراف ، ويجعل من المرسل إليه طرفاً في سند الشحن بجانب طرفيه الأصليين وهما الشاحن والناقل . ومن ثم فإنه يلتزم ، ومنذ البداية ، كما يلتزمان ، بكل شروط سند الشحن بما فيها شرط التحكيم .

#### ٧- شرط التحكيم والمؤمن على البضاعة :

ولكن ما الحكم فيما لو كانت البضاعة المنقولة بسند شحن مؤمناً عليها لمصلحة المرسل إليه ، فهل يلتزم المؤمن بشرط التحكيم الوارد بسند الشحن إذا ما أراد الرجوع على الناقل بما وفاه من مبالغ التعويض للمرسل إليه ؟

(٢٥) نقض ، ١٩٧٥/٣/٥ ، من ٢٦ ، ص ٥٣٥ ؛ ١٩٨١/٢/٩ ، من ٣٢ ، ص ٤٤٥ . وانظر في فرنسا : Paris, 24 Mars 1992 , D.M.F. 1993, 346.

الاتفاق منعقد على أن يلتزم المؤمن بذلك الشرط . غير أن هناك خلافاً حول أساس هذا الالتزام : فذهبت بعض الأحكام إلى تبريره استناداً إلى حوالة الحق . حيث من المقرر أن هذه الحوالة يترتب عليها انتقال الحق المحال به بكل صفاته ودفعه من للدائن المحيل إلى المحال له . ولما كان المرسل إليه " المحيل " لا يستطيع اقتضاء حقه في التعويض من الناقل " المحال عليه " إلا عن طريق التحكيم ، بالإعمال لشرط التحكيم المذكور في سند الشحن ، وكان هذا الشرط معلوماً للمؤمن " المحال له " أو في استطاعته العلم به وقت إبرام عقد التأمين مع المرسل إليه فإنه ينتقل إلى المؤمن ، ومن ثم يلتزم به ، باعتباره من توابع الحق المحال به (٢٦) .

بينما حيدت أحكام أخرى اسناده إلى فكرة الحلول حيث يحل المؤمن محل المرسل إليه في الحق الذي للأخير قبل الناقل . والقاعدة أن من حل قانوناً أو اتفاقاً محل للدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما لحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفع. ولا شك أن شرط التحكيم من ملحقات الحق ودفعه في نفس الوقت فيحل عليه المؤمن محل المرسل إليه ، وبالتالي يصير ملزماً به (٢٧) .

#### ٨- شرط التحكيم والاتفاقيات الدولية للنقل البحري بسند شحن :

إذا كانت اتفاقية سندات الشحن لعام ١٩٢٤ قد جاءت ، هي والبروتوكول المعدل لها عام ١٩٦٨ ، خلوا من أى نص يجيز التحكيم في المنازعات الناشئة عن النقل الخاضع لها ، فلم يعد الحال كذلك في اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بحراً المعروفة " بقواعد هامبورج لعام ١٩٧٨ " حيث أفردت للتحكيم نص مادتها الثانية والعشرين . وكان الدافع إلى ذلك حماية الشاحنين ومن تؤول إليهم البضاعة فيما بعد بحيازة سند الشحن ، وهم الطرف الضعيف ، من عسف الناقل ، الطرف القوي ، الذي قد يضمن سندات الشحن شروط تحكيم تعصف بالنظام الحمائي الذي قرره الاتفاقية لمصلحة أصحاب الشأن في الرسالة البحرية . وتحقيقاً لهذه الحماية اكتفت الاتفاقية بالتركيز على مسألتين رئيسيتين لا تتحقق الحماية بدونهما ، وهما مكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق على النزاع ، تاركه مسائل التحكيم الأخرى للأطراف

(٢٦) انظر : استئناف الاسكندرية ، الاستئناف رقم ١٠٢٠ لسنة ٣٥ الصادر بتاريخ ١٩٨١/١/٢٥ ، محكمة اسكندرية الابتدائية ، القضية رقم ٣٧٤٧ لسنة ١٩٧٩ تجارى كلى بتاريخ ١٩٨٠/١٢/٢٤ مشار إليهما في : أحمد حسنى ، المرجع السابق ، ص ٣١٥ ، هلمش ٧٨ .

Paris, 24 Mars 1992 , D.M.F. 1993 , 346.

(٢٧) انظر :

ينظّمونها بما ترتضيه إرادتهم .

فمن حيث مكان التحكيم ، لم يعد المكان المعين في شرط التحكيم ملزماً للمدعى ، وهو في الغالب الأعم الشاحن أو المرسل إليه ، بل صار هذا المكان ، بمقتضى نص المادة ٣/٢٢ب من اتفاقية هامبورج ، إحدى الخيارات المتاحة أمام المدعى بجانب الخيارات الأخرى التي أوردتها في البند أ من فقرتها الثالثة والمحصورة في الأماكن التالية : مكان في دولة يقع في أراضيها : ١- المحل الرئيسي لعمل المدعى عليه ، فإن لم يوجد فمحله الاعتيادي ؛ أو ٢- مكان إبرام العقد شريطة أن يكون للمدعى عليه فيه محل عمل أو فرع أو وكالة أبرم العقد عن طريق أى منها ؛ أو ٣- ميناء الشحن أو ميناء التفريغ .

والذي دعا واضعى الاتفاقية إلى توسيع الخيارات أمام المدعى ، وعدم قصرها على المكان للمبين بشرط التحكيم دون غيره ، هو الرغبة في قطع الطريق على الناقل ومنعه من استغلال مركزه القوي ، عند إبرام العقد ، لإجبار الشاحن ، وبالتالي المرسل إليه ، على قبول شرط تحكيم يلزمه بإجراء التحكيم في مكان قصى غريب عنه مما يكبده مشقات ويكلفه نفقات لا تتناسب البتة مع ما يجنيه من دعواه (٢٨) .

وهكذا أتاحت الاتفاقية الفرصة للمدعى لاختيار أكثر الأماكن ملائمة له من بين تلك التى عددها الفقرة الثالثة من مادتها الثانية والعشرين سألغة الذكر .

ولإيضاح كيفية إعمال الخيار المعطى للمدعى بمقتضى الاتفاقية نسوق المثال التالى: لو فرض أن عقد نقل بضائع بحرا من الاسكندرية بجمهورية مصر العربية إلى نيويورك بالولايات المتحدة الأمريكية أبرم في جنوه بإيطاليا بين شركة ملاحه يونانية وشركة قطاع أعمال عام مصرية ، وتضمن سند الشحن شرط تحكيم يقضى بإجراء التحكيم فى لندن بالمملكة المتحدة ، فحينئذ يكون للمدعى ، فى حالة تلف أو هلاك أو ضياع البضاعة ، أن يختار مكان التحكيم من بين الأماكن التالية : اليونان حيث يوجد المركز الرئيسى لشركة الملاحه اليونانية ، إيطاليا على أساس أن عقد النقل قد أبرم فيها بوساطة فرع لشركة الملاحه المذكورة ، مصر باعتبار أن ميناء الشحن يقع على سواحلها ، الولايات المتحدة الأمريكية التى يوجد بها ميناء التفريغ ، المملكة المتحدة للمكان المتفق على إجراء التحكيم فيها .

أما من حيث للقانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض على التحكيم فلم يعد للخصوم حرية لختيار هذا القانون ، إذ ألزمت الاتفاقية المحكم أو هيئة التحكيم ، بمقتضى

---

(٢٨) انظر : كمال حمدى ، مسئولية الناقل البحرى للبضائع فى قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ (دراسة مقارنة مع اتفاقية هامبورج) ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٥ ، فقرة ١٧٦ ، ص ٢٥٩ .

الفقرة الرابعة من مادتها الثانية والعشرين ، بالفصل فى النزاع طبقاً للقواعد التى قررتها .  
والذى دفع واضعى الاتفاقية إلى تبنى هذا الحكم هو الحيلولة دون استبعاد أحكامها  
التي تحمى أصحاب الرسالة البحرية فيما لو ترك لأطراف عقد النقل حرية تحديد القانون  
الذى سينطبق على ما قد ينشأ بينهم من منازعات . إذ سيجبر الناقل ، نظراً لكونه الطرف  
الأقوى ، الشاحن ، باعتباره الطرف الضعيف ، على الرضوخ عند إبرام العقد لإرادته وقبول  
قانون أقل حماية لمصلحته مما تقرره له الاتفاقية .

وحرصاً من الاتفاقية على كفالة الحماية للطرف للضعيف ، فى عقد النقل البحرى  
الخاضع لها ، اعتبرت الأحكام التى قررتها بشأن مكان التحكيم والقواعد التى تطبق على  
موضوع النزاع جزءاً من كل شرط تحكيم ، ورصدت البطلان والإلغاء لكل نص يرد فى  
الشرط المذكور يكون متعارضاً مع هذه الأحكام (المادة ٥/٢٢) . أى إن قواعد الاتفاقية  
الخاصة بمكان التحكيم والقواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع أصبحت من النظام  
العام بحيث يقع باطلاً ولاغياً كل اتفاق سابق على قيام النزاع يسلب المدعى الخيار الذى  
أتاحته له الاتفاقية ، أو يحدد قانوناً لحكم النزاع بديلاً عن قواعدهما . وكذلك يبطل كل شرط  
تحكيم وارد بسند الشحن مع تفويض المحكمين بالصلح ، إذ أن المحكمين المفوضين بالصلح  
معفون من التقيد بأحكام القانون . وتبعاً يكون من أثر هذا الشرط عدم تقيد المحكمين بأحكام  
الاتفاقية وهى أحكام متعلقة بالنظام العام .

لكن الأحكام السابق ذكرها يتعطل تطبيقها إذا ما حصل الاتفاق على ما يخالفها بعد  
قيام النزاع (مادة ٦/٢٢) ، "إذ تنتفى فى هذه الحالة مظنة أى ضغوط قد يمارسها الطرف  
القوى على الطرف الآخر ، ومن ثم تعود للأطراف بعد نشوء النزاع حرية اختيار مكان  
التحكيم والقواعد التى تحكم موضوع النزاع" (٢٩) .

---

(٢٩) كمال حمدي ، المرجع السابق ، ص ٢٦١ .

## المطلب الثاني شرط التحكيم بالإحالة وحدوده

٩ - وضع المشكلة :

من الصور الشائعة للنقل البحري النقل بموجب مشاركة إيجار تبرم بين مالك السفينة المؤجر وشاحن البضاعة المستأجر. وتنفيذا لهذه المشاركة يصدر سند شحن غالبا ما يتضمن نصا يقضى بالإحالة إلى الشروط والقواعد الواردة بالمشاركة لحكم ما قد ينشأ عن السند المذكور من منازعات. فإذا كان من بين شروط مشاركة الإيجار المحال عليها شرط تحكيم، فهل يعتبر هذا الشرط من مكونات سند الشحن، بمعنى أن يكون مندمجا فيه بحيث يسرى هذا الشرط في مواجهة كل حامل للسند متى اتصل بعلمه وحاز قبوله؟  
الإجابة على هذا التساؤل أثارت كثيرا من الجدل، وتباينت بصده أحكام القضاء في الدول المختلفة لدرجة ذهب معها البعض إلى القول بأن شرط التحكيم بالإحالة يعد من المسائل المعقدة البعيدة عن الوضوح والتي تشكل دائما هما كبيرا للمحكمن (٣٠).  
ونعرض فيما يلي لكل من موقف القضاء المقارن واتفاقية هامبورج لعام ١٩٧٨ من هذه المشكلة.

١٠- أولاً: موقف القضاء المقارن من شرط التحكيم بالإحالة :

استقر القضاء الفرنسي منذ زمن على أن شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار لا يعتبر مندمجا في سند الشحن الصادر تنفيذا لها إلا إذا تم ذكره على وجه الخصوص في نصوص الإحالة الواردة بالسند المشار إليه. فإذا جاءت الإحالة في عبارات عامة دون إشارة إلى شرط التحكيم، فإن هذا الشرط لا يعد مندمجا في سند الشحن وبالتالي لا يسرى في مواجهة من انتقلت إليه حيازته. وبناء على ذلك قضى " بأن حامل سند الشحن الصادر تنفيذا لمشارطة إيجار بالرحلة لا يمكن أن يحاج بشرط التحكيم الوارد في المشارطة المذكورة طالما أنه لم يكن منسوخا بسند الشحن " (٣١).

(٣٠) انظر :

R. Jambu-Merlin, L'arbitrage maritime, in Etudes offertes a René Rodière, 1981, 407.

(٣١) انظر : Cass. Com. 4 Juin 1985, D.M.F. 1986, 106, Not R. Achard ، وانظر كذلك

الأحكام التي أثار إليها عاطف الفقى ، المرجع السابق ، ص ١٤٨ هلمش ١ .

ويعتبر في حكم الاندماج إرفاق نص مشاركة الإيجار بسند الشحن حتى ولو وردت الإحالة إلى بنود المشاركة بعبارات عامة لم تأت على نكر شرط التحكيم صراحة (٣٢) .  
فحل مشكلة اندماج شرط التحكيم في سند الشحن يتوقف ، إذاً ، على نظر القضاء الفرنسي ، على شرط الإحالة ومدى وضوح عباراته في الدلالة على انصرافه بصفة خاصة إلى شرط التحكيم المنصوص عليه في مشاركة الإيجار .

ويتفق القضاء الإنجليزي مع نظيره الفرنسي في هذه الجزئية . لذلك قضى باندماج شرط التحكيم الوارد بمشاركة الإيجار في سند الشحن الصادر بتنفيذها لها ، ومن ثم يحتج به على حامله ، إذا تضمن السند المذكور شرط إحالة جاءت عباراته بالصيغة التالية : " كل النصوص والشروط والإعفاءات ، بما فيها شرط التحكيم ، كما وردت بالمشاركة تطبق على هذا السند " (٣٣) .

لكن القضاء الإنجليزي لا يساير القضاء الفرنسي في موقفه عندما ترد الإحالة على المشاركة في عبارات عامة لا تخصيص فيها لشرط التحكيم . ففي هذه الحالة يذهب هذا القضاء إلى ضرورة قراءة شرط التحكيم الوارد بالمشاركة بإمعان وعلى ضوء سند الشحن الصادر بتنفيذها لها لمعرفة ما إذا كان هذا الشرط ينسجم من عدمه مع التطبيق على منازعات سند الشحن كتلك الخاصة بشحن ونقل وتفريغ البضاعة . فإذا كان منسجماً مع التطبيق على هذه المنازعات اندمج في السند ، والعكس صحيح . وتطبيقاً لذلك قضى بأنه " يندمج في سند الشحن شرط التحكيم المنصوص عليه في مشاركة الإيجار الذي يحيل إلى التحكيم أي نزاع ينشأ عنها أو عن أي سند شحن صادر بتنفيذها لها ، رغم أن شرط الإحالة المبين بسند الشحن قد جاء في عبارة عامة حرفيتها "كل النصوص والإعفاءات الموجودة بالمشاركة تطبق على هذا السند " (٣٤) .

وقضى من ناحية أخرى بأنه لما كان شرط الإحالة الوارد بسند الشحن ينص على أن " كل النصوص والشروط الأخرى كما وردت بمشاركة الإيجار " ، وكان شرط التحكيم المذكور في المشاركة ينص على أن " كل المنازعات الناشئة عن هذه المشاركة ستحال إلى التحكيم " ، فإنه لا محل لإندماج شرط التحكيم في سند الشحن لأن هذا الشرط يتعلق فقط

Paris, 13 Janv. 1988, Reuve de l'arbitrage 1990, 617

(٣٢)

The Rena. (1978) 1. LL.L. 545

(٣٣)

The Merak, (1964) 2 LL.L. 527.

(٣٤)

بالمنازعات الناشئة عن المشاركة دون تلك الناجمة عن عقد النقل البحري (٣٥) .

وفي مصر اتخذ القضاء ، في بادئ الأمر ، موقفاً أكثر تحريراً فاكتفى لإتمام عملية ائماج شرط التحكيم في سند الشحن بالإحالة العامة إلى مشاركة الإيجار (٣٦) . لكنه عدل عن هذا الموقف ، الذي كان محلاً لنقد شديد من جانب الفقه (٣٧) ، فطلب الإحالة الخاصة إلى شرط التحكيم للمدون بمشاهدة الإيجار لكي يتم اندماجه في سند الشحن ، وبالتالي يمكن الاحتجاج به على المرسل إليه وغيره من أصحاب المصلحة في الرسالة البحرية . فقضت محكمة النقض ، بحكمها الصادر في ١٣ يوليو عام ١٩٩٢ بأن " التحكيم - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية بما تكفله من ضمانات ، وكان سند الشحن يمثل في الأصل دليل الشاحن أو المرسل إليه قبل الناقل ، فإنه يتعين أن يفرغ فيه كافة الشروط الخاصة بعملية النقل بحيث إذا ما اتفق بين طرفي عقد النقل على الالتجاء إلى التحكيم في شأن ما يثور من منازعات يتعين أن ينص عليه صراحة في ذلك السند ، ولا محل للإحالة المجهلة في أمره - بالنظر إلى خطورته - إلى مشاركة إيجار السفينة ، سيما وأن الشاحن أو المرسل إليه لم يكن أي منهما طرفاً في تلك المشاركة . وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتد بالإحالة العامة المعماة الواردة في سند الشحن إلى كافة شروط وبنود مشاركة إيجار السفينة والتي تضمنت في البند العاشر منها الاتفاق على التحكيم باعتبارها مندمجة في سند الشحن فإنه يكون قد شابه قصور في التسبب جره إلى الخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه" (٣٨) .

وبهذا الحكم يقترب قضاء النقض المصري إلى حد التطابق مع القضاء الفرنسي في موقفه من مشكلة شرط التحكيم بالإحالة ، ويبتعد عن القضاء الإنجليزي الذي ينظر إلى شرط التحكيم ، في حالة الإحالة المعماة ، ليرى ما إذا كان هذا الشرط منسجماً من عدمه مع

(٣٥) انظر : قضية Hamilton & Co. Vs. Mackie & Sons مشار إليها في :

Francesco Berlingieri, International Maritime Arbitration, Journal of Maritime Law & Commerce, Vol. X No. 2, P.200.

The Annefield, (1971) 1 LL.L. 1.

ونظر كذلك :

(٣٦) نقض ١٩٧١/٤/١٤ ، ص ٢١ ، ع ٢٤ ، ص ٥٩٨ ، ١٩٦٥/٢/٢٥ ، ص ١٦ ، ع ١٤ ، ص ٢٢٠ ،

١٩٦٥/٦/١٧ ، ص ١٦ ، ع ٢٤ ، ص ٧٧٨ و ٧٨٨ (حكمان) ، ١٩٦٧/٢/٧ ، ص ١٨ ، ع ١ ، ص ٣٠٠

وكذلك نقض ١٩٨١/٢/٩ اشار إليه احمد حسنى ، المرجع السابق ، ص ٣٢٤ .

(٣٧) انظر في هذه الانتقادات : عاطف الفقى ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ وما بعدها .

(٣٨) نقض ١٩٩٢/٧/١٣ ، ص ٤٣ ، ص ٩٣١ .



١١- شرط التحكيم بالإحالة في اتفاقية هامبورج لعام ١٩٧٨ :

تناولت اتفاقية هامبورج شرط التحكيم بالإحالة في الفقرة الثانية من مادتها الثانية والعشرين ، فنصت على أنه "إذا تضمنت مشاركة الإيجار نصا على إحالة المنازعات الناشئة بموجبها إلى التحكيم وصدر سند شحن استناداً إلى مشاركة الإيجار دون أن يتضمن ملاحظة خاصة تفيد أن هذا النص يلزم حامل سند الشحن ، فلا يجوز للناقل الاحتجاج بهذا النص تجاه حامل السند الحائز له بحسن نية" .

ولقد ثار الخلاف حول تفسير هذا النص : فذهب رأى إلى أن منطاط صحة شرط التحكيم الوارد بمشاهدة الإيجار في مواجهة حامل سند الشحن هو إدراجه في السند على نحو واضح وصريح ، ولا يغنى عن ذلك الإحالة إلى مشاركة الإيجار المشتملة على الشرط المذكور (٣٩) .

وذهب رأى آخر إلى أن النص المذكور يشمل الإحالة الخاصة إلى شرط التحكيم ، كما يشمل فضلا عن ذلك الإحالة العامة طالما تم تعيين مشاركة الإيجار في سند الشحن تعيينا يبرز ذاتيتها بذكر تاريخها وأطرافها ومكان إبرامها إذ الإحالة في هذه الحالة تعد من قبيل الشرط الواضح (الملاحظة الخاصة) الذي تطلبته الاتفاقية للاحتجاج على حامل سند الشحن بشرط التحكيم (٤٠) .

وأيا كان وجه الصواب في كلا الرأيين ، فلا مجال لإعمال ما قد يورده شرط التحكيم الثابت في مشاركة الإيجار مخالفا للأحكام المقررة في اتفاقية هامبورج والخاصة بمكان التحكيم والقانون الذي يحكم موضوع النزاع ، إذ ينبغي احترام ما قرره الاتفاقية في هذا الشأن .

---

(٣٩ و ٤٠) انظر في عرض هذا الخلاف : عاطف الفقى ، ص ١٦٢ وما بعدها .

## المبحث الثانى التحكيم وعقود إيجار السفن

١٢- صور إيجار السفينة :

قد يفضل مالك السفينة تأجيرها ، لاعتبارات اقتصادية معينة ، بدلا من استغلالها فى النقل البحرى لبضائعه أو لبضائع غيره . وفى هذه الحالة لا ينبغى الخلط بين النشاطين من الناحية القانونية : فعقد النقل محله " شحنة " تسلم إلى الناقل بقصد التغيير المكانى لها ، أى نقلها من ميناء الشحن إلى ميناء التفريغ . أما عقد إيجار السفينة فيرد محله على سفينة صالحة للملاحة يضعها المالك المؤجر تحت تصرف الشاحن المستأجر .

ولإيجار السفن صورتان رئيستان : الأولى ، إيجار السفينة غير مجهزة Bare boat ، أو عارية Coque - nue حسب المصطلح الفرنسى ، وفيها يقدم المالك سفينة صالحة للملاحة دون أن يقوم بتزويدها برجال الطاقم والمؤن اللازمة لتسييرها . والثانية ، إيجار السفينة مجهزة ، وفيها يقوم المالك بوضع السفينة تحت تصرف المستأجر مزودة بالطاقم ومعدات الملاحة ولوازمها . وتتنوع أشكال هذه الصورة ، لكن أهمها على الإطلاق تأجير السفينة لفترة زمنية محددة Time charter affrètement au temps ، وتأجيرها لرحلة أو رحلات محددة Voyage charter- affrètement au Voyage . وفى التأجير لفترة زمنية تفصل ، كقاعدة عامة ، الإدارة الملاحية للسفينة عن إدارتها التجارية ، فتبقى الأولى تحت سيطرة المالك بينما تؤول الثانية إلى المستأجر . أما فى التأجير بالرحلة فتجتمع الإدارتان فى يد المالك المؤجر .

وعادة ما يثبت عقد تأجير السفينة ، أيا كانت صورته ، بمحرر يطلق عليه " مشاركة

الإيجار " Charter party-Charte- partie .

ولا توجد على المستوى الدولى قواعد قانونية تنظم إيجار السفن : فإتفاقية سندات الشحن لعام ١٩٢٤ والبروتوكول المعدل لها عام ١٩٦٨ ، وكذلك إتفاقية هامبورج لعام ١٩٧٨ ، لا تمتد أحكامها لتبسط على إيجار السفن بل يقتصر نطاقها على نقل البضائع بمقتضى سند شحن . فلا مفر ، إذأ ، والحالة هذه ، من الرجوع إلى أحكام التشريعات الوطنية . غير أن هذه الأحكام ليست لها للصفة الأمرة ، وإنما هى مكملة لإرادة أطراف مشارطات الإيجار الذين يتمتعون بالحرية الكاملة فى اختيار القواعد التى تنظم عقودهم بما لا يخالف مقتضيات النظام العام . فغالبا ما يستبدلون بنصوص التشريعات الوطنية شروطا

خاصة تلبى احتياجاتهم وتحقق رغباتهم .

### ١٣- أنواع مشارطات الإيجار :

ولمشارطات الإيجار أنواع مختلفة ، لكن العمل البحرى أوجد نوعين من المشارطات النموذجية : مشارطات عامة ، وأخرى خاصة بعمليات معينة .  
والمشارطات العامة عبارة عن وثائق تشتمل على الشروط الدارجة ، وهى شروط مطبوعة تترك بعض بياناتها على بياض ليستوفىها ذوو الشأن بما يناسب ظروفهم . وقام بوضع هذه المشارطات نقابات أو جماعات مهنية من المشتغلين بالنقل البحرى . ولعل أشهر هذه المشارطات نموذج Baltimore وهو لمشارطة إيجار زمنية صاغها مؤتمر المجهزين المسمى بمؤتمر البلطيق عام ١٩٣٩ ، ومن هنا جاءت التسمية التى تحملها ، وأدخل عليها تعديلات متعاقبة بعد ذلك . وهناك نموذج lutetia الفرنسى المحرر عام ١٩٢٩ ونموذج Gencon الانجليزى لعام ١٩٢٢ ، وهما نموذجان لمشارطة إيجار بالرحلة .  
أما المشارطات الخاصة فهى تلك التى تتضمن بيانات خاصة بسفن ذات تخصص معين أو تستخدم فى نشاط بعينه . ويتم تحريرها حسب كل حالة وبما يتلاءم والعمليه التى توضع المشارطة من أجلها ، وغالبا ما يتدخل فى تحريرها سمسار بحرى . ومن أمثلتها مشارطة Norgrain الخاصة بنقل الحبوب ، وهى من وضع جمعية سمسرة ووكلاء السفن الأمريكية عام ١٩٧٣ ، ومشارطة القمح الأسترالى لعام ١٩٧٢ المسماه Austwheat . وهناك كذلك مشارطة Medcon لسنة ١٩٦٧ لنقل الفحم ، ولتى أقرها مؤتمر البلطيق والملاحه الدولية ، ومشارطات London Tanker Voyage و Shelltime 3 و intertanktime وهى مشارطات خاصة بنقل الزيت ، وكذلك مشارطة Scanfin لعام ١٩٢٤ و Binacon لعام ١٩١٤ وهما مشارطتان خاصتان بنقل الأخشاب (٤١) .

### ١٤- شرط التحكيم فى مشارطات إيجار السفن :

وشرط التحكيم هو القاعدة فى مشارطات إيجار السفن ، فنادراً ما توجد مشارطة

---

(٤١) انظر فى ذلك : على جمال الدين عوض ، مشارطات إيجار السفن ، دراسة علمية قانونية لأهم المشارطات والقانون المصرى والفرنسى والإنجليزى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧ ص ٨١ وما بعدها ، وكذلك :

René Rodière, Traité général de Droit Maritime, Affrètement & Transports, T.I., No 60, P. 79.

إيجار تخلو من مثل هذا الشرط . ويأتى هذا الشرط بصيغ عديدة يصعب حصرها : فبعض الشروط يسكت عن طريقة تعيين المحكمين تاركا أمر ذلك إلى القاتون المطبق والإجراءات السائدة فى المكان المتفق على إجراء التحكيم فيه : مثال ذلك الشرط الوارد فى مشاركة إيجار بالرحلة لنقل الفحم ، من إعداد مؤتمر البلطيق والملاحة الدولية B.I.M.co لعام ١٩٧١ يعرف بنموذج Polcoalvoy ، وكذلك فى مشاركة إيجار بالرحلة أصدرتها الغرفة البولندية للتجارة الخارجية تعرف بنموذج Nuvoy لنقل الأخشاب .

ويحيل البعض الآخر من الشروط فيما يتعلق بطريقة تعيين المحكمين إلى قواعد تحكيم خاصة : وأبرز مثال لذلك مشاركة Synacomex لنقل القمح التى تشير إلى القواعد المطبقة بغرفة التحكيم البحرية للكائنة بالعقار رقم ٧٣ بشارع هوسمان Haussman بالحي الثامن فى مدينة باريس ، وأيضا المشاركة اليابانية لنقل الأخشاب والمسماة مشاركة Navyozay حيث تحيل إلى قواعد التحكيم الخاصة بالبورصة البحرية اليابانية لنقل للكتل الخشبية ، ناهيك عن تلك المعروفة باسم Texacovy المتعلقة بسفن الصهاريج التى تتضمن الإحالة إلى قواعد الجمعية البحرية للتحكيم إذا كان التحكيم بجرى فى نيويورك ، وإلى قواعد القانون الانجليزى للتحكيم إذا ما تم التحكيم فى لندن .

وتوجد شروط تحكيم تنص على تعيين محكمين أحدهما يختاره المجهز والآخر المستأجر ، فإن لم يتفق للمحكما يعينان محكما ثالثا . ويكون قرار المحكمين أو المحكم الثالث نهائيا وملزما للطرفين . ومثال ذلك الشرط الوارد بمشاهدة Baltime لعام ١٩٣٩ الخاصة بنقل البضائع العامة (٤٢) .

وهناك شروط تتطلب مؤهلات معينة فى المحكمين : مثال ذلك مشاركة Norgrain لنقل القمح الأمريكى التى تتطلب أن يكون المحكم من رجال التجارة متى أتفق الطرفان على أن بجرى التحكيم فى نيويورك ، ومن رجال الأعمال الأعضاء فى بورصة لندن للعاملين فى تشغيل السفن أو تجارة القمح إذا كان التحكيم سيتم إجراؤه فى لندن . وكذلك مشاركة القمح الاسترالى التى تحمل اسم Austwheat التى تستلزم أن يكون المحكمون من رجال التجارة المشتغلين بصناعة النقل البحرى ، ومشاركة Tankship الخاصة بسفن الصهاريج التى تشترط فى المحكم أن يكون تاجرا أو مسارا (٤٣) .

وأخيرا فإن من الشروط ما ينص على أنه إذا لم يتم أحد الأطراف بتعيين محكمه فى

(٤٢) انظر فى هذه الشروط تفصيلا : أحمد حسنى ، للمرجع السابق ، ص ٣٠١ وما بعدها .

(٤٣) أحمد حسنى ، للمرجع السابق ، ص ٣١٢ وما بعدها .

الوقت المحدد ، عقب إخطاره بتعيين محكم الطرف الآخر ، كان لهذا الطرف الأخير أن يقوم بتعيين المحكم الثانى أو كان لمحكمه أن يفصل فى النزاع وحده .

#### ١٥- حرية الأطراف فى تنظيم العملية التحكيمية :

ونظرا لأن إتفاقية هامبورج لعام ١٩٧٨ لا تنطبق على مشارطات إيجار السفن ، فلن يتم العمل بقواعدها الخاصة بالتحكيم فى هذا المقام . ويكون للأطراف ، بالتالى ، حرية تنظيم العملية التحكيمية : فلهم الاتفاق على مكان التحكيم وعلى قضاة الحكم ، فضلا عن إختيار لغة التحكيم ، والقانون المطبق على الاجراءات وعلى موضوع النزاع .

وجدير بالملاحظة أنه فى بعض الحالات قد يتعطل تنفيذ أحكام المحكمين الصادرة فى المنازعات الناشئة عن مشارطات الإيجار ، وذلك بسبب بطلان شرط التحكيم . وخير مثال على ذلك الشرط الذى يخول لأحد الأطراف ، فى حالة تقاعس الطرف الآخر عن تعيين محكمه ، القيام بتعيين هذا المحكم . فمثل هذا الشرط يلحقه البطلان فى ظل قانون التحكيم المصرى الذى ينص فى مادته السابعة عشر على أن تعيين المحكم فى هذا الفرض يكون من اختصاص محكمة استئناف القاهرة فى حالة ما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا سواء جرى التحكيم فى مصر أو فى الخارج ما لم يتفق الطرفان على إختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر . وبالمثل يلحق البطلان ، بالتطبيق لنفس المادة المشار إليها ، الشروط التى تنص على أنه إذا لم يتم أحد الأطراف بتعيين محكم فى الوقت المحدد كان لمحكم الطرف الآخر أن يفصل وحده فى النزاع .

## خاتمة

لم يعد التحكيم طريقا استثنائيا ، بل أصبح طريقا طبيعيا لفض المنازعات فى مجال التجارة البحرية ، وكذلك على صعيد التجارة الدولية بوجه عام .

وأزداد اللجوء إليه فى ظل مسيرة العولمة التى هبت رياحا فى المجالين الاقتصادى والقانونى والتى يحاول بمقتضاها العالم المتقدم فرض قيمه وقوانينه على العالم النامى . تلك القيم والقوانين المشبعة بروح الحرية التى تجسدت فى سيادة اقتصاد السوق وفى استبدال الإرادة الشارعة للكليات الاقتصادية الكبرى ، من خلال العقود النموذجية ، بالإرادة الشارعة للدولة ممثلة فيما تصدره من تشريعات . وقادت هذه المسيرة بإقتدار الشركات متعددة الجنسيات التى تسعى إلى الانعتاق من إسار القوانين الوطنية ، وبخاصة للدول المتخلفة المسرح الرئيسى لنشاطها ، وإلى الاستعانة بنظام قانونى موحد يقوم على المفاهيم الرأسمالية ، التى تعمل فى ظلها ، وأخصها مبدأ سلطان الإرادة وتقديس العقد . ويعتبر التحكيم بلا شك الأداة المثلى لتحقيق هذا الهدف حيث يسمح لإطراف عقود التجارة الدولية باختيار القانون الذى يحكم عقودهم ، حتى ولو كان غريبا عنها ، وكذلك بالتححرر الكامل من سطوة أى قانون وطنى اكتفاء بتطبيق قانون من صنعها ، يعرف بقانون التجارة الدولية والمكون من أعراف وعادت توارثت المشروعات الاقتصادية العملاقة على اتباعها وفرضها ، بالإضافة إلى المبادئ العامة التى يقوم عليها التعامل فى الدول المتحضرة . ومن هنا كان صادقا وبحق قول البعض "إن الهدف الحقيقى غير المعن ل نظام التحكيم هو استبعاد قانون الدولة . أما استبعاد قضاء الدولة فليس هدفا فى ذاته ، وإنما هو ضرورة يقتضيها الوصول إلى الهدف الحقيقى" (٤٤) ، وأن "تمو التحكيم الدولى لا يرجع إلى خصائصه التى ينفرد بها ، كمزايا ذات طابع نسبى مقارنة بنظم تسوية المنازعات الداخلية ، بقدر ما يرجع إلى ميزان القوى فى العلاقات الدولية" (٤٥) فضرورية التخلف فى ظل ظاهرة العولمة هى تخلق الدول النامية ، طوعا أو كرها ، عن مظاهر سيادتها فى التشريع والقضاء لصالح قوانين ذات صبغة تعاقدية بحتة مصنوعة خارج حدودها ، وقضاء ذى طابع خاص يقوم على تطبيقها !!

(٤٤) حسام محمد عيسى ، المرجع السابق ، ص ٢٥ .

(٤٥) نجيب احمد عبد الله ثابت الجبلى ، التحكيم فى القانون اليمنى ، دراسة مقارنة فى الفقه الاسلامى والأنظمة الوضعية ، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ١٩٩٦ ، بند ٢٥ وما بعده ، ص ١٦ وما بعدها .

التحويلات المصرفية الإلكترونية

من الوجة القانونية

دراسة في القانون الأمريكي والقانون النموذجي للأمم المتحدة)

(الجزء الأول)

دكتور

جلال وفاء محمدين

استاذ القانون التجاري - كلية الحقوق

جامعة الإسكندرية





# مقدمة

## ١- التكنولوجيا وتطور أنماط المعاملات المصرفية:

بدأ التعامل بين الأشخاص بطرق بسيطة بمقايضة سلعة بأخرى ، وتطور التعامل بظهور النقود المعدنية ثم النقود الورقية ثم النقود الإلكترونية (١) . وازدهرت التجارة على المستويين الداخلي والدولي بنشأة البنوك بما تقدمه لعملائها من خدمات متنوعة كالإقراض ، تلقي الودائع ، التحويل بين الحسابات ، فتح الاعتمادات ، إصدار خطابات الضمان ، منح التسهيلات الائتمانية، وغيرها من العمليات المصرفية (٢) . وسرعان ما انعكس تأثير الثورة التكنولوجية على البنوك سواء في أسلوب عملها أو في أنماط العمليات التي تقدمها للعملاء ، لا سيما تلك العمليات التي يستخدم فيها الحاسب الآلي (الكمبيوتر) وتلك التي تنتقل بوسائل البث الإلكتروني (٣) . ومن أمثلة العمليات المصرفية الحديثة ما تقدمه البنوك

(١) راجع :

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems, vol. 2 (Butterworth Legal Publishers - 1990).

وخاصة في الفصل السادس عشر ، ص ٣ ، وفي مفهوم النقود الإلكترونية :

Mark E. Budntiz, Electronic Money in the 1990s : A Net Benefit or Merely a Trade-off? Volume 9 Georgia State University Law Review, pp. 747 - 775 (1993).

(٢) راجع في معنى قريب: الدكتور علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، (١٩٨٩) ص ٥ وما بعدها.

(٣) راجع بصفة عامة في أثر التكنولوجيا على المعاملات التجارية:

Amelia H. Boss, Electronic Commerce and the Symbiotic Relationship between International and Domestic Law Reform, Volume 72, No. 6 Tulane Law Review pp. 1931-1984 (1998).

ويذهب البعض إلى أن أكثر من ٧٥% من المعاملات فيما بين البنوك تتم الآن بالطرق الإلكترونية ، وباقى النسبة تتم باستخدام التعامل الورقي ، راجع :

Boris Kozolchyk, The Paperless Letter of Credit and Related Documents of Title, Volume 55 No. 3 Law and Contemporary Problems, pp 39-101 (Summer, 1992).

لعملائها من خدمات دفع الفواتير عن طريق استخدام الهاتف (٤)،  
والتعامل عن طريق أجهزة الدفع الآلي Automated teller machines (٥)،

وخاصة في ص ٣٩ وما بعدها ؛ أيضاً في معنى قريب ؛ أنظر :

Oliver Wulff, Two Ways to Achieve the Same Goal: The Model Law on International Credit Transfers and the New UCC Article 4A in the National and International Contexts, Wisconsin International Law Journal Volume 9 No. 1 pp 69-123.

وبصفة خاصة في ص ٦٩ وما بعدها . وراجع بصفة خاصة :

Elinor H. Solomon, Future Money and Banks: 1990-2010, Volume 37 The Antitrust Bulletin, pp. 799-832 (Fall-1992).

وتطلق مؤلفة هذه المقالة الأخيرة لاصطلاح Computer money على النقود الإلكترونية وذلك بمقارنتها بأنواع النقود الأخرى مثل accounting money و physical money. راجع ص ٨٠٢ وما بعدها من المقالة المذكورة . وراجع أيضاً:

M. Flannery & D. Jaffee, The Economic Implications of an Electronic Monetary Transfer System (1973); Elinor H. Solomon, Today's Money: Image and Reality in Electronic Money Flows 15 (Elinor H. Solomon-editor- 1991). Martin & Weingarten, The Less-Cash/Less-Check Society, in Electronic Money Flows 192 (Elinor H. Solomon- editor - 1991).

وراجع في أهمية ودور الإنترنت كوسيلة للمعاملات التجارية:

Veijo Heiskanen, Dispute Resolution in International Electronic Commerce, Volume 16 Journal of International Arbitration, pp. 29-44 (1999).

وبصفة خاصة في ص ٣١ وما بعدها .

(٤) فيستخدم الهاتف من جانب بعض العملاء لدفع الفواتير عن خدمات أو مشتريات . وعند تلقي العميل للفاتورة/ الفواتير يقوم بإصدار أوامره إلى البنك بالهاتف للدفع . فتنتقل المعلومات الخاصة بالدفع ، كرقم حساب العميل ورقمه السري وقيمة المبلغ وتاريخ الدفع ، عن طريق تليفون اللمس touch-phone . ولا يمكن استخدام خدمة دفع الفواتير عن طريق الهواتف التي تعمل بالقرص rotary-dial phone وذلك بسبب لزوم وجود شريط تسجيل أو شخص بالبنك لتلقي المعلومات والأوامر من العميل . والدفع بطريق الهاتف يكون من خلال التحويل من حساب العميل الأمر إلى حساب التاجر المستفيد في نفس البنك . ويثور التساؤل عن كيفية تنفيذ العملية فيما لو كان التاجر المستفيد لا يحتفظ بحساب في نفس بنك العميل الأمر بالدفع؟ بصفة عامة ، يمكن تحويل النقود في هذه الحالة الأخيرة عن طريق شيك مصرفي Bank cheque ، أو عن طريق غرف المقاصة ، وعندئذ يتلقى العميل كشف حساب يبين المبالغ التي قام البنك الدافع بتحويلها إلى بنك التاجر المستفيد . ورغم أن استخدام الهاتف يؤدي ، بجانب دفع الفواتير ، خدمات أخرى مثل طلب رصيد الحساب والتحويل بين الحسابات المختلفة لنفس العميل ؛ فإن له نقائص معينة ، إذ لا يقبل بعض العملاء على استخدام هذه الوسيلة في تعاملاتهم مع البنوك لرغبتهم في الحصول على إيصالات فور إتمام المعاملة ، هذا إلى جانب أنه لا يمكن الحصول على مبالغ نقدية باستخدام الهاتف ، الأمر الذي يدفع العميل إما إلى زيارة البنك شخصياً للحصول على النقد أو استخدام ماكينة الدفع الآلي . راجع:

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems, ....

المرجع المشار إليه ، الفصل السادس عشر ، ص ٥ وما بعدها .

(٥) راجع بصفة خاصة:

Joan Miles, Automated Teller Machine Problems, Theories of Liability, Volume XIV Fordham Urban Law Journal, pp 171-209 (1986).

ونظام نقاط الدفع Points of sale system هو أسلوب إلكتروني على غرار ماكينة الدفع الآلي ولكن تستخدم فيه بطاقة الدين Debit card وبما يتيح للعميل سداد قيمة مشترواته من بضائع أو خدمات من خلال الخصم التلقائي من حسابه والذي يحصل بطريقة أوتوماتيكية كأسلوب بديل عن استخدام النقود أو الشيكات<sup>(٦)</sup>، كما أحدث ابتكار الكارت الذكي Smart

وأجهزة الدفع الآلي ، والتي زاد انتشارها بشكل ملحوظ في الثمانينات من القرن العشرين ، هي عبارة عن خط Terminal يمكن للعميل عن طريقه القيام بعمليات مصرفية دون الحاجة إلى تدخل أي عنصر بشري في البنك ، وتمثل الأهمية العملية لهذه الوسيلة الإلكترونية في أنها تتأى بالعملاء عن الروتين العادي فيما لو كان التعامل يتم مباشرة مع موظفي البنوك ، فضلاً عن أنها تتيح لهم إنهاء معاملاتهم ، كالحصول على المبالغ نقداً ، في مواقع وأماكن مختلفة غير تلك التي يوجد فيها البنك أو الفرع الذي توجد فيه حساباتهم ، وذلك في جميع الأوقات حتى تلك التي يوصد فيها البنك أبوابه أمام العملاء خارج ساعات العمل المعتادة وكذلك في أيام العطلات . فأصبحت هذه الوسيلة لا غنى عنها لإمداد العملاء ببعض الخدمات المصرفية خارج أبواب البنك وفي غير ساعات أو أيام العمل ، وبما من شأنه تخفيف العبء على موظفي البنوك كي يتفرغوا لأعمال أخرى . وبالإضافة إلى الوظيفة الأساسية لأجهزة الدفع الآلي باعتبارها أداة لإمداد العملاء بالمبالغ النقدية ، فإن لها وظائف أخرى مثل تحويل النقود بين الحسابات - بناء على أوامر العملاء - من حساباتهم إلى حسابات أخرى لعملاء آخرين أو من حساب لعميل معين إلى حساب آخر في نفس البنك لذات العميل . كما تقوم هذه الأجهزة بالإجابة عن استفسارات معينة للعملاء فيما يتعلق بحساباتهم . كما يمكن للعميل - عن طريق هذه الأجهزة - إجراء بعض العمليات الائتمانية مثل صرف المبالغ النقدية للقروض الصغيرة في مواجهة بطاقات الاعتماد أو خدمات السحب على المكشوف بحساب الشيكات . ويمكن للعميل الدخول إلى النظام الإلكتروني لجهاز الدفع الآلي بإدخال البطاقة الخاصة به ، والمصدرة له من البنك الذي يتعامل معه والمعدة لهذا الغرض ، في ذلك الجهاز . ويكون ذلك بطباعة الرقم الخاص للعميل على الشاشة المعدة لذلك في الجهاز . ويطلق على هذا الرقم: رقم الهوية الشخصية (PIN) Personal Identification Card . ثم يقوم العميل بالرد على الأسئلة التي تظهر على الشاشة والتي تعرض له الخدمات التي يمكن للجهاز القيام بها . وعند اختيار إحدى هذه الخدمات ، يكون على العميل إدخال معلومات معينة إلى الجهاز ، وعندئذ يتولى الجهاز أوتوماتيكياً القيام بالعملية بناء على هذه المعلومات ، ثم إعادة الكارت إلى العميل مصحوباً بإيصال مطبوع عن العملية . راجع:

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems ....

المرجع السابق ، الفصل السادس عشر ، ص ٦ وما بعدها .

(٦) وتوجد خطوط نقاط البيع في المراكز التجارية أو المحلات التي تحتفظ باشتراك معين . ويعمل نظام نقاط البيع إلى حد ما بأسلوب شبيه لذلك الذي يعمل به جهاز الدفع الآلي ؛ فعندما يتم احتساب المبلغ الإجمالي للمبيعات عند نقطة الخروج من المتجر ، يقوم الزبون بإدخال بطاقة الدين في الخط أو الآلة المعدة لذلك ثم يدخل رقمه الشخصي (PIN) وبيانات العملية . ويتم نقل هذه البيانات إلكترونياً إلى بنك العميل ، فإذا كان الرصيد بحساب العميل كافياً لتغطية العملية ، فإن الموافقة تنتقل

Card ثورة في عالم المال ، وهو عبارة عن بطاقة تقوم بصرف المبالغ التي كان قد سبق تحميلها من العميل مباشرة على القرص المغناطيسي الموجود في تلك البطاقة ، وذلك عن طريق جهاز التحويل الإلكتروني أو أي تليفون خاص لهذا الغرض يتحدد بالاتفاق بين البنك وعميله<sup>(٧)</sup> . ولعل أحدث الوسائل الإلكترونية ما يعرف باسم Cyberbanking ، وهي ليست في الواقع بنوكاً بالمعنى الفني الشائع ، إذ لا تقوم بتقديم الخدمات المصرفية التقليدية ، ولكنها عبارة عن وسيط في القيام ببعض المعاملات المصرفية وعمليات الشراء ، وذلك عن طريق استخدام شفرة معينة (أرقام أو كلمات) Encryption ، وعندئذ يمكن الدخول إلى النظام ،

إلكترونياً إلى الجهاز لدى التاجر ، فتنتهي العملية بخصم المبلغ فوراً من حساب العميل في البنك بتسجيلها في الجانب المدين في حسابه ، بينما يتم إضافة ذات المبلغ في الجانب الدائن لحساب التاجر . وفي حالة إذا لم يكن لدى العميل رصيد كافٍ في حسابه . فيتم رفض إتمام العملية فوراً من خلال الجهاز الموجود لدى التاجر وبما يمنع العميل من إنهاء الصفقة بهذا الأسلوب . ويكون نظام نقاط البيع مباشراً إذا كان كلاً من الزبون والتاجر يحتفظ كل منهما بحساب / حسابات لدى نفس البنك ، إذ تتم العملية ببساطة وسهولة ، وبما قد يحد من استخدام هذا النظام بالنسبة للزبائن الذين يحتفظون بحساباتهم في بنوك أخرى غير بنك التاجر أو التجار الذين يتعاملون معهم . ومع ذلك ، فقد قامت البنوك مؤخراً ، في عديد من الدول ، بالاتحاد في شكل شبكة (Net) حتى تتاح للزبائن والتجار إمكانية استخدام هذا النظام وذلك باستخدام محور Switch يؤدي إلى تتبع رسائل وبيانات العملية من كل تاجر مشترك في البنك الذي يحتفظ فيه العميل بحساب معه . راجع:

Nancy E. Gould, The Trend Toward a Cashless Society: The Point of Sale Electronic Fund Transfer, Volume 10 Annual Review of Banking Law, pp 521-545 (1991).

وراجع كذلك:

John F. Dalon, Uniform Commercial Code, at pp. 26-3, 26-4 (1991).

(٧) راجع :

Elinor H. Solomon, Future Money and Banks.

المقالة المشار إليها ، ص ٨٠٤ وما بعدها ؛

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems....

المرجع المشار إليه ، ص ٣٤ وما بعدها ،

Scott Sultzer, Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat it, Volume 63 Tennessee Law Review, pp. 143-237 (1995).

وبصفة خاصة في ص ١٩٧ . وراجع أيضاً:

John F. Dolan, Uniform Commercial Code, at p. 26-3 (1991).

والقيام بالعمليات المطلوبة في محيط من السرية الكاملة وبسرعة  
فائقة(٨).

## ٢- تطور وسائل التحويل المصرفي :

التحويل المصرفي ، أي نقل الأموال من حساب إلى حساب آخر،  
عملية كانت تتم حتى وقت قريب بطرق تقليدية بطيئة . وكانت تتم كذلك  
باستخدام الشيكات عن طريق إرسال شيك بقيمة المبلغ المراد تحويله إلى  
المستفيد في بلد آخر ، فيقدمه المستفيد إلى بنكه للحصول . ولقد كانت  
عملية تحصيل الشيكات على المستوى الدولي مكلفة وبطيئة . ولعل  
استصدار العميل لـ draft كان أيسر وأسرع نسبياً، حيث أن البنك  
المراسل أو البنك المرسل إليه عادة ما يكون هو المسحوب عليه في بلد  
المستفيد وبحيث يتمكن هذا المستفيد من الحصول على قيمة المبلغ  
مباشرة لدى وصول الشيك إليه(٩) . كما تم استخدام التلغراف كأسلوب  
للتحويل المصرفي من البنك المرسل للبنك المرسل إليه مباشرة أو عن  
طريق بنك مراسل للدفع للمستفيد . وكانت تقع مع ذلك أخطاء في إجراء

(٨) راجع :

Scott Sultzer, Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts  
to Combat it ....

المقالة المشار إليها ، ص ص ١٩٥ - ١٩٧ .

(٩) أنظر :

Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on  
International Credit Transfers.

ويلاحظ أن هذه المذكرة التفسيرية ليست تعليقاً رسمياً على القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن

التحويلات الإلكترونية، وهي منشورة على الإنترنت في موقع : [www.lexmercatoria.org](http://www.lexmercatoria.org).

تحت عنوان:

UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers (1992).

ويصفه خاصة في ص ١٣ .

عمليات التحويل المصرفي باستخدام هذه الطرق التقليدية ، فضلاً عن البطء في تنفيذها . وأدى ظهور التلكس إلى تحسن ملحوظ في أداء البنوك لعمليات التحويل المصرفي وذلك للسرعة مع الحد من الأخطاء التي كانت تقع عند استخدام التلغراف في تنفيذ التحويل<sup>(١٠)</sup> .

وقد أحدث استخدام الكمبيوتر أثراً كبيراً في تيسير عمليات التحويل المصرفي ، إذ أصبحت فائقة السرعة ، زهيدة الكلفة ، وأكثر أمناً ودقة . ويطلق عادة على التحويلات المصرفية التي تتم بهذا الطريق أو بطريق التلكس اصطلاح التحويلات المصرفية الإلكترونية Electronic funds transfer وأحياناً التحويلات البرقية Wire transfers<sup>(١١)</sup> .

وتوجد عدة وسائل يتم بها تنفيذ التحويل الإلكتروني أو التحويل البرقي لأوامر الدفع payment orders ، والوسيلة الأولى هي Federal Reserve Wire Network والتي يطلق عليها اختصاراً Fedwire أي نظام الشبكة الفيدرالية للتحويل البرقي ويدار بمعرفة بنك الاحتياطي الفيدرالي الأمريكي . وتطور هذا النظام منذ إنشائه عام ١٩١٣ من بث رسائله بطريقة موريس التلغرافية إلى استخدام التليفون ، ثم أخيراً باستخدام الرسائل الإلكترونية الأوتوماتيكية التي ترسل من المركز الرئيسي لهذا النظام في مدينة Clupper بولاية فيرجينيا ، إضافة لمناطق إقليمية أخرى

---

(١٠) للمرجع السابق ، ص ١١ وما بعدها .

(١١) راجع :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr., Raj K. Bhala, Wire Transfers: A Guide to U.S. and International Laws Covering Funds Transfers (Banker Publishing Company, Probus Publishing Company-Chicago, Illinois-Cambridge, England 1993).

وبصفة خاصة في ص ١٥ وما بعدها ، ص ٢٣ وما بعدها .

لاتصالات التحويل في كل بنك يخضع لبنك الاحتياطي الفيدرالي (١٢) .  
ويكون التحويل في نظام Fedwire بأسلوب التحويلات الائتمانية لأرصدة  
الحساب Credit transfers of account balances ، وبما مفاده أن لكل  
بنك أو مؤسسة مالية ، لها حساب لدى بنك الاحتياطي الفيدرالي ، ان  
تصدر أوامر دفع إلى هذا البنك الأخير لتحويل مبالغ إلى بنك آخر أو  
مؤسسة مالية أخرى له أو لها حسابات مع البنك الفيدرالي . أما البنوك  
والمؤسسات المالية التي ليس لها حساب لدى بنك الاحتياط الفيدرالي ،  
فيمكنها التعامل من خلال أحد البنوك التي لها حسابات لدى ذلك البنك .

(١٢) راجع في شرح هذا النظام :

Oliver Wulff, Two Ways to Achieve the Same Goal: The Model Law on International Credit Transfers....

المقالة المشار إليها ، ص ٨٠ ، وما بعدها ؛

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems ....

المرجع المشار إليه ، الفصل السادس عشر ، ص ٨ وما بعدها .

ويقرر البعض مشيراً إلى إحصائيات تم إجراؤها في الولايات المتحدة أنه في عام ١٩٨٧ وحدها  
أجريت حوالي خمسة وخمسين مليون عملية تحويل مصرفي بوسيلة Fedwire تقدر قيمتها بحوالي  
٦٩٥ بليون دولار في اليوم الواحد . وفي عام ١٩٩٠ بلغ قيمة هذه العمليات حوالي ٧٩٢  
بليون دولار في اليوم الواحد . راجع :

Gerard Wyrsh, Treasury Regulation of International Wire Transfer and Money Laundering: A Case for a Permanent Moratorium, Volume 20 No. 3 Denver Journal of International Law and Policy, pp. 515-535 (1992).

وفي عام ١٩٩٠ تم تسجيل حوالي ٣٧ مليون عملية عن طريق نظام CHIPS وقدرت هذه العمليات  
بمبلغ مقداره حوالي ٢٢٢ تريليون دولار أمريكي .

وخاصة في ص ٥١٨ وما بعدها ؛ وفي عرض مفصل لأسلوب Fedwire من الناحية العملية ،  
راجع :

Fred H. Miller, Robert G. Ballen, William B. Davenport and James V. Vergari, Commercial Paper, Bank Deposits and Collections, and Commercial Electronic Fund Transfers, Volume 4 2 the Business Lawyer 1269-1305 (August, 1987).

وبصفة خاصة ص ١٢٧٥ وما بعدها .

ولكن بدأ استخدام نظام Fedwire كنظام إلكتروني في عام ١٩٧٣ ، راجع :

John F. Dolan, Uniform Commercial Code, at p. § 25.4 - § 25.5 (1991).

فإذا كان البنك المرسل Sending والبنك المستقبل Receiving يحتفظان بحسابات لدى البنك الفيدرالي ، فيتم الخصم والإضافة في حساب كل منهما لديه(١٣).

ويتفوق نظام Fedwire على غيره من وسائل التحويل الإلكتروني (البرقي) ، إذ تتمتع العمليات التي تتم من خلاله بضمان من الحكومة الفيدرالية بحيث يتحمل بنك الاحتياط الفيدرالي عبء إخفاق البنك المدين في سداد قيمة مبلغ أمر الدفع. كما أن هذا النظام يحقق تحويل النقود فعلياً دون الاكتفاء بإرسال أو بث أوامر الدفع. ولا تتحقق التسوية النهائية بين البنوك مع البنك الفيدرالي إلا في نهاية اليوم ، وهذا راجع إلى ضرورة تصفية المديونيات والدائنيات الناشئة عن تبادل أوامر الدفع خلال اليوم (١٤).

والوسيلة الثانية للتحويل الإلكتروني هي نظام الدفع فيما بين البنوك في غرفة المقاصة أو ما يطلق عليه باللغة الإنجليزية The

(١٣) راجع :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه ، ص ص ١٧-١٨ ؛ أيضاً :

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems .....

المرجع المشار إليه ، الفصل السادس عشر ، ص ص ٨-٩ ؛

Lee R. Sneddon, The Future of Funds Transfers: The Impact of CHIPS/ CHAPS/ FEDWIRE/ ACH and the Regulations on Capital Adequacy and Money Laundering, in (Funds Transfer in International Banking, editor-Charles del Busto, ICC 1992) pp. 9-24.

وبصفة خاصة في ص ١٦ .

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems... (١٤)

المرجع المشار إليه ، الفصل السادس عشر ، ص ٩ .



Clearinghouse Interbank Payment System (CHIPS)<sup>(١٥)</sup> . ويتألف هذا النظام من اثني عشر بنكاً في مدينة نيويورك ، والتي تعرف بغرفة مقاصدة نيويورك<sup>(١٦)</sup> ، إضافة إلى أربعة وعشرين بنكاً آخرين مشتركين في أرجاء الولايات المتحدة ، وذلك كما في بداية التسعينات<sup>(١٧)</sup> . أما البنوك الأخرى التي ترغب في استخدام نظام CHIPS ، فيكون لها ذلك من خلال الارتباط باتفاقيات مع واحد من البنوك المشتركين في هذا النظام<sup>(١٨)</sup> . وعلى خلاف نظام Fedwire ، فإن نظام CHIPS لا يؤدي إلى تغيير فعلي في الايداعات ، إذ لا يتم نقل الأموال فعلياً بين الحسابات إلا في نهاية اليوم . فيقوم المشتركون في نظام CHIPS ببث رسائل ويرقيات التحويلات خلال اليوم ، ويتولى الكمبيوتر في المركز الرئيسي بغرفة المقاصدة في نيويورك تسجيل هذه الرسائل والبرقيات بانتظام ، وفي نهاية اليوم يقوم الكمبيوتر بإظهار كشف حساب للموقف الدائن

(١٥) راجع بصفة خاصة :

Herbert F. Lingl, Risk Allocation in International Interbank Electronic Fund Transfers: CHIPS & SWIFT, Volume 22 No. 3 Harvard International Law Journal pp. 621-660 (Fall 1981).

ويقرر مؤلف هذه المقالة أن ٩٠% من المعاملات الدولية بالدولار فيما بين البنوك يتم تسويتها في الولايات المتحدة عن طريق CHIPS . ويمكن تصوير هذا الأسلوب للتحويل بالمثال التالي: لنفرض أن بنكاً سويسرياً يرغب في تحويل مبلغ مليون دولار من حسابه لدى بنك (A) في نيويورك عن طريق نظام سويفت مثلاً ، ثم يقوم هذا البنك (A) بنقل بيانات ومعلومات العملية إلى الكمبيوتر المركزي لـ CHIPS لتتم طباعة الأمر ونقله إلى هذا النظام الأخير أي نظام CHIPS ليصبح ملزماً لبنك (A) ، ويقوم نظام CHIPS خلال يوم العمل بتسجيل كل المدفوعات والمدفونيات للبنوك المشتركة في النظام من أجل عمل تسوية نهائية لما يلتزم به كل بنك تجاه الآخر . راجع المقالة المذكورة في هذا الهامش ، خاصة في ص ٦٢٦ وما بعدها .

(١٦) المقالة السابقة ، ص ٦٢٧ .

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems... (١٧)

المرجع المشار إليه ، الفصل السادس عشر ، ص ٩ وما بعدها .

(١٨) المرجع السابق ، الفصل السادس عشر ، ص ١٠ .

والمدين للمشاركين في النظام<sup>(١٩)</sup> . وفي بداية مساء يوم العمل Business day يعمل المشاركون في النظام على تسوية المدفوعات بتجميعها وتوزيعها عن طريق ما يعرف بـ escrow account وهو عبارة عن حساب أمانات يتم الاحتفاظ به لدى بنك الاحتياطي الفيدرالي ، وفي حالة ما إذا كان حجم المدفوعات التي يلتزم بها مشترك معين أكبر من حجم المقبوضات خلال يوم العمل ، فإن عليه القيام بتحويلات برقية عبر نظام Fedwire لتغطية رصيده المدين<sup>(٢٠)</sup> .

أما الوسيلة الثالثة للتحويل الإلكتروني فهي نظام سويفت SWIFT اختصاراً للتسمية The Society of Worldwide Interbank Financial Telecommunication ، وهو نظام تعاوني بين البنوك ، ولا يستهدف أصلاً الربح . وفي بداية التسعينات من القرن المنصرم، بلغ عدد البنوك الأعضاء في نظام شبكة سويفت حوالي ١٥٠٠ بنك في أكثر من ستين دولة . وهذا العدد في تزايد مستمر<sup>(٢١)</sup> . ويلاحظ أن نظام سويفت هو

---

(١٩) المرجع السابق ، الفصل السادس عشر ، ص ١٠ ؛ أيضاً :

Herbert F. Lingl, Risk Allocation in International Interbank Electronic Fund Transfers: CHIPS & SWIFT....

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٦٢٨ وما بعدها ؛ كذلك :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr., Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه ، ص ١١ - ١٢ .

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems ..... (٢٠)

المرجع المشار إليه ، الفصل السادس عشر ، ص ١٠ ؛ أيضاً :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr., Raj K. Bhala, Wire Transfers ...

المرجع المشار إليه ، ص ١٢ .

(٢١) راجع :

Gerard Wyrsh, Treasury Regulation of International Wire Transfer....

المقالة المشار إليها ، ص ٥١٩ وما بعدها ؛ أيضاً :

John F. Dolan, Uniform Commercial Code (The Little, Brown Law School Book Series - 1991) p. § 25.7.

بالدرجة الأولى نظام للاتصالات لعمليات التحويل البرقي للنقود بين الأعضاء المشتركين ، حيث تتم عمليات التحويل ببث الرسائل الالكترونية ، ويكون من شأن هذه الرسائل تسجيل مديونيات ودائنيات معينة في سجلات البنوك الأعضاء<sup>(٢٢)</sup> . ولكن لا يؤدي استخدام نظام سويفت بذاته إلى إحداث نقل حقيقي للنقود أو القدرة على التسوية الذاتية للمعاملة ، كما لا يستلزم نظام سويفت احتفاظ الأعضاء في الشبكة بأرصدة معينة لتسوية عملياتهم ، كما لا يتولى النظام ذاته حساب الموقف النهائي للبنوك الأعضاء . وتتم التسويات النهائية بين الأعضاء من خلال اتفاقيات ثنائية . إذ يستهدف هذا النظام - بالدرجة الأولى - إمداد البنوك الأعضاء بوسائل اتصال وذلك بتوفير خطوط سريعة ومأمونة لبث الرسائل إلكترونياً فيما بينها<sup>(٢٣)</sup> .

---

(٢٢) المقالة السابقة ، ص ٥١٩ وما بعدها ؛ أيضاً :

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems....

المرجع المشار إليه ، الفصل السادس عشر ، ص ١٠ ؛

Herbert F. Lingl, Risk Allocation in International Interbank Electronic Fund Transfers: CHIPS & SWIFT .....

المقالة المشار إليها ، ص ٦٢٢ وما بعدها .

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems... (٢٣)

المقالة السابقة ، الفصل السادس عشر ، ص ١٠ ؛ أيضاً :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه ، ص ٣ وما بعدها . ومن الجدير بالذكر أن SWIFT نظام بلجيكي محكوم بالقانون البلجيكي وتديره شركة بلجيكية كذلك . وفي ظل غياب اتفاق على العكس ، فإن مسئولية SWIFT تنحصر في الخسائر عن الفوائد عن المبالغ المحولة interest losses ولا تمتد إلى التعويض عن الأضرار غير المباشرة consequential damages . كما أن التعويض عن الأضرار المباشرة بسبب الإهمال أو الخطأ أو الامتناع omission محدود بمبلغ أربع مائة مليون فرنك بلجيكي مع خضوعه لبعض الاستقطاعات . راجع:

Oliver Wulff, Two Ways to Achieve the Same Goal: The Model Law on International Credit Transfers.....

المقالة المشار إليها ، ص ٨٢ وما بعدها . راجع أيضاً:

### ٣- مميزات التحويل المصرفي من خلال الوسائل الإلكترونية :

يتميز التحويل المصرفي من خلال الوسائل الإلكترونية ،  
بخصائص يتفوق بها على غيره من وسائل التحويل التقليدية للنقود ، فمن  
ناحية أولى ، تتم عملية التحويل المصرفي إلكترونياً بسرعة فائقة ، إذ

---

Byler & Baker, SWIFT: A Fast Method to Facilitate International Financial Transactions, Volume 17 Journal of World Trade Law 458 (1983).  
Ambrosia, New SWIFT Rules on the Liability of Financial Institutions for Interest Losses Caused by Delay in International Fund Transfers, Volume 13 Cornell International Law Journal 311 (1980).

Karl, International Electronic Fund Transfer Systems: SWIFT and its Interface with the New Payments Code, Volume Dick, Journal of International Law, pp 185, 195 (1984).

ويجانب نظام SWIFT - الذي نشأ في عام ١٩٧٧ - ونظام Fedwire و CHIPS فإن هناك عدة أنظمة أخرى حول العالم للتحويل الإلكتروني للنقود ، راجع :

Gerard Wyresch, Treasury Regulation of International Wire Transfer and Money Laundering.....

المقالة المشار إليها ، ص ٥١٩ وما بعدها ، فمثلاً تستخدم المملكة المتحدة ما يطلق عليه Clearing House Automated Payment System (CHAPS) والذي يربط بريطانيا

بمعظم نظم التحويلات الدولية التي تتم بالجنوب الإستراتيجي ، كما يوجد في فرنسا نظام SAGITTAIRE والذي يربط فرنسا بنظم التحويلات الدولية بانفرنك الفرنسي ، وفي اليابان يوجد

نظام BOJ-NET-FEYESS وكذلك نظام Zengin ، راجع :

Oliver Wulff, Two Ways to Achieve the Same Goal: The Model Law on International Credit Transfers....

المقالة المشار إليها ، ص ٨٣ وما بعدها ؛

Carl Felsenfeld, The Compatibility of the UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers with Article 4A of the UCC, Volume 60 Fordham Law Review, pp. S 53 - S 75 (1992).

وبصفة خاصة في ص 70 S (هامش ٩٣) من ذات الصفحة ؛

Lee R. Sneddon, The Future of Funds Transfers: The Impact of CHIPS/ CHAPS/ FEDWIRE/ ACH....

المقالة المشار إليها ، ص ١٩ وما بعدها ، كما يوجد في سويسرا نظام (SIC) Swiss Interbank Clearing ، وفي اليابان نظام (BOJ-NET) Bank of Japan Financial Network System هو ، وفي استراليا نظام (BITS) The Bank Interchange and Transfer System

راجع :

Mark Sredon, The Effect of Uniform Commercial Code...

المقالة المشار إليها ، ص ١١١٠ هامش (٩) .

يقوم البنك ، في ذات اليوم الذي يصل فيه أمر الدفع ، ببث الرسالة الإلكترونية لتنفيذ هذا الأمر . بل يمكن أن تتم هذه العملية في خلال دقائق معدودة ، فيكون للمستفيد - وهو في بلد بعيد عن المرسل - الحصول على مبلغ الأمر بسرعة كبيرة ، وبما يكون له تأثير إيجابي على إنجاز المعاملات الدولية بسرعة وكفاءة (٢٤) . ومن ناحية ثانية ، يتميز هذا الطريق الإلكتروني للتحويل المصرفي بالكفاءة والفعالية ، إذ من النادر

(٢٤) راجع :

Harry E. Werner, Regulation of Wire Transfers and the Recoverability of Consequential Damages, Volume 36 Buffalo Law Review, pp. 743-762 (1987).

وبصفة خاصة في ص ٧٤٩ وما بعدها . ويقرر مؤلف هذه المقالة أن وصول رسالة التحويل قد يمتد في بعض الأحوال إلى حوالي ساعة إلى ساعتين على الأكثر وذلك في حالة ما إذا كانت كل خطوط التحويل مشغولة أو إذا كان خط البنك المستقبل لم يتم شحنه بطريقة كافية . راجع نفس المقالة المذكورة في ص ٧٤٩ . وأنظر أيضاً :

P. Penney & D. Baker, The Law of Electronic Fund Transfer Systems (1980).

وخاصة في ص ص ٩-١٥ . أيضاً في نفس المعنى :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. and Raj K. Bhala, Wire Transfers. المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٣ . وترجع سرعة إنجاز التحويلات المصرفية الإلكترونية إلى أن خطوط وسائل التعامل الإلكتروني كمويقت مثلاً تعمل لمدة أربع وعشرين ساعة في اليوم من خلال التليفونات وأجهزة الكومبيوتر المعدة لهذا الغرض . كما يقرر البعض - بحق - أن هناك اعتبارين يبران السرعة الفائقة لعملية التحويل المصرفي الإلكتروني: أولهما، الخطر الائتماني Credit risk ذلك أن مرسل أو أمر الدفع - كالمؤسسات المالية وعملهم - عادة ما يقدمون على إرسال مبالغ ضخمة للوفاء بتعهدات معينة للمرسل إليهم ، لذا فإن حدوث أي تراخ في إرسال وتسليم مبالغ أو أمر التحويلات إلى المرسل إليهم من شأنه تعريض المرسلين لخطر ائتماني لعدم الوفاء في المواعيد الواجبة . أما الاعتبار الثاني ، فهو الحرص على توفير الأموال أو الأرصدة Funds availability بالسرعة اللازمة ، ذلك أن التأخير في تسوية الالتزامات المرتبطة بعملية التحويل الإلكترونية من شأنه تكبيد أطراف العملية أضراراً جسيمة قد تنشأ بسبب التغيرات في ظروف وأحوال السوق ، كذلك الناشئة عن تغير أسعار صرف العملات مثلاً . راجع :

Raj Bhala, The Inverted Pyramid of Wire Transfer Law, Volume 82 No. 2 Kentucky Law Journal, pp. 347-396 (Winter 1993-94).

وبصفة خاصة ، ص ٣٧٩ وما بعدها .

أن تحدث أخطاء في أوامر التحويل التي ترسل بهذا الطريق ، وخاصة أنها تبث من كومبيوتر إلى كومبيوتر آخر بين البنك المرسل والبنك المتلقي وبدون أن تتدخل في عملية الاتصال عوامل خارجية قد تتسبب في أعطال تعوق أو تؤخر التنفيذ ، كانقطاع التيار الكهربائي مثلاً كما يحدث في استخدام وسائل الاتصال التقليدية للتحويل<sup>(٢٥)</sup> . ومن ناحية

(٢٥) راجع :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه ، ص ٢٤-٢٥ ؛ أيضاً :

Model Funds Transfer Services Agreement and Commentary (Published by the American Bar Association – Business Law Section – 1994).

وبصفة خاصة في ص ٥. وفي مناقشة عنصر الأمان في التحويلات الإلكترونية بصفة عامة ، أنظر:

Serge Gutwirth and Tony Joris, Electronic Funds Transfer and the Consumer: The "Soft Law" Approach in the European Community and Australia, Volume 40 International and Comparative Law Quarterly, pp. 265-287 (April, 1991).

وبصفة خاصة في ص ٢٨٨ وما بعدها ، ويقرر البعض أن هناك مظاهر عديدة لكفاءة التحويلات

بالطريق الإلكتروني وهي: (أولاً) أسلوب إنجاز العملية أو **Payment order processing**

والذي بموجبه يكون على البنك المتلقي التحقق من بيانات العملية كاسم المرسل واسم المستفيد

والمبلغ وميعاد أو تاريخ التنفيذ بدقة شديدة لضمان اتمام التنفيذ دون خطأ . ويلاحظ في هذا

الخصوص الاختلاف بين القانون الأمريكي والقانون النموذجي للأمم المتحدة ، فبينما يعتد القانون

الأمريكي برقم الحساب في حالة وجود اختلاف أو عدم انتظام في أسماء صاحب الحساب ، فإن

القانون النموذجي غير واضح بالنسبة لهذه المشكلة ؛ الأمر الذي يلقي على البنك المتلقي عبء

التأكد من أسماء أصحاب الحساب وعدم الاكتفاء بأرقام الحساب ، وبما قد يعوق كفاءة عملية

التحويل في حالة وجود عدم تطابق في الأسماء. (ثانياً) نهائية أمر الدفع **Finality of payment**

، إذ يكون الدفع نهائياً ولا رجعة فيه عندما يقوم بنك المستفيد بإضافة المبلغ إلى

حساب المستفيد وإخطاره بذلك ، ولا يمكن لهذا البنك تعليق الوفاء للمستفيد على شرط الاسترداد أو

الرجوع على البنك المرسل ، وهذه القاعدة ، كما سنرى لاحقاً في هذا البحث ، مقرر في القانون

الأمريكي وليست صريحة أو واضحة في القانون النموذجي . (ثالثاً) الإبراء **discharge** ، إذ

بمجرد قبول أمر الدفع من جانب بنك المستفيد ، تبرا ذمة البنوك الأخرى المشتركة في العملية في

مواجهة المستفيد . راجع:

Raj Bhala, The Inverted Pyramid of Wire Transfer Law ....

المقالة المشار إليها ، ص ٣٨٦ وما بعدها .

ثالثة ، تعتبر التكلفة الزهيدة لأمر الدفع من أهم عوامل الجذب لاستخدامه، إذ تتراوح تكلفة إرساله بين ثمانية عشر وسبعين سنتاً أمريكياً، حسب السرعة المطلوبة للعملية ولا تزيد عن ذلك ، وأياً كان المبلغ المراد تحويله<sup>(٢٦)</sup> . ومن ناحية رابعة ، يتميز استخدام التحويل المصرفي الإلكتروني بالأمان لما تتخذه البنوك من إجراءات احتياطية للمصادقة على أوامر الدفع authentication procedures بالاتفاق مع العملاء لإنجاز أوامر الدفع الخاصة بكل عميل ، علاوة على وجود شفرات

---

(٢٦) ويراعى أن هذا المبلغ هو عبارة عن المقابل لبث الرسالة الإلكترونية نفسها بطريق السويفت، بخلاف عمولة البنك . راجع:

Harry E. Wernef, Regulation of Wire Transfers.....

المقالة المشار إليها ، ص ٧٤٩ وما بعدها . كما أن تكلفة عملية التحويل الإلكتروني نفسها لا تزيد كلفتها مع كافة المصروفات ، بما فيها عمولة البنك ، عن عشرين دولاراً أمريكياً ، وأياً كان قيمة أمر الدفع ، راجع:

Carl Felsenfeld, The Compatibility of the UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers.....

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص 68 S . وراجع في مزايا التكلفة البسيطة لعمليات التحويل الإلكتروني بصفة عامة:

N. Penney & D. Baker, The Law of Electronic Transfer Systems.....

المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٩ - ١٥ ؛

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه ، ص ٢٤ ؛ أيضاً :

Model Funds Transfer Services Agreement and Commentary....

المرجع المشار إليه ، ص ٥ ؛ أيضاً :

Raj Bhala, The Inverted Pyramid of Wire Transfer Law....

المرجع المشار إليه ، ص ٣٧٩ وما بعدها . ونظراً للميزات العديدة للتحويل الإلكتروني ، فقد تزايد بشكل ملحوظ استخدامه من جانب عملاء البنوك ؛ فمثلاً في عام ١٩٨٢ بلغ عدد الرسائل الإلكترونية عبر نظام SWIFT ٣١٧,٠٠٠ رسالة في اليوم الواحد ، وارتفع هذا العدد في عام ١٩٩٢ ليصبح ١,٦ مليون رسالة يومياً . راجع:

Mark Sneddon, The Effect of UNIFORM Commercial Code Article 4A on the Law of International/ Credit Transfers, Volume 29 Loyola of Los Angeles Law Review pp. 1107-1135 (April 1996).

وبصفة خاصة في ص ١١٠٧ هامش رقم (١) .

اتصال خاصة بين البنوك Bilateral Key Codes وبما يبعث الطمأنينة عند البث الإلكتروني لأوامر الدفع فيكون العميل في مأمن من حصول غش أو تواطؤ لاستعمال حسابه بطريقة غير مشروعة لإصدار أوامر دفع خصماً من الحساب ، كما تقدم البنوك على إصدار هذه الأوامر وهي في مأمن كبير من انعقاد مسئوليتها. وأخيراً ، فإن قواعد التحويل المصرفي إلكترونياً من الوضوح الذي يؤكد ثقة المتعاملين . فمثلاً ، هناك مبدأ هام يحكم هذا النوع من التحويل وهو مبدأ "ضمان رد المبلغ" money-back guarantee بمعنى أنه في حالة عدم إتمام أمر الدفع ، فإن المرسل يسترد المبلغ ، كما يكون لأي بنك تدخل في العملية حق استرداد ما أداه . ومما يؤكد الثقة في هذا التحويل الإلكتروني ووضوح قواعد المسئولية وتحديدها في حالة عدم إتمام العملية(٢٧) .

### خطة العرض :

نعالج عمليات التحويلات المصرفية الإلكترونية في مبحث تمهيدي وفصلين . وفي المبحث التمهيدي ، نعرض لمفهوم هذه العمليات ووصف كيفية القيام بها وضرورة تدخل البنوك فيها منذ البداية ، ثم نبين القواعد القانونية التي تحكمها . وفي هذا الخصوص ، سنرى أن التقنين التجاري الموحد Uniform Commercial Code في الولايات المتحدة الأمريكية قد أفرد فصلاً خاصاً تحت عنوان Section 4 A للأحكام القانونية لهذا النوع من العمليات المصرفية . كما بذلت الأمم المتحدة مجهودات

Ernest T. Parikis, Thomas C. Baxter, Jr., Raj K. Bhala, Wire Transfers. (٢٧)

المراجع للمشار إليه ، ص ٢٤ وما بعدها ؛ أيضاً:

Raj Bhala, The Inverted Pyramid of Wire Transfer Law ....

المقالة المشار إليها سابقاً، ص ٣٨٩ وما بعدها، وكذلك في ص ص ٣٩٠-٣٩٥ من ذات المقالة .



محمودة لصياغة تشريع نموذجي يحكم التحويلات المصرفية الإلكترونية على المستوى الدولي . وبالفعل نجحت لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة في عام ١٩٩٢ في إعداد الصيغة النهائية لمشروع القانون النموذجي للتحويلات الائتمانية الدولية ، والذي جاء على غرار القانون الأمريكي في هذا الشأن ، وإن كانت هناك اختلافات تستدعي الإشارة للمقارنة بين القانونين المذكورين .

أما الفصل الأول ، فنكرسه لشرح العلاقات المختلفة الناشئة عن عملية التحويل المصرفي الإلكتروني . إذ تبدأ العملية بأمر يصدره شخص إلى البنك المتلقي أو المصدر والذي يقوم بدوره بإصدار أمر دفع ثانٍ إلى بنك آخر للدفع للمستفيد ، وعادة ما يتدخل بنك أو أكثر من البنوك الوسيطة بين هذين البنكين لإتمام العملية . ومن ثم تتعدد أوامر الدفع ، كما تتعدد وتتشابك العلاقات الناشئة عن العملية كالعلاقة بين العميل الأمر والبنك المصدر ، ثم علاقة المستفيد ببنكه ، ثم العلاقات بين البنوك المشتركة في العملية ؛ الأمر الذي يستوجب تحليل هذه العلاقات ودراسة الالتزامات التي تترتب عليها .

ونفرد الفصل الثاني لتحليل المشكلات التي تثيرها عملية التحويل المصرفي الإلكتروني ؛ وهي عديدة : كمشكلة مدى المسؤولية عن أمر الدفع المعيب ، وخطأ البنك في تنفيذ أمر الدفع ، وعدم إتمام التنفيذ في المواعيد المحددة ، ومدى سلطة المصدر في وقف وإلغاء أمر الدفع ، ومدى التزام البنك في تحري صفة الشخص مصدر أمر الدفع ومشكلة الغش في أمر الدفع ، ونطاق التعويض الذي تلتزم به البنوك في حال انعقاد مسؤوليتها .

## تقسيم :

ومن ثم ، يمكن تقسيم هذه الدراسة على النحو الآتي :

**مبحث تمهيدي:** ماهية ونطاق التحويلات المصرفية الإلكترونية وتنظيمها القانوني .

**الفصل الأول :** العلاقات الناشئة عن التحويلات المصرفية الإلكترونية .

**الفصل الثاني :** مشكلات التحويلات المصرفية الإلكترونية .

**خاتمة**

## مبحث تمهيدي

# ماهية ونطاق التحويلات المصرفية الإلكترونية وتنظيمها القانوني

### تمهيد وتقسيم:

نطاق دراستنا هو التحويلات التجارية التي تتم إلكترونياً من خلال تدخل البنوك ، وذلك تمييزاً لها عن أشكال أخرى كالتحويلات العادية أو الاستهلاكية . والتحويلات موضوع الدراسة ذات طبيعة ائتمانية بالمفهوم المصرفي والذي يبين خلال هذا المبحث ؛ وبذلك يخرج عن دراستنا التحويلات بالخصم . وإلى وقت قريب ، لم يكن هناك أي تنظيم قانوني للتحويلات المصرفية الالكترونية في أية دولة في العالم ، حتى أخذت الولايات المتحدة في بناء تنظيم قانوني لهذه التحويلات بما أدخلته من تعديلات في التقنين التجاري الموحد بنصوص تعالج مشكلات التحويل الالكتروني ، كما قامت الأمم المتحدة من خلال لجنة التجارة الدولية بوضع تشريع نموذجي لهذه التحويلات .

وفيما يلي نعالج مفهوم ونطاق التحويلات المصرفية الالكترونية وتنظيمها القانوني في مطلبين:

**المطلب الأول :** ماهية ونطاق التحويلات المصرفية الالكترونية.

**المطلب الثاني:** التنظيم القانوني للتحويلات المصرفية الالكترونية.

## المطلب الأول

### ماهية ونطاق التحويلات المصرفية الإلكترونية

أولاً - استبعاد التحويلات الإلكترونية العادية للعملاء من نطاق البحث :

تتنوع أنماط عملية التحويل الإلكتروني للنقود كتلك التي تتم من خلال أجهزة الدفع الآلي وأجهزة نقاط الدفع وأجهزة التليفون المعدة لهذا الغرض ، وكذلك تلك التحويلات التي يتم تنفيذها من خلال شبكة الإنترنت وتلك التي تستخدم فيها البطاقات المشفرة أو الممغنطة<sup>(٢٨)</sup> .  
وبعبارة أخرى لا تتم هذه التحويلات باستعمال وسائل ورقية ، كالكاشيكات وأوامر الدفع ، بل من خلال وسائل إلكترونية معينة<sup>(٢٩)</sup> . ويطلق على

(٢٨) راجع :

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems ....

المرجع المشار إليه ، الفصل السادس عشر ، ص ١٢ وما بعدها ؛

Nancy E. Gould, The Trend Toward a Cashless Society .....

المقالة المشار إليها ، ص ٥٢٢ وما بعدها ؛

Elinor H. Solomon, Future Money and Banks .....

المقالة المشار إليها ، ص ص ٨٠١-٨٠٦ .

Elinor H. Solomon, Future Money and Banking .....

(٢٩)

المقالة المشار إليها ، خاصة ص ٨٠٤ وما بعدها . وفي هذا الخصوص تنص المادة (6) § 1693

من قانون التحويلات الإلكترونية (EFT) Electronic Fund Transfer لعام ١٩٧٨ في الولايات

المتحدة على ما يأتي:

The term electronic fund transfer means: "any transfer of funds, other than a transaction originated by check, draft, or similar paper instrument, which is initiated through an electronic terminal, telephonic instrument, or computer or magnetic tape so as to order, instruct, or authorize a financial institution to debit or credit an account. Such term includes, but is not limited to, point-of-sale transfers, automated teller machine transactions, direct deposits or withdrawals of funds, and transfers initiated by telephone".

أنظر في شرح هذا النص :

التحويلات بالنطاق المشار إليه تسمية Consumers transfers أي التحويلات العادية للعملاء والتي تكون عادة للأغراض الشخصية أو العائلية أو لتصريف شئون الحياة العادية ، وذلك تمييزاً لها عن التحويلات التجارية والتي تتضمن عادة مبالغ ضخمة Wholesale transfers والتي تتم بإحدى وسائل التحويل الإلكتروني التي أشرنا إليها في مقدمة هذه الدراسة كنظام Fedwire أو SWIFT مثلاً<sup>(٣٠)</sup> . ورغم أن التحويلات العادية للعملاء يمكن أن تتم من خلال استعمال وسائل إلكترونية ، إلا أنها تخضع لقواعد قانونية مختلفة عن تلك التحويلات المصرفية ذات الطبيعة التجارية والتي تحصل كذلك إلكترونياً<sup>(٣١)</sup> . ففي الولايات المتحدة الأمريكية ، على سبيل المثال ، هناك تشريع خاص يحكم التحويلات الإلكترونية العادية ، وهو ما يعرف تحت تسمية Electronic Fund Transfer Act (EFT) لعام ١٩٧٨

---

**William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems....**

المرجع المشار إليه ، الفصل السادس عشر ، ص ١٢ وما بعدها .

(٣٠) راجع :

**Harry E. Werner, Regulation of Wire Transfers and the Recoverability of Consequential Damages ....**

المقالة المشار إليها ، ص ص ٧٥٣-٧٥٤ ، و ص ٧٥٦ من ذات المقالة ؛ أيضاً :

**Oliver Wulff, Two Ways to Achieve the Same Goal: The Model Law on International Credit Transfers ....**

المقالة المشار إليها ، ص ٧١ وما بعدها .

**William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems .... (٣١)**

المرجع المشار إليه سابقاً ، الفصل السادس عشر ، ص ١٠ وما بعدها . أيضاً :

**Serge Gutwirth and Tony Joris, Electronic Funds Transfer and the Consumer....**

المقالة المشار إليها ، ص ٢٦٧ وما بعدها ، و ص ٢٧٠ وما بعدها من ذات المقالة . أيضاً :

**Salvatore Maccarone, Payment Systems and Money Transfers in the Europe o vbv;/jf the 1990's: The Legal Environment, (Published in Funds Transfer in International Banking, Charles del Busto-editor- International Chamber of Commerce 1992).**

ص ٢٥ وما بعدها .

والذي صدرت له لائحة تنفيذية لإعماله من بنك الاحتياط الفيدرالي تحت مسمى Regulation E والتي أصبحت نافذة في العاشر من مايو عام ١٩٨٠ والتي تم تعديلها عدة مرات (٣٢) . ولقد حدد هذا القانون التزامات وحقوق كل من العملاء والمؤسسات المالية الخاضعين له (٣٣) .

(٣٢) راجع :

Xavier Thunis, Recent Trends Affecting the Banks' Liability during Electronic Funds Transfer Operations, in (Funds Transfer in International Banking, Charles del Busto-editor-International Chamber of Commerce-1992) pp. 82-110.

وبصفة خاصة في ص ٨٣ وما بعدها ؛ أيضاً :

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems...

المرجع المشار إليه ، الفصل السادس عشر ، ص ١٢ وما بعدها ؛

L. Richard Fischer, The Law of Financial Privacy- A Compliance Guide (1991).

وبصفة خاصة في الفصل السادس ، ص ٢ وما بعدها ؛

Norman Penney, Error Resolution under the EFT Act and Regulation E, published in (Electronic Fund Transfers Regulation E Compliance-Alan R. Feldman-Chairman, Practising Law Institute, 1980).

وبصفة خاصة في ص ص ١١٩ - ١٢٦ . ولمزيد من التفصيل عن قوانين التحويلات الإلكترونية

في دول أخرى ، كالقانون الاسترالي ، راجع :

David Harland, Developments in Electronic Funds Transfer Systems and the Consumer- An Australian Perspective, Volume 15 Candian Business Law Journal, pp. 259-275 (1989).

(٣٣) في نفس المعنى :

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems...

المرجع المشار إليه ، الفصل السادس عشر ، ص ١٢ . ومع ذلك فإن الحقوق والالتزامات المتبادلة

يبين البنوك وعملاتها عادة ما يتم تحديدها بعقود خاصة لهذا الغرض ، وبشرط عدم مخالفة الأحكام

الآمرة في القانون ، راجع ، ص ٣٢ من ذات المرجع المذكور . أيضاً :

Harry E. Werner, Regulation of Wire Transfers and the Recoverability of Consequential Damages.....

المقالة المشار إليها ، ص ٧٥٤ .

## ثانياً - التحويلات المصرفية الإلكترونية ذات الطبيعة الائتمانية (التحويلات البرقية) - موضوع الدراسة:

يفترض التحويل المصرفي الإلكتروني Electronic Fund Transfer ، أو البرقي Wire Transfer ، وجود علاقة بين شخصين - في الغالب - أحدهما هو المصدر Originator أو المرسل Sender لأمر الدفع أو التحويل والآخر هو المستفيد Beneficiary<sup>(٣٤)</sup> . هذه العلاقة هي التي تبرر قيام الأمر أو المرسل بإصدار أمر الدفع إلى بنكه ، أي البنك المصدر أو المرسل Sender's bank ، والذي يسمى عادة البنك الأصلي Originator's bank بأن يدفع أو يأمر بنكاً آخر بأن يدفع للمستفيد مبلغاً نقدياً محدداً أو قابلاً للتحديد<sup>(٣٥)</sup> . ويشترط لوجود تحويل مصرفي إلكتروني وجود أمر

(٣٤) راجع :

Model Funds Transfer Services Agreement and Commentary....

المرجع المشار إليه ، ص ٥ :

Benjamin Geva, The Evolving Law of Payment by Wire Transfer- An Outsider's View of Draft UCC Article 4A, Volume 14 Candian Business Law Journal, pp. 186-234 (1988).

وبصفة خاصة في ص ١٩٦ . ومع ذلك ، قد يكون الأمر بالدفع هو نفسه المستفيد منه ، فيتحداه في شخص واحد . ويحصل ذلك ، مثلاً ، عندما تقوم شركة ما بإصدار الأمر إلى البنك لتحويل أموال إلكترونياً من حسابها لدى هذا البنك لحساب آخر للشركة في بنك ثان . انظر :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. and Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه ، ص ٣١ :

Committee Report, Model Electronic Payment Agreement and Commentary, Volume 32 Jurimetrics Journal, pp. 601-618 (1991-1992).

وخاصة في ص ٦٠٦ وما بعدها .

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr., and Raj K. Bhala, Wire Transfers....

المرجع السابق ، ص ١٥ :

Harry E. Werner, Regulation of Wire Transfers.....

المقالة المشار إليها ، في ص ص ٧٥٦-٧٥٧ .

دفع Payment Order يصدر من العميل الأمر بالدفع للمستفيد . ويتحدد في الأمر بيانات جوهرية مثل اسم المستفيد ورقم حسابه أو على الأقل هذا الرقم ، وميعاد الدفع والمبلغ . كما يجوز للمصدر أن يحدد بيانات أخرى مثل تعيين البنك الوسيط الذي يتدخل في العملية<sup>(٣٦)</sup> . وفي بعض

(٣٦) وطبقاً للقانون الأمريكي ، فإن أمر الدفع الإلكتروني هو عبارة عن تعليمات من المرسل إلى البنك المتلقي ، والتي تصدر إما كتابة أو شفاهة أو بإحدى الطرق الإلكترونية ، بأن يدفع لصالح المستفيد مبلغاً محدداً أو قابلاً للتحديد للمستفيد ، ويشترط في أمر الدفع ما يلي:

أ - ألا يكون مشروطاً ، بمعنى ألا تكون هناك شروط معينة لتطبيق الدفع للمستفيد فيما عدا شرط ميعاد الدفع .

ب - أن يتم الوفاء للبنك المتلقي الأمر بقيمة هذا الأمر إما من خلال الخصم من حساب الأمر لدى ذلك البنك أو بالوفاء للتفادي للمباشر من الأمر .

ج- أن يتم بث أمر التحويل مباشرة من المرسل إلى البنك أو وكيل عنه أو إلى نظام ما للتحويل الإلكتروني كنظام SWIFT مثلاً .

ويلاحظ وجوب صدور أمر الدفع إلى (بنك) ما بالمعنى المحدد لتعريف البنك في القانون . وكما لاحظنا فإن من شروط أمر الدفع أن يشتمل على مبلغ محدد ، فلا يجوز مثلاً أن يشتمل على الدفع لمبلغ يتراوح بين ألف وألف وخمسمائة دولار مثلاً . كما يتعين ألا يتوقف أو يعلق الأمر على شرط غير ميعاد الدفع . فمثلاً لو صدر الأمر من الأمر إلى البنك بأن يدفع مبلغاً معيناً بشرط قيام المستفيد بتسليم البضاعة المتفق عليها ، فلا يمكن اعتبار هذا الأمر صحيحاً . وعلّة ذلك ، أن أوامر الدفع الإلكترونية قوامها سرعة التنفيذ ، وتعليقها على شرط من شأنه إعاقة التنفيذ السريع . كذلك لا يعتبر أمر الدفع إلكتروني ذلك الأمر الذي يعلق على قيام تقديم للمستفيد سند شحن للبضاعة . ومع ذلك يعتبر أمر الدفع صحيحاً حتى ولو كان المبلغ قابلاً للتحديد كالأمر بدفع مبلغ محدد كمئتي ألف دولار مع فائدة مقدارها ٥% مثلاً ، إذ بعملية حسابية بسيطة يمكن للبنك احتساب الفائدة وإضافتها على الأصل . ويثور التساؤل عن حالة الأمر بالدفع بعملة معينة بينما الخصم من حساب الأمر يكون بعملة أخرى ، كمثال إصدار الأمر أمراً بأن يدفع البنك إلى المستفيد بالجنيه المصري ما قيمته عشرة آلاف دولار مثلاً . فسي رأينا أن أمر الدفع صحيح ، حيث أن هذا المبلغ قابل للتحديد وخاصة أن التاريخ الذي تحدد به قيمة المبلغ Value date هو تاريخ التنفيذ . راجع:

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr., Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه . . . . . ، ص ٣٢-٣٥ . أيضاً :

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers (Matthew Bender, 1995).

وبصفة خاصة في الفصل الثاني ، ص ١٩-٢٢ . ووفقاً للمادة (b) 2 من القانون النموذجي فإن



الأحوال، قد يكون البنك المصدر هو نفسه بنك المستفيد وذلك فيما إذا كان للمستفيد حساب في هذا البنك ، وهنا فما على البنك إلا أن يقوم بخصم قيمة المبلغ الصادر به الأمر من حساب المصدر وإضافة نفس القيمة إلى حساب المستفيد<sup>(٣٧)</sup>. والغالب في المعاملات الدولية أن لا يكون للمستفيد حساب في نفس البنك الأصلي ، فيقوم هذا البنك - تنفيذاً لأمر العميل المصدر - بإصدار أمر دفع آخر إلى بنك المستفيد الذي عليه أن يقبل الأمر ليدفع للمستفيد<sup>(٣٨)</sup>. وفي غير قليل من الحالات ، فإن البنك المصدر قد لا تكون لديه وسائل اتصال إلكترونية مع بنك المستفيد لعدم الاشتراك في نفس شبكة الاتصالات الإلكترونية ، فيضطر البنك المصدر إلى الاستعانة ببنك مراسل Correspondent bank أو بنك وسيط Intermediary bank حيث يستقبل هذا البنك الأخير أمر الدفع الصادر إليه من البنك الأصلي ويقبله ، ويصدر من جانبه أمراً آخر إلى بنك المستفيد،

أمر الدفع هو:

2-

(a) ...

(b) "Payment order" means an unconditional instruction, in any form, by a sender to a receiving bank to place at the disposal of a beneficiary a fixed or determinable amount of money if:

- (i) the receiving bank is to be reimbursed by debiting an account of, or otherwise receiving payment from, the sender, and
- (ii) the transaction does not provide that payment is to be made at the request of the beneficiary.

Nothing in this paragraph prevents an instruction from being a payment order merely because it directs the beneficiary's bank to hold, until the beneficiary requests payments, funds for a beneficiary that does not maintain an account with it".

راجع المادة الثانية فقرة (ب) من القانون النموذجي للأمم المتحدة المشار إليه.

(٣٧) ويطلق على هذا الشكل من التحويل تسمية "book transfer". راجع :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr., Raj K. Bhala, Wire Transfers..

وبصفة خاصة في ص ١٦.

(٣٨) المرجع السابق ، ص ١٧.

أو يصدر أمراً آخر إلى بنك وسيط ثان إذا لم يكن تربطه بالبنك الوسيط الأول اتصال عن طريق الشبكة الإلكترونية. وأخيراً ، يقوم بنك المستفيد بقبول الأمر ، وتنفيذاً له يضيف المبلغ إلى حساب المستفيد<sup>(٣٩)</sup>.

وهكذا ، فقد تشتمل عملية التحويل المصرفي الإلكتروني على سلسلة من أوامر الدفع series of payment orders تبدأ بأمر من المصدر أو المرسل إلى بنكه ، ثم يقوم هذا البنك بإصدار أمر آخر إلى بنكه المراسل أو البنك الوسيط الذي يقوم بدوره بإصدار أمر الدفع الخاص به إلى بنك المستفيد ، وقد يشترك في العملية أكثر من بنك مراسل أو وسيط فتتعدد أوامر الدفع بتعدد<sup>(٤٠)</sup>.

(٣٩) المرجع السابق ، ص ١٧ وما بعدها ؛ أيضاً :

Model Funds Transfer Services Agreement and Commentary .....

المرجع المشار إليه ، ص ٦-٧ ؛ كذلك :

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers...

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ١٠ وما بعدها . وطبقاً للقانون الأمريكي (المادة U.C.C.

(b) § 4A104 ) فإن البنك الوسيط هو ذلك البنك - غير البنك المصدر أو بنك المستفيد - الذي

يتلقى أمر الدفع . أما المادة (9) 2 من القانون النموذجي للأمم المتحدة فترقبه كما يلي:

<<"Intermediary bank" means any receiving bank other than the originator's bank and the beneficiary's bank>>.

وكما هو واضح ، فإن تعريف القانون النموذجي للبنك الوسيط يطابق ذلك التعريف الذي جاء به القانون الأمريكي في هذا الخصوص .

(٤٠) وفي هذا الخصوص ، تنص المادة (a) 4A-104 من القانون التجاري الموحد الأمريكي على

ما يأتي:

<<the series of transactions, commencing with the originator's payment order, made for the purpose of making payment to the beneficiary of the order. The term includes any payment order issued by the originator's bank or an intermediary bank intended to carry out the originator's payment order, and is completed by acceptance by the beneficiary's bank of a payment order for the benefit of the beneficiary of the originator's payment order>>.

أما المادة (a) 2 من القانون النموذجي للأمم المتحدة فقد حددت التحويل المصرفي الإلكتروني أو ما

وتتعدد على هذا النحو وتشابك العلاقات الناشئة عن عملية التحويل المصرفي الإلكتروني، فهناك أولاً، العلاقة بين العميل المصدر لأمر الدفع وبنكه، ويجوز للعميل الأمر أن يرسل تعليماته لهذا البنك بالدفع بأية وسيلة يراها مناسبة ومتفق عليها مع البنك، يستوي في ذلك أن تكون التعليمات شفوية أو بكتاب أو بإحدى الطرق الإلكترونية عن طريق الكمبيوتر، مثلاً بالبريد الإلكتروني e-mail<sup>(٤١)</sup>، وتكون التعليمات في أمر الدفع واضحة وغير مشروطة إلا بالدفع للمستفيد أو في حسابه للمبلغ المحدد أو القابل للتعيين في أمر الدفع<sup>(٤٢)</sup>، وتتشأ بعد ذلك علاقات أخرى بين البنوك المشتركة في العملية تتمثل في سلسلة من أوامر الدفع المتتابعة من بنك إلى آخر حتى يصدر الأمر بالأخير إلى بنك المستفيد<sup>(٤٣)</sup>، ويلاحظ أن أوامر الدفع التي تصدرها البنوك المشتركة في

تطلق عليه عبارة "credit transfer" بأنه:

<<"credit transfer" means the series of operations, beginning with the originator's payment order, made for the purpose of placing funds at the disposal of a beneficiary. The term includes any payment order issued by the originator's bank or any intermediary bank intended to carry out the originator's payment order. A payment order issued for the purpose of affecting payment for such an order is considered part of a different credit transfer">>.

(٤١) المادة (1) §4A-103 من التقنين التجاري الموحد الأمريكي، أيضاً راجع:

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems ....

المرجع المشار إليه، الفصل السادس عشر، ص ٤١؛

Benjamin Geva, The Law of Electronic Fund Transfers ....

المرجع المشار إليه، الفصل الثاني، ص ١٩ وما بعدها.

(٤٢) وذلك طبعاً ما عدا اشتراط ميعاد أو وقت الدفع، انظر:

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers .....

المرجع السابق، الفصل الثاني، ص ٢٠. أيضاً: المادة (b) 2 من القانون النموذجي.

(٤٣) راجع:

Model Funds Transfer Services Agreement and Commentary ....

المرجع المشار إليه، ص ٦ وما بعدها.

لعملية إلى بعضها البعض يتم بثها إلكترونياً وليس بوسيلة أخرى<sup>(٤٤)</sup>. ثم هناك أخيراً العلاقة التي تنتهي بها العملية وهي العلاقة بين المستفيد وبنكه<sup>(٤٥)</sup>. وتحكم قواعد القانون النموذجي هذه العلاقات ، وفي الولايات المتحدة يحكمها الفصل A 4 من التقنين التجاري الموحد الأمريكي . ومع هذا يجوز للأطراف أن يتفقوا فيما بينهم - كأصل عام - على خلاف هذه القواعد فيما يتعلق بحقوقهم والتزاماتهم المختلفة<sup>(٤٦)</sup>. فمثلاً يجوز الاتفاق

(٤٤) راجع :

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems ....

المرجع المشار إليه ، الفصل السادس عشر ، ص ٤١ .

(٤٥) راجع :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. and Raj K. Bhala, Wire Transfers....

المرجع المشار إليه ، ص ٦١ وما بعدها . وأنظر بشئ من التفصيل ما سيرد شرحه في الفصل الأول من هذا البحث .

(٤٦) ويذهب البعض إلى أن حرية الاتفاق بين البنك والعميل على قواعد مخالفة فيما يتعلق بالحقوق والالتزامات المتبادلة الناشئة عن التحويل الإلكتروني من شأنها التأثير سلباً على حماية العملاء ، إذ الفرض الغالب أن البنوك ستنتج في فرض شروطها على العملاء . وعلى خلاف ذلك ، يرى البعض أن مثل هذه الاتفاقات ضرورية للبنوك لحماية لها من المسؤولية الشديدة ، وخاصة وأن التحويلات الإلكترونية عادة ما تتم بسرعة فائقة علاوة على أن تكلفتها زهيدة للغاية ، ومن ثم فلن يكون هناك تناسب إذا كانت المسؤولية شديدة على البنوك ، بينما العميل يتمتع بانجاز العملية في أسرع وقت ويتكلفه بسيطة . راجع :

Harry E. Werner, Regulation of Wire Transfers....

المقالة المشار إليها ، ص ص ٧٥٨-٧٥٩ . أيضاً :

Raj Bhala, The Inverted Pyramid of Wire Transfer Law ....

المقالة المشار إليها ، ص ٣٧١ وما بعدها .

وتطبيقاً لذلك تنص المادة الرابعة من القانون النموذجي على أنه :

<<Except as otherwise provided in this Article, the rights and obligations of the parties to credit transfer may be varied by their agreement >>.

كما تنص المادة (a) 4A-501 من التقنين التجاري الموحد الأمريكي على أنه :

<<Except as otherwise provided in this Article, the rights and obligations of a party to a fund transfer may be varied by agreement of the affected party>>.

يبين البنوك المشتركة في إصدار أوامر الدفع على تعديل حدود مسئولية كل بنك تجاه أي بنك آخر بتوسيع أو تضيق نطاق المسئولية ، ومع عدم الإخلال على ما نصبت عليه المادة ٧/١٧ من القانون النموذجي من عدم جواز تضيق نطاق وحدود المسئولية بالنسبة لكل بنك في مواجهة أي من المصدر والمستفيد وخاصة فيما يتعلق بسعر الفائدة ، وإن كان يجوز الاتفاق على توسيع نطاق هذه المسئولية أو بسط حدودها<sup>(٤٧)</sup>.

وعادة ما يُطلق على عمليات التحويل المصرفي بالوسائل الإلكترونية تسمية Credit transfers أي التحويلات الائتمانية ، وذلك تمييزاً لها عن عمليات التحويل المصرفي بالخصم debit transfers والتي تخرج عن نطاقه ، حتى ولو كانت تتم باستخدام بعض الوسائل الإلكترونية<sup>(٤٨)</sup>. وعمليات التحويل بالخصم هي عبارة عن تلك التحويلات التي تبدأ إجراءاتها من جانب المستفيد أو بوسائل أخرى خارج القنوات المصرفية، كأن يتقدم المستفيد بطلب تحصيل قيمة المبلغ المرسل إليه بشيك مصرفي

---

(٤٧) انظر: المذكرة التفسيرية للقانون النموذجي Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Credit Transfers. المنشورة في :

UNCITRAL Model Law

المشار إليه سابقاً ، وخاصة في ص ١٥ فقرة ١٧٩.

(٤٨) راجع :

Tina Eubanks McKelvy, Article 4A of the Uniform Commercial Code: Finally, Banks and Their Customers Know Where They Stand and Who Pays When a Wire Transfer Goes Awry, Volume 21 Memphis State University Law Review, pp. 351-385 (1991).

وبصفة خاصة في ص ٣٥٦ ؛ أيضاً :

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems....

المرجع المشار إليه ، الفصل السادس عشر ، ص ٤٢ ؛

Benjamin Geva; The Law of Electronic Funds Transfers....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ٢١ وما بعدها.

من الساحب في بلد أجنبي . وذلك على عكس التحويلات المصرفية التي تتم بطريق التلكس أو عن طريق الكومبيوتر Computer to computer حيث يسأدر المصدر أو المرسل بالقيام بالإجراءات المصرفية بإصدار أمر الدفع إلى بنكه الذي يتولى خصم قيمة مبلغ الأمر من حسابه مثلاً ، وإضافة نفس القيمة to be credited إلى حساب المستفيد في بنك هذا الأخير<sup>(٤٩)</sup> . ومن ثم ، فإن أوامر التحويل الإلكتروني الائتمانية هي تلك التي تتم في إطار النظام البنكي عن طريق أمر مباشر يصدر من العميل إلى بنكه ودون تدخل من الشخص الذي سيتم الدفع إليه Payee أو المستفيد Beneficiary<sup>(٥٠)</sup> . وهذا النوع الأخير من التحويلات المصرفية هو موضوع كل من المادة 4 A من التقنين التجاري الموحد الأمريكي والقانون النموذجي . وعليه ، تنحصر دراستنا للتحويلات المصرفية الائتمانية بالمفهوم المتقدم دون غيرها . وتطبيقاً لذلك ، مثلاً ، سنرى أن القانون النموذجي ينطبق على أوامر التحويل الورقية التي يصدرها

(٤٩) وقد أوجز البعض الفارق بين عمليات التحويل المصرفي الائتمانية وعمليات التحويل المصرفي بالخصم كما يأتي:

<<Funds transfers are "credit transfers" that work by "pushing" funds from the bank account of an originator for credit to a beneficiary. They differ from "debit transfers", such as checks, which authorize a payee or holder to "pull" funds from the drawee's account by presenting the check for payment or furnishing other evidence of authority to cause an account to be debited>>.

راجع :

Model Funds Transfer Services Agreement and Commentary....

المرجع المشار إليه ، ص ٤ . راجع أيضاً : المذكرة التفسيرية للقانون النموذجي .

Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Credit Transfers ....

المشار إليها ، ص ١١-١٢ .

(٥٠) راجع :

Benjamin Geva, The Evolving Law of Payment by Wire Transfer....

المقالة المشار إليها ، ص ١٩٤-١٩٥ .

العميل إلى بنكه طالما أن هذا البنك سوف يتدخل في العملية بأوامر دفع إلكترونية تصدر إلى البنك أو البنوك المشتركة في تلك العملية<sup>(٥١)</sup>.

## المطلب الثاني

### التنظيم القانوني للتحويلات المصرفية الإلكترونية

#### أولاً - في القانون الأمريكي:

كانت البنوك والمؤسسات المالية في الولايات المتحدة الأمريكية تقوم ، وإلى وقت ليس ببعيد ، بتسوية التحويلات المصرفية الإلكترونية - رغم ضخامة حجمها - دون وجود تنظيم قانوني خاص يحكمها ، مما كان يثير الريبة بين المتعاملين مع البنوك في مثل هذه العمليات المصرفية لعدم وضوح وعدم استقرار المراكز القانونية التي تنشأ عنها ، وبما لذلك من آثار سلبية تنعكس على كل من البيئة التجارية والأوضاع الاقتصادية<sup>(٥٢)</sup> . فلم يكن هناك أي تشريع خاص ، سواء في الولايات المتحدة الأمريكية أو في خارجها ، لحكم التحويلات البرقية الإلكترونية Wholesale Wire Transfer . فمثلاً ، كان قانون التحويلات الإلكترونية لعام ١٩٧٨ Electronic Fund Transfer Act (EFTA) - وإن كان يحكم

---

Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on (٥١)  
International Credit Transfers .....

المشار إليها ، ص ١٣ .

(٥٢) راجع :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. and Raj Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه ، ص ص ٥-٧ ؛ أيضاً :

Carl Felsenfeld, Strange Bedfellows for Electronic Funds Transfers:  
Proposed Article 4A of the Uniform Commercial Code and the UNCITRAL  
Model law, Volume 42 No. 2 Alabama Law Review pp. 723-772 (1991).

وبصفة خاصة في ص ٧٢٣ وما بعدها .

قطاعاً واسعاً من العمليات الإلكترونية للمستهلكين - إلا أنه لم يعالج أي مسألة من المسائل التي تثيرها التحويلات الإلكترونية البرقية. كما أن كل من الفصلين الثالث والرابع من التقنين التجاري الموحد الأمريكي لم يتضمنا أية معالجة لهذه العمليات المصرفية<sup>(٥٣)</sup>.

وكانت المحاكم الأمريكية ، زاء هذا الفراغ التشريعي ، تفصل في منازعات التحويلات البرقية على ضوء الشريعة العامة Common Law وفقاً للمبادئ الأساسية لنظرية العقد والمسئولية التصيرية Tort وبحسب الحالات المعروضة أمامها<sup>(٥٤)</sup>. وفي نفس الوقت ، كانت تُبذل المحاولات الجادة لإخراج تشريع متكامل لحكم المعاملات الإلكترونية.

(٥٣) أنظر :

Carl Felsenfeld, Strange Bedfellows for Electronic Funds Transfers....

المقالة السابق الإشارة إليها ، ص ٧٢٣ ؛ أيضاً :

Michael I. Spok, The Case to be Made for Proposed Article 4A of the Uniform Commercial Code: What's a Trillion Dollars between Friends? Volume 80 Kentucky Law Journal pp. 167-223 (1990-1991).

وبصفة خاصة في ص ١٦٧ وما بعدها .

(٥٤) أنظر :

Tina McKelvy, Article 4A of the Uniform Commercial Code....

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٣٥١. وقد جاء في مذكرة صياغة الفصل 4A ما نصه :

<< (t) here is no comprehensive body of law that defines the rights and obligations that arise from (electronic funds) transfers. Some aspects of (electronic funds) transfers are governed by the rules of the principal transfer systems.... But the funds-transfer system rules apply to only limited aspects of (electronic funds) transfers. The resolution of the many issues that are not covered by the funds-transfer system rules depends on contracts of the parties, to the extent they exist, or principles of law applicable to other payment mechanisms that might be applied by analogy>>.

كما هي مذكورة في:

Committee Report, Model Electronic Payments Agreements and Commentary....

المشار إليه سابقاً ، ص ٦٠٣.



ولعل أبرز تلك المحاولات الاقتراح الذي عُرِف بالتقنين الجديد لأدوات الوفاء (NPC) New Payments Code والذي كان جُلَّ هدفه تنظيم جميع أدوات ووسائل الدفع في تشريع متكامل يستهدف بالدرجة الأولى إقامة التوازن بين البنوك والمؤسسات المالية وعمالهم<sup>(٥٥)</sup>. وكان من المأمول أن يكون NPC تشريعاً متكاملاً يشمل تنظيم الشيكات وبطاقات الائتمان ، وبطاقات الدفع والتحويلات البرقية وأية وسائل إلكترونية أخرى تقوم بنقل أو تحويل أو الوفاء بالنقود<sup>(٥٦)</sup>. ولم تصادف فكرة قانون NPC قبولاً لدى البنوك وممثلي المستهلكين ، مما أدى إلى وأد تلك الفكرة في مهدها<sup>(٥٧)</sup>.

ثم قام المؤتمر الوطني لمفوضي الولايات للقوانين الموحدة The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) بصياغة الفصل 4 A تحت عنوان "Funds Transfers" أي تحويل الأموال لكي يكون جزءاً من التقنين التجاري الموحد. وحصل هذا القانون على موافقة كل من المعهد الأمريكي للقانون في مايو عام ١٩٨٩ ، ثم موافقة نقابة المحامين الأمريكية لكي يسير في مساره الدستوري لإقراره من جانب الولايات المختلفة. وفي عام ١٩٩٤ تم سن هذا القانون في تسع وأربعين ولاية أمريكية وكذلك في مقاطعة كولومبيا

(٥٥) راجع :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter Jr., Raj K. Bhala, Wire Transfers....

المرجع المشار إليه ، ص ٨ ؛ أيضاً :

Fred H. Miller, Robert G. Ballen, William B. Davenport and James V. Vergari, Commercial Paper, Bank Deposits and Collections .....

المقالة المشار إليها ، ص ١٢٨٣ .

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. Raj Bhala, Wire Transfers.... (٥٦)

المرجع السابق ، ص ٨ وما بعدها .

(٥٧) المرجع السابق ، ص ٨ وما بعدها .

(العاصمة واشنطن) ، وليصبح هذا الفصل جزءاً لا يتجزأ من التقنين التجاري الموحد في الولايات الأمريكية المختلفة (٥٨).

وقد حرص واضعو الفصل A 4 من التقنين التجاري الموحد على تقنين المبادئ التي صاغها القضاء في شأن التحويلات المصرفية الإلكترونية تدعيماً للاستقرار المنشود للمعاملات البنكية<sup>(٥٩)</sup>. ويتألف الفصل A 4 من التقنين التجاري الموحد من خمسة أجزاء : الجزء الأول، ويتناول تعريفات Definitions للمصطلحات والتسميات المختلفة الواردة في القانون. أما الجزء الثاني، فيعالج المشكلات الخاصة بإصدار أمر الدفع، الخطأ فيه ، الصفة ، وقت قبول الأمر ، رفض الأمر ، وكيفية وميعاد عدول الأمر عن الأمر. والجزء الثالث ، يتضمن للقواعد المتعلقة بتنفيذ الأمر Execution of a payment order وخاصة التزامات البنك المتلقي للأمر ومسئوليته عن الإخفاق في الوفاء بهذه الالتزامات ، وكيفية استعادة مبلغ الأمر في حالات التنفيذ المعيب للأمر. أما الجزء الرابع ، فيتعلق بالتسوية Settlement وخاصة التزام العميل الأمر أو المرسل بالدفع إلى البنك الذي تولى تنفيذ الأمر ، ومبدأ "ضمان استرداد المبلغ" Money-back

(٥٨) فظر :

Carl Felsenfeld, *Strange Bedfellows for Electronic Funds Transfers*....

المقالة المشار إليها ، ص ص ٧٢٣-٧٢٤ ؛ أيضاً :

Model Funds Transfer Services Agreement and Commentary ....

المراجع المشار إليه ، ص ١ وما بعدها. ويعتبر قانون التحويلات الإلكترونية في الولايات المتحدة الأمريكية هو التشريع للدخلى الوحيد في العالم الذي يعالج هذا الموضوع ، وإن كان يعالج في غيرها من بلاد أخرى من خلال المبادئ الفضائية والأعراف المصرفية ، راجع :

Mark Sneddon: *The Effect of Uniform Commercial Code*....

المقالة المشار إليها ص ١١٢٦.

Tina McKelvy, *Article 4A of the Uniform Commercial Code*: .... (٥٩)

المقالة المشار إليها ، ص ٣٥١.

guarantee والمقرر في حالة عدم وصول المبلغ للمستفيد ، وأيضاً التزام بنك المستفيد بالدفع للمستفيد بمجرد تلقي الأمر . وأخيراً ، فإن الجزء الخامس فتم تكريسه لمسائل متنوعة Miscellaneous مثل القانون الواجب التطبيق ، ضمانات الدائنين وغيرها (٦٠) .

## ثانياً - على المستوى الدولي: القانون النموذجي للأمم المتحدة:

بذلت الأمم المتحدة جهداً واضحاً لإصدار تشريع دولي يحكم التحويلات المصرفية الإلكترونية Wire transfers والتي تتضمن عادة مبالغ ضخمة ، إذ تبنت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي United Nations Commission on International Trade (UNCITRAL) مشروعاً لقانون نموذجي يحكم هذه التحويلات (٦١) . وفي عام ١٩٩٢ ، اتفق مندوبو الدول الأعضاء في اللجنة المذكورة على إقرار نصوص قانون نموذجي تحت اسم: Model Law on International Credit Transfers (القانون النموذجي) ولقد اقتبست أغلبية نصوص القانون النموذجي من القانون الأمريكي الذي يحكم التحويلات الإلكترونية للمبالغ الكبيرة ، وبصفة خاصة من المادة (A) 4 من التقنين التجاري الموحد

(٦٠) فطر :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المراجع المشار إليه ، ص ٢٩-٣٠ .

(٦١) راجع :

Carl Felsenfeld, The Compatibility of UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers with Article 4A of the UCC, Volume 60 Fordham Law Review pp. S 53-S 75 (1992).

وبصفة خاصة في ص ٥٣ وما بعدها ؛ أيضاً :

Bradely Crawford, Q.C., International Credit Transfers: The Influence of Article 4A on the Model Law, Volume 19 Candian Business Law Journal, pp. 166-190 (1991).

وبصفة خاصة في ص ١٦٧ وما بعدها .

Uniform Commercial Code ، ورغم أن القانون النموذجي اقتبس أغلب أحكامه من القانون الأمريكي ، إلا أن هناك مع ذلك بعض الاختلافات القائمة بينهما ، والتي سوف نقوم بإبرازها في المواضيع المناسبة (٦٢) .

(٦٢) راجع :

Raj Bhala, Paying for the deal: An Analysis of Wire Transfer Law and International Financial Market Interest Groups, Volume 42 Kansas Law Review pp. 667-708 (1994).

وخاصة في ص ٦٧٠ وما بعدها . وقد جاء في الاجتماع غير العادي للجنة العمل للقانون النموذجي الملاحظات الآتية لمندوب الولايات المتحدة الأمريكية:

<<At the close of the session the delegation of the United States stated that it had great concern for the direction the Model Law project had taken and for the product it seemed destined to produce. When the effort began there was the potential to produce a single law that, across the world, would govern high-speed electronic funds transfers. The United States had completed the preparation of its own version of such a statute, Article 4A of the Uniform Commercial Code. The differences between the two laws made it virtually inconceivable that the United States would adopt both.

The delegation said that it thought that Article 4A was a better law than the current Model Law. It was written with a greater appreciation of commercial reality. It relied upon the advice and guidance of those intimately involved with the workings of electronic funds transfers more than did those deliberations. It was less wedded than was the UNCITRAL Model Law to the traditions of the past.

The delegation suggested that one possibility was to separate the Model Law into two parts - one applicable to modern, high-speed electronic systems and another applicable to slower systems that were paper-related and more consistent with legal traditions of the past.

In response, it was stated that the Model Law project endeavoured to integrate the experience and objectives of all participating States to establish minimum standards that would assist in the development of international credit transfers and to reduce obstacles to international trade. It was noted that the law of many participating States had contained provisions dealing with credit transfers for many years and that considerable experience and jurisprudence existed with respect to them. In contrast, Article 4A was new and, as yet, untested. But the major role of United States' payment systems was also recognized. The hope was expressed that all States would continue to participate in the Model Law project not with a view to enshrining national law concepts, but with a view to reflecting them constructively in a useful new regime>>.

كما جاءت في:

Bradely Crawford, Q. C., International Credit Transfers: The Influence of Article 4A on the Model Law .....

والحقيقة إن الهدف البعيد للقانون النموذجي هو توحيد القواعد القانونية التي تسري على التحويلات المصرفية الإلكترونية في الدول المختلفة ، لما لهذا النوع من العمليات المصرفية من سمة جوهرية تتمثل في عبور الحدود الوطنية لأكثر من دولة ، وخاصة أن انتقال النقود في عصرنا الحديث أصبح لا يعترف بالفواصل الحدودية بين الدول ، كما أن عمليات التحويل المصرفي لا تقتصر على عملة بعينها<sup>(٦٣)</sup> . لذلك ، فإن المشرع الوطني في كل دولة - دون إلزام عليه - يمكن أن يضع نصب عينيه القانون النموذجي لاستلزام قواعده عند سن تشريع داخلي يحكم التحويلات المصرفية الإلكترونية ، وبذلك يمكن أن يتحقق التوحيد للقواعد القانونية التي تنطبق على هذا النوع من العمليات المصرفية الهامة<sup>(٦٤)</sup> .

وطبقاً للمادة الأولى من القانون النموذجي ، فإن التحويل البرقي

- 
- المقالة المشار إليها ، ص ١٦٩ .  
وفي عرض جيد للاختلافات بين القانون الأمريكي والقانون النموذجي ، أنظر :  
Raj Bhala, The Inverted Pyramid of Wire Transfer Law .....  
المقالة المشار إليها ، وبصفة خاصة من ص ٣٧٢ إلى آخر المقالة ، وأيضاً :  
Carl Felsenfeld, Strange Bedfellows for Electronic Funds Transfers:  
Proposed Article 4A of the Uniform Commercial Code and the UNCITRAL  
Model Law .....  
المقالة المشار إليها ،  
(٦٣) أنظر :  
Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on  
International Credit Transfers.....  
المشار إليها سابقاً ، ص ص ١٢-١٣ .  
Eric E. Bergsten, UNCITRAL Model Law on International Credit (٦٤)  
Transfers, Volume 6 Journal of International Banking Law , pp. 276-283  
(1991).  
وخاصة في ص ٢٧٦ وما بعدها . فالقانون النموذجي ليس إتفاقية دولية ملزمة ، ولكنه عبارة عن  
تشريع نموذجي تهدي به الدول عند سن تشريعاتها الوطنية ، ولم تقم أية دولة بتبني قواعد القانون  
النموذجي في تشريعاتها الداخلية . راجع:  
Mark Sneddon, The Effect of UNIFORM Commercial Code Article 4A ...  
المقالة المشار إليها ص ١١٢٠ هامش (٣٨) .

للتقود نو طبيعة دولية، وعليه، يشترط لانطباق القانون النموذجي حصول عملية التحويل البرقي في دولتين مختلفتين على الأقل؛ مثلاً، بإرسال قيمة مبلغ التحويل من شخص المصدر في بلد ما عن طريق بنكه المصدر إلى شخص المستفيد في بلد آخر عن طريق بنك المستفيد ويستوي في ذلك أن يكون التحويل بين أفراد أو بين شركات<sup>(٦٥)</sup>، ومن ثم، فإن إنجاز العملية يقتضي تدخل بنكين على الأقل في بلدين مختلفين<sup>(٦٦)</sup>، وجدير بالذكر، أن القانون النموذجي تجنب وضع تعريف محدد للبنك. فقد حصل خلاف شديد بين مندوب الولايات المتحدة في لجنة التجارة الدولية وبين مندوبي الدول الأوروبية بصفة عامة حول ضبط اصطلاح "البنك". فبينما ناصرت الدول الأوروبية تطبيق القانون النموذجي على البنوك بالمعنى الفني وأيضاً على غيرها من المؤسسات المالية التي تقوم بتقديم بعض الخدمات كالتي تقدمها البنوك للعملاء ومنها خدمات التحويل البرقي، كهيئات البريد ومؤسسات الصرافة، فإن الولايات المتحدة اتخذت موقفاً مغايراً بعدم انطباق قواعد القانون النموذجي على المؤسسات المالية غير البنكية ليقصر تطبيقه على البنوك وحدها. ونظراً لعدم حصول اتفاق بين واضعي القانون النموذجي حول هذا الموضوع، فقد رئي حذف أي تعريف للبنك. ومع ذلك - وإرضاء للجانب الأوروبي - فقد نصت المادة الأولى من القانون النموذجي على سريانه على البنوك فضلاً عن سريانه أيضاً على أي وحدات entities

---

Carl Felsenfeld, The Compatibility of the UNCITRAL Model Law on (٦٥)  
International Credit Transfers with Article 4A of the UCC...

المقالة المشار إليها، ص ٥٦.

(٦٦) المقالة السابقة، ص ٥٦. أيضاً:

Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on  
International Credit Transfers.....

المشار إليها، ص ص ١٣-١٤.

ومؤسسات Institutions تمارس - كجزء من نشاطها العادي - عمليات تنفيذ أوامر الدفع للتحويلات البرقية<sup>(٦٧)</sup>.

وقد عالج القانون النموذجي التحويلات الائتمانية الدولية في أربعة فصول. تؤلف معاً تسع عشرة مادة. وموضوعات الفصل الأول في مواد القانون النموذجي هي: نطاق التطبيق، التعريفات، التعليمات المشروطة، مدى جواز الاتفاق على خلاف أحكامه. أما الفصل الثاني فينص على التزامات الأطراف، وخاصة التزامات المرسل والالتزام بالدفع للبنك المتلقي، قبول أو رفض أمر الدفع، التزامات البنك المتلقي، قبول ورفض أمر الدفع من بنك المستفيد، التزامات بنك المستفيد، ميعاد تنفيذ أمر الدفع، وإلغاء أمر الدفع. والفصل الثالث، يتضمن نتائج وآثار التأخير في تنفيذ أوامر الدفع وعدم تنفيذها وتنفيذها المعيب. أما الفصل الرابع والأخير، فهو عبارة عن مادة وحيدة بعنوان إتمام التحويل الائتماني<sup>(٦٨)</sup>.

(٦٧) تنص المادة الأولى من القانون النموذجي على أن:

**Article 1- Sphere of Application:**

<<(1) This Law applies to credit transfers where any sending bank and its receiving bank are in different States.

(2) This law applies to other entities business engage in executing payment orders in the same manner as it applies to banks.

(3) >>.....>>

راجع أيضاً :

Carl Felsenfeld, The Compatibility of the UNCITRAL Model Law .....

المقالة المشار إليها، ص ٥٦.

UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers, 1992- United Nations (٦٨) <<[www.lexmercatoriq.org](http://www.lexmercatoriq.org)>>.

وأيضاً منشور في :

32 International Legal Materials (ILM) p. 587 (1993).





## الفصل الأول

### العلاقات الناشئة عن التحويلات المصرفية الإلكترونية

#### تمهيد :

تنشأ عن عملية التحويل المصرفي الإلكتروني علاقات عديدة .  
فهناك أولاً العلاقة التي تنشأ بين البنك المصدر أو الأصلي Originator's Bank (البنك المصدر أو البنك الأصلي) ، أي ذلك البنك الذي يتلقى أمر الدفع الأول First Payment Order بالتحويل الإلكتروني من العميل الأمر مصدر هذا الأمر Originator (المصدر أو العميل الأمر) . وهذه هي التسميات المعروفة في التقنين التجاري الموحد الأمريكي (٦٩) . أما القانون النموذجي فقد أطلق تسمية المرسل Sender على أي شخص يقوم بإصدار أمر دفع بما في ذلك العميل الأمر أو أي بنك يقوم بإصدار أمر دفع سواء كان البنك الأصلي أو أي بنك لاحق يقوم بإصدار أمر دفع تال كالبنك الوسيط Intermediary Bank أو البنوك المراسلة Correspondent Banks (٧٠) .

(٦٩) وطبقاً للمادة (c) 4A-104 § من التقنين التجاري الموحد ينصرف اصطلاح (Originator) إلى:

<<the sender of the first payment order in a funds transfer>>

وينصرف اصطلاح (Originator) في القانون النموذجي إلى :

<<the issuer of the first payment in a credit transfer>>.

المادة (٢) فقرة (c) من القانون النموذجي .

لما البنك الأصلي أو البنك المتلقي طبقاً للتقنين التجاري الموحد الأمريكي فهو :

<<(1) the receiving bank to which the payment order of the originator is issued if the originator is not a bank, or (ii) if the originator is a bank>>.

أنظر المادة : U.C.C. § 4A-104 (d)

(٧٠) وتعريف اصطلاح (Sender) في القانون النموذجي هو كالتالي:

Article 2- Definitions

.....

أما القانون الأمريكي فقد أطلق تسمية The Sender على أي بنك آخر يقوم بإصدار أمر الدفع ، فيما عدا البنك الأصلي أو المصدر لأمر الدفع الأول<sup>(٧١)</sup>.

والعلاقة بين البنك الأصلي أو المصدر والعميل الأمر هي علاقة تعاقدية مبناها القبول Acceptance . وللقبول معنى خاص في إطار هذه العلاقة . إذ يحصل القبول - كما سنرى - بقيام البنك الأصلي بإصدار أمر الدفع إلى البنك الذي يليه في العملية . ويكون للبنك الأصلي أن يرفض أمر الدفع وفقاً لشروط وطريق معين رسمه كل من القانون الأمريكي والقانون النموذجي . وإذا صدر القبول من البنك الأصلي

---

(e) "Sender" means the person who issues a payment order, including the originator and any sending bank".

ويُعرف البنك الوسيط Intermediary Bank في القانون الأمريكي كما يلي:

<<It is any bank that receives a payment order other than the originator's bank or the beneficiary's bank>>.

أما القانون النموذجي فيُعرف البنك الوسيط كما يلي:

<<Intermediary bank means any receiving bank other than the originator's bank and the beneficiary's bank>>.

المادة (٢) فقرة (g) من القانون النموذجي .

(٧١) وتعريف Sender في القانون الأمريكي هو :

<<the person giving the instruction to the receiving bank is referred to as the sender>>.

وينطبق هذا التعريف على أي شخص سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً كشركة أو بنك .

أما البنك المتلقي أو receiving bank فيُعرف في القانون الأمريكي بأنه:

"the bank that receives funds".

أنظر: المادة (5) (a) § 4A U.C.C. . ويلاحظ في هذا الخصوص للتدخل بين تعريف البنك المرسل

sender والبنك المتلقي في القانون الأمريكي ، إذ قد يحدث أن تنطبق هاتان التسميتان على ذات

البنك كما في الحالة التي يقوم فيها البنك الوسيط بتلقي أمر الدفع من البنك الأصلي ، ثم يقوم

بإرسال ذات الأمر إلى بنك المستفيد ، راجع:

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه ..... ، ص ٣٢ .

ترتبت التزامات متبادلة بين هذا البنك والعميل الأمر ، والتي سوف نقوم  
بعرضها في المبحث الأول من هذا الفصل .

وتنشأ علاقة أخرى بين المستفيد Beneficiary وبنكه الذي يسمى  
بنك المستفيد Beneficiary's Bank وهي علاقة جوهرها القبول (٧٢) .  
وللقبول في هذه العلاقة معنى مختلف ، فهو لا يعني قبول بنك المستفيد  
تنفيذ أمر ما للمستفيد ، وإنما ينصرف إلى مجرد قبول مبلغ الأمر لصالح  
المستفيد . وسوف نناقش الالتزامات المتبادلة بين المستفيد وبنكه في  
المبحث الثاني من هذا الفصل .

وأخيراً ، تنشأ علاقات أخرى بين البنوك المتدخلة في تنفيذ أمر  
الدفع . فهناك ، مثلاً ، علاقة تنشأ بين البنك الأصلي وبنك المستفيد .  
وهي علاقة ثنائية مباشرة . وقد تتعدد العلاقات بين البنوك المشتركة في  
العملية عند تدخل بنك وسيط أو أكثر . فإذا اشترك بنك وسيط في  
العملية ، فإن البنك الأصلي يقوم بإرسال أمر دفع ثانٍ إلى البنك الوسيط ،  
فيكون هذا البنك الأخير هو البنك المتلقي . فإذا ما تلقى البنك الوسيط هذا

---

(٧٢) ويُعرف القانون الأمريكي المستفيد Beneficiary بأنه:

<<the person to be paid by the beneficiary's bank>>.

أنظر : U.C.C. § 4A-103 (a) (2)

لما القانون النموذجي فيُعرف المستفيد كالتالي:

"Beneficiary means the person designated in the originator's payment order to receive funds as a result of the credit transfer".

أنظر المادة (d) 2 من القانون النموذجي .

ويُعرف القانون الأمريكي بنك المستفيد كالتالي:

"the beneficiary's bank is the bank identified in a payment order in which an account of the beneficiary is to be credited pursuant to the order or otherwise is to make payment to the beneficiary if the order does not provide for payment to an account".

أنظر : المادة (3) (a) U.C.C. § 4A-103

الأمر ، كان عليه أن يصدر أمر دفع ثالث إلى بنك المستفيد ، وهكذا .  
وفي إطار العلاقة بين البنك الوسيط وبنك المستفيد ، فإن البنك الوسيط  
يعتبر مرسلاً لأمر الدفع ، أما بنك المستفيد فيكون هو البنك المتلقي .  
وبعبارة أخرى ، يكون للبنك الوسيط مركزان قانونيان متميزان : فهو  
بنك متلقٍ للأمر في علاقته بالبنك الأصلي ، هذا من ناحية ؛ ومن ناحية  
أخرى ، فهو بنك مرسل في علاقته ببنك المستفيد . وتترتب التزامات  
مختلفة في إطار كل من هاتين العلاقتين ، لا سيما فيما يخص تسوية  
عملية التحويل والالتزامات المتبادلة . وهذا ما سوف نقوم بتوضيحه في  
المبحث الثالث من هذا الفصل .

### تقسيم :

ومن ثم ، يمكن تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث كالتالي :

**المبحث الأول :** علاقة البنك الأصلي أو المصدر بالعميل الأمر .

**المبحث الثاني :** علاقة بنك المستفيد بالمستفيد .

**المبحث الثالث :** العلاقات الناشئة بين البنوك المشتركة في التحويلات  
المصرفية الإلكترونية .

## علاقة البنك الأصلي أو المصدر بالعميل الأمر

### تمهيد وتقسيم :

يحكم أمر الدفع العلاقة بين البنك الأصلي والعميل الأمر . ويتم بث أمر الدفع عن طريق البنك الأصلي إلكترونياً إلى البنك الذي يليه ، وينبغي أن يتضمن هذا الأمر مبلغاً معيناً أو قابلاً للتعيين وأن يكون غير مشروط ، وفضلاً عن ذلك يشترط أن يكون التحويل ائتمانياً . وإذا ما صدر أمر الدفع من العميل الأمر ، فيجب - لكي يبدأ التنفيذ - أن يصدر القبول من البنك الأصلي . ويحصل القبول بقيام ذلك البنك بإصدار أمر الدفع الخاص به إلى البنك التالي له في عملية التحويل الإلكتروني . ويشترط صدور القبول في مواعيد معينة ، وإن كان هذا لا يطعن في حق البنك الأصلي في رفض الأمر في أحوال أخرى . ويحصل الرفض - كقاعدة عامة - بإخطار إلى العميل بذلك في مواعيد محددة ، وإلا اعتبر البنك مسئولاً . وتتسأ إلتزامات معينة على عاتق كل من العميل الأمر والبنك الأصلي عند إصدار وقبول أمر الدفع . وتتمثل أهم الإلتزامات في الوفاء بقيمة الأمر ، والحق في ضمان استرداد مبلغ الأمر ، والتزام البنك بالرد .

وفيما يلي نناقش المسائل المذكورة بشئ من التفصيل ، ومن ثمّ

يمكن تقسيم هذا المبحث إلى أربعة مطالب :

**المطلب الأول : أمر الدفع .**

**المطلب الثاني : القبول .**

**المطلب الثالث : رفض أمر الدفع .**

**المطلب الرابع : الالتزامات الناشئة عن أمر الدفع بين العميل الأمر**

**والبنك الأصلي .**

## **المطلب الأول**

### **أمر الدفع Payment Order**

أمر الدفع هو حجر الزاوية في عملية التحويل الإلكتروني ، إذ به تبدأ هذه العملية . وتتضمن عملية التحويل الإلكتروني سلسلة من أوامر الدفع حيث يصدر أمر الدفع الأول من العميل الأمر تليه أوامر دفع أخرى تصدر من البنوك المشتركة في العملية<sup>(٧٣)</sup> . فيقوم العميل بإصدار أمر إلى بنكه كي يدفع إلى المستفيد أو كي يأمر هذا البنك بنكاً آخر بأن يدفع للمستفيد مبلغاً محدداً أو قابلاً للتحديد<sup>(٧٤)</sup> . ولا يشترط شكل معين في أمر الدفع الصادر من العميل الأمر إلى بنكه . فقد يحصل الأمر

(٧٣) راجع :

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems,

المرجع المشار إليه سابقاً ، الفصل السادس عشر ، ص ص ٤٠-٤١ ؛ كذلك راجع :

Model Funds Transfer Services Agreement and Commentary.....

المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٦-٧ .

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers .....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ١٧ .

(٧٤) في نفس المعنى:

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers.....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ٦ وما بعدها .

كتابة، أو شفاهة بطريق الهاتف مثلاً ، أو بإحدى الوسائل الإلكترونية كان يبيث العميل الأمر بالكومبيوتر باستخدام شفرات معينة متفق عليها مع البنك<sup>(٧٥)</sup> . ويبين من ذلك ، أن أسلوب إصدار الأمر من العميل لا يقف عند حد استخدام الأسلوب الإلكتروني ، إذ قد يستخدم العميل الكتابة أو حتى الأوامر الشفوية . ولا يخل هذا في وصف التحويل المصرفي بأنه إلكتروني ، لأن العبرة في إضفاء الصفة الإلكترونية لا تكون بالأمر الذي يصدره العميل نفسه ، ولكن الاعتداد في ذلك يكون في اللحظة التي يقوم فيها البنك الأصلي Originator's Bank أو البنك المرسل Sending Bank بإصدار أمر الدفع الخاص به إلى البنك الذي يليه في العملية . إذ يجب على أي بنك يتدخل في تنفيذ أمر الدفع أن يستخدم الأسلوب الإلكتروني لإرسال هذا الأمر . ومن ثمّ ، فإن أمر الدفع من العميل قد يحصل بالأسلوب الإلكتروني أو بغيره ، أما جميع أوامر الدفع اللاحقة الصادرة من البنوك فيجب أن تكون إلكترونية<sup>(٧٦)</sup> .

(٧٥) المرجع السابق ، ص ١٩ وما بعدها ؛ أيضاً :

Ernest T. Patrikis, Wire Transfers.....

المرجع المشار إليه ، ص ٣٢ وما بعدها ؛ كذلك راجع :

Committee Report, Model Electronic Payments Agreement and Commentary .....

المقالة المشار إليها ، ص ٦٠٦ . وأنظر المادة : (1) (a) 4A-103 من التقنين التجاري المؤخذ الأمريكي والتي تنص على أن:

<<Payment order means an instruction of a sender to a receiving bank, transmitted orally, electronically, or in writing, to pay, or to cause another bank to pay, a fixed or determinable amount of money to a beneficiary...>>

كما يلاحظ أن القانون النموذجي قد تضمن معنى قريب ، إذ بمقتضى هذا القانون فإن أمر الدفع هو عبارة عن تعليمات غير مشروطة من المرسل إلى البنك المتلقي لكي يضع تحت تصرف المستفيد مبلغاً نقدياً محدداً أو قابلاً للتحديد ، ويصح أن يكون هذا الأمر في أي شكل in any form . أنظر المادة (b) 2 من القانون النموذجي .

(٧٦) في معنى قريب :

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems .....

المرجع المشار إليه ، ص ٤١ ؛ أيضاً :

Benjamin Geva, The Evolving Law of Payment by Wire Transfer- An

وبعبارة أخرى ، فإن معيار وصف التحويل بالإلكتروني يتحدد بأسلوب تنفيذ البنك لأمر الدفع الصادر من العميل باستخدام الرسائل الإلكترونية Electronic Messages ، أو الشفرات الإلكترونية Electronic Codes ، ويكون ذلك من خلال اتباع واحد من الوسائل المعروفة عالمياً كنظام سويفت SWIFT مثلاً<sup>(٧٧)</sup> . وعليه ، فإن صدور أمر كتابي أو شفوي من العميل بالتحويل لمستفيد معين في بنك آخر مثلاً لا يطعن في إضفاء الصفة الإلكترونية على التحويل المصرفي طالما أن تنفيذ هذا الأمر فيما بين جميع البنوك المشتركة في العملية يتم باتباع الأسلوب الإلكتروني المناسب .

ويجب ، وفقاً للقانون الأمريكي ، أن يصدر أمر الدفع إلى بنك ، وبما يشمل أي شخص يقوم بعمليات البنوك ، وبما في ذلك أيضاً بنوك الادخار Savings Banks ، هيئات الادخار والإقراض الأخرى Savings

---

#### Outsider's View of Draft UCC Article 4A .....

المقالة المشار إليها ، ص ص ١٩٨-١٩٩ ؛

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers .....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ٢٠ وما بعدها ؛

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr., Raj K. Bahala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه ، ص ٣٥ وما بعدها .

(٧٧) راجع في الوسائل المختلفة للتحويلات الإلكترونية:

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr., and Raj K. Bahala, Wire Transfers.....

المرجع السابق ، ص ٣٥ وما بعدها ؛

Herbert F. Lingl, Risk Allocation in International Interbank Electronic Fund Transfers: CHIPS & SWIFT.....

المقالة المشار إليها ، ص ص ٦٢٢-٦٣٠ .

راجع كذلك :

Michael I. SPAK, The Case to be Made for Proposed Article 4A of the Uniform Commercial Code: What's a Trillion Dollars between Friends?!

المقالة المشار إليها ، ص ١٦٩ وما بعدها ؛



الترست Trust Companies (٧٨) ، كما يدخل في نطاق هذا التعريف أيضاً البنوك الأجنبية والبنوك المركزية للدول الأخرى (٧٩) . أما القانون النموذجي ، فقد تجنب وضع تعريف معين للبنك نظراً للخلاف بين الولايات المتحدة الأمريكية والدول الأوربية حول هذا الأمر . فقد رأت الدول الأوربية ضرورة ألا يقتصر تطبيق القانون النموذجي على البنوك بالمعنى الضيق ، بل يتعين أن يخضع له المؤسسات المالية الأخرى التي تقدم خدمات التحويل الإلكتروني أو البرقي لعملائها مثل هيئات البريد ومكاتب الصرافة الكبرى . أما الولايات المتحدة الأمريكية ، فكانت من أنصار الاقتصار في تطبيق أحكام القانون النموذجي على البنوك بالمعنى الفني أي تلك المؤسسات المالية التي تقوم بعمليات البنوك Engaged in the business of banking (٨٠) . وانتصاراً للموقف الأوروبي ، نصت المادة الأولى من القانون النموذجي على سريانه فضلاً عن البنوك على أي وحدات أو مؤسسات تمارس - كجزء من نشاطها العادي - عمليات تنفيذ

(٧٨) أنظر :

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers.....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ١٩ ؛ أيضاً :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr., & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه ، ص ٣٣ .

(٧٩) راجع :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr., & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع السابق ، ص ٣٣ .

(٨٠) أنظر :

Carl Felsenfeld, The Compatibility of the UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers.....

المقالة المشار إليها ، ص ٥٦ .

أوامر الدفع للتحويلات البرقية والإلكترونية (٨١).

وبالإضافة إلى ضرورة استخدام إحدى وسائل التحويل الإلكتروني لبث أمر التحويل المصرفي بين البنوك والمؤسسات المالية المتدخلة في تنفيذ الأمر ، فإن هناك ثلاثة شروط جوهرية أو عناصر أساسية لاعتبار أمر الدفع إلكترونياً :

**الشرط الأول :** أن يتضمن أمراً بدفع مبلغ معين Fixed amount أو قابل للتحديد Determinable amount (٨٢). فلا يجوز أن يتضمن الأمر دفع مبلغ يتراوح بين ألف دولار وألف وخمسمائة ، كما لا يجوز أن يتضمن الأمر بدفع مبلغ حوالي ألف دولار مثلاً. ومع هذا يجوز أن يكون المبلغ قابلاً للتحديد ، كأن يتضمن مثلاً دفع ألف دولار مضافاً إليها الفائدة التي تستحق على ذلك المبلغ في ميعاد تنفيذ الأمر ، إذ بعملية حسابية بسيطة يمكن لبنك المستفيد إضافة مبلغ الفائدة المستحقة (٨٣). ويثور التساؤل عما إذا كان يمكن أن يصدر أمر الدفع بعملة أجنبية معينة ويتم تنفيذ الأمر للمستفيد بالعملة الوطنية في بلد بنك المستفيد ؟ ومثال ذلك أن يصدر

(٨١) المقالة السابقة ، ص ٥٦ ؛ أيضاً :

Eric E. Bergsten, UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers..

المقالة المشار إليها ، ص ٢٧٨ في هامش رقم ١٤.

(٨٢) أنظر :

Michael I. SPAK, The Case to be Made for Proposed Article 4A of the Uniform Commercial Code.....

المقالة المشار إليها ، ص ١٧١ وما بعدها؛

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems....

المرجع المشار إليه ، الفصل السادس عشر ، ص ٤٠.

(٨٣) في معنى قريب:

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه ، ص ٣٤.

الأمر في الولايات المتحدة بمبلغ قدره عشرة آلاف دولار، على أن يتم دفعه للمستفيد في مضر بالجنيه المصري. ونرى أن اختلاف نوع العملة التي يصدر بها الأمر عن نوع العملة التي يتم بها تنفيذ الأمر للمستفيد لا يخل بشرط قابلية المبلغ للتحديد حتى ولو كانت أسعار الصرف متقلبة أو غير ثابتة ، ذلك أن العبرة في تحديد قيمة التحويل الإلكتروني Value date تكون بتاريخ تنفيذ الأمر ، وهو تاريخ محدد<sup>(٨٤)</sup>.

**الشرط الثاني: أن يكون أمر الدفع غير مشروط Unconditional:**

ينص كل من القانون الأمريكي والقانون النموذجي على أن يكون أمر الدفع الإلكتروني غير معلق على شرط<sup>(٨٥)</sup>، وعليه ، لا يعتبر أمر

(٨٤) راجع :

Oliver Wulff, Two Ways to Achieve the Same Goal: The Model Law on International Credit Transfers....

المقالة المشار إليها ، ص ١٠٠ :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr., & Raj K. Bjala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه ، ص ص ٣٦-٣٧ :

ويذهب البعض إلى أن value date يشير إلى اليوم الذي يتعين فيه على البنك المتلقي الدفع للمستفيد :

“the day the destination bank is to pay the beneficiary”.

أنظر :

Benjamin Geva, The Evolving Law of Payment by Wire Transfer- An Outsider's View of Draft UCC Article 4A....

المقالة المشار إليها ، ص ٢٠٠ ؛ وفي نفس الفكرة ، راجع :

Carl Felsenfeld, The Compatibility of the UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers with Article 4A of the UCC....

المقالة المشار إليها ، ص S64 ، وما بعدها .

(٨٥) أنظر المادة (i) (1) (a) 4A-103 من التقنين التجاري الموحد الأمريكي ، والمادة (b) 2 من

القانون النموذجي . وراجع :

Michael I. SPAK, the Case to be Made for Proposed Article 4A of the Uniform Commercial Code....

المقالة المشار إليها ، ص ١٦٧ .

دفع إلكتروني ذلك الأمر الذي يعلق الدفع على شرط قيام المستفيد بعمل معين ، كأن يشترط العميل الأمر عدم وفاء البنك للمستفيد بقيمة الأمر إلا إذا قام هذا المستفيد بتنفيذ التزامه بتسليم البضاعة المتفق عليها أو إنجاز الأعمال المنصوص عليها بموجب عقد مبرم بين العميل الأمر والمستفيد<sup>(٨٦)</sup> . كذلك لا يصلح لأن يكون أمر دفع إلكتروني ذلك الأمر الذي يعلق فيه الدفع للمستفيد على وجوب وصول مستندات معينة إلى العميل الأمر عن طريق بنكه المصدر ، أو ذلك الأمر الذي يعلق الدفع للمستفيد على تقديم هذا الأخير ضمانات معينة<sup>(٨٧)</sup> . فنظام التحويل الإلكتروني نظام قوامه السرعة الفائقة ، لدرجة أن البعض يصف هذا النظام بأنه يعمل بطريقة ميكانيكية ، ومن ثم فإنه لا يجوز تعليق أمر الدفع الإلكتروني على شرط ما ، وإلا كان من شأن ذلك إعاقة تنفيذ الأمر، وبما يخل بالسرعة الواجبة لإنجازه<sup>(٨٨)</sup> . وبعبارة وجيزة ، ليس

(٨٦) أنظر :

Tina McKelvy, Article 4A of the Uniform Commercial Code: Finally, Banks and Their Customers Know Where They Stand and Who Pays When a Wire Transfer Goes Awry, .....

المقالة المشار إليها ، ص ٣٥٥ وما بعدها :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه ، ص ص ٣٣-٣٤ .

(٨٧) راجع :

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfer....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ٢٠ وما بعدها .

(٨٨) المرجع السابق ، ص ٢١ ؛ أيضاً :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr., & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه ، ص ٣٤ ؛

Benjamin Geva, The Evolving Law of Payment by Wire Transfer- An Outsider's View of Draft UCC Article 4A.....

المقالة المشار إليها ، ص ١٩٥ وما بعدها ؛

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers.....

من واجبات البنوك في التحويلات المصرفية الإلكترونية التحقق من توافر شروط أو مستندات معينة للعميل الأمر ، وخاصة ، كما سنرى ، أن أمر الدفع الإلكتروني يتعين تنفيذه في ذات اليوم الذي يصدر فيه . ولكن لا يعدّ تعليقاً للأمر على شرط ذكر الشروط أو البيانات المتعلقة بالمبلغ ، ونوع عملة الدفع ، ووقت وميعاد الدفع ، فهذه الشروط هي أصلاً من الشروط الجوهرية للأمر<sup>(٨٩)</sup> . وبصفة خاصة ، يقضي القانون الأمريكي بأن قيام العميل الأمر بتضمين شرط تنفيذ أمر الدفع في وقت معين ليس من شأنه إخراج الأمر من دائرة التحويلات الإلكترونية<sup>(٩٠)</sup> . وهنا يثور سؤال طريف وهام عن مدى جواز قيام العميل الأمر بتحديد ميعاد الدفع في ساعة محددة من يوم معين؟ نعتقد أنه لا يوجد مانع من ذلك ، لا سيما مع السرعة الفائقة التي يتميز بها التحويل الإلكتروني ، علاوة على الحرص الشديد من جانب البنوك في التقيد الحرفي بتعليمات العميل . ويساعد على تحقيق هذه النتيجة التكنولوجية الحديثة المستخدمة في بث الرسائل الإلكترونية في شبكة الاتصالات التي تربط بين البنوك المشتركة في عملية التحويل . كما يقضي القانون النموذجي على أنه لا يحول دون

---

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ٢١ ؛

Bradely Crawford Q.C., International Credit Transfers: The Influence of Article 4A....

المقالة المشار إليها ، ص ١٧٤ .

(٨٩) أنظر :

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers .....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ٢١ .

(٩٠) في معنى قريب :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه ، ص ٣٤ .

وراجع المادة (1) (a) 4A-103 من للتقنين لتجاري الموحد الأمريكي .

انطباق أحكام التحويل الإلكتروني التعليمات التي يصدرها العميل الأمر بأمر الدفع والتي تقضي بوجوب قيام بنك المستفيد بالاحتفاظ لديه بمبلغ الأمر إلى حين قيام المستفيد بالتقدم بطلب الدفع ، وذلك في الحالة التي لا يحتفظ فيها المستفيد بحساب مع هذا البنك<sup>(٩١)</sup>.

### الشرط الثالث : أن يكون التحويل ائتمانياً Credit Transfer :

يشترط في أمر الدفع أن يكون تحويلاً ائتمانياً Credit Transfer • والتحويلات الائتمانية - في المفهوم المصرفي - هي تلك التي تتم في إطار النظام البنكي عن طريق تعليمات مباشرة من العميل الأمر إلى بنكه - دون تدخل من المستفيد - بأن يدفع لهذا الأخير مبلغاً نقدياً بالخصم من حساب العميل وإضافة ذات القيمة إلى حساب المستفيد في بنكه To be credited into the beneficiary's account<sup>(٩٢)</sup>. فالتحويلات الائتمانية تبدأ بناء على طلب وتعليمات العميل الأمر نفسه أي مرسل الأمر ودون تدخل أو طلب من المستفيد. كما يقوم البنك المصدر بتحصيل مبلغ الأمر من العميل الأمر ، إما بقبضه منه مباشرة أو بالخصم من حسابه لديه<sup>(٩٣)</sup>.

(٩١) راجع نص المادة ٢/ب من القانون النموذجي.

(٩٢) في نفس المعنى :

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems .....

المرجع المشار إليه ، الفصل السادس عشر ، ص ٤٢ ؛

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ٢١.

(٩٣) في نفس المعنى :

Committee Report, Model Electronic Payments Agreement and Commentary....

التعليق المشار إليه ، ص ص ٦٠٦-٦٠٧. راجع كذلك:

Mark Sneddon, The Effect of Uniform Commercial Code Article 4A on the Law of International Credit Transfers.....

وينتهي التحويل الائتماني بإضافة قيمة المبلغ إلى حساب المستفيد ، ومن هذه الزاوية يوصف التحويل بأنه ائتماني<sup>(٩٤)</sup> . أما التحويلات بالخصم Debit Transfer فهي التي تبدأ إجراءاتها من جانب المستفيد وبناء على طلبه ، كأن يتقدم المستفيد مثلاً بطلب تحصيل المبلغ المرسل إليه بشيك مصرفي في بلد أجنبي<sup>(٩٥)</sup> . وبعبارة وجيزة ؛ يتضمن التحويل الائتماني دفعاً للنقود push funds من حساب الدافع أو المرسل إلى حساب القابض أو المرسل إليه أي المستفيد ، بينما ينصرف التحويل بالخصم إلى قيام المرسل إليه أو المستفيد بسحب أموال to pull funds من حساب المرسل<sup>(٩٦)</sup> .

وقد نص كل من القانون الأمريكي والقانون النموذجي صراحة على وجوب أن يكون التحويل ائتمانياً بالمعنى المتقدم . إذ تنص المادة

---

المقالة المشار إليها ، ص ١١١٠ وأيضاً في هامش رقم (٨) من ذات الصفحة .

(٩٤) راجع التعليق السابق ، ص ٦٠٧ ؛ أيضاً :

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers.....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ٢١ ؛

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه ، ص ٣٤ وما بعدها .

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers....

المرجع المشار إليه ، ص ص ٣٤-٣٥ .

(٩٦) المرجع السابق ، ص ٣٤ ؛ أيضاً :

Benjamin Geva, The Evolving Law of Payment by Wire Transfer- An Outsider's View of Draft UCC Article 4A .....

المقالة المشار إليها ، ص ص ١٨٧-١٨٨ ؛

Tina Mckelvy, Article 4A of the Uniform Commercial Code....

المقالة المشار إليها ، ص ٣٥٦ ؛ أيضاً :

Model Funds Transfer Services Agreement and Commentary....

المشار إليه سابقاً ، ص ص ٤-٥ .

(1) (a) 4A-103 من التقنين التجاري الموحد الأمريكي على وجوب قيام العميل بدفع قيمة الأمر مباشرة إلى البنك المصدر أو قيام هذا البنك بخصم تلك القيمة من حساب العميل لديه<sup>(٩٧)</sup>. كما تنص المادة ٢/ب من القانون النموذجي على قيام البنك المصدر لأمر الدفع بخصم مبلغ الأمر من حساب العميل لديه أو بقبض هذه القيمة أو استردادها من العميل مباشرة ؛ وفي كل الأحوال ، لا يجوز قبول تعليمات من المستفيد فيما يتعلق بأمر الدفع<sup>(٩٨)</sup>.

## المطلب الثاني

### القبول Acceptance

أمر الدفع هو في حقيقته عبارة عن طلب request من العميل الأمر إلى البنك كي يقوم بتنفيذ الأمر ، ولا تنشأ التزامات البنك المصدر أو الأصلي Originator Bank والبنك المتلقي Receiving Bank إلا بقبول أمر الدفع الصادر إليه<sup>(٩٩)</sup>. وبصفة عامة ، ينصرف القبول إلى أي

---

(٩٧) في شرح هذا النص ، أنظر :

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers ....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ٢١.

(٩٨) راجع :

Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Credit Transfers.....

المشار إليها سابقاً ، ص ١١ وما بعدها .

(٩٩) في نفس المعنى:

Model Funds Transfer Services Agreement and Commentary ....

المشار إليه سابقاً ، ص ٧ وما بعدها ؛

Oliver Wulff, Two Ways to Achieve The Same Goal .....



تصرف من جانب البنك المصدر والبنك المتلقي يدل بذاته على موافقة هذا البنك على تلبية أمر الدفع الصادر إليه<sup>(١٠٠)</sup>، والقبول هو أمر إرادي محض للبنك المصدر أو البنك المتلقي ، فله أن يرفض أمر الدفع حتى ولو كان للعميل المصدر أو للمرسل رصيد كافٍ لتغطية مبلغ الأمر<sup>(١٠١)</sup>، ولكن في حالة وجود رصيد للعميل المصدر يكفي لتغطية أمر الدفع ، فإنه يتعين على البنك المصدر أو البنك المتلقي إخطار عميله أو المرسل بعدم تنفيذ الأمر طبقاً للمواعيد المنصوص عليها في كل من القانون الأمريكي والقانون النموذجي ، وكما سنرى لاحقاً ، وإلا اعتبر البنك مسئولاً أمام العميل أو المرسل عن عدم قبول الأمر ويكون ذلك بدفع فائدة على مبلغ الأمر كما سيأتي بيانه<sup>(١٠٢)</sup>، وبصفة خاصة ، إذا كان حساب العميل لدى البنك المصدر أو حساب المرسل لدى البنك المتلقي لا يدر فائدة ، فإن هذا البنك يتعين عليه دفع فوائد للعميل أو للمرسل على مقدار المبلغ في الحساب موضوع الأمر الذي لم يتم تنفيذه ، وذلك حتى يتم الإخطار بالرفض أو يتصل علم العميل بعدم التنفيذ ، أي الميعادين

---

لمقالة المشار إليها ، ص ٩٩ وما بعدها ؛

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems...

المرجع المشار إليه ، الفصل السادس عشر ، ص ٤٢ .

(١٠٠) في معنى قريب :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه ، ص ٥٣ .

(١٠١) المرجع السابق ، ص ٥٣ .

(١٠٢) المرجع السابق ، ص ٥٣ ؛ وأنظر :

المادة 4A-209 والمادة 4A-210 من التقنين التجاري الموحد الأمريكي . راجع أيضاً :

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers.....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ص ص ٥٣-٥٤ .

أقرب<sup>(١٠٣)</sup> . وعلى أي الأحوال ، فإن فترة الفائدة التي يمكن أن تستحق على مبلغ الأمر لا يمكن أن تتجاوز كحد أقصى خمسة أيام ، ذلك أن أمر الدفع - كما سنرى - ينقضي بفوات هذه المدة . لكن ما هو الحل إذا ما كان حساب العميل الأمر لدى البنك لا يدر فائدة أصلاً ، كأن يكون حساباً جارياً بدون فوائد ؟ لا يوجد نص صريح يعالج هذا الفرض في أي من القانون الأمريكي والقانون النمونجي . ويميل الرأي الراجح إلى جواز احتساب فائدة على مبلغ الأمر الذي لم يتم تنفيذه أو الذي تأخر البنك في تنفيذه حتى في الفرض الذي يكون فيه حساب العميل لا يدر فوائد أصلاً<sup>(١٠٤)</sup> . وعلة ذلك ، أن الفائدة المحتسبة لعدم التنفيذ أو للتأخير هي نوع من التعويض للعميل ، وهذا بخلاف الفائدة التي قد تكون على الحساب ذاته باعتبارها فائدة اتفاقية .

ويثور التساؤل عن مضمون القبول وكيفية حصوله من البنك؟ القاعدة أن القبول يحصل من البنك الأصلي أو البنك المتلقي عند قيامه بإصدار أمر الدفع الخاص به إلى البنك الذي يليه في العملية تنفيذاً لأمر العميل . ويستوي في ذلك أن يصدر الأمر من البنك إلى بنك مراسل أو وسيط أو إلى بنك المستفيد مباشرة ، إذ تجري عبارة المادة (a) 4A-209

(١٠٣) راجع :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه ، ص ٥٥ ؛ انظر أيضاً :

Michael SPAK, The Case to be Made for Proposed Article 4A of the Uniform Commercial Code.....

المقالة المشار إليها ، ص ١٨١ .

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers..... (١٠٤)

المرجع السابق ، ص ٥٥ .

من التقنين التجاري الموحد الأمريكي على أن القبول من جانب البنك المتلقي يحصل عندما :

"it issues a payment order intended to carry out the payment order received by that bank"<sup>(١٠٥)</sup>

وطبقاً للمادة السابعة من القانون النموذجي يعتبر البنك المتلقي قد قبل أمر الدفع في أي من الفروض الآتية :

أ - بمجرد استقبال أمر الدفع متى كان هناك اتفاق على قيام البنك بتنفيذ أوامر الدفع الصادرة إليه بمجرد وصولها .

ب - إذا قام البنك بإخطار المرسل بقبول الأمر .

ج - إذا أصدر البنك أمر دفع إلى بنك آخر لتنفيذ أمر الدفع الصادر إليه من المرسل .

---

(١٠٥) أنظر في شرح هذا النص في القانون الأمريكي:

Model Funds Transfer Services Agreement and Commentary.....

المشار إليه ، ص ص ٧-٨ ؛

Michael SPAK, The Case to be Made for Proposed Article 4A of the Uniform Commercial Code .....

المرجع السابق ، ص ١٧٥ وما بعدها ؛

Benjamin Geva, The Evolving Law of Payment by Wire Transfer.....

المقالة المشار إليها ، ص ٢٠٠ ؛

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems, .....

المرجع المشار إليه سابقاً ، الفصل السادس عشر ص ٤٢ ؛

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers .....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ٤٥ وما بعدها ؛

Carl Felsenfeld, Strange Bedfellows for Electronic Funds Transfers.....

المقالة المشار إليها ، ص ٧٥٥ وما بعدها .

د- إذا قام البنك بخصم قيمة مبلغ الأمر من حساب عميله الأمر بالدفع .

هـ- إذا انقضى ميعاد الإخطار بالرفض المحدد بالفقرة رقم ٣ من هذه المادة ، ودون قيام البنك بالرفض ، وطبقاً للفقرة ٧/٣ من القانون النموذجي ، يتعين على البنك إعطاء إخطار بالرفض في موعد غايته يوم العمل التالي للفترة اللازمة لتنفيذ الأمر كقاعدة عامة(١٠٦) .

ويتضح ، بمقارنة نص المادة (a) 4A-209 من القانون الأمريكي مع نص المادة السابعة من القانون النموذجي ، أن القانون الأمريكي يتطلب لحصول القبول قيام البنك المتلقي بإصدار أمر الدفع الخاص به إلى البنك التالي له في العملية ، أما القانون النموذجي فلا يقتصر على هذه الحالة ، إذ ينشأ القبول ، فضلاً عن ذلك ، بتصرفات أخرى تدل بذاتها على انعقاد النية على القبول كقيام البنك المتلقي صراحة بقبول الأمر أو بخصم مبلغ الأمر من حساب العميل لديه ، أو بمجرد استقبال أمر الدفع متى كان هناك اتفاق على قيام البنك بتنفيذ أوامر الدفع الصادرة إليه بمجرد وصولها ؛ إنما ذلك كله يجب أن يعقبه - بطبيعة الحال - قيام البنك المتلقي بإصدار أمر الدفع الخاص به(١٠٧) .

ومن المسلم به أن قبول أمر الدفع لا يمكن أن يحصل قبل تلقي

---

(١٠٦) راجع :

Carl Felsenfeld, The Compatibility of the UNCITRAL Model Law....

المقالة المشار إليها ، ص 61 وما بعدها .

(١٠٧) في معنى قريب : المقالة السابقة ، ص 61 .

البنك لأمر الدفع من العميل الأمر (١٠٨). وعادة ما تضع البنوك قواعد واضحة للمواعيد القصوى التي ينتهي بها واجب البنك في تلقي أمر الدفع. فمثلاً قد يضع البنك ساعات معينة من يوم العمل المصرفي لاستقبال، إجراء، بث، تعديل أو إلغاء أوامر التحويل الإلكتروني للعملاء. كما يجوز للبنك أن يضع مواعيد لتلقي أوامر الدفع وبثها، ومواعيد أخرى لإلغائها أو تعديلها. كما يجوز للبنك وضع مواعيد مختلفة لتلقي أوامر الدفع حسب مجموعات أو تصنيف معين، كأن يحدد أوقاتاً معينة لتلقي أوامر الدفع للتحويلات التي سيتم بثها إلى بنوك في الغرب، وأوقاتاً أخرى لأوامر التحويل التي سيتم بثها إلى الشرق الأقصى، أو أن يحدد أوقاتاً مختلفة لتلقي الأوامر بحسب حجم التحويل، وهكذا (١٠٩). أما أوامر التحويل التي يتلقاها البنك بعد انتهاء يوم العمل أو المواعيد المحددة لذلك، فإنها طبقاً للقانون الأمريكي تعتبر وكأنه قد تم تلقيها في يوم العمل التالي next business day وتعامل على هذا الأساس في كافة الجوانب (١١٠).

(١٠٨) أنظر :

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems ....  
المرجع المشار إليه، الفصل السادس عشر، ص ٤٢ :

Model Funds Transfer Services Agreement and Commentary ....  
المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٧ وما بعدها.

(١٠٩) أنظر :

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers ....

المرجع المشار إليه، الفصل الثاني، ص ٤٧ وما بعدها ؛

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj Bhala, Wire Transfers....

المرجع المشار إليه، ص ٥٧.

(١١٠) أنظر :

المادة (a) 4A-106 من القانون التجاري الموحد الأمريكي، وفي شرح ذلك :

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers.....

المرجع السابق، الفصل الثاني، ص ٤٧ وما بعدها.

وفي المعاملات الدولية ، غالباً ما يكون البنك الأصلي أو المرسل بنكاً آخر غير بنك المستفيد . ولكن في أحيان أخرى ، وخاصة على مستوى التحويلات البرقية في بعض الدول الكبرى كالولايات المتحدة الأمريكية ، قد يكون البنك الأصلي متلقي أمر الدفع هو نفسه بنك المستفيد ، وذلك فيما لو كان لكل من المصدر والمستفيد حساب بنفس البنك<sup>(١١١)</sup> . فإذا كان البنك المصدر هو بنك آخر غير بنك المستفيد ، فإنه يقوم بتنفيذ الأمر عند قيامه هو نفسه بإصدار أمر دفع ثانٍ إلى بنك آخر كبنك وسيط أو بنك المستفيد . وعليه ، يتمثل القبول من جانب البنك المصدر في تنفيذ أمر الدفع الصادر إليه ، بإصدار أمر الدفع الخاص به إلى بنك آخر<sup>(١١٢)</sup> . ويترتب على ذلك أن البنك المصدر يتحمل بالالتزامات في مواجهة عميله المصدر أو المرسل بمجرد صدور القبول من جانبه ، وخاصة فيما يتعلق بالالتزام بقيمة مبلغ الأمر ، نوع العملة ، وقت تحويل النقود ، بيانات البنك المستفيد والبنك المراسل إن كان مذكوراً في الأمر . فهذه التعليمات ، يجب على البنك المتلقي أن يتقيد بها

---

(١١١) في معنى قريب :

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems.....

المرجع المشار إليه ، الجزء الثاني ، ص ٤٢ وما بعدها .

(١١٢) في نفس المعنى :

المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٤٢ وما بعدها ؛

Tira McKelvy, Article 4A of the Uniform Commercial Code ....

المقالة المشار إليها ، ص ٣٥٧ وما بعدها ؛

Carl Felsenfeld, The Compatibility of the UNCITRAL Model Law.....

المقالة المشار إليها ، ص S61 ؛

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ٤٩ .

حرفياً Strict Compliance<sup>(١١٣)</sup>، أما إذا لم تكن هناك تعليمات صريحة من المصدر أو المرسل، فإنه يجب على البنك المصدر بذل العناية المعقولة reasonable care عند تنفيذ الأمر، كاختيار نظام إلكتروني معقول من الناحية التجارية كنظام SWIFT مثلاً، و كاختيار بنك وسيط ذي سمعة تجارية طيبة<sup>(١١٤)</sup>، بل إنه يجوز للبنك المصدر - في بعض الأحوال - مخالفة تعليمات صريحة للعميل المصدر، إذا ما رأى البنك المصدر أن تنفيذ التحويل وفق تلك التعليمات من شأنه الإضرار بالعميل أو تأخير إنهاء التحويل، فمثلاً، إذا طلب العميل المصدر إتمام التحويل عن طريق نظام إلكتروني معين، وحدث خلل أو عطل في هذا النظام، فيجوز للبنك المصدر عندئذ تنفيذ الأمر من خلال نظام إلكتروني آخر لإتمام عملية التحويل في الميعاد، وفي كل الأحوال، فإن البنك المصدر يلتزم

---

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers.... (١١٣)

المرجع السابق، الفصل الثاني، ص ٥٠؛

Michael Spak, The Case to be Made for Proposed Article 4A of the Uniform Commercial Code.....

المقالة المشار إليها، ص ١٧٦؛

Model Funds Transfer Services Agreement and Commentary ....

المشار إليه سابقاً، ص ١٢.

(١١٤) في معنى قريب :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه، الجزء الثاني، ص ٥٦؛

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems....

المرجع المشار إليه، الفصل السادس عشر، ص ٤٣؛

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers.....

المرجع المشار إليه، الفصل الثاني، ص ٥٠ وما بعدها.

وعليه، لا يجوز للبنك الرجوع عن قبول الأمر حتى ولو لم يتلق البنك مقابل الأمر الذي سبق له قبوله حيث يعدم البنك حق القيد العكسي charge back، راجع :

Douglas J. Whaley, Problems and Materials on Payment Law (Little Brown and Company- 3<sup>rd</sup> edition 1992) p. 374.

بتنفيذ الأمر بمنتهى حسن النية good faith<sup>(١١٥)</sup>، ومع ذلك لا تكون المرونة متاحة أمام البنك المصدر في تنفيذ تعليمات عميله، إذا تبين أهمية تلك التعليمات بالنسبة للعميل. فمثلاً، إذا قام العميل المصدر بتحديد بنك وسيط يتم بواسطته تنفيذ العملية، فلا يكون للبنك المصدر تغيير هذه التعليمات، وإلا يكون قد أخل بتوقعات عميله في الاعتماد على هذا البنك الوسيط بالذات في التدخل في العملية<sup>(١١٦)</sup>، وبصفة خاصة، فعندما يحدد المصدر تعليمات صريحة وواضحة بتاريخ معين للدفع للمستفيد، فإنه يكون على البنك إرسال أو بث أمر الدفع في الوقت وبالوسيلة التي تسمح بالدفع للمستفيد في الميعاد. وعادة ما تنص أوامر الدفع على رغبة المصدر في إتمام العملية على وجه السرعة بأي وسيلة إلكترونية مناسبة<sup>(١١٧)</sup>.

---

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers..... (١١٥)

المرجع المشار إليه، الفصل الثاني، ص ٥٠؛

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع السابق، ص ٥٦ وما بعدها.

(١١٦) وفي هذا المعنى، جاء في التعليق على نص المادة 4A-302 ما نصه:

<<The sender's designation of that intermediary bank may mean that the beneficiary's bank is expecting to obtain a credit from that intermediary bank and may have relied on that anticipated credit. If the receiving bank uses another intermediary bank the expectations of the beneficiary's bank may not be realized>>.

راجع :

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers ....

المرجع السابق، الفصل الثاني، ص ٥١.

(١١٧) المرجع السابق، ص ٥٠.



## المطلب الثالث

### رفض أمر الدفع Rejection of Payment Order

القاعدة أنه لا التزام على البنك المتلقي بقبول أمر الدفع الصادر إليه من العميل<sup>(١١٨)</sup>، ويحصل الرفض - كمبدأ عام - بإرسال إخطار notice إلى المرسل أو العميل الأمر. ويكون الإخطار شفويًا أو بكتاب أو بإحدى الوسائل الإلكترونية. وينتج الرفض Rejection أثره بمجرد حصوله بوسيلة مناسبة<sup>(١١٩)</sup>، ولكن ما هو الوقت الذي يتعين فيه على البنك المتلقي القيام بالإخطار برفض أمر الدفع؟ تنص المادة (d) 4A-211 من التقنين التجاري الموحد الأمريكي على انقضاء وإلغاء أمر الدفع بعد انتهاء يوم العمل الخامس محسوباً من اليوم الذي كان يتعين فيه تنفيذ الأمر أو اليوم الذي كان يتعين فيه الدفع أيهما أقرب<sup>(١٢٠)</sup>، لذا، فإنه

---

(١١٨) في معنى قريب :

Model Funds Transfer Services Agreement and Commentary .....

المشار إليه، ص ٨ ؛

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه، ص ٥٤ .

(١١٩) راجع :

Michael Spak, The Case to be Made for Proposed Article 4A of the Uniform Commercial Code....

المقالة المشار إليها، ص ١٧٩ ؛

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه، ص ٥٤ .

(١٢٠) في شرح المادة (d) 4A-211 من التقنين التجاري الموحد، راجع :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع السابق، ص ٥٤ وما بعدها ؛

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers....

المرجع المشار إليه، ص ٥١ .

يتعين على البنك المتلقي أن يقوم بالإخطار قبل فوات تلك المدة، وطبقاً للمادة ٣/٧ من القانون النموذجي فإنه يتعين على البنك المتلقي الذي لم يقبل أمر الدفع أن يقوم بإخطار العميل أو المرسل بالرفض في موعد غايته يوم العمل التالي للفترة اللازمة لتنفيذ الأمر<sup>(١٢١)</sup>، ويعفي البنك المتلقي من الالتزام بإرسال الإخطار بالرفض في الحالات الآتية: (أ) إذا كان متفقاً على الدفع من خلال قيام البنك بالخصم من حساب العميل الأمر ، ولم يكن هناك رصيد كافٍ بهذا الحساب لتنفيذ الأمر ، أو (ب) إذا كان متفقاً على قيام العميل الأمر بالوفاء بوسيلة أخرى ، ولم يتحقق الوفاء بتلك الوسيلة أو (ج) إذا كانت البيانات والمعلومات عن العميل الأمر والواردة في أمر الدفع غير كافية لتعيين هويته<sup>(١٢٢)</sup> ، كما يجيز ذلك القانون للبنك المتلقي أن يرفض أمر الدفع رغم وجود اتفاق سابق على قبول أوامر الدفع من العميل ، كما إذا استحال التنفيذ بسبب أعطال طارئة في أجهزة الكمبيوتر لبث الرسائل الإلكترونية للتحويل ، أو إذا تم مثلاً توقيف نشاط البنك بقرار من السلطات المصرفية المركزية ، أو إذا توقف البنك بشكل عام عن إصدار أوامر الدفع واستبعادها من نطاق أعماله<sup>(١٢٣)</sup> . ومع ذلك ، فإنه يتعين ملاحظة أنه إذا قام البنك المتلقي بقبول أمر دفع ما ، فلا يجوز له بعدئذ العدول عنه ، وإلا انعقدت مسئوليته أمام العميل . وبالمثل ، فإنه إذا حصل رفض للأمر من البنك

---

(١٢١) في شرح ذلك :

Carl Felsenfeld, The Compatibility of the UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers.....

المقالة المشار إليها ، ص 61 S .

(١٢٢) المقالة السابقة ، ص 61 S .

(١٢٣) المقالة السابقة ، ص 61 S .

المتلقي ، فلا يجوز له أن يعدل بعدئذ بإرادته المنفردة عن هذا الرفض وقبول الأمر مزة أخرى . فإذا أراد البنك المتلقي العدول عن رفضه السابق ، فلا يكون ذلك إلا بطريق تلقي أمر دفع جديد من العميل ، يقوم هذا البنك بقبوله (١٢٤) .

ولكن ما هو الحل في حالة رفض البنك المتلقي إصدار أمر الدفع - رغم وجود رصيد كافٍ للعميل بحسابه؟ وهل يكون البنك مسئولاً عن دفع فائدة معينة للعميل حتى ولو كان الحساب غير منتج لفائدة أصلاً؟ إذا قام البنك بإرسال الإخطار برفض الأمر إلى العميل بالشكل وفي المواعيد المنصوص عليها في كل من القانون الأمريكي والقانون النمونجي بحسب الأحوال ، فإن البنك لا يكون مسئولاً ، أما إذا لم يتم البنك بإرسال الإخطار في تلك المواعيد ، أصبح البنك مسئولاً . وتتمثل المسئولية - طبقاً للقانون الأمريكي وكذلك القانون النمونجي - في إلزام البنك بدفع فائدة على قيمة مبلغ الأمر لصالح العميل وذلك عن فترة التأخير في تنفيذ الأمر period of delay (١٢٥) . وتنص المادة (d) 4A-211 من التقنين التجاري الموحد الأمريكي على أن البنك يلتزم في هذه الحالة بدفع الفائدة عن الأيام التي حصل فيها التأخير والواقعة بعد التاريخ الذي كان يتعين فيه التنفيذ إلى اليوم الذي يحصل فيه إلغاء الأمر أو إلى اليوم

---

(١٢٤) ويُعبّر عن ذلك بأن "الرفض" أو "القبول" غير قابلين للنقض irreversable . وعلّة ذلك ، أن المرسل غالباً ما يكون قد تصرف بناء على القبول أو الرفض الصادر من البنك ، ولذلك فإن الحصول على موافقة المرسل أو العميل - بعد حصول الرفض - تعتبر جوهريّة . راجع :

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ٥٤ .

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire (١٢٥) Transfers....

المرجع المشار إليه ، ص ص ٥٤-٥٥ .

الذي يعلم فيه العميل أو المرسل بعدم تنفيذ الأمر ، أي التاريخين أقرب<sup>(١٢٦)</sup> . وفي القانون النموذجي ، يتعين على البنك المتلقي أن يرسل إخطاراً إلى العميل برفض الأمر في موعد لا يتجاوز يوم العمل التالي لفترة تنفيذ الأمر ، وذلك فيما رأى هذا البنك عدم القبول<sup>(١٢٧)</sup> . فإن لم يحصل ذلك ، اعتبر البنك قد قبل الأمر تطبيقاً للمادتين ١/٧ (e) و ٢/٨ من القانون النموذجي . ومن ثم ، يخضع البنك في هذه الحالة للجزاء الوارد في المادة ١/١٧ ، وذلك بدفع فائدة على قيمة مبلغ الأمر عن فترة التأخير<sup>(١٢٨)</sup> . والفائدة في هذه الحالة هي نوع من التعويض للعميل .

وفي القانون الأمريكي ، يعتبر أمر الدفع قد تم إلغاؤه تلقائياً automatically cancelled وذلك بمرور خمسة أيام دون تنفيذه من جانب البنك المتلقي<sup>(١٢٩)</sup> . بينما ينص القانون النموذجي على أن أمر الدفع يصبح عديم الأثر بمرور خمسة أيام من اليوم الذي كان يتعين فيه التنفيذ ولم يصدر خلالها قبول أو رض للأمر<sup>(١٣٠)</sup> . ويرى البعض أن هناك

---

Michael Spak, The Case to be Made for Proposed Article 4A of the (١٢٦)  
Uniform Commercial Code.....

المقالة المشار إليها ، ص ١٨٣ ؛

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ٥٣ .

(١٢٧) المادة ٣/٧ من القانون النموذجي .

(١٢٨) راجع :

Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on  
International Credit Transfers....

المشار إليها سابقاً ، ص ١٩ .

(١٢٩) المادة (d) 4A-211 من التفتين التجاري الموحد الأمريكي . وراجع :

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers.....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ٥٢ .

(١٣٠) المادة ٤/٧ من القانون النموذجي .

اختلافاً بين القانونين في كيفية احتساب الفائدة في هذه الحالة على قيمة مبلغ الأمر . ففي القانون النموذجي ، يتعين احتساب فائدة على قيمة مبلغ الأمر عن أية فترة تأخير حتى ولو تعدت الخمسة أيام . وعلى العكس من ذلك ، ففي القانون الأمريكي فإنه لا يمكن احتساب فائدة تتعدى فترة الخمسة أيام (١٣١) .

## المطلب الرابع

### الالتزامات الناشئة عن أمر الدفع

### بين العميل الأمر والبنك الأصلي

#### أولاً - في القانون الأمريكي :

#### ١ - الالتزام بالوفاء بقيمة أمر الدفع :

التزام البنك المتلقي الأصلي بقبول أمر الدفع يقابله التزام العميل الأمر أو المصدر بالوفاء بقيمة مبلغ الأمر . وينحصر هذا الالتزام في مواجهة البنك المتلقي أو البنك المصدر للأمر ؛ بمعنى أن العميل لا تكون عليه التزامات في مواجهة أي بنك آخر يشترك أو يتدخل في عملية التحويل الإلكتروني كالبنك الوسيط أو بنك المستفيد مثلاً (١٣٢) .

---

Carl Feisenfeld, The Compatibility of the UNCITRAL Model Law on (١٣١)  
International Credit Transfers with Article 4A of the UCC.....

المقالة المشار إليها ، ص ص 61-62 .

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers..... (١٣٢)

المرجع السابق ، الفصل الثاني ، ص ٥٥ .

وإذا كان التزام العميل الأمر بالوفاء ينشأ بمجرد قبول البنك المتلقي أمر الدفع Acceptance of payment order ، إلا أن واجب الوفاء لا يكون على عاتق العميل الأمر حتى التاريخ المحدد لذلك في الأمر ذاته . لذا ، إذا قام البنك المتلقي من جانبه بتنفيذ أمر الدفع قبل حلول ميعاد التنفيذ الذي حدده العميل ، فلا يكون العميل ملزماً بدفع قيمة الأمر إلى البنك المتلقي حتى التاريخ المذكور . وعلّة ذلك ، أنه يحق للعميل - وفي ظل غياب اتفاق على العكس - أن يلغي الأمر الصادر منه إلى البنك المتلقي في أي وقت طالما كان ذلك قد حصل قبل حلول التاريخ المحدد للوفاء للمستفيد (١٣٣) .

كما يُعفى العميل الأمر من الوفاء بقيمة الأمر للبنك المتلقي في حالة ما إذا رفض بنك المستفيد من جانبه التنفيذ ، أو إذا حصلت معوقات أو موانع تحول دون التنفيذ . إذ لن يكون هناك موجب للالتزام العميل بالوفاء للبنك المتلقي . كما ينطبق نفس الحل بالنسبة لأي مرسل آخر تدخل في العملية ، كحالة البنك الوسيط الذي يتدخل بإرسال أمر دفع آخر إلى البنك التالي له في سلسلة التحويل المصرفي الإلكتروني (١٣٤) .

## ٢- مبدأ ضمان استرداد مبلغ الأمر :

ويحق للعميل أن يسترد ما يكون قد أوفى به للبنك المتلقي من

---

(١٣٣) المرجع السابق ، الفصل الثاني ، ص ٥٧ وما بعدها ؛

Michael I. Spak, The Case to be Made for Proposed Article 4A of the Uniform Commercial Code.....

المقالة المشار إليها ، ص ١٨٦ .

Benjamin Geva, The Law of Funds Transfers.....

(١٣٤)

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ٥٧ وما بعدها .

قيمة مبلغ الأمر وذلك في حالة عدم إتمام تنفيذ الأمر . ويسري نفس الحكم بالنسبة لأي بنك يتدخل في عملية التحويل المصرفي الإلكتروني في مواجهة البنك التالي له في تلك العملية<sup>(١٣٥)</sup> . ويعد ذلك محض تطبيق للمبدأ الوارد في المادة (d) 4A-402 من التقنين التجاري الموحد الأمريكي والمعروف بمبدأ "ضمان استرداد المبلغ" Money-back guarantee . وعليه، يحق للعميل الأمر أن يسترد من البنك المتلقي ما يكون قد أداه لهذا البنك إذا لم يتم تنفيذ الأمر<sup>(١٣٦)</sup> . وقد يحدث - تطبيقاً لذلك - أن يقبل بنك المستفيد أمر الدفع ، ولكن بعد حصول التنفيذ يتم اكتشاف أن اسم المستفيد الذي أوفى له بنك المستفيد ليس هو ذات الاسم المحدد بواسطة العميل الأمر الصادر به الأمر إلى البنك المتلقي الأصلي ، وذلك لقيام أحد المتلاعبين مثلاً بتغيير هذا الاسم أو هوية المستفيد أثناء عملية البث الإلكتروني لأمر التحويل كي يستفيد من الأمر شخص آخر كامتلاعب نفسه أو شريك له<sup>(١٣٧)</sup> . وإذا حصل مثل هذا التلاعب ، فلا يمكن القول

(١٣٥) راجع :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr., & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع السابق ، ص ٥٨ وما بعدها .

(١٣٦) وينطبق مبدأ ضمان استرداد المبلغ ليس فقط بالنسبة للعميل المصدر ، ولكن أيضاً بالنسبة لكل مرسل في عملية التحويل الإلكتروني ، كأحد البنوك الوسيطة مثلاً ، وذلك استناداً إلى المادة (c) 4A-402 من التقنين التجاري الموحد الأمريكي والتي تنص بأن:

<<With respect to a payment order issued to a receiving bank other than the beneficiary's bank, acceptance of the order by the receiving bank obliges the sender to pay the bank the amount of the sender's order. Payment by the sender is not due until the execution date of the sender's order. The obligation of that sender to pay its payment order is excused if the funds transfer is not completed by acceptance by the beneficiary's bank of a payment order instructing payment to the beneficiary of that sender's payment order>>.

(١٣٧) انظر :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع السابق ، ص ٦٠ .

أن عملية التحويل الإلكتروني قد حصلت سليمة لمخالفتها تعليمات العميل الأمر ، وذلك لما ينص عليه القانون الأمريكي صراحة من أن تكون عملية التحويل الإلكتروني قد اكتملت أو نفذت تنفيذاً صحيحاً بقبول بنك المستفيد لأمر الدفع لصالح المستفيد المعين من العميل الأمر في أمر الدفع الخاص به<sup>(١٣٨)</sup> . وفي الفرض السابق ، يحق للعميل التمسك بمبدأ ضمان استرداد المبلغ بسبب التنفيذ المعيب للأمر لعدم الوفاء للشخص المعين والمحدد صراحة في الأمر الأصلي .

ويُعد مبدأ ضمان استرداد المبلغ - في القانون الأمريكي - من القواعد الأمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها Cannot be varied by an agreement<sup>(١٣٩)</sup> . وعلّة ذلك ، أن هذا المبدأ يستهدف أصلاً حماية العملاء في مواجهة البنوك<sup>(١٤٠)</sup> . ولولا تقرير المبدأ المذكور ، لكان للبنوك - وهي الأقوى في ميزان التعاقد - أن تعفي نفسها من المسؤولية بتضمين اتفاقاتها مع العملاء نصاً يقضي بالإعفاء من الرد . وإذا كان مبدأ ضمان استرداد المبلغ يسري في الحالة التي يقع فيها خطأ في تنفيذ الأمر أو عدم تمام التنفيذ بسبب وجود عوائق ما ، فإنه يسري - من باب أولى - في الحالة التي لا يتم فيها التنفيذ كلية من جانب البنك المتلقي ،

---

(١٣٨) المادة (a) 4A-104 من التقنين التجاري الموحد الأمريكي .

(١٣٩) في نفس المعنى :

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers.....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ٥٧ ؛

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ٦١ .

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع السابق ، ص ٦١ .



ويكون للعميل الأمر ، فضلاً عن استرداد مبلغ الأمر والمصروفات التي أداها إلى ذلك البنك ، الحصول على تعويضات عن الأضرار غير المباشرة، إن كان متفقاً عليها صراحة مع البنك المصدر<sup>(١٤١)</sup> ، وكما سنبين في الفصل الثاني من هذه الدراسة .

ومع ذلك ، يضع القانون الأمريكي حدوداً ، لاستفادة العميل الأمر أو أي مرسل لأمر الدفع ، من مبدأ ضمان استرداد المبلغ . إذ يتعين على العميل الأمر إخطار البنك المتلقي الأصلي بالاعتراض على تنفيذ الأمر محل طلب الاسترداد في خلال سنة واحدة يبدأ حسابها من التاريخ الذي يتلقى فيه العميل من البنك الإشعار الخاص بأمر الدفع موضوع الاعتراض<sup>(١٤٢)</sup> . أما بعد فوات المدة المذكورة ، فلا يجوز للعميل أن يتمسك بمبدأ ضمان استرداد المبلغ الذي يكون قد أداه إلى بنكه<sup>(١٤٣)</sup> .

### ٣. استثناء حالة إفلاس البنك الوسيط :

ينص القانون الأمريكي على حرمان العميل الأمر من الاستفادة من مبدأ ضمان استرداد المبلغ في حالة ما إذا تدخل في تنفيذ العملية بنك وسيط تم تعيينه واختياره من جانب العميل الأمر نفسه ، وذلك فيما لو أفلس هذا البنك الوسيط<sup>(١٤٤)</sup> . فإذا أصدر العميل الأمر تعليمات صريحة

(١٤١) المرجع السابق ، ص ٦١ .

(١٤٢) Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers.....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ٥٧ .

(٢٤٣) المرجع السابق ، الفصل الثاني ، ص ٥٧ .

(١٤٤) أنظر المادة (e) 4A-402 من التفتين التجاري الموحد الأمريكي . وراجع في شرح هذه

إلى البنك المتلقي باختيار بنك وسيط معين للتدخل في تنفيذ عملية التحويل الإلكتروني ، فإن خطر وأثار إفلاس هذا البنك الوسيط يجب أن يتحملها العميل الأمر نفسه ، إذ الفرض أن البنك المتلقي قد قام بتنفيذ الأمر من جانبه وتحويل المبلغ إلى البنك الوسيط وبالتالي لن يستطيع استرداد هذا المبلغ من البنك الوسيط بسبب الإفلاس<sup>(١٤٥)</sup> . وعليه ، إذا كان العميل الأمر قد أوفى بمبلغ الأمر إلى البنك المتلقي ، فلا يستطيع بعدئذ أن يسترده . ويحق للبنك المتلقي أن يحتفظ بمبلغ الأمر إذا كان قد تلقاه من العميل الأمر ، أو أن يطالب به إن لم يكن العميل قد أداه إليه بعد . وكل ما يكون للعميل الأمر أن يحل محل البنك المتلقي في الرجوع على البنك الوسيط أو المفلس والدخول في تقليسته<sup>(١٤٦)</sup> .

### ثانياً - في القانون النموذجي :

ينصرف تعريف المرسل طبقاً للقانون النموذجي إلى كل من الشخص الذي قام بإصدار أمر الدفع الأول إلى البنك الأصلي . فالمرسل هو الشخص صاحب المبادرة الأولى في العملية . كما ينصرف هذا التعريف أيضاً إلى أي بنك يتدخل في العملية ، فيما عدا بنك المستفيد ،

المادة:

Michael Spak, The Case to be Made for Proposed Article 4A of the Uniform Commercial Code.....

المقالة السابقة ، ص ١٨٧ .

(١٤٥) للمقالة السابقة ، ص ١٨٧ ؛ أيضاً :

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers.....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ٥٩ وما بعدها .

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers..... (١٤٦)

المرجع السابق ، الفصل الثاني ، ص ٥٩ وما بعدها .

بإصدار أمر دفع إلى بنك آخر (١٤٧). ويلتزم المرسل بأن يدفع للبنك المتلقي receiving bank قيمة مبلغ الأمر إذا قبل هذا البنك الأخير الأمر ، ولكن لا يستحق الوفاء بالمبلغ إلا عند بداية فترة تنفيذ الأمر بالنسبة لهذا البنك (١٤٨).

كما يلتزم المرسل بأمر الدفع الصادر عنه وبأي تعديل أو إلغاء له ، كما يكون ملزماً بالأمر الصادر عن شخص آخر له السلطة في تمثيله ، كوكيل عنه مثلاً. وسوف نعود لاحقاً لمعالجة هذه المسألة (١٤٩).

ويعتبر الوفاء قد حصل من المرسل لصالح البنك المتلقي للأمر بقيام هذا الأخير بخصم المبلغ من حساب عميله المرسل. ومع ذلك ، فلا يوجد ما يمنع ، في حالة إذا لم يكن للمرسل و المصدر حساب لدى البنك، أن يقوم المرسل بدفع قيمة الأمر نقداً مع العمولة المطلوبة.

---

(١٤٧) المادة ٢/هـ من القانون النموذجي.

(١٤٨) المادة ٦/٥ من القانون النموذجي.

(١٤٩) المادة ١/٥ من القانون النموذجي.

## المبحث الثاني

### علاقة بنك المستفيد بالمستفيد

#### تمهيد وتقسيم :

القبول هو محور العلاقة بين المستفيد وبنكه ، وهو ينصرف إلى قيام هذا البنك بقبض أو تلقي مبلغ أمر الدفع لصالح المستفيد . وبعبارة أخرى، لا يقوم بنك المستفيد بإصدار أمر دفع ، وإنما ينحصر دوره في قبض المبلغ والوفاء به للمستفيد . وللقبول بهذا المعنى صور عديدة ، إذ قد يحصل بإخطار المستفيد بوصول أمر الدفع ، أو بإضافة قيمة المبلغ بحسابه أو بغير ذلك من الطرق التي سوف نذكرها في المطلب الأول من هذا المبحث . ولا يجبر بنك المستفيد على قبول الأمر أو الوفاء للمستفيد ، إذ قد تكون لهذا البنك مصلحة في رفض الأمر في حالات معينة ، وإن تعين عليه ، كقاعدة عامة ، إخطار المستفيد برفض الأمر إذا قرر عدم القبول ؛ وكما سنرى في المطلب الثاني من هذا المبحث . وتتشأ على عاتق بنك المستفيد التزامات عديدة إذا هو قبل أمر الدفع ، ومن ذلك قيامه بإخطار المستفيد بقبول الأمر ، وإن كان من المتصور في أحوال معينة حصول الإخطار بعد قبول الأمر ، بل إن الإخطار في حد ذاته قد يشكل صورة من صور الدفع للمستفيد ، كما يلتزم بنك المستفيد بالدفع للمستفيد في مواعيد معينة ، وهذا ما سوف نعالجه في المطلب الثالث من هذا المبحث . ويأخذ الدفع للمستفيد أشكالاً عديدة كالدفع بطريق الإضافة إلى الحساب ويكون ذلك بإخطار المستفيد بالحق في السحب أو بطريق المقاصة أو على الأقل بوضع المبلغ تحت تصرف المستفيد . فضلاً عن ذلك ، هناك طرق أخرى للدفع غير الإضافة للحساب ، وهذه مسائل

نطرحها في المطلب الرابع من هذا المبحث ، وأخيراً ، نركز في المطلب الخامس والأخير على أثر القبول الحاصل من بنك المستفيد على العلاقة الأصلية بين المصدر والمستفيد .

وهكذا يمكن تقسيم هذا المبحث إلى خمسة مطالب ، فيما يلي :

**المطلب الأول :** القبول من بنك المستفيد .

**المطلب الثاني :** رفض أمر الدفع من جانب بنك المستفيد .

**المطلب الثالث :** إلتزامات بنك المستفيد .

**المطلب الرابع :** طرق الدفع للمستفيد .

**المطلب الخامس :** أثر قبول بنك المستفيد على العلاقة الأصلية بين المصدر والمستفيد .

## **المطلب الأول**

### **القبول من بنك المستفيد**

يختلف معنى القبول بالنسبة لبنك المستفيد عن معناه بالنسبة لأي بنك آخر تدخل في عملية التحويل الإلكتروني . فالقبول بالنسبة لأي بنك آخر غير بنك المستفيد يعني تنفيذ الأمر ويكون ذلك بإصدار أمر الدفع الخاص به إلى البنك التالي له في العملية<sup>(١٥٠)</sup> . أما بنك المستفيد فلا يقوم

(١٥٠) انظر :

Model Electronic Payments Agreement and Commentary- Committee

بإصدار أوامر دفع ، إذ الفرض أنه البنك المتلقي الأخير في سلسلة التحويل الإلكتروني ، وأن دوره هو تلقي أو قبض قيمة مبلغ الأمر لصالح المستفيد(١٥١).

وطبقاً للتقنين التجاري الموحد الأمريكي يحصل القبول بالنسبة لبنك المستفيد إذا قام بالدفع والوفاء بقيمة الأمر للمستفيد ، أو إشعاره وإخطاره بوصول أمر الدفع ، أو إذا أضاف قيمة مبلغ الأمر في حساب المستفيد لديه ، إلا إذا تضمن هذا الإخطار رفضاً صريحاً للأمر أو أن مبلغه غير قابل للسحب أو للاستخدام إلا بتمام قيام المرسل (البنك الوسيط أو البنك المصدر الأصلي مثلاً) بالوفاء بمبلغ الأمر لبنك المستفيد ، وطبقاً للقواعد وبالحدود التي سنعالجها لاحقاً(١٥٢).

كما يحصل القبول طبقاً للمادة (2) (b) 4A-209 من التقنين التجاري الموحد إذا تلقى بنك المستفيد قيمة مبلغ الأمر بطريق نظام Fedwire.

---

Report.....

المشار إليه ، ص ٦١٢ ؛ أيضاً :

Model Funds Transfer Services Agreement and Commentary .....

المشار إليه ، ص ٨ وما بعدها .

(١٥١) في نفس المعنى :

Model Funds Transfer Services Agreement .....

للسابق الإشارة إليه ، ص ٩ ؛

Oliver Wulff, Two Ways to Achieve the Same Goal .....

المقالة المشار إليها ، ص ٩٩ ؛

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems....

المرجع المشار إليه ، الفصل السادس عشر ، ص ٤٤ وما بعدها .

(١٥٢) راجع :

Ernest T.Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه ، ص ٦١-٦٣ . وأنظر بصفة خاصة: المادة (b) 4A-209 من التقنين

التجاري الموحد الأمريكي .

فذلك النظام يركز على فكرة مؤداها أن وصول الرسالة الإلكترونية إلى بنك المستفيد يعتبر في حد ذاته وصولاً للمبلغ *The message is money* (١٥٣). فوصول الرسالة الإلكترونية تعني وصول النقود في نفس اللحظة إلى بنك المستفيد، إذ تحصل التسوية بين البنوك بمجرد وصول تلك الرسالة، ولا يتم الانتظار إلى نهاية يوم العمل للتسوية، وذلك بخلاف أنظمة التحويل الأخرى كنظام CHIPS والذي لا تتم بمقتضاه التسوية إلا في نهاية يوم العمل الخاص بالتحويلات الإلكترونية (١٥٤). وهكذا، فإن مجرد إتمام عملية التحويل البرقي باتباع نظام Fedwire يؤدي على سبيل الحتم إلى التنفيذ الكامل، وبما يعني وصول قيمة مبلغ الأمر إلى بنك المستفيد، والذي يتولد عنه قبوله لأمر الدفع بطريقة تلقائية (١٥٥).

وفضلاً عن هذا، قد يحصل القبول من جانب بنك المستفيد، في بداية يوم العمل للتحويلات الإلكترونية التالي للتاريخ المحدد للوفاء بمبلغ

---

(١٥٣) المرجع السابق، ص ٦٢؛ أيضاً في نفس المعنى :

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems....

المرجع المشار إليه، الفصل السادس عشر، ص ٤٤.

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers... (١٥٤)

المرجع المشار إليه، ص ٦٢؛ أيضاً :

Michael I. Spak, The Case to be Made for Proposed Article 4A of the Uniform Commercial Code.....

المقالة المشار إليها، ص ١٨٥ وما بعدها.

(١٥٥) وفي ذلك تنص المادة (2) (b) 4A-209 من التفتين التجاري الموحد على أنه :

<<The time of payment by the sender by means of interbank final settlement under Section 4A-403 (a) (i) depends on whether final settlement is a gross settlement of each individual interbank payment or whether it is a net settlement of amounts due at the end of each cycle of an exchange. The former is illustrated by Fedwire, where gross settlement and payment occur simultaneously with the receipt of the payment order of the receiving bank. The latter is illustrated by CHIPS, where net settlement and payment occur at the end of the daily cycle>>.

أمر الدفع ، وذلك إذا كانت قيمة مبلغ الأمر مغطاة بالكامل برصيد دائن في حساب قائم للمرسل وقابل للسحب لدى بنك المستفيد ، أو إذا كان بنك المستفيد قد تلقى فعلاً قيمة مبلغ أمر الدفع بطريقة أخرى من المرسل ، اللهم إلا إذا كان بنك المستفيد قد رفض الأمر وأعلن عن رفضه هذا في موعد غايته ساعة واحدة من بداية يوم العمل لديه للتحويلات الإلكترونية والتالي للتاريخ المحدد للوفاء أو في موعد غايته ساعة واحدة من بداية يوم العمل للمرسل واللاحق لتاريخ الوفاء المحدد بالأمر، أيهما أبعد<sup>(١٥٦)</sup> .

وتعالج هذه الحالة القبول من بنك المستفيد إذا كان بالإمكان الحصول على قيمة مبلغ الأمر مباشرة من المرسل ، ويتأتى ذلك عندما يكون للمرسل حساب قائم لدى بنك المستفيد وبه رصيد دائن وقابل للسحب حيث يكون لهذا البنك أن يخصم قيمة مبلغ الأمر من الحساب المذكور .

ويطلق على هذا الشكل من القبول تسمية التحويل الدفترى Book transfer<sup>(١٥٧)</sup> . ويحصل القبول في هذه الحالة بطريقة سلبية ، أي بمرور الوقت دون حصول اعتراض من بنك المستفيد . فإذا فاتت المواعيد المذكورة دون رفض بنك المستفيد لأمر الدفع ، افترض حصول

(١٥٦) أنظر المادة (3) (b) 4A-209 ونصها كما يلي :

<<The opening of the next funds-transfer day of the bank following the payment date of the order if, at that time, the amount of the sender's order is fully covered by a withdrawable credit balance in an authorized account of the sender or the bank has otherwise credit balance in an authorized account of the sender or the bank has otherwise received full payment from the sender, unless the order was rejected before that time or is rejected within (i) one hour after that time, or (ii) one hour after the opening of the next business day of the sender following the payment date if that time is later>>.

(١٥٧) راجع :

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers.....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ١٧١ وما بعدها .



القبول<sup>(١٥٨)</sup> . وفي هذه الحالة ، يجب على بنك المستفيد أن يقوم بإضافة نفس قيمة مبلغ أمر الدفع إلى حساب المستفيد وإخطاره بحقه في السحب بمقدار مبلغ الأمر؛ وهذا ما يشكل وفاء للمستفيد طبقاً للمادة (a) 4A-405 (I) ، ولكن في كثير من الأحيان ، قد لا يمكن لبنك المستفيد البت بوجود رصيد كاف بحساب المرسل لديه إلا في نهاية يوم العمل المحدد للوفاء بأمر الدفع ، وبصفة خاصة عندما توجد عمليات كثيرة ومتشابكة على ذلك الحساب طوال يوم العمل المصرفي، بعضها دائن والآخر مدين<sup>(١٥٩)</sup> . ومراعاة لهذا الوضع، نصت المادة (3) (b) 4A-209 على تقرير الحق لبنك المستفيد في إرجاء تحديد مركز الحساب ، دائن أم مدين، إلى بداية يوم عمل عمليات التحويلات الإلكترونية في بنك المستفيد والتالي للتاريخ المحدد للوفاء في أمر الدفع “... is determined at the opening of the next funds transfer business day of the beneficiary’s bank after the payment date of the order”<sup>(١٦٠)</sup> . فإذا ما وجد رصيد دائن بحساب المرسل لدى بنك المستفيد في ذلك الوقت ، افترض حصول القبول .

وكما تقدم ، فإن مرور الوقت - دون اعتراض من بنك المستفيد - يؤدي إلى افتراض قبوله لأمر الدفع طالما كان للمرسل حساب قائم لدى هذا البنك به رصيد دائن كاف لتغطية مبلغ الأمر<sup>(١٦١)</sup> . ومع هذا

(١٥٨) المرجع السابق ، الفصل الثاني ، ص ١٧٢ و ص ٢٠١ وما بعدها .

(١٥٩) المرجع السابق ، الفصل الثاني ، ص ١٧٢ .

(١٦٠) في معنى قريب أيضاً :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه ، ص ٦٢ .

(١٦١) أنظر :

Michael I. Spak, The Case to be Made for Proposed Article 4A of the Uniform Commercial Code.....

المقالة المشار إليها ، ص ١٨٨ .

يكون لبنك المستفيد أن يرفض أمر الدفع - حتى مع وجود رصيد دائن بحساب المرسل - طالما قام هذا البنك بإخطار المرسل بالرفض في موعد أقصاه ساعة واحدة في بداية يوم العمل للتحويلات الإلكترونية لبنك المستفيد والتالي للتاريخ المبين للوفاء في أمر الدفع<sup>(١٦٣)</sup>. وإذا كان كل من بنك المستفيد ، والمرسل (كنك وسيط مثلاً) في منطقتين توقيتهما مختلف ، فيتم حساب هذه الساعة من بداية يوم العمل للتحويلات الإلكترونية للبنك المرسل أو بنك المستفيد ، أيهما أبعد<sup>(١٦٣)</sup>. وإذا أخفق بنك المستفيد في إخطار المرسل برفض أمر الدفع بعد الميعاد المذكور ، فإنه يلتزم بأن يدفع فائدة على قيمة مبلغ الأمر تضاف إلى حساب المرسل، وذلك فيما لو كان هذا الحساب لا يدر أصلاً فائدة<sup>(١٦٤)</sup>. وهكذا ، يحصل القبول من بنك المستفيد إذا لم يتم رفض الأمر في الميعاد المذكور ، ويتحدد وقت القبول في هذه الحالة في بداية يوم العمل للتحويلات الإلكترونية لبنك المستفيد والتالي للتاريخ المعين للدفع ، وكما أسلفنا . ولكن مع ملاحظة أن الوفاء للمستفيد يحصل طبقاً للمادة 4A-403 (3) (a) في التاريخ المحدد بالأمر ، أي في ذلك التاريخ الذي يقوم فيه بنك المستفيد فعلاً بالخصم من حساب المرسل لديه وبنفس قدر قيمة أمر الدفع، طالما أن الحساب به رصيد دائن كافٍ وقابل للسحب ، أو إذا كان بنك المستفيد قد تلقى بطريقة أخرى مبلغ الأمر من المرسل ، أو إذا كان المرسل يتمتع بتسهيلات للسحب على المكشوف Overdraft facilities لدى

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers..... (١٦٢)

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ١٧٢ .

(١٦٣) المرجع السابق ، الفصل الثاني ، ص ١٧٢ .

(١٦٤) المرجع السابق ، الفصل الثاني ، ص ١٧٢-١٧٣ .

بنك المستفيد<sup>(١٦٥)</sup>، ومن الجدير بالذكر ، أن القبول من بنك المستفيد وفقاً للفقرتين (3) (2) (c) 4A-209 من التقنين التجاري الموحد - لا يحصل إلا إذا كان المستفيد أصلاً عميلاً لذلك البنك ، كأن يكون له حساب قائم لديه<sup>(١٦٦)</sup>.

وطبقاً للقانون النموذجي ، يحصل القبول من بنك المستفيد إذا توافرت إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة ١/٩ من القانون المذكور ، وهي :

أ- عندما يصل أمر الدفع إلى البنك ، وكان هناك اتفاق مع المرسل على حصول الوفاء للمستفيد بمجرد وصول أمر الدفع.

ب - عندما يقوم البنك بإرسال إخطار إلى المرسل بقبول الأمر .

ج- عندما يقوم البنك بالخصم من حساب لديه للمرسل .

د - عندما يقوم البنك بإضافة مبلغ الأمر إلى حساب المستفيد أو وضعه تحت تصرفه بأي شكل من الأشكال .

هـ- عندما يقوم البنك بإخطار المستفيد بحقه في سحب قيمة

---

(١٦٥) المرجع السابق ، الفصل الثاني ، ص ١٧٣ ؛ وفي نفس المعنى :

Michael I. Spak, The Case to be Made for Proposed Article 4A of the Uniform Commercial Code.....

المقالة المشار إليها ، ص ١٨٨ .

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers..... (١٦٦)

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ١٧٧ .

مبلغ الأمر أو أن يستخدم المبلغ المضاف إلى حسابه .

و- عندما يقوم البنك بالتصرف في المبلغ كما هو محدد بالتعليمات الواردة في أمر الدفع .

ز- عندما يقوم البنك بالتصرف في المبلغ وفاء لدين على عميله المستفيد (بإعمال المقاصة مثلاً) ، أو بالتصرف فيه نفاذاً لحكم قضائي أو لأمر من السلطات المختصة .

ي- عندما تتقضى المدة اللازمة لقيام البنك بإعلان رفضه للأمر (١٦٧) .

## المطلب الثاني

### رفض أمر الدفع من جانب بنك المستفيد

إذا قبل البنك المصدر تنفيذ أمر الدفع طبقاً لتعليمات عميله ، فإنه يقوم عادة بخصم قيمة مبلغ الأمر من حساب العميل ، ثم يرسل إشعاراً بتأكيد أمر الدفع إلى بنك المستفيد . فإذا وصل الأمر إلى بنك المستفيد ولم يقبله ، فلا تحصل إضافة المبلغ في حساب المستفيد . وهنا يتعين على البنك المصدر إضافة المبلغ مرة أخرى في حساب عميله . ومع ذلك ، لا

(١٦٧) راجع :

Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Credit Transfers.....

المشار إليها ، ص ١٨ . وفي نفس المعنى :

Carl Felsenfeld, The Compatibility of the UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers.....

المقالة المشار إليها ، ص S63 وما بعدها .

يعفى المصدر من التزاماته تجاه المستفيد في علاقته التي بررت إصدار أمر الدفع ، إذ لا يعفى المصدر من هذه الالتزامات إلا بقبول بنك المستفيد هذا الأمر . فإذا رفض بنك المستفيد أمر الدفع ، كان للمستفيد الرجوع على المصدر على أساس العلاقة التي بررت إصدار الأمر (١٦٨) .

ولكن هل يجوز لبنك المستفيد أن يرفض الأمر ؟ لا يوجد في نصوص القانون النموذجي ما يمنع أو ما يحد من سلطة هذا البنك في الرفض ودون استثناء . ومع ذلك ، إذا لم يَقبَل البنك بقبول أمر الدفع بأي من الصور الواردة في المادة ١/٩ ، فإن عليه إخطار عميله المستفيد بالرفض في موعد أقصاه يوم العمل المصرفي التالي لنهاية فترة تنفيذ الأمر (١٦٩) . ولكن لا يلتزم بنك المستفيد بذلك في ثلاث حالات ، وهي: أولاً - إذا كان الوفاء بقيمة مبلغ الأمر يتم بالخصم من حساب المرسل لدى بنك المستفيد ، ولم يكن هناك رصيد كافٍ قائم بهذا الحساب لتغطية مبلغ الأمر ؛ ثانياً - إذا كان متفقاً على حصول الوفاء بطريقة أخرى ، ولم يحصل ذلك ؛ ثالثاً - إذا كانت المعلومات غير كافية لتحديد شخص المرسل (١٧٠) .

وفي كل الأحوال ، لا يكون أمر الدفع نافذاً ، أي يصبح ملغياً ،

(١٦٨) في معنى قريب :

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems....

المرجع المشار إليه ، الفصل السادس عشر ، ص ٤٦ .

(١٦٩) المادة ٢/٩ من القانون النموذجي .

Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Credit Transfers.....

المشار إليه ، ص ١٨ .

(١٧٠) المادة ٢/٩ (أ) ، ٢/٩ (ب) ، ٢/٩ (ج) .

لو لم يتم قبوله أو رفضه طبقاً للمادة التاسعة من القانون النموذجي ،  
وذلك قبل انتهاء خامس يوم للعمل المصرفي والتالي لانتهاء فترة تنفيذ  
الأمر (١٧١).

### المطلب الثالث

#### التزامات بنك المستفيد

#### أولاً - في القانون الأمريكي:

##### ١- الإخطار أو الإشعار : Notice

يلتزم بنك المستفيد بإخطار المستفيد بقبول أمر الدفع وكذلك  
الوفاء به ، ويحقق الإخطار ميزات معينة للمستفيد من حيث أنه يمده  
بالمعلومات عن حجم السيولة النقدية التي يتمتع بها في حسابه لدى البنك،  
وبما يمكنه من القيام بعمليات أخرى ، فضلاً عن تزويده بما يفيد وفاء  
المرسل أو مصدر الأمر بالالتزام الأصلي في الصفقة الأولية بينهما  
والتي بررت في المقام الأول إصدار أمر الدفع (١٧٢).

---

(١٧١) المادة ٣/٩. وفي مقارنة بين أحكام رفض بنك المستفيد أمر الدفع في القانون النموذجي  
والقانون الأمريكي ، راجع :

Carl Felsenfeld, The Compatibility of the UNCITRAL Model Law on  
International Credit Transfers with Article 4A of the UCC.....

المقالة المشار إليها ، ص 63S ، وما بعدها ، وفي رفض أمر الدفع من جانب بنك المستفيد في  
القانون الأمريكي: راجع ، المبحث الثاني ، من الفصل الأول من هذه الدراسة .

Benjamin Geva, The Law of Electronic Fund Transfers.... (١٧٢)

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ١٧٩. وفي معنى قريب ، راجع :

Michael I. Spak, The Case to be Made for Proposed Article 4A of the  
Uniform Commercial Code.....

المقالة المشار إليها ، ص ١٩١.

## أ - الإخطار كصورة للقبول : Notice as Acceptance

تنص المادة (ii) (1) (b) 4A-209 من التقنين التجاري الموحد على أنه يعد قبولاً لأمر الدفع قيام بنك المستفيد بإخطار المستفيد بتلقي ووصول ذلك الأمر ، كما يعد قبولاً كذلك قيام البنك بإضافة قيمة مبلغ الأمر في حساب المستفيد لديه ، اللهم إذا تضمن الإخطار - رغم حصوله - رفض الأمر أو أن مبلغه غير قابل للسحب أو للاستخدام إلا بعد وصول المبلغ فعلاً من المرسل<sup>(١٧٣)</sup>.

ولكي يشكل الإخطار قبولاً وفقاً للمادة المذكورة وجب أن يشتمل على أمر دفع معين وبيانات محددة كمبلغ الأمر وإسم المصدر أو المرسل<sup>(١٧٤)</sup> . ولما كان الإخطار في الحالة المذكورة يشكل قبولاً في حد ذاته ، فإنه يتعين على موظفي بنك المستفيد أخذ الحذر عند الإجابة على استفسارات المستفيد بخصوص أمر الدفع ؛ إذ يعتبر الإخطار قد صدر من البنك بمجرد قيام موظف البنك - حتى ولو بأسلوب عفوي - بالإيعاز

(١٧٣) في نفس المعنى :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj Bhala, Wire Transfers....

المرجع المشار إليه ، ص ٦٢ ؛ أيضاً :

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers.....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ص ١٧٩-١٨١.

ويجري نص المادة (ii) (1) (b) 4A-209 كما يلي:

....<<Notifies the beneficiary of receipt of the order or that the account of the beneficiary has been credited with respect to the order unless the notice indicates that the bank is rejecting the order or that funds with respect to the order may not be withdrawn or used until receipt of payment from the sender of the order>>.

(١٧٤) في نفس المعنى :

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers.....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ١٨١.

للمستفيد بوصول الأمر ، ويعتبر القبول قد حصل في هذه الحالة دون أي اعتراض من البنك(١٧٥) .

والخلاصة ، أنه يحق لبنك المستفيد - رغم وصول أمر دفع بتعليمات للوفاء في حساب المستفيد - أن يرفض الأمر المذكور . ومع هذا ، فالإخطار بوصول أمر الدفع يشكل قبولاً ، إلا إذا تضمن هذا الإخطار رفضاً صريحاً للأمر أو التحفظ بأن المبلغ غير قابل للسحب أو الاستخدام إلا بوصول المبلغ فعلاً من المرسل . فإذا قام البنك بإخطار المستفيد بوصول وتلقي الأمر ، بعد أن أضاف قيمته بحسابه لديه دون أي تحفظ ، فقد البنك حقه في الاعتراض(١٧٦) . ويجوز لبنك المستفيد أن يخطر المستفيد بوصول أمر الدفع - دون أن يعد ذلك قبولاً منه - إذا اقتصر الإخطار على مجرد إشعار المستفيد بأن مبلغ الأمر متاح للسحب من خلال حدود تسهيلات السحب على المكشوف التي يتمتع بها المستفيد كعميل للبنك(١٧٧) .

---

(١٧٥) المرجع السابق ، الفصل الثاني ، ص ١٨١ .

Michael I. Spak, The Case to be Made for Proposed Article 4A ..... (١٧٦)

المقالة المشار إليها ، ص ١٧٧ ؛ أيضاً :

Model Funds Transfer Services Agreement and Commentary.....

المشار إليه سابقاً ، ص ٩٠ وقارب :

Carl Felsenfeld, The Compatibility of the UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers with Article 4A of the UCC.....

المقالة المشار إليها ، ص S63 وما بعدها .

(١٧٧) في نفس المعنى :

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers.....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ١٨١ .



## ب - الإخطار بعد حصول القبول : Notice after Acceptance

طبقاً للمادة (b) 4A-404 من التقنين التجاري أتموحد يجب على بنك المستفيد ، في حالة قبوله أمر دفع به تعليمات تنص على الوفاء بمبلغ الأمر في حساب المستفيد بالبنك المذكور ، أن يقوم بعدئذ بإخطار المستفيد بتلقي ووصول الأمر وذلك قبل حلول منتصف ليلة عمل التحويلات الإلكترونية التالية لتاريخ الدفع المحدد بالأمر ، "before ... midnight of the next funds transfer business day following the payment date" . ويجب أن يشتمل الإخطار على اسم مصدر الأمر وكذلك على قيمة مبلغه . أما إذا كانت التعليمات المذكورة في أمر الدفع تنص على الدفع للمستفيد بطريقة أخرى غير الوفاء له بحسابه لدى بنك المستفيد ، فلا يكون البنك ملتزماً بالإخطار إلا إذ نص صراحة في أمر الدفع على ضرورة قيام البنك بإخطار المستفيد بوصول الأمر<sup>(١٧٨)</sup>.

والالتزام بالإخطار - بعد قبول أمر الدفع - طبقاً للمادة 4A-404 (b) ينطبق بصفة خاصة على حالات القبول المذكورة في الفقرتين 4A-(3) (2) (b) 209 والمتعلقة بالوفاء المباشر من المرسل ، كالبنك الوسيط مثلاً، إلى بنك المستفيد<sup>(١٧٩)</sup> . ويستهدف الإخطار في تلك الحالات ، بالدرجة الأولى ، إعلام المستفيد بوجود مبلغ الأمر متاحاً في حسابه حتى يتمكن من استخدامه ، فإن تقاعس البنك عن عمل الإخطار اللازم كان مسئولاً بتعويض المستفيد عن خسارة الفائدة على المبلغ Loss of interest ،

(١٧٨) المرجع السابق ، الفصل الثاني ، ص ص ١٨١-١٨٢ .

(١٧٩) المرجع السابق ، الفصل الثاني ، ص ص ١٨٢-١٨٣ .

فضلاً عن أية مبالغ أخرى كالمصروفات القضائية(١٨٠).

### ج - الإخطار كصورة للدفع : Notice as Payment

استناداً إلى نص الفقرة (a) (i) 4A-405 من التقنين التجاري الموحد، يحصل الدفع للمستفيد بمجرد قيام بنك المستفيد بإضافة قيمة مبلغ الأمر في حساب المستفيد وإشعاره بذلك ، وفي الحدود التي ينص عليها الإخطار أو الإشعار بحق المستفيد في السحب من المبلغ المضاف إلى الحساب . ويجب أن يذكر في الإخطار ، صراحة ، ما يفيد أن قيمة مبلغ الأمر المضافة إلى الحساب قابلة للسحب(١٨١) . والحقيقة أن الإخطار طبقاً للمصن المتقدم ، وبما أنه يعني حصول الدفع للمستفيد ، فهو بهذا المعنى يغني عن الإخطار بالقبول المنصوص عليه في الفقرة (b) (i) (ii) 4A-409 ؛ ذلك أن الإخطار أو الإشعار بالدفع لا ينطوي فقط على قبول للأمر بل أيضاً الوفاء به بما يخوله للمستفيد من حق سحب المبلغ(١٨٢) .

---

Michael Spak, The Case to be Made for Proposed Article 4A of the (١٨٠)  
Uniform Commercial Code....

المقالة المشار إليها ، ص ١٩١ وما بعدها ؛

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr., & Raj Bhala, Wire Transfers....

المرجع المشار إليه ، ص ٦٢ وما بعدها .

Michael Spak, The Case to be Made for Proposed Article 4A of the (١٨١)  
Uniform Commercial Code....

المقالة السابقة ، ص ١٩٢ ؛

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems.....

المرجع المشار إليه ، الفصل السادس عشر ، ص ٤٨ ؛

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ص ١٨٤-١٨٥ .

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers.... (١٨٢)

المرجع السابق ، ص ١٨٥ .

## ٢. التزام بنك المستفيد بالدفع :

القاعدة العامة هي أنه بقبول بنك المستفيد أمر الدفع ، يصبح هذا البنك ملتزماً بالدفع والوفاء للمستفيد بمقدار قيمة مبلغ أمر الدفع<sup>(١٨٣)</sup> .  
وبعبارة بسيطة ، ينشأ التزام بنك المستفيد بالدفع والوفاء بمجرد قبوله أمر الدفع . وتتص الفقرة (a) 4A-404 على أن "يكون الدفع واجباً في التاريخ المذكور والمحدد في الأمر ؛ ولكن إذا صدر القبول في التاريخ المحدد للدفع في الأمر وبعد إقفال يوم عمل التحويلات الإلكترونية ، أصبح الدفع واجباً في يوم العمل التالي" <sup>(١٨٤)</sup> .

ويتعين على بنك المستفيد ، لدى قبوله أمر الدفع ، أن يقوم فوراً بإخطار المستفيد بوصول أمر الدفع في موعد أقصاه منتصف الليلة التالية لليوم المحدد للدفع المذكور بالأمر . ويجب أن يشتمل الإخطار على قيمة مبلغ الأمر واسم المصدر أو المرسل ، وأن يقوم البنك بالإفراج عن المبلغ للمستفيد في اليوم المحدد للدفع أو على الأكثر في موعد غايته يوم عمل التحويلات الإلكترونية التالي لليوم الذي تم فيه وصول أمر الدفع .  
ويستحدد تاريخ الدفع Payment date بتعليمات المرسل المذكورة في صلب الأمر ، على ألا يكون هذا التاريخ سابقاً على التاريخ الذي وصل فيه أمر

(١٨٣) في الالتزام بالدفع والوفاء Payment ، راجع :

Benjamin, Geva, The Evolving Law of Payment by Wire Transfer- An Outsider's View of Draft UCC Article 4A .....

المقالة المشار إليها ، وبصفة خاصة في ص ٢٢٥ وما بعدها .

(١٨٤) وتجري عبارة نص المادة (a) 4A-404 من التفتين التجاري الموحد كما يلي:

..... <<Payment is due on the payment date of the order, but if acceptance occurs on the payment date after the close of the funds-transfer business day of the bank, payment is due on the next funds-transfer business day...>>.

الدفع إلى بنك المستفيد . فإذا لم يكن تاريخ الدفع محدداً في التعليمات الواردة بالأمر ، كان هذا التاريخ هو اليوم الذي تلقى فيه البنك أمر الدفع بوصوله إليه .

ولكن ما هي حدود مسؤولية بنك المستفيد إذا رفض دفع قيمة مبلغ الأمر ، بعد أن سبق له قبوله ؟ تنص الفقرة (a) 4A-404 من التقنين التجاري الموحد على أنه "إذا رفض البنك الدفع بعد أن طلب المستفيد ذلك وبعد قيام المستفيد بإخطار البنك عن الظروف الخاصة التي تثير الحق في التعويض عن الأضرار غير المباشرة Consequential damages كنتيجة للتخلف عن الدفع ، كان للمستفيد المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به عن عدم حصول الدفع وفي الحدود المذكورة بالإخطار المعلن إلى البنك عن الأضرار غير المباشرة . ومع ذلك ، يجوز للبنك أن يدرأ المسؤولية إذا استطاع أن يثبت أن عدم الدفع كان راجعاً إلى شكوك معقولة لديه حول حق المستفيد في استيفاء المبلغ" (١٨٥) . وقاعدة حق المستفيد في التعويض عن عدم الوفاء ، بعد سبق القبول ، هي قاعدة أمرية ولا يجوز الاتفاق على عكسها (١٨٦) . ومع هذا ، يتعين توافر شرطين لإعمال تلك القاعدة ؛ وهما: (أولاً) أن الحق في التعويض

---

(١٨٥) وتجري عبارة نص المادة (a) 4 A-404 كالتالي:

....<<If the bank refuses to pay after demand by the beneficiary and receipt of notice of particular circumstances that will give rise to consequential damages as a result of nonpayment, the beneficiary may recover damages resulting from the refusal to pay to the extent the bank had notice of the damage, unless the bank proves that it did not pay because of a reasonable doubt concerning the right of the beneficiary to payment>>.

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers..... (١٨٦)

للمرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ١٨٨ .

لا ينشأ تلقائياً بمجرد عدم الدفع ، ولكن يشترط لقيامه أن يكون المستفيد قد طلب الدفع من البنك الذي سبق وأن قبل الأمر ؛ و(ثانياً) أن يتلقى البنك إخطاراً من المستفيد عن الظروف الخاصة التي تبين أهمية الدفع وعن الأضرار المترتبة على عدم حصول الدفع. وحتى مع توافر هذين الشرطين ، يمكن للبنك أن يدفع المسؤولية إذا استطاع إثبات أن عدم الدفع يعود إلى شكوك معقولة لديه تتعلق بجدية حق المستفيد في مبلغ الأمر ، كأن تكون هوية المستفيد المتقدم للحصول على مبلغ الأمر تختلف عن هوية المستفيد المذكورة في صلب الأمر (١٨٧).

### ثانياً - في القانون النموذجي :

إذا قبل بنك المستفيد أمر الدفع الصادر إليه ، وجب عليه أن يضع مبلغ الأمر تحت تصرف المستفيد ، أو يلتزم بقواعد الائتمان طبقاً للتعليمات الواردة في أمر الدفع ، والقانون الذي يحكم علاقته بالمستفيد (١٨٨). وإذا كانت المعلومات أو البيانات التي وصلت إلى بنك المستفيد غير كافية لاكمال مقومات أمر الدفع ، أو كان يستحيل تنفيذ أمر الدفع بسبب نقص في البيانات ، وكان من الممكن في هاتين الحالتين

(١٨٧) المرجع السابق ، الفصل الثاني ، ص ص ١٨٨-١٨٩.

ويذهب البعض إلى أنه لا يشترط لاستحقاق المستفيد تعويض عن الأضرار غير المباشرة أن يتم إخطار البنك على وجه التحديد بالمبلغ المستحق كتعويض ، كما لا يشترط ذلك حتى ولو بصفة تقريبية، وإنما يكفي أن يتضمن الإخطار إشعار البنك ببيان نوعية الأضرار التي قد تحيق بالمستفيد بسبب عدم الوفاء. راجع :

Michael I. Spak, The Case to be Made for Proposed Article 4A of the Uniform Commercial Code.....

المقالة المشار إليها ، ص ١٩٠ وما بعدها.

(١٨٨) المادة ١/١٠ من القانون النموذجي.

تحديد المرسل ، فإنه يتعين على هذا البنك إخطار المرسل بعدم كفاية بيانات الأمر وذلك في المواعيد وبالأسلوب المنصوص عليه في المادة ٤/١١ من القانون النموذجي ، والتي توجب حصول الإخطار في أو قبل يوم العمل التالي لانتهاؤ فترة تنفيذ الأمر . كما يجب على البنك القيام بإخطار المرسل ، وفقاً لحكم المادة ٤/١١ المذكورة ، عن أية معلومات متناقضة وخاصة فيما يتعلق بمبلغ الأمر موضوع التحويل المصرفي<sup>(١٨٩)</sup> ، أو فيما يتعلق بعدم صحة أو دقة المعلومات الخاصة بتحديد هوية المستفيد<sup>(١٩٠)</sup> .

ويجب على البنك أن يقوم ، في نفس يوم العمل الذي يصل فيه الأمر أو على الأكثر في يوم العمل التالي<sup>(١٩١)</sup> ، بإخطار المستفيد باحتفاظه بمبلغ أمر الدفع لصالحه ، وذلك إذا لم يكن لهذا المستفيد حساب لدى البنك ، وبشرط أن تكون لدى البنك المعلومات الكافية حتى يتمكن من القيام بالإخطار ، ما لم يقض أمر الدفع بغير ذلك<sup>(١٩٢)</sup> . فإذا تحدد في أمر الدفع تاريخ معين يلتزم فيه البنك بوضع المبلغ تحت تصرف المستفيد ، وكان الأمر واضحاً في إجازة التنفيذ المتأخر حتى يتمكن البنك من القيام بهذا التنفيذ طبقاً للتاريخ المذكور . واستناداً إلى نص المادة ١/١١ - ب ، فإن تنفيذ الأمر يعتبر واجباً وصحيحاً في هذا التاريخ<sup>(١٩٣)</sup> .

(١٨٩) المادة ٣/١١ من القانون النموذجي .

(١٩٠) المادة ٤/١١ من القانون النموذجي .

(١٩١) المادة ١/١١ من القانون النموذجي .

(١٩٢) المادة ٥/١٠ من القانون النموذجي .

(١٩٣) وراجع بصفة خاصة :

## طرق الدفع للمستفيد

يأخذ الدفع من البنك إلى المستفيد ، طبقاً للمادة 4A-405 من التقنين التجاري الموحد ، طرقاً عديدة تتمثل أهمها في الدفع من خلال الإضافة إلى حساب المستفيد لدى البنك ، وكذلك من خلال طرق أخرى غير الإضافة إلى الحساب .

### أولاً . الدفع بطريق الإضافة إلي الحساب Payment by Crediting

:the Account

طبقاً للفقرة (a) 4A-405 من التقنين التجاري الموحد يحصل الدفع إذا قام البنك بإضافة مبلغ الأمر إلى حساب المستفيد لديه . ويكون ذلك بواحد من ثلاثة أشكال: إما بإخطار المستفيد بحقه في السحب من حسابه وبمقدار قيمة مبلغ الأمر ، أو بالخصم من الحساب بمقدار قيمة مبلغ الأمر المضاف سداداً لمديونية على المستفيد ، أو بإتاحة مبلغ الأمر للمستفيد .

---

المقالة المشار إليها ، ص ٣٨٢ وما بعدها ؛

Raj Bhala, Paying for the Deal: An Analysis of Wire Transfer Law.....

المقالة المشار إليها ، ص ٦٨٢ وما بعدها ؛

Eric E. Bergster, UNCITRAL Model Law on International Credit Transfer...

المقالة المشار إليها ، ص ٢٨٢ ؛

Carl Felsenfeld, The Compatibility of the UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers....

المقالة المشار إليها ، ص S64 وما بعدها .

## ١ - إخطار المستفيد بحقه في السحب :

يحصل الدفع للمستفيد إذا تلقى من بنكه إشعاراً أو إخطاراً يفيد حقه في سحب مبلغ الأمر المضاف إلى حسابه The amount credited into the account (١٩٤) . وتستند هذه الطريقة إلى فكرة في القضاء الإنجليزي مفادها أن الدفع من حساب إلى حساب آخر لدى نفس البنك لا يتحقق بمجرد القيود أو المدخلات في سجلات البنك ، وإنما يلزم فضلاً عن ذلك إخطار الشخص المحول إليه المبلغ بالإضافة التي تمت في حسابه (١٩٥) . وقد تلقف المشرع الأمريكي هذه الفكرة وقننها في نص الفقرة 4A-405 (a) (i) من التقنين التجاري الموحد ، حيث تبنى معياراً مؤداه أن الدفع من جانب بنك المستفيد ينشأ بعد إخطار المستفيد بحقه في السحب من حسابه بمقدار قيمة مبلغ الأمر ، وسواء كانت الإضافة قد حصلت فعلاً أو سوف تحصل بعد الإخطار . ويتحدد وقت الدفع ، لذلك ، بوقت حصول الإخطار . ففي هذا الوقت يعتبر البنك قد قام بالدفع (١٩٦) .

لذا ، إذا ما أراد بنك المستفيد تجنب دفع قيمة الأمر فعليه ألا يقوم بإضافة المبلغ إلى الحساب وعدم إخطار المستفيد بحقه في السحب . ومع ذلك ، تتبغى ملاحظة ، أن الإخطار بالإضافة إلى الحساب ليس لازماً في حالة ما إذا كان الدفع يتم من خلال الرسائل الإلكترونية عن

---

Michael I. Spak, The Case to be Made for Proposed Article 4A of the (١٩٤)  
Uniform Commercial Code.....

المقالة المشار إليها ، ص ١٩٢ وما بعدها .

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers..... (١٩٥)

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ٢٠٢ .

(١٩٦) المرجع السابق ، الفصل الثاني ، ص ص ٢٠٢-٢٠٣ .



طريق نظام Fedwire وحيث تتم التسوية الفورية بين البنوك دون ما انتظار إلى نهاية يوم العمل ، وبما يعني وصول المبلغ إلى بنك المستفيد وقبوله أمر الدفع بطريقة تلقائية ، وبما يجعل هذا البنك مسئولاً أمام المُستفيد عن الدفع حتى ولو لم يتم إرسال الإخطار (١٩٧).

## ٢- الخصم من حساب المستفيد بمقدار قيمة مبلغ الأمر

سداداً لديونية على المستفيد (المقاصة) Application of the Credit to  
: a Debt of the Beneficiary

قد يحصل الدفع للمستفيد عندما يقوم البنك ، لدى تلقي مبلغ الأمر، بإعمال المقاصة بين هذا المبلغ ودين له في ذمة المستفيد. وعلى الرغم من أن المستفيد لا يقبض قيمة مبلغ الأمر ، إلا أن الدفع له قد حصل صحيحاً لانقضاء دين بذمته بمقدار يعادل قيمة مبلغ الأمر. وبالمثل ، يكون لبنك المستفيد عدم الدفع للمستفيد ، حتى بعد قبول أمر الدفع ، إذا كان هناك حجز صحيح موقع على الحساب من دائن حاجز Garnishing creditor ، وطالما تم إعلان هذا الحجز في المواعيد المقررة لذلك ، كما يجب على البنك إدخال مبلغ الأمر في التقرير بما في الذمة (١٩٨).

(١٩٧) قارب :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه ، ص ٦٢.

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers.... (١٩٨)

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ص ٢٠٣ وما بعدها ؛

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems.....

المرجع المشار إليه ، الفصل السادس عشر ، ص ٤٨.

طبقاً للفقرة (iii) (a) 4A-405 من التقنين التجاري الموحد ، يحصل الدفع من البنك بوضع مبلغ الأمر تحت تصرف المستفيد ، وذلك بطريقة أخرى غير إخطار المستفيد بالحق في السحب من الحساب وغير إيقاع المقاصة بين دين في نمته ومبلغ الأمر .

"Funds with respect to the order are otherwise made available to the beneficiary by the bank"

وترجع أهمية هذا النص إلى أن هناك حالات معينة يكون فيها على البنك توخي الحذر لدى الإفراج release عن مبلغ الأمر للمستفيد . وغالباً ما يحصل ذلك عندما يصل أمر الدفع إلى بنك المستفيد ، دون أن يتلقى غطاء هذا الأمر من المرسل . ويكون على بنك المستفيد التوفيق بين اعتبارين: **أولهما** ، ضرورة الإفراج فوراً عن مبلغ الأمر للمستفيد في التاريخ المحدد للدفع ؛ **وثانيهما** ، التعرض لخطر عدم تلقي غطاء قيمة مبلغ الأمر من المرسل ولكي يقي البنك نفسه من خطر عدم الحصول على غطاء مبلغ الأمر من المرسل ، فيما لو أفلس هذا الأخير مثلاً ، فإنه يخطر المستفيد بموافقته الإفراج له عن مبلغ يعادل قيمة مبلغ أمر الدفع ، وعلى أن يكون ذلك على سبيل القرض للمستفيد<sup>(١٩٩)</sup> . فإذا ما تلقى بنك المستفيد غطاء مبلغ الأمر من المرسل، فإن الوفاء بذلك القرض يحصل تلقائياً .

ومع هذا ، ينبغي توخي الحذر فيما جرى عليه العمل في بعض البنوك ، درءاً للمسئولية ، من استخدام فكرة القرض المذكورة . ذلك أن الدفع للمستفيد - حتى بهذه الطريقة - هو في جوهره دفع مشروط ، وليس قرضاً . ولما كانت الفقرة (c) 4A-405 تبطل تعليق دفع الأمر على أي شرط ، فإنه بصرف النظر عن التسمية أو التكيف الذي ينزله البنك على الدفع الحاصل منه بوصمه بالقرض ، فإن قيام البنك بالدفع يعتبر نهائياً وباتاً (٢٠٠) . وينبغي على ذلك ، أن بنك المستفيد ، قد لا يتمكن من استرداد مبلغ الأمر من المستفيد ، حتى ولو لم يتلق قيمة غطاء مبلغ الأمر من المرسل ، وعلى أساس اعتبار أن الدفع للمستفيد نهائي (٢٠١) .

### ثانياً - الدفع بطرق أخرى غير الإضافة في الحساب :

يكون الدفع بالإضافة في الحساب إذا كان المستفيد عميلاً للبنك ولديه به حساب قائم . أما إذا كان المستفيد ليس عميلاً للبنك أصلاً ، فإن الدفع له يحصل بطرق أخرى مثل الدفع نقداً أو ما يجرى على تسميته بالدفع على الشبّاك Pay over the counter ، أو بورقة تجارية كشيك مصرفي مسحوب على بنك المستفيد . وغالباً ما يكون الدفع للمستفيد في هذه الحالة مسبقاً بإخطار ، كما يتوجه هذا المستفيد إلى البنك لقبض مبلغ الأمر (٢٠٢) .

---

(٢٠٠) المرجع السابق ، الفصل الثاني ، ص ٢٠٥ وما بعدها .

(٢٠١) المرجع السابق ، الفصل الثاني ، ص ٢٠٥ وما بعدها .

(٢٠٢) المرجع السابق ، الفصل الثاني ، ص ٢٠٨ .

## المطلب الخامس

### أثر قبول بنك المستفيد على العلاقة الأصلية

#### بين المصدر والمستفيد

تنص الفقرة (a) 4A-406 من التقنين التجاري الموحد على أن "يحصل الوفاء من مصدر أمر الدفع إلى المستفيد من الأمر (i) في الوقت الذي يصدر فيه القبول من بنك المستفيد للأمر (ii) وذلك في حدود المقدار المعادل للقيمة المذكورة في الأمر ، وليس بقيمة أعلى" (٢٠٣) ، وطبقاً للنص المتقدم ، يكون المصدر قد أوفى بالتزامه تجاه المستفيد ، في العلاقة الأصلية بينهما والتي بررت في المقام الأول إصدار أمر الدفع ، وذلك بمجرد صدور القبول من بنك المستفيد (٢٠٤) ، ومن ثم ، ينقضي التزام المصدر تجاه المستفيد عند نشأة التزام بنك المستفيد لدى قبوله الأمر ، وذلك في الحدود وبالقيمة المقبول بها الأمر (٢٠٥) .

ومع هذا ، تقر الفقرة (c) 4A-404 من التقنين التجاري الموحد ما

(٢٠٣) وتجري عبارة الفقرة (a) 4A-406 من التقنين التجاري الموحد كما يأتي :

<<The originator of funds transfer pays the beneficiary of the originator's payment order (i) at the time a payment order for the benefit of the beneficiary is accepted by the beneficiary's bank in the funds transfer and (ii) in an amount equal to the amount of the order accepted by the beneficiary's bank, but not more than the amount of the originator's order>>.

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire (٢٠٤) Transfers.....

المرجع المشار إليه ، ص ٦٣ .

(٢٠٥) للمرجع السابق ، ص ٦٣ ؛ أيضاً :

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers.....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ١٩٤-١٩٥ .

جرت عليه عادة البنوك الوسيطة في عمليات التحويل الإلكتروني من خصم للمصروفات المستحقة لها استنزاً من قيمة مبلغ الأمر (٢٠٦) . وهكذا ، ورغم أن القيمة المذكورة في الأمر تكون مساوية للمبلغ المدين به أصلاً المصدر للمستفيد في علاقتهما الأصلية ، إلا أن قيمة المبلغ المقبول من بنك المستفيد قد تصبح أقل نظراً للخصم الحاصل من بنك وسيط أو أكثر . ومع أنه يبقى للمستفيد أن يطالب ويحصل كامل دينه من المصدر بناء على علاقتهما الأصلية ، إلا أن القانون الأمريكي وحرصاً على استقلالية عملية التحويل الإلكتروني ، يحرم المستفيد من إنكار أثر القبول الصادر من بنك المستفيد في حصول الدفع من جانب هذا البنك ، وكل ما هناك أن للمستفيد الحق في الرجوع بباقي مستحقاته على المصدر بناء على السبب المنشئ للالتزام في علاقتهما الأصلية (٢٠٧) .

وإذا كانت القاعدة هي زوال وانقضاء الالتزام الأصلي للمصدر في علاقته بالمستفيد بمجرد صدور القبول من بنك المستفيد ، فإنه استثناء ، لا تسري تلك القاعدة في الحالة التي يكون فيها العقد بين المصدر والمستفيد لا يسمح بالوفاء بطريق أمر الدفع الإلكتروني ، ويشترط أن يقوم المستفيد بإخطار المصدر برفض حصول الوفاء بغير الطريق الذي نص عليه العقد المبرم بينهما وعلى أن يحصل هذا الإخطار في ميعاد معقول من التاريخ الذي تلقى فيه المستفيد إشعاراً من البنك بوصول وتلقي أمر الدفع . كما يشترط لإعمال هذا الاستثناء ألا

---

Michael I. Spak, The Case to be Made for Proposed Article 4A of the (٢٠٦) Uniform Commercial Code.....

المقالة المشار إليها ، ص ١٩٥ .

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers..... (٢٠٧)

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ١٩٦ .

يكون المستفيد قد سحب أو قبض مبلغ الأمر وأن يثبت أن هناك خسارة ما تلتحق به ، وكان يمكن تجنبها فيما لو تم الدفع بالوسيلة المتفق عليها أصلاً غير أمر الدفع<sup>(٢٠٨)</sup> . ومثال ذلك ، أن ينص العقد بين المصدر والمستفيد على الوفاء بالالتزام بشيك مقبول الدفع ، فقام المصدر بدلاً من ذلك بإصدار أمر دفع لصالح المستفيد . على أنه قبل حصول الدفع وقبل قبض مبلغ الأمر ، توقف هذا البنك عن الوفاء بأوامر الدفع المقبولة بسبب إفلاسه . في هذا الوضع ، يحق للمستفيد أن يرجع على المصدر لأنه خالف العقد الأصلي بينهما ، إذ لا ينبغي أن يتحمل المستفيد آثار إفلاس البنك . وبذلك ، ينتقل حق المصدر مرة أخرى في مواجهة بنك المستفيد وبما لا يتعدى مجرد الدخول في تفليسة هذا البنك<sup>(٢٠٩)</sup> .

---

(٢٠٨) المرجع السابق ، الفصل الثاني ، ص ١٩٦-١٩٧ ؛

Michael I. Spack, The Case to be Made for Proposed Article 4A of the Uniform Commercial Code.....

المقالة المشار إليها ، ص ١٩٥ .

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers.... (٢٠٩)

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ١٩٧ .

## المبحث الثالث

### العلاقات الناشئة بين البنوك المشتركة في التحويلات المصرفية الإلكترونية

#### تمهيد وتقسيم :

بجانب العلاقة بين العميل الأمر وبينكه ، وهي العلاقة التي تبدأ بها عملية التحويل المصرفي الإلكتروني ؛ وكذلك علاقة المستفيد بينكه ، وهي العلاقة التي تنتهي بها تلك العملية ، توجد علاقات أخرى وسطي بين البنوك المتدخلة لإنجاز التحويل الإلكتروني . وفي أبسط صور العملية ، وحيث يصدر أمر الدفع من البنك المصدر أو الأصلي إلى بنك المستفيد مباشرة ، توجد علاقة وسطي واحدة ، وهي العلاقة بين هذين البنكين والتي يعد فيها البنك هو المرسل لأمر الدفع والبنك الثاني هو المتلقي . ومع ذلك ، فغالباً ما تتعدد وتتشابك العلاقات الوسطى عندما يتدخل بنك وسيط أو أكثر في تنفيذ التحويل الإلكتروني .

وعليه ، يمكن تقسيم هذا المبحث إلى خمسة مطالب :

**المطلب الأول :** العلاقة بين البنك المرسل والبنك المتلقي .

**المطلب الثاني :** رفض أمر الدفع .

**المطلب الثالث :** أثر تضمين أمر الدفع تعليمات خاصة .

**المطلب الرابع :** أثر إلغاء أو تعديل أمر الدفع بالنسبة للبنوك في سلسلة التحويل الإلكتروني .

## **المطلب الأول**

### **العلاقة بين البنك المرسل والبنك المتلقي**

إذا تلقى البنك من عميله أمراً بالدفع ، وتحرى هذا البنك صحة بيانات الأمر وتأكد من استيفاء كافة إجراءات الأمان والمصادقة المعمول بها لإصدار الأمر ، فإنه عادة ما يقوم بقبوله . وكما قدمنا ، يحصل القبول من البنك الأصلي إذا ما قام بإصدار أمر الدفع الخاص به إلى البنك الذي يليه في العملية تنفيذاً لأمر العميل<sup>(٢١٠)</sup> . ولدى قيام البنك الأصلي بإصدار أمر الدفع الخاص به ، فإنه يوصف بالبنك المرسل وذلك في إطار علاقته بالبنك التالي له في سلسلة التحويل الإلكتروني . كما يطلق على هذا البنك الأخير عبارة البنك المتلقي والذي عادة ما يكون بنكاً مراسلاً أو وسيطاً ، فيقوم بدوره بإصدار أمر دفع خاص به إلى البنك التالي له ، فيكون هو البنك المرسل في علاقته بهذا البنك التالي . وهكذا، حتى تتم عملية التحويل الإلكتروني بصدور القبول من جانب البنك الأخير وهو بنك المستفيد<sup>(٢١١)</sup> .

(٢١٠) في نفس المعنى :

Bradely Crawford, Q.C., International Credit Transfers: The Influence of Article 4A on the Model Law.....

المقالة المشار إليها ، ص ١٧٦ وما بعدها ؛

Model Funds Transfer Services Agreement and Commentary....

المشار إليه سابقاً ، ص ٧ .

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers....

(٢١١)

المرجع المشار إليه ، للفصل الثاني ، ص ١٩ ؛



ويؤثر التساؤل عن مدى التزام البنك المتلقي بقبول أمر الدفع الصادر إليه من البنك المرسل؟ الأصل أنه لا يوجد التزام على البنك المتلقي لقبول أمر الدفع الصادر إليه من أي بنك مرسل ، إذ يحق له أن يقبله أو أن يرفضه ودون أي مسئولية . وبما مفاده ، أنه لا يحق للبنك المرسل - قبل صدور القبول - أن يلزم البنك المتلقي بالأمر . فقبول أمر الدفع هو محض اختيار للبنك المتلقي ، إذ يجوز له أن يرفض الأمر حتى ولو كان للبنك المرسل حساب قائم به رصيد دائن كافٍ لتغطية قيمة مبلغ الأمر<sup>(٢١٢)</sup> . فإذا كان للبنك المرسل حساب قائم دائن به رصيد كافٍ وقابل للسحب لتغطية مبلغ الأمر ، وأراد البنك المتلقي أن يرفض الأمر - رغم ذلك - فعليه أن يقوم بإخطار البنك المرسل بالرفض ، وإلا كان مسئولاً عن دفع فائدة على قيمة مبلغ الأمر للبنك المرسل<sup>(٢١٣)</sup> . ويسري هذا الحكم ، بصفة خاصة ، فيما لو كان هذا الحساب لا يدر أصلاً فائدة ، كحساب جارٍ بدون فوائد . وتسري الفائدة على مبلغ الأمر الذي لم يتم تنفيذه ، في هذه الحالة ، حتى قيام البنك المتلقي بإرسال إخطار أو إشعار الرفض إلى البنك المرسل<sup>(٢١٤)</sup> . ومع هذا ، فالأثر المترتب على عدم

---

Carl Felsenfeld, The Compatibility of the UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers with Article 4A of the UCC.....

المقالة المشار إليها ، ص ٥٤ وما بعدها ؛

(٢١٢) المادة 4A-209 ، والمادة 4A-210 من التقنين التجاري الموحد ، والمادة ٢/٧ من القانون

النموذجي . وفي نفس المعنى :

Carl Felsenfeld, The Compatibility of the UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers with Article 4A of the UCC.....

المقالة السابقة ، ص ٦١ ؛ أيضاً :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه ، ص ٥٣ .

(٢١٣) المادة (b) 4A-210 من التقنين التجاري الموحد .

(٢١٤) المادة (b) 4A-210 من التقنين التجاري الموحد .

تتفيذ الأمر من احتساب الفائدة المذكورة هو أثر محدود نسبياً بالنظر إلى أن أمر الدفع الذي لا يتم تنفيذه - وطبقاً للقانون الأمريكي - ينقضي بحكم القانون بمرور خمسة أيام تحتسب من يوم وصول الأمر إلى البنك المتلقي (٢١٥).

ويحصل القبول من البنك المتلقي - غير بنك المستفيد - عندما يقوم هذا البنك بتنفيذ الأمر الصادر إليه من البنك المرسل وذلك بإصدار أمر الدفع الخاص به بغرض تنفيذ أمر الدفع السابق الذي تلقاه من البنك المرسل . ويلتزم البنك المرسل بأن يدفع للبنك المتلقي قيمة مبلغ الأمر في اليوم الذي يتم فيه التنفيذ ، وهو غالباً اليوم الذي يتم فيه وصول الأمر ، لأن التنفيذ يكون واجباً في ذلك اليوم (٢١٦).

---

(٢١٥) المادة (d) 4A-211 من التقنين التجاري الموحد . كما تنص المادة ٤/٧ من القانون النموذجي على أن:

<<A payment order ceases to have effect if it is neither accepted nor rejected under this article before the close of business on the fifth banking day following the end of the execution period>>.

وراجع :

Carl Felsenfeld, The Compatibility of the UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers with Article 4A of the UCC....

المقالة المشار إليها ، ص ٥٦١ وما بعدها .

(٢١٦) المادة (c) 4A-402 ، والمادة (b) 4A-301 من التقنين التجاري الموحد . وراجع :

Oliver Wulff, Two Ways to Achieve the Same Goal....

المقالة المشار إليها ، ص ١١٢ وما بعدها .

## المطلب الثاني

### رفض أمر الدفع

لا يوجد - بحسب الأصل - التزام على عاتق أي بنك بقبول أمر الدفع الصادر إليه من بنك سابق عليه . ومن ثمّ يكون على البنك المتلقي إذا ما أراد أن يرفض الأمر أن يقوم بإرسال إخطار بهذا المضمون إلى البنك المرسل . وقد يكون هذا الإخطار شفوياً ، بطريق الهاتف مثلاً ، أو كتابة أو بإحدى الطرق الإلكترونية الأخرى . ويتحدد تاريخ الرفض بوقت صدور الإخطار بذلك من البنك المتلقي ، طالما حصل بوسيلة معقولة (٢١٧) .

ولا تثار أية مسؤولية على البنك المتلقي إن رفض أمر الدفع وأرسل إخطاراً بذلك إلى البنك المرسل في نفس اليوم الذي تم فيه تلقي الأمر ؛ لأن هذا اليوم عادة ما يكون هو اليوم المحدد للتنفيذ (٢١٨) . فإن أخفق البنك المتلقي في القيام بواجب الإخطار بالرفض في الميعاد المذكور ، انحصرت مسؤوليته في الالتزام بدفع فائدة على قيمة مبلغ أمر الدفع إلى البنك المرسل (٢١٩) . وتحتسب هذه الفائدة عن عدد الأيام الواقعة بعد التاريخ المحدد للتنفيذ وحتى اليوم الذي يحصل فيه الإخطار بالرفض

(٢١٧) المادة (a) 4A-210 من التقنين التجاري الموحد .

(٢١٨) المادة السابقة .

(٢١٩) المادة (b) 4A-210 من التقنين التجاري الموحد . وراجع:

Oliver Wulff, Two Ways to Achieve the Same Goal....

المقالة المشار إليها ، ص ١٢ ؛

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers....

المرجع المشار إليه ، ص ٥٤ وما بعدها .

أو حتى اليوم الذي يتلقى فيه البنك المرسل ذلك الإخطار أو حتى اليوم الذي يعلم فيه بأية وسيلة بعدم تنفيذ الأمر ؛ أيها أقرب ، وذلك كله بشرط أن يكون للبنك المرسل حساب قائم به مبلغ كافٍ لتغطية مبلغ الأمر وقابل للسحب لدى البنك المتلقي ، وألا يكون هذا الحساب - في الأصل - مدرأاً لفوائد (٢٢٠) . وفي كل الأحوال ، ينقضي أمر الدفع بقوة القانون by operation of law بفوات اليوم الخامس لإنهاء عمليات التحويل الإلكتروني في البنك المتلقي ، ويبدأ حساب هذا الميعاد من اليوم الذي كان محدداً للتنفيذ (٢٢١) .

### المطلب الثالث

#### أثر تضمين أمر الدفع تعليمات خاصة

قد ينص أمر الدفع الصادر من العميل الأمر إلى البنك الأصلي على تعليمات محددة ، كضرورة إجراء التحويل من خلال بنك وسيط بالذات ، أو باستخدام نظام معين للتحويل الإلكتروني كنظام سويفت SWIFT مثلاً ، والقاعدة هي وجوب احترام البنك الأصلي للتعليمات الخاصة المنصوص عليها في أمر الدفع . ولكن ما هو أثر تلك التعليمات الخاصة على البنوك الأخرى - غير البنك الأصلي - والتي اشتركت في عملية التحويل الإلكتروني؟ الإجابة بسيطة . إذ تلتزم جميع البنوك المشتركة في تلك العملية بذات التعليمات الخاصة التي صدر بها أمر

(٢٢٠) المادة (b) 4A-210 من النقتين التجاري الموحد .

(٢٢١) المادة (d) 4A-210 من النقتين التجاري الموحد .

الدفع إلى البنك الأصلي . وبعبارة أخرى ، ينتقل الالتزام باحترام التعليمات الخاصة إلى كل بنك يتدخل في عملية التحويل الإلكتروني لورودها في صلب الأمر ذاته<sup>(٢٢٢)</sup> . فلا بد أن تتطابق جميع أوامر الدفع اللاحقة مع أمر الدفع الأول الصادر من العميل الأمر إلى البنك الأصلي<sup>(٢٢٣)</sup> : وعليه ، يلتزم كل بنك وسيط بتنفيذ ذات التعليمات المحددة بالأمر الأصلي . ويكون ميعاد التنفيذ بالنسبة لأي بنك وسيط هو نفس اليوم الذي يتلقى فيه أمر الدفع ، وبحيث تتم عملية التحويل الإلكتروني في الوقت المحدد لها بالأمر . وتترتب مسؤولية البنك عن أي تأخير ينسب إليه في تنفيذ أمر الدفع الخاص به ، وبما يجعله مسؤولاً عن دفع فائدة على مبلغ الأمر وللمدة التي حصل فيها التأخير<sup>(٢٢٤)</sup> . ويلتزم البنك الوسيط بدفع هذه الفائدة إما إلى البنك المرسل أو إلى المستفيد نفسه بحسب الأحوال<sup>(٢٢٥)</sup> . وإذا أخفق البنك الوسيط في تنفيذ التعليمات الخاصة المنصوص عليها في أمر الدفع ، فإنه يكون مسؤولاً أمام البنك المرسل لأمر الدفع السابق عليه مباشرة في سلسلة التحويل الإلكتروني ، وبما يترتب مسؤوليته فضلاً عن الفوائد بدفع كافة المصروفات والتعويض عن الأضرار غير المباشرة إن كان هناك اتفاق خاص على تغطية هذه

---

(٢٢٢) المادة (1) (a) 4A-302 من التفتين التجاري الموحد .

(٢٢٣) في معنى قريب :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers....

المرجع المشار إليه ، ص ٥٦ .

(٢٢٤) المادة (a) 4A-305 من التفتين التجاري الموحد .

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers.....

المرجع المشار إليه ، ص ٥٦ .

ويثور التساؤل عن النطاق الذي يتعين فيه على البنك الوسيط الالتزام بالتعليمات الخاصة بالمنصوص عليها في أمر الدفع الأصلي؟ وهل يجوز للبنك الوسيط أن يخالف هذه التعليمات؟ القاعدة - كما قدمنا - هي وجوب التزام البنك الوسيط بالتعليمات الخاصة في أمر الدفع. ومع ذلك، يجوز للبنك الوسيط - في إطار التزامه بتنفيذ أمر الدفع بحسن نية - أن يخالف بعض التعليمات الخاصة بالمنصوص عليها في أمر الدفع وطالما أن هذه المخالفة لن تعرقل تنفيذ الأمر بقدر ما تيسر هذا التنفيذ<sup>(٢٢٧)</sup>. ومثال ذلك، أنه يجوز للبنك الوسيط أن يخالف التعليمات الخاصة التي تقضي باستعمال نظام معين للتحويل الإلكتروني، كلما رأى هذا البنك أنه لم يكن في وسعه أو لم يكن من المتاح استعمال هذا النظام على وجه الخصوص وأن نظاماً إلكترونياً بديلاً يمكن أن يؤدي نفس

(٢٢٦) المادة (c) 4A-305 من التفتين التجاري الموحد. وراجع:

Oliver Wulff, Two Ways to Achieve the Same Goal.....

المقالة المشار إليها، ص ص ١١٣-١١٤؛ أيضاً:

Carl Felsenfeld, The Compatibility of the UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers with Article 4A of the UCC....

المقالة المشار إليها، ص ٥٦٧.

(٢٢٧) في معنى قريب:

Carl Felsenfeld, Strange Bedfellows for Electronic Funds Transfers....

المقالة المشار إليها، ص ٧٥٥. وراجع المادة (b) 4A-302 من التفتين التجاري الموحد. كما

تنص المادة ٣/٨ من التفتين التجاري الموحد على ما يأتي:

<<A receiving bank that determines that it is not feasible to follow the instruction of the sender specifying an intermediary bank or funds transfer system to be used in carrying out the credit transfer, or that following such an instruction would cause excessive costs or delay in completing the credit transfer, shall be taken to have complied with paragraph (2) if, before the end of the execution period, it inquires of the sender what further actions it should take>>.

الغرض وبالكفاءة والسرعة اللازمين لتنفيذ الأمر (٢٢٨). ومثال ذلك أيضا، أنه يجوز للبنك الوسيط أن يتجاهل - وبحسن نية توجيهات معينة منصوص عليها في أمر الدفع إن كان من شأن اتباعها بحذافيرها حصول تأخير غير عادي وغير لازم في تنفيذ الأمر ، كأن يقوم بإرسال أمر الدفع مباشرة إلى بنك المستفيد بدلاً من استعمال بنك مراسل آخر كما كان أمر الدفع الأصلي ينص على ذلك ، وهذا كله رهن عدم النيل أو الإخلال بالتعليمات الأساسية في أمر الدفع (٢٢٩). ومن باب أولى ، يكون للبنك أن يتخذ ما يراه مناسباً لتنفيذ الأمر إذا لم يتضمن أمر الدفع تعليمات خاصة بشأن البنك المراسل التالي له في عملية التحويل الإلكتروني ، ولا يحد من سلطة البنك التقديرية في هذا الشأن إلا ما يتضمنه أمر الدفع الصادر من العميل الأمر نفسه بالدفع في تاريخ معين Payment date إلى مستفيد محدد ، إذ يجب على البنك الأصلي وجميع البنوك الأخرى المشتركة في التحويل الإلكتروني الالتزام بتلك التعليمات الأساسية. وعليه ، فإن السلطة التقديرية للبنك في اختيار بنك مراسل أو نظام

Ernest T. Batrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire (٢٢٨) Transfers....

المرجع المشار إليه ، ص ٥٦.

Carl Felsenfeld, Strange Bedfellows for Electronic Funds Transfers... (٢٢٩)

المقالة المشار إليها ، ص ٧٥٥. وقد اعتنق القانون النموذجي نفس الحل الذي أرساه القانون

الأمريكي في هذا الخصوص بالنص على أن:

<<A receiving bank that determines that it is not feasible to follow an instruction of the sender specifying an intermediary bank or funds transfer system to be used in carrying out the credit transfer, or that following such an instruction would cause excessive costs or delay in completing the credit transfer, shall be taken to have complied with paragraph (2) if, before the end of the execution period, it inquires to the sender what further actions it should take>>.

نظير المادة ٣/٨ من القانون النموذجي. وقارب هذه المادة مع نص المادة (b) 4A-302 من التقنين التجاري الموحد الأمريكي.

للتحويل الإلكتروني- غير المحددين أصلاً في الأمر- تكون محكمة بإنجاز التحويل في التاريخ المحدد بالأمر وإلى ذات المستفيد<sup>(٢٣٠)</sup>، ومن ثمّ، إذا قام البنك الأصلي باختيار بنك مراسل ضعيف مالياً لإنجاز التحويل عن طريقه، كان على ذلك البنك الأصلي أن يتحمل الخطر أو الخسارة التي يمكن أن تنشأ عن إخفاق البنك المراسل<sup>(٢٣١)</sup>.

## المطلب الرابع

### أثر إلغاء أو تعديل أمر الدفع بالنسبة للبنوك

#### في سلسلة التحويل الإلكتروني

الأصل أنه يجوز للعميل الأمر بإلغاء أو تعديل أمر الدفع، وذلك بتعليمات أخرى يراعى فيها اتخاذ نفس إجراءات الأمان والمصادقة التي تم اتخاذها في الأمر الأصلي. فإذا لم يتم اتباع نفس تلك الإجراءات، كان على البنك الذي قبل التعليمات اللاحقة بالإلغاء أو التعديل أن يتحمل

(٢٣٠) في معنى قريب :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Bacter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه، ص ٥٦ وما بعدها.

(٢٣١) ويجب على البنك الأصلي أن يبذل العناية العادية Ordinary care عند اختياره البنك

المراسل، حيث جاء في التعليق على نص المادة (b) 4A-302 من التفتين التجاري الموحد:

<<Unless otherwise instructed, a receiving bank executing a payment order may issue a payment order conforming to the sender's order can expeditiously be issued to the beneficiary's bank if the receiving bank exercises ordinary care in the selection of the intermediary bank>>.

راجع :

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers....

المرجع المشار إليه، الفصل الثاني، ص ٥١.



المخاطر وأية مسئولية تنشأ عن ذلك ، كما لو صدرت التعليمات بالإلغاء أو التعديل بطريق الغش في أمر الدفع الأصلي<sup>(٢٣٢)</sup> . وفي كل الأحوال ، وكما سنرى في الفصل الثاني من هذه الدراسة ، فإن التعليمات المتعلقة بإلغاء أو تعديل أمر الدفع يجب أن تصدر في وقت وبشكل يسمحان بإعطاء الفرصة للبنوك المشتركة في التحويل الإلكتروني بتنفيذ تلك التعليمات الجديدة بالإلغاء أو التعديل<sup>(٢٣٣)</sup> . وبما يعني - كقاعدة عامة- أن قبول البنك لأمر الدفع يؤدي إلى إهدار حق العميل المرسل في إلغائه أو تعديله . ومن ثم فإن نقطة اللاعودة عن التعليمات المنصوص عليها في أمر الدفع الأصلي تكون هي اللحظة التي يتم فيها تنفيذ الأمر بقبوله من البنك المتلقي<sup>(٢٣٤)</sup> . فالقبول يعني ببساطة تنفيذ أمر الدفع من جانب البنك المتلقي ، وذلك بإصدار أمر الدفع الخاص به إلى البنك التالي في العملية

(٢٣٢) راجع بصفة خاصة :

Roger Cpwoe. Cancellation of Wire Transfers under Article 4A of the Uniform Commercial Code: Delbrueck & Co, v. Manufacturers Hanover Trust Co. Revisited, Volume 70 Texas Law Review pp. 739-769 (1992).

وبصفة خاصة في ٧٦٧ وما بعدها .

(٢٣٣) المقالة السابقة ، خاصة في ص ٧٤٨ وما بعدها ؛ أيضاً ، في معنى قريب :

Thomas O. Mittelsteadt, The Stop Payment Right in an Electronic Payment Environment: An Analysis of the Transition Problems Involved When Integrating a Traditional Right into New Value Transfer Systems, Volume 17 No. 2 New England Law Review pp. 3590436 (1982).

وبصفة خاصة ص ٤٢٧ وما بعدها .

(٢٣٤) المادة (b) 4A-211 من التقنين التجاري الموحد والتي تنص على أن :

<<A communication by the sender cancelling or amending a payment order is effective to cancel or amend the order if notice of the communication is received at a time and in a manner affording the receiving bank a reasonable opportunity to act on the communication before the bank accepts the payment order>>.

وفي شرح هذا النص ، انظر :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers....

المرجع المشار إليه ، ص ٥٧ .

وبالتعليمات الأصلية ، ويصبح أمر الدفع الأصلي نافذاً بمجرد قبوله من البنك . ومثال ذلك ، لو أن البنك قام فعلاً بإرسال الرسالة الإلكترونية إلى البنك التالي تنفيذاً لأمر الدفع ، فإن أي تعليمات لاحقة تصدر إليه بهدف الإلغاء أو التعديل تكون بلا أثر<sup>(٢٣٥)</sup> . ويسري نفس الحل بالنسبة إلى بنك المستفيد ، فيما إذا قبل أمر الدفع فأوفى للمستفيد بقيمة مبلغ الأمر ، فلا يكون لأي تعديل أو إلغاء لاحق أثر<sup>(٢٣٦)</sup> .

وإذا كانت القاعدة هي عدم جواز تعديل أو إلغاء أمر الدفع بعد صدور القبول من البنك ، فإنه توجد - مع ذلك - **ثلاثة استثناءات** على هذه القاعدة . ويتعلق **الاستثناء الأول** بموافقة البنك الأصلي على التعليمات الجديدة بالإلغاء أو التعديل . وفي هذه الحالة ، يجب على هذا البنك أن يصدر تعزيزاً إلى البنك التالي له في عملية التحويل الإلكتروني بالإلغاء أو التعديل . ولا يكون هذا الاستثناء ممكناً - على أية حال - إلا قبل حصول الوفاء للمستفيد بقيمة مبلغ أمر الدفع الأصلي<sup>(٢٣٧)</sup> . كما يتحمل البنك الأصلي - دون البنوك الأخرى المشتركة في التحويل الإلكتروني - المسؤولية الناشئة عن مخاطر تنفيذ التعليمات الجديدة . وبمقتضى **الاستثناء الثاني** ، يكون لبنك المستفيد إعمال التعليمات الجديدة بالإلغاء أو التعديل ، حتى ولو كان قد قبل أمر الدفع الأصلي ، وذلك في حالة ما إذا لم تكن إجراءات الأمان والمصادقة قد اتخذت بشأن أمر الدفع ، فأوفى

---

(٢٣٥) المرجع السابق ، ص ٥٧ .

(٢٣٦) المرجع السابق ، ص ٥٧ .

(٢٣٧) المادة (١) (c) 4A-211 من التقنين التجاري الموحد ، وفي شرح ذلك ، راجع :

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers.....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ١٣٤ وما بعدها .

هذا البنك للمستفيد بقيمة مبلغ الأمر الأصلي ، ثم تم تعديل الأمر بإنقاص قيمته ، لوجود غلط معين ، كان للبنك أن يسترد من المستفيد ما تم دفعه زائداً بعد حصول التعديل<sup>(٢٣٨)</sup> . ويرتبط الاستثناء الأخير بالتنفيذ المبكر لأمر الدفع Premature execution . وعادة ما يحصل ذلك عندما ينص أمر الدفع على التنفيذ في تاريخ محدد ويكون هذا التاريخ واقعاً بعد التاريخ الذي تلقى فيه البنك أمر الدفع . ومثال ذلك ، أن يتلقى البنك أمر الدفع في اليوم الأول من الشهر بينما ينص على التنفيذ في اليوم الثالث من الشهر ذاته . فقام البنك بالتنفيذ في نفس اليوم الذي تلقى فيه الأمر ؛ أي في اليوم الأول من الشهر ، وكان العميل الأمر قد أصدر تعليمات أخرى في اليوم الثاني من الشهر لتعديل الأمر الأصلي . هنا يكون التعديل الصادر من العميل ، رغم حصوله بعد تنفيذ أمر الدفع ، نافذاً - كقاعدة عامة - في مواجهة البنك الذي عليه أن يتحمل نتائج التنفيذ السابق للأوان وأي خسارة تنشأ للعميل عن ذلك<sup>(٢٣٩)</sup> .

---

(٢٣٨) أنظر المادة (2) (c) 4A-211 من النكتين التجاري الموحد ، والتي تنص على أنه :  
<<With respect to a payment order accepted by the beneficiary's bank, cancellation or amendment is not effective unless the order was issued in execution of unauthorized payment order, or because of a mistake by a sender in the funds transfer which resulted in the issuance of a payment order (i) that is a duplicate of a payment order previously issued by the sender, (ii) that orders payment to a beneficiary not entitled to receive payment from the originator, or (iii) that orders payment in an amount greater than the amount the beneficiary was entitled to receive from the originator>>.

(٢٣٩) أنظر المادة (d) 4A-211 ، وكذلك المادة (f) 4A-211 من النكتين التجاري الموحد . وفي

شرح ذلك ، أنظر :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers....

المرجع المشار إليه ، ص ٥٨ .

### التسوية بين البنوك المشتركة في التحويل الإلكتروني

يكون على كل بنك تدخل في عملية التحويل الإلكتروني بإصدار أمر دفع أن يقوم بالوفاء بقيمة مبلغ الأمر إلى البنك التالي له في العملية فيما لو تم قبول الأمر من هذا البنك التالي<sup>(٢٤٠)</sup>، فمثلاً، إذا قبل البنك الوسيط أمر الدفع الصادر إليه من البنك الأصلي وقام بتنفيذه، كان على البنك الأصلي أن يفي بقيمة الأمر له. كما يكون على البنك الوسيط أن يفي بنفس قيمة الأمر إلى بنك المستفيد فيما لو قام هذا البنك الأخير بقبول الأمر والدفع للمستفيد. ولكن ما هو الحل فيما لو أخفق البنك الأصلي في الوفاء للبنك الوسيط بعد أن قام هذا الأخير بتنفيذ الأمر؟ وهل يعفى البنك الوسيط في هذه الحالة من الوفاء لبنك المستفيد إذا كان هذا الأخير بدوره قد قام بالدفع للمستفيد؟ المبدأ في القانون هو التزام البنك الوسيط بالوفاء لبنك المستفيد، وكل ما يكون له الرجوع بقيمة مبلغ الأمر على البنك الأصلي، ويتحمل بذلك مخاطر عدم الوفاء من هذا البنك الأخير. وينطبق نفس المبدأ على كافة البنوك المشتركة في عملية التحويل الإلكتروني<sup>(٢٤١)</sup>، وبعبارة أخرى، يكون على أي بنك مرسل لأمر دفع

(٢٤٠) المادة 4A-402 من التفتين التجاري الموحد. وراجع:

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems, .....

المرجع المشار إليه، الفصل السادس عشر، ص ٤٧.

(٢٤١) وهذا ما يعرف بمبدأ ضمان استرداد المال، وهو ما نصت عليه المادة (c) 4A-402.

<<With respect to a payment order issued to a receiving bank other than the beneficiary's bank, acceptance of the order by the receiving bank obliges the sender to pay the bank the amount of the sender's order. Payment by the sender is not due until the execution date of the sender's order. The obligation of that sender to pay its payment order is excused if the funds transfer is not completed by acceptance by the beneficiary's

أن يفى بقيمته إلى البنك التالي المتلقي للأمر ، كما يكون له أن يسترد قيمة مبلغ الأمر من البنك السابق له الذي أرسل الأمر ، وهو في سبيل هذا الاسترداد يتحمل مخاطر عدم السداد من البنك السابق (٢٤٢) .

ولكن كيف يتم توزيع المخاطر الناشئة عن إخفاق البنك الوسيط في تسوية أمر الدفع ؟ إذا قبل البنك الوسيط أمر الدفع الصادر إليه من البنك الأصلي ، ثم أخفق بعدئذ في التسوية مع بنك المستفيد الذي كان قد أوفى للمستفيد بمبلغ الأمر قبل حصول أية تسوية ، فإن بنك المستفيد هو الذي يتحمل الخطر الائتماني بالدفع إلى المستفيد قبل حصول التسوية النهائية مع البنك الوسيط . ولكن إذا كان بنك المستفيد قد رفض تنفيذ الأمر ، فإن الخطر الائتماني Credit Risk بعدم الاسترداد ينتقل إلى البنك

---

bank of a payment order instructing payment to the beneficiary of that sender's payment order>>.

راجع في شرح النص المذكور:

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers.....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ٥٧ ؛ أيضاً:

Carl Felsenfeld, Strange Bedfellows for Electronic Funds Transfers...

المقالة المشار إليها ، ص ٧٤٨ وما بعدها .

كما تنص المادة ١/١٤ من القانون النموذجي على أن :

<<If the credit transfer is not completed, the originator's bank is obliged to refund to the originator's bank any payment received from it, with interest from the day of payment to the day of refund. The originator's bank and each subsequent receiving bank is entitled to the return of any funds it has paid to its receiving bank, with interest from the day of payment to the day of refund>>.

وفي شرح هذا النص ، أنظر :

Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Credit Transfers....

المشار إليها سابقاً ، ص ١٨ .

(٢٤٢) قارب :

Ernest T. Potrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه ، ص ٧٢ ، وأيضاً في ص ١٠٧ من ذلك المرجع .

الأصلي في مواجهة البنك الوسيط<sup>(٢٤٣)</sup>، وعلى أية حال ، يمكن لبنك  
المستفيد- حماية لنفسه من أي خطر ناشئ عن عدم التسوية مع البنك  
الوسيط- أن يعلق قبوله الأمر على حصول التسوية سلفاً مع البنك  
الوسيط<sup>(٢٤٤)</sup> ، ومع ملاحظة أن إتمام عملية التحويل الإلكتروني من خلال  
نظام Fedwire يكفل في حد ذاته الحماية اللازمة لبنك المستفيد ، إذ  
بمقتضى هذا النظام يحصل كل من القبول والدفع في تعاصر تام ،  
وبحيث لا يوجد فارق زمني بينهما لأن التسوية تتم عن طريق بنك  
الاحتياطي الفيدرالي الأمريكي Federal Reserve Bank ، إذ بمجرد صدور  
قبول بنك المستفيد للأمر تتأكد حقوقه في التسوية عن طريق بنك  
الاحتياطي الفيدرالي<sup>(٢٤٥)</sup> ، ومن ثم لا توجد مخاطر ائتمانية على بنك  
المستفيد إذا ما قبل أمر الدفع والوفاء للمستفيد مباشرة في حالة التحويل  
الإلكتروني عن طريق نظام Fedwire . أما إذا كان التحويل الإلكتروني  
يحصل من خلال نظام CHIPS ، فإن التسوية بين البنوك لا تتم إلا في

---

(٢٤٣) للمرجع السابق ، ص ١٠٧ ؛ أيضاً :

**Model Funds Transfer Services Agreement.....**

المشار إليه سابقاً ، ص ص ١٠-١١.

**Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire (٢٤٤)  
Transfers....**

المرجع المشار إليه ، في ص ١٠٧.

(٢٤٥) للمرجع السابق ، ص ١٠٧ وما بعدها ؛ أيضاً :

**Oliver Wulff, Two Ways to Achieve the Same Goal: The Model Law on  
International Credit Transfers and the New UCC Article 4A in the National  
and International Contexts.....**

المقالة المشار إليها ، ص ص ٨٠-٨١ ؛ أيضاً :

**Committee Report- Model Electronic Payments Agreement and  
Commentary.....**

المشار إليه سابقاً ، ص ٦٠٧.

نهاية يوم العمل البنكي<sup>(٢٤٦)</sup> ، وبما يعني إمكانية تعرض بنك المستفيد للخطر الائتماني المتمثل في عدم التسوية مع البنك الوسيط المرسل<sup>(٢٤٧)</sup> . ولكن كيف يكون لبنك المستفيد أن يحمي نفسه في هذه الحالة ؟ المبدأ في القانون الأمريكي وكذلك الشأن في القانون النمونجي ، أن بنك المستفيد لا يكون قد قبل أمر الدفع إلا بالوفاء للمستفيد ، وهو ما يحدث - كما أسلفنا في المبحث الثاني من هذا الفصل - بقيام البنك المذكور بإخطار المستفيد بوصول أمر الدفع ، أو بإضافة قيمة مبلغ الأمر إلى حساب المستفيد لديه ، اللهم إلا إذا نص هذا الإخطار صراحة على عدم السماح بسحب أو استخدام مبلغ الأمر إلا بعد تلقي القيمة من البنك المرسل . وعليه ، يحق لبنك المستفيد أن يقبل أمر الدفع بصفة مؤقتة وبإخطار المستفيد بهذا القبول ، ولكن مع تعليق حق المستفيد في سحب المبلغ أو في استخدامه إلى حين التسوية مع البنك المرسل . ولا شك أن من شأن اتباع هذا الطريق ، أن يكفل بنك المستفيد الحماية اللازمة من

(٢٤٦) أنظر :

Committee Report- Model Electronic Payments Agreement and Commentary.....

المشار إليه سابقاً ، ص ٧٠٧ ؛ أيضاً :

Herbert F. Lingl, Risk Allocation in International Interbank Electronic Fund Transfers: CHIPS & SWIFT....

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٦٢٧ وما بعدها ؛ أيضاً :

Carl Felsenfeld, Strange Bedfellows for Electronic Funds Transfers....

المقالة المشار إليها ، ص ٧٦٤ .

(٢٤٧) في مناقشة أبعاد هذه المسألة :

Herbert Lingl, Risk Allocation in International Interbank Electronic Fund Transfers: CHIPS & SWIFT.....

المقالة المشار إليها ، ص ٦٤٣ وما بعدها . وكما ذكرنا من قبل ، فإن نظام SWIFT ليس نظاماً للتسوية وإنما هو في المقام الأول نظام لإرسال الرسائل الإلكترونية ، وتتم التسوية فيما بين البنوك التي تستخدم نظام SWIFT بإحدى نظم التسوية المعروفة كنظام Fedwire أو CHIPS أو غيرها .

المخاطر الائتمانية في علاقته بالبنك المرسل<sup>(٢٤٨)</sup>. ونادراً ما تلجأ البنوك الأمريكية إلى هذا الطريق لحماية أنفسها. ذلك أن تعليق البنك موافقته النهائية لأمر الدفع على الوفاء له من البنك المرسل والتسوية معه من شأنه انصراف البنوك عنه كي تتعامل مع بنك آخر يقبل الدفع والوفاء مباشرة للمستفيد مع قبول المخاطر الائتمانية الناشئة عن ذلك ، وخاصة أن العلاقات بين البنوك غالباً ما تكون متشابكة ، فقد يكون بنك ما هو بنك المستفيد في عملية ما ، ثم يصبح بنكاً مرسلأ في عملية أخرى . وبعبارة وجيزة ، فإن اعتبارات المنافسة بين البنوك وتداخل وتشابك العلاقات فيما بينها تحد إلى أبعد مدى في التجائها إلى استلزام حصول التسوية مع البنوك المرسلة كشرط جوهري لقبول النهائي بالدفع للمستفيد<sup>(٢٤٩)</sup>. على أن الرضوخ لقواعد المنافسة ليس معناه أن تتخاذل البنوك عن اتخاذ ما يوجب الحذر المصرفي من تدابير . فهناك شكل آخر يمكن أن تلجأ إليه البنوك للتحوط لأنفسها من المخاطر الائتمانية التي يمكن أن تنشأ عن إخفاق البنك المرسل في التسوية . ويطلق على هذا الشكل الحمائي تسمية "حدود الائتمان الثنائي" Bilateral Credit Limit والتي بمقتضاها يتم الاتفاق بين بنكين على السقف الائتماني الذي يمنحه كل منهما للآخر بمناسبة قبول أوامر الدفع الصادرة عن أي منهما إلى الآخر<sup>(٢٥٠)</sup>. وعلاوة على ذلك كله ، يوجد لبنك المستفيد وسيلة حماية فعالة ، وهي رفض أمر الدفع ، ومن ثم يكون لهذا البنك إن هو شك في

(٢٤٨) قارب :

Ernest T. Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers...

المرجع المشار إليه ، ص ١٠٧ وما بعدها .

(٢٤٩) في نفس المعنى : المرجع السابق ، ص ١٠٨ .

(٢٥٠) للمرجع السابق ، ص ١٠٨ .



قدرة البنك المرسل على التسوية أن يدرأ هذا الخطر بإرسال الرفض في المواعيد المنصوص عليها لذلك ؛ ومن ثم يتلافى بطريقة جذرية أي مشكلات تنشأ عن هذا الأمر بالنسبة إليه<sup>(٢٥١)</sup> .

كما يثور التساؤل أيضاً عن كيفية توزيع المخاطر الائتمانية التي تنشأ عن إفلاس البنك الوسيط أو المراسل المتدخل في عملية التحويل الإلكتروني ؟ من المقرر قانوناً أن البنك الوسيط المفلس إن كان قد تم تعيينه بواسطة البنك الأصلي ولم يكن العميل الأمر قد حدد هذا البنك الوسيط لإتمام التحويل عن طريقه ، فإن أي خسارة تنشأ عن الإفلاس يتحملها البنك الأصلي . ويكون للعميل الأمر أن يطلب من البنك الأصلي أن يرد إليه كامل مبلغ الأمر فضلاً عن الفوائد وأي مصروفات أخرى . أما إذا كان العميل قد حدد للبنك الأصلي استخدام بنك وسيط بالذات لإرسال أمر الدفع عن طريقه ، فإن العميل هو الذي يتحمل المخاطر والنتائج المترتبة على إفلاس ذلك البنك ، ويكون للبنك الأصلي أن يسترد من العميل كامل مبلغ الأمر وأية مصروفات أخرى ، ويحل العميل محل البنك الأصلي في مطالبة البنك الوسيط برد قيمة أمر الدفع الذي تلقاه . وهذا يعني أن العميل الأمر يصبح دائماً عادياً ، ويدخل بهذه الصفة ، مع غيره من الدائنين العاديين ، في تفضيصة البنك الوسيط<sup>(٢٥٢)</sup> . لذلك ، فلا

(٢٥١) المرجع السابق ، ص ١٠٨ .

(٢٥٢) المرجع السابق ، ص ١٠٨ ؛ أيضاً قارب :

Michael Spak, The Case to be Made for Proposed Article 4A of the Uniform Commercial Code.....

المقالة المشار إليها ، ص ١٨٦ وما بعدها ؛ أيضاً :

Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers.....

المرجع المشار إليه ، الفصل الثاني ، ص ٥٩ وما بعدها . كذلك راجع :

Herbert Lingl, Risk Allocation in International Interbank Electronic Fund Transfers.....

غرو أن يرحب البنك الأصلي بقيام عملائه باختيار البنوك الوسيطة التي يتم عن طريقها التحويل الإلكتروني ، إذ في ذلك حماية كافية للبنك إذا أشهر إفلاس البنك الوسيط أو إذا ما توقف عن الدفع (٢٥٣) .

## ” للبحث تكملة ”

المقالة المشار إليها ، ص ٦٤٣ وما بعدها . كما تنص المادة ٧/١٢ من القانون النموذجي على ما يأتي:

<<A bank is obliged to make a refund to its sender is discharged from that obligation to the extent that it makes the refund direct to a prior sender. Any bank subsequent to that prior sender is discharged to the same extent>>.

كما تنص المادة ٨/١٢ من القانون النموذجي على ما يأتي:

<<An originator entitled to a refund under this article may recover from any bank obligated to make a refund hereunder to the extent that the bank has not previously refunded. A bank that is obligated to make a refund is discharged from that obligation to the extent that it makes the refund direct to the originator. Any other bank that is obligated is discharged to the same extent>>.

(٢٥٣) أنظر :

Ernest Patrikis, Thomas C. Baxter, Jr. & Raj K. Bhala, Wire Transfers....

المرجع المشار إليه ، ص ١٠٨ .

# التزام المحترف بتزويد المستهلك بالمعلومات

دراسة في القانونين الفرنسي والإماراتي

دكتور

عدنان سرحان

أستاذ القانون المدني المشارك

رئيس قسم القانون الخاص

كلية القانون - جامعة الشارقة



**تقديم :**

عمل التشريع والقضاء، تقليدياً، على حماية العاقد من مختلف أشكال اختلال التوازن في العقود التبادلية. اختلال في توازن رضا العاقدين ، الذي يشكل قطب الرحى في للتصرفات القانونية ، بتقرير ضوابط للأهلية وعيوب الرضا ، واختلال في توازن مكنة العاقد في الاختيار ، من خلال السماح للقضاء في التدخل لتعديل أو إلغاء الشروط للتسفية في عقود الإذعان ، واختلال في التوازن الاقتصادي ، بفرض الحق في التدخل لصالح المدين في العقود متراخية التنفيذ ، رافعاً للخسارة الفادحة التي يمكن أن يتعرض لها إثر ظرف طارئ ، بحسب ما اصطلاح عليه ( نظرية الظروف الطارئة ) .

على أن ظروف الحياة المدنية الجديدة ، التي ازدادت وتعقدت فيها أشكال السلع والخدمات، قد كشفت عن نمط جديد من عدم التوازن للعقدي ، أطلق عليه ( اختلال التوازن المعرفي ) ، بين محترف يعرف ، أو يفترض فيه المعرفة ، لأن بإمكانه ويجب عليه أن يعرف كل ما هو مهم بشأن ما يعرضه من سلع أو يقدمه من خدمات ، ومستهلك جاهل بالسلع والخدمات التي يطلبها ، لا يفترض فيه العلم ، ولم يقصر في جهله الذي لا حيلة له فيه لخروجه عن إمكانياته وتخصصه ودرايته ، فيكون بذلك في غالب الأحيان غير قادر على الإحاطة بالسلع والخدمات المعروضة في السوق على نحو يسمح له بالمقارنة بينها واختيار أحسنها جودة وسعراً .

ولأن القاعدة التقليدية تقضي بعدم إلزام المتعاقد بأن يزود شريكه بالمعلومات المتعلقة بالعقد ، إذ أن على كل شخص أن يطلب العلم بنفسه ويستعلم عما هو ضروري لكمال رضاه بالعقد ومحله ، فقد وجد القضاء ، ومن بعده المشرع ، في غمرة موجة حماية المستهلك التي غزت الدول الصناعية في النصف الثاني من القرن الماضي ، والمدفوعة بحاجة للتكتلات السياسية إلى كسب رضا الجذع الانتخابي الذي يشكل المستهلكون قاعدته العريضة، من الضروري أن يحصل المستهلك على ذلك القدر من المعلومات التي من شأنها أن تمكنه من إصدار رضاه الحر والمستنير بالعقد .

إضافة إلى ما تقدم ، فإن إحاطة المستهلك بالمعلومات الكافية عن السلع والخدمات المعروضة يشكل عاملاً من عوامل شفافية السوق ، الذي ينعكس إيجابياً على المنافسة . ذلك أن المستهلك الأحسن معرفة بالسلع والخدمات هو المستهلك الأكثر قدرة على الاختيار بين

المعروض منها، وسيُتجه بالتأكيد نحو الأفضل بينها صنفًا وسعرًا. ومثل هذه المنافسة تشكل عاملاً مهماً للتقدم الاقتصادي.

وكان من أبرز حلقات ضمان حق المستهلك بالحصول على المعلومات<sup>(1)</sup> ، خلق إلتزام بالإعلام في نمة المحترف، التزم عام أولاً ( المبحث الأول ) ، ثم جملة التزامات متخصصة ببعض المعلومات ( المبحث الثاني ) . وهذا ما نريد بحثه في هذه الورقة التي تتصدى لهذا الإلتزام في القانونين الفرنسي والإماراتي ، الأمر الذي يعني أن يستبعد من نطاقها جميع المعلومات الإختيارية التي يتطوع المحترف بتزويد المستهلك بها ، وكذلك المعلومات التي يحصل عليها المستهلك من جهات أخرى غير المحترف ، كالمؤسسات الرسمية وجمعيات حماية المستهلك<sup>(2)</sup> ، راجين من الله العون والسداد إنه نعم المولى ونعم النصير .

(1) وقد صرحت بوجود هذا الحق المادة (٨) من اللائحة التنفيذية للقانون الإتحادي رقم (٢٤) لسنة ٢٠٠٦ في شأن حماية المستهلك في دولة الإمارات العربية ، والتي أقرها مجلس الوزراء بموجب قراره رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٧ ، عندما عدت فقرتها للتاقية من حقوق المستهلك ( الحق في تزويده بالحقائق التي تساعد على الشراء والإستهلاك السليم ) .

(2) وأقرت اللائحة التنفيذية أعلاه حق المستهلك في هذه المعلومات في الفقرة السابعة من المادة ذاتها بقولها : ( الحق في التتقيب وفي اكتساب المعارف والمهارات المطلوبة لممارسة الإختيارات الواضحة بين السلع والخدمات ، وأن يكون مدركاً لحقوقه الأساسية ومسؤولية وكيفية استخدامها من خلال برامج التوعية المستدامة ) .

## المبحث الأول

### الالتزام العام بالإعلام

المحترف، منتجاً كان أم بائعاً لم مقدماً للخدمة<sup>(1)</sup>، يعد بهذا المركز الأكثر قدرة والأفضل وضعاً لتزويد المستهلك بالمعلومات عن السلع والخدمات التي يتعامل بها، كما أنه ينفرد أحياناً بتحديد أسعارها.

كما أن من مصلحة المحترف أن يعلن عن بضاعته بأجمل الصور والعبارات التي تظهر محاسنها وتغض الطرف عن عيوبها، التي لو علمها المستهلك لامتنع عن التعاقد. عليه كما يحق للمحترف الدعاية لبضاعته والإعلان عنها، يكون من الواجب عليه، حماية للمستهلك، أن يقدم له إعلماً حقيقياً وموضوعياً، يخفف الأثر السلبي للدعاية التي ينحصر هدفها في جذب العملاء وليس إعلامهم<sup>(2)</sup>.

لذلك عملت النظم القانونية المختلفة على جسر الهوة بين معلومات المستهلك والمحترف، واستخدمت لذلك وسائل عديدة، منها ما يوفر حماية سلبية<sup>(3)</sup>، كمنع الدعاية الكاذبة والمضللة للسلع والخدمات، ومنها ما يوفر حماية إيجابية عن طريق تزويد المستهلك بالمعلومات. وكان التطور الأهم في هذا المجال، الإبداع القضائي المتمثل بالالتزام الذي يوقع المحترف في دائرة المساءلة إن لم يزود عميله بمعلومات واضحة مفهومة وكاملة تسمح له بإصدار رضاء تام ومستنير بالعقد.

وهذا الإلتزام يتفرع إلى فرعين، فمنه ما يسبق التعاقد ويهدف إلى حماية كل الزبائن المحتملين للمدين به، ومنه ما يرتبه العقد المبرم بين المحترف والمستهلك بهدف حماية الأخير، ونرى ذلك في مطلبين مستقلين:

(1) لمطلت المادة الأولى من القانون الإتحادي رقم (٢٤) لسنة ٢٠٠٦ بشأن حماية المستهلك في دولة الإمارات على المحترف في علاقته بالمستهلك مسمى المزود، وحرقة بقه: (كل شخص طبيعي أو معنوي يقدم الخدمة أو المعلومات أو يصنع السلعة أو يوزعها أو يتاجر بها أو يبيعها أو يوردها أو يصدرها أو يتدخل في إنتاجها أو تداولها). وفي تحديد مفهوم المحترف والمستهلك، انظر بحثنا، المهني، المفهوم والنظام القانوني، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، جامعة الإسكندرية، ع ٢٠٠٣، ١.

(2) J. Calais - Auloy et F. Steinmetz، Droit de la consommation، Précis، Éd. DALLOZ، 5e éd. 2000، p. 49، J. GHESTIN، Conformisme et garantie dans la vente، LGDJ، 1983، p. 117.. وانظر أيضاً، محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الجزائر، ٢٠٠٦، ص ٦١.

(3) V.LUC BIHL، Une histoire du mouvement consommateur، mille ans de luttes، Aubier، 1984.

## المطلب الأول

### الالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام

#### ١- في القانون الفرنسي :

على كل بائع لسلعة أو مقدم لخدمة، وقبل إبرام العقد، أن يزود من يتعاقد معه بالمعلومات الكافية عن الخصائص والصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة محل العقد. هذا المبدأ قرره في عقد البيع المادة (١٦٠٢) من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها : ( على البائع أن يبين بشكل واضح ما يلتزم به ) ، وقد عمم القضاء الفرنسي هذا الإلتزام على جميع أنواع العقود (١).

وهذه المادة تقرر جزاء محددًا على مخالفة هذا الإلتزام ، فقد جاء فيها : ( كل اتفاق غامض يفسر ضد البائع ) . وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن هذا الجزاء غير كاف لوحده ، ذلك أنه يطبق في حالة للمعلومات المقدمة بطريقة سيئة أكثر منه في حالة غياب أو نقص المعلومات . لذلك ركن القضاء الفرنسي، في مسعاه لفرض الجزاء المناسب على الإخلال بالالتزام بالإعلام، إلى بعض القواعد العامة في العقد التي قررتها صراحة بعض نصوص قانونه المدني (٢).

- فيعض المحاكم استندت إلى التتليس، فسمحت بإبطال العقد بموجب المادة (١١١٦) من القانون المدني الفرنسي المقررة لهذا العيب من عيوب الرضا. فالقضاء الفرنسي ومنذ منتصف القرن العشرين قد أجاز قيام التتليس بمجرد التكتان العمدي لواقعة أو ملبسة واجبة البيان ، بحيث أن المتعاقد ما كان ليبرم العقد لو علم بها . في حين أقامت محاكم أخرى حق المتعاقد في إبطال العقد لغياب المعلومات استناداً إلى نص المادة (١١١٠) من القانون المقررة لعيب الغلط ، متى استطاع أن يثبت أن نقص أو غياب المعلومات قد أوقعه في غلط في صفة جوهرية في محل العقد .

- وذهبت محاكم أخرى إلى اعتبار سكوت المحترف عن الإدلاء بالمعلومات المطلوبة لشريكه في العقد ، خطأ تقوم به مسئوليته التصيرية بحسب المادة (١٣٨٢) من

(١) حول الموضوع صوماً ، انظر ، نزيه المهدي ، الإلتزام قبل التعاقدى بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقه على بعض العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ ، محمد السيد عمران ، الإلتزام بالإخبار دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ١٩٩٩ ، سهير منصر ، الإلتزام بالتصير، دار النهضة العربية ، القاهرة بدون سنة طبع ، وراجع في تطور نشوء الإلتزام بتقديم المعلومات تاريخياً وباللغة الفرنسية ، M.Fabre- Magnan De l'obligation d'information dans les contrats , L GDJ , 1992 .

(٢) J. Calais - Auloy et F. Steinmetz ، op.cit ، p. 50-51.



القانون ذاته ، الأمر الذي يسمح لها بالقضاء عليه بالتعويض المناسب ، مزولجاً لحقه في إبطال العقد لعيبى للتكليس والغلط ، أو منفرداً دون جزاء الإبطال .

- وفي توجه ثالث وجد جانب من القضاء الفرنسي جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام في ضمان عيوب المبيع ، الذي تقررته المادة (١٦٤١) وما بعدها من قانونه المدني. فالعيب يكون خفياً لعدم قيام البائع بالكشف عنه للمشتري قبل إبرام العقد ، بما يشكله من خرق لالتزامه بالإعلام ، الأمر الذي يسمح للمشتري بطلب فسخ العقد أو إنقاص الثمن ، مع حقه في التعويض إن كان البائع محترفاً . ولا بد من الإشارة إلى أن المسؤولية هنا مسؤولية عقدية ، الأمر الذي دعا البعض<sup>(١)</sup> إلى القول بأنه مما يثير الاستغراب أن الإخلال بذات الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد يرتب حيناً مسؤولية تقصيرية وحيناً آخر مسؤولية عقدية ، وهو ما يكشف برأيه عن عدم تناسق أكيد في أحكام القانون الفرنسي .

وعلى أية حال فإن ضمان عيوب المبيع يقوم في القانون الفرنسي علم البائع بالعيب أم لم يعلم ، وهذا لا يتفق مع تأسيس هذا الضمان ، على الإخلال بالالتزام بالإعلام ، إلا بالتشدد مع البائع المحترف والإكتفاء لهذا الضمان بعلمه الافتراضي بالعيب ، أي بمجرد إمكانية العلم ، دون اشتراط علمه اليقيني .

## ٢- في القانون الإماراتي .

أما عن قانون المعاملات المدنية الإماراتي فيمكن إرجاع جزاء عدم اللزوم الذي فرضه على عيبى الغلط والتغريير إلى مخالفتها للالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام . فالمتعاقدين لا يمكن التمسك في مواجهته بخلط شريكه في العقد إلا إذا كان يعلم بهذا الغلط ، وهو يعد عالماً به إذا كان مما تضمنته صيغة العقد أو دلت عليه الملابس وظروف الحال أو طبائع الأشياء أو العرف<sup>(٢)</sup> . فإن علم بالغلط ، أي بتوهم المشتري بحقيقة المبيع التي يعلمها هو ومع ذلك سكت ، عد مخالفاً لالتزامه بالإعلام وراغباً في التحصل على رضا مضلل وناقص يؤاخذ عليه.

أما التغريير فقد نقل بشأنه المشرع الإماراتي ، عبر القوانين العربية التي سبقته ، التوجه القضائي الفرنسي المشار إليه سلفاً بشأن السكوت للتدليسي ، عندما أشارت المادة (١٨٦) من قانونه للمعاملات المدنية إلى أنه : ( يعتبر السكوت عمداً عن واقعة أو ملاحظة تغرييراً إذا أثبت أن من غرر به ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابس ) . ولم يحفل الفقه والقضاء ، لا في الإمارات ولا في غيرها من دول بلاد

(١) J. Calais - Auloy et F. Steinmetz ، op.cit ، p.51.

(٢) نظراً للمادة (١٩٣) من القانون.

العرب ، بمضمون هذا النص ، واكتفوا بالنظر إليه نظرة سطحية قائمة على أنه لا يتعدى مجرد الإشارة إلى إحدى طرق الإحتيال وهي للكتمان ، المكونة للعنصر الموضوعي للتغريب ، إلى جانب الحيلة والكنب . ويمكن تبرير عدم الانتباه إلى هذا النص وعدم الاهتمام به إلى غياب الحاجة إليه ، وهو الأمر الذي تغير مع ظهور الحاجة الماسة إلى حماية المستهلك ، وما اقتضته من لبحث عن وسائل للحماية وإن بالرجوع إلى القواعد والنصوص القانونية التقليدية<sup>(1)</sup> .

ونحن نرى أن نص قانون المعاملات المدنية بشأن الكتمان التلبيسي يؤسس ، لو أحسن استثماره لميلاد للالتزام بالإعلام الذي لا غنى عنه الآن لحماية المستهلك . فهو يسمح بالقول بأن المدلس ولنفرض أنه للبائع ، وهو يعلم بحقيقة العقد والمبيع ، بدلاً عن أن يكشف ذلك للمشتري فيحصل على رضاه التام وعن معرفة وعلم كاف بالعقد يلجأ إلى كتمان تلك الحقيقة عنه ، وفي ذلك مخالفة واضحة للالتزام للبائع بإعلام المشتري<sup>(2)</sup> . لا بل إننا نرى أيضاً أن استخدام المدلس طرقاً إحتيالية لتزوير تلك الحقيقة بالتصنع وإظهار الشيء على خلاف واقعه أو بالكنب وتزويد المشتري بمعلومات غير صحيحة ، لا يقل عن الكتمان في تحقيقه للإخلال بالالتزام بالإعلام ، ذلك أنه الإعلام لا يعني مجرد تزويد المستهلك بمعلومات ، بل تزويده بمعلومات موضوعية ، حقيقية وأمينه<sup>(3)</sup> .

أما ما يخص ضمان العيوب الخفية ، فصحيح أن الضمان في القانون الإماراتي يقوم على البائع بالعيوب الخفية أم لا ، غير أن علمه بالعيوب وإخفاء الأمر على المشتري يستتبع سقوط شرط الإعفاء من الضمان إن اشترطه البائع ، كما يفتح أمام المشتري الحق في الرجوع على البائع بالتقادم للطول<sup>(4)</sup> . وفي كل ذلك إنما يكون البائع قد خالف التزامه بتزويد المشتري بما يعلمه من ظروف التعاقد وحقيقة المبيع لكي يوفر له فرصة إصدار رضاه الصحيح والتام بالعقد كما يقتضي العدل وحسن النية ، مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم " للمسلم أخو المسلم ، ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً ، فيه عيب ، إلا بينه له"<sup>(5)</sup>

كما يصلح دليلاً على تقرير قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، تأثرأ منه بالفقه الإسلامي ، للالتزام بالإعلام في عقد البيع ، نص المادة (١/٤٩٠) منه على أنه :

(1) محمد بوردي ، حماية المستهلك في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص ٦٤ .

(2) فطر المادتين (١٨٥ ، ١٨٦) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي .

(3) وقد جاء تعبير المادة (٨) من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك في دولة الإمارات العربية دقياً ، عندما عدت قهرتها لتغطية من حقوق المستهلك الحق في تزويده بالحقق ، وأبسن مجرد المعلومات ، التي تساعد على الشراء والاستهلاك السليم .

(4) فطر المادتين (٤/٥٤٥ ، ٥٥٥) من القانون ذاته .

(5) سنن ابن ماجه ، ج ٢ ، المكتبة الطلمية ، بيروت ، ص ٧٥٥ .

( يشترط أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري علماً نافياً للجهالة الفاحشة ) . ونعتقد أن الهدف من النص على شرط العلم بالمبيع رغبة المشرع في تأكيد عدم كفاية تعيين المبيع كمحل للعقد على نحو موضوعي ، وهو أمر مطلوب للمتبايعين معاً ، بل لا بد من علم المشتري الشخصي بأحوال المبيع وأوصافه ، لأهمية ذلك في كمال رضاه ، ولأن الجهالة في المبيع لا تضر البائع بقدر إضرارها بالمشتري<sup>(1)</sup> . لذلك اشترطت المادة (٤٩٠) من القانون الإماراتي أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري علماً نافياً للجهالة الفاحشة ، ولم تشترط ذلك بالنسبة للبائع الذي يكفي بالنسبة له أن يكون المبيع معيناً بشكل موضوعي .

وقد بينت الفقرة الثانية من المادة ذاتها أن علم المشتري بالمبيع يتحصل ببيان البائع لأحواله وأوصافه المميزة له ، بما يفترض فيه من علم بالمبيع لفائدة المشتري ، بما هو عليه من جهل وعدم دراية . وهذا الإلتزام بالوصف ما هو إلا إلتزام بإعلام المشتري بحال المبيع وطريقة استعماله ومخاطره ، يترتب على الإخلال به خيار الوصف ، إن جاءت العين المبيعة على خلاف الوصف المتفق عليه<sup>(2)</sup> . وتجدر الإشارة إلى أن عدم الوصف ، أي عدم الإعلام ، في المبيعات الغائبة ، يفتح للمشتري طريق دعوى البطلان للجهالة الفاحشة الناجمة عن عدم العلم الكافي بالمبيع ، على أن يبقى للمشتري مع تحقق الوصف ، حق فسخ العقد بموجب خيار الرؤية ، وذلك لضمان كمال رضا المشتري وإزالة الجهالة اليسيرة المتأتية من شراء شيء غائب ، على إعتبار أن الوصف لا يكفي في الأعيان الغائبة لإزالة كل جهالة .

على أن مجال الإلتزام بالإعلام يبدو أكثر وضوحاً في الفقه الإسلامي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي في نوع من البيوع يطلق عليه " بيوع الأمانة"<sup>(3)</sup> ، يشترى فيها شخص من آخر مالاً سبق له أن اشتراه من ثالث ، بنفس الثمن الذي حصل فيه للشراء في العقد الأول تولية ، أو مرابحة بزيادة في الثمن أو وضعية بالإنقاص منه ، فإن دفع له بعض الثمن وتملكه معاً كان العقد إشراكاً ، وهو تولية بجزء من المبيع .

ففي هذه العقود يبقى المشتري ويأتمن بما يقول له البائع عن الثمن الذي حصل فيه الشراء في العقد الأول (رأس مال المبيع) وعن حقيقة المبيع ، دون تحليف أو بينة . لذلك وجب فيها التحرز عن الخيانة والشبهة بالبيان ، أي أن المشرع قد ألزم البائع أن يكون صادقاً في حقيقة الثمن في العقد الأول وأن يعلم المشتري بكل أمر مؤثر في المبيع ورأس المال . فإن أخل البائع بالتزامه بالإعلام فكتم ما أوجب عليه القانون كشفه للمشتري ، كما

(1) علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، دار الجول ، بيروت ، ١٩٩١ ، ج ١ ، ص ١٨٠ .

(2) محمد بودالي ، حماية المستهلك في التقنون المقارن ، المرجع السابق ، ص ٦٧ .

(3) نظير المادة (٥٠٦) من القانون أعلاه .

لو حدث في المبيع عيب بعد للبيع الأول ، أو اشتري للمبيع في العقد الأول نسيئة أو حصل عليه البائع صلحاً ، ولم يبين ذلك للمشتري في عقد الأمانة ، كان العقد غير لازم في حق الأخير له فسخه أو إبطائه<sup>(1)</sup>، بسبب اختلال الرضا بالعقد الناجم عن خيانة البائع.

والالتزام بالإعلام ، وهو التزام بنتيجة ، وهي تزويد الغير بالمعلومات وليس التزاماً بوسيلة ، أي عمل ما بالوسع لتزويده بهذه المعلومات، يمكن أن يوجد في للتعاملات والعلاقات العقدية بين الأشخاص من غير المحترفين ، غير أنه في غالب الأحوال يكون المدين به محترفاً. غير أن مدى الالتزام يختلف في الحالتين، فإذا كان المدين بالالتزام من غير المحترفين، كبائع غير محترف لعقار<sup>(2)</sup>، فإن حدود التزامه بإعلام من يريد شراء العقار منه تقف عند حدود ما لديه هو من معلومات عن العقار محل البيع وعلى الدائن بالالتزام (المشتري) واجب إثبات امتلاك المحترف (البائع) لتلك المعلومات التي أخفاها عنه ولم يعلمه بها<sup>(3)</sup>. أما إذا كان المدين بالالتزام بالإعلام محترفاً ، فعليه أن يزود الطرف الآخر بكافة عناصر المعلومات المتعلقة بمجمل العقد، سواء أكان يملك تلك المعلومات الضرورية أو لا يملكها، ذلك أن صفته الحرفية تفرض عليه معرفة المعلومات لمن يتعاقد معه سواء أكانت معلومات فنية أو قانونية<sup>(4)</sup>.

لذلك يؤيد الالتزام بالإعلام ويقويه، للتعلم آخر يقوم في ذمة المحترف ، وهو الالتزام بالاستعلام. فالطبيب عليه أن يحدث معلوماته ويتابع كل التطورات الطبية ولا يكتفي بما درسه في مراحل الدراسة الأولية ، لأن عليه واجب أن يزود مريضه بمعلومات كافية مخصصة دقيقة وواضحة ومبسطة وتتفق مع آخر التطورات في علم الطب<sup>(5)</sup>

غير أن المستفيد من الالتزام بالإعلام قد يكون محترفاً أيضاً إلا أنه يتعاقد خارج حدود مؤهلاته ، على أن يؤخذ بنظر الاعتبار ما تتيحه له صفة الاحتراف من القدرة على المبادرة إلى الإستعلام . وهذا الأمر أوصل للفقه ولل قضاء إلى تقرير عدم أحادية الإلتزام بالإعلام ، بل

(1) المادة (٥٠٦) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي. هذا وقد جاء في المادة (٧/٢٢١) من القانون المدني العراقي ما نصه أنه : (يعتبر تعديراً عدم البيان في عقود الأمانة، التي يجب التحرز عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المرابحة والتولية والإشراك والوصية). وفي كل التطبيقات المقدمة للالتزام بالإعلام في القانون الإماراتي ، أنظر مؤلفنا ، الوجيز في شرح أحكام قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية ، ج ١ ، عقد البيع ، دار وائل للنشر والتوزيع ، صان - الأردن ، ٢٠٠٥ .

(2) V.Cass.civ.3e<sup>e</sup> 21 juill.1993<sup>e</sup> D.1994<sup>e</sup> som.237<sup>e</sup> abs. Tournafond.

(3) D. Pronier: L'obligation de renseignement du vendeur non professionnel d'un immeuble: Rapp.cour de cassation 1993<sup>e</sup> La Doc. Française<sup>e</sup> 1994<sup>e</sup> p.187.

(4) L.Panhaleux: Le devoir d'information juridique: RJO<sup>e</sup> 1990<sup>e</sup> p.125.

(5) انظر، بحثنا ، مسؤولية الطبيب المدنية في القانون الفرنسي، بحث مقدم في مؤتمر كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، منشور في المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمحترفين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠م.

وجود إلتزام تبادلي بالتعاون بين أطراف العقد ، وهو التزام يستوجب من المحترف إعلام من يتعاقد معه بما يعلم ، ويستوجب من الأخير بيان حاجاته ورغباته من التعاقد (1).

كما قد يخدم الإلتزام بالإعلام المحترف الذي يتعاقد في حدود النطاق الاعتيادي لنشاطه المحترف ، غير أن العقد الذي يبرمه من عقود الإذعان (2) . والأكثر من ذلك فقد ذهب للقضاء الفرنسي إلى تأكيد مسؤولية الوكيل المحترف عند تقصيره في تزويد الشخص الثالث الذي يتعاقد معه بالمعلومات الكافية عن العقد، خروجاً على المبدأ العام القاضي بأن الوكيل، إذا أعلن للغير الذي تعاقد معه عن صفته وتصرف في حدود وكالته دون أن يتجاوز سلطات هذه الوكالة، فإنه لا يلتزم شخصياً، وإنما الموكل هو الذي يرتبط مع الغير الذي تعاقد معه الوكيل (3) .

وفي الختام لا بد من الإشارة إلى أن الإلتزام بالإعلام الذي يتحملة المحترف والذي نحن بصدد بحثه في هذا الجزء من الدراسة هو التزام سابق على التعاقد يلتزم به المحترف في مواجهة زبائنه المحتملين، وهو يقتضي أحياناً من المحترف أن يلجأ إلى جملة من عمليات التقصي والبحث والاستعلام حتى يستطيع إعلام زبائنه بشكل واف (4)، حيث يوجد بالنسبة للمحترف " التزم بأن يستعلم حتى يستطيع أن يعلم غيره" كما يقول أحد الفقهاء الفرنسيين (5) . وفي الحالات التي يركن فيها إلى قواعد المسؤولية المدنية كجزاء للإخلال بهذا الإلتزام، فمن حيث المبدأ سيركن إلى قواعد المسؤولية التقصيرية ، ذلك لأنها تنتج عن فعل أو امتناع سابق على إبرام العقد. إلا أن جانباً مهماً من الفقه الفرنسي يرى بأنه من المعقول جداً أن نلحق بالعقد المسؤولية عن الأخطاء التي يمكن أن ترتكب في المرحلة التحضيرية للتعاقد والتي تشكل عدم تنفيذ أو إخلالاً محتملاً بالعقد (6). فالماضي، كما يقول البعض، حكم مسبق على المستقبل، والعيب في الإعلام يمتد ويتواصل في العيب في التنفيذ (7). وميزة هذا الحل لو أخذ به ، هي أنه يعني الدائن في الإلتزام من إثبات خطأ خاص ومحدد، حيث يكفي إثبات النقص أو العيب في المعلومات لقيام مسؤولية المدين بهذا الإلتزام.

(1) محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص ٧٢ ، والمرجع التي يشير إليها .

(2) J. Mestre، Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine، Mélanges A. Breton et F. Derrida، 1991، p.249.

(3) Cass.Civ. 1<sup>o</sup>، 14 nov.1985، Bull.، no 143؛ 4 mars 1986، Gaz.pal.86،2،som.p.330،obs.A.P.

(4) Cass.Civ.3<sup>o</sup>، 3 fév.1981، D.84، p.457، note Ghestin .

(5) Ghestin، note préc.

(6) C.Rennes، 9 juill.1975، D.1976، p.417 .

(7) J.Huet، Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle، Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité، Thèse، 2، 1978، n°292.

وفي هذا الاتجاه ذهب البعض إلى تطبيق قواعد المسؤولية العقدية على الإخلال بالالتزام بالإعلام السابق على التعاقد كلما كان لهذا الإخلال أثر على تنفيذ العقد ( وليس فقط على ركن التراضي في العقد)، وفي غير ذلك يجب تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### الالتزام التعاقدى بالإعلام

إضافة إلى الالتزام العام بالإعلام والذي يقع على عاتق المحترف في تعامله مع زبائنه المحتملين، فهو يلتزم أيضاً بالالتزام خاص بإعلام من يتعاقد معه. وهذا الالتزام الذي هو من طبيعة عقدية، لا يوجد قبل العقد، بل ينتج عنه، ويتعلق بمرحلة تنفيذه. ومن شأن هذا الالتزام أن يمد نطاق حق المستهلك في الإعلام، ليغطي مرحلة التعاقد، بعد أن استوفى هذا الحق قبل العقد من خلال الإلتزام ما قبل التعاقد الذي فرغنا قبل قليل من بحثه. كما أن هذا الإلتزام لا يرتبط بوجود نص قانوني يفرضه، فهو التزم يقع على عاتق المحترف الخبير بما يتعامل من سلع وخدمات<sup>(2)</sup>.

ونلاحظ من الناحية العملية صعوبة التمييز بين الالتزامين بالإعلام، لذلك ذهب البعض إلى أنه لا يوجد إلا التزم عقدي واحد بالإعلام، في حين ذهب البعض الآخر إلى ضرورة الحديث عن التزم عقدي بالإعلام لوصف ذلك الإلتزام الفرعي التابع للإلتزام الأصلي بالتسليم والذي ابتدعه القضاء الفرنسي في العديد من العقود، خصوصاً تلك التي يعقدها المحترفون مع المستهلكين، والذي استند فيه إلى نص المادة (1135) من القانون المدني الفرنسي والذي جاء فيه أنه: ( لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للعدالة والعرف والقانون، بحسب طبيعة الإلتزام ).

ومضمون هذا الإلتزام يتمثل في أن يقدم المحترف لشريكه في العقد معلومات صحيحة مطابقة للحقيقة متفقة ومتوافقة مع الواقع، تقوم على مخالفته مسئوليته العقدية لكتمانه الحقيقة وإحجامه عن تزويد شريكه في العقد بالمعلومات الواجب تزويده بها<sup>(3)</sup>.

فالبائع المحترف عليه أن يعلم المشتري طريقة استعمال المبيع ومواصفاته والتحذيرات والأمور غير المرغوب فيها فيما يزوده به من أشياء، وحدود عمل وفعالية هذه الأشياء<sup>(4)</sup>. وفي هذا الاتجاه أوجبت محكمة النقض الفرنسية على البائع أن يبين للمشتري حدود فعالية

(1) M.Fabre- Magnan. De l'obligation d'information dans les contrats. LGDJ. 1992.

(2) J. Ghestin et Déshet. La vente. L.G.D.J. 867 ets; Fabre- Magnan. op.cit.

(3) Cass.civ. 1er. 18 avr.1989. Bull. I. n° 150; 2 fév.1994. op.cit. I. n° 44.

(4) C.Paris. 4 fév.1998. D.1988. p.63.V : aussi. Vevandet. La protection de l'intégrité du consentement dans la vente commerciale. Thèse Nancy. 1976. p.52 et s.

جهاز الرادار المستخدم للمراقبة والتي ترتب على كتمانها سرقة محل المشتري الذي ركب الرادار الذي لم يثبت فعاليته في كشف السارق (1).

وقد مد القضاء الفرنسي هذا الإلتزام إلى المنتج ، عندما لا يكون البائع هو من صنع الشيء الذي يبيعه للمستهلك ، فعليه إذاً أن يلحق البضاعة بأوراق أو بيانات تفصيلية عن تلك المعلومات . وإن لم يوف بهذا الإلتزام قامت مسؤوليته بشكل مباشر تجاه المشتري النهائي ، باعتبارها أفضل من البائع والموزع في معرفتها لأنه هو منتج البضاعة . على أن القضاء الفرنسي قد عد بشكل غير مبرر مسؤولية المنتج تجاه المشتري النهائي عن الإخلال بهذا الإلتزام مسؤولية عقدية ، مع أنه لا يربط بينهما عقد . لذلك دعا البعض إلى حل منطقي بإقامة صورة خاصة من المسؤولية ، أطلق عليها المسؤولية المهنية ، تخرج عن التصنيف التقليدي للمسؤولية المدنية إلى عقدية ومسؤولية تصيرية (2) . وهو حل يؤيده لاتفاقه مع قواعد الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي الذي لا يعرف حدوداً فاصلة بين المسؤولين . على أن ذلك لا يعني البائع والموزع المتخصص من المسؤولية ما دام محترفاً ، تؤهله هذه الصفة نقل وتوضيح المعلومات التي يقدمها المنتج ، لا بل وتصحيحها إذا اقتضى الأمر ذلك (3) .

هذا وقد طبق القضاء الفرنسي هذا الإلتزام على العديد من محترفي تقديم الخدمات . فأوجب على المحترف أن يلتفت عناية شريكه في العقد إلى مخاطر محل العقد، لا بل يحذره من هذه المخاطر . فالطبيب عليه أن يزود المريض بالمخاطر المتوقعة للعلاج أو التدخل الجراحي ، فقد حصل أن أجريت عملية لشيخ كبير في أثنائه، ترتب عليها شلل في وجهه، وكان هذا الأمر متوقفاً ولم يخطر الطبيب المريض به . ورغم أن التدخل الجراحي تم كما يجب دون ارتكاب أي خطأ ، إلا أن المحكمة الفرنسية أقامت مسؤولية الطبيب عن إخلاله بالإلتزام بإعلام مريضه بهذه المخاطر وهو ما كان من شأنه أن يترك الخيار للمريض بين أن يجري العملية بمخاطرها أو يكتفي بحمل سماعه الأذن (4) .

وفي صدد تنفيذه لالتزامه بالإعلام، يجب على المحترف ، عند الضرورة أن يطلب من عميله تحديد ما يريد، أن يستفهم منه عن حقيقة حاجاته بخصوص العقد ومحل (5) ، أو أن يبادر هو إلى إجراء سلسلة من التحقيقات والتساؤلات لضمان ذلك (6) .

(1) Cass.Civ.1er، 18 mai 1989، D.1989، p.184.

(2) J. Calais - Auloy et F. Steinmetz ، op.cit ، p.52.

(3) محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص ٧٠ .

(4) انظر بحثنا ، مسؤولية الطبيب المهنية ، مرجع سابق .

(5) C. Versailles، 20 nov.1987، D.1988، inf.rap.p.2.

(6) ويبرز ذلك بشكل واضح في التزام الطبيب ، الذي عليه أن يفحص ملف المريض ويرجع إلى سيرته المرضية وسيرة عائلته ، أو أن يبادر إلى إجراء فحوص للمريض الذي قد لا يعرف لغة الطبيب أو لا يستطيع أن يوصل ما يريد إيصاله له بسبب عائق اللغة .

أما عن إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام، فإلى عام ١٩٩٧، كان القضاء الفرنسي، وتطبيقاً للقواعد العامة في الإثبات، يلزم من يدعي بعدم تنفيذ الغير التزامه، عقدياً كان أم قانونياً بإثبات ادعائه. غير أن محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صدر في ١٩٩٧/٢/٢٥<sup>(١)</sup>، بمناسبة التزام الطبيب بإعلام المريض، قد قلبت عبء الإثبات عندما قررت بأن من يتحمل، بحكم القانون أو العقد، بالتزام خاص بالإعلام، يجب أن يقدم الدليل على تنفيذه لهذا الالتزام. وقد نتج عن هذا الحكم تشدد في موضوع الإثبات ضد كل المحترفين، حيث تم تطبيق المبدأ أيضاً بشأن الالتزام بالإعلام للواجب في مواجهة المحامين<sup>(٢)</sup>، الموثقين<sup>(٣)</sup> وسماسرة التأمين.

### • الالتزامات المصاحبة للالتزام بالإعلام.

لقد ألزم القضاء الفرنسي المحترف بما يجاوز مجرد الإعلام إلى واجب النصيح وتقديم المشورة، الذي يقع بموجبه على المحترف أن يشير على عميله بالحل الأوفق لمصلحته، كما لو قام البائع المحترف بدراسة مسبقة لتركيبة نظام للمعلوماتية يتلاءم مع حاجات العميل<sup>(٤)</sup>، أو قام سمسار التأمين بالإجراءات المطلوبة من أجل الحصول على شروط تعاقدية مفيدة لزيونه<sup>(٥)</sup>.

كما يشمل هذا الالتزام المشورة بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، بما فيه بيان مدى ملاءمة القرارات المتخذة، كالتزام الموثق بتقديم النصيحة للعميل بإبرام العقد من عدمه، وكان الموثق هو أول من حمله القضاء الفرنسي بهذا الالتزام<sup>(٦)</sup>، ليتجاوزه بعد ذلك إلى لمحامين<sup>(٧)</sup>، الوكلاء العقاريين<sup>(٨)</sup> والخبراء المحاسبين<sup>(٩)</sup>.

وفي شأن السلع المعقدة، كأنظمة المعلوماتية وأجهزة الإنذار، ألزم القضاء الفرنسي المحترف، إضافة للالتزام بالإعلام والالتزام بالنصح، بما يمكن عميله من اختيار النظام الملائم لحاجاته، التزاماً آخر بالمساعدة، محله تليلل المصاعب المتعلقة بأداء النظام وعيوبه ومصاعب تركيبه وتأهيل المستعملين له<sup>(١٠)</sup>.

ختاماً، فإن التزام المحترفين بإعلام المستهلكين له حدوده. فهو لا ينطبق على المعلومات التي يجهلها الأول، ولا على تلك التي يعرفها الثاني أو من السهل عليه أن يعرفها.

(١) Cass. Civ. 1er. 25 Fév. 1997. Gaz. Pal. 1997. p.274. note GUIGUE.

(٢) Cass. Civ. 1er. 3 fév. 1998. précit.

(٣) Cass. Civ. 1er. 9 déc. 1997. Bull. civ. n° 356. p.240.

(٤) Cass. Com. 17 Mars 1981. Bull. Civ. IV. n°150. P. 102.

(٥) Cass. Com. 10 Fév. 1970. D. 1970. P. 588.

(٦) Cass. Civ. 1er. 14 Oct. 1997. Gaz. Pal. 1997. P. 2.

(٧) Cass. Civ. 1er. 3 fév. 1998. Bull. civ. n° 44. p.29.

(٨) Cass. Civ. 1er. 15 Juill. 1999. JCP. 1999. pan. 1653.

(٩) Cass. Com. 1er déc. 1998. JCP. Éd. E. 1999. pan. 105.

(١٠) Cass. Civ. 1er. 18 Mars. 1981. Bull. civ. n° 206. p162.



وعلى أية حال ، فإن الإلتزام للعام بالإعلام ، سواء سبق في وجوده العقد أو كان لاحقاً له ، لا يكفي وحده لتوفير المعلومات الكافية لحماية المستهلك ، أولاً لأنه يستند إلى أسس لا تقتصر على العقود بين المحترفين والمستهلكين ، رغم أن القضاء قد صرفه إلى هذه العقود لأنها تشكل تطبيقاً واضحاً ومعاصراً لها . ثم أن هذا الإلتزام بصيغته العامة يتصف بعدم التحديد وعدم الضبط ، فلا يستطيع المحترف أن يحدد بدقة المعلومات التي يحتاجها المستهلك والتي عليه أن يزوده بها . كما أن دعوى المستهلك الفردية ، استناداً للإخلال بهذا الإلتزام ينذر ما ترفع لنقص في معلومات مقدمة عن حاجات الإستهلاك اليومي ، من مأكّل وملبس وأدوات منزلية ، فهي تكون مبررة من ناحيته عند تعرضه لضرر كبير ، لذلك لا بد من التزامات خاصة بالإعلام تبرر لعموم المستهلكين وجمعيات حماية المستهلك التحرك الجماعي للتعويض عن الأضرار الكبيرة الناجمة عن الإخلال بها ، منظوراً لها من ناحية عموم قاعدة ضحاياها من المستهلكين ، رغم بساطتها عند تجزئة هؤلاء أفراداً . لهذا السبب بدت أهمية الإلتزامات الخاصة بالإعلام .

### المبحث الثاني

#### الإلتزامات الخاصة بالإعلام

كثيراً ما يتدخل المشرع ، بقوانين وأنظمة ، محدداً أوجه الإعلام التي على المحترفين تقديمها إلى المستهلك ، ويكون تدخله بقواعد أمرّة تعد جزءاً من النظام العام الإقتصادي في الدولة ، وتقترن في الغالب بجرائم جنائية لمن يخالفها. وتعمل الأجهزة الحكومية المختصة ، أجهزة مراقبة وقمع الغش أو إدارات حماية المستهلك ، على السهر على مراقبة تنفيذ هذه الإلتزامات ورصد المخالفات ، ضمن سياسة وقاية جماعية لا تقتضي إجراء أو مبادرة مباشرة من المستهلك .

وهذه الإلتزامات الخاصة ليست بديلاً عن الإلتزام العام بالإعلام والمشورة ، في صنفه ، ما قبل التعاقد وما بعده ، بل تقوم معه ، وإن كان يحتل معها موقِعاً متأخراً ، بحيث إذا لم تكف الإلتزامات الخاصة لتزويد المستهلك بالمعلومات المطلوبة ، جاء دور الإلتزام العام ، ووجب على المحترف أن يبادر إلى تزويد المستهلك بمعلومات إضافية تنفيذاً لهذا الإلتزام

الذي لا يعفى منه المحترف لمجرد وجود نصوص خاصة تفرض عليه البوح لعميله بمعلومات محددة (1).

ومثل هذه الالتزامات الخاصة بالإعلام تهدف إلى تحقيق غرضين ، ضمان رضا المستهلك الحر والمستنير بالعقد ، وتأمين استعمال صحيح للسلعة أو الخدمة المقدمة (2). وأهم هذه الالتزامات ما يلي :

### المطلب الأول

#### الالتزام بإعلام المستهلك بخصائص السلع والخدمات

كرس المشرع الفرنسي هذا الالتزام بنص عام في المادة (L-111-1) من تقنين الاستهلاك التي جاء فيها : ( كل محترف، بائع للسلع أو مجهز للخدمات ، يجب عليه قبل إبرام العقد أن يضع المستهلك في موضع يسمح له بمعرفة الخصائص الأساسية للسلع والخدمات). وألحقها بالمادة (L-111-2) التي تلزم المحترف بأن يُعلم المشتري المحتمل بالمدة التي خلالها ستوفر في السوق كل القطع اللازمة لاستعمال السلعة المشتراة . وكل ما فعله هذا النص أنه فرض ، في العلاقة بين المحترفين والمستهلكين ، ذلك الإلتزام العام بالإعلام الذي ابتدعه القضاء الفرنسي (3).

هذا وتعضد المادة (L-111-1) أعلاه من تقنين الاستهلاك العقوبات التي نص عليها قانون قديم هو قانون ١٩٠٥/٨/١ بشأن الغش والتزوير، الذي عاقبت المادة (L. 213-1) منه بالغرامة والحبس ، أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من يخدع المتعاقد أو يحاول أن يخدعه بشأن خصائص السلع والخدمات . وقد ذهب القضاء الجزائري الفرنسي إلى أن جنحة خداع الغير يمكن أن تقع بمجرد السكوت عن الإدلاء بالمعلومات ، بحيث أدان صاحب كراج بيع السيارات لعدم إخطاره المشتري بسبق تعرضها لحادث (4).

كما ضم المرسوم الفرنسي الصادر في ١٢/٧ / ١٩٨٤ ، والمعدل في عام ١٩٨٨ ، أحكام العديد من الإرشادات الأوروبية ، التي أُنمجت بالمادتين (R.112-1 à R.112-23) من تقنين الإستهلاك الفرنسي . وهي تنص على قواعد لضمان إعلام المستهلك بشأن المنتجات

(1) ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها تقول : ( إن تقديم عرض مطبق لمستلزمات القانون لا يعني مؤسسة الاقتراض من واجبها في النصح والمشورة تجاه المقترض ) ، انظر حكما ، note p.621 • 27 Juin . 1995 D. 1995 • Cass.Civ. 1er ، note Piédelevière .

(2) J. Calais – Auloy et F. Steinmetz • op.cit • p.55 .

(3) J. Calais – Auloy et F. Steinmetz • op.cit • p.55 .

(4) Cass. • Crim . 29 sept. 1979 • D. 1980 • p. 621 • note Piédelevière ; Toulouse • 10 nov. • D. 2000 • IR. P. 137 .

للغذائية مسبقة التعبئة عن طريق بطاقة تكون ضمن التغليف ذاته ، والتي يجب أن تشمل على ما يلي :

- اسم السلعة .
- قائمة المكونات ، التي يجب ذكرها مرتبة ترتيباً تنازلياً بحسب أهميتها .
- الكمية الصافية .
- التاريخ الأقصى لصلاحيتها للإستهلاك ، والشروط الخاصة بالحفظ .
- أسم وعنوان الشخص صانع السلعة أو موزعها أو بائعها الموجود ضمن حدود الإتحاد الأوروبي .
- المنشأ أو المكان الذي قدمت منه البضاعة ، كلما كان من شأن السكوت عنه أن يثير لبساً .
- طريقة الاستعمال ، كلما كان إتباعها ضرورياً للاستعمال المناسب للسلعة ، وكذلك محاذير الاستعمال .

كما تعزز الإلتزام بإعلام المستهلك بعدد من المراسيم المرتبطة ببعض السلع ذات الطبيعة الخاصة ، كالأدوية ، السجائر . والهدف من الإلجار على ذكر كل تلك البيانات ، إما المحافظة على صحة وأمن وسلامة الأشخاص ، وإما ضمان صدق العرض والأمانة في المعاملات<sup>(1)</sup> .

أما في القانون الإماراتي ، فقد تقرر هذا الإلتزام صراحة في القانون الإتحادي رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٦ بشأن حماية المستهلك ، حيث جاء في المادة (٧) منه أنه : ( مع مراعاة ما تبص عليه القوانين والأنظمة ذات الصلة يلتزم المزود لدى عرض أية سلعة للتداول بأن يلصق على غلافها أو عبوتها وبشكل بارز بطاقة تتضمن بيانات عن نوع السلعة وطبيعتها ومكوناتها واسم المنتج وتاريخ الإنتاج أو التعبئة والوزن الصافي وبلد المنشأ وبلد التصدير " إن وجد " وبيان كيفية الاستعمال " إن أمكن " وتاريخ انتهاء الصلاحية مع إرفاق بيان تفصيلي داخل العبوة لمكونات السلعة ومواصفاتها وقواعد استعمالها ومخاطرها وغير ذلك من البيانات باللغة العربية... وإذا كان استعمال السلعة ينطوي على خطورة وجب التنبيه إلى ذلك بشكل ظاهر)<sup>(2)</sup> .

وحسناً فعلت اللائحة التنفيذية للقانون ، عندما أضافت إلى تلك البيانات ضرورة أن يذكر أسم دولة المنشأ كاملاً دون حروف الاختصار ، وأن لا يقتصر الأمر على ذكر اسم الدولة دون عبارة " صنع في " والأ يوضع علم دولة أخرى غير بلد المنشأ . ونرى إكمال هذا البيان

(1) محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص ٧٩ .  
(2) وإمحاء في حماية المستهلك ، ورغبة في القضاء على عادة كتابة المعلومات على السلع بطريقة غير مقروءة ، أشارت المادة (٢٨) من اللائحة التنفيذية للقانون إلى ضرورة أن تكون البطاقة التي توضع على الغلاف أو العبوة واضحة ومقروءة ومفهومة المعنى وبشكل بارز

بإلزام المزود بعدم ذكر عبارات مضللة للجمهور عن بلد المنشأ ، كعبارة " صنع لألمانيا " أو " صنع وفق النموذج الفرنسي" أو يبراز منشأ جزء من السلعة بطريقة توهم المستهلك بأن السلعة كلها من هذا المنشأ . كما اشترطت اللائحة أيضاً ذكر وحدة المقياس والمكيال الصحيحة المناسبة للسلعة .

كما أضافت اللائحة خصيصة أخرى للسلعة يجب الإعلان عنها ، عندما أُلزمت المادة (٢٦) منها المزود الذي يعرض سلعاً مستعملة أو مجددة أو تتضمن عيباً لا ينتج عنه أي ضرر على صحة المستهلك وسلامته ، الإعلان عن حالة هذه السلعة بشكل ظاهر وواضح على السلعة ، وكذلك في المكان الذي يمارس فيه نشاطه وعليه أن يشير إلى ذلك في العقد الذي يبرمه أو في الفاتورة التي يصدرها .

هذا وقد ومدت المادة (١٢) من القانون الإماراتي الإلتزام بالإعلام عن المخاطر لمرحلة ما بعد التعاقد ، عندما أُلزمت المزود عند اكتشافه عيباً في السلعة أو الخدمة من شأنه الإضرار بالمستهلك لدى استعمال السلعة أو الإنتفاع بالخدمة بالطريقة الصحيحة أن يبلغ الإدارة والجهات المعنية والمستهلك بالأضرار المحتملة وكيفية الوقاية منها وذلك وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية للقانون . وقد زادت اللائحة التنفيذية للقانون في هذا الإلتزام عندما أُلزمت باسترداد السلع المعيبة أو التي تشكل خطورة على المستهلك ، وإعلام الجمهور بالاسترداد بالإعلان عنه في صحيفتين محليتين مرتين على الأقل على أن تكون أحدهما تصدر باللغة العربية ، وكذلك في موقع الوزارة على شبكة الإنترنت ، خلال فترة لا تتجاوز (٢٤) ساعة من تاريخ إخطار إدارة حماية المستهلك له بالاسترداد . كما أُلزمت المزود أن يضمن الإعلان التعليمات التي يجب على المستهلك إتباعها لتلافي أي أضرار قد تتجم عن استخدام السلعة ، وما يجب على المستهلك إتباعه لإصلاحها أو استبدالها أو استرداد ثمنها<sup>(١)</sup> .

والمدين بهذا الإلتزام في قانون حماية المستهلك الإماراتي هو المزود ، الذي عرفته المادة الأولى منه بقولها أن : ( المزود : كل شخص طبيعي أو معنوي يقدم الخدمة أو المعلومات أو يصنع السلعة أو يوزعها أو يتاجر بها أو يبيعها أو يوردها أو يصدرها أو يتدخل في إنتاجها أو تداولها ) .

ولكن يلاحظ على نص المادة (٧) أعلاه اقتصارها على بيان كيفية إعلام المستهلك بالنسبة للسلع جاهزة التعبئة ، عن طريق بطاقة تلصق على غلافها أو عبوتها . وكان عليه أن ينص أيضاً على طريقة تزويد المستهلك بالمعلومات بشأن السلع غير جاهزة للتعبئة ، التي يجب

(١) انظر المواد من (١٠) إلى (٢٥) من اللائحة .

إلزام المزود بإعلام المستهلك عن نوعها ومنشأها وغير ذلك من بياناتها المهمة عن طريق تسمية خاصة بها تسجل على لائحة أو ما شابه ذلك .

كما تجدر الإشارة أيضاً أن قوانين حماية المستهلك ، ومنها القانون الإماراتي ، لم تنص على قواعد الإعلام بخصائص الخدمات . والحقيقة أن تقديم المعلومات عن الخدمات أكثر صعوبة من قرينه الخاص بالسلع ، إذ أن الأخيرة مهما تعقدت فهي بالنهاية أموال مادية يسهل تمييزها ، أما الخدمات فيصعب تحديد مواصفاتها سلفاً ، ولا يمكن ضمان خدمة مطابقة لرغبات المستهلك إلا من خلال اختصاص وجدية مقدم الخدمات ، الأمر الذي يركز الإعلام بشأنها على مجهز الخدمة نفسه ليصبح هو ذاته محل إعتبار شخصي .

وهذا يمكن تحقيقه من خلال شروط يفرضها المشرع على مقدمي الخدمات من حيث : الأهلية ، التأهيل العلمي والمحترف ، الإعتبار المالي والأخلاقي ، وشروط لممارسة العمل ، كالحصول على رخصة ، تقديم وثائق تجارية أو محاسبية (1) .

ختاماً ، ولضمان عدم خداع المستهلك وإيقاعه بالغلط ، فقد أوجب قانون حماية المستهلك الإماراتي على المزود ، إضافة لالتزامه الإيجابي بتزويد المستهلك بالبيانات المهمة المتعلقة بالسلعة أو الخدمة ، التزاماً آخر بعدم ( عرض أو تقديم أو الترويج أو الإعلان عن أية سلع أو خدمات تكون مغشوشة أو فاسدة أو مضللة ، بحيث تلحق الضرر بمصلحة المستهلك أو صحته عند الاستعمال العادي ) (2) .

وهذا النص يوحى بمنع الإعلان والترويج للبضائع والخدمات المغشوشة والمضللة ، لكننا نعتقد أيضاً بوجود منع وسائل الإعلان والترويج ، إن كانت هي بذاتها مضللة ، كاستخدام تسميات أو بطاقات من شأنها أن تخدع المستهلك وتوقعه بالغلط فيما يخص طبيعة السلعة وخصائصها وتركيبها وطريقة استعمالها . وهذا ما انتبهت له اللائحة التنفيذية للقانون عندما حظرت المادة (٢٧) منها على أي شخص الإعلان بأية وسيلة كانت عن سلعة أو خدمة بشكل يؤدي إلى تضليل وخداع المستهلك .

(1) محمد بونلي ، مرجع سابق ، ص ٨٠ - ٨١ .  
(2) المادة (٦) من القانون .

## المطلب الثاني

### الالتزام بإعلام المستهلك بسعر السلع والخدمات

#### وبشروط البيع

نصت على هذا الالتزام المادة (3-113L) من تقنين الإستهلاك الفرنسي التي جاء فيها :  
( كل بائع للمنتجات أو مزود للخدمات يلتزم ، بطريقة وضع علامات ، ملصقات ، معلقات ،  
أو بأية وسيلة أخرى مناسبة ، بإعلام المستهلك بالسعر ، وبالقيد المحتملة للمسئولية العقدية  
وبالشروط الخاصة بالبيع، بالكيفية التي يحددها مرسوم صادر عن الوزير المكلف بالاقتصاد،  
بعد التشاور مع المجلس الوطني للإستهلاك ) .

ويلاحظ هنا أن المشرع الفرنسي قد ربط بين الإعلام بسعر المنتج أو مقابل الخدمة ،  
والإعلام بشروط البيع ، في نص قانوني واحد ، وكان يستحسن الفصل بينهما<sup>(1)</sup>، وإبراز  
الإعلام بشروط العقد ، التي تحدد الحقوق والالتزامات الناشئة عنه بنصوص مستقلة ، باعتبار  
أن السعر لا يشكل العنصر الوحيد الحاسم أو للدافع إلى التعاقد بالنسبة للمستهلك .

أما المشرع الإماراتي فقد اكتفى بالنص على الإعلام بالسعر ، عندما ذهبت المادة (8) من  
القانون الإماراتي لحماية المستهلك إلى أنه : ( يلتزم المزود لدى عرض أية سلعة للتداول  
بتدوين السعر عليها بشكل ظاهر أو الإعلان عنه بشكل بارز في مكان عرض السلعة ،  
وللمستهلك الحق في الحصول على فاتورة مؤرخة تتضمن تحديد نوع السلعة وسعرها وأية  
بيانات أخرى تحدها اللائحة التنفيذية لهذا القانون ) . وقد حددت المادة (31) من اللائحة هذه  
البيانات وهي : اسم المزود وعنوانه ، تعريف السلعة ، وحدة البيع ، كمية السلعة أو عدد  
الوحدات المباعة ، سعر السلعة بالعملة المحلية .

#### • الإعلام بالسعر .

الإعلام بالأسعار بموجب النصين القانونيين الفرنسي والإماراتي ، هو إعلام عام ، يجب  
أن يتم بطريقة واضحة بحيث يعرف المستهلكون السعر الذي يشترطون به ، وبدا ذلك  
واضحاً من خلال استخدام النص لاصطلاحات مثل ( وضع علامات ، ملصقات ، معلقات ،  
أو بأية وسيلة أخرى مناسبة ، في النص الفرنسي ، أو تدوين السعر على السلعة بشكل  
ظاهر أو الإعلان عنه بشكل بارز في مكان عرض السلعة ، في النص الإماراتي) . ولا  
يكفي للغرض المتقدم إعلام كل مستهلك على حدة ، فيجب أن يكون من الممكن للجميع ،  
وقبل إبرام العقد، أن يعرف بيسر، ودون حاجة للاستفهام من البائع أو مقدم الخدمة ، السعر

(1) محمد بودالي ، مرجع سابق ، ص 87 ، وهو يبحث في نصوص القانون الجزائري المطابقة للنص الفرنسي في هذا الشأن .

الذي يجب عليه دفعه . ومن شأن ذلك ليس فقط حماية المستهلك عن طرق تفويت الفرصة على المحترف لممارسة التمييز المنهي عنه بين المستهلكين، بل أيضاً ضمان شفافية السوق التي لا بد منها لتنشيط المنافسة بين المحترفين (1).

والإعلان عن السعر يجب أن يتم في السلع المعروضة أمام الجمهور بطريق وضع علامات أو ملصقات أو معلقات، وإذا تعلق الأمر بمنتجات تباع بالكيل أو القياس أو العدد، فلا بد من الإشارة إلى السعر مصحوباً بوحدة الكيل أو القياس أو العدد. ونرى في الحالة الأخيرة ، ضرورة أن يتم وزن البضاعة أو عددها أو قياسها أمام أنظار المشتري (2). أما في حالة المنتجات التي لا تعرض أمام أنظار الجمهور ، فإن السعر يجب أن يسجل على المنتج أو مغلفه أو ملصق عليه .

ويلاحظ أن قانون حماية المستهلك الإماراتي ، وعلى عكس نظيره الفرنسي ، قد اكتفى بالإشارة إلى الالتزام بالإعلان عن سعر السلع دون أن يمد هذا الالتزام صراحة إلى مقابل الخدمات . ونرى ضرورة المساواة بين الاثنين حماية للمستهلك ، على أن يفرض الإعلان عن مقابل الخدمات عن طريق نشرات تعلق في أماكن عرض الخدمات للجمهور. وفي هذا الصدد ذهب مجلس الدولة الفرنسي ، إلى أن وجوب الإعلان عن الأسعار والشروط الخاصة بالبيع ، يسري أيضاً على جميع مجهزي الخدمات ، دون النظر إلى الطبيعة التجارية أو الحرة لعملهم ، وبأنه يسري بوجه خاص على الخدمات ذات الطبيعة الطبية (3).

كما نرى ضرورة النص على الإلزام بالإعلان عن السعر شاملاً الملحقات كمقابل الخدمة، بحيث يتوافق السعر المعلن عنه للبضاعة أو الخدمة مع السعر النهائي الذي يدفعه المستهلك فعلاً. وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن تكلفة التسليم، لتجهيزات يتطلب وزنها وطبيعتها كيفية خاصة لنقلها، لا تشكل أداءً غير عادي، ويجب أن تدمج في وعاء السعر (4).

ومن البيانات المرتبطة بالأسعار ، المهمة بنظرنا للمستهلك ، ومع ذلك أغفل قانون حماية المستهلك في الإمارات النص عليها ، تكلفة صيانة وإصلاح السلع تنفيذاً لالتزام المزود بالضمان . وهو ما تجنبته اللائحة التنفيذية للقانون ، عندما ألزمت المادة (٢٥)

(1) J. Calais - Auloy ، L'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 et les consommateurs •D. 1987.chron . p. 137.

(2) وهذا هو توجه القانون الجزائري ، انظر ، محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص ٨٥ .

(3) CE ، 27 avr. 1998، D. 1998. IR. 182 .

(4) الغرفة الجزائرية لمحكمة النقض في ١١/١١/١٩٨٢ ، مجلة المناقشة والاستهلاك ، ١٩٨٢، ع ١٩٤ ، ص ١٧ ، أشار إليه ، محمد بودالي ، المرجع السابق، ص ٨٦ .

منها المزود ، قبل إجراء أية إصلاحات أو تعديلات على السلعة ، بأن يخطر المستهلك خطياً وبدون مقابل ، بتقديره لتكلفة الإصلاح .

#### • الإعلام بشروط البيع .

كما تقدم ، فقد ألزم القانون الفرنسي للبائع أو مقدم الخدمة بإعلام المستهلك بالشروط الخاصة بالعقد، كالتسليم في موطن المشتري أو ضمان حسن أداء السلعة، والشروط الخاصة بحالة من حالات البطالان أو المقوط ، في عقد التأمين مثلاً أو عقود السياحة والأسفار . ولا يقصد هنا بالشروط الخاص ، الشرط الذي يخص أحد المشتريين بعينه ، كما لا يقصد به تلك الشروط الجارية المطلوبة بذاتها ووفق المجرى العادي للأمر ، بل هي شروط لا يفرضها القانون ولكن يشتمل عليها نموذج العقد مقدماً وتسري في حق جميع المشتريين المحتملين<sup>(1)</sup>.

ويلاحظ أن قانون حماية المستهلك الإماراتي لم ينص على هذا النوع من الإعلام صراحة، ولكن مع ذلك يفهم ما يفيد ضماناً من بعض نصوصه. فالمادة (9) من القانون تنص على أنه: ( يسأل المزود عن... عدم توفير الضمانات المعطن عنها أو المتفق عليها مع المستهلك وذلك وفقاً للقواعد التي تصدر بقرار من الوزير ) . ويفهم من هذا النص إمكانية أن يضمن المحترف عقوده شروطاً خاصة بالضمانات التي يقدمها لعملائه ، غير أن القانون لم يفرض عليه الالتزام بالإعلان عنها وإعلام المستهلك بها ، إما خيره في الإعلان عنها أو الاتفاق مع المستهلك عليها ، وإن كان أقام مسؤوليته عند عدم توفير ما أعلن منها .

#### • الإعلام بالتحديدات المحتملة للمسئولية العقدية .

الزم قانون الإستهلاك الفرنسي بنص المادة (L.133-3) المحترف بإعلام المستهلكين عن جميع التحديدات والقيود المحتملة لمسئوليته العقدية تجاههم. وقد لنتقد الفقه<sup>(2)</sup> هذا للنص من ناحيتين : أولاً ، أن تحديدات المسؤولية العقدية الواردة فيه لا تتعدى كونها شروطاً خاصة في العقود يشملها الالتزام بالإعلام المشار إليه في الفقرة السابقة . وثانياً ، أن هذا النص الذي يجيز ضماناً هذه التحديدات ، يتعارض بشكل صارخ مع نص المادة (R.132-1) من القانون ذاته التي تبطل جميع شروط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية ، باعتبارها شروطاً تعسفية ، الأمر الذي يعرقل الجهد المثابر للمحاكم في محاربة الشروط التعسفية.

(1) J. Calais – Aujoy et F. Steinmetz • op.cit • p.58 .

(2) Op. cit .



أما قانون حماية المستهلك الإماراتي فلم ينص على إلزام المزود بإعلام المستهلك بتحديدات المسؤولية ، وكنا نتمنى لو أنه نص على هذا الإلتزام ، إذا أخذنا بنظر الاعتبار نص المادة (١٦) من القانون التي جاء فيها : ( للمستهلك الحق في التعويض عن الأضرار الشخصية أو المادية وفقاً للقواعد العامة للنافذة ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك ) . فهذا النص الذي يبطل كل اتفاق يسقط حق المستهلك المضرور بالتعويض ، أي أنه يبطل شروط الإعفاء من مسؤولية المزود ، يفيد ضمناً إباحة شروط التخفيف منها ، الأمر الذي يقتضي بنظرنا في المقابل وجوب إعلام المستهلك بهذه الشروط الخاصة ، التي تكون في الغالب حاسمة في اختياره التعاقد من عدمه . ونعتقد أن الأفضل من ذلك كله ، لو كان القانون الإماراتي قد تبنى نصاً يقتضي ببطان جميع شروط الإعفاء من المسؤولية أو للتخفيف منها ، باعتبارها ، في العلاقة بين المزود والمستهلك ، شروطاً تعسفية ، الأمر الذي ينفي الحاجة بعد ذلك إلى للتلزام المزود بالإعلام عن الشروط الخاصة بقيود وتحديدات مسؤوليته العقدية .

#### \* المضامين الإلزامية للعقود .

قد يلزم القانون المحترفين في بعض الحالات باقتراح التعاقد بنماذج عقدية مكتوبة تشمل على معلومات محددة تتوجه إلى إعلام المستهلكين عن التزامات الأطراف المختلفة للعقد . ويؤيد هذا الإلتزام ، لمصلحة المستهلك، جملة من النصوص القانونية الأخرى التي تلقى على عاتق المحترف واجب إعلام من يتعاقد معه بشروط العقد عن طريق إلزامه بتزويد من يريد بنسخة عن العقود التي يقترحها، متضمنة نصوص الحماية وقواعد الضمان المقررة لمصلحة المستهلك .

كما يؤيد هذا التوجه فرض المشرع للشكل الذي يظهر فيه العقد ، فقد ألزم المشرع الفرنسي<sup>(١)</sup> بقانون يستند إلى قرار توجيهي من الاتحاد الأوروبي<sup>(٢)</sup>، للمحترفين بضرورة أن تكون شروط العقود التي يقترحونها على المستهلكين مكتوبة بطريقة واضحة ومفهومة، مما يسمح بالقضاء على العادة القديمة المقصودة التي تتمثل بكتابة الشروط العامة للعقد بحروف صغيرة لا يمكن قراءتها أو صياغة النصوص بطريقة لا يفهما غير المتخصصين من رجال القانون<sup>(٣)</sup>.

ولكن ، كما يرى جانب من الفقه<sup>(٤)</sup> ، تبقى هذه الحماية نظرية ، إذ اعتاد الكثير من المستهلكين على توقيع العقود دون قراءتها ، الأمر الذي يستدعي العمل على رفع درجة

(١) Loi du 1<sup>er</sup> fév.1995، ajoutant au code de la consommation un article L.133-2.

(٢) Directive CEE n° 93/13 du 5 avril 1993 ( JOCE ، n° L.95، 21 avr.).

(٣) Luc Bihl، op.cit ، 151، p.21.

(٤) J. Calais - Auloy et F. Steinmetz ، op.cit ، p.59 .

تحسس المستهلكين لأهمية بنود الوثائق العقدية ، وتيسير صياغة البنود الإلزامية لتكون في متناول فهم الإنسان العادي .

ويلاحظ أن أمثال النصوص المتقدمة تفرقت بين قوانين حماية المستهلك وقوانين خاصة أخرى . فالمادة (2-111.L) من تقنين الإستهلاك الفرنسي تلزم بتضمين العقد الفترة الزمنية التي توفر فيها قطع الغيار الضرورية لاستعمال السلعة . والمادة (1-114.L) من القانون التي تلزم بتحديد التاريخ النهائي لتسليم السلعة أو تقديم الخدمة ، والمادة (23-121.L) التي تحدد بنوداً إلزامية في عقود المساومة ، والمادة (10-311.L) التي تقرض مثل تلك البنود بالنسبة للإيجاب في عقود قرض الإستهلاك ، ومثلها المادة (8-112.L) في شأن القروض العقارية. وأوجبت قوانين فرنسية خاصة بنوداً يجب أن تشمل عليها عقود بناء المنازل الخاصة، إيجار المساكن، التأمين، السياحة والأسفار. وفرض مرسوم صدر عن مجلس الدولة الفرنسي، بناء على رأي لجنة الشروط التعسفية، نماذج إجبارية يلتزم بها المحترف بالنسبة لعقود الضمان والخدمة بعد البيع بالنسبة للأتوات للكهربائية المنزلية<sup>(1)</sup> .

وضمن ذات التوجه ذهب المادة (1-1-710.L) من قانون الصحة العامة الفرنسي إلى ضرورة أن تزود مؤسسة الاستشفاء المريض بكتيب يشمل على ميثاق المريض للدخل للمستشفى ، تنص المادة (3) من الميثاق على وجوب سهر مؤسسة الاستشفاء على أن تكون المعلومات الطبية والاجتماعية للمريض مضمونة ، وبأن تكون الوسائل التي توضع موضع التنفيذ متلائمة مع احتمالات الصعوبة في الاتصال والفهم لدى المريض وذلك لضمان للمساواة في الوصول إلى المعلومة<sup>(2)</sup>.

#### • في القانون الإماراتي .

أ- المضامين الإلزامية للعقد . ألزم قانون حماية المستهلك الإماراتي المزود بأن يضمن عقودة جملة من المعلومات الإجبارية . فقد جاء في المادة (١٢) من القانون أنه : ( يلتزم كل مزود للسلعة بتضمين عقودة بالالتزام بالإصلاح أو الصيانة أو الخدمة بعد البيع و بإرجاع السلعة خلال فترة زمنية معينة بعد ظهور عيب فيها ) . ويلاحظ أن المادة (٩) من القانون قد سألت المزود عن عدم توفير قطع الغيار للسلع المعمرة خلال فترة زمنية محددة ، إلا أنها لم تلزمه بتضمين عقودة تحديداً لهذه المدة ، كما فعل القانون الفرنسي ، وهو أمر تجنبتة المادة (٣٤) من اللائحة التنفيذية للقانون التي أوجبت توفير قطع الغيار والصيانة لهذه السلع خلال فترة لا تقل عن خمس سنوات أو لفترة تتناسب وطبيعة

(1) في كل نصوص القانون الفرنسي اعلاه ، انظر ، J. Calais - Auloy et F. Steinmetz ، op.cit ، p.59-60 .

(2) V.Sylvie Welsh ، Responsabilité du médecin ، Litec ، 2000 ، p.52 .

السلعة. ونعتقد أنه كان على القانون نفسه أن ينص على وجوب إعلان المزود عن التزامه بتوفير قطع الغيار المشار إليها خلال فترة محددة فيه، أو الفترة التي تحددها لائحة التنفيذية، وذلك ببند في العقد الذي يقترحه على المستهلكين .

ب- المضامين الإلزامية للفاتورة . أعطت المادة (٨) من القانون الإماراتي بشأن حماية المستهلك الحق له في الحصول على فاتورة مؤرخة تتضمن تحديد نوع السلعة وسعرها وأية بيانات أخرى تحددها اللائحة التنفيذية للقانون . وهذا المخالصة ، بما تشمل عليه من معلومات ، تشكل دليلاً كتابياً يمكن الاعتماد عليه لإثبات نوع البضاعة المتعاقد عليها وسعرها وتاريخ التعاقد وربما التسليم أيضاً . والبيان الأخير على درجة كبيرة من الأهمية لأنه يحدد الوقت الذي يبدأ فيه سريان مختلف الضمانات التي يلزم بها المزود تجاه المستهلك .

كما ألزمت المادة (٢٥) من اللائحة التنفيذية للقانون المزود بأن يحدد في الفاتورة التي يزود بها المستهلك القطع التي تم استبدالها وثمنها وتحديد ما إذا كانت القطع جديدة أو مستعملة أو مجددة . وهذه البيانات مهمة ، لأنها تضمن إجراء الإصلاح والقطع التي تم استبدالها ، وتحمل المزود المسؤولية عن عدم تمام ذلك ، كما تضمن التزام المزود بنوع القطع المستبدلة ، وبالسعر المعلن عنه سلفاً لها ، باعتبار أن هذه القطع بذاتها مبيعات يشملها الالتزام الأصلي بالإعلام عن سعر السلع والمنتجات .

#### • ضرورة الإعلام باستخدام اللغة الوطنية .

حماية المستهلك تقتضي أن تكون المعلومات التي يزود بها فعالة ، لذلك يجب أن تكون واضحة وكاملة ومفهومة. ولضمان ذلك ذهب قانون الإستهلاك الفرنسي إلى ضرورة أن يكون وسم السلع ، أي البطاقات التي توضع عليها ، بقصد الإعلام عن خصائص السلعة ومكوناتها ومنشأها وسعرها ، باللغة الوطنية . والمبدأ اتخذ صفة العموم بعد أن أقره القانون الفرنسي الصادر في ٣١ / ١٢ / ١٩٧٥ ، الذي اعتبرت المادة الأولى منه إجبارياً استخدام اللغة الفرنسية في كل ما يخص ( تسمية ، إيجاب ، عرض ، الدعاية المكتوبة أو الشفوية ، طريقة استعمال ، مدى وشروط ضمان السلع والخدمات ) . ويستثنى من ذلك المسميات التقليدية أو ذات الشهرة العالمية ، ( Spaghettis ) مثلاً ، والمعروفة لدى الغالبية العظمى من جمهور المستهلكين<sup>(١)</sup> .

(١) ورغم أن قانوننا جديداً ، يطلق عليه قانون توبون ( Toubon ) الصادر في ١٩٩٤/٨/٤ ، إلا أن المشروع لبقى نافذاً نصوص المادتين ( ٣-١ ) من القانون القديم .

وقد أحسن المشرع الإماراتي عندما تبنى هذا التوجه في قانون حماية المستهلك ، حيث نصت المادة (٧) منه على وجوب أن تكون جميع البيانات التي يلزم ذكرها على غلاف السلع أو عبواتها باللغة العربية . وتبدو أهمية هذا النص من ناحيتين : أولاً : حفظاً وانحيازاً إلى اللغة العربية التي هي من أهم عوامل وحدة الدولة والأمة، وثانياً : حماية للمستهلك من العدد المتزايد من السلع الأجنبية التي تعج بها الأسواق المحلية ، والتي لا تشتمل على أية وثيقة مفهومة بلغتنا عن منشأها وخصائصها وطريقة استعمالها. وتزداد حاجة حماية المستهلك لمثل هذا التوجه، في واقع تكون فيه الغالبية العظمى من الباعة أو العاملين لديهم ممن لا يجيدون العربية حتى يمكن أن يزودوا المستهلك ، على الأقل شفويًا ، بالأهم من المعلومات التي يريد معرفتها عن السلعة. لذلك عاد الأمر عندنا معكوساً، حيث يجب على المستهلك أن يتعلم الإنجليزية أو اليابانية أو الصينية، حتى يمكن أن يكون مطمئناً إلى معرفته الكافية بما يشتري !

وضمن نفس التوجه ، يأتي إلزام اللائحة التنفيذية للقانون المزود بإرفاق بيان تفصيلي داخل عبوة السلعة ، بالبيانات الأساسية عنها باللغة العربية <sup>(١)</sup>، وبالإعلان عن استرداد السلعة المعيبة بصحيفة محلية يومية تصدر باللغة العربية ، وبحجم لا يقل عن (١٥ سم × ١٥ سم ) لضمان جلبها لانتباه الجمهور <sup>(٢)</sup>.

(١) المادة (٢٨) من اللائحة .

(٢) المادة (١/٢١) من اللائحة .

## خاتمة :

نسال الله أن نكون قد وفقنا في عرض مبسط وشيق لالتزام المحترف بتزويد المستهلك بالمعلومات ، والذي يحتل برأينا موضع الصدارة في حماية المستهلك . ونود في ختام هذه الورقة أن نلفت عناية المشرع الإماراتي إلى الملاحظات التالية :

١- ضرورة أن ينقل المشرع الأحكام المهمة من نصوص اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك ، ربما بصياغة مختلفة ، إلى القانون ذاته ، لأهميتها ولأن وقعها على أطراف العلاقة، سيكون أفضل في موضعها المقترح .

٢- ضرورة أن يشتمل القانون الإماراتي على نص يقرر إلزام المزود قبل إبرام العقد بأن يضع المستهلك في موضع يسمح له بمعرفة شروط العقد والخصائص الأساسية للسلع والخدمات التي يتعاقد بشأنها ، إظهاراً لأهمية هذا الإلتزام في حماية المستهلك.

٣- ضرورة أن ينص القانون أيضاً على طريقة تزويد المستهلك بالمعلومات بشأن السلع غير جاهز التعبئة ، التي يجب إلزام المزود بإعلام المستهلك عن نوعها ومنشأها وغير ذلك من بياناتها المهمة عن طريق تسمية خاصة بها تسجل على لافته أو ما شابه ذلك .

٤- لا حاجة لتدقيق النظر في قانون حماية المستهلك الإماراتي ، لاكتشاف اهتمامه بجانب حماية المستهلك المتعلق بالسلع ، وإغفال الشق الخاص بالخدمات . لذلك نرى ضرورة إلحاق الخدمات بالسلع في كل النصوص التي تتفق معها ، لأن للتفسير الضيق للنصوص قد يؤدي إلى فراغ تشريعي في أحكام الحماية المرتبطة بالخدمات مع أهميتها ، ويعيق عمل المحاكم في تطبيق هذه الحماية .

٥- ضرورة النص على الإلزام بالإعلان عن الأسعار كاملة شاملة للملحقات مثل مقابل الخدمة ، بحيث يتوافق السعر المعلن عنه للبضاعة أو الخدمة مع السعر النهائي الذي يدفعه المستهلك فعلاً.

٦- ضرورة أن يشتمل القانون الإماراتي على نص يقضي ببطلان جميع شروط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها ، باعتبارها ، في العلاقة بين المزود والمستهلك ، شروطاً تعسفية .

٧- ضرورة إنشاء لجنة متخصصة بمتابعة النماذج العقيدية التي يطرحها المحترفون ، ورصد ما تشتمل عليه من مخالفات لقانون حماية المستهلك ، وخصوصاً الشروط التعسفية واعتبارها من الشروط للباطلة ، وإعلام المستهلك بذلك . لأن الغالبية العظمى من المستهلكين تجهل حقوقها ، ولا تعرف بطلان هذه الشروط وحققها في

للمسك بالبطلان أمام القضاء ، وكثيراً ما يراهن المحترفون ، في مخالفتهم لقواعد الحماية ، على هذا الجهل .

### قائمة بأهم المراجع

#### باللغة العربية :

- ١- سهر منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة بدون سنة طبع .
- ٢- عدنان سرحان ، مسؤولية الطبيب المدنية في القانون الفرنسي، بحث مقدم في مؤتمر كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، منشور في المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمحترفين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠م.
- ٣- عدنان سرحان ، المهني ، المفهوم والتنظيم القانوني ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية ، جامعة الإسكندرية ، ع ١ ، ٢٠٠٣ .
- ٤- عدنان سرحان ، الوجيز في شرح أحكام قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية ، ج ١ ، عقد البيع ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان - الأردن ، ٢٠٠٥ .
- ٥- علي حيدر، درر الحكم ، شرح مجلة الأحكام ، دار الجليل ، بيروت ، ١٩٩١ .
- ٦- محمد السيد عمران ، الالتزام بالإخبار دار المطبوعات الجامعية- الإسكندرية ١٩٩٩ .
- ٧- محمد بودالي ، حماية المستهلك في القانون المقارن ، دار الكتاب الحديث ، الجزائر ، ٢٠٠٦ م .
- ٨- نزيه المهدي ، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقته على بعض العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ .

#### باللغة الفرنسية :

- 1 - D. Pronier: L'obligation de renseignement du vendeur non professionnel d'un immeuble. Rapp.cour de cassation 1993. La Doc. Française. 1994. p.187 .
- 2 - J. Calais – Auloy et F. Steinmetz ، Droit de la consommation ، Précis ، Éd. DALLOZ . 5e éd.2000 .
- 3 - J. Calais – Auloy ، L'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 et les consommateurs. D. 1987.chron . p. 137.
- 4 - J. GHESTIN ، Conformists et garantie dans la vente .LGDJ ، 1983 .
- 5 - J. Ghestin et Déshet، La vente. L.G.D.J.
- 6 - J.Huet، Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité، Thèse. Paris 2 ، 1978.
- 7 — J. Mestre، Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine، Mélanges A. Breton et F. Derrida، 1991، p.249.
- 8 - L.Panhaleux،Le devoir d'information juridique، RJO، 1990، p.125
- 9 - LUC BIHL، Une histoire du mouvement consommateur، mille ans de luttes، Aubier،1984..

- 10 - M.Fabre- Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, LGDJ, 1992.
- 11 - Vevandet, La protection de l'intégrité du consentement dans la vente commerciale, Thèse Nancy, 1976, p. 52 et s
- 12 -. Sylvie Welsh, Responsabilité du médecin, Litec, 2000.







## المادة الثانية من الدستور

بقلم

دكتور سمير تناغو

أستاذ بحقوق الاسكندرية

### ١- الخط وعدم الفهم للعلاقة بين الشريعة والقانون :

تتحدث المادة الثانية من الدستور عن مبادئ الشريعة الاسلامية . وهي لم تأت بجديد يذكر ، لأن حكمها موجود تقريبا ، منذ عام ١٩٤٩ ، في المادة الأولى من القانون المدني ، مع بعض وجوه التشابه والاختلاف بين المادتين ، وهو ما سنذكره بعد قليل .

والمقصود بمبادئ الشريعة الاسلامية في المادة الواردة في الدستور ، والمادة الواردة في القانون المدني ، المبادئ العامة للشريعة الاسلامية ، وهي كما يقول الدكتور السنهوري ، المبادئ الكلية للشريعة التي لا خلاف عليها بين الفقهاء .

ولاشك في أن المبادئ العامة الكلية للشريعة الاسلامية ، تعتبر من المبادئ العامة للقانون المصري وتنبع عن الفكرة العامة للوجود السائدة في مصر .

ولو أن المشرع الدستوري أحسن صياغة النص ، ولم يخلط كما فعل ، بين المبادئ العامة للقانون وبين مصادر القانون ، لما أثارت هذه المادة كل هذه الضجة التي تثار حولها .

وقد أثارت المادة الثانية من الدستور التي كانت تنص عام ١٩٧١ على أن مبادئ الشريعة الاسلامية مصدر رئيسي التشريع ، ثم أصبحت تنص بعد تعديل عام ١٩٨٠ على أنها المصدر الرئيسي للتشريع ، قلة ورفضاً شديدين ، من جانب أنصار الدولة المدنية . كما أنها سببت فرحا وابتهاجا والمطالبة بالمزيد من أنصار الدولة الدينية .

ونحن نقول للأولين : لا تحزنوا كثيرا ، ونقول للآخرين : لا تفرحوا كثيرا . فإن هذه المادة رغم العيوب الواضحة في صياغتها ، لا تهدد بأي حال الدولة المدنية القائمة في مصر منذ مائتي عام ، ولا تمهد بأي حال لإنشاء الدولة الدينية .

وهناك خلط شديد وعدم فهم مطلق للعلاقة بين الشريعة والقانون ، لدى العديد من المثقفين ، بما ورجال القانون أيضا . وقد قمنا بمحاولة إزالة هذا الخلط عن طريق طرح الأسئلة الصحيحة عن الشريعة والقانون .

## ٢- الأسئلة الصحيحة من الشريعة والقانون :

أصعب شيء في أي بحث هو معرفة الأسئلة الصحيحة فيه . ومعظم الأبحاث الفاسدة أو التافهة يرجع العيب فيها إلى طرح الأسئلة الخاطئة أو المغلوطة . ونحن نطرح في هذا المقال الأسئلة الصحيحة العميقة في الموضوع الهام جداً عن الشريعة والقانون .

وقد كثر الحديث في الآونة الأخيرة عن الدولة المدنية ، والدولة الدينية . ومعظم الاحاديث الجارية تدخل في نطاق الصراع السياسي ، أو الصراع من أجل القانون .

ونحن لا نريد أن ندخل في الجدل السياسي أو الصراع من أجل القانون . وسنتحدث في هذا الموضوع بطريقة علمية خالصة في نطاق نظرية المعرفة ، والنظرية العامة للقانون .

وأول الأسئلة هو ما الفرق بين المادة الأولى للقانون المدني المعمول به منذ عام ١٩٤٩ التي تنص على أن القاضي يحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية إذا لم يجد الحكم في التشريع أو العرف ، والمادة الثانية من دستور ١٩٧١ التي تنص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع أو المصدر الرئيسي للتشريع ؟

والسؤال الثاني هو ما المقصود بمصادر القانون ، وما هو الفرق بين مصادر القانون ، وبين جوهر القانون ، والمبادئ العامة للقانون ؟

والسؤال الثالث هو ما المقصود بالفكرة العامة للوجود في مجتمع معين والتي تتبع منها المبادئ العامة للقانون؟

والسؤال الرابع هو هل تدخل الشريعة الإسلامية في نطاق المبادئ العامة للقانون ، أم في نطاق مصادر القانون ؟

والسؤال الخامس هو ما هي مصادر القانون بالنسبة للقواعد الموضوعية المنقولة من تشريع اجنبي، أو شريعة دينية ؟

والسؤال السادس هو هل الفصل بين الدين والقانون في الدولة المدنية فصل كامل ، أم أنه مثل الفصل بين السلطات هو فصل غير كامل ؟

والسؤال السابع هو هل صحيح أن الاحكام القانونية في الدولة الدينية ، أحكام إلهية ؟ أم أنها في جميع الاحوال أحكام بشرية وضعية ؟

والسؤال الثامن هو هل يوجد تعارض أو حتى مجرد امكانية تعارض بين المبادئ العامة للشريعة الإسلامية ، وبين القانون الوضعي ؟ أم أن العلاقة بينهما هي علاقة انسجام وتكامل ؟

والسؤال التاسع هو هل يؤدي الأخذ بالمبادئ العامة للشريعة الإسلامية إلى أي مساس بالدولة المدنية القائمة في مصر منذ مائتي عام ؟

والسؤال العاشر هو كيف سمحت دولة علمانية مثل ألمانيا وإيطاليا وأخيراً تركيا بوجود أحزاب دينية فيها ، ونحن لا نسمح بذلك في مصر ؟ أم أن العلمانية هي الحائط الذي يصد أبه تجاوزات محتملة من الأحزاب الدينية ؟

والسؤال الحادى عشر هو إذا كانت كل أحكام القاتون فى الدولة الدينية ، وكذلك الدولة المدنية ، هى أحكام وضعية من صنع البشر ، فما هو الفارق بين الدولتين إذن ؟  
وأظن أن القارئ يدرك أهمية هذا الموضوع ، وأن الخلط فيه أكثر من الفهم ، وأن الوقت قد جاء لإجلاء الحقيقة بشأنه ، وهو ما سنقوم به الآن .

### ٣- المجالات المختلفة لكلمة قانون ، والاصطلاحات الفنية الدقيقة التى تعبر عن كل مجال منها :

عندما نتحدث عن كلمة القاتون ، ومن باب أولى عندما نقوم بصياغة قاعدة قانونية ، ينبغى أن نكون مدركين تماماً للفروق الكبيرة بين المجالات المختلفة للقاتون ، وأن نكون عارفين المعنى الحقيقى للاصطلاحات الفنية الدقيقة التى تعبر عن كل مجال من هذه المجالات .  
فهناك أولاً جوهر القاتون ، وهناك المبادئ العامة للقاتون ، وهناك مصادر القاتون ، وهناك مضمون القاتون ، وهناك القاتون الطبيعى ، وهناك القاتون الوضعى .  
وعندما نخلط بين هذه الاصطلاحات ، ونخلط بالتالى بين المجالات المختلفة للقاتون ، فإتسنا ندخل فوراً فى دائرة الجهل وعدم الفهم .

وإذا أردنا أن نفهم فهما صحيحاً ، ما هو المقصود بمبادئ الشريعة الاسلامية المشار إليها فى المادة الثانية من الدستور ، والمادة الأولى من القاتون المدنى ، فيجب علينا أن نفهم أولاً حقيقة المقصود بالمجالات المختلفة للقاتون ، والمعنى الفنى الدقيق للاصطلاحات التى تعبر عن كل مجال منها . ولكننا سنشير أولاً باختصار إلى وجوه الاتفاق والاختلاف بين المادة الثانية من الدستور ، والمادة الأولى من القاتون المدنى .

### ٤- التشابه والاختلاف بين المادة الثانية من الدستور ، والمادة الأولى من القاتون المدنى :

تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى للقاتون المدنى المعمول به منذ عام ١٩٤٩ "فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية . فإذا لم توجد ، فبمقتضى مبادئ القاتون الطبيعى وقواعد العدالة " .

وتنص المادة الثانية من دستور ١٩٧١ على أن "الاسلام دين الدولة ... ومبادئ الشريعة الاسلامية مصدر رئيسى للتشريع " . ويعد تعديل عام ١٩٨٠ أصبحت الشريعة الاسلامية "المصدر الرئيسى" .  
للتشريع . ووجه الاختلاف بين المادتين ، أن مادة القاتون المدنى تخاطب القاضى فى نطاق القاتون المدنى . أما مادة الدستور فتخاطب المشرع بالنسبة لكل القوانين .

ويوجد اختلاف آخر فنى بين المادتين ، فبينما لا يشوب نص المادة الأولى من القاتون المدنى أى عيب فى الصياغة ، وواضع هذا النص هو عميد الفقه العربى الدكتور عبد الرزاق السنهورى ، فإن نص المادة الثانية من الدستور يشوبه عيب كبير فى الصياغة لأنه يخلط بين مصادر القاتون ، والمبادئ العامة للقاتون ، فى جملة واحدة من خمس كلمات . ويقال أن واضع هذا النص هو الدكتور صوفى أبو طالب رئيس مجلس الشعب الأسبق .

وبالرغم من الاختلافات السابق ذكرها ، فإن التشابه بينهما ، بل قل التطابق بينهما ، يغلب ويحجب

هذه الاختلافات . فكل من النصين يتعلق بالمبادئ العامة للقانون المصرى ، وليس بمصادر القانون . وكل من النصين يتحدث عن مبادئ الشريعة الاسلامية وليس عن أحكامها التفصيلية . والمقصود بمبادئ الشريعة الاسلامية ، كما قال الدكتور السنهورى ، أمام مجلس الشيوخ أثناء مراجعة نص المادة الأولى من القانون المدنى ، المبادئ الكلية للشريعة الاسلامية ، التى لا يوجد خلاف بشأنها بين الفقهاء .  
ولذلك فنحن نقول بكل ثقة واطمئنان ، أن المادة الثانية من الدستور لا تستحق كل الضجة التى أثرت بشأنها ، فهى لم تحدث انقلابا فى النظام القانونى فى مصر ، وهى لا تهدد الدولة المدنية القائمة فى مصر منذ نحو مائتى عام ، ولا تمهد لإنشاء الدولة الدينية ، لأنها فى الواقع لم تأت بجديد فحكمها موجود فى القانون المدنى منذ عام ١٩٤٩ . ومع ذلك فمن الواجب اصلاح العيب فى صياغتها بما يودى إلى تحقيق القصد الحقيقى للمشرع الدستورى منها . والعيب فى صياغتها يرجع كما ذكرنا إلى أنها تخلط فى جملة واحدة بين المبادئ العامة للقانون ، وبين مصادر القانون . وهو خلط لا يليق الإبقاء عليه عندما تسنح فرصة تعديل الدستور .

وللمزيد من الايضاح نقوم الآن بالترفة بين مصادر القانون وموضوع القانون .

#### **٥- لا يصح الخلط بين مصادر القانون وموضوع القانون :**

الترفة بين مصادر القانون وموضوع القانون ، هى ترفة فلسفية عميقة جداً ، أول من أبرزها بوضوح كامل ، الفيلسوف الألمانى الكبير كانت\* ، واستخدمها لإزالة الخلط بين القانون الوضعى ، والقانون الطبيعى ، وهو ما سنعود إليه فيما بعد .

ونحن لا نريد أن نبدأ بالفلسفة العميقة حتى لا نرهقكم ، ولذلك سنشرح هذه الفلسفة ، عن طريق الأمثلة التشريعية الواقعية التى يعرفها الجميع .

فالجميع يعرف أن مصر تبنت فى عام ١٨٧٥ ثم فى عام ١٨٨٣ ، التقنينات الفرنسية الكبرى . وكلمة تقنين Code ، تعنى القانون الشامل الذى ينظم فرعاً بأكمله من فروع القانون ، كالقانون المدنى ، أو القانون التجارى ، أو القانون الجنائى ، أو قانون المرافعات ... الخ .

وعندما صدرت التقنينات المختلطة عام ١٨٧٥ ثم التقنينات الأهلية عام ١٨٨٣ ، كانت معظم أحكامها الموضوعية منقولة تماماً عن الأحكام الموضوعية للتقنينات الفرنسية الكبرى . فهناك تطابق إذن من حيث الموضوع بين التقنينات المصرية والتقنينات الفرنسية .

ومع ذلك فإن التقنينات المصرية لا ترجع فى مصدرها إلى إرادة الدولة الفرنسية ، بل ترجع إلى إرادة المشرع المصرى الذى نقل مضمونها من التقنينات الفرنسية .

ونظراً للاختلاف فى المصدر ، رغم تطابق الموضوع ، فإن هذه التقنينات ، هى قوانين مصرية صادرة عن المشرع المصرى ، لاشك فى ذلك ، ولا يجادل أحد فى ذلك .

وسأعطى مثلاً تشريعياً آخر حدث فى منتصف القرن العشرين . فبعد أن وضعت مصر للتقنين المدنى الجديد ، عام ١٩٤٨ . والذى تم العمل به عام ١٩٤٩ . وهو التقنين الذى وضعه كما أسلفنا الأستاذ السنهورى ، نقلا عن التقنين المدنى القديم ، وعن تجربة القضاء المصرى الأهلى والمختلط فى ظل القانون

القديم ، وعن القانون المقارن ، خاصة التقنينات السويسرية والألمانية ، وكذلك بعض أحكام الشريعة الإسلامية في الشفعة ، وخيار الرؤية في عقد البيع ... الخ ، قامت العديد من الدول العربية بتبني معظم أحكام هذا التقنين في قوانينها الوطنية . ومن هذه الدول العراق وليبيا وسوريا والجزائر ... الخ . وبهذا فإن المشرع المصري أحدث وحده قانونية عربية ، وهي الوحدة التي عجز عن تحقيقها رجال السياسة .

وأنا لى تجربة شخصية مع القانون المدنى الجزائرى ، فقد اشتركت فى تحكيم قضائى فى قضية مالية كبرى تزيد قيمتها على عشرين مليار دولار ، بين الشركة الوطنية الجزائرية للبترول (سوناتراك) ، وبين إحدى أكبر شركات البترول الأمريكية . وكان القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع هو القانون المدنى الجزائرى . وقد اختارنى أحد طرفى هذا النزاع لإبداء رأى القاتونى فيه ، لأن القاتون الجزائرى مطابق للقانون المصرى ومنقول عنه ، ولأننى أستاذ القانون المدنى المصرى الذى سيؤخذ رأيه القاتونى مأخذ الجد أمام هيئة التحكيم كما قيل لهم .

والذى أريد أن أقوله الآن هو أنه عندما أمدنى الطرف الذى استعان بى ، بنسخة من القانون المدنى الجزائرى ، وجدت أن هذا القانون قد صدر فى الجزائر أولاً باللغة الفرنسية ، عقب استقلال الجزائر ، وأنه صورة طبق الأصل للترجمة الفرنسية للقانون المدنى المصرى ، وهى الترجمة التى نشرتها وزارة العدل المصرية بعد العمل بهذا القانون عام ١٩٤٩ .

والسؤال الذى أطره الآن هو هل القانون الجزائرى المطابق فى مضمونه للقانون المصرى ، هو قانون جزائرى أم قانون مصرى ؟ الإجابة الصحيحة بالطبع هى أنه قانون جزائرى صادر عن المشرع الجزائرى ، ويختلف فى المصدر عن القانون المصرى ، حتى ولو كان المضمون واحداً .

وبالمثل فعندما أخذ المشرع المصرى ببعض أحكام الشريعة الإسلامية فى الزواج ، والطلاق ، والميراث ، والوصية ، والشفعة ، وخيار الرؤية فى البيع ... الخ . فإنه تخير أحسن الآراء ، فى نظره ، من المذاهب المختلفة للشريعة الإسلامية . وهو قد وضع قانوناً مصرياً وضعباً مصدره إرادة المشرع المصرى فى لحظة تاريخية معينة ، وإن كان مضمونه مأخوذاً من بعض أحكام الشريعة الإسلامية .

ولهذا فعندما تنص المادة الثانية من الدستور فى صياغتها المعيبة ، على أن المشرع يرجع فى التشريعات التى يضعها إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإن ما يضعه المشرع بعد ذلك هو قانون وضعى مصرى ، مصدره إرادة الدولة ، وإن كان مضمونه مطابقاً أو مستلهماً من المبادئ العامة للشريعة الإسلامية . وكذلك عندما تنص المادة الأولى من القانون المدنى ، على أن القاضى عندما لا يجد نصاً فى القانون ، فإنه يرجع إلى العرف ، فإن لم يجد ، فيرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية . فإن القاضى عندما يصدر حكمه مستوحياً مبادئ الشريعة ، فإنه يضع حلاً للنزاع ، وهو حل بشرى وضعى . فهو ينطق بحكمه هو وليس بالمبادئ العامة للشريعة الإسلامية ، لأن مصدر الحكم هو إرادة القاضى وحده دون غيره .

## ٦- لا يصح الخلط بين القانون الوضعى والقانون الطبيعى (الخلط بين النسبى والمطلق) :

بعد الأمثلة التشريعية السابق ذكرها ، فإن التفرقة الفلسفية العميقة بين القانون الوضعى والقانون الطبيعى تصبح سهلة للغاية . والقانون الطبيعى هو العدل المطلق أو العدل فى ذاته حسب تعبير أرسطو ، أو

الأمر الأخلاقي المطلق حسب تعبير كانت" ، أو القاتون العتلى الصادر عن العقل السليم ، أو العقل المجرى  
عن الأهواء حسب تعبير أرسطو أيضاً ، أو الصادر عن العقل الراجح المستقيم حسب تعبير أكبر الفلاسفة  
المسيحيين ، توماس الأكويني ، الذى عقد الصلح بين فلسفة أرسطو وبين الفلسفة المسيحية . وقد استعان  
توماس الأكويني بأراء المعتزلة من الفلاسفة الإسلاميين فى مسألة الحسن والقبح العقليين ، وقال أن الله لا  
يأمر بشيء إلا لأنه حسن بحسب العقل ، ولا ينهى عن شيء إلا لأنه قبيح فى نظر العقل . بل أن الله جلست  
قدرته لا يستطيع أن يجعل الحسن قبيحا ، والقبح حسنا .

وقد انهزم المعتزلة فى التاريخ الإسلامى ، بينما انتصر توماس الاكويني الذى نقل عنهم ، وتصالح  
مع أرسطو والفلسفة اليونانية ، واتجهت الحضارة الغربية بعد ذلك إلى عصر النهضة القائمة على احترام  
العقل.

وبالرغم مما قاله البابا بنديكت السادس عشر ، من أن الإسلام لم يحترم العقل أو ما يشبه هذا  
القول، فإن التاريخ يشهد على أنه وجدت فى التاريخ الإسلامى إشراقات عقلية باهرة منذ بدايته ، وأن  
أنصار العقل لم ينهزموا بصفة نهائية حتى الآن ، رغم أنهم تهزموا فى معظم الأحيان . وقد جعلنا الأخ  
الصدىق الدكتور حازم الببلاوى نتذكر معه أن الخليفة العظيم عمر بن الخطاب أوقف العمل بنص قطعى  
الثبوت والدلالة وارد فى القرآن الكريم عن حق المؤلفه قلوبهم فى الزكاة ، لأن الله أعز الإسلام ، ولم يعد  
فى حاجة إلى تأييد هؤلاء ، أخذنا منه بالحكمة من النص . وكذلك فإن الخليفة عمر بن الخطاب نفسه أوقف  
العمل بحد السرقة فى عام المجاعة . وقد تساءل الدكتور الببلاوى فى مقالات له فى الأهرام . هل هذا  
الاجتهاد العتلى الكبير هو حق عمر بن الخطاب وحده ، أم انه يحق لنا أيضا فى العصر الحديث أن نرجع  
إلى الحكمة من النص ، ولا نتوقف فقط عند العلة التى يقال أن الحكم يدور معها وجودا وعدما ؟ والعلة  
تشبه ما يسميه الفرنسيون الفرض فى القاعدة . فكل قاعدة تتحلل إلى فرض وحل ، فإذا تحقق الفرض أى  
تحققت شروط انطباق القاعدة ، انطبق الحكم فورا . فالقول بالعلة دون الحكمة هو قول بعدم الخروج من  
النص إلى ما وراء النص . ولم يحصل الدكتور الببلاوى على إجابة على سؤاله .

وفى تاريخ الفكر الإسلامى أيضا قال أبو العلاء المعرى ، لا إمام إلا العقل . ولكنه وجد من يتهمه  
بالكفر . وعندما قال المعتزلة بالحسن والقبح العقليين ، انهزموا امام الأشاعرة . ولكن الفلسفة الغربية نقلت  
عنهم وسارت فى طريق العقل . وعندما نادى بن رشد بحكم العقل ، أحرقوا كتبه ، وانتصر من قال بتهافت  
الفلاسفة .

ومع ذلك فإن العصر الحديث يشهد على وجود العديد من أنصار العقل الأقوياء أمثال محمد عبده ،  
ولطفى السيد ، وطه حسين ، والشىخ شلتوت ، والدكتور حازم الببلاوى ، وكذلك الإمام الأكبر الدكتور محمد  
سيد طنطاوى الذى أفتى بدون خوف أو تردد ، بعدم تحريم فوائد البنوك . ولكن المعركة لازالت قائمة ،  
بينما انتهت فى الغرب إلى انتصار حاسم ، لأنصار العقل والعلم التجريبي .

ونعود إلى موضوعنا وهو التفرقة بين القاتون الطبيعى ، والقاتون الوضعى .

ويوجد فى الفلسفة اتجاهان : أحدهما خاطئ تماما يخلط بين القاتون الوضعى والقاتون الطبيعى أو

ناتون العقلي . وهو خلط في المصدر ، وهو اتجاه هوبز وهيجل وأنصار الحاكمية لله . ويوجد اتجاه آخر ححيح وهو الاتجاه السائد الذي يفرق بكل وضوح بين القانون الوضعي ، والقانون الطبيعي على أساس تفرقة في المصدر أيضا .

في عبارة هامة للغاية في تاريخ الفكر الاساسي ، وضعناها على غلاف كتابنا في النظرية العامة قاتون، قال أرسطو نحن نبحث عن التفرقة بين العدل في ذاته ، والعدل داخل المجتمع " . (الاخلاق ٥ ، ٤) .

ومنذ الأزل أدرك الانسان أن العدل الذي يراه داخل المجتمع هو عدل بشري ناقص ، وأن هناك نوعا ن العدل اسمى من العدل الوضعي البشري ، وهو ما يسميه أرسطو العدل في ذاته . وهو العدل المطلق . هو يؤكد ضرورة التفرقة بين النوعين من العدل وعدم الخلط بينهما ، لأن الخلط بينهما يؤدي إلى الطغيان الاستبداد ، وتقديس العدل البشري ، بما لا يجوز .

ولابد بالطبع من الاستعانة بالبشر لتحقيق العدل داخل المجتمع . وأهم الوسائل البشرية لتحقيق لعدل هي التشريع ، وأحكام القضاء ، والعقود .

ولهذا يقول أرسطو أن التشريع ينبغي أن يصدر عن عقل الانسان المجرد عن العواطف ، والأهواء، والصراع الطبقي ، وصراع المصالح . وينبغي أن يكون العدل عاما بالنسبة للجميع ولا يصدر لحالات خاصة . ولذلك ينبغي أن يكون القانون عاما مجردا . ونتيجة لذلك نقول أن التشريع هو العدل العام . ولكنه يبقى مع ذلك عدلاً بشرياً وضعياً ، من صنع البشر .

والدولة تسلم القانون للقاضي ليحكم بالعدل ، أي ليحكم بمقتضى القانون ، ويكمل ما فيه من نقص عندما لا يجد نصا في القانون بالرجوع إلى جوهر القانون الذي استقى منه المشرع أحكامه وهو العقل المجرد عن الأهواء . أي أنه يرجع إلى القانون الطبيعي أو العقلي ، ليقوم بما كان سيقوم به المشرع نفسه لو أنه واجه مثل هذا النقص . هذا ما قاله أرسطو وما نقله عنه حرقيا القانون السويسري ، وما نقله عنه تقريبا القانون المدني المصري في مادته الأولى . والقاضي لا ينطق بالقانون الطبيعي ، ولكنه ينطق بحكمه البشري لحل النزاع للمعروض عليه مستوحيا القانون الطبيعي أو العدل في ذاته ، أو مبادئ القانون الطبيعي، أو مبادئ الشريعة الاسلامية . فهو يجتهد ليصدر حكما بشرياً وعدلاً بشرياً .

وكذلك العقود فهي أهم وسائل تحقيق العدل في المجتمع ، لأن كل متعاقد يسعى لتحقيق مصلحته ولا يرضى الظلم لنفسه . ومن قال عدلاً فقد قال عدلاً . ولكنه عدل بشري ، وقد ينتج عن العقد نتيجة لعدم المساواة في القدرة الاقتصادية مثلا ، عقد ظالم لا يحقق العدل الحقيقي . وهنا يمكن أن يتدخل القاضي بإذن من المشرع ، فيقوم بتعديل العقد الظالم ، ويرده إلى شيء من العدل ، مستوحيا في ذلك العدل المطلق الذي يرشده إليه عقله المجرد عن العواطف والأهواء ، ويضع بذلك حلا عادلا للنزاع ، ولكنه في آخر الأمر عدل بشري من صنع القاضي نفسه .

وقد أخطأ بعض شراح القانون المدني في مصر ، عندما قالوا أن المادة الأولى من القانون المدني، جعلت القانون الطبيعي مصدرا احتياطيا ثالثا للقانون المدني بعد العرف ، ومبادئ الشريعة الاسلامية.

والصحيح أن القانون الطبيعي هو جوهر القانون ، وليس من مصادر القانون .

وتأكيداً لضرورة التفرقة التي قال بها أرسطو بين القانون الطبيعي أو العدل المطلق ، وبين القانون الوضعي ، فإن الفيلسوف الكبير "كانت" زاد هذه التفرقة وضوحاً ، فقال أنه في الفرض الجدلي نادر الحدوث الذي يمكن أن يتطابق فيه مضمون القانون الطبيعي مع مضمون القانون الوضعي ، فإن الفارق بينهما يظل قائماً ، وهو فارق يرجع إلى مصدر كل منهما . فبينما مصدر القانون الطبيعي هو العقل الخالص . فإن مصدر القانون الوضعي هو إرادة الانسان . وفي هذا الفرض الجدلي الذي يتطابق فيه القانونان من حيث المضمون ، فإن إرادة المشرع تكون "صليحة الالتزام بالتصرف حسب القانون الطبيعي ، ولكنها ليست مصدر القانون الطبيعي ذاته " . (كانت ، نظرية القانون ، الترجمة الفرنسية بواسطة بارني ، باريس ، ١٨٥٤ ، ص ٣٨)

ورغم الأهمية البالغة لضرورة التفرقة بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي ، ووضوح هذه التفرقة على أساس عدم الخلط بين مضمون القانون وبين مصدره ، وعدم الخلط بين مصدر القانون الطبيعي ومصدر القانون الوضعي ، فإن بعض الفلاسفة ذهبوا إلى الخلط بينهما على أساس الخلط في المصدر ، ومن هؤلاء هوبز وهيجل .

فيقول هوبز وباختصار شديد أن مصدر القانون الطبيعي هو عقل الدولة ، فالذي يخلق القانون الطبيعي هو "عقل ذلك الرجل المصطنع وهو الكومولث" . وغنى عن الذكر أن نظرية هوبز عن عقل الدولة أو عقل الكومولث ، هي نظرية منحرفة غير صحيحة ، وهي ترفع بغير حق من شأن المشرع الانسان ، فتجعله مصدر العدل المطلق أو العدل في ذاته . وهي تؤدي بذلك إلى تقديس القوانين الوضعية ، وتؤدي بالضرورة إلى الاستبداد . ولهذا وصفها الفيلسوف ماكس شيلر بأنها من قبيل اللغو "absurde" . (راجع كتابنا في النظرية العامة للقانون والمراجع المشار إليها ص ١٨٤ وما بعدها) .

أما هيجل وباختصار شديد أيضاً ، فهو يطلق على القانون الطبيعي أو العقلي : العقل المطلق ، أو الإرادة العالمية في ذاتها ومن أجل ذاتها ، أو روح العالم . وهو يرى أن الدولة هي تجسيد للإرادة العالمية "فهى مجئ الله على الأرض ، ولذلك تجب عبادتها باعتبارها التجسيد الإلهي على الأرض" . ولكن هيجل لا يتكلم عن كل دولة كما يفعل هوبز ، بل يقصد فقط الدولة السائدة في عصرها ، فهى وحدها التي تعتبر "تجسيماً للروح العالمي" ، وتعتبر بالتالي "شيئاً معقولاً في ذاتها ومن أجل ذاتها" . وفى مواجهة هذه الدولة فإن "الشعوب الأخرى لا يكون لها أى حق" (راجع كتابنا ، النظرية العامة للقانون ، ص ١٨٦ وما بعدها) .

ونظرية هيجل تعنى للمطابقة بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي ، فى دولة واحدة فقط ، هى الدولة السائدة فى عصرها . ومن حق هذه الدولة أن تستبد بمواطنيها ، وبجميع شعوب الدول الأخرى . ويشهد العالم من وقت لآخر تطبيقات لهذه الدولة السائدة فى عصرها ، لعل أبرزها هى ألمانيا النازية . ونتمنى ألا تكون الولايات المتحدة قد أصبحت فى الوقت الحاضر تطبيقاً لهذه الأفكار المجنونة . وتشبه نظرية هوبز فى عقل الدولة ، ونظرية هيجل فى عقل الدولة السائدة فى عصرها ، نظرية الحاكمية



التي قالت بها بعض النظريات المتطرفة في الفكر الاسلامي .

ومن المؤكد أن الله لم يتجسد في الدولة كما يقول هيجل . ولم ينزل ليحكم في الأرض كما يقول  
ار الحاكمية لله . وإنما هم البشر الذين يريدون أن يسبقوا على حكمهم صفات التقديس والأوهية ،  
عون أن قوانينهم الوضعية ، هي أحكام ألهيبة مطلقة .

### **مبادئ الشريعة الاسلامية ليست مصدرا في القانون المدني أو الدستور :**

توجد نظرية هامة في القانون ، نادى بها أرسطو ، وهي نظرية النقص في التشريع ، ومعناها  
اطة أن التشريع غير كامل . فقد توجد حالات ومنازعات ليست لها حكم في التشريع .  
ونمواجهة هذا النقص فإن المشرع يصدر تشريعات جديدة يسد بها هذا النقص ، أو يعالج عيوب  
بريعات القائمة بالإلغاء والتعديل والتطوير . وكذلك القاضي عندما لا يجد حلا للنزاع في التشريع ، فإن  
، المادة الأولى من القانون المدني يأمره بأن يبحث بنفسه عن حل لهذا النزاع عن طريق الرجوع إلى  
ف، فإن لم يجد بحث في مبادئ الشريعة الاسلامية باعتبارها من المبادئ العامة للقانون ، ثم بعد ذلك  
مبادئ القانون الطبيعي وهو جوهر القانون .

وهذا النص لا يعنى كما فهم البعض ، أن مبادئ الشريعة الاسلامية هي مصدر احتياطي ثان  
نون. فهذا النص لم يقل هذا ، وهذا النص لم يخلط بين مصادر القانون وبين جوهر القانون ، أو المبادئ  
مة للقانون . وواضع هذا النص هو الأستاذ السنهورى الذى لا يعقل أبداً أن يخلط بين مصادر القانون  
ن جوهر القانون ، أو المبادئ العامة للقانون .

ولذلك نقول بكل ارتياح أن صياغة المادة الأولى من القانون المدني ليس فيها أى عيب فى  
صياغة .

أما نص المادة الثانية من الدستور فقد شابهه عيب فى الصياغة ذكرناه من قبل ، لأنه خلط فى جملة  
حدة بين المبادئ وبين المصدر . إذ يقرر أن مبادئ الشريعة الاسلامية هي مصدر رئيسى للتشريع ، أو  
صدر الرئيسى للتشريع . والصحيح أن التشريع هو المصدر الأول للقانون ، أما المبادئ العامة للشريعة  
سلامية ، فهي من المبادئ العامة للقانون التى يجب أن يستلهمها المشرع عندما يحاول أن يسد نقصا فى  
شريع ، أو يعمل على تطويره وتعديله . ولا يجوز أبداً فى صياغة قانونية صحيحة أن نخلط بين المبادئ  
نامة للقانون ، وبين مصادر القانون .

### **- الفكرة العامة للوجود التى تنبع منها المبادئ العامة للقانون :**

فى كل مجتمع توجد فكرة عامة سائدة للوجود . وإذا أردنا أن نحدد النظرة العامة للوجود السائدة  
، مصر ، أمكن القول أنها نظرة تؤمن بوجود الله ، وبالعدل المطلق ، والرسالات السماوية ، وتؤمن  
جود اخلاق طبيعية مطلقة ، وتؤمن بقوة العقل الانسانى ، وقدرته على اكتشاف المبادئ السامية للأخلاق .  
يوجد لدى الناس فى مصر إحساس عام بالتقارب بين المبادئ الاخلاقية فى الديانات السماوية المختلفة ،  
إحساس عام بالتقارب بين ما تقضى به هذه المبادئ وبين ما يقضى به العقل .

والرأى الراجح فى فهم المقصود بالمبادئ العامة ، يذهب إلى أن هذه المبادئ ليست قواعد قانونية

بالمعنى الفنى المقصود بكلمة قاعدة قانونية ، وإنما هى أفكار جوهرية يمكن استنباطها من الفكرة العام للوجود السائدة فى المجتمع ، كما يمكن كذلك استقراءها من القواعد القانونية الوضعية الموجودة فى هـ المجتمع . والمبادئ العامة تكاد تقف فى مركز متوسط بين الفكرة العامة للوجود ، وبين القواعد الوضـ المعمول بها فى مجتمع معين . فالمبادئ العامة تعبر تعبيراً كلياً عن الفكرة العامة للوجود . ثم تأتى القوا القانونية فتعبر تعبيراً جزئياً عن الأفكار التى تضمنتها المبادئ الأساسية المذكورة .

والمبادئ العامة للقانون المعترف بها فى مصر ، هى مبادئ حقوق الانسان ، والمبادئ العام للشريعة الاسلامية . أما حقوق الانسان ، فهى الحقوق التى لا يجوز التنازل عنها فى أى عقد اجتماعى و أصبح هذا العقد باطلا حسب فلاسفة العقد الاجتماعى . وهو عقد عقلى وليس عقداً إرادياً . فهو مجرد تعـ جديد أو تبسيط لنظرية القانون الطبيعى .

وهى الحقوق التى سبق الاعتراف بها فى الاعلانات القديمة ، كالإعلان الانجليزى لسنة ١٦٨٨ والإعلان الأمريكى لسنة ١٧٧٦ ، والإعلان الفرنسى لسنة ١٧٨٩ ، والإعلان العالمى لسنة ١٩٤٨ . وقد نصت على هذا الحقوق كل الدساتير المصرية منذ دستور ١٩٢٣ إلى دستور ١٩٧١ .

والمبادئ العامة للقانون ، سواء تلك التى عبر عنها الاعلان العالمى لحقوق الانسان ، أو المباد العامة الكلية للشريعة الاسلامية ، حسب تعبير الدكتور السنهورى ، تختلف عن مصادر القانون فى أنها تخلق قواعد قانونية وضعية ، بل تسبق خلق هذه القواعد . فالمصدر الوحيد للقانون هو ارادة الدولة التـ تعبر عن نفسها بطرق مختلفة فى مصادر متعددة هى التشريع والعرف والقضاء . أما المبادئ العام للقانون فهى لا تصدر عن ارادة الدولة ، ولكنها تمهد لهذه الارادة الطريق الذى تعبر به عن نفسها والفرق هنا فى المصدر .

#### ٩- تحديد مصادر القانون طبقاً لمبدأ السبب المنشى :

مصادر القانون هى الأسباب المنشئة للقواعد القانونية فى مجتمع معين . فالقاعدة كأى شىء آخـ فى الوجود لا يمكن أن تنشأ من العدم ، بل لابد من وجود سبب منشى لها ، وذلك طبقاً لقانون السببية الذـ يقرر أنه "لا يوجد شىء بلا مصدر ، ولا توجد نتيجة بلا سبب" .

وقد عُرف هذا المبدأ بطريقة عامة منذ القدم ، ولكنه وُضع فى صياغة علمية دقيقة لأول مرة ، فـ القرن السابع عشر بواسطة الفيلسوف Leibniz . ومنذ إعلان هذا المبدأ ، أصبح هو كما يقول الفيلسوف هيدجر "المبدأ الأسمى للمعرفة" ، أو هو "مبدأ المبادئ كلها" .

والمواقع أنه لا تعارض بين الطبيعة التقويمية لقواعد القانون ، وبين الوجود الواقعى لهذه القواعـ فى مجتمع معين . فإذا كانت قاعدة السلوك التقويمية تحدد ما ينبغى أن يكون Devoir - être ، إلا أن ذلـ لا يمنع أن القاعدة فى ذاتها موجودة ETRE ، فى مجتمع معين فى وقت معين .

#### ١٠- علم الاجتماع القانونى يقول لنا ما هى مصادر القانون فى مجتمع معين :

والعلم التقريرى الذى يبحث فى وجود القاعدة ويحدد مصدرها ، هو علم الاجتماع القانونى

والتشريع قد يلعب دوراً في تحديد مصادر القانون ، ولكنه لا يحسم هذا الأمر أبداً . فالكلمة النهائية عن وجود قاعدة قانونية وعن مصدرها ، ليس هو نص التشريع ، ولكن ما يكشف عنه علم الاجتماع القانوني . وعلى سبيل المثال فإن المادة الأولى من القانون المدني لا تنص على أن القضاء من مصادر القانون . وهناك فرق بالطبع بين القضاء أى تواتر الأحكام القضائية إلى حين استقرار القاعدة القانونية ، وبين الحكم القضائي المنفرد . ومع ذلك فقد قرر علم الاجتماع القانوني سواء فى فرنسا أو فى مصر أن القضاء مصدر للقانون . وكما يقول أحد كبار الفقهاء الفرنسيين فإن واقعة أن القضاء مصدر للقانون هى واقعة معترف بها من الجميع . وتوقفوا عند كلمة "واقعة" فالمقصود بها أن القاعدة هى أمر واقع من حيث وجودها ، وإن كانت تحدد ما ينبغى أن يكون من حيث مضمونها .

وكذلك فإن علم الاجتماع القانوني يقرر لنا أن المصدر الرئيسي للقانون الإداري فى مصر ، هو القضاء الإداري . ويقرر علم الاجتماع القانوني على لسان الدكتور السنهورى ، أن نصف قواعد القانون المدني الجديد ، مأخوذ مما قرره القضاء المصرى فى ظل القانون المدني القديم .

ويقرر كذلك علم الاجتماع القانوني ، أن أحكام الشريعة الإسلامية لا تنطبق بذاتها ، وأن الأحكام القليلة التى انتقها ونقلها عنها المشرع المصرى فى الزواج ، والطلاق ، والميراث ، والوصية ، وغير ذلك ، هى أحكام تشريعية وضعية مصدرها إرادة المشرع وان تطابقت فى مضمونها مع بعض الأحكام أو الآراء الفقهية . فلا ينبغى الخلط أبداً بين المصدر والمضمون كما أوضحنا من قبل .

أما المبادئ العامة للشريعة التى نصت عليها المادة الأولى للقانون المدني ، والمادة الثانية من الدستور ، فهى من المبادئ العامة للقانون المصرى ، مثل مبادئ حقوق الإنسان . ولكنها ليست من مصادر القانون . فلا ينبغى الخلط أبداً بين المبادئ العامة للقانون ، ومصادر القانون .

وكذلك فإن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية ، هى كما يقول الأستاذ السنهورى ، المبادئ الكلية للشريعة وهى ليست محل خلاف بين الفقهاء . وعندما يستلهمها المشرع وهو يضع تشريعا ، فإن هذا التشريع هو عمل بشرى وضعى مصدره إرادة المشرع .

فالمشرع لا ينطق بالمبادئ الكلية للشريعة ، ولكنه ينطق بما يراه هو من حكم بشرى . ونفس الأمر يصدق أيضاً على القاضى عندما يستلهم هذه المبادئ الكلية ، فى العثور على حل للنزاع المعروض أمامه . فهو يحكم بإرادته هو ولا ينطق بحكم المبادئ الكلية للشريعة الإسلامية .

ويقرر لنا علم الاجتماع القانوني ، أن نص المادة الثانية من الدستور لم يطبق إلا فى أضيق الحدود ، لأن الجانب الأكبر من آلاف التشريعات المصرية مأخوذ من التقنيات الأجنبية ، والقانون المقارن ، والقضاء المصرى ، وما يقتضيه العقل ، فى إدارة شؤون البلاد .

ونحن لا نرى مانعا من الإبقاء على ما قصدت إليه المادة الثانية من الدستور ، بعد تعديلها بما يزيل عيوب الصياغة التى لحقت بها ، وأهمها الخلط بين المبادئ وبين المصادر . فلاشك أن المبادئ العامة الكلية للشريعة الإسلامية تنبع عن الفكرة العامة للوجود السائدة فى مصر ، ويمكن أن يستلهمها المشرع وكذلك القاضى دون أن يودى ذلك إلى المساس بالدولة المدنية فى مصر ، التى تقوم على أن الأمة هى

مصدر السلطات ، وأن كل ما يجرى على الأرض هو عمل بشري وعدل بشري ، سواء كان ذلك فى صورة تشريع ، أو حكم قضائى ، أو قرار ادارى ، أو عقد من العقود . فالعدل على الأرض هو عدل بشري مصنوع ، وان كان يجب أن يستلهم المبادئ العامة لحقوق الانسان ، والمبادئ الكلية للشريعة الاسلامية ، التى لا تختلف فى شىء عن المبادئ الكلية للشرايع الدينية الأخرى ، ويستلهم كذلك العدل المطلق أو العدل فى ذاته أو القانون الطبيعى وهو جوهر القانون ، دون أن تخلط أبداً بين القانون الوضعى والقانون الطبيعى ، أن بين مصادر القانون والمبادئ العامة للقانون ، أو بين مصادر القانون ومضمون القانون .

#### ١١ - الصياغة الصحيحة المقترحة لنص المادة الثانية من الدستور :

والصياغة الصحيحة المقترحة للمادة الثانية من الدستور ينبغى أن تكون معبرة بصدق عما يقصده المشرع الدستورى ، وألا تكون معيبة تخلط بين مصطلحات دقيقة لا يجوز الخلط بينها ، وإلا فاتها تفقد كل قيمة لها حتى ولو جاءت فى الدستور . ويجب ألا تغرق هذه المادة فى بحر العواطف والانفعالات ، كما فعلت المادة الأولى من الدستور الصينى التى تنص على أن لتصين دولة ديمقراطية ديكتاتورية !! وهى تقصد بذلك أنها ديمقراطية شعبية تحكمها ديكتاتورية البروليتاريا . وكل هذا خلط لا يجوز أن يقع فيه المشرع الدستورى .

والنص المقترح الصحيح فى صياغته ، هو أن "على المشرع أن يستلهم المبادئ العلمية الكلية للشريعة الاسلامية" . فهذا هو المعنى الصحيح للمقصود بمبادئ الشريعة الاسلامية ، الذى قال به الاستاذ السنهورى ، أثناء مناقشة المادة الأولى من القانون المدنى أمام مجلس الشيوخ . ولا يصح إلا الصحيح كما يقولون .

سمير تناغو

سمير تناغو

## القضايا القانونية المتعلقة بين الدولة والكنيسة

بقلم

دكتور سمير تناغو

استاذ بحقوق الاسكندرية

### ١- الكنيسة لا تضع القانون :

الكنيسة جزء من الدولة . ولا يوجد أى تداخل بين وظيفة كل منهما . فالدولة تختص دون غيرها بوضع القانون وتطبيقه . ولا تتنازل عن اختصاصها القانونى ، حتى ولو فوضت، الكنيسة فى وضع القواعد الموضوعية التى تحكم زواج المسيحيين وطلاقهم . فستظل هذه القواعد صادرة عن إرادة الدولة ، حتى ولو وضعتها الكنيسة بناء على تفويض من الدولة . وسيظل هذا التفويض مشروطاً بأن يتم فى حدود ما تراه الدولة محققاً للخير العام لمواطنيها المسيحيين .

ومن ناحية أخرى فإن الكنيسة تختص دون غيرها بالرعاية الروحية لأبنائها ، وإرشادهم إلى فضائل دينهم ، خاصة ما يتعلق منها بالزواج . وهى لا تقوم بأى عمل تشريعى حتى ولو فوضتها الدولة فى وضع القواعد الموضوعية ، لأن مصدر القانون هو دائما إرادة الدولة وليس إرادة الكنيسة .

ومع ذلك فإنه توجد قضايا قانونية هامة ، ظلت معلقة أكثر من خمسين عاما بين الدولة والكنيسة، لم تجد لها حلا حتى الآن ، وهى قضايا أهم بكثير من قضية بناء الكنائس وترميمها ، التى أوشكت الدولة على حلها عن طريق مشروع القانون الموحد لبناء دور العبادة . ومن القضايا الهامة التى لا زالت دون حل حتى الآن ، قضية تطبيق الشريعة الاسلامية على زواج المسيحيين فى حالة الاختلاف فى الملة أو الطائفة ، رغم وجود حل سهل جداً لهذه القضية فى قواعد تنازع القوانين المنصوص عليها فى القانون المدنى . ومن هذه القضايا المتعلقة أيضا ، قضية عدم اعتراف الكنيسة بالطلاق أو التطلق الذى تصدره المحاكم ، إذا لم يكن متفقا مع ما قاله السيد المسيح فى الانجيل ، عن عدم جواز الطلاق إلا لعه الزنا . وهذه القضية يسهل حلها أيضا على مرحلتين : الأولى هى حل القضية السابقة المتعلقة بتطبيق الشريعة الاسلامية على مسيحيين دون مبرر . أما المرحلة الثانية ، فهى وضع نظام يسمح للمسيحي المطلق الذى ترفض الكنيسة عقد زواج ثان له ، بأن يعقد زواجا مدنيا ، يضع شروطه وإجراءاته وزير العدل . ويظل هذا الزواج المدنى الاستثنائى محكوما فى آثاره وانحلاله بأحكام الشرائع المسيحية . وهذا الزواج المدنى الاستثنائى الذى افضته الضرورة ، يظل محصورا فى الحدود الضيقة التى وُضع من أجلها . وهو يختلف فى الدرجة والنطاق عن الزواج المدنى فى فرنسا والدول الأوروبية الأخرى . فمن المعروف أن فرنسا

فصلت منذ أكثر من مائتي عام فصلا كاملا بين الزواج الدينى والزواج المدنى . أما فى مصر فإن زواج المسيحيين هو زواج دينى ومدنى فى نفس الوقت ، وسيظل كذلك مراعاة لاتجاهات الرأى العام ، على أن يسمح بصفة استثنائية وعند الضرورة بعقد زواج مدنى من حيث شروط انعقاده عندما يتعذر عقد الزواج الدينى .

وجدير بالذكر أن الدول الأوروبية والمسيحية بصفة عامة ، أصبحت منذ وقت طويل ، تستلهم فى قوانينها ما تراه موافقاً للعقل والمصلحة والتجربة ، وتصرف النظر عن أحكام الدين ، أو بتعبير أدق تصرف النظر عن التفسيرات المختلفة لأحكام الدين . وقد قطعت ألمانيا آخر الشوط فى هذا الاتجاه ، عندما أصدرت محكمتها الفيدرالية العليا فى ١١ أكتوبر ٢٠٠٦ حكماً تاريخياً ، قررت فيه أن تحريم الطلاق فى الشريعة الكاثوليكية ، مخالف للنظام العام فى ألمانيا . وسنعود إلى التعليق على هذا الحكم فيما بعد . ونظراً لأن هذه القضايا المعقدة سببت ضيقاً وحرماً واحتقاقاتاً فى المجتمع ، لأكثر من نصف قرن ، رغم أن حلها فى غاية السهولة والبسر ، فقد طلب منى العديد من زملائى من أساتذة القانون فى مصر ، وأساتذة القانون المقارن فى أوروبا ، أن أعرض هذه القضية أو القضايا ، عرض سهلاً واضحاً على الرأى العام ، وعلى المسؤولين فى الدولة والكنيسة ، بعد كل الوقت الذى ضاع فى انعدام الحوار ، وعدم الفهم ، والخلط بين الأمور ، وترك المشاكل دون حل . وها أنا استجيب إلى هذه الدعوة الكريمة ، وأبدأ بطرح الاسئلة الصحيحة .

## ٢- الاسئلة الصحيحة عن القضايا المعقدة :

**السؤال الأول :** هل صحيح أن القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، الذى ألغى المحاكم الشرعية والمجالس المليية ، نص على تعدد القوانين التى تنطبق على المصريين بحسب ديانتهم ، فى كل ما كان يسمى بالأحوال الشخصية ، بالرغم من أن القانون قد تم توحيد على المصريين جميعاً فى معظم هذه المسائل ، ولم يبق دون توحيد غير ما يتعلق بالأسرة من زواج وطلاق ؟ وهل يمكن أن يبلغ العيب فى التشريع هذه الدرجة ؟ ولا نقول تنزهاً هل يمكن أن يبلغ جهل المشرع بالقانون هذه الدرجة ؟

**السؤال الثانى :** هل وقع القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فى نفس الخطأ ، فقرر أيضاً أن الشرائع تتعدد ، بالنسبة لكل مسائل الأحوال الشخصية ، رغم أن الفقه نبه إلى جسامه هذا الخطأ فى العديد من الكتب والأبحاث ؟

**السؤال الثالث :** هل صحيح أن المحكمة الدستورية العليا ، قررت عدم دستورية نص ورد فى لائحة الأقباط الارثوذكس لعام ١٩٣٨ ، فى مسألة كان قد تم توحيد القانون فيها بالنسبة للمصريين جميعاً ، ولم تكن لائحة الأقباط الأرثوذكس منطبقة عليها أصلاً ، ولم يكن هناك ما يدعو إلى البحث فى دستورية مثل هذا النص ؟

**السؤال الرابع :** هل قصد المشرع فعلاً تطبيق الشرائع المسيحية على المسيحيين ، عندما أصدر قانون إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية لعام ١٩٥٥ ؟ وإذا كان قد قصد ذلك فعلاً ، فلماذا قرر

تطبيق الشريعة الإسلامية في حالة الاختلاف في الملة والطائفة ، مع أن قواعد تنازع القوانين المنصوص عليها في القانون المدني ، كانت كفيلاً بحل هذه المشكلة البسيطة ؟ أم لعله كان يجهل بوجود هذه القواعد ، كما كان يجهل بأن القانون قد تم توحيدِه بالنسبة لمعظم مسائل الأحوال الشخصية ؟

**السؤال الخامس :** هل تطبق المحاكم في مصر الشريعة الإسلامية في طلاق المسيحيين في حالة الاختلاف في الملة أو الطائفة ، بحيث يقول الزوج المسيحي لزوجته المسيحية أنت طالق فتطلق ، وتثبت المحكمة وقوع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج المسيحي ؟

**السؤال السادس :** هل تطبق المحاكم في مصر أحكام الشريعة الإسلامية في تعدد الزوجات ، على المسيحيين في حالة الاختلاف في الملة أو الطائفة ، أم أن محكمة النقض المصرية رفضت تطبيق نصوص القانون في هذا الشأن ؟

**السؤال السابع :** يوجد اختلاف واضح بين الكنيسة والقضاء ، بشأن أسباب التطلاق الواردة في لائحة الأقباط الأرثوذكس لعام ١٩٣٨ . فقد اعتبرت محكمة النقض في أحكام متواترة أن هذه اللائحة هي القانون الواجب التطبيق على الأقباط الأرثوذكس ، وجعلت من هذه اللائحة قانوناً قضائياً وضعياً ، بينما ترفض الكنيسة الاعتراف بأحكام التطلاق التي تصدر طبقاً لهذه اللائحة ، إذا لم يكن سببها هو الزنا ، حسب قول السيد المسيح أنه لا طلاق إلا لعلّة الزنا . والسؤال هو كيف يمكن حل هذه العقدة ، والخروج من هذا المأزق ؟

**السؤال الثامن :** من المعروف أن زواج المسيحيين في مصر ، هو زواج ديني ومدني في نفس الوقت . فهل يمكن للمسيحي أن يعقد زواجاً مدنياً فقط بصفة استثنائية ، وفي نطاق محدود ، عندما يتعذر عقد الزواج الديني ؟ وما هي الأحكام التي تسرى على هذا الزواج في آثاره وتحليله ؟

**السؤال التاسع :** لماذا لم تصدر الدولة القانون الموحد الذي اتفقت عليه جميع الطوائف والملل المسيحية في مصر ؟

سنجيب فيما يلي على كل هذه الاسئلة وغيرها ، وسنضع الحلول السهلة المقترحة لكل هذه القضايا المتعلقة .

### ٣- العيبان الرئيسيان في القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ :

القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، من أهم القوانين التي صدرت في مصر ، فقد ألغى المحاكم الشرعية والمجالس المليّة ووجدت جهات القضاء ، ولكنه أبقى مع ذلك على تعدد القوانين بحسب ما إذا كان أطراف النزاع من المسلمين أو غير المسلمين "حتى لا يكون هناك إخلال بحق أي فريق من المصريين مسلمين أو غير مسلمين في تطبيق شريعة كل منهم" ، كما تقول مذكرته الإيضاحية .

ولتحقيق هذا الهدف نصت المادة السادسة من هذا القانون على تطبيق الشرائع الدينية على غير المسلمين في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية ، بشروط معينة ، أهمها أن يكونوا متحدين في الملة والطائفة . فإذا لم يتوافر شرط الاتحاد في الملة والطائفة ، انطبقت عليهم الشريعة الإسلامية .

ومن الواضح أن واضع هذا القانون لم يكن على علم كاف بأن القانون قد تم توقيده فى معظم المسائل التى كان يطلق عليها اصطلاح الأحوال الشخصية . وهذا هو العيب الرئيسى الأول الذى انطوى عليه هذا القانون . واصطلاح الأحوال الشخصية حسب تعريف محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ٢١ يونيو ١٩٣٤ ، وحسب نص المادة ٢٨ من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة التى صدرت بعد إلغاء الامتيازات الأجنبية عام ١٩٣٧ ، ونص المادة ١٣ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ . يشمل أربع مسائل رئيسية : ١- المسائل المتعلقة بحالة الشخص وأهليته . ٢- نظام الأسرة من زواج وطلاق ونسب . ٣- لولاية والوصاية والقيامه والحجر والإذن بالإرادة وبالغيبه واعتبار المفقود ميتا . ٤- المواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت . وقد تم توحيد القانون فعلا على المصريين جميعا فى كل هذه المسائل ، عدا ما يتعلق منها بالأسرة من زواج وطلاق . وحتى بالنسبة للأسرة فقد تم توحيد القانون بالنسبة للنسب لاحاقه بالميراث ، وبالنسبة للخطبة ، حسب قضاء محكمة النقض المصرية فى المسئولية عن فسخ الخطبة .

وهذا النص المعيب يودى إذا طبق تطبيقا حرفيا ، إلى نتائج غير مقبولة أو معقولة ، إذا حاول البعض التمسك به لتطبيق الشرائع الدينية فى المسائل العديدة التى تم توحيد القانون فيها فعلا على المصريين جميعا . والصحيح أنه إذا عرضت مسألة تدخل فيما كان يسمى بالأحوال الشخصية ، فإن البحث يبدأ أولاً بالسؤال عما إذا كانت هذه المسألة قد تم توحيد القانون فيها فعلا أم لا . فإذا كان القانون قد تم توقيده فلا تطبق الشرائع الدينية بطبيعة الحال .

ومن المؤسف حقاً أن القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ ، بشأن بعض إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية ، ألغى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . ونقل المادة السادسة منه نقلاً حرفياً لتصبح المادة الثالثة من هذا القانون الجديد ، بكل ما تتضمنه من عيوب .

ومن الظريف بل ومن الغريب أن المحكمة الدستورية العليا أصدرت فى ١٠ ديسمبر ٢٠٠١ حكماً بعدم دستورية المادة ١٧٧ من لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس والتى تنص على أنه يجوز الحكم بوفاة الغائب بعد مضي ثلاثين سنة من الحكم بإثبات غيبته... الخ . رغم أن مسألة اعتبار الغائب أو المفقود ميتا ، من المسائل التى تم توحيد القانون فيها بالنسبة للمصريين جميعا ، ولم تكن لائحة الأقباط الأرثوذكس ولجبة التطبيق أصلاً حتى تبحث المحكمة الدستورية العليا فى أمر دستورتها !!

أما العيب الرئيسى الثانى الذى انطوت عليه المادة السادسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، والتى أصبحت المادة الثالثة من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ ، فهو تطبيق الشريعة الإسلامية على المسيحيين فى حالة الاختلاف فى الملة أو الطائفة . ومن الواضح أن واضع هذا البند عام ١٩٥٥ ومن نقل عنه عام ٢٠٠٠ ، كان يجهل وجود فرع هام من فروع القانون ، هو القانون الدولى الخاص ، الذى يضع قواعد تتنازع القوانين ، التى تحدد القانون الواجب التطبيق فى حالة تعدد الشرائع وتنازعها ، وهى القواعد المنصوص عليها فى المواد من ١٠ إلى ٢٨ من القانون المدنى .



ولاشك أن النص على تطبيق الشريعة الإسلامية على المسيحيين ، هي أهم قضية قانونية معلقة بين الدولة والكنيسة منذ أكثر من خمسين عاما .

#### ٤- ضرورة إلغاء وتعديل النص على تطبيق الشريعة الإسلامية على المسيحيين :

تسبب هذا النص المعيب في الكثير من الضيق والحرج والاحتقان ، وقد ظل الأمر هكذا دون حل لمدة نصف قرن ، رغم أن الحل سهل وميسور .

وهذا النص المعيب يخالف قصد المشرع نفسه . فقد قصد المشرع فعلا عام ١٩٥٥ تطبيق الشرائع المسيحية على المسيحيين ، علي النحو الذي ورد بالمنكرة الايضاحية . ولكن نظراً لجهله بوجود قواعد تنازع القوانين في القانون المدني ، وقع في حيره من أمره ، إزاء مشكلة الاختلاف في الملة والطائفة ، ولم يعثر لها على حل إلا بتطبيق الشريعة الإسلامية ، التي لا علاقة لها بأطراف النزاع . ولو كان يعلم بوجود قواعد تنازع القوانين في القانون المدني ، لكان قد طبقها حتما . فهذه القواعد هي التي تحقق قصده قطعا .

وإذا كان هذا النص يخالف قصد المشرع نفسه الذي وضع النص ، فهو يخالف أيضا فيما يبدو أحكام الشريعة الإسلامية ذاتها . وقد ذكر أستاذ القانون الدولي الخاص البارز الدكتور هشام على صادق في أحد أبحاثه ، أن مجمع للبحوث الإسلامية أفتى في ١٩/١٠/١٩٩٧ بأنه لا يجوز تطبيق الشريعة الإسلامية على الزواج المتعدد بين مصريين مسيحيين يختلفان في الملة أو الطائفة . فالشريعة الإسلامية تحرص على ترك أهل الكتاب وما يدينون .

وقد بذلت محاولات جادة للحد من عيوب هذا النص ، بعضها من محكمة النقض المصرية ، والبعض الآخر من لجنة علمية قانونية قامت بوضع نص بديل عن النص المعيب المطلوب تعديله .

#### ٥- محاولات محكمة النقض للحد من عيوب النص على تطبيق الشريعة الإسلامية على

##### المسيحيين :

حاولت محكمة النقض الحد من عيوب هذا النص ، فقررت عدم تطبيق مبدأ تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية ، على غير المسلمين ولو اختلفوا في الملة أو الطائفة . وهي بهذا تخالف النص مخالفة صريحة وتضع قنونا قضائيا من صنعها .

أما عن وقوع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج المسيحي طبقا للشريعة الإسلامية ، فقد فرقّت محكمة النقض بين الكاثوليك وغير الكاثوليك . أما بالنسبة للكاثوليك فقد اعتمدت محكمة النقض على نص غامض هو نص المادة ٧/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وهو النص الذي أبقى عليه القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، رغم إلغاء هذه اللائحة في مجموعها ، والذي يقرر أنه " لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق " . واعتمادا على هذا النص رفضت محكمة النقض تطبيق مبدأ وقوع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ، إذا كان أحد الزوجين كاثوليكيا ، حتى ولو لم يكن كذلك وقت الزواج ، ولكنه تحول إلى الكاثوليكية وقت رفع الدعوى .

ولكن يؤخذ على محاولات محكمة النقض أنها سمحت بوقوع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج المسيحي غير الكاثوليكي في حالة الاختلاف في الملة أو الطائفة . وكان في امكانها أن تمنع ذلك كما منعت تعدد الزوجات .

ومن ناحية أخرى فإن قضاء محكمة النقض بالنسبة للكاثوليك أصبح لاغياً بالمادة ٣/١٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ ، الذي خطأ خطوه نحو الوراء ، واشترط لعدم سماع دعوى الطلاق بالنسبة لكاثوليك بدون أن يخصهم بالذكر ، اتحاد الملة والطائفة . وهو بهذا ألغى الامتياز الذي كان مقرراً لهم في القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، وأهدر المحاولة التي قامت بها محكمة النقض في هذا الشأن . ولذلك فإن محاولات محكمة النقض للحد من العيوب الواضحة في النص ، لا تغنى أبداً عن ضرورة اصلاح الوضع اصلاحاً تشريعياً .

## ٦- لجنة قانونية علمية تقترح نصاً بديلاً :

تكونت لجنة قانونية علمية ، من بعض أكبر أساتذة القاتون المدني والقانون الدولي الخاص في الجامعات المصرية ، رأت من واجبها الوطني أن ترفع الحرج والضيق والاحتقان الذي تسبب فيه تطبيق الشريعة الاسلامية على المسيحيين ، ورأت كذلك من واجبها للعلمي أن تكون نصوص القاتون متفقة مع المبادئ الأساسية في القاتون . وقد وضعت هذه اللجنة مشروعاً لتعديل النصوص المعيبة ، مع مراعاة أن ينصرف التعديل الآن إلى نصوص القاتون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ ، والتي حلت محل نصوص القاتون الملغى رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

مشروع تعديل بعض أحكام القاتون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠

الديباجة .... بعد الاطلاع ..... الخ

مادة (١) : يستبدل بنص المادة ٣ من القاتون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ النص الآتي : "يرجع في المسائل التي كانت تعتبر من الأحوال الشخصية والتي صدر بشأنها قاتون موحد بالنسبة للمصريين جميعاً إلى نصوص القاتون المنكور " .

"أما المسائل التي لم يوحد بالنسبة لها للقاتون ، فتسرى عليها أحكام القاتون والوقف المعمول بها بالنسبة للمسلمين ، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القاتون بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة ، وتسرى عليها للشريعة الدينية لأطراف النزاع بالنسبة لغير المسلمين " .

"وإذا اختلف غير المسلمين في الديانة أو الملة أو الطائفة فيرجع في الشروط الشكلية والموضوعية لصحة الزواج إلى شريعة كل من الزوجين وقت الزواج . أما آثار الزواج فتسرى عليها شريعة الزوج وقت انعقاد الزواج . وتسرى على الطلاق الشريعة التي ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق . وتسرى على التطليق والانفصال الشريعة التي ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى .

ويجوز لغير المسلمين عقد زواج مدني إذا تعذر عقد زواج ديني ، طبقاً للشروط والإجراءات التي يحددها وزير العدل . ويخضع هذا الزواج في آثاره وتحليله لأحكام الفقرة السابقة " .

"وإذا كان أحد الزوجين مسلماً وقت انعقاد الزواج ، ففسر الشريعة الإسلامية وحدها . ويسرى نفس الحكم إذا أسلم أحد الزوجين بعد انعقاد الزواج سواء كان تحوله إلى الإسلام قبل رفع الدعوى أو بعدها . وإذا كان الزوج هو الذى تحول إلى الإسلام بعد انعقاد الزواج ، فيكون للزوجة غير المسلمة الحق فى طلب فسخ عقد الزواج " .

مادة (٢) " تلغى المادة ١٧ فقرة ٣ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ " .  
مادة (٣) ينشر هذا القانون ..... الخ "

## ٧- ضرورة سد الفجوة بين الكنيسة والقضاء :

ترجع الفجوة القائمة حالياً بين القضاء والكنيسة القبطية الأرثوذكسية إلى أن القضاء يطبق أحكام الشريعة الإسلامية فى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ، فى حالة الاختلاف فى الملة أو الطائفة . والكنيسة لا تستطيع أن توافق على وقوع الطلاق بهذه الطريقة . وإذا تم تعديل نص المادة الثالثة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ التى حلت محل المادة السادسة من القانون الملغى رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، وفقاً للتعديل الذى اقترحه اللجنة العلمية المشكلة من أساتذة القانون فى الجامعات المصرية ، وفقاً لما سبق ذكره (فقرة ٦ من هذا المقال) ، فيسزول السبب الأول لهذه الفجوة .

ومع ذلك فيوجد سبب ثان للفجوة ، وهو أن الكنيسة الأرثوذكسية ، تنكر منذ أكثر من ثلاثين عاماً الأسباب العديدة للتطبيق الواردة فى لائحة الأحوال الشخصية الصادرة عن المجلس الملى للأقباط الأرثوذكس فى ٩ مايو ١٩٣٨ ، وتعتبرها مخالفة لأحكام الإنجيل ، وأقوال السيد المسيح التى لا تجيز الطلاق إلا بسبب الزنا .

ومع ذلك فإن محكمة النقض ، قررت فى الكثير من أحكامها أن الشريعة المسيحية الواجبة التطبيق ، ليس فقط ما ورد فى الكتب السماوية بل يشمل ذلك أيضاً ما كانت تطبقه المجالس المليية قبل إلغائها . وقد اعترفت محكمة النقض بمجموعة ١٩٣٨ باعتبارها الشريعة الواجبة التطبيق على الأقباط الأرثوذكس . وبمقتضى هذا الاعتراف فإن هذه المجموعة أصبحت قانوناً قضائياً وضعياً مصدره الأحكام المتواترة لمحكمة النقض .

والعقدة هنا صعبة الحل جداً ، لأن محكمة النقض لن تعدل أبداً عن قضائها لأسباب كثيرة سنذكرها بعد قليل .

أما الكنيسة فهى أيضاً لا يمكن أن تسام أو تتنازل بسبب ضغوط اجتماعية أو سياسية ، أو تقبل بأى حكم يخالف التفسير الصحيح للإنجيل فى تقديرها . ومع ذلك فإن باب الأمل لم يغلق بعد . وسأقوم من جانبى بمحاولة لاقتناع الكنيسة بأن أسباب التطبيق الواردة فى لائحة ١٩٣٨ هى فى حكم الزنا ، ليس بحسب تقديرى الشخصى ، ولكن بحسب توسع للسيد المسيح نفسه فى فكرة الزنا ، على النحو الوارد فى الإنجيل ، وهو ما سنذكره بعد قليل .

أما إذا لم تقبل الكنيسة هذا المعنى الواسع للزنا ، فيكون الحل الوحيد ، هو تمكين المسيحيين الذين ترفض الكنيسة عقد زواج ثان لهم ، من عقد زواج مدنى طبقاً للشروط والإجراءات التى يحددها

وزير العدل . وتتناول كل هذه الموضوعات فيما يلي :

## ٨- القضاء لن يعدل عن موقفه :

من غير المتوقع أبداً أن يعدل القضاء عن موقفه في الأخذ بأسباب التتطبيق الواردة في لائحة

١٩٣٨ لأسباب عديدة أهمها ما يأتي :

١- السبب الأول هو ما قالته محكمة النقض من أن الشرائع الدينية هي ليست فقط ما ورد بالكتب السماوية ، ولكنها تشمل أيضا ما كانت تطبقه المجلس الملي قبل الغائها ، وتباركه الكنيسة حتى بعد إلغائها.

٢- أسباب التتطبيق الواردة باللائحة المذكورة ، هي أسباب قوية جداً ، تؤدي إلى الحكم بالتتطبيق في كل دول العالم المسيحي . والقانون المصري لا يمكن أن يغفل الأفكار التي أصبحت سائدة في كل دول العالم الآن ، ويعامل المواطنين المسيحيين معاملة لا يلقاها أي مسيحي آخر في أية دولة في العالم ، أخذاً بتفسير معين لنص وارد في الانجيل . والنصوص حماله لأوجه كما هو معروف . والتفسير قد يتغير من وقت لآخر .

٣- ليست من وظيفة القضاء وهو مصدر من مصادر القانون ، أن يجبر المواطنين على اتباع الأحكام المثالية في دينهم ، والتي لا يقدر عليها إلا أصحاب العزيمة والإرادة القوية . فهذه مسألة ضمير وليست مسألة قانون .

٤- إذا نظرنا إلى قضاء الدول الأخرى في العالم المسيحي ، نجد أن الأفكار قد تطورت أخيراً بسرعة كبيرة فالمحكمة الألمانية الفيدرالية العليا أصدرت حكماً تاريخياً في ١١ أكتوبر ٢٠٠٦ ، قررت فيه أن أحكام الشريعة الكاثوليكية التي لا تجيز الطلاق ، تخالف النظام العام في ألمانيا . وكان النزاع المعروض أمامها بين زوجين سوريين كلدانيين من الكاثوليك . وكان القانون الواجب التطبيق بحسب قواعد تنازع القوانين في ألمانيا ، هو القانون السوري ، الذي ينص في هذه الحالة على تطبيق الشريعة الكاثوليكية .

٥- الحكم السابق ذكره ، هو حكم تاريخي بكل معنى الكلمة ، لأنه تخطى المرحلة التاريخية السابقة التي أجازت فيها كل الدول المسيحية التتطبيق لأسباب معينة ، وذهب إلى أبعد من ذلك بكثير فاعتبر أن أي قانون أجنبي لا يجيز التتطبيق هو قانون مخالف للنظام العام في ألمانيا ، ولا يجوز تطبيقه حتى ولو كان هو القانون الواجب للتطبيق أصلاً بحسب قواعد تنازع القوانين .

وقالت المحكمة الفيدرالية العليا في ألمانيا في هذا الحكم ، أن الزواج " علاقة إنسانية " ، لا يجوز إجبار أي زوج على الاستمرار فيها ، إذا فقد الزواج معناه . وقد كتب تطبيقاً لها على هذا الحكم صديقنا الدكتور أمية علوان أستاذ القانون المقارن بجامعة هيدلبرج ، وهو لمن لا يعرفه كان أول دفعة عام ١٩٥٣ بكلية الحقوق جامعة القاهرة ، وهي الدفعة التي تخرج فيها بعض أكبر رجال القانون والسياسة في مصر .

## ٩- دعوة الكنيسة إلى الأخذ بالمعنى الواسع للزنا طبقاً للانجيل :

لا يمكن أبداً إقناع الكنيسة عن طريق تقديم الحجج العقلية أو الاجتماعية أو السياسية . فلاكنيسة لا تسالوم أبداً في الدين لأي سبب كان . والطريقة الوحيدة لإقناع الكنيسة هي الرجوع إلى أقوال المسيح كما

جاءت فى الاجيل .

ومن المعروف أن الزنا الفعلى يصعب أو يستحيل اثباته ، ولذلك فهناك اجماع على قبول ما يسمى بالزنا الحكمى الذى يعتبر قرينه على حدوث الزنا الفعلى ، أو هو فى حكم الزنا الفعلى . والكنيسة الأرثوذكسية تقبل فكرة الزنا الحكمى ، وقد ورد النص على الزنا الحكمى فى المادة ١١٥ من مشروع القانون الموحد الذى تقدمت به جميع الكنائس والملل والطوائف المسيحية فى مصر إلى سلطات الدولة لإصداره منذ نحو ثلاثين عاما . وقد نصت هذه المادة على أن يعتبر فى حكم الزنا كل عمل يدل على الخيانة الزوجية كما فى الأحوال الآتية : ..... وذكر هذا النص ست حالات تعتبر فى حكم الزنا مثل هروب الزوجة مع رجل غريب ، أو ظهور خطابات ..... الخ.

فالكنيسة تقبل إذن المعنى الواسع للزنا ، الذى يشمل الزنا الحكمى ، ولا يقتصر على الزنا الفعلى. أما السيد المسيح فقد أخذ بمعنى واسع جداً للزنا ، يتخطى بكثير الزنا الفعلى والزنا الحكمى ، وذلك عندما قال "من نظر إلى امرأة ليشتهيها فقد زنى بها فى قلبه" . وبالطبع إذا نظرت امرأة إلى رجل لتشتهيه ، فقد زنت به فى قلبها . ولم يكن السيد المسيح يتحدث عن حالة افتراضية نادرة ، بل كان يتحدث عما يحدث فعلا فى المجتمع فى كل وقت . فهو يعرف طبيعة البشر وما يجول فى خواطرهم .

ونحن نستطيع أن نجزم بأنه فى كل أسباب التطلاق المنصوص عليها فى لاحقة عام ١٩٣٨ ، يحدث فيها الزنا بالقلب والنظر حتما . لأن الزواج قد زال وولى ، وأصبح كل من الزوجين عرضه لكل الاغراءات والشهوات ، خاصة إذا حرمانا كلا منهما من الحق فى استرداد حريته وللزواج مرة أخرى .

والأسباب الواردة فى هذه اللاحة تشمل بجانب الزنا ، وخروج احد الزوجين عن الدين المسيحى ما يلى : غياب أحد الزوجين خمس سنوات متوالية ، والحكم على أحد الزوجين بعقوبة الأشغال الشاقة أو السجن أو الحبس لمدة سبع سنوات فأكثر ، وإصابة أحد الزوجين بجنون مطبق ، أو بمرض معد ، وإصابة الزوج بمرض العنة ، الذى ثبت انه غير قابل للشفاء ، وإذا اعتدى أحد الزوجين على حياة الآخر أو اعتاد إيذاء إيذاءً جسيماً ، وإذا انغمس أحد الزوجين فى حماة الرذيلة ، وأخيراً إساءة المعاملة التى أدت إلى فرقة لمدة ثلاث سنوات متوالية .

إذا تحقق سبب من الأسباب السابق ذكرها ، فإن الزنا بالعقل والقلب والعين ، يقع حتماً ، وهو زنا حقيقى حسب قول السيد المسيح .

وعندما اعترض السيد المسيح على قول موسى بأن تعطى كتاب طلاق فتطلق . فهو كان يعترض على السهولة البالغة فى الطلاق والذى كان يقع بمجرد كتاب يكتبه الزوج . واشترط أن يكون سبب الطلاق قوياً وليس فقط مجرد إرادة الزوج أو هواه ، واشترط أن يكون هذا السبب هو الزنا . ثم جاء بعد ذلك فى نص آخر وأعطى تعريفاً واسعاً جداً للزنا يشمل الزنا بالنظر والقلب ، وهو ما يحدث قطعاً فى كل حالات الضرر والمرض المعدى والإيذاء والغياب الطويل والسجن ... الخ . ونأمل أن تقبل الكنيسة هذا المعنى الواسع للزنا ، الذى يستند إلى قول السيد المسيح .

والكل قد وقع فى هذا النوع من الزنا ، وقد اعترف الرجل المتدين الرئيس جيمى كارتر ، بأنه وقع

مرات عديدة في شهوة الزنا بالنظر والقلب Lust ، ووقع فيه أيضا القديس سمعان الحزاز ، والذي قلع عينه بسببه أخذاً بوصية المسيح .

وإذا كان يجوز قلع العين بسبب الزنا بالنظر ، ألا يجوز به الطلاق ، وهو أقل من قلع العين بكثير؟ المسألة تحتاج إلى إعادة التفكير فعلاً من جانب الكنيسة .

## ١٠- الزواج المدني في نطاق محدود كحل أخير :

جدير بالذكر أن الكنيسة ليست طرفاً في أحكام التطليق التي لا تعترف بها . فطبقاً لمبدأ نسبية أثر الحكم ، فإن هذه الأحكام تسرى فقط في حق من صدرت في مواجهتهم .

ويظهر دور الكنيسة عندما يذهب أحد هؤلاء المطلقين إلى الكنيسة لتعقد له زواجا ثانياً ، وهو زواج ديني ومدني في نفس الوقت . ولا يمكن إجبار الكنيسة أبداً على عقد زواج ديني لشخص ترى الكنيسة أنه لازال مرتبطاً بالزواج السابق .

ولحل هذه المشكلة التي يعاني منها كل مطلق لا تعترف الكنيسة بطلاقه ، لابد من تمكين مثل هذا الشخص من عقد زواج مدني فقط ، وفقاً للإجراءات والشروط التي يحددها وزير العدل . وبطبيعة الحال يكون هذا الزواج صحيحاً وتعترف به الدولة ، حتى ولو لم يتم بالشكل الديني .

ومع ذلك يظل هذا الزواج خاضعاً من حيث آثاره وتحليله للشرائع المسيحية طبقاً لقواعد تنازع القوانين المنصوص عليها في القانون المدني ، والتي أخذ بها المشروع المقترح بتعديل المادة الثالثة من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ (راجع الفقرة ٦ من هذا المقال) .

وزواج المسيحيين في مصر هو زواج ديني ومدني في نفس الوقت . وقد عبرت محكمة النقض في حكمها الصادر في ١٧ نوفمبر ١٩٧٦ عن هذه الفكرة أحسن تعبير بقولها أن "النص في المادة ١٥ من مجموعة قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس الصادر سنة ١٩٣٨ على أن "الزواج سر مقدس يثبت بعقد يرتبط به رجل وامرأة ارتباطاً علنياً طبقاً لطقوس الكنيسة القبطية الأرثوذكسية بقصد تكوين أسرة جديدة والتعاون في شئون الحياة " ، يدل على أن الزواج في شريعة الأقباط الأرثوذكس نظام ديني لا يكفي لاتعقده توافر الشروط الموضوعية من حيث الأهلية والرضا وانتفاء الموانع ، وإنما يلزم أن يتم الزواج علناً وفقاً للطقوس الدينية المرسومة وبعد صلاة الاكليل اعتباراً بأن الصلاة هي التي تحل النساء للرجال والرجال للنساء وإلا كان الزواج باطلاً " .

وبطبقاً لهذا الحكم الواضح من محكمة النقض فإن زواج المسيحيين في القانون المصري هو زواج مدني وديني في نفس الوقت . فهو يتم بعقد رضائي ، ويتم أيضاً بصلاة الاكليل ، ولا يقنى أحدهما عن الآخر . ورجل الدين أو الكاهن هو الذي يباشر العقد المدني باعتباره موثقاً منتدباً من وزارة العدل ، وهو الذي يقوم في نفس الوقت بصلاة الاكليل .

وفكرة الجمع بين الديني والمدني في وقت واحد ، هي فكرة فريدة من نوعها ، لم يعد لها وجود في الدول الغربية والمسيحية عموماً ، التي فصلت بشكل واضح بين الزواج المدني والزواج الديني . والزواج المدني الذي نقترحه كحل أخير في الحالات الاستثنائية السابق ذكرها ، يختلف تماماً عن

الزواج المدني في الدول الأوروبية والولايات المتحدة وغيرها .

## ١١- الزواج المدني في أوروبا وأمريكا وغيرها :

كانت فرنسا أسبق الدول الأوروبية والمسيحية في الفصل بين الزواج المدني والزواج الديني . فمع قيام الثورة الفرنسية ، نصت المادة ٢/٧ من دستور ١٧٩١ ، أى منذ أكثر من قرنين من الزمان على أن "القانون لا يعتبر الزواج إلا عقداً مدنياً" . ونصت المادتان ١٩٩ و ٢٠٠ من قانون العقوبات الفرنسي ، المعمول بهما حتى الآن ، على عقوبة جنائية للكاهن الذي يعقد زواجا دينيا قبل أن يتأكد من عقد الزواج المدني .

ويحق للزوجين بطبيعة الحال أن يكتفيا بالزواج المدني ، ويجوز لهما أن يعقدا بعده زواجا دينيا إرضاء لضميرهما .

والدولة لا تقف موقفا عدائيا من الزواج الديني . بل أن القضاء الفرنسي ذهب إلى أنه إذا اتفق الزوجان على عقد الزواج الديني بعد عقد الزواج المدني ، وامتنع أحدهما عن اتمام الزواج الديني ، فإتاه يجوز للزوج الآخر أن يطلب التطلاق ، لما في هذا الامتناع من اهاتة بالغة للزوج المتدين الذي يريد أن يرضى ضميره ، ويعقد زواجا دينيا .

فالزواج يكتمل في فرنسا بعقده مدنيا ، أما عقده مرة أخرى دينيا أمام الكنيسة ، فهي مسألة دين وضمير لا شأن للدولة بها .

أما في مصر التي راعت المشاعر الدينية لمواطنيها المسيحيين ، فإن الزواج لا يتعقد صحيحا إلا بصلاة الكليل التي تحل النساء للرجال والرجال للنساء ، فيتعقد الزواج دينيا ومدنيا في نفس الوقت . وسيظل الزواج هكذا لفترة طويلة قادمة ، لأن الدين لا زال يشغل حيزاً كبيراً في حياة الناس في مصر .

أما في الحالات الاستثنائية التي ترفض فيها الكنيسة عقد الزواج للديني ، بعد صدور حكم قضائي نهائي بالتطلاق ، فإن الدولة لا تستطيع أن تتخلى عن مواطنيها المطلقين الذين يرغبون في عقد زواج ثان . ويجب أن يصدر وزير العدل قرارا بتنظيم إجراءات عقد الزواج المدني للمسيحيين في هذه الحالات الاستثنائية ، وإن تراعى في هذا الزواج شروط الأهلية والرضا وانتفاء الموانع ، وإن يتم قيد هذا الزواج في سجلات خاصة بالمصريين ، غير تلك التي تخص الأجانب . وفيما عدا الشروط الشكلية لانعقاد هذا الزواج المدني ، فهو يظل خاضعا في أحكامه وأثاره وانحلاله للشرائع المسيحية المختلفة وفقا لتواعد تنازع القوانين ، بعد إجراء التعديل المطلوب على المادة الثالثة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ . وهناك أمل بطبيعة الحال ألا تدعو الحاجة إلى وضع هذا النظام المدني الاستثنائي ، إذا أخذت الكنيسة في يوم ما بالتفسير الواسع لمعنى الزنا ، على النحو الذي اقترحناه في هذا المقال (فقرة ٩) .

## ١٢- لماذا لم تصدر الدولة مشروع القانون الموحد لجميع الطوائف المسيحية ؟

قامت جميع الطوائف والممل المسيحية بوضع مشروع موحد للأحوال الشخصية ، وتقدمت به إلى سلطات الدولة منذ نحو ثلاثين عاما ، لإصداره كقانون من قوانين الدولة . ومع ذلك فلم يصدر هذا القانون حتى الآن . ونعتقد انه لن يصدر أبداً . ونبدى بشأته الملاحظات الآتية :

( ١ ) اتفاق كل الملل والطوائف على كلمة واحدة في هذا المشروع ، يعتبر انجازا كبيرا ، بل اعتبره البعض معجزة .

( ٢ ) الهدف الأساسي من اعداد هذا المشروع الموحد هو منع تطبيق الشريعة الاسلامية على المسيحيين ، لأنه إذا كان قانونهم سوحداً ، فلماذا تطبيق للشريعة الاسلامية عليهم ؟ ونحن نقول أنه حتى ولو صدر هذا القانون الموحد فستظل تطبيق الشريعة الاسلامية في حالة الاختلاف في الملة أو الطائفة ، ما دامت المادة الثالثة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ قائمة لم تعدل . والدليل على ذلك انه بالنسبة للكاثوليك ، فإنه بالرغم من أن الشريعة التي تحكمهم هي شريعة واحدة ، وهي الإرادة الرسولية لعام ١٩٤٩ و عام ١٩٩٢ ، فإن الشريعة الاسلامية تطبق عليهم إذا اختلفوا في الطائفة ، بأن كان أحدهم قبطيا كاثوليكيا ، والآخر مارونيا كاثوليكيا .

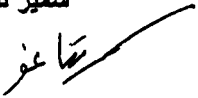
ولا يوجد سبيل لعدم تطبيق الشريعة الاسلامية على المسيحيين غير تعديل المادة الثالثة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ على النحو السابق اقتراحه في هذا المقال (فقرة ٦) .

(٣) هذا القانون لا يمكن اصداره لأنه يتناول مسائل تم توحيد القانون فيها على المصريين جميعا مثل مسألة النسب ، التي ألحقت بالميراث حسب قضاء محكمة النقض . ومن ناحية أخرى فهذا المشروع يتضمن نصوصا عديدة للتبني الذي لا يقره للقانون المصري لمخالفته للشريعة الاسلامية ، ويعتبر الحكم بتحريمه حكما عاما موحدًا بالنسبة للمصريين جميعا .

(٤) هذا القانون لا يمكن اصداره لأنه يضيّق في أسباب الطلاق ويحصرها في الزنا وتغيير الدين . والدولة لا تستطيع أن تصدر قانونا يضيّق على مواطنيها المسيحيين إلى هذه الدرجة ، ويخالف ما استقر عليه قضاء محكمة النقض من الاخذ بأسباب الطلاق الواردة في لائحة ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس ، ويخالف التطور التشريعي الذي حدث في كل الدول المسيحية في العالم ، والذي وصلت فيه ألمانيا إلى آخر الشوط كما رأينا من قبل (فقرة ٨ من هذا المقال) .

وأمّل أن تكون قد قمنا بواجبنا بشحن همة الدولة للإسراع في حل القضايا المعلقة بينها وبين الكنيسة ، بإتغاء النص على تطبيق الشريعة الاسلامية على المسيحيين ، وهو أمر سهل وميسور ، وأن تكون قد قمنا بواجبنا أيضاً في محاولة حل العقدة المستحكمة بين الكنيسة وقضاء محكمة النقض .

سمير تناغو





النطاق القانوني لإدارة محفظة الأوراق المالية الفرعية لحساب الغير  
في النظام السعودي

تأليف : د . محمد بن ناصر البجاد  
أستاذ القانون التجاري المساعد  
بمعهد الإدارة العامة بالرياض

العنوان :

الرياض : ١١٦٢٢

ص . ب : ٨٦١٠٠

هاتف : ٩٦٦٥٠٣٤٥٥٤٠٠

فاكس : ٩٦٦١٤٦٢١٩٠٧



تعد السوق المالية مجالاً خصباً للاستثمار تحرص غالبية الدول على سن القوانين والتشريعات التي من شأنها أن تكفل الحماية له وحفظ حقوق المتعاملين فيه . ويتميز الاستثمار في السوق المالية بجذبه لأموال كبار المدخرين وصغارهم وتوظيفها فيه وذلك لأسباب عديدة ، أهمها سهولة تداول الأوراق المالية وبالتالي تحقيق أرباح سريعة أو على الأمد البعيد ، وتنوع عناصر الاستثمار عن طريق امتلاك أوراق مالية متعددة الأنواع ومتباينة الأشكال مما يقلل من عنصر المخاطرة في هذا النوع من الاستثمار ، كما يوفر هذا النوع من الاستثمار حماية للمدخرات من التضخم ، خصوصاً لصغار المدخرين الذين يحوزون رؤوس أموال صغيرة ولا يستطيعون استثمارها في أية مشروعات تجارية ، وذلك لأسباب عديدة منها على سبيل المثال عدم خبرتهم أو عدم مقدرتهم على ممارسة الأنشطة التجارية مثل موظفي الدولة على سبيل المثال الذين لا تسمح لهم الأنظمة في المملكة بممارسة الأعمال التجارية .

وفي المملكة العربية السعودية يتم الاستثمار في سوق الأوراق المالية من خلال محفظة استثمارية يملكها المستثمر يتداول من خلالها الأوراق المالية بالبيع أو الشراء من خلال نظام التداول . ويعتمد الأسلوب الذي تدار به المحفظة الاستثمارية على خبرة المستثمر بمسائل الاستثمار في السوق المالية . فإذا توافرت لدى المستثمر الخبرة اللازمة والقدرة على إدارة المحفظة فسيقوم في هذه الحالة بإدارة المحفظة بنفسه من خلال إصدار أوامر شراء أو بيع الأوراق المالية التي ينتقيها . أما إذا كان لا يملك الخبرة الكافية في الاستثمار بالسوق المالية فيلجأ المستثمر في هذه الحالة إلى شخص آخر يستعين به في تكوين محفظته وإدارتها لحسابه . وهذه الاستعانة قد تأخذ طرقات عديدة ، أهمها أن يستعين المستثمر بأحد المتخصصين للحصول منه على الاستشارات المتعلقة بالاستثمار في السوق المالية . وفي هذه الحالة يبقى القرار بيد المستثمر الذي يقوم بإصدار أوامر البيع أو الشراء بناء على المشورة التي يحصل عليها .

أما الطريقة الأخرى فتتمثل في أن يعهد المستثمر لشخص آخر بتكوين وإدارة محفظته المالية ، وتسمى هذه الطريقة من طرق الاستثمار بـ " إدارة المحفظة لحساب الغير " ( La Gestion De Portefeuille Pour Compte De Tiers ) . وهناك صورتين لهذه الطريقة ، الأولى منها تتمثل في قيام الشخص بإدارة المحفظة الخاصة بالمستثمر بحيث يترك لهذا الشخص كامل الحرية فيما يتعلق باتخاذ القرار في تكوين وإدارة محفظة المستثمر وفقاً للقواعد الاستثمارية والقانونية . وتسمى هذه الطريقة بـ " إدارة المحفظة الفردية لحساب الغير " ( La Gestion Individuelle ) . أما الصورة الثانية ، فتتمثل في قيام الشخص بتكوين محفظة من أموال المستثمرين مجتمعين وإدارتها وفقاً للقواعد الاستثمارية والقانونية . وفي المملكة العربية السعودية تعتبر صناديق الاستثمار المملوكة للبنوك هي من يمارس هذا النوع من الاستثمار حالياً ، كما ستمارسها قريباً شركات الاستثمار التي تم الترخيص لها

مؤخرا لممارسة هذا النوع من الاستثمار . وصناديق الاستثمار لا تصدر في المملكة أوراقا مالية مطروحة للتداول في السوق المالية يتم تقييم قيمة وأداء الصندوق من خلال قيمتها في السوق المالية . ويتم تقييم الصناديق الاستثمارية من خلال وحدات اعتبارية تمثل قيمة جزء من استثمارات الصندوق يتم تحديد قيمتها كل أسبوع مرة واحدة أو مرتين حسب سياسة البنك في هذا المجال . ومن خلال هذا التقييم يتم دخول وخروج المستثمرين من الصندوق عن طريق شراء أو بيع الوحدات التي يملكونها في الصندوق . كما يتم من خلال هذا التقييم تحديد أداء الصندوق الاستثماري خلال مدة زمنية معينة . وتتميز هذه الطريقة بأنها تصلح لكبار وصغار المستثمرين ، وللخبير منهم ولغير الخبير . كما تتميز بضمان المستثمر إدارة أمواله من قبل أناس متخصصون في الاستثمار في السوق المالية لديهم الكفاءة والخبرة الكافية في هذا المجال . وتسمى هذه الطريقة الجماعية من طرق الاستثمار بـ " إدارة المحفظة الجماعية " ( La Gestion Collective ) .

وفي المملكة العربية السعودية لا يجوز للمستثمرين التداول في السوق المالية مباشرة من خلال النظام الآلي للتداول ( تداول ) . فقد قصرت المادة الحادية والعشرون من نظام السوق المالية تداول الأوراق المالية المدرجة عن طريق صفقات ( يتم إبرامها بين الوسطاء كل لصالح عميله . وتثبت بموجب قيود تدون في سجلات السوق ، وفق أحكام الفصل الرابع من هذا النظام ، ما لم يتم استثناء مثل هذه الصفقات من التداول بموجب القواعد والتعليمات الصادرة من الهيئة ) . وتأكيدا لذلك حظرت المادة الخامسة من لائحة أعمال الأوراق المالية على أي شخص ممارسة أعمال الأوراق المالية - ومن ضمنها تداول الأوراق المالية - إلا أن يكون شخصا مرخصا من هيئة السوق المالية .

وعليه ، يتم تداول الأوراق المالية في المملكة من خلال الوسطاء المرخص لهم . فهناك وسطاء تتحصر مهمتهم في إتاحة الفرصة للمستثمر للتداول في السوق المالية عن طريق فتح محفظة استثمارية له يتولى المستثمر إدارتها بنفسه وعقد صفقات البيع أو الشراء ، وينحصر دور الوسيط في هذه الحالة بتقديم خدمة نقل هذه الأوامر لنظام التداول والقيام بالإجراءات اللازمة لإنهاء صفقات المستثمر وذلك مقابل مبلغ مالي محدد يتمثل في نسبة من قيمة الصفقات التي يبرمها المستثمر . وبهذه الطريقة يستطيع المستثمرون الأفراد ممارسة نشاطهم الاستثماري في السوق المالية مباشرة . كما أن هناك وسطاء يقومون بخدمات لاستثمار لحساب الغير وهؤلاء يكونون عادة منشآت مرخصة لها بمزاولة أعمال الأوراق المالية وتنفيذ الصفقات لحساب عملائها من خلال نظام التداول .

أهمية البحث وأهدافه

من بين طرق إدارة محافظ الأوراق المالية لحساب الغير تعتبر إدارة المحافظ الفردية لحساب الغير من أحدث هذه الطرق مزاولة في المملكة حيث بدأت الشركات المصرح لها بمزاولة هذه النوع من النشاط الاستثماري . ولم يعنى نظام السوق المالية ولا اللوائح والقواعد الصادرة بناء عليه بوضع الأحكام القانونية التي تنظم هذا النوع من الاستثمار على وجه الخصوص واكتفى بالنص على المبادئ الأساسية التي تحكم نشاط إدارة الأوراق المالية. وانطلاقاً من ذلك ومن جدة هذا النشاط أيضاً تبرز أهمية هذا البحث الذي نهدف من خلاله إلى تحديد النطاق القانوني لهذا النوع من الأعمال ، وذلك من خلال تحديد الطبيعة القانونية لهذا النشاط ، وكذلك من خلال تحديد التزامات مدير المحفظة تجاه العميل الفرد ، وفيما يتعلق بحقوق مدير المحفظة فتتمثل في حقه في الحصول على العمولة وحقه في الحصول على المصاريف التي تكبدها . ونظراً لأن هذه الحقوق لا تثير أية إشكالية قانونية لذا رأينا عدم تضمينها هذا البحث

#### صعوبات البحث :

تمثل أهم صعوبات البحث في عدم توفر مؤلفات أو مصادر فقهية تتناول إدارة المحافظ الفردية لحساب الغير في القانون السعودي بصفة خاصة ، ويمكن أن يعزى ذلك إلى حداثة نظام السوق المالية ولانحة سلوكيات السوق . أما بالنسبة لقرارات لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية فلم يصدر عنها إلى تاريخ القيام بهذا البحث سوى عدد محدود من القرارات وليس من بينها ما يتعلق بموضوع البحث نظراً لعدم السماح به إلا منذ فترة قصيرة جداً ، وحتى القرارات المشار إليها لا يسهل الرجوع إليها لعدم نشرها ومنع الإطلاع عليها . وإزاء ذلك لجأنا في هذا البحث إلى أسلوب التحليل القانوني المقارن معتمدين على بعض المراجع العلمية المتاحة والمتعلقة ببعض القوانين العربية والأجنبية المقارنة .

#### خطة ومنهج البحث

يستلزم تحديد النطاق القانوني لنشاط إدارة محافظ الأوراق المالية الفردية لحساب الغير تحديد ( المفهوم القانوني لإدارة محافظ الأوراق المالية الفردية لحساب الغير ) في المبحث الأول ، ثم نحدد في المبحث الثاني ( التزامات مدير المحفظة ) .

## المبحث الأول

المفهوم القانوني لإدارة محافظ الأوراق المالية الفردية لحساب الغير

يقتضي تحديد المفهوم القانوني لإدارة محافظ الأوراق المالية الفردية لحساب الغير أن نحدد الطبيعة القانونية لهذا النشاط من خلال تحديد تعريفه القانوني (المطلب الأول) ، كما يقتضي أن نحدد الصفة النظامية للشخص المصرح له بممارسة هذا النوع من النشاط وهو مدير المحفظة (المطلب الثاني) .

### المطلب الأول

تعريف إدارة محافظ الأوراق المالية الفردية لحساب الغير

لم يضع نظام السوق المالية ولا اللوائح والقواعد الصادرة بناء عليه تعريفاً محدداً لنشاط إدارة محافظ الأوراق المالية الفردية لحساب الغير . واكتفى البند رقم (1) من الفقرة (ب) من المادة الثانية والثلاثين من النظام بتحديد المقصود بمدير المحفظة وعرفه بأنه ( أي شخص يعمل بصفة تجارية على أساس ترتيب تعاقدي أو غيره بإدارة الأوراق المالية التي يملكها شخص ، أو إدارة صناديق استثمار يملكها شخص طبيعي أو اعتباري بقصد استثمارها في الأوراق المالية ، والذي يمكن أن تشمل أنشطته صفقات في الأوراق المالية ، أو طلب تنفيذ صفقات أوراق مالية لحساب الشخص الذي تم إجراء الترتيبات التعاقدية معه ) .

ويلاحظ أن النص السابق أنه لم يتضمن تعريفاً للمقصود بإدارة محافظ الأوراق المالية الفردية لحساب الغير ، كما لم يوضح المقصود بإدارة الأوراق المالية بصفة عامة ولم يضع تعريفاً لها . ونفس المنحى سلكه نص البند رقم (3) من المادة الثانية من لائحة أعمال الأوراق المالية حيث لم يضع تعريفاً لإدارة المحافظ الفردية لحساب الغير ، واكتفى بتعريف المقصود بإدارة الأوراق المالية حيث نص على أن الإدارة هي أن ( يدير شخص ورقة مالية عائدة لشخص آخر في حالات تستدعي التصرف حسب التقدير ) . ويلاحظ على هذا النص عموميته حيث يتضمن القاعدة القانونية العامة التي بناء عليها يتم اعتبار العمل الذي يقوم به الشخص المرخص له من أعمال إدارة الأوراق المالية . وأمام اختلاف أنواع أعمال إدارة الأوراق المالية واختلاف الطبيعة القانونية لكل منها عن الآخر ، كان الأحرى بالمنظم - بجانب نصه على القاعدة القانونية العامة لاعتبار العمل من أعمال إدارة الأوراق المالية - أن يقوم على الأقل بوضع تعريفات لأنواع الأعمال التي تعتبر في الوقت الحاضر من قبيل أعمال إدارة الأوراق المالية ، وذلك منعا لأي لبس أو غموض قد يكتنف تعريف بعض هذه الأعمال خصوصاً مع حداثة تنظيم سوق المال السعودية .

وإزاء ذلك ، وانطلاقاً من أهمية وضع تعريف لإدارة محافظ الأوراق المالية الفردية لحساب الغير ، يمكننا أن نعرف إدارة محافظ الأوراق المالية الفردية لحساب الغير بأنها : عقد يقوم بموجبه الشخص المصرح له والذي يسمى بمدير المحفظة بإدارة محفظة أوراق مالية مملوكة للعميل وفقاً للشروط المتفق عليها بينهما باسمه ونيابة عن العميل ولحسابه وذلك مقابل عمولة يحصل عليها مدير المحفظة . وتشمل أعمال الإدارة قيام الشخص المصرح له بتكوين المحفظة وممارسة أو الإحجام عن ممارسة الحقوق المالية المتعلقة بالأوراق المالية التي تتكون منها المحفظة .

ومن التعريف السابق يتضح أن إدارة محافظ الأوراق المالية الفردية لحساب الغير تتمثل في قيام مدير المحفظة بإدارة المحفظة الفردية للعميل . وله في ذلك القيام بجميع التصرفات التي تقتضيها أعمال الإدارة باسمه ولكن لحساب العميل ، مثل عقد صفقات البيع أو الشراء وممارسة أو عدم ممارسة الحقوق المالية المتعلقة بالأوراق المالية التي تتكون منها المحفظة . ولا يعتبر مدير المحفظة مالكا لها ولما تحتويه من أوراق مالية حيث تبقى ملكية المحفظة للعميل .

وبناء على ما سبق فإنه يمكن تكييف الطبيعة القانونية لعقد إدارة المحفظة من الناحية القانونية على أنه عقد وكالة بالعمولة ، وبالرجوع إلى تعريف الوكالة بالعمولة نجد أنها ( عقد يلتزم بمقتضاه شخص ، يسمى الوكيل بالعمولة بأن يقوم بعمل قانوني باسمه الخاص لحساب موكله نظير أجر يسمى بالعمولة )<sup>١</sup> . وهو ما ينطبق على إدارة محفظة الأوراق المالية الفردية لحساب الغير . وبالتالي يعتبر مدير المحفظة وكيلا بالعمولة (Le commissionaire) يتصرف باسمه ولحساب موكله مقابل عمولة يحصل عليها . وهذه الصفة لمدير المحفظة يؤكدتها نص المادة الثامنة عشرة من نظام المحكمة التجارية السعودي الذي عرف الوكيل بالعمولة بأنه الشخص ( الذي يتعاطى التجارة بالوصاية والنيابة ويجري معاملاته باسمه أو بعنوان شركة ما لحساب موكله ) ، وهو ما ينطبق على المهمة التي يقوم بها مدير محفظة الأوراق المالية الفردية لحساب الغير .

ويترتب على اعتبار عقد إدارة محفظة الأوراق المالية الفردية لحساب الغير عقد وكالة بالعمولة شموله بخصائص هذا العقد . ومن هذه الخصائص عدم اعتبار هذا العمل عملاً تجارياً إلا إذا تمت مباشرته عن طريق المقاول ، أي على شكل مشروع تجاري مرخص له ، وهو ما يفترض معه ممارسة هذا العمل بشكل متكرر على نحو متصل ومعتاد أي على وجه الاحتراف من خلال إطار تنظيم قانوني معين . وقد أكدت ذلك الفقرة (ب) من المادة الثانية من نظام المحكمة التجارية السعودي بنصها على عدم اعتبار الوكالة بالعمولة عملاً تجارياً إلا إذا تمت مباشرتها على وجه المقاول أي على شكل مشروع (Entrepise)<sup>٢</sup> . وعليه فإن إدارة محافظ الأوراق

١ د . محمد الجبر ، ( القانون التجاري السعودي ) ، الطبعة الرابعة ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م ، ص ٧٧ .  
٢ انظر : د . محمد العريني ، ( القانون التجاري ) ، الجزء الأول ، دار المطبوعات الجامعية . الإسكندرية ، ١٩٩٥م ، ص ١٨٧ . د . محمد الجبر ، المرجع السابق ص ٧٢ ، د . محمد البجاد ( النطاق القانوني لمبدأ منع الأجانب من ممارسة التجارة في المملكة العربية السعودية ) ، مجلة الإدارة العامة ، معهد الإدارة العامة ، المجلد التاسع والثلاثون ، العدد الثاني ، ربيع الآخر ، ١٤٢٠هـ - يوليو ١٩٩٩م ، ص ٢٤٣ .

المالية الفردية لحساب الغير لا تعتبر عملا تجاريا في المملكة إلا إذا تمت من خلال منشأة مرخص لها بمزاولة هذا العمل . وهذا ما أكده نص المادة الخامسة من لائحة أعمال الأوراق المالية ، الذي حظر على أي شخص ممارسة الأعمال المتعلقة بالأوراق المالية ما لم يكن شخصا مرخصا له من هيئة السوق المالية .

ويتميز عقد إدارة المحافظ الفردية بخاصية ثانية من خصائص الوكالة بالعمولة وهي أن مدير المحفظة يتعاقد باسمه الشخصي لحساب شخص آخر لا يظهر في العقد وهو العميل ( الموكل ) ، وبالتالي تنصرف إلى مدير المحفظة جميع الآثار الناتجة عن العقد لأنه طرفا مباشرا فيه ، فيصبح حسب الحال هو الدائن أو المدين مع الغير الذي تعاقد معه ، ويلتزم مدير المحفظة بأن ينقل للعميل نتيجة التصرف الذي قام به لحسابه ، ولا تنشأ أية علاقة قانونية مباشرة بين العميل ومن تعاقد معه مدير المحفظة<sup>١</sup> .

كما يتميز عقد إدارة المحافظ الفردية بخاصية ثالثة من خصائص الوكالة بالعمولة وهي أن هذا النوع من العقود يتم إبرامه على أساس الاعتبار الشخصي بين الوكيل بالعمولة والعميل (Intuitus Persone)<sup>٢</sup> . فالعميل يتعاقد مع مدير المحفظة بناء على ثقته أو معرفته السابقة به وبأنه شخص محترف مصرح له بمزاولة هذا النوع من العمل ولديه الإمكانات المادية والفنية<sup>٣</sup> ، وندية القدرة والسلطات الواسعة في تمثيل وإدارة مصالح العميل . ويترتب على كون عقد إدارة محافظ الأوراق المالية الفردية لحساب الغير من العقود التي تقوم بناء على الاعتبار الشخصي ، نتيجة مهمة وهي انقضاؤه بموت العميل ، أو الحجر عليه ، أو إفلاسه ، أو إعساره . وبما أن مدير المحفظة يكون دائما شركة مساهمة وفقا لما نص عليه نظام السوق المالية ، وفقا لما سنوضحه لاحقا ، فينتهي العقد أيضا بتصفية الشركة .

وبجانب خصائص عقد الوكالة بالعمولة التي يتميز بها عقد إدارة محفظة الأوراق المالية الفردية لحساب الغير ، من المهم تحديد الخصائص العامة لعقد الإدارة بصفته عقدا من العقود التي أجازها النظام . وتبرز أهمية هذا التحديد في كونه عاملا مهما في تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد .

١ د . محمد الجبر ، ( العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية ) ، جامعة الملك سعود ، الرياض ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٤م ، ص ٨٣ . د . مصطفى طه ، ( الوجيز في القانون التجاري ) ، الجزء الثاني ، المكتب المصري الحديث ، الإسكندرية ، ١٩٧١م ، ص ٣٧١ . د . علي البارودي ، ( العقود وعمليات البنوك التجارية ) ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ص ٥٠ . وباللغة الفرنسية انظر :

Michel Juglart, Benjamin Ippolito, ( Cours de droit commercial ), Moncnrestien, paris, P 741. Roger Houin : Michel Pedomon, ( Droit Commercial ), Dal'oz, Paris, P 71.

٢ د . محمد الجبر ، المرجع السابق ، ص ٨٦ . د . مصطفى طه ، المرجع السابق ، ص ٣٧٢ .

٣ د . نصر طاحون ، ( شركة إدارة محافظ الأوراق المالية ) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣م ، ص ٣٨٥ .



وعليه يتميز عقد إدارة محفظة الأوراق المالية الفردية لحساب الغير بالخصائص التالية :

١ - من حيث تكوينه يعتبر عقد إدارة محفظة الأوراق المالية الفردية لحساب الغير من العقود الشكلية ( Contrat Solennel ) . والعقود الشكلية هي العقود التي لا تتعقد بمجرد تراضي الطرفين فقط بل يجب لانعقادها إتباع شكل مكتوب معين حدده القانون . وقد تكون هذه الكتابة على شكل ورقة رسمية وقد يكتفي القانون بالورقة العرفية<sup>١</sup> .

وبالرجوع إلى لائحة الأشخاص المصرح لهم يتضح أن المادة الثامنة والثلاثين منها نصت على شروط تقديم الخدمات المختلفة المتعلقة بممارسة أعمال الأوراق المالية للعملاء من قبل الشخص المصرح له ، وهذه الشروط واجبة التطبيق وملزمة للشخص المصرح له ولعميله ، وليس هناك مجال للاتفاق على ما يخالفها وهذا يستتج من النصوص الأمرة لهذه المادة . ومن بين هذه الشروط ما نصت عليه الفقرة (ب) من تلك المادة من وجوب قيام الشخص المرخص له بوضع ( شروط تقديم الخدمات مع العميل بصيغة اتفاقية يبدأ سريان مفعولها فور الحصول على نسخة موقعة من العميل ) ، وهذا يقتضي أن يكون هناك اتفاقية مكتوبة بين الشخص المصرح له والعميل تنظم شروط تقديم الخدمات . وبما أن عقد إدارة محفظة الأوراق المالية الفردية لحساب الغير يعتبر من ضمن أعمال الإدارة المنصوص عليها في نظام السوق المالية واللوائح والقواعد الصادرة بناء عليه ، فإن هذه القاعدة تنطبق عليه وعلى غيره من الأشكال القانونية الأخرى من أشكال إدارة الأوراق المالية ، وبالتالي يجب أن يكون العقد المبرم بين مدير المحفظة والعميل عقدا مكتوبا ، وهذا العقد يعتبر ورقة عرفية وليس ورقة رسمية ، وبالتالي يجوز لأطراف العقد أن يضمونها ما يروونه من شروط بشرط ألا تخالف أحكام نظام السوق المالية واللوائح والقواعد الصادرة بناء عليه وفي الحدود المنصوص عليها .

ونرى أن وجوب كتابة عقد إدارة محفظة الأوراق المالية الفردية لحساب الغير يعتبر شرطا لازما لصحة العقد وليس لإثباته فقط ، وعليه فبدونها يصبح العقد باطل بطلانا مطلقا حتى لو كان بإمكان المتعاقدين إثباته بالإقرار أو اليمين أو أية وسيلة أخرى من وسائل الإثبات عدا الكتابة . وهذه القاعدة مستفادة من النصوص الأمرة للمادة الثامنة والثلاثون من لائحة الأوراق المالية التي أوجبت كتابة اتفاقيات خدمات الأوراق المالية ونصت على عدم سريان تلك الاتفاقيات إلا بعد حصول الشخص المرخص له على نسخة موقعة من العميل ، كما ألزمت الشخص المرخص له بتزويد العميل بشروط تقديم الخدمة قبل ممارسة أي أعمال أوراق مالية معه ،

<sup>١</sup> د . عبدالرزاق السنهوري ، ( اللوجيز في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام بوجه عام ) ، الجزء الأول ، دار للنهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦م ، ص ٣٥ .

Alex Weill, Francoi Terrem, ( Dtoit Civil ), 3em Ed. , Dalloz , Paris , P 140 .

ونصت بالإضافة إلى ذلك على أن تتضمن الاتفاقية متطلبات شروط تقديم الخدمات المنصوص عليها في اللائحة .  
وعليه فمتى ما قام الشخص المرخص له بإدارة محفظة أوراق مالية لحساب الغير بناء على اتفاق شفهي ، فيعتبر تصرفه هذا باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته للأحكام المنصوص عليها في المادة الثامنة والثلاثين ، وليس هذا وحسب ، بل يعتبر مخالفا للأحكام التي نص عليها نظام السوق المالية واللوائح والقواعد الصادرة بناء عليه ، وبالتالي تطبق عليه الجزاءات المنصوص عليها في المادة الستين والمادة التاسعة والخمسين من نظام السوق المالية . وهذا ما يؤكد من ناحية أخرى وجوب كتابة العقد .

٢ - يلتزم مدير المحفظة بموجب عقد إدارة محفظة الأوراق المالية الفردية لحساب الغير بالعديد من الالتزامات في مواجهة العميل منها على سبيل المثال أن يقوم بإدارة المحفظة ، كما يلتزم العميل في مواجهة مدير المحفظة بدفع عمولة مدير المحفظة والمصاريف التي يتكبدها جراء قيامه بالإدارة وغير ذلك من الالتزامات الأخرى . وعليه فإن هذا العقد ينشئ التزامات متقابلة ومترابطة بين طرفيه ، مما يمنحه صفة العقد الملزم للجانبين ( **Contrat Unilateral** ) ، والعقد الملزم للجانبين هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في نعمة كل من المتعاقدين . ويترتب على كون هذا العقد من العقود الملزمة للجانبين أنه إذا لم يقم أحد أطرافه بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد جاز للطرف الآخر أن يفسخ العقد ، كما يجوز له بدلا من اللجوء للفسخ أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته إلى أن يقوم المتعاقد معه بتنفيذ التزامه وهذا ما يسمى بالدفع بعدم تنفيذ العقد .

كما يترتب على كون عقد الإدارة من العقود الملزمة للجانبين فسخ العقد في حالة استحالة تنفيذه لسبب أجنبي لا يعود لأحد أطرافه<sup>١</sup> . كما لو توفي العميل أو تم الحجر عليه ، أو كما لو تم حظر نشاط إدارة محافظ الأوراق المالية الفردية لحساب الغير من قبل هيئة السوق المالية ، أو فرضت شروطا جديدة لا يستطيع مدير المحفظة تليتها .

٣ - يعتبر عقد إدارة محفظة الأوراق المالية الفردية لحساب الغير من عقود المعاوضة ( **Contrat a titre onereux** ) . وعقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابل لما التزم به في العقد ، وهو ما يتحقق في عقد إدارة محفظة الأوراق المالية الفردية لحساب الغير ، فمدير المحفظة يحصل على أتعاب مقابل إدارته لمحفظة العميل ، وفي مقابل ذلك يحصل العميل على خدمة إدارة محفظته الاستثمارية في الأوراق المالية وفقا للشروط التي حددها في العقد من قبل مدير المحفظة ، وعليه فكل من طرفي العقد يحصل على مقابل لما التزم به في العقد .

١ د . عبدالرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٣٧ .

Henri Roland, Laurent Boyer, ( Droit Civil ), 2em Ed, Litec, Paris. P 28.

٢ بالنسبة لفسخ العقد في هذه الحالة بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين انظر : د . عبدالرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٣٩ .

ونشير هنا إلى أن العقد قد يكون في بعض الأحيان عقد معاوضة بالنسبة إلى أحد المتعاقدين وفي نفس الوقت يكون عقد تبرع بالنسبة للمتعاقد الآخر ، وذلك على سبيل المثال في حالة قيام مدير المحفظة بإدارة محفظة العميل دون الحصول على أتعاب مقابل ذلك لأي سبب كان<sup>١</sup> .

٤ - وبجانب الخصائص السابقة يعتبر عقد إدارة محفظة الأوراق المالية الفردية لحساب الغير من العقود غير المسماة ( *Contrat Innome* ) ، وهي العقود التي لم يخصص لها النظام أسما معيناً ولم يفرد لها تنظيمًا خاصاً بها ، وتخضع للقواعد العامة للعقود<sup>٢</sup> . وهذا هو الحال بالنسبة لعقد إدارة محفظة الأوراق المالية الفردية لحساب الغير . فالمنظم لم يفرد له تنظيمًا خاصاً به واكتفى بالنص على القواعد العامة التي تنظم عقود إدارة محافظ الأوراق المالية دون تحديد أنواع هذه العقود ودون أن يفرد لكل منها تنظيمًا خاصاً به . ويتميز هذا العقد بكونه من العقود غير المسماة بوجود مساحة من الحرية للمتعاقدين في تضمين العقد الشروط التي يرون إدراجها فيه ، ولا يخضعون في ذلك إلا للقواعد العامة في العقود بصفة عامة والقواعد الخاصة بإدارة محافظ الأوراق المالية بصفة خاصة . وبذلك تكون حرية المتعاقدين فيه أكبر من تلك المتعلقة بالعقود المسماة والتي يلتزم فيها الأطراف بالقواعد الخاصة بهذه العقود التي نص عليها النظام وأوجب عليهم التقيد بها .

## المطلب الثاني

### مدير المحفظة

ينحصر دور مدير محفظة الأوراق المالية الفردية لحساب الغير في تكوين وإدارة محفظة أوراق مالية فردية مملوكة للعميل . وقد عرف البند رقم (١) من الفقرة (ب) من المادة الثانية والثلاثون من نظام السوق المالية ، وحدد المقصود بمدير المحفظة بأنه ( أي شخص يعمل بصفة تجارية على أساس ترتيب تعاقدى أو غيره بإدارة الأوراق المالية التي يملكها شخص . . . ) .

وتستلزم ممارسة نشاط إدارة محفظة الأوراق المالية الفردية لحساب الغير أن يكون مدير المحفظة شركة مساهمة مؤسسة في المملكة . وهذا الشرط يستفاد من نص الفقرة (و) من المادة السادسة من لائحة الأشخاص المصرح لهم ، وبناء عليه لا يحز لغير هذا النوع من الشركات وكذلك للأفراد أن يمارسوا هذا النشاط . ونرى أن نص هذه الفقرة قد يشير بعض الإشكالات القانونية الناتجة عن عدم وضوحه فيما يتعلق بتحديد الصفة القانونية لشخص مدير المحفظة . ولإيضاح ذلك نشير إلى أن

<sup>١</sup> د . عبدالرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٤٠ .

<sup>٢</sup> Henri Roland, Laurent Boyer, Op. Cit., P 34.

هذه الفقرة نصت على أنه يشترط للترخيص لممارسة أعمال التعامل والحفظ والإدارة أن يكون الشخص مؤسساً في المملكة العربية السعودية وأن يكون :

- ١ - شركة تابعة لبنك محلي .
- ٢ - أو شركة مساهمة .
- ٣ - أو شركة مساهمة تابعة لشركة مساهمة سعودية تمارس أعمال الخدمات المالية .
- ٤ - أو شركة تابعة لمؤسسة مالية أجنبية مرخص لها حسب نظام مراقبة البنوك :

ويتمثل عدم الوضوح الذي أشرنا إليه سابقاً في أن هذا النص لم ينص صراحة على كون مدير المحفظة شركة مساهمة إلا في البند (٢) من الفقرة (و) ، ولم ينص عليها في الفقرات الأخرى ، مما قد يعطي انطباعاً بأن هذا النشاط يمكن ممارسته من خلال أي شكل قانوني آخر من الأشكال القانونية للشركات . وبالتالي القانوني لهذا النص نشير إلى أن المقصود بلفظ الشركة في جميع بنود الفقرة (و) هي شركة المساهمة . ولإيضاح ذلك سنتناول تلك البنود فيما يلي :

١ - نص البند رقم (١) على أن يكون الشخص المرخص له شركة تابعة لبنك محلي . وهذا النوع من الشركات يكون بالضرورة شركة مساهمة نظراً لأنه تابع لشركة مساهمة وهي البنك المحلي الذي يجب أن يكون وفقاً لنظام البنوك شركة مساهمة .

٢ - نص البند رقم (٣) على أنه قد يكون الشخص المرخص له شركة تابعة لشركة مساهمة سعودية تمارس أعمال الخدمات المالية . وينطبق على هذه الحالة ما سبق وأن ذكرناه بالنسبة للبند رقم (١) من كون الشركة التابعة للشركة المساهمة تكون بالضرورة شركة مساهمة .

٣ - نص البند رقم (٤) على إمكانية كون الشخص المرخص له شركة تابعة لمؤسسة مالية أجنبية مرخص لها حسب نظام مراقبة البنوك . وقد تثير عبارة ( مؤسسة ) بعض اللبس فيما يتعلق بطبيعتها القانونية حيث قد يفهم أن المقصود بها المؤسسة الفردية ، وكنا نفضل أن يستخدم المنظم عبارة ( شركة ) أو على الأقل عبارة ( منشأة ) . والمؤسسة المالية الأجنبية المرخص لها حسب نظام البنوك يجب أن تكون شركة مساهمة وفقاً لأحكام هذا النظام ، وبالتالي فإن الشركة التابعة لها تكون بالضرورة شركة مساهمة .

وما يؤكد أيضاً ما ذهبنا إليه من وجوب كون مدير المحفظة شركة مساهمة أن الفقرة (و) استثنت صراحة نشاط الترتيب والمشورة من هذه القاعدة ، وذلك بنصها على جواز أن يتخذ مقدم الطلب لهذين النشاطين أي شكل قانوني . وبناء عليه قد يكون مقدم الطلب في هذه الحالة شركة ومن الممكن أن تأخذ هذه الشركة أي شكل من الأشكال القانونية للشركات ، كما قد يكون مقدم الطلب مؤسسة فردية .

وبناء على ما سبق فإن مدير المحفظة يجب أن يكون شركة مساهمة<sup>١</sup>، وما تجدر ملاحظته أن اللائحة لم تحدد نوع الشركة المساهمة، وعليه فقد تكون الشركة المساهمة في هذه الحالة شركة مساهمة مطروحة للاكتتاب العام، أو شركة مساهمة مغلقة تتضمن عدد محدد من المساهمين ولا يتم طرحها للاكتتاب العام. وبمفهوم المخالفة لا يجوز أن تكون شركة إدارة محفظة الأوراق المالية الفردية لحساب الغير شركة ذات مسنولية محدودة أو شركة تضامن أو شركة من شركات التوصية، كما لا يجوز أن تكون مؤسسة فردية أيا كانت خبرة وكفاءة وملاءة صاحب المؤسسة.

ويمكن تبرير إلزام المنظم بأن يكون مدير المحفظة شركة مساهمة بالميزات التي يقدمها هذا النوع من الشركات ومن بين هذه الميزات خضوعها لنظام تشريعي فيما يتعلق بتأسيسها وإدارتها، وخصوعها في ممارسة أعمالها لرقابة متعددة من جهات مختلفة، من ذلك على سبيل المثال الجمعية العمومية للمساهمين في الشركة، ومراقبي الحسابات، والعديد من الجهات الحكومية مثل وزارة التجارة والصناعة وهيئة السوق المالية.

كما يتميز هذا النوع من الشركات بوضوح مسنوليات واختصاصات مجلس الإدارة والجمعية العمومية والجهات الرقابية على أعمال الشركة، مما ينعكس على العلاقة بين الشركة ومساهميها والغير الذين لا يجدون صعوبة في التعامل مع الشركة نظرا لوضوح مركزها القانوني، وهو ما لا يتوافر بالنسبة لأنواع الشركات الأخرى. وأخيرا يسمح هذا النوع من الشركات بوجود الدولة في مثل هذا النوع من النشاط مع المساهمين الآخرين، حيث تستطيع الدولة أن تساهم في مثل هذا النوع من الشركات كما في مصر وفرنسا<sup>٢</sup>. وممارسة الدولة لمثل هذا النشاط من شأنه أن يعزز من ضمانات المساهمين في الشركة والمتعاملين معها.

ونشير أخيرا إلى أنه بموجب نص الفقرة (ز) من المادة السادسة من لائحة الأشخاص المصرح لهم يجب ألا يقل رأس مال الشركة المدفوع عن خمسين مليون ريال. ونرى أن مبلغ رأس مال الشركة ضخم نسبيا، إلا إنه يمكن تبرير ذلك برغبة المنظم في جعل الشركة التي تمارس هذا النوع من النشاط تتمتع بملاءة مالية كبيرة تتناسب مع طبيعة الشركة ومع طبيعة النشاط الذي تزاوله وخطورته، وتمكنها من مزاوله نشاطها وتحقيق أغراضها بمجرد تكوينها. كما أن هذه الملاءة تكون ضمانات رئيسية للمساهمين في الشركة وللمتعاملين معا وهم ملاك المحافظ الاستثمارية ودانيتها والغير الذي يتعامل مع الشركة بمناسبة تنفيذها لنشاطها.

<sup>١</sup> في القانون المصري تأخذ شركة إدارة المحافظ شكل شركة مساهمة أو شكل شركة للتوصية بالأسهم وبالنسبة لتكوين وإدارة حافظة أوراق مالية تابعة لصندوق استثمار فإن شكل الشركة ينص على الشركة المساهمة. انظر: د. نصر طاحون، (المرجع السابق)، ص ٢٥٢، ص ٢٩١.

<sup>٢</sup> د. نصر طاحون، (المرجع السابق)، ص ٢٩٣.

وقد انتقد بعض الفقه الفرنسي وضع حد أدنى لرأس المال المدفوع لمثل هذا النوع من الشركات . ويرر ذلك بأنه من شأنه أن يجعل تأسيس شركات المحافظ مقصور على كبار المستثمرين ذوي القدرة المالية الكبيرة وحكرا عليهم ، مما يؤدي إلى سيطرة هؤلاء على هذه الشركات والتحكم في نشاطها وجعلها أداة يحققون بها مصالحهم الخاصة على حساب المستثمرين . كما أن من شأن ذلك أيضا حرمان صغار المستثمرين من مزاوله نشاط إدارة الأوراق المالية وإخراجهم من نطاق الاستثمار في هذا المجال .

وقد رد على هذا الرأي بأن اقتصار ذلك على كبار المستثمرين لا يعني حكر القيام بالنشاط عليهم ، ولا يعني كذلك إخراج صغار المستثمرين من مجال الاستثمار حيث يمكنهم المساهمة في هذه الشركات . يضاف إلى ذلك أن تشريعات الأسواق المالية تمنع الاحتكار والسيطرة على الشركات ، وكذلك استغلال أموال العملاء في عمليات التمويل والمضاربة<sup>١</sup> .

وتتميز شركات إدارة محافظ الأوراق المالية الفردية لحساب الغير وفقا للشكل الذي رأيناه بأن هدفها الوحيد إدارة حافظة مالية ويشمل ذلك تكوين تلك الحافظة . وهذا النشاط هو الذي يميز هذه الشركة عن غيرها من الشركات مثل شركات السمسرة ، وشركات إدارة صناديق الاستثمار ، وشركات خدمات حفظ الأوراق المالية، وغير ذلك من أنواع الشركات الأخرى التي تمارس النشاطات المتعلقة بالأوراق المالية .

وختاما لما سبق يتضح أن عقد إدارة محفظة الأوراق المالية الفردية لحساب الغير يعتبر عقد وكالة بالعمولة . ويعتبر هذا العقد عقدا تجاريا نظرا لأن مدير المحفظة يمارس نشاطه على وجه المقاوله من خلال إطار قانوني محدد نظاما يأخذ شكل شركة المساهمة . كما يتميز هذا العقد بكونه من العقود الشكلية ومن العقود الملزمة للجانبين ومن عقود المعاوضة ويندرج أخيرا ضمن فئة العقود غير المسماة .

١ د. نصر طاحون ، (المرجع السابق) ، ص ٢٩٥ .

## المبحث الثاني

### التزامات مدير المحفظة تجاه العميل

فرض نظام السوق المالية السعودي واللوائح والقواعد الصادرة بناء عليه العديد من الالتزامات على عاتق مدير المحفظة . ويبرر ذلك بأهمية الدور الذي تلعبه شركات إدارة المحافظ بصفة عامة في السوق المالية وبضخامة رؤوس أموالها ، وما يستلزمه ذلك من حماية للأموال المستثمرة في هذا المجال وللمتعاملين فيه . وهذا الدور يعكس على الاقتصاد الوطني من خلال تدعيم الثقة في السوق المالية ، مما يساهم في استقرارها ويجعلها عامل جذب لأموال المستثمرين والمدخرين .

وبالرجوع إلى نظام السوق المالية واللوائح والقواعد الصادرة بناء عليه نجد أنه نص على العديد من الالتزامات التي يتحملها مدير المحفظة . وهذه الالتزامات تنقسم إلى نوعين :

١ - التزامات تتعلق بأداء مدير المحفظة لعمله تجاه هيئة السوق المالية مثل التزامه بالحصول على الترخيص ، والتزامه بتطبيق جميع القواعد والشروط التي نص عليها نظام السوق المالية واللوائح والقواعد الصادرة بناء عليه فيما يتعلق بأدائه لعمله .

٢ - التزامات خاصة بالعلاقة بين مدير المحفظة وعميله مالك المحفظة .

وهذا النوع الأخير من التزامات مدير المحفظة هو الذي سنتطرق إليه في هذا المبحث نظرا لارتباطه بالعلاقة بين مدير المحفظة والعميل وهو ما يعتبر محورا رئيسيا من محاور هذا البحث . وهذه الالتزامات تتعدد بحسب مراحل العلاقة مع العميل وتنقسم إلى ثلاثة أنواع رئيسية من الالتزامات وفقا للتالي :

١ - التزامات مدير المحفظة قبل التعاقد مع العميل .

٢ - التزامات مدير المحفظة عند التعاقد مع العميل .

٣ - التزامات مدير المحفظة بعد التعاقد مع العميل .

ويقتضي تحديد التزامات مدير المحفظة تجاه العميل أن نتناول في المطلب الأول من هذا المبحث ( التزامات مدير المحفظة قبل التعاقد مع العميل ) ، أما في المطلب الثاني فسننتاول ( التزامات مدير المحفظة عند التعاقد مع العميل ) ، وسنتطرق في المبحث الثالث لـ ( التزامات مدير المحفظة بعد التعاقد مع العميل ) .

## المطلب الأول

### التزامات مدير المحفظة قبل التعاقد مع العميل

فرضت لائحة الأشخاص المصرح لهم على مدير المحفظة العديد من الالتزامات في مرحلة ما قبل التعاقد مع العميل . ومرحلة ما قبل التعاقد هي مرحلة المفاوضات النهائية الجادة التي تسبق توقيع العقد . وفي هذه المرحلة يفترض في العميل أن يكون لديه الرغبة الجدية في الشروع بالتعاقد مع مدير المحفظة مما يجعله في حكم العميل الاحتمالي ، وفي هذه المرحلة يفترض أن يقوم مدير المحفظة بتنفيذ التزاماته التي فرضها عليه النظام في مرحلة ما قبل التعاقد ، وليس في المرحلة التي تسبقها وهي مرحلة قيام العميل بمجرد الحصول على معلومات أو استفسارات مبدئية تساعده على اتخاذ القرار بالتعاقد أو عدم التعاقد مع مدير المحفظة . حيث لا يمكن التسليم في هذه الحالة بوجوب قيام مدير المحفظة بتنفيذ هذه الالتزامات .

وتتمثل التزامات مدير المحفظة تجاه العميل في مرحلة ما قبل التعاقد بوجوب قيام مدير المحفظة بتصنيف العميل على إحدى فئات الأشخاص التي حددها لائحة الأشخاص المصرح لهم ، وتزويد العميل بشروط تقديم الخدمات ، والحصول على معلومات حددها اللائحة تتعلق بالعميل الفرد ، وسنوضح فيما يلي كل من هذه الالتزامات .

#### ١ - تصنيف العملاء

أوجبت الفقرة ( أ ) من المادة السادسة والثلاثين من لائحة سلوكيات السوق على الشخص المصرح له قبل قيامه بأعمال أوراق مالية مع عميل أو لحسابه أن يصنف العميل على إحدى الفئات التالية :

١ - عميل فرد .

٢ - عميل فرد - تنفيذ - فقط .

٣ - ظرف نظير .

ويلاحظ على نص هذه الفقرة أنه يشمل أعمال الأوراق المالية بصفة عامة ، وليس مقصورا على أعمال إدارة محافظ الأوراق المالية لحساب الغير ، شأنه في ذلك شأن نصوص نظام السوق المالية واللوائح والقواعد الصادرة بناء عليه .

وقد نصت الفقرة ( ب ) من هذه المادة على أنه لا يجوز للشخص المرخص له أن يصنف أي عميل على أكثر من فئة من الفئات السابقة . وهذا ما أكده أيضا نص الفقرة ( ج ) من نفس المادة التي قصرت تعامل الشخص المرخص له مع عميله المصنف ( عميل فرد - تنفيذ - فقط ) ، وذلك بصفته وكيلا عن هذا العميل يتصرف وفقا لتعليماته وتوجيهاته . وبما أنه وكيل تنفيذ فقط فقد حظرت عليه تقديم المشورة



لذلك العميل ، وهذا أيضا تأكيد لما ورد في الفقرة ( ب ) من عدم جواز تصنيف العميل على أكثر من فئة من الفئات المحددة في الفقرة ( أ ) .

وإزاء ذلك فأنه من المهم جدا تصنيف فئة العملاء الذين يجوز لمدير المحفظة - بصفته من الأشخاص المصرح لهم بمزاولة نشاط الأوراق المالية - أن يتعامل معهم والقيام بإدارة محافظهم الفردية من بين الفئات السابقة . وللقيام بذلك نرى أهمية الرجوع إلى تعريف المقصود بالفئات السابقة الوارد في قائمة المصطلحات المستخدمة في لوائح السوق المالية وقواعدها ، وكذلك الرجوع للطبيعة القانونية لعقد إدارة محافظ الأوراق المالية لحساب الغير .  
وبالرجوع لقائمة المصطلحات نجد أنها عرفت فئات العملاء وفقا للتالي :

١ - العميل الفرد : يعني في لائحة الأشخاص المرخص لهم ، عميلا ليس طرفا نظيرا ، وقد يكون إما شخصا طبيعيا وإما شخصا اعتباريا .

٢ - عميل فرد - تنفيذ - فقط : عميل يقوم الشخص المرخص له بالتعامل فقط كوكيل له وفقا للتعليمات التي يتلقاها منه دون تقديم المشورة .

٣ - الطرف النظير : يعني في لائحة الأشخاص المرخص لهم ، عميلا يكون شخصا مرخصا له ، أو شخصا مستثنى ، أو شركة استثمارية ، أو منشأة خدمات مالية غير سعودية ، وفيما عدا تلك اللائحة فإن الطرف النظير يعني الطرف الآخر في صفقة .

وبالرجوع إلى الطبيعة القانونية لعقد إدارة محافظ الأوراق المالية لحساب الغير رأينا أنه عقد وكالة بالعمولة يقوم من خلاله مدير المحفظة بالتعاقد باسمه ولكن لحساب موكله . وهذا الدور القانوني لمدير المحفظة لا يمكن تحقيقه من خلال التعريفات السابقة لفئات العملاء إلا بالنسبة للعميل الفرد والطرف النظير . ولا يمكن نظاما أن يؤدي مدير محفظة الأوراق المالية الفردية لحساب العميل خدمة إدارة المحفظة للعميل الفرد - تنفيذ - فقط ، وذلك لسبب بسيط جدا وهو أن مدير المحفظة الذي يتعامل مع هذه الفئة لا يعتبر وكيلا بالعمولة ، وذلك لاختلاف طبيعة النشاط الذي يقوم به مدير المحفظة في هذه الحالة . فوفقا لنص الفقرة ( ج ) من المادة ( ٣٦ ) ووفقا لتعريف العميل الفرد - تنفيذ - فقط ، فإن الشخص المرخص له يتعامل بصفته وكيلا ينفذ ما يطلبه العميل ووفقا للتعليمات التي يتلقاها منه . وعليه قد يعتبر في هذه الحالة وكيلا عاديا عن العميل أو سمسارا وذلك حسب طبيعة العقد المبرم بينهما ، ولكن لا يمكن اعتباره بأي حال من الأحوال وكيلا بالعمولة ، وذلك لاختلاف الطبيعة القانونية لعمل الشخص المرخص له الذي يعمل كوكيل تنفيذ فقط بصفته وكيلا للعميل الفرد ، عن العلاقة القانونية لعمل الشخص المرخص له الذي يدير محفظة الأوراق المالية للعميل الفرد ويعتبر مديرا لها .

وبناء على ما سبق ينحصر تقديم خدمة إدارة محافظ الأوراق المالية الفردية لحساب الغير من قبل مدير المحفظة ، على العميل الفرد أو العميل الذي يعتبر طرفاً نظيراً سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين .

ومتى ما قام مدير المحفظة بتصنيف العميل على إحدى الفئات السابقة فيجب عليه بناء على نص الفقرة ( د ) من المادة السادسة والثلاثين ، أن يقوم بإعداد سجل لكل عميل يسمى سجل تصنيف يتضمن جميع المعلومات الكافية التي تؤيد تصنيف العميل على الفئة التي تم تصنيفه عليها من قبل مدير المحفظة . ونرى أن إلزام مدير المحفظة بإعداد هذا السجل هو من أجل إتاحة الفرصة لهيئة السوق المالية للتأكد من سلامة تصنيف مدير المحفظة للعميل ، ولإثبات التزامه بنصوص اللائحة في هذا الخصوص ، ولما يقتضيه التزامه بالإفصاح .

ومتى ما تم إعداد هذا السجل فنرى أنه يخضع للقواعد التي نصت عليها المادة السادسة عشرة من لائحة الأشخاص المصرح لهم المتعلقة بالاحتفاظ بالسجلات ، والتي نصت على إلزام الشخص المرخص له بالاحتفاظ بالسجلات لمدة عشر سنوات ما لم تحدد الهيئة خلاف ذلك ، كما نصت على أن الحفظ يتم بأي وسيلة من وسائل الحفظ بشرط أن تكون قابلة للمعينة بشكل مطبوع ، وأتاحت الفرصة للعميل الحالي أو السابق الاطلاع عليها والحصول على نسخة منها . وأعطت الهيئة الحق في معينة سجلات الشخص المرخص له مباشرة أو من خلال أي شخص تعينه الهيئة لهذا الغرض .

## ٢ - تزويد العميل بشروط تقديم الخدمات

بناء على ما نصت عليه الفقرة ( أ ) من المادة الثامنة والثلاثين من لائحة الأشخاص المرخص لهم ، يجب على مدير المحفظة - بحكم أنه من الأشخاص المصرح لهم بممارسة أعمال الأوراق المالية - تزويد عميله بشروط تقديم الخدمات التي من خلالها يتم تحديد أسس ممارسة مدير المحفظة لأعمال إدارة محفظة العميل لحساب هذا العميل . ويجب تزويد العميل بتلك الشروط قبل ممارسة أية أعمال لحساب العميل !

وقد ألزمت الفقرة ( ج ) من نفس المادة مدير المحفظة بالتأكد من أن شروط تقديمه للخدمات تحتوي على تفصيل كاف لأسس تنفيذ أعمال إدارة المحفظة . والهدف من هذا التفصيل هو إعطاء فكرة شاملة للعميل عن نطاق وطبيعة أعمال مدير المحفظة وحقوقه والتزاماته تجاه العميل ، وكذلك حقوق العميل والتزاماته تجاه مدير المحفظة .

كما نصت الفقرة ( د ) من نفس المادة على وجوب قيام مدير المحفظة بالتأكد من أن شروط تقديمه للخدمات منقحة مع متطلبات شروط تقديم الخدمات المنصوص عليها في الملحق ( ٢-٥ ) من لائحة الأشخاص المصرح لهم . وما تجدر ملاحظته

هنا أن اتفاق هذه الشروط مع ما نص عليه من شروط في الملحق المشار إليه أمر إلزامي يجب على مدير المحفظة الالتزام به . ويبرر ذلك برغبة المنظم في تقرير أكبر قدر من الحماية الممكنة للعميل وللسوق المالية من خلال تبصير العميل بما هو مقدم عليه . ويلاحظ على الشروط التي تضمنها الملحق أنها شروط عامة ، تم وضعها لتتوافق مع الخدمات التي يقدمها أي شخص مرخص له مع أو لحساب عميل فرد ومهما كان نوع الخدمة المتعلقة بالأوراق المالية . وبما أن الأشخاص المرخص لهم قد يباشرون نشاطات متعددة تتعلق بالأوراق المالية مثل التعامل والحفظ والترتيب والإدارة والمشورة ، ونظرا لعمومية تلك الشروط الواردة في الملحق رقم ( ٥ - ٢ ) ، لذا سنحاول إيضاح أهم الشروط المتعلقة بممارسة أعمال إدارة الأوراق المالية لحساب الغير من بين هذه الشروط .

وبالرجوع إلى الشروط الموضحة في الملحق رقم ( ٥ - ٢ ) نرى أن يقوم مدير محفظة الأوراق المالية لحساب الغير بتزويد العميل بشروط تقديم الخدمات متضمنة البيانات التالية :

- ١ - بدء العمل :
- والمقصود به تحديد تاريخ سريان شروط تقديم الخدمة للعميل ويكون عادة إما من تاريخ توقيع العقد ، أو من تاريخ محدد في العقد يكون لاحقا لتاريخ توقيع العقد . ونرى أنه كان من الأفضل من الناحية القانونية ذكر تحديد سريان العقد بدلا من البدء في العمل لأنها أبلغ بالتعبير عن المقصود به .
- ٢ - الاسم والعنوان والهيئة المشرفة :
- ويقصد به اسم مدير المحفظة وعنوانه ، والمقصود بالهيئة المشرفة الجهة التي يخضع لإشرافها ورقابتها وهي هي السوق المالية .
- ٣ - أهداف الاستثمار للعميل الفرد
- ٤ - القيود :
- أية قيود يرى العميل إدراجها في العقد المبرم مع مدير المحفظة تتعلق بأنواع الأوراق المالية التي يرغب العميل الاستثمار فيها . كما تشمل الأسواق التي يرغب العميل تنفيذ صفقات فيها .
- ٥ - الخدمات التي سوف يقدمها مدير المحفظة وتمثل في إدارة المحفظة لحساب العميل والقيام بما تستلزمه أعمال الإدارة .
- ٦ - المدفوعات مقابل الخدمات وتشمل تفصيل لأي مدفوعات يتوجب على العميل سدادها لمدير المحفظة . ويشمل ذلك كيفية الدفع والتحصيل ، فترات الدفع ، أي دفعة أخرى تستحق لمدير المحفظة أو لأحد تابعيه فيما يتعلق بأي صفقة ينفذها لحساب العميل .
- ٧ - مدير الاستثمار :
- وهذا البيان مخصص لحالة مدير المحفظة الذي يتصرف بصفته مديرا لها ، ويجب أن يشمل هذا البيان على التفاصيل التالية :

- (أ) - ترتيبات إعطاء التعليمات لمدير المحفظة وتأكيد تلك التعليمات .  
(ب) - القيمة المبدئية للمحفظة الاستثمارية للعميل .  
(ج) - المكونات المبدئية للمحفظة الاستثمارية التي تتم إدارتها .  
(د) - الفترة المحاسبية الواجب فيها تقديم كشوفات عن المحفظة الاستثمارية .

(هـ) - السلطات التقديرية لمدير المحفظة والقيود الواردة على الاستثمارات .

- (و) - كيفية قياس الأداء . ونر أن المقصود به أداء مدير المحفظة لمهامه .  
(ز) - كيفية إجراء التقييم . ونرى أن المقصود به تقييم المحفظة .

٨ - التحذير من المخاطر :

ويقصد به اتخاذ الخطوات اللازمة لإفهام العميل بطبيعة المخاطر المتعلقة بطبيعة النشاط .

٩ - إقراض الأوراق المالية :

وهو بيان ما إذا كان يجوز لمدير المحفظة ممارسة نشاط إقراض الأوراق المالية لحساب العميل .

١٠ - طريقة الإنهاء :

ويقصد بها كيفية إنهاء شروط تقديم الخدمات وبمعنى آخر كيفية إنهاء العقد مع العميل .

١١ - الشكاوى :

ويقصد بها تحديد كيفية التقدم بشكوى على الشخص المرخص له .

١٢ - حق تصفية أصول العميل الفرد :

وتتضمن وصف لأي حق لمدير المحفظة يتمكن من خلاله من تصفية أصول العميل أو الضمانات أو إغلاق أو تصفية محفظته الاستثمارية عند العجز عن السداد .

ويلاحظ على البيانات السابقة التي يجب أن تتضمنها شروط تقديم الخدمات أنها تعطي صورة واضحة للعميل عن طبيعة التصرف القانوني المقبل عليه ، ومن شأنها أن تجعله يتخذ القرار المناسب بشأن المضي قدما في التعاقد مع مدير المحفظة أو التراجع عن ذلك .

## المطلب الثاني

التزامات مدير المحفظة عند التعاقد مع العميل

تفترض هذه المرحلة أن مدير المحفظة قد وفي بالتزاماته في مرحلة ما قبل التعاقد من جهة ، وموافقة العميل المبدئية على التعاقد مع مدير المحفظة لإدارة

محفظة الأوراق المالية المملوكة له من ناحية أخرى . وعليه فالطرفين بصدد إتمام التعاقد وهذا يستلزم قيام مدير المحفظة بتنفيذ الالتزامات التي فرضتها عليه لائحة الأشخاص المصرح لهم في هذه المرحلة . وتتمثل هذه الالتزامات في وجوب قيام مدير المحفظة بتقديم صيغة مكتوبة لشروط تقديم الخدمات للعميل يسري مفعولها فور توقيع نسخة منها من قبل العميل ، وهو ما يسمى إبرام عقد إدارة محفظة الأوراق المالية لحساب الغير . وكذلك وجوب حصول مدير المحفظة على معلومات خاصة عن العميل قبل بدء التعامل معه ، وهو ما عبرت عنه لائحة الأشخاص المصرح لهم بمعرفة العميل . وسنوضح فيما يلي كل من هذه الالتزامات .

#### ١ - إبرام عقد إدارة المحفظة

نصت الفقرة (ب) من المادة الثامنة والثلاثين من لائحة سلوكيات السوق على وجوب ( وضع شروط تقديم الخدمات مع العميل بصيغة اتفاقية يبدأ سريان مفعولها فور الحصول على نسخة موقعة من العميل ) . ويتضح من نص هذه الفقرة أن المقصود بعبارة اتفاقية شروط الخدمات التي استخدمها المنظم في هذه الفقرة هو عقد إدارة المحفظة المبرم بين مدير المحفظة والعميل . ويتضح من هذا النص أنه يجب لإبرام عقد إدارة المحفظة أن تتم صياغة عقد بين مدير المحفظة والعميل وهذا يتطلب أن يكون العقد مكتوباً ، ويبدأ سريانه بمجرد توقيع نسخة منه من قبل العميل . وقد سبق وأن رأينا أن تتطلب اللائحة كتابة عقد إدارة محفظة الأوراق المالية لحساب الغير يعتبر شرطاً لصحة العقد وبدونها يصبح العقد باطل بطلاناً مطلقاً ، ويجعل هذا النوع من العقود يندرج ضمن العقود الشكلية . ومنعا للتكرار نحيل فيما يتعلق بكتابة العقد إلى ما سبق وأن ذكرناه بشأن خصائص عقد إدارة المحفظة وكونه من العقود الشكلية<sup>١</sup> .

أما ما يتعلق بإبرام العقد فقد أوضحت الفقرة (ب) أن العقد يسري فور الحصول على نسخة موقعة منه من العميل . وهذا يقتضي أن يقوم مدير المحفظة بصياغة العقد وتضمينه شروط تقديم الخدمات المشار إليها سابقاً ، وتقديمه للعميل الذي يقوم بالتوقيع على نسخة منه وتقديمها لمدير المحفظة . وسواء تم التوقيع الأطراف في نفس لحظة التقديم أو في وقت لاحق فالعبرة دائماً ببداية سريان العقد بتاريخ حصول مدير المحفظة على نسخة منه . ولم يذكر المنظم تبريراً لهذه القاعدة التي نرى أنها مخالفة للقواعد العامة في التعاقد والتي بمقتضاها يعتبر العقد مبرماً بمجرد توقيعه من الطرفين . إضافة إلى ذلك يلاحظ أن المنظم لم يلزم مدير المحفظة بتحديد تاريخ حصوله على النسخة الموقعة من العميل . مما قد يثير صعوبة إثبات تاريخ سريان العقد ، خصوصاً عندما يعتمد مدير المحفظة بإغفال إثبات ذلك لغاية يقصدها ، وهو الشخص المحترف في ممارسة هذا النوع من الأعمال مقابل المستثمر الذي يكون محدود المعرفة مقارنة معه ، مما قد يفتح المجال للتجاوز على

<sup>١</sup> انظر ما سبق ، ص ٨ .

حقوق العميل بأي صورة من الصور . وعليه فإن مثل هذه القاعدة تحدث لبسا غير مبرر فيما يتعلق بتاريخ سريان العقد .

ومتى ما تم إبرام العقد وفقا للشكل السابق فقد ألزمت الفقرة (هـ) من المادة الثامنة والثلاثون مدير المحفظة الاحتفاظ بسجل لشروط تقديم التي يزود بها العميل وأي تعديلات لتلك الشروط . وفحوى هذا الالتزام أنه يجب على مدير المحفظة أن يحتفظ بالعقد المبرم مع العميل وأي تعديلات قد تطرأ عليه . وتسري قواعد الاحتفاظ بالسجلات المنصوص عليها في المادة السادسة عشرة من لائحة الأشخاص المصرح لهم ، التي تحدد مدة الحفظ والوسيلة التي يتم بها وكيفية الإطلاع على السجلات والحصول على نسخة منها وحق الهيئة في معاينتها ، على التزام مدير المحفظة بالاحتفاظ بسجلات شروط تقديم الخدمات للعملاء والتعديلات التي قد تطرأ عليها .

## ٢ - معرفة العميل

ألزمت الفقرة (أ) من المادة التاسعة والثلاثين من لائحة الأشخاص المصرح لهم ، الشخص المرخص له بمزاولة نشاط التعامل في الأوراق المالية ، أو تقديم المشورة ، أو الإدارة لحساب العميل الفرد ، الحصول من العميل الفرد على معلومات تتعلق بوضعه المالي ، وخبرته في مجال الاستثمار وأهدافه الاستثمارية المتعلقة بالخدمات التي يتم تقديمها له من قبل الشخص المصرح له . وقد سمت المادة التاسعة والثلاثون هذا الالتزام بـ (معرفة العميل) .

وقد أوجبت تلك الفقرة على الشخص المرخص له أن يحصل على هذه المعلومات قبل البدء بتقديم الخدمة للعميل . وعليه فإن قيام الشخص المرخص له بتنفيذ هذا الالتزام لا يتم إلا بعد توقيع العقد وقبل البدء في تقديم الخدمة ، ونرى أنه لا يمكن إلزام الشخص المرخص له بتنفيذ هذا الالتزام قبل توقيع العقد ، بسبب الطبيعة القانونية لهذا الالتزام التي تستوجب أن يتم بعد توقيع العقد حيث يصبح المستثمر عميلا للشخص المصرح له ، أما قبل ذلك فلا يعتبر المستثمر عميلا للشخص المصرح له ، وبالتالي لا يقوم هذا الالتزام من الناحية القانونية في مواجهة الشخص المرخص له . ويبرر الحصول على تلك المعلومات بأهميتها المرتبطة بمبدأ الإفصاح المفروض على كل ما يتعلق بممارسة الشخص المرخص له لأعماله ومن ضمن ذلك المعلومات المتعلقة بعملائه الذين يتعامل معهم .

وقد حددت الفقرة (ب) من المادة التاسعة والثلاثين الحد الأدنى من المعلومات التي يجب الحصول عليها من العميل ، ونصت على أنها المعلومات التي نص عليها الملحق رقم (٥ - ٣) . وبلا نرى أن هذا النص ورد على سبيل الحصر حيث يمكن إضافة أية معلومات أخرى يرى مدير المحفظة أهمية الحصول عليها نظرا لتنوع وتشعب هذه المعلومات مما يجعل قصرها على المعلومات التي وردت في الملحق

<sup>١</sup> انظر ما سبق ص ١٧ .

غير مبرر . وعليه فإن لمدير المحفظة أن يطلب الحصول على معلومات إضافية زائدة عن المعلومات التي نص عليه الملحق المشار إليه إذا رأى أهمية الحصول عليها ، ونرى أن هذا الحق لا يرد على إطلاقه وأنه مقيد بكون المعلومات الإضافية منطقية وغير مبالغ فيها .

وبالرجوع إلى الملحق ( ٥ - ٣ ) نجد أنه تضمن نموذج معرفة العميل وقد تضمن هذا النموذج الحد الأدنى من المعلومات التي أشارت إليها الفقرة (ب) . وتتمثل هذه المعلومات في معلومات شخصية عن العميل ، ومعلومات عن دخله السنوي التقريبي ، وصافي ثروة العميل التقريبية ما عدا منزله ، ومعلومات عن جهة عمله والبنك الذي يتعامل معه ، ومعلومات عامة تتضمن تحديد ما إذا كان العميل عضو مجلس إدارة أو مسنول في شركة مدرجة في السوق المالية ، كما تتضمن أي معلومات مالية أخرى عن الوضع المالي للعميل .

ويجب على الشخص المرخص له وفقا لنص الفقرة (ج) من المادة التاسعة والثلاثين ، أن يطلب من عملائه الأفراد تحديث المعلومات المطلوبة منهم مرة واحدة كحد أدنى سنويا . وفي حال امتناع العميل الفرد عن تقديم المعلومات المطلوبة ، فقد فرضت الفقرة (د) من المادة التاسعة والثلاثين على الشخص المرخص له عدم جواز التعامل مع العميل ، أو تقديم المشورة له ، أو الإدارة لحسابه . ويترتب على ذلك نتيجة مهمة جدا وهي وجوب فسخ العقد المبرم مع العميل بقوة النظام . ويعتبر الفسخ في هذه الحالة بناء على امتناع العميل عن القيام بما هو مطالب به نظاما ، وبالتالي يتحمل التبعات القانونية المترتبة على ذلك .

وأخيرا نشير إلى أن الفقرة (هـ) من المادة التاسعة والثلاثون ألزمت الشخص المصرح له الاحتفاظ بسجل لجميع المعلومات التي يحصل عليها من العميل الفرد . ونشير هنا إلى أن قواعد الاحتفاظ بالسجلات المنصوص عليها في المادة السادسة عشرة من لائحة الأشخاص المصرح لهم ، التي تحدد مدة الحفظ والوسيلة التي يتم بها وكيفية الإطلاع على السجلات والحصول على نسخة منها وحق الهيئة في معاينتها<sup>١</sup> ، تسري على التزام الشخص المصرح له بالاحتفاظ بسجلات معلومات العملاء الأفراد .

## المطلب الثاني

### التزامات مدير المحفظة بعد التعاقد مع العميل

بعد أن يتم إبرام عقد إدارة محفظة الأوراق المالية لحساب الغير يشرع مدير المحفظة بتنفيذ التزامه المنصوص عليه في العقد وهو إدارة محفظة الأوراق المالية لحساب العميل ، وذلك وفقا لما يتطلبه تنفيذ التزامه من مراعاة للجوانب الفنية

<sup>١</sup> انظر ما سبق ص ١٧ و ص ٢٠ .

والقانونية ومن خلال العقد المبرم بينه وبين العميل . وتعتبر إدارة المحفظة هي الالتزام الرئيس لمدير المحفظة في عقد إدارة محفظة الأوراق المالية لحساب الغير . وقد فرضت لائحة الأشخاص المصرح لهم على مدير المحفظة أن يقوم بإدارتها مع الالتزام ببعض المبادئ التي تقوم عليها الإدارة الحسنة للمحفظة وهي الأمانة والأخذ بالاعتبار مسألة تعارض مصالح مدير المحفظة مع مصالح العميل . وعليه سنتناول في المطلب الأول التزام مدير المحفظة بـ ( إدارة المحفظة ) ، ثم سنوضح في المطلب الثاني ( مبادئ إدارة الحافظة ) التي يجب على مدير الحافظة الالتزام بها أثناء قيامه بإدارة الحافظة لحساب العميل .

## المطلب الأول

### إدارة المحفظة

تعتبر إدارة المحفظة هي الالتزام الرئيس لمدير المحفظة تجاه العميل الناشئ عن عقد إدارة محفظة الأوراق المالية لحساب العميل . وتعتبر الالتزامات السابقة للتعاقد والمتزامنة معه واللاحقة عليه التزامات ثانوية ترتبط بهذا الالتزام الرئيس . وتتمثل فحوى هذا الالتزام بقيام مدير المحفظة بإدارة محفظة أوراق مالية لحساب العميل الفرد . ويمكن تعريف إدارة المحفظة بأنها قيام مدير المحفظة بتكوين محفظة العميل وتحديد مكوناتها من الأوراق المالية المدرجة في السوق المالية ومن ثم إدارة الأوراق المالية التي تتكون منها المحفظة ، وذلك من خلال تحريك المحفظة عن طريق شراء أوراق مالية جديدة أو بيع محتوياتها أو الإبقاء عليها ، وفقا لظروف السوق ووفقا لما يتطلبه العقد المبرم مع العميل .

ويلحظ من هذا التعريف أن مفهوم الالتزام بإدارة محفظة الأوراق المالية لحساب العميل الفرد يشمل عنصرين أساسيين هما تكوين المحفظة وتحريك محتوياتها ، ويضاف إليهما عنصر ثالث وهو ممارسة مدير المحفظة للحقوق والامتيازات التي تمنحها الأوراق المالية المكونة للمحفظة وسنوضح فيما يلي كل من هذه العناصر .

### أولا : تكوين المحفظة

يمكن تعريف تكوين محفظة الأوراق المالية للعميل بقيام مدير المحفظة ابتداء باختيار الأوراق المالية المكونة لمحفظة العميل . فالمحفظة هي عبارة عن تشكيك من عدد من الأوراق لشركة أو لعدة شركات من الشركات المدرجة في السوق المالية<sup>1</sup> .

<sup>1</sup> حول نفس المعنى في القانون المصري انظر : د. نصر طاحون ، (المرجع السابق) ، ص ٣٤٩ .



وعليه يتمثل التزام مدير المحفظة في انتقاء الأوراق المالية المكونة لمحفظة العميل . وهذا الانتقاء يتم بناء على عوامل عديدة ، منها ما يتعلق بطبيعة ونوعية الأوراق المالية المنتقاة من حيث مدى ربحيتها وعنصر المخاطرة في الاستثمار فيها ، ومنها ما يتعلق بالهدف العام للمحفظة ونوعية المكاسب التي تهدف إلى تحقيقها وما إذا كانت أهداف المحفظة تحقيق مكاسب سريعة ، أو ثابتة ، أو كبيرة ، أو آمنه ، أو خليط من بين هذه المكاسب .

ويلتزم مدير المحفظة عند قيامه بتكوين المحفظة بانتقاء الأوراق المالية المناسبة لتكوينها من ضمن الأوراق المالية المدرجة في السوق المالية ، بناء على الهدف العام للمحفظة ، ومن واقع خبرته بالسوق ، وعلى أسس فنية واقتصادية مبنية على كون الأوراق المالية المنتقاة لتكوين المحفظة تكون ذات عوائد جيدة وتتميز بتزايد قيمتها بناء على أداء وكفاءة الشركات المصدرة لهذه الأوراق .

وإضافة للعناصر السابقة لاختيار الأوراق المالية المكونة للمحفظة ، يجب على مدير المحفظة مراعاة التنوع القانوني لهذه الأوراق عند انتقاء الأوراق المالية المكونة للمحفظة . ويقصد بالتنوع القانوني عدم الاكتفاء بشكل قانوني واحد من الأوراق المالية مثل الأسهم فقط أو السندات أو غيرها<sup>١</sup> ، وبالتالي عليه أن يكون المحفظة من تشكيلة من الأوراق المالية المختلفة من حيث طبيعتها القانونية ، وذلك ما لم يقيد عقد إدارة المحفظة مدير المحفظة في اختيار شكل قانوني محدد للأوراق المالية التي تتكون منها المحفظة<sup>٢</sup> . كما يشمل التنوع القانوني للأوراق المالية المكونة للمحفظة اختيار نوع الورقة من حيث قصرها على الأوراق المالية المطروحة للاكتتاب أو على تلك المتداولة في السوق المالية أو من هذين النوعين .

١ - نصر طاحون ، ( المرجع السابق ) ، ص ٣٥٥ .  
٢ في المملكة العربية السعودية تتعدد الأشكال القانونية للأوراق المالية التي من الممكن أن تتكون منها محفظة العميل ، حيث حددت المادة للثقة من نظام السوق المالية الأوراق المالية التي تطرح في سوق الأوراق المالية في الأنواع التالية :

- ١ - أسهم للشركات القابلة للتحويل والتداول .
  - ٢ - أدوات لدين القابلة للتداول التي تصدرها الشركات أو الحكومة أو الهيئات والمؤسسات العلمية .
  - ٣ - الوحدات الاستثمارية الصادرة عن صناديق الاستثمار .
  - ٤ - أي أدوات تمثل حقوق أرباح المساهمة وأي حقوق في توزيع الأصول أو أحدهما
- وقد خولت الفقرة (هـ) من هذه المادة لمجلس هيئة السوق المالية صلاحية إضافة أي حقوق أخرى أو أدوات دين إلى أنواع الأوراق المالية المطروحة في السوق إذا رأى في ذلك تحقيقا لسلامة السوق أو حماية للمستثمرين ، ولهذه الأسباب أيضا خولت تلك الفقرة للمجلس صلاحية استثناء ما تم اعتباره أوراقا مالية بموجب هذه المادة إذا رأى أنه لم يعد هناك ضرورة للاستمرار في اعتبارها أوراقا مالية . ونرى أن نص المنظم صراحة على هذه القاعدة يأتي من منطلق حرصه على مواكبة التطورات السريعة في مجال أسواق المال والقانون التجاري بصفة عامة والتي تقتضي تحويل مجلس إدارة الهيئة المرونة للالتزام لمواكبة هذه التطورات . وفي السوق المالية السعودية تعتبر الأسهم هي الورقة الوحيدة المدرجة في السوق في الوقت الحاضر . أنظر : د . محمد للجداد ، ( جريمة الاحتيال في السوق المالية وفقا للنظام السعودي ) ، مجلة الإدارة العامة ، العدد الثالث ، المجلد السادس والأربعون ، رجب ١٤٢٧ هـ - أغسطس ٢٠٠٦ م ، ص ٤٥٥ .

وبجانب التنوع القانوني هناك أيضا التنوع القطاعي لمكونات المحفظة ، ويقصد به توزيع الأوراق المالية التي ستتكون منها المحفظة على القطاعات الاقتصادية المختلفة التي تصنف تحتها الأوراق المالية المدرجة أو المتداولة في السوق المالية<sup>١</sup>. وهذا يفترض أن يتم تكوين المحفظة من مجموعة من الأوراق المالية مختلفة المصدر بحيث يتم تقسيمها ، على سبيل المثال ، بين الأوراق المالية المصدرة من الشركات الصناعية ، ومجموعة أخرى مصدرة من الشركات الزراعية ومجموعة ثالثة مصدرة من الشركات الخدمية وهكذا . والهدف من ذلك يكون التقليل من حدة المخاطر التي قد تواجه الاستثمار في هذه الحالة من جهة ، ومحاولة توسيع فرصة الحصول على أرباح من جهة ثانية ، خصوصا وأن قطاعات السوق الاقتصادية لا تعمل على وتيرة واحدة فأحيانا ترتفع مؤشرات بعض القطاعات وتنخفض مؤشرات البعض الآخر .

وبجانب النوعين السابقين لتكوين محفظة الأوراق المالية الخاصة بالعميل الفرد هناك نوع ثالث وأخير وهو التنوع الجغرافي للأوراق المالية التي تتكون منها المحفظة . فحوى هذا النوع يتمثل في عدم الاقتصار في تكوين المحفظة على الأوراق المالية المدرجة في السوق المالية للدولة أو الإقليم الذي ينتمي له مدير المحفظة ويباشر نشاطه عادة فيه<sup>٢</sup> ، بحيث قد تشمل المحفظة على أوراق مالية مدرجة في أسواق دولة أخرى أو إقليم آخر داخل الدولة ، وذلك متى ما كان مسموحا لمدير المحفظة ممارسة نشاطه في أسواق مالية أخرى . ويبرر ذلك بتغير الظروف الاقتصادية العالمية خصوصا في ظل ظهور العولمة ، وتقارب وارتباط أسواق المال العالمية ببعضها البعض ، مما يتيح في بعض الدول الإمكانية لمدير المحفظة بالتعامل مع أسواق المال الدولية أو الإقليمية الأخرى التي تقع خارج الدولة أو خارج الإقليم الموجود فيه .

ونشير أخير إلى أن حرية مدير المحفظة في تنوع الأوراق المالية المكونة للمحفظة الاستثمارية للعميل وفقا للقواعد السابقة ، مقيدة بما تم النص عليه في عقد إدارة المحفظة المبرم مع العميل ، كما أنها مقيدة من ناحية أخرى بحجم رأس المال المستثمر في المحفظة الذي ينعكس إيجابا أو سلبا على تنوع الأوراق المالية المكونة للمحفظة ، فكل ما كان حجم رأس المال المستثمر كبيرا كلما زادت فرصت التنوع والعكس صحيح .

أما إذا لم يكن مدير المحفظة مقيدا في العقد المبرم بينه وبين العميل بطريقة تكوين الحافظة ، أو أن العقد المبرم مع العميل سكت عن تنظيم هذه المسألة ، ففي هذه الحالة عليه أن يشرع في تكوينها بناء على خبرته ووفقا لمعيار الرجل الحريص .

<sup>١</sup> حول هذا المعنى انظر : د. نصر طلحون ، المرجع السابق ، ص ٣٦٠ .

<sup>٢</sup> د. نصر طلحون ، المرجع السابق ، ص ٣٦١ .

## ثانيا : تحريك المحفظة

بعد أن يتم تكوين المحفظة من قبل مدير المحفظة وهي أول مرحلة من مراحل إدارة المحفظة تأتي مرحلة تحريك المحفظة . ويقصد بتحريك المحفظة القيام بإدارة الأوراق المالية التي تتكون منها المحفظة ، عن طريق قيام مدير المحفظة ببيع أو شراء الأوراق المالية الموجودة في المحفظة وإحلال أوراقا أخرى بدلا عنها سواء كانت مطابقة لها أو مختلفة عنها من حيث الشكل القانوني « أو الاحتفاظ بها والإبقاء عليها لبعض الوقت وذلك بهدف تحقيق ربح ، ويقوم مدير المحفظة بذلك بناء على توقعات ودراسات وتحليل فني للسوق المالية والظروف المحيطة بها .

وبناء على هذا التعريف يتضح أن لمدير المحفظة كافة الصلاحيات فيما يتعلق بممارسة الحقوق المرتبطة بالأوراق المالية التي تتكون منها المحفظة ، كما له الحق في التصرف بالأوراق المالية التي تتكون منها المحفظة وإحلال أوراق مالية أخرى عوضا عنها عن طريق بيعها وشراء أخرى . ويمكن تبرير ذلك بأن تحقيق الأهداف الاستثمارية للعميل المتمثلة في تحقيق أرباح مجزية وزيادة أصول المحفظة ، يتطلب التغيير المستمر لمحتويات المحفظة وفقا للمعطيات الفنية للسوق وقواعد الاستثمار فيه .

كما يمكن تبرير ذلك من ناحية أخرى ، بأن مدير المحفظة يعتبر وكيلا بالعمولة يتصرف باسم ولحساب العميل الفرد ، وهو ما يمنحه أيضا الصلاحيات اللازمة لتحقيق أهداف العميل والتي بدونها لا يمكن تحقيق ذلك . وما يؤكد ذلك أنه جرت العادة على تفويض مدير المحفظة بكافة الصلاحيات اللازمة لإدارة المحفظة ، وفقا للقواعد الفنية والقانونية المنصوص عليها في نظام السوق المالية واللوائح والقواعد الصادرة بناء عليه المتعلقة بإدارة المحافظ الاستثمارية ، ووفقا لما هو متعارف عليه في هذا المجال ، ووفقا للسلطة التقديرية لمدير المحفظة .

ويقوم مدير المحفظة عادة بإدارة المحفظة بناء على الصلاحيات الممنوحة له بموجب العقد المبرم مع العميل ، ومن خلال شروط تقديم الخدمة التي يجب أن يتضمنها العقد المبرم بينهما . وقد رأينا أن هذه الشروط تضمنت العديد من القواعد التي تحدد صلاحيات مدير المحفظة فيما يتعلق بقيامه بتنفيذ التزامه تجاه العميل بإدارة المحفظة من ذلك على سبيل المثال القواعد التالية :

١ - الخدمات التي سوف يقدمها مدير المحفظة وتتمثل في إدارة المحفظة لحساب العميل والقيام بما تستلزمه أعمال الإدارة .

أعرف البعض إدارة الأوراق المالية التي تتكون منها المحفظة بأنها :- ( عملية مراجعة الاستثمارات التي تتضمنها المحفظة لإحلال استثمارات جديدة محل استثمارات قديمة يتم التصرف فيها بالبيع لإعادة تشكيل وتوزيع استثمارات المحفظة . وهذه المراجعة وتلك التغييرات قد تكون بالنسبة لجميع الاستثمارات وقد تقتصر على البعض دون البعض الآخر وفقا للوضع الأمثل للمحفظة ) . د . محمد إسماعيل عثمان حميد ، ( أسواق المال ) ، مشار إليه في مؤلف د . نصر طلحون ، المرجع السابق ، ص ٣٦٦ .

- ٢ - القيمة المبدئية للمحفظة الاستثمارية للعميل .
- ٣ - المكونات المبدئية للمحفظة الاستثمارية التي تتم إدارتها من الأوراق المالية .
- ٤ - القيود التي يرى العميل إدراجها في العقد المبرم مع مدير المحفظة المتعلقة بأنواع الأوراق المالية التي يرغب أو لا يرغب العميل الاستثمار فيها .
- ٥ - تحديد الأسواق التي يرغب العميل تنفيذ صفقات فيها .
- ٦ - السلطات التقديرية لمدير المحفظة والقيود الواردة على الاستثمارات .
- ٧ - ترتيبات إعطاء التعليمات لمدير المحفظة وتأكيد تلك التعليمات .

ومن خلال ما سبق يتضح أن العميل هو من يرسم حدود صلاحيات مدير المحفظة ، ويقوم العميل بذلك بناء على مدى خبرته وأهدافه الاستثمارية وما إذا كانت استثماره في المحفظة طويل أو قصير الأجل ، ومدى رغبته في تحمل مخاطر الاستثمار .

ومتى ما حدد العميل قواعد إدارة المحفظة فيجب على مدير المحفظة أن يلتزم بها ولا يخرج عنها أثناء تنفيذه لمهامه ، إلا وفقا لما تحدده السلطة التقديرية الممنوحة له من قبل العميل في بعض الحالات ، ويكون مسنولا أمام العميل عن أية تجاوزات تحدث منه لهذه القواعد .

وإضافة لما سبق نشير إلى أن العميل ليس ملزما بتحديد صلاحيات مدير المحفظة المتعلقة بإدارة المحفظة . فقد يتم النص صراحة في العقد على تخويل مدير المحفظة كافة الصلاحيات التي يرى استخدامها عند قيامه بإدارة المحفظة ، أو يتم اعتبار وجود هذا التخويل ضمنيا وذلك عندما يسكت عقد إدارة المحفظة عن تحديد صلاحيات مدير المحفظة أو بعضها . وفي هذه الحالات يفترض أن العميل منح مدير المحفظة كافة الصلاحيات اللازمة لإدارة المحفظة ، وعليه يكون لمدير المحفظة أن يمارس كافة المهام التي تقتضيها الإدارة الحسنة للمحفظة ، وهو ملزم في هذه الحالة بالتصرف وفقا لمعيار رب الأسرة الحريص وإدارة المحفظة على هذا الأساس<sup>١</sup> .

وفي جميع الأحوال متى ما تم تحديد صلاحيات مدير المحفظة وفقا لما ذكرناه سابقا ، فإن مدير المحفظة يتمتع باستقلالية تامة فيما يتعلق بكيفية ممارسة الصلاحيات المسندة إليه . وله في هذه الحالة اتخاذ القرارات اللازمة لتحريك المحفظة واختيار الأوقات المناسبة لذلك ، وهذا ما يفترض معه أن لدى مدير المحفظة خطة استثمارية قام بوضعها لإدارة المحفظة وفقا للصلاحيات الممنوحة له ، وبناء على الأسس التي يراها بناء على خبرته وكفائه في هذا المجال . وليس للعميل التدخل في أسلوب الإدارة الذي ينفذ به مدير المحفظة خطته الاستثمارية لأصول المحفظة ، إذا كان هذا الأسلوب لا يتعارض مع ما هو محدد في عقد الإدارة

١ د . هشام فضلي ، ( إدارة محافظ الأوراق المالية لحساب الغير ) ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤م ، ص ١٠١ .

، أولاً يتعارض مع نصوص نظام السوق المالية واللوائح والقواعد الصادرة بناء عليه والأصول المتعارف عليها إذا لم يحدد العقد أسلوب الإدارة .  
ويمكن تبرير ذلك بأنه من الضروري منح تلك المساحة من التصرف لمدير المحفظة لممارسة مهامه ، نظراً لما تقتضيه طبيعة أعمال إدارة الأوراق المالية من سرعة في اتخاذ القرارات الاستثمارية وتنفيذها لتعظيم الأرباح أو لتخاسي الخسائر .

ثالثاً : ممارسة الحقوق التي تمنحها الأوراق المالية المكونة للمحفظة :

بجانب تكوين المحفظة وإدارة الأوراق المالية المكونة لها هناك عنصر ثالث يجب على مدير المحفظة القيام به ، ويتمثل هذا العنصر في قيام مدير المحفظة بممارسة الحقوق التي تمنحها الأوراق المالية المكونة للمحفظة ، ويعتبر عنصر من عناصره  
ويمكن تبرير قيام مدير المحفظة بذلك للسببين التاليين :

١ - إن عقد الوكالة المبرم بين مدير المحفظة والعميل الفرد هو عقد وكالة بالعمولة ، وبناء على هذا العقد فإن الوكيل بالعمولة يتصرف باسمه الشخصي ولكن لحساب عميله الذي يتم نقل آثار هذا التصرف لحسابه . ويقتضي ذلك من الناحية القانونية أن تكون الأوراق المالية المكونة لمحفظة العميل مملوكة لمدير المحفظة سوريا ، ومسجلة باسمه في نظام التداول وفي سجلات الشركات التي تكون أوراقها المالية محفظة العميل ، مما يجعل مدير المحفظة هو المالك الحقيقي لها أمام الغير بمختلف فئاتهم . وهذا يلزمه بممارسة الحقوق المتصلة بتلك الأوراق حسب ما تقرره الأنظمة ذات العلاقة وحسب تقديره الشخصي لذلك .

٢ - تقتضي الطبيعة القانونية لإدارة المحفظة أن يقوم مدير المحفظة بممارسة الحقوق التي تخولها الأوراق المالية التي تتكون منها المحفظة . وذلك لكون مثل هذا العمل تقتضيه طبيعة هذا النوع من أعمال الإدارة . فالعلاقة وبين العميل وكالة بالعمولة ، وهو ما يفرض على مدير المحفظة أن يقوم بممارسة الحقوق المتصلة بالأوراق المالية المكونة لمحفظة العميل ونقل ما ترتبه هذه الحقوق من آثار للعميل .

وبناء على ما سبق وبصفته المالك سوريا للأوراق المالية المكونة لمحفظة العميل ، يجب على مدير المحفظة أن يقوم بالحصول على عوائد الأوراق المالية التي تتكون منها المحفظة وتسليمها للعميل . وفيما يتعلق بحضور الجمعيات العمومية للشركات التي تتكون من أوراقها المالية محفظة العميل والتصويت فيها ، يجب على مدير المحفظة أن يلتزم بالتوجيهات التي يتلقاها من العميل في هذا الشأن . ويكون مسئولاً في مواجهة العميل إذا لم يتقيد بهذه التعليمات ، أما إذا لم يوجه العميل مدير المحفظة بهذا الخصوص وترك له حرية تقدير ذلك ، فعلى مدير المحفظة أن يمارس

هذا الحق وفقا لتقديره الشخصي . كما أن لمدير المحفظة ممارسة حق التقاضي فيما ينشأ من منازعات متعلقة بالأوراق المالية المكونة لمحفظة العميل .

ونشير أخير إلى أنه في حالة تعرض مدير المحفظة لأضرار نتيجة لتنفيذ توجيهات العميل المتعلقة بممارسة الحقوق المتصلة بالأوراق المالية المكونة للمحفظة ، فيعتبر العميل مسئولاً عن الأضرار التي لحقت بمدير المحفظة بصفته مالك الورقة المالية تجاه الغير .

## المطلب الثاني

### مبادئ إدارة المحفظة

وفقا لما رأينا سابقا يخضع مدير محفظة الأوراق المالية الفردية لحساب الغير عند قيامه بإدارة المحفظة بتكوينها وإدارة الأوراق المالية المكونة لها ، بناء على السلطة المخولة له بموجب أحكام العقد المبرم بينه وبين العميل في ظل نظام السوق المالية واللوائح والقواعد الصادرة بناء عليه . كما يخضع مدير المحفظة للواجبات التي يقرها مبدأ الأمانة في إدارة محفظة العميل المنصوص عليها في لائحة الأشخاص المصرح لهم .

وقد نصت المادة الأربعون من لائحة الأشخاص المصرح لهم صراحة على التزام مدير المحفظة بمبدأ الأمانة الذي يجب الالتزام به تجاه العميل أثناء قيامه بإدارة المحفظة . حيث ألزمت الشخص المرخص له ( بواجبات الأمانة المنصوص عليها في الملحق ( ٥ - ٤ ) تجاه عملائه الأفراد ) . وبالرجوع لهذا الملحق نجد أنه حدد واجبات الأمانة في أربعة مبادئ يجب على مدير المحفظة الالتزام بها وهي كالتالي :

١ - الإخلاص .

٢ - تضارب المصالح .

٤ - عدم وجود أرباح سرية .

٥ - العناية والمهارة والحرص .

ونشير إلى أن الفقرة (ب) من المادة الخامسة من لائحة الأشخاص المصرح لهم نصت أيضا على وجوب التزام الشخص المصرح له بالعديد من المبادئ الأخلاقية والسلوكية التي يجب على مدير المحفظة الالتزام بها . ومن هذه المبادئ هناك مبادئ لها علاقة بمبدأ الأمانة لم يتم تضمينها في الملحق مثل النزاهة ، مراعاة مصالح العملاء ، معاملة العملاء بعدل وإنصاف ، التأكد من مدى ملاءمة أسلوب إدارة المحفظة للعميل . كما أن هناك مبادئ أخرى تم النص عليها في الملحق وفي

هذه الفقرة مثل المهارة والعناية والحرص ، عدم تضارب المصالح . ومبادئ أخرى لم ينص عليها في الفقرة (ب) وفي الملحق مثل الالتزام بسرية المعلومات التي تم الحصول عليها من العميل وكذلك الالتزام بفهم المخاطر . وهذا خلط يخشى معه استبعاد الالتزام ببعض المبادئ التي لم يتم النص عليها في الملحق وبالتالي عدم الحرص على الالتزام بها في العلاقة مع مدير المحفظة .

وللرد على ذلك نوضح بأن المبادئ التي نصت عليها الفقرة (ب) من المادة الخامسة تعتبر مبادئ عامة يجب التقيد بها من قبل جميع الأشخاص المرخص لهم . ونرى أن المبادئ المشار إليها في الملحق ما هي إلا تفصيل لبعض المبادئ الواردة في الفقرة (ب) وتعتبر امتدادا لها وضعتها المنظم انطلاقا من حرصه على تكريس مبدأ الأمانة . نضيف إلى ذلك أن تعداد مبادئ الأمانة التي تضمنها الملحق جاءت على سبيل المثال وليس الحصر ، وهذا واضح من نص الملحق نفسه حيث لم ينص على أي تحديد أو قصر على المبادئ الواردة فيه واستبعاد ما عداها . ونرى أن الخلط الناشئ في هذا الخصوص ناتج عن عيب في صياغة اللائحة كان من المفترض بالمنظم تداركه .

ويلاحظ على المادة الأربعين من اللائحة أنها لم تتضمن تعريفا محددا للمقصود بالالتزام بالأمانة ، ويمكن تبرير ذلك بصعوبة وضع مثل هذا التعريف لاتساع نطاقه واختلاف مفهومة من مجال لآخر . وقد عرف البعض المقصود بالالتزام بالأمانة أثناء إدارة المحفظة بأنه ( أن يباشر المدير السلطات المخولة له بقصد تحقيق مصلحة العميل وليس تحقيق مصلحته الشخصية أو مصلحة الغير ، وأن يكف عن كل عمل من شأنه أن يسبب ضررا للعميل ، وأن يلتزم بالحيدة تجاه كل من تتشابه أوضاعهم من عملائه )<sup>١</sup> . ويلاحظ على هذا التعريف عموميته التي يقتضيها في نظرنا مثل هذا النوع من التعريفات ، كما يلاحظ اتساع نطاقه حيث يشمل العديد من الأعمال التي لا يمكن تعدادها وحصرها في فئة واحدة أو حتى في عدة فئات .

ولتحديد واجبات مدير المحفظة المتعلقة بالالتزام بالأمانة يجب الرجوع لنص الفقرة (ب) من المادة الخامسة بالإضافة إلى نص المادة الأربعين من اللائحة والملحق ( ٥ - ٤ ) . ومن نصوص هذه المواد نجد أن هناك واجبات عديدة يتميز بعضها بالعمومية والبعض الآخر له خصوصية مستمدة من الطبيعة الخاصة لعمل مدير المحفظة .

والواجبات العامة المتعلقة بمبدأ الأمانة هي الالتزام بالنزاهة في ممارسة الأعمال ، وهذا يفترض بمدير المحفظة الترفع عن كل ما يخل بالإضرار بالعميل . والالتزام بمراعاة مصالح العملاء ومعاملتهم بعدل وإنصاف وهذا ما عبر عنه البند رقم (١) من الملحق بالإخلاص . كذلك يلتزم مدير المحفظة بعدم تحقيق أرباح سرية من خلال استخدام ممتلكات أو معلومات أو فرص العميل لمنفعته الخاصة أو لمنفعة

١ د . هشام فضلي ، المرجع السابق ، ص ٧١ .

شخص آخر دون الإفصاح للعميل بذلك . كما يجب على مدير المحفظة أن يلتزم ببذل العناية والمهارة التي من المفترض أن يبذلها أي شخص يملك معرفته وخبرته أثناء تنفيذ التزامه تجاه العميل .

وسنقتصر في بحثنا هذا على إيضاح الواجبات الخاصة المتعلقة بالأمانة المتمثلة في التزام العميل بالمحافظة على ( سرية المعلومات ) التي يحصل عليها من العميل وذلك في المبحث الأول ، كما سنوضح مبدأ ( عدم تضارب المصالح ) في المبحث الثاني .

## المطلب الأول

### سرية المعلومات

انطلاقاً من أهمية المعلومات المتعلقة بالعميل التي يحصل عليها مدير المحفظة فقد ألزمت المادة التاسعة والعشرين من لائحة الأشخاص المصرح لهم هذه الفئة بالمحافظة على سرية المعلومات التي يحصلون عليها من العملاء . ويبرر النص على سرية المعلومات التي يتم الحصول عليها من العملاء بأن الإفصاح عنها يتعارض مع مبدأ الأمانة في التعامل ومع آداب المهنة ، حيث تعتبر هذه المعلومات بمثابة ودیعة لدى مدير المحفظة . كما قد يسبب ذلك خسائر مادية ومعنوية للعميل من خلال التشهير به وكشف أسرار ه .

ويلاحظ على نص هذه المادة أنه يثير نوعاً من اللبس فيما يتعلق بتحديد النطاق الذي تتعلق به هذه المعلومات ، وما إذا كانت مقصورة على المعلومات المتعلقة بالعميل سواء الشخصية أو تلك المتعلقة باستثماره ، أو بأي معلومات يمكن الحصول عليها من العميل حسب ما يوحي بذلك ظاهر النص سواء كانت شخصية أو غير شخصية .

وللإجابة على ذلك نشير إلى أن المقصود بها المعلومات المتعلقة بالعميل وليس المقصود بها أي معلومة تصدر من العميل . وما يؤكد وجهة النظر هذه الاستثناءات التي أوردتها المادة التاسعة والعشرين للحالات التي يجوز لمدير المحفظة أن يفصح فيها عن المعلومات التي حصل عليها من العميل . فهذه الاستثناءات تقتضي أن تكون هذه المعلومات متعلقة بالعميل سواء كانت متعلقة بشخصه أو باستثماراته لدى مدير المحفظة . يضاف إلى ذلك أن القول بشمول هذا المبدأ لأي معلومة تصدر عن العميل ، لا يعتبر منطقياً نظراً لكون العميل قد يصدر عنه معلومات عامة مختلفة لا علاقة له بها ولا يمكن قصرها أو حكرها عليه . وعليه فإن صياغة المادة التاسعة والعشرين تعتبر ركيكة ويفترض بالمنظم تعديلها لتعبر عن حقيقة المقصود منها .



وبناء على ما سبق يلتزم مدير المحفظة بالمحافظة على المعلومات السرية الشخصية التي يحصل عليها عن العميل . سواء كان حصوله عليها من العميل نفسه ، أو حصل عليها من أي شخص آخر بحكم مزاولته لنشاطه . وسواء كان الحصول عليها بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر . وهذه المعلومات قد تتعلق بشخص العميل من خلال المعلومات الشخصية التي يحصل عليها مدير المحفظة ، كما قد تتعلق بوضعه المالي وأهدافه الاستثمارية مثل حجم محفظة العميل وكمية أو نوعية الأوراق التي تحتويها وغير ذلك .

وتأكيداً لمبدأ سرية المعلومات الذي نصت عليه المادة التاسعة والعشرين وانطلاقاً من أهمية الالتزام به ، فقد نصت المادة الثلاثون من لائحة الأشخاص المصرح لهم على الترتيبات الواقية من تسرب المعلومات . وقد أوضحت هذه المادة أن هذه الترتيبات تتمثل في قيام مدير المحفظة بكتابة السياسات والإجراءات والتي من خلالها يتم تحديد الأشخاص المصرح لهم بالحصول على هذا النوع من المعلومات وحضر الإفصاح عن هذه المعلومات لأي شخص آخر . كما ألزمت نفس المادة مدير المحفظة بوضع الترتيبات الواقية من تسريب هذا النوع من المعلومات .

وبالرغم من النص على مبدأ سرية المعلومات إلا أن المادة التاسعة والعشرين نصت على العديد من الاستثناءات على هذا المبدأ وذلك في الحالات التالية :

١ - نص البند رقم (١) من المادة التاسعة والعشرين على الحالة الأولى وهي ( إذا كان الإفصاح عن المعلومات مطلوباً بموجب النظام أو لوائحه التنفيذية أو الأنظمة السارية المفعول في المملكة ) . وعبارة النظام ولوائحه التنفيذية يقصد بها نظام السوق المالية واللوائح الصادرة بناء عليه . وبناء عليه متى ما أوجب نظام السوق المالية وأي من اللوائح الصادرة بناء عليه على مدير المحفظة الإفصاح عن المعلومات المتعلقة بالعميل ، فيجب على مدير المحفظة الإفصاح عنها ولا يجوز له التمسك بسريتها . ونفس القاعدة يجب الالتزام بها في حالة تطلب أي نظام آخر ساري المفعول في المملكة من مدير المحفظة الإفصاح عن هذه المعلومات .

٢ - الحالة الثانية نص عليها البند رقم (٢) من المادة التاسعة والعشرين وهي حالة موافقة العميل على الإفصاح عن المعلومات السرية المتعلقة به . ولم يحدد النص نوع الموافقة وما إذا كانت كتابية أو شفوية . وعليه فقد تتم الموافقة بإحدى هاتين الطريقتين ، وإن كنا نرى أنه كان من الأفضل أن تشترط اللائحة أن تكون الموافقة كتابية ، وذلك انطلاقاً من أهمية الإفصاح عن المعلومات السرية المتعلقة بالعميل من جهة ، وتدعيم إثبات موافقة العميل وقيامه بنفسه بالإفصاح عن تلك المعلومات من جهة ثانية . ويلاحظ على هذا النص أنه قصر صدور الموافقة على العميل بشخصه ، مما يترتب عليه عدم قبوله من وكيله الشرعي أو الوصي أو الولي

عليه . وهذا قد يعطل الحصول على المعلومات المتعلقة بالعميل ، وعليه كان الأحرى بوضع اللانحة الأتفوت عليه مثل هذا المسألة المهمة ، والتي بناء عليها نرى ضرورة إعادة صياغة هذا البند .

٣ - نص البند رقم (٣) من المادة التاسعة والعشرين على الحالة الثالثة وبموجبها يسمح لمدير المحفظة بالإفصاح عن المعلومات السرية المتعلقة بالعميل ، إذا كان الإفصاح عنها ضروريا وبشكل معقول لأداء خدمة معينة للعميل . ولم يحدد هذا البند الحالات التي يكون فيها الإفصاح ضروريا عن معلومات العميل السرية ولم يضع قاعدة لذلك أو يذكر على سبيل المثال لا الحصر بعض الحالات التي يتم فيها ذلك . وتبرز أهمية هذا التحديد في عدم فتح هذا المجال أمام مدير المحفظة والتابعين له وتركه لسلطتهم التقديرية والذي قد يضر بمصالح العميل .

كما يلاحظ على هذا النص أنه عبارة الشكل الذي يتم الإفصاح قد تثير بعض اللبس حول ما إذا كان المقصود بها أن يتم الإفصاح كتابة أو شفاهة ، أو أن المقصود بها مقدار ونوعية المعلومات التي سيتم الإفصاح عنها . وبهذا الخصوص نرى أن المقصود بها هو مقدار هذه المعلومات ونوعيتها وليس الطريقة التي تتم بها . وما يحدد هذه الطريقة - في نظرنا - هي طبيعة الموقف الذي يتطلب الإفصاح عن هذه المعلومات . فقد يتم طلبها كتابيا وفي هذه الحالة يتم الإفصاح عنها كتابة ، كما قد يتم طلبها شفاهة ويتم الإفصاح عنها شفاهة في هذه الحالة .

٤ - أما الحالة الرابعة فقد نص عليها البند رقم (٤) وهي حالة كون هذه المعلومات لم تعد سرية . ولم يحدد هذا النص المعايير التي بناء عليها يمكن اعتبار المعلومات غير سرية . مما يجعل تقدير كون المعلومة المتعلقة بالعميل سرية أو غير سرية راجع لمدير المحفظة ولتابعيه ، وهذا يترك الباب مفتوحا على مصراعيه أمامهم لتقدير مدى سرية المعلومات ، وهذا فيه خطورة كبيرة على مصالح العميل . ويتضح مما سبق أن النص على هذه الحالة بدون تحديد تلك المعايير يعد لغوا لا فائدة منه ، إضافة إلى أنه قد يضر بمصالح العميل وعليه يفترض بالمنظم تعديله .

### المطلب الثاني

#### تضارب المصالح

ألزمت الفقرة (أ) من المادة الحادية والأربعون من لائحة الأشخاص المصرح لهم الشخص المصرح له بالتأكد من رعايته لمصالح العميل وعدم تأثير أي تضارب

بين مصالحه ومصالح عميله على الصفقات أو الخدمات التي يقدمها الشخص المرخص له لعميله .

ولم تحدد هذه المادة المقصود بتضارب المصالح ومن نصوصها يمكن تعريفه بأنه قيام مدير المحفظة وأي من التابعين له بالقيام بأي تصرف غير حيادي تغلب فيه مصلحة مدير المحفظة على مصلحة العميل ، أو تغلب فيه مصلحة عميل على مصلحة عميل آخر . ولا يمكن من الناحية العملية حصر جميع حالات تضارب المصالح نظرا لتعددتها وتغيرها من وقت لآخر .

وعدم أخذ تضارب المصالح بالاعتبار من قبل مدير المحفظة أو التابعين له يضر بمصلحة العميل ، ويتنافى مع مبدأ الأمانة الملزم به مدير المحفظة عند قيامه بإدارة محفظة العميل نظرا لعدم قيامه بالالتزام برعاية مصالح العميل . لذلك حرصت المادة الحادية والأربعون على وضع القواعد التي من شأنها معالجة حالات التضارب أو المحتمل بين مصلحة مدير المحفظة ومصلحة العميل . ومن هذا المنطلق ألزمت الفقرة (ب) من تلك المادة مدير المحفظة في جميع الأحوال بالإفصاح للعميل كتابيا عن التضارب القائم أو حتى المحتمل قيامه بين مصالحه ومصالح العميل . ولم تستثن من ذلك إلا حالة واحدة نصت عليها الفقرة (ج) من نفس المادة ، وهي حالة كون الإفصاح عن التضارب يعتبر إفصاحا عن معلومات داخلية . ولم توضح تلك الفقرة بمن تتعلق هذه المعلومات وما إذا كانت تتعلق بمدير المحفظة أو بإحدى الشركات المصدرة للأوراق المالية التي تتكون منها محفظة العميل . ونرى أن المعلومات الداخلية المقصودة في هذه الحالة هي تلك المتعلقة بمدير المحفظة ، وليس بالشركات المصدرة للأوراق المالية التي تتكون منها محفظة العميل ، والتي حظر نظام السوق المالية ولائحة سلوكيات السوق الإفصاح عنها من قبل من يحوزها ، وإلا تم اعتباره مرتكبا لجريمة الإفصاح عن المعلومات الداخلية .

وللتخفيف من آثار حق مدير المحفظة في عدم الإفصاح عن التضارب متى ما كان يعد إفصاحا عن المعلومات الداخلية لمدير المحفظة ، فقد ألزمت الفقرة (ج) مدير المحفظة أن يتخذ الخطوات المعقولة لضمان المعاملة العادلة للعميل . وهذا الالتزام يجد أساسه بضرورة في التزام مدير المحفظة بالتأكد من رعاية مصالح العميل وهو مما تقتضيه واجبات الأمانة في التعامل مع العميل .

وفي جميع الأحوال يجب على مدير المحفظة أن يحرص على عدم وجود تضارب في المصالح بينه وبين عملائه . وفي حالة وجود تضارب بين مصلحة مدير المحفظة وعملياته بالنسبة لأي تعامل أجراه مدير المحفظة ، فقد ألزمت الفقرة (د) من المادة الحادية والأربعون مدير المحفظة أن يدفع للعميل أي خسارة يتكبدها نتيجة لهذا التضارب ، إلا إذا كان مدير المحفظة قد أفصح للعميل عن هذا التضارب وفقا للفقرة (ب) من نفس المادة ووافق العميل كتابيا على هذا التعامل الذي قام به مدير المحفظة . واشترط موافقة العميل الكتابية يؤكد حرص المنظم على قيام مدير المحفظة بجميع

الالتزامات المفروضة عليه بموجب نظام السوق المالية واللوائح والقواعد الصادرة  
بناء عليه ، وخصوصا التزامه بالحياد ورعاية مصالح العميل .

## الخاتمة

تناول هذا البحث النطاق القانوني لإدارة محفظة الأوراق المالية لحساب الغير ، وهذا النوع من إدارة الأوراق المالية على قدر كبير من الأهمية لمساسه المباشر بأموال صغار وكبار المستثمرين في السوق المالية ، ولحدائة التصريح بمزاولته من قبل الشركات المرخص لها .

وقد حاولنا من خلال هذا البحث تحديد النطاق القانوني لهذا النوع من إدارة محافظ الأوراق المالية لحساب الغير وإيضاح أهم الأحكام المتعلقة بها. وقد جاءت جميع الملاحظات والنتائج في ثنايا هذا البحث تعبر عما نراه من رأي شخصي يتعلق بهذه الأحكام .

ونجمل ما نراه وما خلصنا إليه في هذه البحث في ضرورة قيام المنظم بإفراد أحكام خاصة لكل نوع من أنواع إدارة المحافظ الاستثمارية ، نظرا لاختلاف هذه الأنواع عن بعضها البعض من مختلف الجوانب . مما يبرر أهمية هذا الإيضاح كونه لمنع أي ليس أو خلط بين هذه الأنواع بين المتعاملين في السوق بمختلف فئاتهم ، في ظل الصياغة الركيكة للائحة الأشخاص المرخص لهم وغيرها من اللوائح الصادرة بناء على نظام السوق المالية المشار إليها في هذا البحث .

## المراجع :

### أولا : الكتب فى العلوم القانونية

- ١ - هشام فضلي ، ( إدارة محافظ الأوراق المالية لحساب الغير ) ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤م .
- ٢ - عبدالرزاق السنهوري ، ( الوجيز فى شرح للقانون المدني - نظرية الائتزام بوجه عام ) ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦م .
- ٣ - علي البارودي ، ( العقود وعمليات البنوك للتجارية ) ، منشأة المعارف ، الإسكندرية .
- ٤ - محمد الجبر ، ( القانون التجاري السعودي ) ، الطبعة الرابعة ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م .
- ٥ - محمد الجبر ، ( العقود التجارية وعمليات البنوك فى المملكة العربية السعودية ) ، جامعة الملك سعود ، الرياض ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٤م .
- ٦ - محمد العريني ، ( القانون التجاري ) ، الجزء الأول ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية . ١٩٩٥م .
- ٧ - مصطفى طه ، ( الوجيز فى القانون التجاري ) ، الجزء الثاني ، المكتب المصري الحديث ، الإسكندرية ، ١٩٧١م .
- ٨ - نصر طاحون ، ( شركة إدارة محافظ الأوراق المالية ) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣م .

### ثانيا : المقالات العلمية

- ١ - محمد البجاد ( النطاق القانوني لمبدأ منع الأجنب من ممارسة التجارة فى المملكة العربية السعودية ) ، مجلة الإدارة العامة ، معهد الإدارة العامة ، الرياض ، المجلد التاسع والثلاثون ، العدد الثاني ، ربيع الآخر ١٤٢٠هـ - يوليو ١٩٩٩م ، ص ٢٤٣ .
- ٢ - محمد البجاد ، ( جريمة الاحتيال فى السوق المالية وفقا للنظام السعودي ) ، مجلة الإدارة العامة ، العدد الثالث ، المجلد السادس والأربعون ، رجب ١٤٢٧هـ - أغسطس ٢٠٠٦م ، ص ٤٠٥ .

### ثالثا : الأنظمة والنوائح

- ١ - نظام السوق المالية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٠ وتاريخ ١٤٢٤/٦/٢هـ .

٢ - لائحة سلوكيات السوق الصادرة عن مجلس هيئة السوق المالية بموجب القرار رقم ١ - ١١ - ٢٠٠٤ وتاريخ ٢٠/٨/١٤٢٥ هـ ..

٣ - لائحة أعمال الأوراق المالية الصادرة عن مجلس هيئة السوق المالية بموجب القرار رقم ٢ - ٨٣ - ٢٠٠٥ وتاريخ ٢١/٥/١٤٢٦ هـ .

٤ - قائمة المصطلحات المستخدمة في نظام الهيئة الصادرة عن مجلس هيئة السوق المالية رقم ٤ - ١١ - ٢٠٠٤ وتاريخ ٢٠/٨/١٤٢٥ هـ والمعدلة بقرار مجلس هيئة السوق المالية رقم ٣ - ٢١٩ - ٢٠٠٦ وتاريخ ٣/١٢/١٤٢٧ هـ .

#### رابعاً : مراجع باللغة الفرنسية

- 1 - Alex Weill, Francoi Terrem, ( Droit Civil ), 3em Ed. , Dalloz , Paris .
- 2 - Henri Roland, Laurent Boyer, ( Droit Civil ) , 2em Ed, Litec, Paris.
- 3 -Michel Juglart, Benjamin Ippolito,(Cours de droit commercial),Moncnrestien, paris.
- 4 - Roger Houin ; Michel Pedomon,( Droit Commercial ), Dalloz,Paris .





جريمة نشر الإشاعات المتعلقة بالأوراق المالية المدرجة في السوق المالية السعودية  
دراسة تحليلية

تأليف د. محمد بن ناصر البجاد  
أستاذ القانون التجاري المساعد بمعهد الإدارة العامة بالرياض

العنوان :

الرياض : ١١٦٢٢

ص ب : ٨٦١٠٠

هاتف : ٩٦٦٥٠٣٤٥٥٤٠٠

فاكس : ٩٦٦١٤٦٢١٩٠٧



تلعب الإشاعات الكاذبة دوراً خطيراً في السوق المالية لما تتضمنه من غش وتدليس من شأنه أن يضلل المتعاملين فيها . ويتم ذلك عن طريق الترويج لبيانات أو آراء غير صحيحة تهدف إلى التأثير على أسعار الأوراق المالية المدرجة فيه أو على ممارسة أو عدم ممارسة المتعاملين فيه للحقوق التي تمنحها تلك الأوراق ، وتتميز الإشاعات الكاذبة بتأثيرها السريع والفعال الذي ينعكس بصورة فورية وسلبية على قرارات المتعاملين في السوق ويجعلها مبنية على أسس غير سليمة ، وهذا ما يتعارض مع مبدأ مشروعية التعاملات التي تتم في السوق المالية الذي يحرص المنظم على حمايته ، وهو وجوب أن تتم عملية تداول الأوراق المالية وكذلك عملية ممارسة أو عدم ممارسة الحقوق التي تمنحها الورقة المالية ، بناء على معلومات ووقائع صحيحة وحسابات وتحليل دقيقة من قبل المستثمر .

وما يزيد من خطورة الإشاعات الكاذبة في السوق المالية ويسهم في تحقيق أثارها السلبية تعدد شرائح المتعاملين في السوق المالية وتفاوت مستوياتهم العلمية والثقافية ، مما يجعل أغلبهم عرضة للانجراف وراء ما تحمله الإشاعات من معلومات غير صحيحة وتصديقها وبالتالي اتخاذ القرارات بناء عليها ، وذلك لصعوبة التأكد من صحة أو عدم صحة ما تتضمنه من معلومات ، أو لعدم استطاعتهم قراءة ما تتضمنه هذه المعلومات بالشكل الذي يسمح بتمييزها وكونها أخبار كاذبة .

كما يزيد من خطورة هذه الإشاعات تعدد شرائح من يرتكبوها فقد تصدر من أشخاص يسمح لهم وضعهم الوظيفي أو الاقتصادي أو حتى الاجتماعي بالتصريح بالمعلومات ، كما قد تصدر من أي شخص آخر من غير هؤلاء والذين يلجئون عادة لنسب المعلومات لهؤلاء لأشخاص لتدعيم الثقة في الإشاعات وجعلها أقرب إلى التصديق من قبل العامة . كما قد تساهم الظروف السائدة في المجتمع بمختلف أنواعها سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو غير ذلك من الظروف ، على ظهور الإشاعات الكاذبة وتزيد بالتالي من احتمالية تصديقها وهو ما يستغله مصدرها عادة .

ويفاجئ من خطورة الإشاعات الكاذبة أخيراً سهولة ارتكابها خصوصاً مع تطور أساليب الاتصال السريع وانتشار الأساليب الحديثة لتنفيذ صفقات الأوراق المالية وكذلك تأثيرها السلبي والسريع على السوق . حيث أنها توفر في وقت قياسي حالة من الذعر وعدم الأمان وعدم الانضباط بين المتداولين فيه ، تؤدي إلى فوضى عارمة قد تسبب خسائر فادحة لأغلب المتعاملين بالسوق مما ينعكس سلباً على الاقتصاد الوطني بصفة عامة .

وبناء على الآثار السلبية للإشاعات الكاذبة فقد جرم المنظم ترويج الإشاعات الكاذبة المتعلقة بالأوراق المالية المدرجة في السوق المالية ، وذلك انطلاقاً من حرصه على حماية السوق المالية والمتعاملين فيها ، وانطلاقاً من حرصه على تدعيم الثقة فيها عن طريق التأكيد على الالتزام بمبدأ الشفافية والإفصاح فيما يتعلق بالمعلومات المتعلقة بالسوق المالية بصفة عامة ، وبالأوراق المالية المدرجة فيه بصفة خاصة . لذلك حظرت المادة الثامنة من لائحة سلوكيات السوق صراحة على أي شخص أن يروج بشكل مباشر أو غير مباشر لبيان غير صحيح يتعلق بواقعة جوهرية ، أو أن يروج لبرأي بهدف التأثير على سعر أو قيمة الورقة المالية ، أو لأي هدف آخر ينطوي على تلاعب . وما تجدر ملاحظته أن نظام السوق المالية لم يتضمن نصاً صريحاً يحظر الإشاعات ، إلا أننا نرى أن نص المادة الثامنة من لائحة سلوكيات السوق مبني من الناحية القانونية على نص المادة التاسعة والأربعين من نظام السوق المالية التي حظرت كل ممارسة أو فعل يوجد انطباقاً غير صحيح أو مضلل بشأن السوق أو الأسعار ، أو قيمة أي ورقة مالية وفقاً لما سيأتي بيانه .

### أهمية البحث وأهدافه

تكمن أهمية هذا البحث وتبرز أهدافه في تحديد النطاق القانوني لجريمة نشر الإشاعات الكاذبة المتعلقة بالأوراق المالية المدرجة في السوق المالية السعودية ، ويهدف إلى تحديد أركان هذه الجريمة والعقوبات المقررة على مرتكبيها وفقاً لنصوص نظام السوق المالية ولائحة سلوكيات السوق . مما يسهم في إيضاح التكييف القانوني لهذه الجريمة وإيضاح مفهومها ومدلولها القانوني .

### صعوبات البحث :

تبرز أهم صعوبات البحث في عدم توفر مؤلفات أو مصادر فقهية تتناول هذه الجريمة في النظام السعودي ، ويمكن أن يعزى ذلك إلى حداثة نظام السوق المالية ولائحة سلوكيات السوق .

أما بالنسبة لقرارات لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية فلم يصدر عنها إلى تاريخ القيام بهذا البحث سوى عدد محدود من القرارات وليس من بينها ما يتعلق بموضوع البحث ، وحتى القرارات المشار إليها لا يسهل الرجوع إليها لعدم نشرها ومنع الإطلاع عليها . وإزاء ذلك لجأت في هذا البحث إلى أسلوب التحليل القانوني المقارن معتمدين على بعض المراجع العلمية المتعلقة ببعض القوانين العربية . وما زاد من صعوبة هذا البحث الطبيعة القانونية لموضوعه المتعلقة بجرائم الأعمال التجارية .

### خطة ومنهج البحث :

تركز هذه الدراسة على مناقشة وتحليل العناصر القانونية لجريمة نشر الإشاعات الكاذبة المتعلقة بالأوراق المالية المدرجة في السوق المالية السعودية في نظام السوق المالية السعودي ولائحة سلوكيات السوق في نهج تحليلي . ويقضي تحديد النطاق القانوني لهذه الجريمة تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين نعرض في ( المبحث الأول ) أركان الجريمة ، ثم نتناول في ( المبحث الثاني ) العقوبات التي قررها للنظام لهذا النوع من الجرائم .

## المبحث الأول

### أركان الجريمة

تمهيد :

حظر واضح لائحة سلوكيات السوق نشر الإشاعات الكاذبة في المادة الثامنة منها ويلاحظ على هذه المادة أن عنوانها هو ( الإشاعات ) ، ومع ذلك لم تتضمن هذه المادة تعريفاً محدداً للإشاعة . وقد اكتفى واضع اللائحة بالنص في هذه المادة على أنه ( يحظر على أي شخص الترويج ، بشكل مباشر أو غير مباشر ، لبيان غير صحيح يتعلق بواقعة جوهرية ، أو لرأي بهدف التأثير على سعر أو قيمة ورقة مالية ، أو أي هدف آخر ينطوي على تلاعب ) . ويلاحظ على نص هذه المادة أن القواعد التي تضمنتها لا تتفق مع عنوانها . فهذه المادة حظرت نشر الإشاعات الكاذبة مما يترتب عليه خروج الإشاعات غير الكاذبة من نطاق تطبيق النص ، بينما عنوانها لم يتضمن ما يشير إلى الحظر يضاف إلى ذلك عموميته التي قد تثير اللبس حول مفهومه وأنه يشمل جميع أنواع الإشاعات . وعليه كان الأحرى بواضع اللائحة أن يكون أكثر دقة بجعل عنوان هذه المادة حظر نشر الإشاعات الكاذبة ليتطابق هذا العنوان مع الأحكام التي تتضمنها هذه المادة .

ومن هذا النص يمكن تعريف جريمة نشر الإشاعات الكاذبة المقصودة بالحظر في المادة الثامنة بأنها : قيام الشخص بالترويج لبيان أو لرأي غير صحيح يتعلقان بواقعة جوهرية تتعلق بشكل مباشر أو غير مباشر بالأوراق المالية المدرجة في السوق المالية وذلك بهدف التأثير على سعر الورقة أو لأي هدف آخر ينطوي على تلاعب .

ويلاحظ على الحظر الوارد في المادة الثامنة أنه قد جاء شاملاً للترويج لأي بيان أو رأي غير صحيح يتعلق بالورقة المالية بغض النظر عن الجهة التي يتعلق بها سواء كانت السوق المالية أو غيرها . فالمنظم حظر ترويج البيان أو الرأي المتعلق بالورقة المالية بغض النظر عن الجهة المتعلقة بها وبغض النظر عن الطرف الذي تتعلق به الواقعة الجوهرية محل البيان أو الرأي المتعلق بالورقة المالية . وعليه يشمل نطاق الحظر من وجهة نظرنا أي بيان أو رأي غير صحيح له علاقة مباشرة أو غير مباشرة بالورقة المالية ، سواء تضمن هذا البيان أو الرأي واقعة جوهرية تتعلق بالورقة المالية مباشرة ، أو تعلق بطريقة غير مباشرة بأي واقعة جوهرية أخرى لا تتعلق مباشرة بالورقة المالية ، ولكن لها تأثير على سعر الورقة أو تنطوي على تلاعب من شأنه التأثير على سعر الورقة المالية . ويستوي في هذه الحالة أن تتعلق الواقعة الجوهرية بالسوق المالية أو أحد عناصرها أو أية جهة أخرى ، أو حتى بالظروف الاقتصادية أو السياسية أو أي ظرف آخر من شأنه أن يؤثر على سعر الورقة المالية .

ونرى أن جريمة نشر الإشاعات الكاذبة تعتبر من جرائم التلاعب بالسوق التي تستمد أساسها القانوني من نص المادة التاسعة والأربعين من نظام السوق المالية. وإيضاح ذلك نشير إلى أن المادة التاسعة والأربعين نصت على العديد من الأعمال والتصرفات المخالفة لأحكام النظام لاعتبارها من قبيل التلاعب بالسوق. ويقصد بالتلاعب بالسوق كل عمل غير مشروع مهما كان أساسه القانوني من شأنه أن يؤدي إلى العبث بالسوق المالية وإعطاء صورة غير حقيقية لوضعها المالي والاقتصادي عن طريق إيجاد انطباع كاذب ومضلل حولها أو حول أحد عناصرها<sup>١</sup>. فقد نصت الفقرة (أ) من هذه المادة على أنه (يعد مخالفاً لأحكام النظام أي شخص يقوم عمداً بعمل أو يشارك في أي إجراء يوجد انطباعاً غير صحيح ومضلاً بشأن السوق، أو الأسعار، أو قيمة أي ورقة مالية، بقصد إيجاد ذلك الانطباع، أو لحث الآخرين على الشراء أو البيع أو الاكتتاب في تلك الورقة، أو الإحجام عن ذلك أو لحثهم على ممارسة أي حقوق تمنحها هذه الورقة أو الإحجام عن ممارستها). وقد جاء نص هذه الفقرة بصيغة عامة ومجملّة فقد نص المنظم على القاعدة العامة في هذه الفقرة وهي حظر القيام أو المشاركة بأي عمل أو إجراء يوجد أو يهدف إلى إيجاد انطباع غير صحيح أو مضلل بشأن السوق، ولا يؤثر في ذلك التعداد الوارد في الفقرة (ج) من نفس المادة لبعض أنواع الأعمال والتصرفات التي تعد من أنواع التلاعب والاحتيال، حيث أن هذا التعداد قد جاء على سبيل المثال وليس الحصر<sup>٢</sup>. وما يؤكد ذلك أن المنظم قد خول في الفقرة (ب) من المادة التاسعة والأربعين من النظام لهيئة سوق المال كافة الصلاحيات اللازمة لوضع القواعد التي تحدد الأعمال والتصرفات التي تشكل مخالفات للفقرة (أ)، كما حولها صلاحية تحديد الأعمال والممارسات المستثناة من تطبيق تلك الفقرة. وبناءً على هذا النص قام مجلس هيئة السوق المالية بتضمين لائحة سلوكيات السوق العديد من أنواع الممارسات والتصرفات التي يحظر القيام بها من قبل المتعاملين في السوق لانطوائها على تلاعب، ومن ضمنها الإشاعات الكاذبة والتي نصت على حظرها صراحة المادة الثامنة من الباب الرابع من لائحة سلوكيات السوق لانطوائها على تلاعب.

وبناءً على ما سبق تعتبر جريمة نشر الإشاعات الكاذبة من جرائم التلاعب بالسوق ويترتب على ذلك نتيجة مهمة وهي خضوعها للعقوبات التي تخضع لها هذه الجرائم، وليس للعقوبات المقررة لجرائم البيانات غير الصحيحة، بالرغم من أن الإشاعات الكاذبة تتضمن بيانات غير صحيحة وأن تجريمها جاء في الباب الرابع من لائحة سلوكيات السوق المخصص لجرائم البيانات غير الصحيحة.

وبناءً على نص المادة الثامنة من لائحة سلوكيات تقوم جريمة نشر الإشاعات الكاذبة المتعلقة بالأوراق المالية المدرجة في السوق المالية السعودية متى ما قام

<sup>١</sup> د. محمد الجباد (جريمة الاحتيال في السوق المالية وفقاً للنظام السعودي)، دورية الإدارة العامة، معهد الإدارة العامة، المجلد السادس والأربعون، العدد الثالث، رجب ١٤٢٧هـ، ص ٣٩٥.

<sup>٢</sup> د. محمد الجباد، المرجع السابق، ص ٣٩٣.

الشخص بالترويج لبيان أو لرأي غير صحيح يتعلق بواقعة جوهرية . وهذا الترويج يعتبر السلوك أو الفعل المكون للركن المادي لهذه الجريمة إذا توافر الركن المعنوي اللازم توافره فيها ، وهو القصد الذي تم من أجله القيام بالسلوك المكون لهذه الجريمة المتمثل في التأثير على سعر أو قيمة ورقة مالية أو لأي هدف آخر ينطوي على تلاعب .

وبناء عليه فإن توافر هذين الركنين لازم لقيام الجريمة وهما اللذان يميزانها عن جرائم السوق المالية الأخرى بصفة عامة ، والجرائم المتعلقة بالبيانات غير الصحيحة .

وانطلاقاً من أهمية تحديد النطاق القانوني لأركان هذه الجريمة سنتناول في المطلب الأول ( الركن المادي ) ثم سنتناول في المطلب الثاني ( الركن المعنوي ) .



## المطلب الأول

### الركن المادي

من أجل أن يتوافر الركن المادي المكون لهذه الجريمة وفقا لما نصت عليه المادة الثامنة من لائحة سلوكيات السوق لا بد من توافر ركنها المادي المكون من السلوك الإجرامي الذي يقوم به الشخص ، والمتمثل بقيامه بالترويج لبيان أو لرأي غير صحيح يتعلق بواقعة جوهرية ، بهدف التأثير على سعر أو قيمة الورقة المالية أو لأي هدف آخر ينطوي على تلاعب . مما يجعل الغير يقع في غلط يوجد بدوره لديهم انطبعا غير صحيح أو مضللا بشأن الورقة المالية .

وقد نصت الفقرة ( ب ) من المادة الثامنة على أن هذا الحظر ينطبق على الترويج لبيان صرح به الشخص نفسه أو على الترويج لبيان صرح به شخص آخر . ويلاحظ على هذه الفقرة عدم نصها على حالة الرأي الذي يتم الترويج له من قبل من صدر عنه أو من قبل شخص آخر ، مما يوحي بعدم شمول مبدأ الحظر لهذه الحالة . وهذا يتعارض كلياً مع نص الفقرة ( أ ) من نفس المادة التي نصت بصفة عامة على حظر الترويج لبيان أو لرأي غير صحيح ، والتي يفهم من عموم نصها أن الحظر يشمل حالة من قام بالترويج لبيان أو لرأي صرح به بنفسه أو صرح به شخص آخر . ونظراً لأن هذا التكرار الجزئي للوارد في الفقرة ( ب ) لبعض الأحكام التي نصت عليها الفقرة ( أ ) ، لا مبرر له ومن شأنه أن يثير اللغط القانوني فيما يتعلق بتفسير النصين لوجود التعارض بينهما ، لذا نرى أنه يتعين على واضع اللائحة إعادة النظر في نص الفقرة ( ب ) وإلغائه لتعارضه مع نص الفقرة ( أ ) .

وبناء على ما سبق ولكي يتوافر السلوك الإجرامي المكون لهذه الجريمة فلا بد من توافر شرطين هما وجود ترويج لبيان أو لرأي غير صحيح ، وأن يتعلق هذا البيان أو الرأي بواقعة جوهرية . وسنوضح بشيء من التفصيل هذين الشرطين فيما يلي :

#### ١ - الترويج لبيان أو رأي غير صحيح

لتقوم هذه الجريمة لا بد أن يقوم الشخص بفعل الترويج لرأي أو لبيان غير صحيح ، ولم تضع المادة الثامنة من لائحة سلوكيات السوق تعريفاً للمقصود بالترويج ، واكتفت بتحديد الوسائل التي يتم بها المتمثلة في كونه قد يكون مباشراً أو غير مباشر ولم تحدد حتى المقصود بذلك . وعليه يمكن تعريف الترويج لبيان أو لرأي غير صحيح بأنه قيام الشخص بنشر البيان أو الرأي غير الصحيح بهدف إطلاع الغير عليه أو كشفه لهم عن طريق تمكينهم من العلم به بأي وسيلة من وسائل إيصال

المعلومات للغير . ويستوي في ذلك أن يكون الترويج قد تم لبيان أو لرأي صرح به الشخص بنفسه أو أن يكون الترويج لبيان أو لرأي صرح به شخص آخر ، كما يستوي في ذلك أن يكون من قام بالترويج شخص طبيعي أو شخص اعتباري ، ويستوي في ذلك أيضا أن يكون قد تم ترويج البيان أو الرأي لشخص واحد أو لعدة أشخاص . والترويج بالمفهوم السابق قد يكون مباشرا أو غير مباشر ولم تحدد المادة الثامنة المقصود بذلك ، وإزاء ذلك نرى أن الترويج المباشر هو من يقوم به الشخص بنفسه ، أما الترويج غير المباشر فهو الترويج الذي يساهم أو يشارك فيه الشخص بأي نوع أو شكل من أشكال المساهمة أو المشاركة .

ويلاحظ على المادة الثامنة من لائحة سلوكيات السوق أن حظر الترويج الوارد فيها شمل حالة واحدة هي حالة الشخص الذي يروج بيانا أو رأيا غير صحيح بالكامل يتعلق بواقعة جوهرية ، سواء كان هو من صرح به أو كان قد صرح به شخصا آخر . مما قد يثير التساؤل عن مدى قيام هذه الجريمة بالنسبة لبعض الحالات الأخرى التي لم تنص عليها المادة الثامنة والتي من المتصور أن يكون فيها ترويج للبيانات أو الآراء وبالتالي يعتبر من قام بها مرتكبا لهذه الجريمة ، مثل حالة الترويج لبيان أو لرأي يعتبر جزء منه غير صحيح ، أو حالة ترتيب القيام لشخص آخر للترويج لبيان أو لرأي غير صحيح ، أو أن الحظر مقصور فقط على الحالة الواردة في المادة الثامنة . وللإجابة على هذا التساؤل نشير إلى أن نص المادة الثامنة لم يتضمن ما يفيد قصر الحظر على الحالة الواردة فيه ، ونرى في هذا الخصوص أنه لا يوجد ما يمنع من القيام بالقياس على بعض الحالات التي يعتبر فيها الشخص مصرحا ببيان غير صحيح التي نصت عليها الفقرة ( أ ) من المادة التاسعة من لائحة سلوكيات السوق لإتحاد العلة في هذه الحالات وهي نشر معلومات غير صحيحة .

وعليه ، فجانبا الحالة التي نصت عليها المادة الثامنة ، نرى أن الشخص يعد أيضا مرتكبا لجريمة نشر الإشاعات الكاذبة في الحالات التالية :

١ - قيام الشخص بالترويج لبيان أو لرأي يعتبر جزء منه غير صحيح . ونرى في هذه الحالة لقيام الجريمة ضرورة أن يكون هذا الجزء من البيان أو الرأي غير الصحيح جزءا جوهريا من كامل البيان أو الرأي<sup>١</sup> . ولتحديد متى يعد الجزء غير الصحيح جوهريا نرى أنه لا بد أن يكون مؤثرا تأثيرا جوهريا ، بحيث يكون من شأنه أن يؤثر على سعر أو قيمة الورقة المالية أو ينطوي على تلاعب . وسنتناول لاحقا مسألة تحديد متى يكون البيان جوهريا عند دراسة شرط وجوب أن يتعلق الترويج بواقعة جوهرية .

٢ - حالة قيام الشخص بالترتيب لشخص آخر القيام بالترويج لبيان أو لرأي غير صحيح بالكامل أو في أي من عناصره الجوهرية . ونرى أن يتم تفسير عبارة ترتيب

١ د . نور حشي ، ( الحماية الجنائية وشبه الجنائية للأسواق المالية ) ، ٢٠٠١ ، ص ٢٥ .

بمعناها الواسع بحيث يعتبر الشخص في هذه الحالة مروجاً لبيان أو لرأي غير صحيح بالكامل أو في أي من عناصره الجوهرية ، إذا قام بأي إجراء من شأنه مساعدة أو تسهيل قيام شخص آخر بترويج البيان أو للرأي غير الصحيح بالكامل أو في أي من عناصره الجوهرية .

وعليه فإن أي إجراء يقوم به الشخص ويكون من شأنه أن يسهل لشخص آخر عملية الترويج لبيان أو لرأي غير صحيح بالكامل أو في أي من عناصره الجوهرية ، يجعل هذا للشخص يأخذ نفس حكم الشخص الذي قام بفعل الترويج للبيان أو للرأي غير الصحيح ويعد بالتالي مرتكباً لجريمة نشر الإشاعات الكاذبة . أما بالنسبة لمن تم ترتيب الترويج له فلا يعد مرتكباً لهذه الجريمة إذا كان لا يعلم أن البيانات أو الرأي الذي روج له غير صحيح بكاملة أو في أحد عناصره الرئيسية وذلك لانتفاء القصد الجنائي لديه . أما إذا كان يعلم أن البيان أو الرأي الذي قام بالترويج له غير صحيح بكاملة أو في أحد عناصره الرئيسية فيعتبر مساهماً أصلياً مع من رتب له الترويج وذلك لتوافر القصد المشترك بينهما .

وتشير أخيراً إلى أنه يشترط لاعتبار الترويج سلوكاً مكوناً لهذه الجريمة أن يكون للرأي أو البيانات المروج لها غير صحيحة ، وذلك لكي يكتمل تحقق الركن المادي لجريمة نشر الإشاعات الكاذبة . ويكون للرأي أو البيانات غير صحيحة متى ما خالفت الحقيقة وانطوت على الكذب . وتطوأت للبيان أو للرأي على الكذب يكون الهدف منه تضليل الآخرين عن طريق التقييم بالغش أو الخداع أو التدليس لتحقيق فائدة يروجها الشخص من التأثير على سعر أو قيمة الورقة المالية . وبناء عليه فإن مجرد الكذب الذي لا يكون الهدف منه التأثير على سعر أو قيمة الورقة المالية ، أو لا ينطوي على التلاعب لا يجعل من قام به مرتكباً لجريمة نشر الإشاعات الكاذبة ، لأنه لا يخرج في هذه الحالة عن كونه مجرد أقوال أو ادعاءات يتحمل مسئوليتها من صدقها أو اعتمدها وقام بتصرف معين بناء عليها .

## ٢ - أن ينصب الترويج على بيان يتعلق بواقعة جوهرية أو لرأي

لكي يعتبر الترويج جريمة وفقاً لنص المادة الثامنة من لائحة سلوكيات السوق لا بد أن يكون محله بيان أو رأي يتعلق بواقعة جوهرية ، وبغض النظر عن قام به سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً . ولم توضح المادة ما إذا كان الرأي يجب أن يتعلق بواقعة جوهرية أم لا . وفي ظل عدم النص نرى أنه من البديهي أن يتعلق البيان بواقعة جوهرية أيضاً ، ولا يمكن القول بغير ذلك وإلا يكون المنظم قد فتح باب تجريم هذا الفعل على أوسع أبوابه . وبتطبيق مفهوم المخالفة إذا لم يتعلق البيان أو الرأي على واقعة جوهرية فلا يكون الشخص مرتكباً لهذه الجريمة . وانطلاقاً من أهمية تحديد المقصود بالواقعة الجوهرية التي يمكن اعتبارها محلاً لهذه الجريمة ، فقد عرفت الفقرة ( ب ) من المادة التاسعة من لائحة سلوكيات السوق الواقعة

الجوهريّة ، بأنّها أي معلومة تتعلّق بورقة ماليّة لو علم بها المستثمر لأثرت بشكل جوهري على سعر أو قيمة الورقة الماليّة التي اشتراها أو باعها .

وفيما يتعلّق بتحديد المعيار الذي يمكن بناء عليه تحديد ما إذا كان البيان متعلّق بواقعة جوهريّة أم غير جوهريّة ، نصت الفقرة ( ج ) من المادة السادسة والخمسين على اعتماد المعيار المنصوص عليه في الفقرة ( أ ) من المادة الخامسة والخمسين من النظام . وبالرجوع لهذه الفقرة نجد أنّها اعتبرت البيان جوهرياً متى ما أقيم الدليل على أنه لو كان المستثمر على علم بالحقيقة عندما قام بالشراء لأثر ذلك على سعر الورقة . ويلاحظ على هذا المعيار أنه ناقص حيث لم يتضمّن تحديداً للقاعدة التي بناء عليها يتمّ تقييم الحقيقة بأنّها مؤثّرة أو غير مؤثّرة ، نظراً لاختلاف هذا التقييم من شخص لآخر لكونه يتحدّد بناء على الظروف المحيطة بكل حالة على حدة والخاصة بكل شخص . كما يلاحظ عليه أنه تكلم عن حالة شراء الورقة الماليّة مما قد يفهم منه استبعاد حالة بيع الورقة ، واستبعاد حالة التأثير على سعر الورقة ، وحالة ممارسة الحقوق التي تمنحها الورقة ، وحالة الإحجام عن ممارسة هذه الحقوق وكذلك حالات التلاعب بالسوق . ولتقدير ما إذا كانت المعلومة مؤثّرة أم غير مؤثّرة في سعر الورقة الماليّة في حال وصولها للجمهور ، لا نرى ما يمنع من اعتماد المعيار الذي نصت عليه الفقرة ( أ ) المادة الخمسين من النظام وكذلك الفقرة ( ج ) من المادة الرابعة من لائحة سلوكيات السوق لتحديد تلك القاعدة ، فيما يتعلّق بتصنيف المعلومات التي حصل عليها الشخص المطلع بأنّها مؤثّرة أو غير مؤثّرة على سعر الورقة الماليّة ، وذلك بجانب المعيار الذي نصت عليه الفقرة ( أ ) من المادة الخامسة والخمسين . ويمكن تبرير ذلك بأن التأثير الجوهري المقصود في المادتين الخامسة والخمسين والمادة الخمسين يتعلّق بمعلومات لها علاقة بالورقة الماليّة ، يضاف إلى ذلك أنه لا يوجد اختلاف بين هذين المعيارين فكل منهما يكمل الآخر من حيث المبدأ ، لكن المعيار الذي تضمنته المادة الخمسين النظام يعتبر أشمل وأكثر موضوعية وتحديدًا من المعيار الذي نصت عليه الفقرة ( أ ) من المادة الخامسة والخمسين .

وعليه نرى أنه يجب الأخذ بالمعيار الذي نصت عليه الفقرة ( أ ) من المادة الخمسين وكذلك الفقرة ( ج ) من المادة الرابعة من لائحة سلوكيات السوق في تحديد مدى كون الحقيقة مؤثّرة أو غير مؤثّرة ، وبموجب هذا المعيار يعتبر البيان أو الرأي المروج له مؤثراً متى ما أدرك الشخص العادي بناء على طبيعة ومحتوى المعلومات التي يحتويها أن إعلانيّاتها وتوافرها سيؤثّر تأثيراً جوهرياً على سعر أو قيمة الورقة الماليّة التي تتعلّق بهذه المعلومات ، أو أنه سيحدث تلاعباً في السوق قد ينتج بناء عليه حتّى أشخاصاً آخرين على بيع أو شراء الورقة أو ممارسة أو الإحجام عن ممارسة الحقوق التي تمنحها الورقة .

ويلحظ على هذه القاعدة أن المنظم أخذ صراحة بمعيار إدراك الرجل العادي في تقدير مدى تأثير المعلومات الكاذبة التي يتضمنها البيان أو الرأي على سعر الورقة بناء على طبيعة ومحتوى تلك المعلومات .

ويقصد بمعيار الرجل العادي الرجل متوسط المعرفة والخبرة بالتعامل في السوق المالية . فإذا كانت المعلومة بإدراك ومفهوم هذا النوع من المتعاملين في السوق تعتبر ذات تأثير على سعر الورقة فيجب اعتبار المعلومات جوهرية وبالتالي يجب عدم الترويج الكاذب لها . ومن ذلك المعلومات التي تتعلق بتحديد مبلغ أرباح الشركة أو خسائرها المتوقعة ، أو أن الشركة ستوزع أسهم مجانية بنسبة محددة ، أو غير ذلك من المعلومات التي لا يصعب على المتعامل العادي في السوق تقدير أهميتها بناء على إدراكه ، الذي قد يدفعه إلى اتخاذ قرار فيما يتعلق بالورقة التي يملكها أو التي ينوي شرائها . وقد أحسن المنظم صنعا بالأخذ بهذا المعيار نظرا لأن غالبية شريحة المتعاملين في السوق هم من هذا النوع متوسط المعرفة ، وبالتالي يوفر لهم المنظم أكبر قدر ممكن من الحماية .

ويلاحظ أن المنظم أشار إلى إدراك الرجل العادي أي إلى ما قد يفهمه ويستنتجه من آثار قد يستنتجها من المعلومات ، ولم يشر إلى علمه لأن العلم يقتضي القطع باليقين أو شبه اليقين بالنتيجة التي ستترتب على المعلومات وهذا لا يكون إلا بالنسبة للشخص المطلع الذي يملك العلم والخبرة اللازمين لتقدير نتائج توافر هذه المعلومات للجمهور ، بينما الإدراك قد يجعل تحقق هذه النتائج أمرا محتملا وليس يقينيا وهذا ما يقتضيه معيار الرجل العادي . ويلحظ كذلك على هذا المعيار تكرار النص عليه في النظام واللائحة بنفس الألفاظ تقريبا وهذا التكرار يعد من عيوب صياغة الأنظمة واللوائح .

وبناء على ما سبق متى ما قام الشخص بالترويج لبيان أو رأي غير صحيح وفقا لما أوضحناه سابقا فيعتبر مرتكبا لجريمة نشر الإشاعات الكاذبة . ولا يشترط لقيام الجريمة أن تتحقق النتيجة التي يهدف الشخص إلى تحقيقها من وراء قيامه بالترويج للبيان أو للرأي المروج له ، والتي حددها المادة الثامنة من لائحة سلوكيات السوق بالتأثير على سعر أو قيمة الورقة المالية أو أن يكون ذلك بنية التلاعب . كما لا يشترط أن يحقق الترويج فائدة أو ضررا لمروج البيان أو الرأي أو المروج له . وعليه تكون جريمة نشر الإشاعات الكاذبة من الجرائم الشكلية التي لا يشترط لقيامها أن تتحقق النتيجة الإجرامية التي يقصد الجاني تحقيقها . فهي تتم بالنسبة للشخص بمجرد قيامه بفعل الترويج لبيان أو لرأي غير صحيح من أجل التأثير على سعر أو قيمة الورقة للمالية أو أن يكون ذلك بهدف التلاعب بالسوق .

ولا يؤثر عدم اشتراط تحقق النتيجة المعينة التي يهدف إلى تحقيقها مروج الإشاعات على اعتبار جريمة نشر الإشاعات الكاذبة جريمة تامة يعاقب عليها النظام . وعليه فإن هذه الجريمة تقوم على مبدأ استقلال النتيجة الإجرامية عن السلوك المكون لها . وهذا المبدأ يستمد أساسه النظامي من نص المادة الثامنة من لائحة

سلوكيات السوق . فموجب نص هذه المادة تم حظر الترويج لبيان أو لرأي غير صحيح ، ولم يشترط النص تحقق النتيجة المعينة التي يهدف الجاني إلى تحقيقها جراء قيامه بهذا السلوك الإجرامي .

فالمنظم لم ينص صراحة على وجوب تحقق النتيجة التي يهدف إلى تحقيقها من يقوم بنشر الإشاعات الكاذبة للقول بقيام الجريمة ولم يعتبره شرطا لتحقيق ذلك . وبناء عليه فإن جريمة نشر الإشاعات الكاذبة تعتبر من الجرائم مبكرة الإتمام ، وهي الجرائم الشكلية التي لا يشترط أن يحقق فيها السلوك الإجرامي نتيجة إجرامية معينة وبالتالي لا تعتبر النتيجة من ضمن مقومات الجريمة<sup>١</sup> ، وإن تحققت النتيجة فيرتب عليها المنظم عقوبات أشد . كما تعتبر من الجرائم البسيطة التي يعاقب مرتكبها بمجرد قيامه بالسلوك الإجرامي مرة واحدة . يضاف إلى ذلك أن هذا النوع من الجرائم يعتبر من الجرائم العمدية التي يجب أن يتوافر فيها القصد الجنائي وبغض النظر عن تحقق النتيجة الإجرامية لم لا وهذه هي قمة المسؤولية الجنائية .

ويترتب على استقلال النتيجة الإجرامية في جريمة نشر الإشاعات الكاذبة نتيجة أخرى ذات أهمية ، وهي اعتبار فعل الترويج للبيان أو للرأي الذي قام به الشخص جريمة تامة ، وبالتالي لا يمكن تصور اعتباره شروعا في الجريمة لعدم تحقيقه للنتيجة الإجرامية التي يهدف الجاني إلى تحقيقها . ويمكن تصور الشروع في هذه الحالة فيما يسبق ارتكاب الجريمة من أفعال تمهد لقيامه بالترويج للبيان أو للرأي غير الصحيح . كما لو قام الشخص بكتابة البيان أو كتابة رأيه المتضمن وقائع جوهرية غير صحيحة تمهيدا لنشره في إحدى الصحف ، فيعتبر فعله هذا شروعا في الجريمة طبقا للنظرية العامة للشروع في القانون الجنائي ، حتى ولو لم يتم الترويج فعليا .

وقد نصت المادة التاسعة والخمسون من نظام السوق المالية على عقوبة الشروع في أي عمل أو ممارسة تشكل مخالفة لأي حكم من أحكام نظام السوق المالية أو اللوائح أو القواعد الصادرة بناء عليه . ويستفاد ذلك من نص الفقرة ( أ ) من هذه المادة التي قررت أنه ( إذا تبين للهيئة أن أي شخص قد اشترك ، أو يشترك ، أو شرع في أعمال أو ممارسات تشكل مخالفة لأحكام النظام . . . ) . ويلاحظ على هذا النص أنه ساوى عقوبة الشروع بعقوبة إتمام القيام بالفعل المخالف ، ويمكن تبرير هذه المساواة بخطورة هذا السلوك وبحرص المنظم على تقرير أكبر حماية ممكنة للسوق المالية والمتعاملين فيها . إلا أنه بالرغم من ذلك نرى أن هذه المساواة لا تحقق مبادئ العدالة ، حيث أن هناك فرق بين الخطورة الناجمة عن الجريمة والشروع فيها خصوصا فيما يتعلق بتحقيق النتيجة الضارة المترتبة عليها وما يتطلبه ذلك من تشديد العقوبة في حالة الجريمة التامة ، وإزاء عموم النص لا يمكن إلا

١ د . عبد الفتاح الصيفي ، ( الأحكام العامة للنظام الجزائي ) ، جامعة الملك سعود ، الرياض ، ١٤١٦ هـ ، ص ١٨٥ . د . صالح البربري ، ( الممارسات غير المشروعة في بورصة الأوراق المالية ) ، مركز المساندة للقانونية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ٢٧٦ .

التسليم بهذه المسلواة . إلا إنه يمكن التخفيف من صرامة هذه القاعدة بالنسبة لحالة الشروع من خلال الحق الممنوح للجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية بتقرير العقوبات المناسبة . وعليه للجنة في هذه الحالة تقرير عقوبة على الشروع أخف من تلك الممكن تقريرها في حالة الجريمة التامة .

وبجانب كونها من الجرائم الشكلية فقد تكون جريمة نشر الإشاعات الكاذبة من الجرائم الوقتية أو من الجرائم المستمرة والعبارة في تحديد ذلك يعود إلى الزمن الذي تستغرقه مباشرة السلوك الإجرامي من قبل الجاني . فتكون الجريمة وقتية إذا تم السلوك الإجرامي بمجرد القيام به أو استغرق فترة قصيرة نسبيا للقيام به . كما لو قام الجاني بالترويج لبيان أو لرأي غير صحيح عن طريق التصريح به لإحدى القنوات التلفزيونية واستغرق ذلك دقائق معدودة . وقد تكون الجريمة مستمرة وذلك متى ما استغرق القيام بالسلوك الإجرامي وقتا أطول . كما لو قام الجاني بالترويج للبيان أو للرأي وفقا لجدول زمني معين قد يطول نسبيا ليضمن وصوله لأكبر عدد ممكن من الناس ، أو كما لو قام بالتعاون مع آخرين لنشر الإشاعة في مناطق مختلفة لفترات معينة .

وتبرز أهمية التكييف القانوني لجريمة نشر الإشاعات بأنها من الجرائم المؤقتة أو المستمرة في التقادم المسقط للدعوى حيث يبدأ تقادم الجرائم الوقتية من اليوم التالي لإتمامها ، أما تقادم الجرائم المستمرة فيبدأ من اليوم التالي لانتهاؤ مدة الاستمرار . وتشير هنا إلى أن نظام السوق المالية لم ينص على تقادم جرائم السوق المالية . وذلك يرجع إلى أن النظام السعودي لا يقر فكرة التقادم ولا يطبقها بصفة عامة ويلجأ في بعض الأحيان لوسيلة بديلة تؤدي إلى نفس غرض التقادم تقريبا وهي تطبيق مبدأ عدم سماع الدعوى في حال تقادمها . وقد أقر نظام السوق المالية هذه القاعدة فيما يتعلق بجريمة الاحتيال في السوق المالية فقط ولم يقرها بالنسبة لجرائم السوق المالية الأخرى . ولا يرى مبررا لعدم تقرير سريان هذه القاعدة بالنسبة لجريمة نشر الإشاعات الكاذبة التي تستغرق وقتا طويلا . وبالرغم من ذلك لا نرى ما يمنع من تطبيقها في هذه الحالة قياسا على جريمة الاحتيال في السوق المالية .

كما تبرز أهمية هذا التحديد فيما يتعلق بسريان نص النظام من حيث الزمان ففي حالة تعديل نصوص النظام فإن النص الجديد لا يسري في حالة الجرائم الوقتية التي تمت قبل صدوره . في حين ينطبق النص الجديد على الجرائم المستمرة متى ما استمر الجاني في مواصلة السلوك الإجرامي في ظل هذا النص .

وتشير أخيرا إلى أنه بجانب انفراد الشخص بالقيام بجريمة نشر الإشاعات الكاذبة فقد يتعدد المساهمين في ارتكابها . وتأخذ المساهمة صورة المساهمة الأصلية التي يكون فيها المساهم فاعلا أصليا وذلك بأن يتقاسم عدد من الجناة الأفعال المكونة للجريمة بغض النظر عن دور كل منهم فيها ، أو صورة المساهمة التبعية التي يكون فيها المساهم شريكا إما بالتحريض أو المساعدة أو الاتفاق . وقد ساوت الفقرة ( أ ) من المادة التاسعة والأربعين من نظام السوق المالية بين الفاعل الأصلي لأي جريمة

من الجرائم التي من شأنها أن توجد انطبعا غير صحيح أو مضللا بشأن الأسعار ، أو قيمة الورقة المالية أو تحت الأشخاص على شراء أو بيع الورقة المالية أو ممارسة أو الإحجام عن ممارسة أي حقوق تمنحها الورقة ، والمساهمين معه مهما كانت درجة مشاركتهم في الفعل المكون لهذه الجريمة واعتبرتهم مخالفين لأحكام النظام على قدم المساواة ولم تفرق بينهم في هذا الشأن . ويستنتج هذا من نص المادة نفسها حيث قررت اعتبار الشخص مخالفا لأحكام النظام متى ما قام بالعمل أو شارك في أي إجراء يوجد انطبعا غير صحيح أو مضللا بشأن السوق . وعبرة أي إجراء تشمل أي فعل يأخذ حكم المشاركة مهما كان حجمه رئيسيا أو ثانويا . كما يستنتج أيضا من نص المادة السابعة والخمسين من النظام التي نصت على مسؤولية كل من يقوم بتصرف بقصد اللاعب بالسوق وكل من يشترك في هذا التصرف وجعلتهم مسؤولين عن تعويض أي شخص يتأثر جراء الفعل الذي قاموا به . كما يستنتج أخيرا من نص الفقرة ( أ ) من المادة التاسعة والخمسين من النظام التي قررت أنه ( إذا تبين للهيئة أن أي شخص قد اشترك ، أو يشترك ، أو شرع في أعمال أو ممارسات تشكل مخالفة لأحكام النظام . . . ) . وعليه يتساوى في المسؤولية والعقاب الشريك مع الفاعل الأصلي في أي جريمة من جرائم السوق المالية سواء أخذت المساهمة صورة المساهمة الأصلية أم المساهمة التبعية .

ويمكن تبرير هذه القاعدة بحرص المنظم على توفير أكبر قدر ممكن من الحماية القانونية للسوق والمتعاملين فيه من التصرفات التي تتضمن كذبا أو تضليلا والتي من شأنها إلحاق الضرر بالسوق والمتعاملين فيه وهز الثقة بالاقتصاد الوطني . وهذا ما نرى أنه دفع المنظم إلى أبعد من ذلك من خلال النص في المادة السابعة والخمسين من نظام السوق المالية ، على مسؤولية الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين عن أفعال التابعين لهم متى ما كانت هذه الأفعال مخالفة لنظام السوق المالية واللوائح والقواعد الصادرة بناء عليه ، وبغض النظر عن مدى علمهم أو عدم علمهم بما قام به التابعين لهم .



## المطلب الثاني

### الركن المعنوي

بجانب توافر الركن المادي لهذه الجريمة لا بد من توافر الركن المعنوي المكون لها للقول بقيام الجريمة في حق الجاني . والركن المعنوي في هذه الجريمة يتمثل في توفر القصد الجنائي وهو تعمد الجاني القيام بالجريمة<sup>1</sup> . ويستلزم العمد علم الجاني بجميع العناصر التي تقوم عليها الجريمة ، كما يتطلب أن تتجه إرادته إلى تحقيق النتيجة التي يرغب في تحقيقها جراء ارتكابه للجريمة .

وقد أكدت المادة الثامنة من لائحة سلوكيات السوق بصفة خاصة على ضرورة توافر القصد الجنائي في السلوك المكون لهذه الجريمة ، وذلك عندما حظرت على الشخص الترويج لبيان أو لرأي غير صحيح بهدف التأثير على سعر أو قيمة الورقة المالية أو لأي هدف آخر ينطوي على تلاعب بالسوق . كما أكدت على توافره بصفة عامة المادة التاسعة والأربعين من نظام السوق المالية التي حظرت الأعمال والممارسات التي تهدف إلى التلاعب بالسوق ، والتي نصت صراحة على وجوب توافر الركن المعنوي في هذا النوع من الجرائم المتمثل في القصد الجنائي أي تعمد القيام بهذا النوع من الجرائم . وهذا يتطلب أن يعلم الجاني بكل العوامل التي تقوم بها الجريمة وأن تتجه إرادته إلى تحقيق النتيجة المقصودة من ارتكابها . فقد نصت هذه المادة على أنه ( يعد مخالفاً لأحكام هذا النظام أي شخص يقوم عمداً بعمل أو يشارك في أي إجراء يوجد انطباعاً غير صحيح أو مضللاً بشأن السوق ، أو الأسعار ، أو قيمة أي ورقة مالية . . . . الخ ) .

وبناء عليه فإن جريمة نشر إشاعات الكاذبة تعتبر من الجرائم العمدية التي يتخذ ركنها المعنوي صورة القصد . وبالتالي لا تتحقق الجريمة إذا ارتكب الجاني خطأ أو إهمال وذلك لانقضاء القصد الجنائي لديه في هاتين الحالتين ، بل لا بد من توافر القصد الجنائي في السلوك المكون لهذه الجريمة للجزم بقيامها في حق الجاني . ونشير هنا إلى أن القصد الجنائي المطلوب توافره في هذا النوع من الجرائم هو القصد الجنائي بنوعيه العام والخاص . ويتمثل القصد الجنائي العام في علم وإرادة الجاني بكنهه وطبيعة ما يأتيه من نشاط جنائي . أما القصد الجنائي الخاص فيتمثل في انصراف نية الجاني من وراء قيامه بنشر الإشاعات الكاذبة لتحقيق ما يرجوه من فوائد جراء قيامه بهذا السلوك المكون لهذه الجريمة وبغض النظر عن تحقيقه أو عدم تحقيقه لتلك الفوائد .

<sup>1</sup> منير أبو ريشه ، ( المسئولية الجنائية للوسطاء الماليين في عمليات البورصة ) ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص ١٧٨ . د . محمد فاروق عبدالرسول ، ( الحماية الجنائية لبورصة الأوراق المالية ) ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص ١٢١ .

ويتوافر القصد الجنائي العام لهذه الجريمة من خلال علم الجاني بكافة العناصر المكونة للجريمة من كون علم الجاني بعدم نظامية قيامه بالترويج لبيان أو لرأي غير صحيح يتعلّق بواقعة جوهرية تتعلّق بدورها بورقة مالية مدرجة في السوق المالية ، وأن هذا الترويج ينطوي على تلاعب ومن شأنه أن يكون له تأثير على سعر أو قيمة الورقة المالية ، وإنه لو قام بذلك فإنه يعتبر مرتكباً لجريمة تشر الإشاعات الكاذبة المحظورة نظاماً .

وبناء عليه ، إذا انتفى علم الجاني بالعناصر السابقة فلا مجال للقول بتوافر القصد الجنائي لديه وذلك لانتفاء علمه بطبيعة ما يأتيه من نشاط إجرامي . وما تجدر ملاحظته هنا إنه تجب التفرة بين علم الجاني بالعناصر المكونة للجريمة وبين علمه بأن الفعل الذي قام به يعتبر من الأفعال المجرمة بنص النظام . ففي الحالة الأولى يفترض أن الجاني قد قام بجريمته وهو لا يعلم بطبيعة النشاط الإجرامي ، وفي هذه الحالة لا يتوافر لديه القصد الجنائي وبالتالي لا تنسب إليه المسؤولية عن الجريمة . أما في الحالة الثانية فإن الجهل بالقانون لا يعني من المسؤولية الجنائية تطبيقاً للقاعدة القانونية العامة التي تنص على أنه لا يجوز الاعتداد بالجهل بالقانون<sup>١</sup> . وعليه يفترض علم الجاني بما ينص عليه النظام ، وهذا النوع من العلم مقترض وجوده لدى الجاني بمجرد نشر النظام في الجريدة الرسمية

وبجانب علم الجاني بالعناصر المكونة لسلوك الجريمة لا بد من توافر إرادة الجاني الحرة واتجاهها للقيام بالسلوك المكون للجريمة المتمثل في قيامه بنشر الإشاعات الكاذبة . ويقصد بتوافر إرادة الجاني أن يقوم الجاني بالترويج للبيان أو للرأي بناء على إرادته ورضاه . وبناء عليه متى ما انعدمت إرادة الشخص الذي قام بالترويج لأي سبب كان فلا يمكن في هذه الحالة إدانته بالجريمة واعتباره بالتالي مذنباً نظراً لغياب إرادته كالمجنون على سبيل المثال .

كذلك لا بد أن تكون إرادة الشخص سليمة وخالية من العيوب التي قد تشوب الإرادة وهي الإكراه والتدليس والغلط<sup>٢</sup> . فلو تم إكراه الشخص على الترويج لبيان أو لرأي غير صحيح وثبت هذا الإكراه بشكل قاطع ، أو كما لو وقع الشخص في غلط يتعلّق بطبيعة البيانات التي قام بالترويج لها ، كما لو اعتقد بما لا يدع مجالاً للشك بأن البيان الذي قام بالترويج له بيان صحيح واكتشف لاحقاً أن البيان غير صحيح . ففي مثل هذه الحالات لا يمكن القول بتوافر الجريمة نظراً لأن صدور السلوك المكون لهذه الجريمة قد صدر عن إرادة مشوبة بعيب من عيوب الإرادة وهو الإكراه في الحالة الأولى والغلط في الحالة الثانية .

<sup>١</sup> لحد الأثني ، ( النظام الجنائي في المملكة العربية السعودية ) ، مطابع للشرق الأوسط ، الرياض ، ١٩٧٦م ،

ص ٢٨٥

<sup>٢</sup> د محمد الجداد ، المرجع السابق ، ص ٤١٨ .

وبجانب القصد الجنائي العام لا بد من توافر القصد الجنائي الخاص الذي ينطوي عليه السلوك المكون لهذه الجريمة ، المتمثل في انصراف نية الجاني من وراء قيامه بالترويج لبيان أو لرأي غير صحيح إلى تحقيق ما يرجوه من نتائج جراء قيامه بهذا السلوك المكون لهذه الجريمة وبغض النظر عن تحقيقه أو عدم تحقيقه لفائدة جراء ذلك ، وهذه النتائج نصت عليها المادة الثامنة من لائحة سلوكيات السوق وهي التأثير على سعر أو قيمة الورقة المالية أو لأي هدف آخر ينطوي على تلاعب . وعليه فإن انصراف نية الجاني إلى تحقيق هذه النتائج يعتبر شرطا لازما لاعتبار السلوك الذي قام به الجاني جريمة نشر البيانات الكاذبة . وهذا ما أكده أيضا من ناحية ثانية نص المادة التاسعة والأربعين من نظام السوق المالية التي قررت أنه ( يعد مخالفا لأحكام هذا النظام أي شخص يقوم عمدا بعمل أو يشارك في أي إجراء يوجد انطبعا غير صحيح أو مضللا بشأن السوق ، أو الأسعار ، أو قيمة أي ورقة مالية ، بقصد إيجاد ذلك الانطباع ، أو لحث الآخرين على الشراء أو البيع . . . في تلك الورقة ، . . . أو لحثهم على ممارسة أي حقوق تمنحها هذه الورقة ، أو الإحجام عن ممارستها ) .

وعليه ، إذا توافر القصد الجنائي العام والقصد الجنائي الخاص بالشكل الذي أوضحناه سابقا تقوم الجريمة بحق الجاني . ولا عبرة هنا للبائع الذي نفع بالشخص المطلع إلى ارتكاب الجريمة أو الغاية التي يهدف إلى الوصول إليها ، لأن البائع على الجريمة لا يعتبر ركنا من أركانها التي تقوم عليها ، ولا يعتبر بالتالي عنصرا من عناصر التجريم حتى ولو كان هذا البائع باعنا نبيلاً أو تلك الغاية غاية نبيلة<sup>١</sup> ، وذلك متى ما توافر في السلوك المكون لهذه الجريمة ركنيه المادي والمعنوي . وعليه فمن يقوم بالترويج لبيان أو لرأي غير صحيح للتأثير على سعر ورقة مالية رغبة منه في تحقيق بعض الفوائد والأرباح المادية ليتبرع بها للفقراء ، يعتبر عمله هذا جريمة لتوافر الركن المادي والركن المعنوي المكونين لها ولا عبرة في هذه الحالة بنبل هذا البائع الذي دفع به إلى القيام بهذه الجريمة .

ويترتب على ضرورة توافر الركن المعنوي في جريمة نشر الإشاعات الكاذبة نتيجة قانونية مهمة تتعلق بتحديد من يقع عليه عبء إثبات توافر هذا الركن في هذه الجريمة ، وعمّا إذا كان يقع على المدعي بحكم أن البيئة على المدعي أو على المتهم الذي يدفع عن نفسه التهمة المنسوبة إليه . وللإجابة على هذا السؤال لا بد من الرجوع للطبيعة القانونية لجريمة نشر الإشاعات الكاذبة . فقد رأينا أن هذا النوع من الجرائم يعتبر من الجرائم العمدية التي يجب أن يتوافر فيها القصد الجنائي وبغض النظر عن تحقق النتيجة الإجرامية التي يهدف إليها الجاني من عدمه . كما رأينا أن الركن المعنوي لهذه الجريمة يتطلب توافر القصد الجنائي العام المتمثل في علم الشخص المطلع بأن ما يقوم به يعتبر

١ د . محمود نجيب حسني ، ( جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني ) ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٤م ، ص ٢٨٥ . مظهر فرغلي محمد ، ( الحماية الجنائية للتقنية في سوق رأس المال ) ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧م ، ص ٢١١ .

سلوكا إجراميا يحظره النظام ، وكذلك يتطلب توافر القصد الجنائي الخاص المتمثل في انصراف نية الجاني من وراء قيامه بالترويج لبيان أو لرأي غير صحيح إلى تحقيق ما يرجوه من نتائج جراء قيامه بهذا السلوك المكون لهذه الجريمة . ويترتب على ذلك أن الشخص قد يقوم بالسلوك المكون للجريمة من دون أن يتوافر لديه القصد الجنائي اللازم لقيامها وفي هذه الحالة لا يعتبر عمله جريمة . والعكس صحيح فمتى ما قام الشخص بالسلوك مع توافر القصد الجنائي لديه فإنه يعتبر مرتكبا لهذه الجريمة .

فمعيار التفرقة بين هاتين الحالتين هو وجود أو عدم وجود القصد الجنائي وليس في السلوك المرتكب بحد ذاته . وبناء عليه فإن عبء الإثبات في هذه الحالة يجب أن يقع على عاتق من يدعي وجود الركن المعنوي في السلوك الذي ارتكبه الجاني لأن الأصل افتراض براءة المتهم حتى يثبت العكس ، إذ يستطيع المتهم أن يدرك الاتهام الموجه إليه متى ما أثبت انتفاء القصد الجنائي لديه بموجب أدلة مقنعة تظمن لها لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية .

ومتى ما توافر في الفعل الذي قام به المدعي الركن المادي والركن المعنوي وفقا لما رأيناه سابقا فنقوم هذه الجريمة بحق الجاني ، ويكون بالتالي عرضة لتطبيق العقوبات التي قررها النظام على هذه الجريمة والتي سنتناولها في المبحث الثاني .

---

١ د . عمر سالم ، ( الحماية الجنائية للمعلومات غير المغننة للشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية ) ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص ٧٩ .

العقوبات المقررة لجريمة نشر الإشاعات الكاذبة

سبق وأن أوضحنا أن جريمة نشر الإشاعات غير الصحيحة تعد من جرائم التلاعب بالسوق التي تخضع بصفة عامة للقواعد التي تنص عليها المادة التاسعة والأربعون من نظام السوق المالية . وبترتب على ذلك نتيجة مهمة وهي خضوعها للعقوبات التي تخضع لها هذه الجرائم ، وليس للعقوبات المقررة لجرائم البيانات غير الصحيحة ، بالرغم من أن الإشاعات تتضمن بيانات غير صحيحة وأن النص على تجريمها جاء في الباب الرابع من لائحة سلوكيات السوق المخصص لجرائم البيانات غير الصحيحة ، ويمكن تبرير ذلك بأن هذه الجريمة تعتبر صورة من صور جرائم التلاعب بالسوق حيث أن المادة التاسعة والأربعين من النظام قد تضمنت تعدادا لبعض الجرائم التي تنطوي على تلاعب وذلك على سبيل المثال وليس الحصر وأعطت الهيئة سلطة إضافة ما يستجد من جرائم ، ولكون هذه الجريمة تتعلق بالبيانات غير الصحيحة فقد أوردها واضع اللائحة ضمن هذا الباب المخصص لجرائم البيانات غير الصحيحة . يضاف إلى ذلك أن الباب الرابع من لائحة سلوكيات السوق لم ينص على عقوبة خاصة لهذه الجريمة ، مثلما فعل بالنسبة لجريمة التصريح ببيانات غير صحيحة وبالنسبة لجريمة إغفال التصريح بالبيانات ، كما أنه لم يتضمن ما يشير إلى تطبيق أي من هذه العقوبات الخاصة لهذه الجريمة ، وهذا ما يؤكد أيضا خضوعها للعقوبات المقررة لجرائم التلاعب .

وبالرجوع لنصوص النظام نجد أن هناك نوعين من العقوبات يمكن الحكم بها على من يدان بارتكاب جريمة من جرائم التلاعب بالسوق . فقد نص النظام على عقوبة خاصة بهذا النوع من الجرائم نصت عليها المادة السابعة والخمسين من النظام ، كما نص على عقوبات أخرى تضمنتها المادة التاسعة والخمسين يتم تقريرها على كل من يخالف النظام واللوائح والقواعد التي تصدر عنه . وقررت لهيئة السوق المالية الحق في اختيار العقوبة أو العقوبات الملأمة والمطالبة بإيقاعها على الجاني لدى لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية التي لها حق تقرير العقوبة المناسبة . وبناء على العقوبات التي تضمنتها تلك النصوص تنقسم العقوبات التي يمكن تطبيقها على جريمة نشر الإشاعات إلى عقوبات أصلية وعقوبات تكميلية .

وبناء عليه سنوضح في ( المطلب الأول ) العقوبات الأصلية ، وفي ( المطلب الثاني ) سنتناول العقوبات التكميلية .

## المطلب الأول

### العقوبات الأصلية

تكون العقوبة أصلية متى ما كانت هي العقاب الأصلي أو الأساسي للجريمة<sup>١</sup>. ووفقا لنظام السوق المالية هناك نوعين من العقوبات الأصلية يمكن للجنة أن تحكم بهما. يتمثل النوع الأول في التعويض المالي الذي يطالب به المتضررون من الجريمة. ويتمثل النوع الثاني في عقوبة السجن وفي العقوبات الأخرى التي تسمح النظام للهيئة بالمطالبة بتطبيقها.

#### أولا : التعويض

يعتبر التعويض عقوبة من العقوبات الأصلية لجريمة نشر الإشاعات الكاذبة المتعلقة بالأوراق المالية. فقد نصت الفقرة (أ) من المادة السابعة والخمسين من هذا النظام على أن ( أي شخص يخالف المادة التاسعة والأربعين من هذا النظام ، أو أي من القواعد التي تصدرها الهيئة بناء على تلك المادة ، وذلك بالتصرف أو إجراء صفقة للتلاعب في سعر ورقة مالية على نحو معتمد ، أو يشترك في ذلك التصرف أو الإجراء ، أو يكون مسئولاً عن شخص آخر قام بذلك ، يكون مسئولاً عن تعويض أي شخص يشتري أو يبيع الورقة المالية التي تأثر سعرها سلباً بصورة بالغة نتيجة لهذا التلاعب ، وذلك بالقدر الذي تأثر به سعر شراء أو بيع الورقة المالية من جراء تصرف ذلك الشخص ) .

ونرى أنه يجب تفسير التعويض الذي نصت عليه هذه المادة بالمفهوم الخاص للتعويض المتمثل في كونه مقابل الضرر مقوماً بالنقد ، أي أنه لجبر الضرر الذي أصاب المتضررين من الجريمة مهما كان عددهم . ولا يجب تفسيره وفقاً للمفهوم العام للتعويض والذي يقصد به إعادة الشيء المسلوب إلى مالكه أو حائزه<sup>٢</sup>. ويترتب على ذلك نتيجة مهمة جداً وهي أن الحكم بالتعويض الذي تصدره اللجنة يجب أن يتضمن مبلغاً مالياً محدداً ولا يمكن للحكم أن يتضمن إلزام الجاني بتسليم المتضرر الأوراق المالية التي فرط فيها بالبيع نتيجة لفعل الجاني ، أو إلزام الجاني باسترجاع الأوراق التي باعها بسعر مرتفع نتيجة للفعل الذي ارتكبه عن طريق إعادة شرائها من المتضرر . وهذا ما أكدته نص الفقرة (ب) من المادة

<sup>١</sup> د. محمود مصطفى ، ( شرح قانون العقوبات ) ، الطبعة الثامنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٦م ، ص ٥١٨ . د. فتوح الشانلي ، ( المسؤولية الجنائية ) ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ٢٤٧ .

<sup>٢</sup> فيما يتعلق بالمفهوم العام والمفهوم الخاص للتعويض انظر : د. محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص

السابعة والخمسين الذي حدد كيفية حساب التعويض بأنه يتم وفقا للأحكام التي حددتها الفقرة ( هـ ) من المادة الخامسة والخمسين والتي حصرت بدورها التعويض في المبالغ المالية دون غيرها . ونرى أن إقرار هذه القاعدة يتلاءم مع طبيعة المعاملات التي تتم في السوق المالية .

ويتم طلب إيقاع عقوبة التعويض المنصوص عليها في المواد السابعة والخمسين بناء على شكوى أو دعوى يتم رفعها من قبل للمتضرر أو مجموعة من المتضررين . وبناء عليه لا يجوز لهيئة سوق المال أن تقوم من تلقاء نفسها برفع مثل هذه الدعوى للمطالبة بتعويض الأشخاص المتضررين من جريمة الإشاعات الكاذبة وذلك لعدم اختصاصها نظاما بذلك ، حيث لم تنص الفقرة ( أ ) من المادة السابعة والخمسين من النظام على حق الهيئة في مباشرة مثل هذه للدعوى . ويمكن تفسير ذلك بكون دعاوى التعويض تعتبر من الدعاوى الشخصية التي يكون للمتضرر وحده أو ورثته في حالة وفاته الحق في إقامتها . ويجب عدم الخلط هنا فيما يتعلق بالمطالبة بالتعويض بين نص الفقرة ( أ ) المادة السابعة والخمسين ، وما نص عليه البند رقم ( ٤ ) من الفقرة ( أ ) من المادة التاسعة والخمسين الذي أعطى الهيئة الحق في المطالبة بإيقاع عقوبة ( تعويض الأشخاص الذين لحقت بهم أضرار نتيجة للمخالفة المرتكبة ، أو إلزام المخالف بدفع المكاسب التي حققها نتيجة هذه المخالفات إلى حساب الهيئة ) . وعدم الخلط هذا يبرر من الناحية القانونية بكون النظام قد أفرد نصا خاصا بعقوبة جرائم التلاعب بالسوق ، أما نص البند رقم ( ٤ ) المشار إليه ينص على حق الهيئة بالمطالبة بالتعويض عن الجرائم والمخالفات التي لم يفرد لها المنظم نصوصا خاصة حيث أعطى المنظم الهيئة الحق بمطالبة فرض العقوبات التي تراها مناسبة على المخالفين من بين العديد العقوبات التي نصت عليها المادة التاسعة والخمسين .

ونشير أخيرا إلى أن وفاة الجاني بعد قيامه بالجريمة أو قبل صدور قرار اللجنة بإدانته لا تمنع المتضرر من الاستمرار في نظر الدعوى والمطالبة بالتعويض . ويلزم ورثة الجاني أو من يمثلهم بالاستمرار في الدعوى لحين صدور قرار في الدعوى ولهم حق الاعتراض عليه . ومتى ما أصبح القرار نهائيا وكان متضمنا إدانة مورثهم فإنهم يلزمون بدفع مبلغ التعويض من تركة الجاني ولا يمكن إلزامهم بدفع التعويض من حسابهم الشخصي تطبيقا لمبدأ شخصية العقوبة .

وفيما يتعلق بكيفية تحديد مبلغ التعويض فلم يتركه النظام لاجتهاد الهيئة أو اللجنة أو لأي شخص آخر . فقد أوضحت الفقرة ( ب ) من المادة السابعة والخمسين كيفية حساب التعويض ونصت للأحكام التي حددتها الفقرة ( هـ ) من المادة الخامسة والخمسين . وبالرجوع إلى نص الفقرة ( هـ ) نجد أنه حدد كيفية احتساب التعويض بالنسبة لشراء الورقة المالية التي ثبت أن نشرة إصدارها تضمنت بيانات غير صحيحة بشأن أمور جوهرية أو أغفلت ذكر هذه البيانات ، وبالتالي فإن طريقة احتساب التعويض اقتصر على حالة قيام المجني عليهم بشراء الورقة بناء على

الخداع الذي تم في نشرة الإصدار نظرا لأن الشراء هو التصرف الوحيد المتصور في هذه الحالة ، ولم يتم التطرق لتحديد كيفية التعويض في حالة تعرض المجني عليهم لجريمة نشر الإشاعات الكاذبة تجعلهم يقومون ببيع الورقة المالية بأسعار متناقصة أو زهيدة بناء على فعل الجاني . ونظرا لأن جريمة نشر الإشاعات الكاذبة في السوق المالية قد تدفع المجني عليهم للقيام بعمليات بيع أو شراء يتضررون منها ويكون من حقهم طلب التعويض ، لذا نرى أنه كان من الأجدى أن ينص المنظم على كيفية احتساب التعويض صراحة في الحالتين دون الإحالة إلى نص الفقرة ( هـ ) ، وذلك لإزالة أي لبس فيما يتعلق بالحالات التي يبيع فيها المجني عليهم أوراقهم المالية نتيجة لتعرضهم لهذه الجريمة ، والتي يتم تحديد قيمة التعويض المتعلق بها عن طريق القياس على حالات التعويض الناتجة عن قيام المجني عليهم بالشراء .

وتطبيقا لنص الفقرة ( هـ ) فإن تحديد قيمة التعويض بالنسبة لحالة قيام المجني عليه بشراء الورقة المالية بناء على الإشاعة الكاذبة التي وقع ضحية لها ، تتمثل في الفرق بين السعر الذي دفع بالفعل لشراء الورقة ، والذي لا يجب بأي حال من الأحوال أن يتجاوز السعر الذي عرضت به على الجمهور ، وبين قيمة الورقة المالية في تاريخ إقامة الدعوى أو السعر الذي كان من الممكن التصرف في الورقة المالية به في السوق قبل رفع الدعوى أمام اللجنة . ونرى أن المنظم قد نص على هذا الخيار حماية للمجني عليه وحفاظا على حقوقه وتحقيقا لمصلحته وذلك باختيار أنسبهما له ، وهو ما يحقق في نفس الوقت أقوى درجات الردع للجاني . ونشير هنا إلى أنه في حالة قيام اللجنة بتحديد مبلغ التعويض على أساس أحد السعريين وكان السعر الذي اختارته اللجنة كأساس لتقييم التعويض يختلف عن السعر الذي يطالب به المجني عليه كأساس للتعويض ، فإن السعر الذي تختاره اللجنة هو المعتمد نظرا لأن النظام حولها كامل الصلاحيات في اختيار السعر الذي يتم بناء عليه تقدير قيمة التعويض بغض النظر عن السعر الذي يطالب عليه المجني عليه بتقدير قيمة التعويض .

أما بالنسبة لحالة قيام المجني عليه ببيع الورقة المالية والتفريط في ملكيته لها بناء على الإشاعة الكاذبة التي قام بها الجاني ، فيتم تحديد قيمة التعويض بالقياس على القاعدة الواردة في الفقرة ( هـ ) من المادة الخامسة والخمسين من النظام . وبناء عليه تتمثل قيمة التعويض في هذه الحالة في الفرق بين السعر الذي تم بيع الورقة به ، والذي لا يجب بأي حال من الأحوال ألا يقل عن السعر الذي استهدفه الجاني من القيام بجريمته والذي عرضت به الورقة على الجمهور ، وبين قيمة الورقة المالية في تاريخ إقامة الدعوى أو السعر الذي كان من الممكن التصرف في الورقة المالية به في السوق قبل رفع الدعوى أمام اللجنة . وللجنة الفصل في المنازعات اختيار السعر الذي تراه مناسبا من هذين السعريين لاحتساب قيمة التعويض .



وبعد أن يحدد مبلغ التعويض وفقا للطريقة التي عرضناها سابقا حددت الفقرة ( ب ) من المادة السابعة والخمسين الطريقة التي يتم بناء عليها توزيع مبالغه على المسؤولين عنه في حال تعددهم ونصت على أن هذا التوزيع يتم وفقا لأحكام الفقرة ( هـ ) من المادة الخامسة والخمسين من النظام .

وقد نصت الفقرة ( هـ ) على أنه ( ويكون المدعى عليهم مسؤولين بصفة فردية وبالتضامن عن تعويض الضرر الذي تقوم مسؤوليتهم عنه طبقا لهذه المادة ) . ويلاحظ على هذا النص أنه جاء مقتضبا بطريقة تثير بعض الإشكاليات فيما يتعلق بتطبيقه . فهو قد قرر مسؤولية الجناة التضامنية عن تعويض الضرر الناتج عن قيامهم بجريمة من جرائم التلاعب وذلك بجانب مسؤوليتهم الفردية . ويترتب على ذلك بأنه يجوز للمتضرر أو المتضررين مطالبة الجناة مجتمعين أو منفردين بدفع كامل قيمة التعويض بناء على مبدأ التضامن فيما بينهم . وفي هذه الحالة للمتضرر الرجوع على أي منهم حسب اختياره ، كما يكون لمن تمت مطالبته بصفة منفردة بكامل مبلغ التعويض أن يرجع على بقية الجناة بقيمة التعويض التي دفعها والزائدة عن نصيبه . وهذا يثير إشكالية معرفة أو تقدير نصيبه من التعويض الواجب دفعه . فهل يقسم مبلغ التعويض بينهم بالتساوي أو- أن هناك من يتحمل نصيبا من التعويض أكثر من الآخر حسب درجة المساهمة الجنائية لكل منهم في الجريمة ومسئولية كل منهم عنها وهذا ما لم تحدده الفقرة ( هـ ) .

وأمام النص الأمر لهذه الفقرة ليس أمامنا إلا التسليم بوجود التضامن بين المسؤولين عن الجريمة بدون وجود قاعدة منصوص عليها يتم بناء عليها تحديد نصيب كل جاني مشارك في الجريمة من مبلغ التعويض . وإزاء ذلك نرى أن تقسيم مبلغ التعويض متروك لتقدير اللجنة التي يجب أن تراعي في تقديرها عند توزيعه بين الجناة في حال تعددهم مدى المساهمة الجنائية لكل منهم في الجريمة ومدى مسؤليته عنها ، كما يجب عليها أن تراعي ما تقرره قواعد العدالة بصفة عامة وما تقتضيه مصلحة المتعاملين بالسوق وما لا يتعارض مع روح النظام . وبناء عليه قد تقوم بتقسيمه بينهم بالتساوي أو وفقا لنسبة مشاركة كل منهم في الجريمة .

ثانيا : عقوبة السجن

أجازت الفقرة ( ج ) من المادة السابعة والخمسين للجنة بناء على دعوى مقامة من الهيئة معاقبة من يخالف المادة التاسعة والأربعين من النظام بالسجن لمدة لا تزيد على خمس سنوات . وبناء على هذا النص فإن تقرير عقوبة السجن بالنسبة لجريمة نشر الإشاعات الكاذبة جوازي للجنة فلها أن تضمن الحكم عقوبة السجن ، ولها أيضا الحق في رد الدعوى متى رأت عدم ملائمة تقرير هذه العقوبة ولا تتريب عليها في هذه الحالة . وإذا رأت اللجنة أنه من المناسب تقرير عقوبة السجن فلها أيضا أن تحكم بالمدة التي طالبت بها الهيئة ولها أيضا أن تحكم بأقل من هذه المدة حسب ما تراه من واقع القضية . والذي يحكمها في هذه الحالة هو عدم تجاوز مدة السجن لخمس سنوات هجرية وهي المدة القصوى التي نص عليها النظام . ونشير

هنا إلى إجازة النظام للهيئة رفع دعوى للمطالبة بالسجن لا يؤثر على كون هذه العقوبة من العقوبات الأصلية لجريمة نشر الإشاعات الكاذبة في السوق المالية .

### ثالثا : العقوبات الأخرى المسموح للهيئة بالمطالبة بتطبيقها

بجانب عقوبة السجن التي أعطى المنظم الهيئة الحق بالمطالبة بها ، وانطلاقا من حرص المنظم على إسباغ أكبر قدر ممكن من الحماية للسوق والمتعاملين فيه ، فقد أعطى النظام للهيئة الحق في إقامة دعوى ضد الجاني أمام اللجنة لاستصدار العقوبة المناسبة من بين العقوبات التي نصت عليها المادة التاسعة والخمسين من النظام وذلك لاعتباره مخالفا لنظام السوق واللوائح والقواعد الصادرة بناء عليه وذلك لقيامه بممارسات تشكل مخالفة لأحكام النظام . وتشمل هذه العقوبات ما يلي :

- ١ - إنذار الجاني
- ٢ - إلزام الجاني بالتوقف أو الامتناع عن العمل موضوع للدعوى .
- ٣ - إلزام الجاني باتخاذ الخطوات الضرورية لتجنب وقوع المخالفة ، أو اتخاذ الخطوات التصحيحية اللازمة لمعالجة نتائج المخالفة .
- ٤ - إلزام الجاني بدفع المكاسب التي حققها نتيجة هذه المخالفة إلى حساب الهيئة .

#### ٥ - تعليق تداول الورقة .

- ٦ - منع الجاني من مزاوله الوساطة ، أو إدارة المحافظ ، أو العمل مستشار استثمار للفترة الزمنية اللازمة لسلامة السوق وحماية المستثمرين .
- ٧ - الحجز والتفويض على الممتلكات .
- ٨ - المنع من السفر .
- ٩ - المنع من العمل في الشركات التي تتداول أسهمها في السوق .

ونشير هنا إلى أن للهيئة الحق في طلب إيقاف عقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات السابقة وفقا لما تراه مناسباً لردع الجاني . وفي حالة وفاة الجاني بعد قيامه بالجريمة أو قبل صدور قرار اللجنة بإدانته تنطبق هنا نفس الأحكام السابقة المشار إليها ، ويمتنع منها العقوبات المتعلقة بصفات الشخص الطبيعي لكونه إنسانا وذلك لتعذر تطبيقها بسبب وفاة الجاني مثل العقوبات التي تنص على إلزام الجاني أو منعه من القيام ببعض الأعمال الشخصية ، ولا ينفذ في هذه الحالة إلا العقوبات التي يمكن إيقافها على أموال الجاني .

وتجدر الإشارة أخيرا إلى أن الدعوى التي ترفعها الهيئة على الجاني لا تستلزم أن يقوم المتضرر برفع دعوى التعويض بداية لكي تقوم الهيئة بالمطالبة بما تراه من عقوبات رادعة للجاني . فحق الهيئة في رفع الدعوى كفلته وقررتة المادة

التاسعة والخمسين من النظام وهو مستقل عن حق المتضرر في مطالبة الجاني بالتعويض والذي قررته المادة السابعة والخمسين من النظام .

## المطلب الثاني

### العقوبات التكميلية

العقوبة التكميلية هي العقوبة التي تتبع عقوبة أصلية ولا تلحق المحكوم عليه إلا إذا نص عليها في الحكم . وهي قد تكون وجوبية متى ما كان يجب الحكم بها تبعا للحكم بالعقوبة الأصلية ، كما قد تكون جوازية وذلك متى ما كان القاضي مخيرا بين الحكم أو عدم الحكم بها<sup>١</sup> . وقد تضمن نظام السوق المالية نوع واحد من العقوبات التكميلية الجوازية التي يمكن للجنة أن تحكم بها بجانب العقوبات الأصلية المشار إليها في المطلب الأول وهي الغرامة .

### الغرامة

أجازت الفقرة ( ب ) من المادة التاسعة والخمسون للهيئة أن تطلب من اللجنة إيقاع غرامة مالية على الأشخاص المسؤولين عن مخالفة متعمدة لأحكام النظام ولوائحه التنفيذية وقواعد الهيئة ولوائح السوق . ولا نرى أية خلاف حول تطبيق هذا النص على جريمة نشر الإشاعات الكاذبة نظرا لأن القيام بها يعتبر مخالفة لنظام السوق ولوائحه التنفيذية وقواعد الهيئة . ويشترط للمطالبة بإيقاع عقوبة الغرامة من قبل الهيئة وكذلك للحكم بها من قبل اللجنة أن يكون السلوك الإيجابي الذي قام به الشخص والمكون لفعل الجريمة متعمدا . ونرى أن تطلب تحقق هذا الشرط يتوافق مع يتطلبه النظام لقيام جريمة نشر الإشاعات الكاذبة من ضرورة توافر العمد أو ما يسمى بالقصد الجنائي لدى الجاني . كما أنه يحقق نوعا من العدالة بالنسبة للأشخاص الذين يتم اعتبارهم مشاركين في الجريمة بحكم كونهم مسئولين عن أشخاص قاموا بها بناء على نص المادة السابعة والخمسين من النظام بالرغم من انتفاء القصد الجنائي لديهم حيث لا يمكن الحكم عليهم بالغرامة في هذه الحالة مع العقوبات الأخرى التي قد تفرض عليهم . وبناء عليه يمكن إدانة شركة الوساطة بالمشاركة في جريمة نشر البيانات الكاذبة التي تمت بالتواطؤ بين الوسيط الذي يعمل لديها وبين الجاني مصدر الأمر . ولكن لا يمكن الحكم عليها بالغرامة إذا ثبت عدم تعمد الشركة

١ د . عبدالفتاح الصيفي ، المرجع السابق ، ص ٤٩٦ . د . فتوح الشاذلي ، المرجع السابق ، ص ٢٤٨ .

المشاركة بهذه الجريمة وأن ما قام به الوسيط هو تصرف فردي من قبله استغل فيه موقع عمله بالشركة .

كما أجازت الفقرة ( ب ) لمجلس هيئة السوق المالية كبدل لقيام الهيئة بالمطالبة بإيقاع الغرامة أن يفرض غرامة مالية على أي شخص مسنول عن مخالفة النظام ولوائحه وقواعد الهيئة ولوائح السوق . وما تجدر ملاحظته أن حق المجلس في فرض الغرامة مستقل عن حق الهيئة في المطالبة بالغرامة ويختلف عنه في طبيعته القانونية ولا يوجد تداخل بين هذين الحقيين . فللمجلس أن يفرض الغرامة ويحدد مقدارها بموجب قرار يصدر منه بناء على الصلاحيات المخولة له بموجب النظام والتي قررت له كامل الصلاحية في مباشرة جميع الصلاحيات المنوطة بالهيئة<sup>1</sup> ، سواء فرض هذه الغرامة من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الهيئة . أما حق الهيئة فيقتصر على المطالبة بالغرامة التي تراها مناسبة أمام اللجنة وهذه المطالبة قد تقبل أو ترفض من قبل اللجنة ، وحتى لو تم قبول طلب الهيئة بإيقاع الغرامة فللجنة أن تعدل من مقدار الغرامة . ويفهم من كلمة بديل الوارد في هذه المادة أن الهيئة مخيرة فيما يتعلق بإيقاع الغرامة على الجاني بين تقديم طلب بإيقاع الغرامة أمام اللجنة ، أو فرض هذه الغرامة مباشرة عن طريق الطلب من مجلس هيئة السوق المالية إقرارها وفقا للصلاحيات التي خولتها له الفقرة ( ب ) . ومتى ما اختارت الهيئة إحدى الطريقتين فليس لها نظاما استعمال الطريقة الأخرى .

ولم تشر الفقرة ( هـ ) إلى طبيعة قرار المجلس وما إذا كان نهائيا أو يقبل الاعتراض عليه ، وكان من المفترض إيضاح هذه المسألة منعا لأي غموض قد يكتنف تفسير هذا النص . ونرى بخصوص هذه المسألة أن قرار المجلس بتوقيع الغرامة لا يعتبر قرارا نهائيا ويتم الاعتراض عليه أمام اللجنة بحكم اختصاصها بالنظر في التظلم من القرارات الصادرة عن الهيئة أو السوق تطبيقا لنص الفقرة ( ج ) من المادة الخامسة والعشرين من النظام . والقول بعدم تطبيق هذه القاعدة لأن فرض العقوبة يتم من المجلس وليس من الهيئة ، قول مردود عليه بأن المجلس وفقا لنص الفقرة ( د ) من المادة السابعة من النظام يباشر جميع الصلاحيات والمهام المنوطة بالهيئة وله أن يفوض أيا منها . يضاف إلى ذلك أن كون قرار فرض الغرامة من قبل المجلس يكون نهائيا يقتضي ويتطلب نص المنظم صراحة على ذلك نظرا لخطورة مثل هذا القرار . وما تجدر الإشارة إليه أن الفقرة ( ب ) من المادة التاسعة والخمسين لم تنص على كون قرار المجلس نهائيا لا يقبل الاعتراض عليه وهذا ما يؤكد ما ذهبنا إليه في هذا الخصوص .

<sup>1</sup> المادة السابعة من نظام السوق المالية .

أخيرا فيما يتعلق بتحديد مقدار الغرامة المفروضة فقد نصت الفقرة ( ب ) من المادة التاسعة والخمسين على أن الحد الأدنى للغرامة هو عشرة آلاف ريال والحد الأعلى لها هو مائة ألف ريال . ووفقا لنص هذه المادة تتعدد الغرامات بتعدد المخالفات التي يرتكبها الجاني ويجب ألا تتجاوز كل منها الحد الأدنى والأعلى اللذين نص عليهما النظام . ويجب أن تصدر الغرامة بقرار مسبب وفي حال تعددها يجب أن يبين القرار مقدار الغرامة المتعلقة بكل مخالفة على حده .

وتطبق العقوبات السابقة على الجاني حتى لو توفي بعد قيامه بالجريمة وقبل صدور قرار بإدانته . ويستثنى من تطبيق هذه العقوبات تلك المتعلقة بصفة الشخص الطبيعي لكونه إنسانا لتعذر تطبيقها بسبب الوفاة . مثل العقوبات التي تنص على إلزام الجاني أو منعه من القيام ببيض الأعمال الشخصية الملازمة لصفة الإنسان ، ولا ينفذ في هذه الحالة إلا العقوبات التي يمكن أن يتم إيقاعها على أموال الجاني .

## الخاتمة

رأينا أن المنظم جرم نشر الإشاعات الكاذبة المتعلقة بالأوراق المالية المدرجة في السوق المالية السعودية انطلاقاً من السلبات العديدة التي تسببها هذه الإشاعات. وقد حددنا في هذا البحث النطاق القانوني لهذه الجريمة والعقوبات المقررة لها. وقد جاءت نتائج هذا البحث والتوصيات التي نراها في ثناياه. ونرى أهمية معالجة ما رأينا أنه مطالب تتعلق بتنظيم هذه الجريمة، وأهمها النص بشكل أوضح على الأحكام التفصيلية لهذه الجريمة، وصياغة لائحة سلوكيات السوق بطريقة أفضل مما هي عليه الآن نظراً لركاكة أسلوبها، الذي يؤثر على سلامة فهمها. خصوصاً مع حداثة نشأة السوق المالية والتعاملات فيها، واختلاف ثقافة المتعاملين فيها.

## المراجع:

### أولاً: الكتب في العلوم القانونية

- ١ - أحمد الألفي، (النظام الجنائي في المملكة العربية السعودية)، مطابع الشرق الأوسط، الرياض، ١٩٧٦م.
- ٢ - د. أنور حبشي، (الحماية الجنائية وشبه الجنائية للأسواق المالية)، ٢٠٠١، .
- ٣ - صالح البربري، (الممارسات غير المشروعة في بورصة الأوراق المالية)، مركز المساندة القانونية، القاهرة، ٢٠٠١.
- ٤ - عبد الفتاح الصيفي، (الأحكام العامة للنظام الجزائي)، جامعة الملك سعود، الرياض، ١٤١٦.
- ٥ - عمر سالم، (الحماية الجنائية للمعلومات غير المعلنة للشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
- ٦ - د. فتوح الشاذلي، (المسؤولية الجنائية)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
- ٧ - مظهر فرغلي محمد، (الحماية الجنائية للنقطة في سوق رأس المال)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م.
- ٨ - محمد فاروق عبدالرسول، (الحماية الجنائية لبورصة الأوراق المالية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- ٩ - محمود مصطفى، (شرح قانون العقوبات)، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٦م، ص ٥١٨.
- ١٠ - محمود نجيب حسني، (جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني)، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٤م.

١١- منير أبو ريشه ، ( المسئولية الجنائية للوسطاء الماليين في عمليات البورصة )  
دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ .

### ثانيا : المقالات العلمية

١ - محمد البجاد ( جريمة الاحتيال في السوق المالية وفقا للنظام السعودي ) ، دورية  
الإدارة العامة ، معهد الإدارة العامة ، المجلد السادس والأربعون ، العدد الثالث ،  
رجب ١٤٢٧ هـ .

### ثالثا : الأنظمة واللوائح

١ - نظام السوق المالية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٠ وتاريخ  
١٤٢٤/٦/٢ هـ .  
٢ - لائحة سلوكيات السوق الصادرة عن مجلس هيئة السوق المالية بموجب  
القرار رقم ١- ١١- ٢٠٠٤ وتاريخ ٢٠/٨/١٤٢٥ هـ ..





# زكاة مكافأة نهاية الخدمة

دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي

تأليف

د. محمد محمود حسين أحمد منصور

مدرس بقسم الفقه المقارن





## الفصل الأول

### حقيقة مكافأة نهاية الخدمة

#### وموقف للفقه الإسلامي منها

ويتكون هذا الفصل من مبحثين :

المبحث الأول : حقيقة مكافأة نهاية الخدمة .

المبحث الثاني : طبيعة مكافأة نهاية الخدمة .

### المبحث الأول

#### حقيقة مكافأة نهاية الخدمة

ويتكون هذا المبحث من ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف مكافأة نهاية الخدمة .

المطلب الثاني : خصائص مكافأة نهاية الخدمة .

المطلب الثالث : الفرق بين مكافأة نهاية الخدمة وما يشبهها .

### المطلب الأول

#### تعريف مكافأة نهاية الخدمة

- قيل : هي حق مالي جعله القانون للعامل على رب العمل بشروط محددة ؛ يقتضي أن يدفع الثاني للأول عند انتهاء خدمته أو لمن يعولهم مبلغاً نقدياً دفعة واحدة ؛ يلاحظ في تحديد مقداره مدة الخدمة ، وسبب انتهائها ، والراتب الشهري الأخير للعامل (١) .
  - وقيل : هي التزام مصدره المباشر القانون ؛ وسببه ما أداه العامل من خدمات لرب العمل نتيجة للعقد الذي تم بينهما (٢) .
  - وقيل : هي مبلغ من المال يحصل عليه العامل دفعة واحدة عند انتهاء العقد ، وبالتالي معاونته على ظروفه الجديدة الناشئة عن انقطاع مورد رزقه الذي كان يعتمد عليه في حياته (٣) .
- ويلاحظ أن المكافأة بهذا المعنى تعويض للعامل ؛ وليست أجراً إضافياً يوجبهُ القانون على رب العمل .

(١) د. محمد نعيم ياسين - زكاة نهاية الخدمة - بحث مقدم لندوة الزكاة المعاصرة الخامسة ، والمنعقدة في دولة لبنان - بيروت - في الفترة من ١٨ - ٢٠ من ذي القعدة ١٤١٥ هـ - ١٨ - ٢٠ أبريل ١٩٩٥ م ص ٣٩ .

(٢) د. أنور الصروسي - قضاء العمال والتأمينات الاجتماعية ص ٢٠٦ طبعة منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٦٤ م .

(٣) د. محمد عبد الخالق صر - قانون العمل اللبناني ص ٣٣٦ للطبعة الأولى سنة ١٩٧٠ م ، طبعة المكتب المصري الحديث .

## المطلب الثاني

### خصائص مكافأة نهاية الخدمة

لمكافأة نهاية الخدمة خصائص كثيرة عند فقهاء القانون، وسنذكر أهمها بمشيئة الله تعالى بشيء من التفصيل الذي يتناسب ومقام البحث ، وذلك فيما يلي :

١- مكافأة نهاية الخدمة تعتبر بمثابة ثمرة للترام يفرضه القانون على رب العمل لصالح العامل. وبالتالي فإن هذه للمكافأة لا تخضع في وجوبها ، ولا في مقدارها ، ولا في كيفية احتسابها ، ولا في كيفية دفعها لإرادة طرفي العقد [ للعامل ورب العمل ] ولا لأحدهما .  
ويلاحظ أن هذه للمكافأة تخضع في أحكامها لقواعد قانون العمل الأمرة ؛ بمعنى أن جميع أطراف العقد ملزمون بتطبيقها ، ولا يجوز الاتفاق على خلافها .  
ذلك أن غاية هذه الأحكام ذات للصيغة الأمرة والتي نص عليها قانون العمل هي حماية الطرف الضعيف في عقد العمل ؛ وهو العامل ، وأيضًا إغلاق باب الاستغلال أمام الطرف القوي وهو رب العمل .

وأخيرًا فإنه إذا اتفق طرفي العقد على أمر فيه زيادة مصلحة أو حماية أكثر للطرف الضعيف الذي هو العامل ؛ فإنه والحالة هذه يجب مراعاته ، وذلك كما لو اتفق على استحقاق للعامل [ الطرف للضعيف ] لمكافأة نهاية الخدمة حتى ولو لم تتحقق شروطها التي نص عليها القانون ، أو زيادة مقدارها عن المقرر في القانون <sup>(١)</sup> .

٢- مقدار مكافأة نهاية الخدمة يتحدد بناء على ثلاثة عناصر وهي :

أ - السبب للذي يعود إليه انتهاء الخدمة .

ب - مدة الخدمة .

ج - قدر الأجر أو للراتب الأخير الذي كان للعامل أو الموظف يتقاضاه قبيل انتهاء خدمته .

فيلاحظ أن مكافأة نهاية الخدمة تزيد إذا كان سبب انتهاء خدمة العامل لا يرجع إلى العامل ، وتزيد أيضًا إذا كانت مدة خدمة العامل طويلة ، وتزيد كذلك إذا ارتفع الأجر أو للرتب الأخير .

وجدير بالذكر أن معظم للتشريعات تذهب في حساب مقدار الخدمة إلى تخصيص مبلغ أقل لكل سنة من سنوات للخدمة الخمس الأولى، وتتضاعف عن كل سنة من السنوات التالية لها<sup>(٢)</sup>

(١) د. هشام رفعت هشام - عقد العمل في الدول العربية - ص ١٣٢ طبعة الدار القومية - للقاهرة ، د. محمد عبد الخالق صر - قانون العمل الليبي - ص ٥٢ ، د. محمد فاروق باشا - قانون العمل - ص ١١٥ ، ١١٦ ، طبعة المطبعة الجديدة - دمشق سنة ١٩٨١م ، د. أنور المصري - قضاء العمل والتأمينات الاجتماعية - ص ٢٣ .

(٢) د. أنور طلبة - قانون العمل والتأمينات - ص ٢٢٩ طبعة مكتبة عين شمس - للقاهرة ، د. محمد فاروق باشا - قانون العمل - ص ٣٥٠ ، ٣٥١ ، د. أنور المصري - قضاء العمل والتأمينات الاجتماعية - ص ٦٠٧ ، أحمد شوقي عبد الرحمن - قواعد استحقاق مكافأة مدة الخدمة في القانون المصري والفرنسي - ص ٥٢ سنة ١٩٨٧م .

٣- يتأثر مقدار مكافأة نهاية الخدمة بنوع المييب الذي أدى إلى انتهاء الخدمة ؛ فإن قوانين العمل تنص على حرمان العامل منها في حالات كثيرة منها :

أ - إذا انتحل العامل شخصية غير صحيحة .

ب - إذا قدم العامل شهادات أو توصيات مزورة .

ج - إذا ارتكب العامل خطأ نشأت عنه خسارة مادية جسيمة لصاحب العمل ..... الخ (١) .

٤- مكافأة نهاية الخدمة لها وقت محدد في جميع التشريعات هو الوقت الذي تنتهي فيه الخدمة بالنسبة للعامل أو الموظف ، وبالتالي ينقطع حقه في الأجر أو الراتب ؛ لذا فإنه لا يجوز للعامل أن يطالب بهذه المكافأة قبل انتهاء خدمته (٢) .

٥- ومن خصائص مكافأة نهاية الخدمة أنه لا يشترط أن ينتقص من الأجر المستحق للعامل أثناء مدة خدمته .

٦- كذلك أيضاً لا يشترط لاستحقاق مكافأة نهاية الخدمة أن تكون للمدة التي يقضيها العامل في الخدمة طويلة ؛ لأن بعض القوانين قد جعلت حددا الأدنى نصف سنة ، وبعضها جعلها سنة واحدة فقط ، وبعضها حددا بستنتين فأكثر (٣) .

٧- ومن خصائص مكافأة نهاية الخدمة أيضاً أن العامل هو المستحق الوحيد لها إذا انتهت مدة خدمته في أثناء حياته، وبالتالي ليس لأحد آخر حق مشاركته في استحقاقها لياً كانت قرابته أو صفته (٤) .

٨- أما إذا انتهت خدمة العامل بسبب الوفاة ؛ فيكون الحق في هذه المكافأة لأشخاص حددتهم قوانين العمل لكل دولة على حدة ، ولقد روعي في تحديد هؤلاء الأشخاص أن يكونوا من الأشخاص الذين كان العامل يعولهم حال حياته من أهله وذويه .

وبالتالي فإن الغالبية العظمى من تشريعات الدول الإسلامية في هذا المجال لم تراخ في تقسيم مكافأة نهاية الخدمة - على ذوي العامل المتوفى - قواعد الميراث الشرعي الصحيح من حيث الأنصبة الشرعية لكل وارث من نصف وربع وثلث وثمانين ..... الخ ، ومن تعصيب سواء بالنفس أو بالغير أو مع الغير ، ومن حجب سواء أكان حجب حرمان أو حجب نقصان ..... إلى غير ذلك (٥) .

(١) د. محمد فاروق باشا - قانون العمل ص ٣١٩ ، ٣٤٧ .

(٢) د. أحمد شوقي عبد الرحمن - السابق - ص ٤٤ ، د. هشام رفعت هاشم - عقد العمل في الدول العربية ص ٢٣٨

د. محمد فاروق باشا - قانون العمل - ص ٣٤٣ .

(٣) د. محمد فاروق باشا - قانون العمل ص ٣٤٧ ، د. هشام رفعت هاشم - السابق - ص ٢٣٨ .

(٤) د. محمد فاروق باشا - قانون العمل ص ٣٤٥ ، د. أنور عبد الله - السابق - ص ٢٣٠ .

(٥) أنظر أغلب تشريعات وقوانين العمل التي نصت في موادها على كيفية تقسيم هذه المكافأة ؛ وسيأتي الحديث عنها بالتفصيل بمشيئة الله تعالى .

- ٩- ومن خصائص هذه المكافأة أيضا أنها إذا آلت إلى العامل بعد انتهاء خدمته بأي سبب من الأسباب ، ثم مات هذا العامل فإن هذه المكافأة تصير إلى تركته ، وبالتالي فإنها تورث بحسب قواعد الميراث الشرعية ولا تتدخل للقوانين والتشريعات في ذلك .
- ١٠- الأساس الذي تبنى عليه مكافأة نهاية الخدمة عند معظم شراح القانون هو اعتبارات العدالة التي تقتضي تخفيف أعباء الحياة عن العامل الذي أمضى مدة في خدمة رب العمل .
- أيضا جاءت تشريعات مكافأة نهاية الخدمة لتمكين العامل ونويه من تدبير شئون حياتهم إلى أن يجدوا مورداً آخر يسدون به حاجاتهم ؛ لأن هذه المدة التي سيبحثون فيها عن عمل آخر قد تطول وقد تقصر ، وقد تضعف هذه الفرصة للحصول على عمل آخر (١) .

### مخالفات القانون

- ١- مخالفة المادة ١٠٤ من قانون العمل رقم ١١٣ لسنة ١٩٦٢ : حيث نصت على أن مكافأة نهاية الخدمة هي مبلغ مالي يعطى للموظف عند انتهاء خدمته بعد انقضاء مدة عمله في الخدمة العامة أو الخاصة .
- ٢- مخالفة المادة ١٠٥ من قانون العمل رقم ١١٣ لسنة ١٩٦٢ : حيث نصت على أن مكافأة نهاية الخدمة هي مبلغ مالي يعطى للموظف عند انتهاء خدمته بعد انقضاء مدة عمله في الخدمة العامة أو الخاصة .
- ٣- مخالفة المادة ١٠٦ من قانون العمل رقم ١١٣ لسنة ١٩٦٢ : حيث نصت على أن مكافأة نهاية الخدمة هي مبلغ مالي يعطى للموظف عند انتهاء خدمته بعد انقضاء مدة عمله في الخدمة العامة أو الخاصة .
- ٤- مخالفة المادة ١٠٧ من قانون العمل رقم ١١٣ لسنة ١٩٦٢ : حيث نصت على أن مكافأة نهاية الخدمة هي مبلغ مالي يعطى للموظف عند انتهاء خدمته بعد انقضاء مدة عمله في الخدمة العامة أو الخاصة .
- ٥- مخالفة المادة ١٠٨ من قانون العمل رقم ١١٣ لسنة ١٩٦٢ : حيث نصت على أن مكافأة نهاية الخدمة هي مبلغ مالي يعطى للموظف عند انتهاء خدمته بعد انقضاء مدة عمله في الخدمة العامة أو الخاصة .
- ٦- مخالفة المادة ١٠٩ من قانون العمل رقم ١١٣ لسنة ١٩٦٢ : حيث نصت على أن مكافأة نهاية الخدمة هي مبلغ مالي يعطى للموظف عند انتهاء خدمته بعد انقضاء مدة عمله في الخدمة العامة أو الخاصة .
- ٧- مخالفة المادة ١١٠ من قانون العمل رقم ١١٣ لسنة ١٩٦٢ : حيث نصت على أن مكافأة نهاية الخدمة هي مبلغ مالي يعطى للموظف عند انتهاء خدمته بعد انقضاء مدة عمله في الخدمة العامة أو الخاصة .
- ٨- مخالفة المادة ١١١ من قانون العمل رقم ١١٣ لسنة ١٩٦٢ : حيث نصت على أن مكافأة نهاية الخدمة هي مبلغ مالي يعطى للموظف عند انتهاء خدمته بعد انقضاء مدة عمله في الخدمة العامة أو الخاصة .
- ٩- مخالفة المادة ١١٢ من قانون العمل رقم ١١٣ لسنة ١٩٦٢ : حيث نصت على أن مكافأة نهاية الخدمة هي مبلغ مالي يعطى للموظف عند انتهاء خدمته بعد انقضاء مدة عمله في الخدمة العامة أو الخاصة .
- ١٠- مخالفة المادة ١١٣ من قانون العمل رقم ١١٣ لسنة ١٩٦٢ : حيث نصت على أن مكافأة نهاية الخدمة هي مبلغ مالي يعطى للموظف عند انتهاء خدمته بعد انقضاء مدة عمله في الخدمة العامة أو الخاصة .

(١) د. أنور العمروسي - السابق - ص ٦٠٢ ، د. أحمد شوقي عبد الرحمن - السابق - ص ٣ ، د. محمد فاروق باشا - قانون العمل ص ٣٤١ .

## المطلب الثالث

### الفرق بين مكافأة نهاية الخدمة وما يشبهها

ونتناول هذا المطلب في فرعين هما :

الفرع الأول : الفرق بين مكافأة نهاية الخدمة وبين مكافأة التقاعد .

الفرع الثاني : الفرق بين مكافأة نهاية الخدمة ومكافأة الاذار .

### الفرع الأول

#### الفرق بين مكافأة نهاية الخدمة

#### ومكافأة التقاعد

- ١- مكافأة نهاية الخدمة : هي مبلغ من المال يحصل عليه العامل دفعة واحدة عند انتهاء العقد \$ مكافأة التقاعد : هي مبلغ من المال تؤديه الدولة أو المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية (١) للموظفين والعمال المشمولين بقانون التأمين الاجتماعي ، واقتطعت من مرتباتهم أو أجورهم اشتراكات محددة بصورة دورية ولم تحقق فيهم جميع الشروط الواجبة لاستحقاق الراتب التقاعدي .
- ٢- تتفق مكافأة نهاية الخدمة مع مكافأة التقاعد في أن لهما وقت استحقاق ؛ وهو انتهاء خدمة العامل .
- ٣- تتفق مكافأة نهاية الخدمة مع مكافأة التقاعد في أنهما لا بد منهما عند تحقق الشروط الخاصة بكل منهما .
- ٤- تتفق مكافأة نهاية الخدمة ومكافأة التقاعد في كيفية دفعهما للعامل ؛ حيث تعطى كل واحدة منهما للعامل عند انتهاء خدمته مرة [ دفعة ] واحدة .
- ٥- تختلف مكافأة نهاية الخدمة ومكافأة التقاعد في عدد الشروط التي يجب توافرها في كل منهما ، خاصة شرط المدة التي دفع المستفيد [ العامل ] عنها اشتراكات قبل انتهاء خدمته .
- ٦- تختلف مكافأة نهاية الخدمة عن مكافأة التقاعد في طبيعة كل منهما ومقدار كل منهما .
- ٧- تختلف مكافأة نهاية الخدمة عن مكافأة التقاعد في طريقة احتساب كل منهما .

(١) أنشئت في مصر هيئات للتأمينات منها :

- الهيئة العامة للتأمين والمعاشات ، وتتولى إدارة الصندوق الخاص بعمال ومستخدمي الجهاز الإداري للدولة .
- الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية ؛ وتتولى إدارة الصندوق الخاص بعمال ومستخدمي المؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية في القطاعين للتعاوني والخاص .
- وفي ليبيا : تسمى باللجنة الشعبية العامة للضمان الاجتماعي .
- وفي الأردن : تسمى بالمؤسسة العامة للضمان الاجتماعي .
- وفي البحرين : تسمى بالهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية .
- وفي السعودية واليمن والكويت وموريا : تسمى بالمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية .



٨- تختلف مكافأة نهاية الخدمة عن مكافأة التقاعد في المكاف بدفع كل منهما للعامل الذي انتهت خدمته .

٩- تختلف مكافأة نهاية الخدمة عن مكافأة التقاعد في حكمة تشريع كل منهما .

١٠- تختلف مكافأة نهاية الخدمة عن مكافأة التقاعد في الحالات الإلزامية لكل واحد منهما .

١١- مكافأة التقاعد تزيد غالبًا عن مكافأة نهاية الخدمة التي شرعتها قوانين العمل ؛ حيث لوحظ فيها ما يدفعه العامل من اشتراكات .

١٢- تختلف مكافأة نهاية الخدمة عن مكافأة التقاعد من حيث أن العامل يدفع لاشتراكات للحصول على مكافأة التقاعد؛ لكن هذا لا يشترط في مكافأة نهاية الخدمة .

١٣- مكافأة التقاعد لا تجتمع مع الراتب التقاعدي ولا مع مكافأة نهاية الخدمة ؛ بل تعتبر بديلاً عن الراتب التقاعدي الذي سقط استحقاقه ، وبسبب تخلف بعد الشروط ؛ وتعتبر متضمنة للمكافأة التي أوجبتها قانون العمل متمثلة في الأقساط التي يجب على رب العمل أن يدفعها بصورة دورية لمؤسسة للتأمينات الاجتماعية (١) .

(١) د. علي عيسى - الضمان الاجتماعي ص ٤١ ، ٤٢ ، ٥٦ طبعة عمان سنة ١٩٨٩ م ، د. أنور العمروسي - السابق ص ٨٠٨ ، د. حسن علي خفاجي - الوجيز في التشريعات الاجتماعية في المجتمع السعودي ج ٢ ص ١٠١ - ١٠٣ ، الطبعة الأولى ، د. أحمد شوقي عبد الرحمن - السابق ص ٣ ، د. محمد فاروق باشا - قانون العمل ص ٣٤٧ ، د. مختار سلامة ومحمد مختار ثابت ومحمد محمود عبد الحميد - المرجع في شرح قوانين التأمين والمعاشات والإدخار - ص ٧٤ ، د. محمد عبد الحميد مرعي - شرح نظام المعاشات والإدخار ص ٢٢٩ طبعة دار الفكر ، د. أنور عبد الله - قانون العمل والتأمينات الاجتماعية ص ٣٦٨ ، ٣٨٠ ، د. محمد ليبي شنب - شرح قانون العمل - ص ٧١ طبعة دار النهضة العربية - للقاهرة .

## الفرع الثاني

### الفرق بين مكافأة نهاية الخدمة

#### ومكافأة الانحار

هناك في كثير من المؤسسات للعلمة وللخاصة بعض الأنظمة التي تعمل على تشجيع العمال والموظفين على انحار جزء من مرتباتهم وأجورهم على أساس اقتطاع نسبة محددة من الراتب أو الأجر ، ويضاف إليها مقدار محدد بالنسبة أيضاً من المؤسسة نفسها ، ويصار إلى استثمار المبالغ المتجمعة .

وفي نهاية الخدمة يستحق الموظف أو العامل على هذه المؤسسة مبلغاً مالياً يدفع له دفعة واحدة ، وبالتالي يعادل مجموع ما كان اقتطع من راتبه وما أضيف إليه من رب العمل .

ويلاحظ أن معظم التشريعات والقوانين جعلت إنشاء مثل هذه النظم اختيارية ، وبالتالي لم تلزم به أرباب الأعمال وإن كانت قد وضعت بعض الأحكام العامة لتنظيم علاقة هذه النظم الانحارية بمكافأة نهاية الخدمة المقررة في قوانين العمل، وبالمكافآت والمعاشات والتعويضات المقررة في قوانين التأمينات الاجتماعية .

وجدير بالذكر أن هناك بعض الدول قد جعلت صناديق الانحار في المؤسسات للعلمة وللخاصة إجبارياً ، وأضافت قسط الانحار للواجب على الموظف أو العامل إلى القسط للواجب دفعه للحصول على المعاش التقاعدي ، وجعلت في مقابل الجزء المستقطع على سبيل الانحار لمن اقتطع منه مبالغ تضاف إلى مستحقاته التقاعدية عند انتهاء خدمته (١) .

وينظم نظام الانحار للعمالين بجمهورية مصر العربية القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٥م والصادر بتاريخ ١/٥/١٩٧٥م ويعمل به من يناير سنة ١٩٧٥م .

ويتمثل هذا النظام في نظام الانحار الجبري للعمالين الذين يصل أجرهم إلى أجر معين ؛ وتودع هذه المدخرات لدى الهيئة المختصة وتصرف مع فوائدها إلى العمال حين تقاعدهم نظراً لاستخدام الدولة لتلك المدخرات في العمليات الإنتاجية .

وهذا القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٥م الذي يضع اشتراكاً مقداره ١,٥% من أجر كل شهر ممن يبلغ أجرهم الشهري حد معين حدده القانون .

ويلاحظ أن هذا النظام يتسم بالجبرية بحيث يعتبر الاشتراك إلزامياً ويتم تحصيله جبراً كالحاصل مع اشتراكات التأمين الاجتماعي .

(١) د. محمد مرعي - السابق - ص ٤٣٥ ، د. مختار سلامة ، ود. محمد محمود عبد الحميد - السابق - ص ٤٠٩ ، د. هشام رفعت هاشم - السابق - ص ٣٤٨ ، د. علي عيسى - الضمان الاجتماعي - ص ٨١ ، د. أنور العمروسي -

وتقوم هيئة التأمينات الاجتماعية [ أو هيئة المعاشات المختصة ] بحفظ الاشتراكات المحصلة واستغلالها في تسليف الدولة ، وتلتزم الهيئة المذكورة بصرف هذه المدخرات مع فوائدها للمنتفعين بها عند التعاقد .

ويخضع لأحكام هذا القانون العاملين الخاضعين لقوانين التأمين والمعاشات المدنية والعسكرية ، وللتأمينات الاجتماعية، وذلك اعتباراً من أول يناير سنة ١٩٧٥ م .  
وبالتالي لا يسري هذا النظام [ نظام الادخار ] على أرباب المعاشات ؛ لأنه خاص بالأجور وحدها دون المعاشات ولا يغير من ذلك عمل صاحب المعاش وتقاضيه أجراً بعد بلوغ سن التقاعد (١) .

ويقتطع من الأجر الشهري للمنتفع [ العامل ] بأحكام هذا النظام اشتراك ادخار بواقع ١,٥ % .

ويخضع لحكم الاقتطاع مدد الإعارة والأجازات الدراسية ، والتكليف ، والأجازات الاستثنائية إذا أدبت عنها اشتراكات التأمين والمعاشات ، ولا تخضع مدة التجنيد الإلزامي لحكم الاقتطاع (٢) .

ويلاحظ أنه يقصد بالأجر الشهري المنصوص عليه في هذا القانون [ رقم ١٣ لسنة ١٩٧٥ م ] المرتب أو الأجر الشهري الذي تحسب على أساسه الاشتراكات التي تؤدي طبقاً لأحكام قانون التأمين الاجتماعي والمعاشات أو التأمينات الاجتماعية المعامل به المنتفع (٣) .

صرف هذه المدخرات :

تصرف هذه المبالغ المدخرة عند استحقاق صرف الحقوق التقاعدية للمنتفع وفقاً لقانون التأمين والمعاشات ، أو التأمينات الاجتماعية المعامل به .

وفي حالة وفاة المنتفع [ العامل ] تؤدي هذه المبالغ إلى من يُصرف إليه مبلغ التأمين المنصوص عليه في القوانين المذكورة وبذات النسب (٤) ، وهذه المدخرات تُصرف للمنتفع [ العامل ] ، أو إلى ذويه دفعة واحدة وليست على أقساط (٥) .

تقدير البالغ المدخرة :

تنص المادة ٥ من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٥ م على أنه : تقدر المبالغ المدخرة وفقاً للجدول رقم ٢ المرافق والأسس الآتية :

(١) د. محمد حسين منصور - التأمينات الاجتماعية - ص ٥٠٠ - ٥٠٢ ، د. علي العريف - التأمينات الاجتماعية - ص ١٣٤ طبعة سنة ١٩٨٥ م .

(٢) انظر : المادة ٣ من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٥ م .

(٣) انظر : نفس المادة السابقة .

(٤) انظر : المادة ٤ من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٥ م .

(٥) د. محمد حسين منصور - السابق - ص ٥٠٢ .

١- المتوسط الشهري للأجور خلال السنتين الأخيرتين ، وبحسب هذا المتوسط وفقاً لقانون التامين الاجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ م .

٢- مدة الخدمة المحسوبة في المعاش اعتباراً من تاريخ بدء الاشتراك في نظام الادخار ؛ وذلك فيما عدا المدد الآتية:

أ - المدد المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة رقم ٢ إذا لم يؤد عنها المنتفع اشتراك الادخار .

ب - المدد الاعتبارية والإضافية والافتراضية ، ومدد الضمانم .

ج - المدد التي لا يستحق عنها المنتفع أجرًا إذا تجاوزت كل منها شهرًا ؛ وذلك فيما عدا مدة التجنيد الإلزامي التي يستحق عنها المنتفع معونة مالية .

### الإعفاء من الضرائب والرسوم :

تعفى الاشتراكات المنصوص عليها في المادة رقم ٢ من الضريبة على المرتبات وما في حكمها ، والأجور والمكافآت والمعاشات .

وتعفى الأموال المدخرة المستحقة وفقاً لأحكام هذا القانون من الضرائب والرسوم بسائر أنواعها ؛ المادة رقم ٦ من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٥ م .

١- قانون التامين الاجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ م .  
٢- قانون التامين الاجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ م .  
٣- قانون التامين الاجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ م .  
٤- قانون التامين الاجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ م .  
٥- قانون التامين الاجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ م .  
٦- قانون التامين الاجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ م .  
٧- قانون التامين الاجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ م .  
٨- قانون التامين الاجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ م .  
٩- قانون التامين الاجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ م .  
١٠- قانون التامين الاجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ م .

## المبحث الثاني

### طبيعة مكافأة نهاية الخدمة

ويتكون هذا المبحث من مطلبين :

- المطلب الأول : طبيعة مكافأة نهاية الخدمة في الفقه الإسلامي .
- المطلب الثاني : طبيعة مكافأة نهاية الخدمة في القانون الوضعي .

### المطلب الأول

#### طبيعة مكافأة نهاية الخدمة في الفقه الإسلامي

بادئ ذي بدء فإن الشريعة الإسلامية من أهم مقاصدها رعاية المسلم وأهله في الوقت الذي هو مظنة حاجته .

وإذا نظرنا إلى قواعد ومبادئ وأدلة وحوادث الفقه الإسلامي لم نجد فيها بصريح النص ما يسمى بمكافأة نهاية الخدمة ؛ ولكن هذه المكافأة في ظاهرها أنها معتبرة من حيث نظامها مع مقاصد الشريعة الإسلامية ، وذلك من عدة أوجه وهي :

١- أن للحاكم صلاحية في إنشاء بعض الحقوق والواجبات على الأفراد إذا اقتضى هذا المصلحة العامة والعدالة الاجتماعية للدولة .

٢- التزام أرباب الأعمال بتحمل قسط من أعباء الحياة عن عمالهم الذين وضعوا أنفسهم تحت تصرفهم وفي خدمتهم فترة من الزمن ؛ وذلك عندما تنتهي مدة خدمتهم ، وهذا أمر فيه مصلحة عامة للعمال وأرباب العمل والمسلمين أجمعين .

٣- من العدل أن يُقَدَّر للعامل إنفاق جزء من عمره في القيام بخدمة غيره ؛ إذ يمكن القول أن كل عامل لحساب غيره قد استهلك قدر من كفاءته الصحية يتناسب مع فترة الخدمة ، وإن مرحلة الشباب لهي رأس مال الإنسان الصحي في هذه الدنيا ، وكل فترة منها تنفق في خدمة جهة معينة فإنها لا تعوّض ، ويُتَقَصُّ المجموع الكلي لطاقته التي وهبَتْ له في هذه الحياة الدنيا ؛ حتى يصل إلى عمر تُؤَلَّى عنه فيه فرص الكسب (١) .

والدليل على ذلك :

- قال الإمام أبو يوسف رحمه الله : [ حدثني عمر بن نافع عن أبي بكر قال مرَّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه بباب قوم وعليه سائل يسأل ( شيخ كبير ضرير البصر ) ؛ فضرب عضده من خلفه ، وقال : من أي أهل الكتاب أنت؟ فقال : يهودي ، قال : فما لُجَّاك إلى ما

أري؟ قال : أسأل الجزية <sup>(١)</sup> والحاجة والسن ، قال : فأخذ عمر بن الخطاب رضي الله عنه بيده وذهب به إلى منزله ؛ فرضخ له بشيء من المنزل ، ثم أرسل إلى خازن بيت المال ؛ فقال : أنظر هذا وضرباه ؛ فوالله ما أنصفناه أن أكلنا شبيبته ثم نخذله عند الهرم . **﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْمَعَالِينِ عَلَيْهَا وَالْمَوْقِفَةُ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْفَارِصِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةٌ مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلَيْهِ حَكِيمٌ ﴾** <sup>(٢)</sup> والفقراء هم المسلمون ، وهذا من المساكين من أهل الكتاب ، ووضع عنه الجزية وعن ضرباه [ <sup>(٣)</sup> ] .

• وقال أبو عبيد في كتاب عمر بن عبد العزيز إلى عامله بالبصرة حيث جاء فيه : [ حدثنا محمد بن كثير ، عن أبي رجاء الخراساني ، عن جسر أبي جعفر قال : شهدت كتاب عمر بن عبد العزيز إلى عدي بن أرطاة ، قرئ علينا بالبصرة : أما بعد ، فإن الله سبحانه إنما أمر أن تؤخذ الجزية ممن رغب عن الإسلام واختار الكفر عتياً وخسراناً مبيهاً ؛ فضع الجزية على من أطاق حملها واخل بينهم وبين عمارة الأرض ؛ فإن في ذلك صلاحاً لمعاش المسلمين وقوة على عدوهم ، وانظر من قبلك من أهل النمة قد كبرت سنه ، وضعفت قوته ، وولت عنه المكاسب ؛ فأجر عليه من بيت مال المسلمين ما يصلحه ، فلو أن رجلاً من المسلمين كان له مملوك كبرت سنه وضعفت قوته وولت عنه المكاسب كان من الحق عليه أن يقوته حتى يفرق بينهما موت أو عتق ، وذلك أنه بلغني أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه مرّ بشيخ من أهل النمة يسأل على أبواب الناس ؛ فقال : ما أنصفناك ، أن كنا أخذنا منك الجزية في شبيبتك ثم ضيعناك في كبرك ، قال : ثم أجرى عليه من بيت المال ما يصلحه ] <sup>(٤)</sup> .

٤- من مبادئ السياسات الشرعية أن من أهم واجبات الدولة رعاية الضعفاء وحمياتهم ؛ ذلك أن أكثر عقود العمل تسمى بعقود الإذعان ؛ حيث لا يكون للعامل خيار إلا بين قبول العمل على الشروط الموضوعه أو رفضه ، ثم إنه إن قبل العمل على هذه الشروط يكون طوال خدمته تحت إشراف الطرف الآخر القوي [ رب العمل ] وتابعا له ؛ وهذا فيه دلالة واضحة على أن العامل هو الطرف الضعيف في العقد .

(١) الجزية : هي عبارة عن المال الذي يُعقد للكاتب عليه النمة ، وهي فئلة ، من الجزاء ، كأنها جَزَتْ عن قتله ، والجزية مقابل إقامتهم في الدولة الإسلامية وحمياتهم لهم ، أنظر : الخراج ليحيى بن آدم - كتاب الجزية والخراج

(٢) سورة التوبة آية رقم ٦٠ .  
(٣) الخراج للإمام أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم ص ١٢٦ طبعة المطبعة السلفية - القاهرة سنة ١٣٥٢ هـ ، والخراج : هو ما فرض من ضريبة على ما تخرجه الأرض .

(٤) الأموال لأبي حبيد القاسم بن سلام - كتاب : سنن الفقيه والخمس والصدقة باب : اجتهاد الجزية والخراج ، وما يؤمر به من الرقق بأهلها وينهى عنه من العنف طيهم فيها ص ٦٤ طبعة مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة .

٥- عند جمهور الفقهاء يجوز للإمام إنشاء الالتزامات المالية على أفراد المجتمع أو طائفة منه إذا دعت الضرورة أو المصلحة إلى ذلك ؛ كفرض الضرائب ، وتكليف أغنياء بلد بالإتفاق على فقرائها إذا لم تكف الزكاة وخلا بيت المال من المال (١) .

٦- وأما عن توزيعها على ذوي العامل دون التزام من رب العمل بتوزيعها طبقاً لقواعد الميراث الشرعي ؛ فإن هذه المكافأة لم تدخل في ملك العامل إلا إذا استحقها فعلاً ، أما إذا مات وهو على رأس عمله لم تدخل هذه المكافأة في ملكه قبل وفاته ؛ وإنما تدخل في ملك من حددهم ولي الأمر وبالتالي فإنه ليس هناك في ذلك مخالفة لقواعد الميراث .

وبدليل أن هذه المكافأة لو دخلت في ملك العامل قبل موته ثم مات فإنها تدخل ضمن التركة ، وبالتالي يجب أن توزع طبقاً لقواعد الميراث الشرعي .

٧- رأي الحاكم في الأمر المختلف فيه ملزم :

إذا نظرنا إلى مكافأة نهاية الخدمة في حالة السعة والاختيار لوجدنا أن فيها خلاف قائم حول مدى مشروعيتها من عدمها ؛ وحيث أن المسألة محل خلاف بين الفقهاء فهناك من يقول بالحل ، وهناك من يقول بالحرمة ؛ فليس في الفقه الإسلامي وأصوله وقواعده ما يمنع من أن ينحاز الحاكم إلى رأي معين ويجبر الرعية به طالما أنه رأى المصلحة في ذلك .

لما كان ذلك وكانت مكافأة نهاية الخدمة مختلفاً فيها بين الفقهاء على قولين : أحدهما الجواز والآخر عدم الجواز ، كان للحاكم أن يتدخل لإجبار الناس على أحد القولين ، وفي المسألة التي نحن بصددنا تدخل الحاكم في مكافأة نهاية الخدمة وجعلها إجبارية حتى يستطيع العامل أن يتقوت منها فترة ما بعد انتهاء خدمته في العمل الذي كان يعتمد عليه في مصدر رزقه هو ونويه .

وقد ميز الله - سبحانه وتعالى - الحاكم بأن له سلطة الإشراف على شئون الناس وربطها بمصالحهم ، وقد يقتضى ذلك إجبار الرعية على فعل معين ؛ حتى ولو لم يكن متفقاً على حله ؛ وذلك بحسب ما يرتبط بالأفعال الطارئة ( من حصول المضرور على التعويض المناسب للضرر) أو المفساد المتجددة ( من عدم وجود عاقلة أو بيت مال للمسلمين يرعى الضعفاء وذوي الاحتياجات ) .

ونستدل على ذلك من الكتاب والسنة :

أولاً: من الكتاب :

١- قال الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾ (٢) .

(١) عيادت الأمم في التيات الظلم لإمام الحرمين أبو المعالي الحويني ص ٢٢٢ ، ٢٣٤ الطبعة الثانية سنة ١٤٠١ هـ .

(٢) سورة النساء آية رقم ٥٩ .

## وجه الدلالة :

أمر الله عز وجل الرعية بطاعته أولاً ، وهي امتثال أوامره واجتناب نواهيه ، ثم بطاعة رسوله صلى الله عليه وسلم ثانيًا فيما أمر به ونهى عنه ، ثم بطاعة الأمراء ثالثًا ؛ فدل ذلك على وجوب طاعة الأمراء فيما استقروا عليه في أمر فقهي سواء كان متفقًا عليه أم مختلفًا فيه (١) .

فمن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال نزل قوله تعالى : ﴿ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾ (٢) فِي عَبْدِ اللَّهِ بْنِ خَدَّافَةَ بْنِ قَيْسِ بْنِ عَدِيٍّ السُّهْمِيِّ إِذْ بَعَثَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي السَّرِيَّةِ (٣) .

٢- قال الله تعالى : ﴿ لَا يَكْفُفُ اللَّهُ قَسَا إِلَّا وَسْعَهَا هَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تَأْخُذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَاعْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ ﴾ (٤) .

## وجه الدلالة :

في الآية الكريمة دليل على أن التكليف - الذي هو الأمر بما يشق عليه - لا يكون إلا في حدود الطاقة والجدة ، وبالتالي لا يكلف الله عز وجل عباده من أعمال القلب أو الجوارح إلا وهي في وسع المكلف وفي مقتضى إدراكه وبنيتها (٥) . وكل ذلك في حال السعة والاختيار أما إذا لزم الحاكم المكلفين بأمر معين خاصة إذا كان مباحًا فيجب عليهم الالتزام .

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٥ ص ١٦٧ طبعة دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان .

(٢) سورة النساء آية رقم ٥٩ .

(٣) رواه البخاري في صحيحه من حديث ابن عباس رضي الله عنهما ، تحت رقم ٤٣٠٨ كتاب تفسير القرآن . باب قوله : ﴿ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾ نوي للأمر ، ورواه مسلم في صحيحه من حديث سعيد ابن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهما ج ٣ ص ١٤٦٥ تحت رقم ١٨٣٤ كتاب : الإمارة . باب : وجوب طاعة الأمراء في غير منصوصة وكثيريها في المنصوصة ، ورواه الإمام أحمد في مسنده ج ١ ص ٣٣٧ تحت رقم ٣١٢٤ بداية مسند عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ، وأخرجه النسائي من حديث عبد الله بن عباس بنفس اللفظ إلا أنه قال : [ في سريته ] ج ٧ ص ١٥٤ تحت رقم ٤١٩٤ كتاب : التبع . باب : الترهيب في طاعة الإمام - قوله تعالى : ﴿ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾ ، وأخرجه أبو داود في سننه من حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهما ج ٢ ص ٤٦ تحت رقم ٢٦٢٤ كتاب : الجهل . باب : في الطاعة ، والترمذي في سننه من حديث سعيد ابن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهما ، ج ٤ ص ١٩٢ تحت رقم ١٦٧٢ كتاب : الجهل . باب : ما جاء في الرجل يفتن وخذة سريته ، وقال أبو حنيفة : هذا حديث حسن صحيح قريب لا نعرفه إلا من حديث ابن جريج ، والسنن الكبرى للبيهقي ج ٨ ص ١٥٥ تحت رقم ١٦٣٧٩ ، كتاب : قتال أهل البغي . باب : السمع والطاعة للإمام ومن ينوب عنه ما لم يأمر بمعصية ، نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٢٨ .

(٤) سورة البقرة آية رقم ٢٨٦ .

(٥) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٣ ص ٢٧٧ ، ج ٧ ص ٨٩ ، ١٢٣ ، ج ١٢ ص ٨٩ ، ج ١٨ ص ١١٣ .



٣- قال الله تعالى : ﴿ فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَغْنَمْتُمْ وَأَسْمِعُوا وَأَطِيعُوا وَأَتَّقُوا خَيْرًا لَّأَنْتُمْ كُنْتُمْ مِنْ بَرِّ شَيْءٍ نَسِيهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾ (١) .

وجه الدلالة :

في الآية أمر من الله عز وجل للناس أن يتقوه ويراقبوه فيما جعل فتنة لهم من أموالهم وأولادهم أن تغلبهم ففتنتهم ، وبالتالي تصدهم عن الواجب الذي لله عليهم من التزام أوامره واجتتاب نواهيه (٢) .

يقول القرطبي : هذه الآية للنبي صلى الله عليه وسلم أولاً ، ثم لأولى الأمر من بعده ؛ قال الله تعالى : ﴿ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأَطِيعُوا أَوْلِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾ (٣) .

فدل كل ذلك على وجوب السمع والطاعة لأوامر الله عز وجل ، ولأوامر رسوله صلى الله عليه وسلم ويجب أيضاً لأولى الأمر خاصة إذا رجح أحد الرايين في المسألة .

ثانياً : من السنة :

١- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [ مَنْ أَطَاعَنِي فَقَدْ أَطَاعَنِيَ اللَّهُ ، وَمَنْ تَحَايَيْ فَقَدْ تَحَايَى اللَّهَ ، وَمَنْ يُطِيعِ الْأَمِيرَ فَقَدْ أَطَاعَنِي ، وَمَنْ يَعْصِ الْأَمِيرَ فَقَدْ تَحَايَيْ ، وَإِنَّمَا الْإِمَامُ حُنَّةٌ يُقَاتَلُ مِنْ وَرَائِهِ وَيَتَّقَى بِهِ ؛ فَإِنْ أَمَرَ بِتَقْوَى اللَّهِ وَحَمَلَهَا فَإِنَّ لَهُ بِطَلِكَ أَجْرًا ، وَإِنْ قَالَ بِغَيْرِهِ فَإِنَّ عَلَيْهِ مِنْهُ ] (٤) .

وجه الدلالة :

- (١) سورة التغابن آية رقم ١٦ .  
(٢) الجامع لأحكام القرآن ج ١٨ ص ٩٥ .  
(٣) السابق ج ١٨ ص ٩٦ ، سورة النساء آية رقم ٥٩ .  
(٤) الحديث متفق عليه عن البخاري ومسلم ، واللفظ للبخاري ج ٣ ص ١٠٨٠ تحت رقم ٢٧٩٧ كتاب : الجهاد والمسير . باب : يُقَاتَلُ مِنْ وَرَائِهِ الْإِمَامُ وَيَتَّقَى بِهِ ، ج ٦ ص ٢٦١١ تحت رقم ٦٧١٨ كتاب : الأحكام . باب : قول الله تعالى : ﴿ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأَطِيعُوا أَوْلِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾ ، ورواه مسلم في صحيحه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه بنفس اللفظ تحت رقم ١٨٣٥ كتاب الإمامة . باب : وجوب طاعة للمرء في غير مخصصة وكثيريها في المخصصة ، وأخرجه مالك في الموطأ ج ١ ص ٢٤٥ تحت رقم ١٥٨ ، وأخرجه النسائي في سننه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أيضاً ، تحت رقم ٤١٩٣ كتاب : التبيعة . باب : الترهيب في طاعة الإمام ، وسنن ابن ماجة ج ١ ص ٤ تحت رقم ٣ كتاب : المقدمات . باب : اتباع سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ج ٢ ص ٩٥٤ تحت رقم ٢٨٥٩ كتاب : الجهاد . باب : طاعة الإمام ، ورواه أحمد في مسنده من مسند أبي هريرة رضي الله عنه ج ٢ ص ٩٣ تحت رقم ٥٦٧٩ ، ٧٣٣٠ ، ٧٤٢٨ ، ٧٤٤٣ بنفس لفظ البخاري ، ٨١١٩ ، ٨٤٦٨ ، ومصنف ابن أبي شيبة ج ٦ ص ٤١٨ تحت رقم ٣٢٥٢٩ كتاب : الجهاد . باب : ما جاء في طاعة الإمام والخلاف عنه ، ومصنف عبد الرزاق ج ١١ ص ٣٢٩ تحت رقم ٢٠٦٧٩ ، وصحيح ابن حبان من حديث أبي هريرة رضي الله عنه تحت رقم ٤٥٠٦ كتاب : السير . باب : طاعة الأئمة ، وصحيح ابن خزيمة ج ٣ ص ٤٦ تحت رقم ١٥٩٧ كتاب : جماع أبواب قيام المأمومين خلف الإمام وما فيه من السنن . باب : الأمر بتحميد المأموم ربه عز وجل عند رفع الرأس من الركوع ، ورجاء مغفرة ذنوبه إذا وافق تحميداً تحميد الملائكة ، نيل الأوطار للشوكاني ج ٧ ص ٢٢٨ كتاب : الجهاد . باب : لزوم طاعة الجيش لأمرهم ما لم يأمر بمعصية .

في هذا الحديث دليل على أن طاعة من كان أميراً طاعة له صلى الله عليه وسلم وطاعته طاعة لله وعصيان الأمير عصيان له صلى الله عليه وسلم ، وعصيانه عصيان لله (١) ؛ فدل ذلك على وجوب طاعة الحاكم في ترجيح أحد القولين في المسألة .

٢- عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ : [ مَنْ حَرَبَهُ مِنْ أَمِيرِهِ حَيْثَا فَتَحْتَهُ ، فَإِنَّهُ مَنْ خَرَجَ مِنَ الْمُلْكَانِ حَيْثَا مَاتَ مَبْتَدَأَ جَاهِلِيَّةَ ] (٢) .

وفي لفظ : عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ : قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : [ مَنْ رَأَى مِنْ أَمِيرِهِ حَيْثَا فَتَحْتَهُ فَتَحْتَهُ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ أَحَدٌ يُفَارِقُ الْجَمَاعَةَ حَيْثَا فَتَحْتَهُ إِلَّا مَاتَ مَبْتَدَأَ جَاهِلِيَّةَ ] (٣) .

وفي لفظ : وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ : [ مَنْ رَأَى مِنْ أَمِيرِهِ حَيْثَا فَتَحْتَهُ فَتَحْتَهُ ، فَإِنَّهُ مَنْ فَارَقَ الْجَمَاعَةَ حَيْثَا فَتَحْتَهُ إِلَّا مَاتَ مَبْتَدَأَ جَاهِلِيَّةَ ] (٤) .

وفي لفظ : عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : [ مَنْ رَأَى مِنْ أَمِيرِهِ حَيْثَا فَتَحْتَهُ فَتَحْتَهُ ، فَإِنَّهُ مَنْ فَارَقَ الْجَمَاعَةَ حَيْثَا فَتَحْتَهُ فَتَحْتَهُ ] (٥) .

(١) المرجع السابق ج ٨ ص ٢٢٩ .

(٢) الحديث رواه البخاري في صحيحه بهذا اللفظ ج ٦ ص ٢٥٨٨ ، تحت رقم ٦٦٤٦ كتاب : الفتن . باب : قول النبي صلى الله عليه وسلم سترتون بعدي أموراً تتكرونها وقال عبد الله بن زيد قال النبي صلى الله عليه وسلم اصبروا حتى تلقوني على الحوض ، ورواه مسلم ج ٣ ص ١٤٧٧ تحت رقم ١٨٤٩ كتاب : الإمارة . باب : وجوب ملازمة جماعة المسلمين عند ظهور الفتن وفي كل حال وتخريم الخروج على الطاعة ومفارقة الجماعة ، ومختصر إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل للألباني تحت رقم ٢٤٥٣ ج ١ ص ٤٨٨ نشر المكتب الإسلامي - بيروت ، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ، وقال الألباني : صحيح متفق عليه ، المسند الجامع لأبي الفضل السيد أبو المعاطي النوري تحت رقم ٦٩٥٤ ج ٢١ ص ٤٢٠ ، كنز العمال ج ٦ ص ٨٣ تحت رقم ١٤٨١١ . مستخرج أبي عوانة تحت رقم ٥٧٨٩ .

(٣) الحديث رواه البخاري في صحيحه بهذا اللفظ ج ٦ ص ٢٦١٢ تحت رقم ٦٦١٠ كتاب : الأحكام . باب : السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية ، ورواه مسلم ج ٣ ص ١٤٧٧ تحت رقم ١٨٤٩ كتاب : الإمارة . باب : وجوب ملازمة جماعة المسلمين عند ظهور الفتن وفي كل حال وتخريم الخروج على الطاعة ومفارقة الجماعة ، ورواه أحمد في مسنده ج ١ ص ٣١٠ تحت رقم ٢٨٢٧ من مسند عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ، وسنن البيهقي الكبرى ج ٨ ص ١٥٦ تحت رقم ١٦٣٨٨ باب : الترغيب في لزوم الجماعة والتشديد على من نزع يده من الطاعة .

(٤) الحديث متفق عليه واللفظ للبخاري في صحيحه ج ٦ ص ٢٥٨٨ ، تحت رقم ٦٦٤٦ كتاب : الفتن . باب : قول النبي صلى الله عليه وسلم سترتون بعدي أموراً تتكرونها وقال عبد الله بن زيد قال النبي صلى الله عليه وسلم اصبروا حتى تلقوني على الحوض ، نيل الأوطار ج ٧ ص ١٧١ باب : الصبر على جور الأئمة وترك قتالهم والكف عن إقامة السيف ، ورواه أحمد في مسنده ج ١ ص ٢٧٥ تحت رقم ٢٤٨٧ من مسند عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ، وقال المحقق : إسناده صحيح على شرط الشيخين ، وسنن البيهقي الكبرى ج ٨ ص ١٥٧ تحت رقم ١٦٣٩٣ كتاب : قتال أهل البغي . باب : الصبر على أذى يصيبه من جهة إمامه وإنكار المنكر من أمره بقلبه وترك الخروج عليه ، وسنن الدارمي ج ٢ ص ٣١٤ تحت رقم ٢٥١٩ باب : في لزوم الطاعة والجماعة .

(٥) هذا اللفظ من رواية مسلم ج ٣ ص ١٤٧٧ تحت رقم ١٨٤٩ كتاب : الإمارة . باب : وجوب ملازمة جماعة المسلمين عند ظهور الفتن وفي كل حال وتخريم الخروج على الطاعة ومفارقة الجماعة ، ورواه أحمد في مسنده ج ١ ص ٣١٠ تحت رقم ٢٨٢٧ من مسند عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ، وسنن البيهقي الكبرى ج ٨ ص ١٥٦ تحت رقم ١٦٣٨٨ باب : الترغيب في لزوم الجماعة والتشديد على من نزع يده من الطاعة .

في هذا الحديث دلالة واضحة على وجوب طاعة الأمير وعدم عصيانه حتى ولو كان ذلك في أمر يكرهه المكلف ، فمن باب أولى يجب طاعته في إجباره المكلف على أحد القولين في المسألة خاصة وإذا كان القول القائل بالإباحة ؛ فدل ذلك على الالتزام بدفع مكافأة نهاية الخدمة للعامل الذي انتهت خدمته (١) .

٣- وعن حذيفة بن اليمان رضي الله عنه قال : قُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا كُنَّا بِبَشْرٍ فَجَاءَ اللَّهُ بِخَيْرٍ فَخَضْنَا فِيهِ ؛ فَهَلْ مِنْ وِرَاءِ هَذَا الْخَيْرِ شَرٌّ ؟ قَالَ : نَعَمْ ؛ قُلْتُ : هَلْ وَرَاءَ ذَلِكَ الشَّرِّ خَيْرٌ ؟ قَالَ : نَعَمْ ، قُلْتُ : فَهَلْ وَرَاءَ ذَلِكَ الْخَيْرِ شَرٌّ ؟ قَالَ : نَعَمْ ، قُلْتُ : كَيْفَ ؟ قَالَ : يَكُونُ بَعْدِي أُمَّةٌ لَا يَتَّقُونَ بِهَدَايَ وَلَا يَسْتَنْوُونَ بِسُنَّتِي ، وَسَيَقُومُ فِيهِمْ رِجَالٌ قُلُوبُهُمْ قُلُوبُ الشَّيَاطِينِ فِي جَنَّمَانِ إِبْسِ ، قَالَ قُلْتُ : كَيْفَ أَصْنَعُ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنْ أُنْرِكْتُ ذَلِكَ ؟ قَالَ : تَسْمَعُ وَتَطِيعُ لِلْأَمِيرِ وَإِنْ ضُرِبَ ظَهْرُكَ وَأُخِذَ مَالُكَ ؛ فَاسْمَعْ وَأَطِعْ (٢) .

وجه الدلالة :

في هذا الحديث دليل على وجوب طاعة الأمرء وإن بلغوا في الفسق والجور إلى ضرب الرعية وأخذ أموالهم (٣)؛ فمن باب أولى تجب طاعة الأمرء إذا رجح أحد القولين في المسألة كما هو الحال في مكافأة نهاية الخدمة التي يستحقها العامل بعد انتهاء خدمته .

٤- عَنْ جُنَادَةَ بْنِ أَبِي أُمَيَّةَ قَالَ : دَخَلْنَا عَلَى عِبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَهُوَ مَرِيضٌ ؛ قُلْنَا : أَصَلَحَكَ اللَّهُ ! حَدَّثَ بِحَدِيثٍ يَنْفَعُكَ اللَّهُ بِهِ سَمِعْتَهُ مِنَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، قَالَ : دَعَانَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَبَايَعَنَا ؛ فَقَالَ : فِيمَا أَخَذَ عَلَيْنَا أَنْ بَايَعَنَا عَلَى السَّمْعِ وَالطَّاعَةِ فِي مَنْشَطِنَا وَمَكْرَهِنَا (٤) ، وَعُسْرِنَا وَيُسْرِنَا (٥) ، وَالنَّرَةِ عَلَيْنَا (٦) ، وَأَنْ لَا نُنَازِعَ لِلْأَمْرِ أَهْلَهُ (٧) ؛ إِيَّا أَنْ تَرَوْا كَفَرًا بَوَاحًا عِنْدَكُمْ مِنَ اللَّهِ فِيهِ بُرْهَانٌ (٨) .

(١) نيل الأوطار للشوكاني ج ٧ ص ١٧١ ، ١٧٢ .

(٢) الحديث رواه مسلم في صحيحه ج ٣ ص ١٤٧٥ تحت رقم ١٨٤٧ كتاب: الإمارة . باب : وجوب ملازمة جماعة المسلمين عند ظهور الفتن وفي كل حال وتخريم الخروج على الطاعة ومفارقة الجماعة ؛ واللفظ لمسلم ، والمعجم الأوسط للطبراني ج ٢ ص ١٩٠ تحت رقم ٢٨٩٣ ، وسنن البيهقي الكبرى ج ٨ ص ١٥٧ تحت رقم ١٦٣٩٤ كتاب : قتال أهل البغي . باب : الصبر على أذى يصيبه من جهة إمامه وإنكار المنكر من أموره بقلبه وترك الخروج عليه ، نيل الأوطار ج ٧ ص ١٧٣ كتاب : حد شارب الخمر . باب : الصبر على جور الأئمة وترك ظلمهم والكف عن إقامة السيف .

(٣) نيل الأوطار للشوكاني ج ٧ ص ١٧٤ .

(٤) مَنْشَطِنَا وَمَكْرَهِنَا : أي في حالة نشاطنا ، وفي الحالة التي نكون فيها عاجزين عن العمل بما نُؤمَرُ به ، انظر : فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج ١٣ ص ٧ .

(٥) وَعُسْرِنَا وَيُسْرِنَا : أي على اللقطة في العسر واليسر ، نفس المرجع السابق .

(٦) وَالنَّرَةِ عَلَيْنَا : أي بفتح الهمزة والمثناة ؛ والمراد : أن طواعيتهم لمن يتولى عليهم لا تتوقف على إصابتهم حقوقهم بل عليهم الطاعة ولو متعهم حقهم . نفس المرجع السابق .

(٧) وَأَنْ لَا نُنَازِعَ لِلْأَمْرِ أَهْلَهُ : أي الملك والإمارة . نفس المرجع السابق .

## وجه الدلالة :

في الحديث دلالة واضحة على أنه لا يجوز منابذة الإمام إلا عند ظهور الكفر البواح<sup>(١)</sup>؛ فدل ذلك على وجوب طاعة الحاكم في ترجيح أحد القولين على الآخر ، وهو ما نحن بصدد فيه ترجيح القول بالالتزام بدفع مكافأة نهاية الخدمة للعامل بعد انتهاء خدمته .

٥- وما رواه مسلم عن وَعَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ قَالَا : كَانَ أَبُو هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يُحَدِّثُ : أَنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ : [ مَا نَهَيْتُكُمْ عَنْهُ فَاجْتَنِبُوهُ ، وَمَا أَمَرْتُكُمْ بِهِ فَافْعَلُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ ؛ فَإِنَّمَا أَهْلَكَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ كَثْرَةُ مَسْأَلِهِمْ وَاخْتِلَافُهُمْ عَلَى أُنْبِيَائِهِمْ ] (٢) .

## وجه الدلالة :

(١) الحديث رواه البخاري في صحيحه ج ٦ ص ٢٥٨٨ تحت رقم ٦٦٤٧ كتاب : الزئبق . باب : قول النبي صلى الله عليه وسلم سترتون بعدي أمورا تذكرونها وقال عبد الله بن زيد قال النبي صلى الله عليه وسلم اصبروا حتى تلقوني على الخرض ، ورواه مسلم في صحيحه ج ٣ ص ١٤٦٩ تحت رقم ١٧٠٩ كتاب : الإمارة . باب : وجوب طاعة الأمراء في غير معصية وتخريمها في المعصية ؛ واللفظ للبخاري ، وسنن النسائي ج ٧ ص ١٣٩ تحت رقم ٤١٥٣ كتاب : البيعة . باب : البيعة على القول بالعدل ، والسنن الكبرى للبيهقي ج ٨ ص ١٤٥ تحت رقم ١٦٣٠ ، ونيل الأوطار للشوكاني ج ٧ ص ١٧٣ كتاب : حد شارب الخمر . باب : الصبر على جور الأئمة وترك قتالهم .

(٢) قال الحطايي : معنى قوله " بواحا " يريد ظاهرا باديا من قولهم باح بالشئ يباح به بواحا وبواحا إذا ادعاه وأظهره ، قال : ويجوز بواحا بسكون الواو، ويجوز بضم أوله ثم همزة ممدودة ، قال : ومن رواه بالراء فهو قريب من هذا المعنى .

- وأصل البراح : الأرض القفر التي لا أنيس فيها ولا بناء .
- وقيل : البراح البيان ، يقال برح الخفاء إذا ظهر .
- قال النووي : هي في معظم النسخ من مسلم بالواو وفي بعضها بالراء .
- قال الحافظ : وقع ضد الطبراني كثيرا صراحا بصاد مهمله مضمومة ثم راء .
- ووقع في رواية : [ إلا أن تكون معصية لله بواحا ] .
- وفي رواية لأحمد : [ ما لم يأمرك بآثم بواحا ] .
- وفي رواية له وللطبراني عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه : [ سيلي أموركم من بعدي رجال يعرفونكم ما تتكرون وينكرون عليكم ما تعرفون ، فلا طاعة لمن عصى الله ] .
- قال النووي : المراد بالكفر هنا المعصية .

ومعنى الحديث : لا تنازعوا ولاة الأمور في ولايتهم ، ولا تعترضوا عليهم إلا أن تروا منهم منكرا محققا تعلمونه من قواعد الإسلام فإذا رأيتم ذلك فأتكروا عليهم وقولوا بالحق حينما كنتم . فإذا أحدث الحاكم جورا بعد أن كان عدلا فاختلفوا في جواز الخروج عليه والصحيح المنع إلا أن يكفر فيجب الخروج عليه .

قال ابن بطال : إن حديث ابن عباس رضي الله عنهما المذكور في البداية حجة في ترك الخروج على السلطان ولو جار .

قال في الفتح : وقد أجمع الفقهاء على وجوب طاعة السلطان المتغلب والجهاد معه وأن طاعته خير من الخروج عليه لما في ذلك من حقن الدماء وتمكين للدعوات ، ولم يستثنوا من ذلك إلا إذا وقع من السلطان الكفر الصريح فلا تجوز طاعته في ذلك ؛ بل تجب مجاهدته لمن قدر عليها كما في الحديث . أهـ . أنظر : صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٥ ص ١٠٩ ، نيل الأوطار ج ٧ ص ١٧٤ ، ١٧٥ .

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ج ٤ ص ١٨٢٩ تحت رقم ١٣٣٧ كتاب : الفضائل . باب : تأخير رسول الله صلى الله عليه وسلم وترك إكثار سؤاله عما لا ضرورة إليه لو لا يتعلق به تكليف وما لا يقع وتخو ذلك ، ج ٢ ص ٩٧٥ كتاب : الحج . باب : فرض الحج مرة في العمر .

في الحديث دلالة على أنه صلى الله عليه وسلم إذا أمر بشيء ؛ فيجب أن يطاع بقدر المستطاع من المكلف ، وأما إذا نهى عن شيء ؛ فلا بد من تركه إلا إذا وجد عنر يبيحه كأكل الميتة للمضطر ، أو التلطف بكلمة الكفر إذا أكره على ذلك ؛ فهذا ليس منهيًا عنه في هذه الحالة<sup>(١)</sup> ، وكذلك أخذ الحاكم بأحد القولين وإلزام المكلفين به ، ومن هذا القبيل الالتزام بدفع مكافأة نهاية الخدمة بعد انتهاء العامل من خدمته .

وفي وجوب السمع والطاعة لحكم الحاكم في المسألة الاجتهادية الذي يرفع الخلاف كما هو الحال في المسألة محل البحث وهي التزام رب العمل بدفع مكافأة نهاية الخدمة للعامل بعد انتهاء خدمته ؛ ننقل بعض العبارات للمجتهدين القدامى :

• يقول ابن عابدين : كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغيير عرف أهله ، أو لحدوث ضرورة ، أو فساد أهل الزمان ، بحيث لو بقى الحكم على ما كان عليه لزم منه المشقة والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف ، ورفع الضرر والفساد ، لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن أحكام ، ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة<sup>(٢)</sup> .

• ويقول القرافي : فليكن الحاكم أولى بأن يعطيه الشارع قدرة الإنشاء لضرورة درء الفناء ودفع الفساد وإخماد الثائرة وإبطال الخصومة ، والدليل على ذلك إجماع الأئمة قاطبة على أن حكم الله تعالى ما حكم به الحاكم في مسائل الاجتهاد وأن ذلك الحكم يجب إتباعه على جميع الأئمة ، ويحرم على كل واحد نقضه<sup>(٣)</sup> .

• ويقول القرافي أيضًا : إن حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف ويرجع المخالف عن مذهبه لمذهب الحاكم وتتغير فتواه بعد الحكم به عما كانت عليه على القول للصحيح من مذاهب العلماء فمن لا يرى وقف المشاع إذا حكم حاكم بصحة وقفه ثم رفعت الواقعة لمن كان يفتى ببطلانه نفذه وأمضاه ، ولا يحل له بعد ذلك أن يفتى ببطلانه ، وكذلك إن قال : إن تزوجتك فأنت طالق فتزوجها وحكم الحاكم بصحة هذا النكاح ، فالذي كان يرى لزوم الطلاق له ينفذ هذا النكاح ، ولا يحل أن يفتى بالطلاق ، هذا هو مذهب الجمهور ، وهو مذهب مالك ، ولذلك وقع له في كتاب الزكاة وغيره أن حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد لا يرد ولا ينقض<sup>(٤)</sup> .

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ج ٩ ص ١٠٢ .

(٢) رسائل ابن عابدين - ج ٢ - ص ١٢٥ .

(٣) الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي ص ٤ تحقيق/ عبد الفتاح أبو غدة ، طبعة مكتبة المطبوعات الإسلامية ، حلب ، سنة ١٣٨٧ هـ ، وفي هذا المعنى إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ج ٣ ص ١٤ .

(٤) الفرق للقرافي ج ٢ ص ١٠٣ ، الفرق رقم ٧٧ .

- ويقول الآمدي : لا يجوز نقض حكم الحاكم في المسائل الاجتهادية لمصلحة الحكم ؛ لأنه لو جاز نقض الحكم لجاز نقض الحكم بالنقض ، ونقض النقض إلى غير نهاية ، ويلزم من ذلك اضطراب الأحكام وعدم الوثوق بحكم الحاكم، وهو خلاف المصلحة التي نصب الحاكم لها<sup>(١)</sup>.
- ويقول الماوردي : وَإِذَا قَامَ الْإِيمَانُ بِمَا ذَكَرْتَاهُ مِنْ حَقُوقِ الْأُمَّةِ فَقَدْ أُدِيَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى فِيمَا لَهُمْ وَعَلَيْهِمْ ، وَوَجِبَ لَهُ عَلَيْهِمْ حَقَانِ الطَّاعَةِ وَالنُّصْرَةِ مَا لَمْ يَتَغَيَّرْ حَالُهُ<sup>(٢)</sup>.

ومن كل ما سبق يتبين لنا أن الحاكم له أن يتدخل في المسائل الاجتهادية بحكم سلطاته في إطار السياسة الشرعية بما يحقق المصلحة العامة للناس أجمعين وفي هذا الإطار يجوز له أن يلزم المكلف بقول يراه محققاً للمصلحة في المسألة الخلافية وأن يحدث للناس الأفضية بقدر ما تقتضيه ظرف الزمان والمكان والعرف .

هذا هو الحق الذي لا ريب فيه ، وهو أن الحاكم له أن يتدخل في المسائل الاجتهادية بحكم سلطاته في إطار السياسة الشرعية بما يحقق المصلحة العامة للناس أجمعين وفي هذا الإطار يجوز له أن يلزم المكلف بقول يراه محققاً للمصلحة في المسألة الخلافية وأن يحدث للناس الأفضية بقدر ما تقتضيه ظرف الزمان والمكان والعرف .

والحق الذي لا ريب فيه ، وهو أن الحاكم له أن يتدخل في المسائل الاجتهادية بحكم سلطاته في إطار السياسة الشرعية بما يحقق المصلحة العامة للناس أجمعين وفي هذا الإطار يجوز له أن يلزم المكلف بقول يراه محققاً للمصلحة في المسألة الخلافية وأن يحدث للناس الأفضية بقدر ما تقتضيه ظرف الزمان والمكان والعرف .

والحق الذي لا ريب فيه ، وهو أن الحاكم له أن يتدخل في المسائل الاجتهادية بحكم سلطاته في إطار السياسة الشرعية بما يحقق المصلحة العامة للناس أجمعين وفي هذا الإطار يجوز له أن يلزم المكلف بقول يراه محققاً للمصلحة في المسألة الخلافية وأن يحدث للناس الأفضية بقدر ما تقتضيه ظرف الزمان والمكان والعرف .

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ج ٤ ص ٢٠٣ .  
 (٢) الأحكام السلطانية للموردي ص ١٧ طبعة المكتبة التوفيقية ، القاهرة .

## المطلب الثاني

### طبيعة مكافأة نهاية الخدمة في القانون الوضعي

اختلف شرح القانون في تحديد الطبيعة القانونية لمكافأة نهاية الخدمة اختلافاً كبيراً ،  
نشير إليه بإيجاز فيما يلي :

#### الفريق الأول :

ذهب فريق من شرح القانون إلى القول بأن مكافأة نهاية الخدمة هي حق من نوع خاص  
ألزم المقنن صاحب العمل بأدائه لاعتبارات الصالح العام ؛ ويعتبر هذا الرأي هو الراجح في  
نظري وذلك لما يأتي :

أ - أن هذا القول يتفق مع القول القائل بأن مكافأة نهاية الخدمة تختلف في أحكامها عن أحكام  
النظم القانونية المعروفة ؛ كأنظمة الأجر ، والتعويض ، والتأمين ؛ وذلك من عدة نواحي  
أهمها :

- ١- الأحكام التي تعالج هذه المكافأة أكثر تفصيلاً من المقنن في تنظيمها من غيرها .
  - ٢- جعل المقنن المصري أحكام هذه المكافأة كلها أمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها .
  - ٣- منع المقنن المصري التنازل عن مكافأة نهاية الخدمة كلياً أو جزئياً .
  - ٤- لم يلتزم المقنن المصري في توزيع مكافأة نهاية الخدمة على ذوي العامل - الذي انتهت  
خدمته بالوفاة - بقواعد التوريث الشرعي .
  - ٥- اعتبرها المقنن المصري بمثابة دين ممتاز امتيازاً عاماً من الدرجة الأولى ، وبالتالي تقدم  
على غيرها من الديون التي على رب العمل .
  - ٦- أعفاها المقنن المصري من الضرائب التي تفرض على غيرها من المطالبات والقضايا (١) ؛  
فدل كل هذا على خصوصية طبيعتها .
- ب - أن القانون لم يعامل هذه المكافأة معاملة الأجر أو التعويض أو التأمين ؛ بل عاملها معاملة  
خاصة ؛ فيكون بذلك قد جعلها واعتبرها حقاً أو التزاماً ذا طبيعة خاصة .

#### الفريق الثاني :

ذهب فريق ثانٍ من شرح القانون إلى أن مكافأة نهاية الخدمة هي في حقيقتها تكملة  
للأجر الذي يتقاضاه العامل من رب العمل ؛ فتعتبر بمثابة جزء من أجر العامل مؤجل الدفع إلى  
نهاية خدمته ، ويدفع له دفعة واحدة لمواجهة أعباء الحياة بعد خروجه من الخدمة (٢) .

(١) د. أحمد شوقي عبد الرحمن - قواعد استحقاق مكافأة نهاية الخدمة - ص ٢٥ ، د. أنور للمروسي - السابق - ص  
٦٠٥ ، د. محمد عبد الله الظاهر - مكافأة نهاية الخدمة بين قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي - ص ١٥ ، ١٦ ،  
صان ، الطبعة الأولى سنة ١٩٩٣ م .

(٢) د. أحمد شوقي عبد الرحمن - السابق - ص ٨ ، د. محمد الباشا - السابق - ص ٣٥٤ .

## وحجة هذا الفريق :

أن السبب القانوني لمكافأة نهاية الخدمة هو أداء العمل ، ودليل ذلك أن القانون قد جعل مقدار هذه المكافأة يتناسب زيادة ونقصاً مع مدة الخدمة التي قضاهما العامل في عمله ؛ فهذا يدل على أن الأجر الدوري الذي أخذه العامل لا يمثل في حقيقة الأمر جميع أجر العامل ، وبالتالي تكون مكافأة نهاية الخدمة هي تكملة للأجر الذي يتقاضاه العامل من رب العمل .

نقد هذا الفريق :

ولقد انتقد هذا القول بأن القواعد القانونية الخاصة بهذه المكافأة تتعارض مع قواعد الأجر وطبيعته (١) ؛ وذلك لما يلي:

أ - إذا كانت مكافأة نهاية الخدمة أجر يقابل جزء من عمل العامل أثناء خدمته ؛ فإنه والحالة هذه لا يجوز لرب العمل أن ينهي خدمة العامل دون الالتزام تجاهه بمكافأة نهاية الخدمة ، ولما كان هذا جائز في أغلب التشريعات وفي كثير من الحالات ؛ فإن هذا يدل على أن هذه المكافأة هي ذات طبيعية خاصة ؛ لأن حرمان العامل من هذه المكافأة باعتبارها أجر مقابل ما يؤديه من عمل فيه ظلم صريح وواضح ؛ لأن فيه حرمان للعامل من أجر مقابل تعب وجهد (٢) .

ب - لو كانت مكافأة نهاية الخدمة جزء من أجر العامل لاعتبرت جزء من تركته ، وبالتالي يجب توزيعها عند استحقاقها للعامل بعد وفاته بحسب قواعد الميراث الشرعية ؛ لأنها عندئذ ستكون مقابل لعمله ؛ فتكون ملكاً له كبقية أمواله ؛ إلا أنه لما كان أغلب التشريعات قد أجزت على توزيع مكافأة نهاية الخدمة قواعد خاصة وأشخاص حددتهم من نوى العامل، ولم ترع في ذلك قواعد الميراث بدليل أنها قد حرمت عند توزيع هذه المكافأة بعض الورثة؛ فهذا يدل على أن هذه المكافأة ذات طبيعة خاصة (٣) .

ج - لو كانت مكافأة نهاية الخدمة في حقيقتها جزءاً من أجر العامل لجعل أساس احتسابها الأجر الفعلي الذي يتقاضاه العامل في مختلف سنين خدمته ؛ وهو أقل من الأجر الذي جعلته القوانين أساساً لاحتساب قدر المكافأة وهو أجر الشهر الأخير ؛ ولكن القوانين جعلت في تقديرها لمكافأة نهاية الخدمة على أساس آخر أجر كان قد تقاضاه العامل قبل انتهاء خدمته وليس على أساس الأجر الفعلي ؛ فدل ذلك على أن مكافأة نهاية الخدمة ذات طبيعة خاصة كما أننا سابقاً (٤) .

(١) د. أنور عبد الله - السابق - ص ٢٢٨ ، د. أحمد شوقي عبد الرحمن - السابق - ص ١٢ ، ١٣ ، د. محمد الباشا - السابق - ص ٣٢٢ .

(٢) د. محمد عبد الله الظاهر - السابق - ص ١٤ ، د. أحمد شوقي عبد الرحمن - السابق - ص ١٥ .

(٣) د. أنور عبد الله - السابق - ص ٢٢٨ ، د. أنور العمروسي - السابق - ص ٦٠٤ .

(٤) د. أنور العمروسي - السابق - ص ٦٠٢ .



د - حرمان العامل الذي لم يبلغ الحد الأدنى الذي اشترطه القانون - كسنة ونصف أو سنتين لاستحقاق مكافأة نهاية الخدمة - من هذه المكافأة لدليل قاطع على أن هذه المكافأة ذات طبيعة خاصة ؛ لأنها لو كانت من قبيل الأجر لما جاز حرمان العامل الذي لم تصل خدمته إلى الحد الأدنى المنصوص عليه في القوانين التي نصت عليه من هذه المكافأة (١) .

#### الفريق الثالث :

وذهب فريق ثالث من شراح القانون إلى القول بأن مكافأة نهاية الخدمة إنما شرعت على سبيل التعويض عن الضرر المادي والضرر الأدبي الذي يلحق بالعامل نتيجة خروجه من الخدمة وبالتالي انقطاع مورد رزقه الذي كان يستند إليه في حياته الدنيوية (٢) .

#### نقد هذا الفريق :

• ولقد انتقد هذا القول بأن القواعد العامة في التعويض تقضي بأن التعويض لا يجب لإنسان إلا إذا وُجدَ خطأ من إنسان آخر ؛ ونتج عن هذا الخطأ ضرر للغير طبقاً للمادة ١٦٣ مني مصري والتي تقضي بأن : كل خطأ سبب ضرراً للغير يلتزم من ارتكبه بالتعويض . وبما أن مكافأة نهاية الخدمة ستصرف للعامل عند انتهاء خدمته ، سواء وجد خطأ من رب العمل ، وسواء ترتب على انتهاء خدمة العامل ضرر له أم لا .

• كما أن حساب مكافأة نهاية الخدمة في تشريعات وقوانين العمل المصرية لا يقوم على حساب التعويض عن ضرر وقع بالعامل من جراء نهاية خدمته ؛ ولكنه يقوم على أساس مدة الخدمة من ناحية ومقدار الأجر الأخير الذي حصل عليه العامل من ناحية أخرى (٣) .

#### الفريق الرابع :

وذهب فريق رابع من شراح القانون إلى القول بأن مكافأة نهاية الخدمة تعتبر نوعاً من أنواع التأمين من مخاطر العقد ؛ وذلك لأن العامل عند انتهاء خدمته ينقطع ما يستند عليه من راتب شهري فيكون غير آمن في مستقبله وحياته الدنيوية ؛ فتجب له هذه المكافأة لكي تعينه على مواصلة حياته الدنيوية هو ومن يعول من نويه وأقاربه .

#### وحجة هذا الفريق :

أن للقوانين والتشريعات التي نظمت وعالجت مكافأة نهاية الخدمة لم تجز الجمع بين هذه المكافأة ، والاستحقاقات التعاقدية من المؤسسة المختصة بالتأمين الاجتماعي ؛ فهذا يدل على أن مكافأة نهاية الخدمة من قبيل التأمين (٤) .

(١) د. محمد عبد الخالق عمر - السابق - ص ٤٥٥ ، د. أحمد شوقي عبد الرحمن - السابق - ص ١٢ ، د. محمد الباشا - السابق - ص ٣٥٤ ، د. أحمد سعيد الزقرد - الوجيز في قانون العمل - ص ٤٦٥ طبعة سنة ٢٠٠٤ م .

(٢) د. محمد نعيم ياسين - السابق - ص ٤٦ .

(٣) د. هشام هاشم - شرح قانون العمل الأردني - ص ٤٦ ، د. أحمد شوقي عبد الرحمن - السابق - ص ٧ .

(٤) د. أحمد شوقي عبد الرحمن - السابق - ص ٢١ - ٢٤ ، د. محمد عبد الله الظاهر - السابق - ص ١٥ .

## نقد هذا الفريق :

- ولقد انتقد هذا القول بأن التأمين أيًا كان نوعه يلتزم فيه المؤمن عليه [ المستفيد ] بقسط يسمى بقسط التأمين ، سواء قام هو بدفعه أو لو دفعه له شخص آخر [ رب العمل مثلاً ] ، أما مكافأة نهاية الخدمة فتستحق دون أن يكلف أحد - سواء العامل أو رب العمل - بدفع أي شيء فدل ذلك على أن مكافأة نهاية الخدمة ذات طبيعة خاصة (١) .
- أن نظام التأمين يقتضي أن يستحق المستفيد منه مبلغ التأمين بمجرد وقوع الخطر المؤمن منه؛ في حين أن مكافأة نهاية الخدمة تستحق سواء وقع خطر أدى إلى حدوث ضرر للعامل أم لا ؛ فدل ذلك على أن مكافأة نهاية الخدمة ذات طبيعة خاصة (٢) .  
ونخلص مما سبق إلى أن مكافأة نهاية الخدمة ليست تعويضًا يُعطى للعامل ؛ ذلك أن صاحب العمل يلتزم بها حتى ولو لم يرتكب أي خطأ في مواجهة العامل .  
كما يستحق العامل مكافأة نهاية الخدمة دون أن يثبت في مواجهة رب العمل حدوث أي ضرر به ؛ بل حتى ولو استفاد من انتهاء العقد نفسه .
- كذلك لا يمكن أن تعتبر مكافأة نهاية الخدمة أجرًا إضافيًا؛ ذلك أن هناك حالات لا يستحق فيها العامل مكافأة نهاية الخدمة ولو كانت أجرًا إضافيًا لوجب أن يستحقها العامل في جميع الأحوال .
- أيضًا لا تعتبر مكافأة نهاية الخدمة من قبيل التأمين ؛ لأن العامل وهو المستفيد منها لا يلتزم بدفع أقساط دورية طوال مدة خدمته ؛ فهو يستحق هذه المكافأة ولو لم يدفع أي قسط لها .  
وأخيرًا فإن مكافأة نهاية الخدمة لم يعد ينطبق نظامها على أغلب العمال ، وبأن قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ م (٣) على عكس سابقه (٤) قد أغفل كذلك النص عليها .
- إلا أن سكوت القانون الجديد عن النص على مكافأة نهاية الخدمة لا يلغي ولا يفسر على إلغاء هذه المكافأة ؛ ويؤكد هذا ندره تطبيق هذه المكافأة ؛ وذلك باتساع نطاق التأمينات الاجتماعية مما يفسر إغفال النص عليها دون أن يعتبر ذلك بمثابة إلغاء لها .  
ويلاحظ أن بعض العمال ممن لا تتوافر في شأنهم شرائط التأمينات الاجتماعية يستحقون مكافأة نهاية الخدمة ؛ ولو أراد المقنن المصري إلغاؤها لنص على ذلك صراحة (٥) .

(١) د. محمد حيد الله الظاهر - السابق - ص ١٥ ، د. أحمد شوقي عبد الرحمن - السابق - ص ٢٣ ، د. حسن كيرة - أصول قانون العمل - ص ٨٤٨ طبعة منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٧٩ م .

(٢) د. حسن كيرة - أصول قانون العمل - ص ٨٤٨ ، د. محمد لبيب شنب - قانون العمل - ص ٤٦٢ طبعة دار النهضة العربية .

(٣) نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية في السابع من أبريل سنة ٢٠٠٣ م .

(٤) القانون الملغى هو القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ م .

(٥) د. أحمد السيد الزقرد - الوجيز في قانون العمل ص ٤٦٠ ، ٤٦١ .

## مجال تطبيق نظام مكافأة نهاية الخدمة :

العمال الذين يستحقون مكافأة نهاية الخدمة هم فقط الذين يخضعون لأحكام قانون العمل، وليس لهؤلاء الذين تخضع عقودهم لأحكام القانون المدني .

وإذا نظرنا إلى الهدف من إلزام صاحب العمل بدفع مكافأة نهاية الخدمة للعامل عند انتهاء خدمته ؛ نجد أن هذا الالتزام ما هو إلا إعطاء العامل مبلغ من المال يستطيع به مواجهة حياة جديدة إلى أن يحصل على عمل آخر ، وغالبًا ما قد يتأخر العامل في الحصول على هذا العمل الآخر ، أو حتى يستطيع استثمار هذا المبلغ الذي حصل عليه كمكافأة لنهاية الخدمة إلى حين الوصول على دخل آخر ثابت (١) .

ويلاحظ أنه قد أصبحت الغالبية العظمى من العمال يستفيدون من أحكام قانون التأمين الاجتماعي الذي حل محل مكافأة نهاية الخدمة ؛ وذلك بإلزامه صاحب العمل بالتأمين على عماله لدى هيئة التأمينات الاجتماعية ضد البطالة ، والعجز ، والشيخوخة ، والوفاة (٢) .

وبالتالي يعطى هذا التأمين لهؤلاء العمال أو لمن يستحقون عنهم الحق في معاش دائم ، أو تعويض لأحد الأسباب السابقة ، ومقابل ذلك تتقاضى هيئة التأمينات الاجتماعية اشتراكاً معيناً يؤديه العامل وصاحب العمل .

ويستثنى من هؤلاء العمال الذين نقل أعمارهم عن ١٨ سنة ، أو العمال الذين يرتبطون بصاحب العمل بعلاقة مؤقتة أو غير منتظمة ؛ حيث ينطبق بشأنهم مكافأة نهاية الخدمة (٣) . مقدار مكافأة نهاية الخدمة :

مكافأة نهاية الخدمة المستحقة للعامل تحسب على أساس أجر نصف شهر عن كل سنة من السنوات الخمس الأولى لخدمته ، وأجر شهر كامل عن كل سنة من السنوات التالية لهذه السنوات الخمس الأولى .

وتطبيقاً لذلك :

إذا قضى العامل في خدمة صاحب العمل مدة عشر سنوات ، وكان أجره الشهري مائة جنيه ؛ فإنه يستحق نصف هذا الأجر - المقدر لكل شهر - عن كل سنة من السنوات الخمس الأولى ؛ أي :  $50 \times 5 = 250$  جنيهاً .

وأجر شهر كامل عن كل سنة من السنوات التالية للسنوات الخمس الأولى ؛ فيكون في هذا المثال كالآتي :

$$100 \times 5 = 500 \text{ جنيهاً .}$$

(١) د. أحمد شوقي عبد الرحمن - قواعد استحقاق مكافأة نهاية الخدمة ص ٢٤ .

(٢) د. أنور عبد الله - قانون العمل والتأمينات الاجتماعية - ص ٢٢١ ، د. أحمد السيد الزقرد - السابق - ص ٤٥٨ .

(٣) د. نبيب شنب - السابق - ص ٦٣١ .

فيكون مجموع مكافأة نهاية الخدمة بالنسبة لهذا العامل محل هذا المثال كالتالي :

$$250 + 500 = 750 \text{ جنيهاً}^{(1)}$$

وجدير بالذكر والاهتمام أن الأجر الذي تحسب على أساسه مكافأة نهاية الخدمة هو الأجر الأخير الذي كان يتقاضاه العامل قبل انقضاء العقد ، ويشمل هذا الأجر الأخير : [ الأجر الأساسي ، وكل صورة من صور الأجر التي تعتبر جزءاً لا يتجزأ منه ؛ مثل المنح والمكافآت والوهبات ، والبدلات ..... الخ ] <sup>(2)</sup> .

مدة الخدمة التي تحسب على أساسها مكافأة نهاية الخدمة :

وهذه المدة هي التي تتخذ أساساً لتحديد المكافأة ؛ وهي المدة الواقعة بين بداية تسليم العامل العمل بمقتضى عقد العمل ، حتى انتهاء عقد العمل <sup>(3)</sup> .

وبالتالي لا تتخل مدة للتدريب أو للتدريب في المدة التي تتخذ أساساً لحساب مكافأة نهاية الخدمة ؛ وذلك لتخلف شرط وجود عقد العمل ، ولكن تحسب مدة الاختبار ضمن المدة التي تحسب على أساسها مكافأة نهاية الخدمة .

ويلاحظ أنه إذا أبرم العقد لعمل موسمي فإنه ينتهي بانتهاء الموسم ، ويستحق العامل مكافأة عند انتهائه .

وتعتبر مدة الخدمة متصلة إذا انتهى العقد بانتهاء مدته ؛ ولكنه تجدد صراحة أو ضمناً دون أن يتخلل هذا التجديد فترة انقطاع عن العمل .

وأخيراً فإن العامل يستحق مكافأة نهاية الخدمة ، أيًا كانت المدة التي قضاها في العمل ، وبالتالي لا يشترط مضي مدة سنة مثلاً في الخدمة لدى رب العمل ، أو نصف سنة أو أقل أو أكثر <sup>(4)</sup> .

(1) د. جمال الدين نكي - قانون العمل - ص 313 الطبعة الثالثة سنة 1983م ، د. أحمد سعيد الزقرد - السابق - ص 459

(2) د. محمد سعيد الزقرد - السابق - ص 459 .

(3) د. لييب شنب - شرح قانون العمل - ص 63 ، وحكم لمحكمة القاهرة الابتدائية في يونيو 1960م .

(4) د. محمد سعيد الزقرد - الوجيز في قانون العمل - ص 460 .

## الفصل الثاني

### زكاة مكافأة نهاية الخدمة

ويتكون هذا الفصل من مبحثين :

المبحث الأول : شروط زكاة مكافأة نهاية الخدمة .

المبحث الثاني : وقت احتساب الحول لمكافأة نهاية الخدمة .

### المبحث الأول

#### شروط زكاة مكافأة نهاية الخدمة

لوجوب الزكاة في مكافأة نهاية الخدمة لابد من توافر شرطين أساسيين هما :

- ١- أن يمتلك العامل هذه المكافأة ملكاً تاماً .
  - ٢- حولان الحول على دخول هذه المكافأة في ملك العامل .
- وفيما يلي نلقي الضوء على كل شرط من هذه الشروط السابقة بم يتناسب ومقام

البحث :

أولاً : ملك العامل التام لمكافأة نهاية الخدمة :

• معنى الملك التام :

اتفق الفقهاء على أن الملك لا يكون تاماً إذا كان غير مستقر ؛ بأن يكون محتملاً للذهاب بعد ثبوته ، أو يكون متردداً بين الثبوت وعدمه .  
ومن أمثلة ذلك :

- ١- الدية تكون على العاقلة ؛ فإنها وإن كانت ملك لولي القتيل ؛ لكنه ملك غير مستقر ، إذ لو مات واحد من العاقلة سقط ما عليه ، فلم يكن ملكاً تاماً .
- ٢- المرهون في يد المرتهن ، لاحتمال عجز الراهن عن سداد دينه واستحقاق المرتهن أن يستوفي دينه منه .
- ٣- الوصية التي تأخر فيها قبول الوصي له بعد الموت حتى حال عليها الحول ؛ لخروجها عن ملك الموصي من جهة ، وضعف ملك الوارث لها لاحتمال قبول الموصي له ، وضعف ملك هذا الأخير [ الموصي له ] لاحتمال عدم قبوله ؛ فلا تجب زكاته على أحد ، حتى يستقر ملكها عند الموصي له أو الوارث ثم يحول عليها الحول (١) .

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء ج ٢ ص ١٠٠ طبعة دار الكتب العربي - بيروت - لبنان - سنة ١٩٨٢ م ، حاشية العرواني على تحفة المنهاج لعبد الحميد الشرواني مطبوع على هامش تحفة المحتاج ج ٣ ص ٣٣٧ ، طبعة دار صادر - بيروت ، الأئبهاء والنظائر لتسيوطي الشافعي ص ٣٦٥ ، ٣٢٦ طبعة دار الكتب العلمية - بيروت - سنة ١٩٨٣ م .

ولقد عرّف الفقهاء الملك التام بتعريفات كثيرة منها :

١- الملك التام : هو أن يكون المالك متمكناً بنفسه أو بنيابة من التصرف بالمال بوجوه التصرف التي يستطيع بها تميمته واستثماره ؛ وهو ملك اليد المجتمع مع ملك الرقبة ، وإلى هذا التعريف ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في مقابل الأظهر والحنابلة في رواية (١) .  
وبالتالي وطبقاً لهذا التعريف عند جمهور الفقهاء فإنه إذا كان المالك للمال قادراً من الناحية الواقعية على ممارسة التصرفات التي يأذن بها الشارع الحكيم ؛ فإنه والحالة هذه يجب عليه الزكاة إذا توافرت الشروط الأخرى لإخراج الزكاة كبلوغ النصاب ، وحولان الحول ، والزيادة على الحاجات الأصلية [ للضرورة ] ..... الخ .

وعلى الجمهور لقوله السابق :

أ - أن المال إذا لم يكن مقدور على الانتفاع به في حق المالك فإنه لا يكون به غنياً ؛ ولا زكاة على غير الغني .

ب - أن المال إذا لم يكن داخلاً في ملك هذا فهو في ملك غيره ؛ فتكون ركاته على غيره وليس على هذا ؛ لأنه لا يستطيع الانتفاع به وهو ما زال في ملك غيره (٢) .

٢- الملك التام : هو أن يكون مستقراً ؛ ولكن لا يشترط أن يكون صاحب هذا المال متمكناً من التصرف فيه من الناحية الواقعية ، وإلى هذا التعريف ذهب الشافعية في الأظهر ، ورواية عند الحنابلة (٣) .

وعلموا لقولهم :

بأن المال يكون مملوكاً ملكاً تاماً إذا كان مستقراً ، ولو لم يكن صاحبه متمكناً من التصرف فيه من الناحية الواقعية ، وبالتالي تجب فيه الزكاة لما يلي :

أ - إطلاق النصوص التي أوجبت الزكاة في الأموال .  
ب - ولأن الأموال المحجوبة عن أصحابها لا تسقط ملكيتها، ولا تنقص في اعتبار التشريع الإسلامي ، وبالتالي فتظل محللاً لوجوب الزكاة فيها (٤) .

(١) بدائع الصناعات في ترتيب الشرائع للكمالي الحنفي ج ٢ ص ٩ ، المبسوط للسرخسي ج ٢ ص ١٧١ طبعة دار المعرفة - بيروت - لبنان سنة ١٩٨٦م ، الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ج ١ ص ١٧٢ طبعة دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الرابعة ، المنقح شرح موطأ مالك للقاضي أبو الوليد الباجي ج ٢ ص ١١٣ طبعة مطبعة السعادة - مصر ، سنة ١٣٢١هـ ، روضة الطالبين للنووي ج ٢ ص ١٩٢ طبعة بيروت ، الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٥م ، المغني ويليهِ الشرح الكبير للموفق ابن قدامة الحنبلي ج ٢ ص ٤٣٣ طبعة دار الكتاب العربي - بيروت سنة ١٩٨٣م .

(٢) فتح التنوير للكمال بن الهمام الحنفي ج ١ ص ٤٨٢ ، المنقح للباجي ج ٢ ص ١١٣ ، روضة الطالبين للنووي ج ٢ ص ١٩٢ ، المغني ويليهِ الشرح الكبير لابن قدامة الحنبلي ج ٢ ص ٦٤٠ .

(٣) روضة الطالبين ج ٢ ص ١٩٢ ، وتحفة المحتاج ج ٣ ص ٣٢٢ ، المغني ويليهِ الشرح الكبير ج ٢ ص ٤٣٣ .

(٤) فيض الإله للملك لعمير بركات الشنقي البقاعي ج ١ ص ٢٣٧ طبعة مطبعة الاستقامة - القاهرة سنة ١٩٥٥م ، روضة الطالبين للنووي ج ٢ ص ١٩٢ ، المغني ويليهِ الشرح الكبير لابن قدامة الحنبلي ج ٢ ص ٦٤٠ .

## وقت الملك التام :

يبدأ وقت الملك التام لمكافأة نهاية الخدمة - وبالتالي يبدأ ملكها في احتساب المدة - من وقت تحقق شروطها ومن أهمها انتهاء عقد العمل ، وكان سبب انتهاء الخدمة أمر غير الوفاة .  
أما إذا كان سبب انتهاء الخدمة هو الوفاة فإن مكافأة نهاية الخدمة لم ولن تدخل ملك العامل ؛ بل تدخل في ملك نوية وأقاربه الذين حددهم القانون ، وبالتالي تكون ملكيتها مستقرة لهم؛ لأن الحقوق التي تنشئها السلطة العامة تولد في الوقت الذي يحدده منشئها ، والنصوص القانونية حددت ذلك بانتهاء الخدمة .

ومن كل ما سبق نجد أن وصف نهاية الخدمة بأنها ذات طبيعة خاصة ، وأنها حق أنشأه القانون لاعتبارات العدل والمصلحة ، وليست ثمرة لعقد العمل أو تاميناً أو تعويضاً ؛ فإنها والحالة هذه تجب فيها الزكاة باستقرار ملكها ونهاية الخدمة ، وحولان الحول الذي يبدأ وقته من وقت نهاية الخدمة.

**ثانياً : حولان الحول على دخول مكافأة نهاية الخدمة في ملك العامل أو ذويه :**

اختلف الفقهاء في اشتراط حولان الحول على استحقاق مكافأة نهاية الخدمة حتى تجب فيها الزكاة على مذهبين :

### المذهب الأول :

يرى أصحابه اشتراط حولان الحول القمري على ملك نصاب الزكاة وذلك في الأثمان والمواشي وعروض التجارة ، وسواد أدخل هذا النصاب من هذه الأموال في ملك المسلم لأول مرة [ أي استفادته بعد أن لم يكن عنده ] ، أم كان داخلاً في ملكه وسبقت تركيته [ إخراج الزكاة عنه ] مرة أو أكثر ، وبه قال الخلفاء الراشدين وكثير من الصحابة وفقهاء المدينة ، وإليه ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والشيعة الزيدية والشيعة الإمامية والخوارج [ الإباضية ] وكثير من العلماء المعاصرين <sup>(١)</sup> .

### المذهب الثاني :

يرى أصحابه أن كل مال يستفاد لأول مرة لا يشترط لإخراج الزكاة عليه حولان الحول ؛ بل تجب فيه الزكاة مباشرة وقت استحقاقه ، ثم بعد ذلك يشترط حولان الحول لوجوب الزكاة فيه

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٢ ص ١٣ ، الهداية للمرغيناني ج ١ ص ٦٨ طبعة الحلبي - القاهرة ، المنتقى للبايجي ج ٢ ص ٩٤ ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج ١ ص ٢٧٨ طبعة مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة سنة ١٩٦٩م ، عارضة الأحوزي بشرح صحيح الترمذي لابن العربي المالكي ج ٣ ص ١٢٥ طبعة مكتبة المعارف - بيروت - لبنان ، الأموال لأبي عبيد ص ٥٦٠ ، المهذب للشيرازي ج ١ ص ١٤٣ طبعة الحلبي ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ج ٣ ص ٢٤٢ ، معالم المنن للبيسي ج ٢ ص ٣٠ ، ٣١ طبعة بيروت ، المعنى ويليه الشرح الكبير لابن قدامة الحلبي ج ٢ ص ٤٥٦ ، نيل الأوطار للشوكاني ج ٤ ص ٣٠٠ طبعة دار الحديث .





- ٤- وَعَنْ أُمِّ سَعْدِ الْأَنْصَارِيَّةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا (امْرَأَةُ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: [ لَيْمَ تَمَلَى مِنْ اسْتِفَادَ مَالًا رَحْمَةً ، حَتَّى يَحْوَلَ تَمَلِيهِ الْعَوْلُ ] (١).
- ٥- وَعَنْ أَنَسِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ : [ لَيْمَ فِي مَالِ رَحْمَةً حَتَّى يَحْوَلَ تَمَلِيهِ الْعَوْلُ ] (٢) .

وجه الدلالة :

في جميع هذه الأحاديث وغيرها دلالة واضحة وصريحة على أن المال المستفاد أيًا كان نوعه لا تجب فيه الزكاة إلا إذا حال عليه الحول وهو سنة قمرية كاملة .

وبما أن مكافأة نهاية الخدمة من الأموال المستفادة للعامل أو لذويه - إذا مات العامل قبل انتهاء خدمته - وليس له سلطان عليها قبل استحقاقها بالفعل ؛ فإنه لا تجب للزكاة فيها إلا بعد مرور سنة من تاريخ استحقاقها (٣) .

ثانيًا : الأثر :

١- عَنْ نَافِعِ بْنِ أَبِي عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ : [ مَنْ اسْتَفَادَ مَالًا مَالًا رَحْمَةً فِيهِ حَتَّى يَحْوَلَ تَمَلِيهِ الْعَوْلُ مِنْدَرَبِهِ ] (٤) .

٢- وعن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال : [ من استفاد مالا فلا زكاة فيه حتى يحول عليه العول مندربه ] (٥) .

٣- عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ بْنِ عَاصِمٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ : [ لَيْمَ فِي مَالِ رَحْمَةً حَتَّى يَحْوَلَ تَمَلِيهِ الْعَوْلُ ] (٦) .

الهداية ج ٢ ص ٢٢٢ كتاب : الزكاة ، ومصنف عبد الرزاق ج ٤ ص ٣٢ تحت رقم ٦٨٧٢ ، ج ٤ ص ٧٧ تحت رقم ٧٠٣٠ ، ج ٤ ص ٨٨ تحت رقم ٧٠٧٦ ، وسنن ابن ماجة ج ١ ص ٥٧١ تحت رقم ١٧٩٢ كتاب : الزكاة . باب : من استفاد مالا ، والسنن الكبرى للبيهقي ج ٤ ص ١٠٣ تحت رقم ٧١١١ ، باب : لا يعتد عليهم بما استفادوا من غير نتاجها حتى يحول عليه العول ، وقال الألباني في كتابه إرواه الغليل : صحيح ؛ وأخرجه تحت رقم ٧٨٧ ، ثم قال : أخرجه الترمذي وأبو داود وابن ماجة .

(١) الحديث رواه الطبراني في المعجم الكبير ج ٢٥ ص ١٢٧ تحت رقم ٣٣١ من حديث أم سعد الأنصارية امرأة زيد بن ثابت رضي الله عنها ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيتمي ج ٣ ص ٢٢٧ تحت رقم ٤٤٢٠ كتاب : الزكاة . باب : متى تجب الزكاة وقال الهيتمي : رواه الطبراني في الصغير والأوسط ورجاله رجال الصحيح .

(٢) سنن الدارقطني ج ٢ ص ٩١ تحت رقم ٥ كتاب : الزكاة . باب : وجوب الزكاة بالحول .

(٣) نيل الأوطار للشوكاني ج ٤ ص ٢٠٠ ، صحيح الترمذي مع شرح عارضة الأحوذني ج ٣ ص ١٢٥ .

(٤) الأثر رواه مالك في الموطأ ج ١ ص ٢٤٦ تحت رقم ٥٨٢ كتاب : الزكاة . باب : الزكاة في العين من الذهب والورق ، وأخرجه الترمذي في سننه ج ٣ ص ٢٥ تحت رقم ٦٣١ كتاب : الزكاة . باب : ما جاء في زكاة حلي المال المستفاد حتى يحول عليه العول ، وصحيح الترمذي مع شرح عارضة الأحوذني ج ٣ ص ١٢٥ ، ومصنف عبد الرزاق ج ٤ ص ٧٧ تحت رقم ٧٠٣٠ ، وسنن الدارقطني ج ٢ ص ٩٢ تحت رقم ٨ كتاب : الزكاة . باب : وجوب الزكاة بالحول ، ومسند الشافعي ج ١ ص ٩١ تحت رقم ٤٠٣ كتاب : الزكاة ، ومعرفة السنن والآثار للبيهقي تحت رقم ٢٤٠٨ ، ٢٤٢٦ كتاب : الزكاة . باب : إذا أفاد ماشية قبل الحول ، أصدق الماشية بحولها .

(٥) الأموال لأبي عبيد ص ٥٦٤ .

(٦) الأثر رواه الدارقطني في سننه ج ٢ ص ٩٢ تحت رقم ٨ كتاب : الزكاة . باب : وجوب الزكاة بالحول ، وكنز العمال ج ٦ ص ٨٥٠ تحت رقم ١٦٩١١ ، عارضة الأحوذني شرح صحيح الترمذي ج ٣ ص ١٢٦ .

وجه الدلالة من هذه الآثار :

في هذه الآثار دلالة صريحة وواضحة على أنه لا تجب الزكاة في المال سواء أكان مستفاداً أم غيره إلا إذا حال عليه الحول ، وبالتالي فإن مكافأة نهاية الخدمة لا يجب فيها الزكاة إلا إذا حال عليها الحول .

٤- عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عُبَيْدَةَ مَوْلَى الزُّبَيْرِ أَنَّهُ سَأَلَ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ عَنْ مَكَاتِبَ لَهُ قَاطِعَةٌ بِمَالٍ عَظِيمٍ هَلْ عَلَيْهِ فِيهِ زَكَاةٌ ؟ فَقَالَ الْقَاسِمُ : [ إِنْ آتَا بِطَرِ السَّحْبِيقِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَهُ بِمَنْ يَأْخُذُ مِنْ مَالِ زَكَاةً حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ ] (١) .

٥- قَالَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ : [ كَانَ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِذَا أُعْطِيَ النَّاسَ أُعْطِيَاتِهِمْ يَسْأَلُ الرَّجُلَ هَلْ عِنْدَكَ مِنْ مَالٍ وَجِبْتَ عَلَيْكَ فِيهِ الزَّكَاةُ ؟ فَإِذَا قَالَ نَعَمْ ؛ أَخَذَ مِنْ عَطَائِهِ زَكَاةً ذَلِكَ الْمَالِ ، وَإِنْ قَالَ لَا ؛ اسْتَلَمَ إِلَيْهِ عَطَاءَهُ وَلَمْ يَأْخُذْ مِنْهُ شَيْئًا ] (٢) .

٦- عَنْ عُمَرَ بْنِ حُسَيْنٍ عَنْ عَائِشَةَ بِنْتِ قَدَامَةَ عَنْ أَبِيهَا أَنَّهُ قَالَ : [ كُنْتُ إِذَا جِئْتُ مَخْضَمَانَ بْنَ مَخْضَمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَفْبَحُ مَخْلَبِي سَأَلَنِي هَلْ مِثْلُكَ مِنْ مَالٍ وَجِبْتَ عَلَيْكَ فِيهِ الزَّكَاةُ ؟ قَالَ : فَإِنْ قُلْتُ ، نَعَمْ ، أَخَذَ مِنْ مَخْلَبِي زَكَاةً حَتَّى يَحُولَ الْمَالُ ، وَإِنْ قُلْتُ ، لَا ، دَفَعَهُ إِلَيَّ مَخْلَبِي ] (٣) .

٧- عن معمر بن أيوب قال : كتب عمر بن عبد العزيز : [ لا يؤخذ من الأرباح صدقة إذا كان أصل المال قد رُحِيَ حتى يحول عليه الحول ] (٤) .

٨- عن الثوري في رجل غلبه العدو على ألف درهم فاستخرجها بعد سنة ، قال : ليس عليه فيه زكاة حتى يحول عليه الحول من يوم أخذه ، لانه كان مستهلكا ، لو غلب عليه المسلمون اقتسموه (٥) .

٩- قَالَ مَالِكٌ : الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي إِجَارَةِ الْعَبِيدِ وَخَرَاجِهِمْ وَكِرَاءِ الْمَسَاكِينِ وَكِتَابَةِ الْمَكَاتِبِ أَنَّهُ لَا تَجِبُ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ لِلزَّكَاةِ قُلْ ذَلِكَ أَوْ كَثُرَ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ مِنْ يَوْمٍ يَبْضُغُهُ صَاحِبُهُ (٦) .

(١) الأثر رواه مالك في الموطأ ج ١ ص ٢٤٦ تحت رقم ٥٨٢ كتاب : الزكاة . باب : الزكاة في العين من الذهب والورق ، والمنقلى للباقي ج ٢ ص ٩٢ ، ومعرفة السنن والآثار للبيهقي تحت رقم ٢٤٢٧ كتاب : الزكاة . باب : إذا أفاد مائتة قبل الحول ، صدق المائتة بحولها ، وكثر المال ج ٦ ص ٨٩٢ تحت رقم ١٦٨٤٨ .

(٢) الحديث رواه مالك في الموطأ ج ١ ص ٢٤٦ تحت رقم ٥٨٢ كتاب : الزكاة . باب : الزكاة في العين من الذهب والورق ، والمنقلى للباقي ج ٢ ص ٩٢ ، الأموال لأبي عبيد ص ٥٦٣ ، ومعرفة السنن والآثار للبيهقي تحت رقم ٢٤٢٧ كتاب : الزكاة . باب : الوقت الذي تجب فيه الصدقة ، وكثر المال ج ٦ ص ٨٢٧ تحت رقم ١٦٨٤٢ .

(٣) موطأ مالك ج ١ ص ٢٤٦ تحت رقم ٥٨٢ كتاب : الزكاة . باب : الزكاة في العين من الذهب والورق .

(٤) الأثر رواه عبد الرزاق في مصنفه ج ٤ ص ٨٠ تحت رقم ٧٠٤٣ .

(٥) الأثر رواه عبد الرزاق في مصنفه ج ٤ ص ١٠٣ تحت رقم ٧١٢٦ .

(٦) موطأ مالك ج ١ ص ٢٤٦ تحت رقم ٥٨٢ كتاب : الزكاة . باب : الزكاة في العين من الذهب والورق .

١٠- وَقَالَ مَالِكٌ : السُّنَّةُ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَا تَجِبُ عَلَيَّ وَارِثٌ فِي مَالٍ وَرِثَةٌ لِلزَّكَاةِ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ<sup>(١)</sup> .

١١- أخبرنا الشافعي قال : أخبرنا مالك ، عن عمر بن حسين ، عن عائشة بنت قدامة ، عن أبيها قال : [ كنت إذا جئت عثمان بن عفان رضي الله عنه أقبض منه عطائي ، سألتني : هل عندك من مال وجبت فيه الزكاة ؟ فإني قلت : نعم ، أخذ من عطائي زكاة ذلك المال ، وإن قلت : لا ، دفع إلي عطائي ]<sup>(٢)</sup> .

وجه الدلالة :

من هذه الآثار كلها يتبين أن الخلفاء كانوا يعطون الأعمالي لمستحقها وهي من قبيل الأموال المستفادة مثل مكافأة نهاية الخدمة ؛ ولو كان الواجب في الزكاة من وقت استحقاقها ودخولها في ملك مستحقها لأخذها الخلفاء عند دفعها إليهم ؛ بدليل أنهم كانوا يسألونهم عن زكاة أموالهم الأخرى التي هي عندهم ، ولو كانت الزكاة واجبة في هذه الأموال [ الأعمالي ] في وقت استحقاقها وقبل حلول الحول لوجب أخذها من قبل الخلفاء من باب أولى ؛ خاصة وأنها ما زالت بين أيديهم<sup>(٣)</sup> .

• يقول ابن رشد الحفيد :

[ وأما وقت الزكاة فإن جمهور الفقهاء يشترطون في وجوب الزكاة في الذهب والفضة والمائنية الحول ؛ لثبوت ذلك عند الخلفاء الأربعة ، ولانتشاره في الصحابة رضي الله عنهم ، ولانتشار العمل به ، ولاعتقادهم أن مثل هذا الانتشار من غير خلاف لا يجوز أن يكون إلا عن توقيف .... ثم قال : [ وهذا مجمع عليه عند فقهاء الأمصار وليس فيه من الصدر الأول خلاف إلا ما روي عن ابن عباس ومعاوية رضي الله عنهما ]<sup>(٤)</sup> .

ثالثاً : المعقول :

١- أن الزرع والثمار وما يخرج من المعدن الزكاة فيه ساعة يحصل منه النصاب ولا يشترط فيه لوجوب الزكاة حولان الحول ؛ لأنه قد تكامل نماؤه عند حصاد الحب وخروج العين من المعدن ، وبالتالي لا نماء له من جنس النماء الأول ، أما مكافأة نهاية الخدمة فهي مال مستفاد لابد وأن يراعى لإخراج الزكاة فيها من مدة يتمكن فيها صاحبها من نمائه فيها ، وهذه المدة قد تحددت بحولان الحول ؛ فدل ذلك على أنه لا زكاة في مكافأة نهاية الخدمة إلا إذا حال عليها الحول .

(١) نفس المرجع السابق ج ١ ص ٢٥٢ تحت رقم ٥٩٢ كتاب : الزكاة . باب : زكاة الموراث .  
(٢) معرفة السنن والآثار للبيهقي تحت رقم ٢٤٢٨ كتاب : الزكاة . باب : الوقت الذي تجب فيه الصدقة .  
(٣) الأموال لأبي عبيد ص ٥٦٤ ، المنتقى للباقي ج ٢ ص ٩٢ .  
(٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج ١ ص ٢٧٨ .

• ويقول الباجي معلقاً على أثر ابن عمر رضي الله عنهما (١) :

[ ..... قَوْلُهُ لَا تَجِبُ فِي مَالِ زَكَاةٍ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ يُرِيدُ بِذَلِكَ الْمَاشِيَةَ وَالْعَيْنَ فَأَمَّا الزَّرْعُ وَالنَّمَارُ وَمَا يَخْرُجُ مِنَ الْمَعْدِنِ فَإِنَّ الزَّكَاةَ فِيهِ سَاعَةٌ يَحْصُلُ مِنْهُ النَّصَابُ وَكَأَيُّهَا فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ الْحَوْلُ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْحَوْلَ إِنَّمَا ضَرْبٌ فِي الْعَيْنِ وَالْمَاشِيَةَ لِنَتَاكُمِ النَّمَاءِ فِيهِمَا فَإِذَا مَرَّتْ مَدَّةُ لِنَتَاكُمِ النَّمَاءِ فِيهَا وَجَبَتْ لِلزَّكَاةِ وَأَمَّا الزَّرْعُ وَالْمَعْدِنُ وَمَا أَشْبَهَهُمَا فَإِنَّ تَكَاكُلَ نَمَائِهِ عِنْدَ حَصَادِ الْحَبِّ وَخُرُوجِ الْعَيْنِ مِنَ الْمَعْدِنِ وَكَأَيُّهَا لَمْ يَبْعُدْ ذَلِكَ مِنْ جِنْسِ النَّمَاءِ الْأَوَّلِ ، وَإِنَّمَا لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ نَمَاءٌ مِنْ جِنْسٍ آخَرَ وَهُوَ تَصْرِيْفُ الزَّكَاةِ الَّتِي يُعْتَبَرُ فِيهَا الْحَوْلُ فَلِذَلِكَ وَجَبَتْ الزَّكَاةُ فِي الْحَبِّ يَوْمَ الْحَصَادِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى وَأَتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ ] (٢) .

٢- ما جعل الحول إلا للتمكن من نماء المال ، ومكافأة نهاية الخدمة لا تجب الزكاة فيها إلا بعد التمكن من نمائها ؛ لأنها من الأموال للنامية في جنسها ؛ فدل ذلك على أنه يجب حولان الحول على مكافأة نهاية الخدمة من وقت قبضها حتى تجب الزكاة فيها .

٣- إذا ثبت باتفاق أن ما يأخذه السيد من عبده من أموال الكتابة لا يجب فيها الزكاة إلا بعد حولان الحول ؛ فإن مكافأة نهاية الخدمة يجب أن يحول عليها الحول لإخراج الزكاة فيها من باب أولى (٣) .

٤- احتياج العامل لاستثمار هذه المكافأة بعد انتهاء عمله وبالتالي انقطاع مورد رزقه من الراتب الشهري الذي يستحقه ؛ لخير دليل على أن هذه المكافأة يجب أن يحول عليها الحول حتى تجب فيها الزكاة .

واستدل المذهب الثاني للقاتل : بأن المال المستفاد تجب فيه الزكاة بمجرد الحصول عليه وبالتالي تجب الزكاة في مكافأة نهاية الخدمة بمجرد الحصول عليها ولا يشترط فيها حولان الحول، وذلك بالأثر والقياس والمعقول :

أولاً: الأثر :

١- يقول ابن عباس رضي الله عنه في الرجل يستفيد المال : [ يَرْجُوهُ يَوْمَ يَسْتَفِيدُهُ ] (٤) .

(١) عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا كَانَ يَقُولُ : [ لَا تَجِبُ فِي مَالِ زَكَاةٍ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ ] وَقَدْ رَوَاهُ الْإِمَامُ مَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ ج ١ ص ٢٤٦ تَحْتَ رَقْمِ ٥٨٢ كِتَابُ الزَّكَاةِ . بَابُ : الزَّكَاةُ فِي الْعَيْنِ مِنَ الذَّهَبِ وَالزَّرْعِ .

(٢) الْمُتَّفَقِيُّ شَرَحَ الْمَوْطَأَ لِلْبَاجِيِّ ج ٢ ص ٩٥ .

(٣) نَفْسُ الْمَرْجِعِ السَّابِقِ ج ٢ ص ٩٢ ، زَادَ الْمَعَادُ فِي هَدْيِ خَيْرِ الْعِبَادِ لِابْنِ قَيْمٍ الْجَوْزِيَّةِ ج ٢ ص ٦ تَحْقِيقُ شَعِيبِ الْأَرْنَؤُوطِ وَعَبْدِ الْقَادِرِ الْأَرْنَؤُوطِ ، طَبِعَ وَتَوَزَّعَ دَارُ الرِّيَانِ لِلتَّرَاثِ ؛ حَيْثُ يَقُولُ : [ ثُمَّ إِنَّهُ أَوْجِبَهَا مَرَّةً كُلَّ عَامٍ وَجَعَلَ حَوْلَ الزَّرْعِ وَالنَّمَارِ عِنْدَ كَمَالِهَا وَاسْتَوَانِهَا وَهَذَا أَخَذَ مَا يَكُونُ إِذْ وَجُوهُهَا كُلُّ شَهْرٍ أَوْ كُلَّ جُمُعَةٍ يَضُرُّ بَارِيَابِ الْمَوْطَأِ وَوَجُوهُهَا فِي الْعُمْرِ مَرَّةً مِمَّا يَضُرُّ بِالْمَسَاكِينِ فَلَمْ يَكُنْ أَخَذَ مِنْ وَجُوهِهَا كُلَّ عَامٍ مَرَّةً ] .

• ثُمَّ قَالَ : [ ثُمَّ إِنَّهُ قَالَتْ بَيْنَ مَقَابِيرِ الرَّاجِبِ بِحَسْبِ سَعْيِ أَرْتَابِ الْمَوْطَأِ فِي تَخْصِيلِهَا ؛ فَارْتَجَبَ الْخُمْسُ فِيمَا صَادَقَهُ الْبَيْتَانُ مَجْمُوعًا مُحْصَلًا مِنَ الْمَوْطَأِ وَهُوَ الرِّكَازُ ، وَلَمْ يُعْتَبَرْ لَهُ حَوْلًا بَلْ أَوْجِبَ فِيهِ الْخُمْسُ مَتَى ظَفَرَ بِهِ ] .

(٤) الْأَمْوَالُ لِأَبِي عُبَيْدٍ تَحْتَ رَقْمِ ٨٦٦ ص ٥٦٤ ، ٥٦٥ .

٢- عن هُبَيْرَةَ بنِ يَزِيدٍ قال : كَانَ عَبْدُ اللَّهِ بنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يُعْطِينَا الْعَطَاءَ فِي زَيْلٍ (١) صَغِيرٍ ثُمَّ يَأْخُذُ مِنْهُ الزَّكَاةَ (٢).

٣- وروى عن معاوية وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهما أنهما كانا يفتلان كما كان يفعل عبد الله بن مسعود رضي الله عنه (٣).

٤- أخبرنا الشافعي قال : أخبرنا مالك ، عن ابن شهاب قال : [ أول من أخذ من الأغطية الزكاة معاوية ] (٤).

٥- ونقل هذا المذهب عن الناصر والصادق والباقر وبعض علماء الكوفة (٥).  
وجه الدلالة :

من هذه الآثار جميعها يتبين أن المال المستفاد لا يشترط فيه حولان حتى تجب الزكاة فيه ، وإنما تجب الزكاة فيه بمجرد استحقاقه وقبضه بالفعل ؛ مما يدل على أن مكافأة نهاية الخدمة يجب فيها الزكاة بمجرد القبض ؛ لأنها من قبيل المال المستفاد ، ولا يشترط فيها حولان الحول .

نوقش هذا بما يأتي :

١- أن هذه الآثار معارضة للأحاديث والآثار التي استدلت بها الفريق الأول مع صحة وقوة هذه الأحاديث والآثار .

٢- وتوفيقاً بين هذه الآثار التي استدلت بها الفريق الثاني والأحاديث والآثار التي استدلت بها الفريق الأول ، وذلك على فرض صحة كل منهما ، وإعمالاً للقاعدة التي تقول: إعمال الكلام خير من إهمال بعضه والعمل بالبعض الآخر، والتوفيق بين الأدلة خير من العمل بأحدها وترك الآخر ؛ فإنه يمكن تأويل هذه الآثار التي استدلت بها الفريق الثاني بما يلي :

• أنهم كانوا يعتقدون أن الزكاة في هذه العطاءات ولجبة على من خرجت إليه ؛ لأنهم كانوا يعتقدون أنها قد دخلت في ملك المستحقين لها قبل دفعها إليهم ، وأنه قد حال عليها الحول قبل ذلك ؛ فجرت مجرى الأموال المشتركة يجري فيها الحول وقت اشتراكها .

(١) زَيْلٌ : جمع زَيْلٍ على وزن كريم ، وهو المكمل . أنظر : المصباح المنير - مادة : زيل .  
(٢) معرفة السنن والآثار للبيهقي تحت رقم ٢٤٣٠ كتاب : الزكاة . باب : الوقت الذي تجب فيه الصدقة ، واللفظ له ، الأموال لأبي عبيد ص ٥٦٥ ، المنتقى للباي ج ٢ ص ٩٥ كتاب : الزكاة . باب : الزكاة في العين من الذهب والورق ، والمعجم الكبير للطبراني تحت رقم ٩٤٧٧ بلفظ : حَكَّنَا إِسْحَاقُ بنَ إِزْرَاهِيمَ ، عَنْ عَبْدِ الرَّزَّاقِ ، عَنْ الثَّوْرِيِّ ، عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ ، عَنْ هُبَيْرَةَ بنِ يَزِيدٍ ، عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : [ كَانَ يُعْطِينَا الْعَطَاءَ ، ثُمَّ يَأْخُذُ زَكَاةَهُ ] ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيتمي - كتاب : الزكاة . باب : أخذ الزكاة من العطاء ، وقال : رواه الطبراني ، ورجاله رجال الصحيح خلا هبيرة وهو ثقة .

(٣) مجمع الزوائد للهيتمي ج ٣ ص ٦٨ طبعة دار الكتاب العربي - بيروت - الطبعة الثانية سنة ١٩٨٢م .

(٤) معرفة السنن والآثار للبيهقي تحت رقم ٢٤٢٩ كتاب : الزكاة . باب : الوقت الذي تجب فيه الصدقة .

(٥) مجمع الزوائد للهيتمي ج ٣ ص ٦٨ .

- وأن سيدنا أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعثمان ابن عفان رضي الله عنهم لم يكونوا يأخذون من هذه العطاءات الزكاة ؛ لأنه لم يتحقق ملك من أخذها إلا بعد الإعطاء والقبض<sup>(١)</sup>.
- ويمكن تأويل قول ابن عباس رضي الله عنه حينما سئل في الرجل يستفيد المال ؛ قال : [ يزكيه يوم يستفيده ] :

بأن ابن عباس رضي الله عنهما أراد زكاة ما تُخرج الأرض من الزروع والثمار ، وأن أهل المدينة يسمون الأرض أموالاً<sup>(٢)</sup> .

لذا قال أبو عبيد معلقاً : ولكني أراه [ أي ابن عباس رضي الله عنه ] أراد زكاة ما تُخرج الأرض ؛ فإن أهل المدينة يسمون الأرضين أموالاً ، ولا تعلم في السنة مالاً يجب فيه الصدقة حين يملكه ربه سوى ما تُخرج الأرض ؛ فإن لم يكن ابن عباس رحمه الله أراد هذا ؛ فلا أدري ما وجه حديثه<sup>(٣)</sup> .

- ويمكن تأويل أثر ابن مسعود رضي الله عنه [ كَانَ يُعْطِينَا الْعَطَاءَ ، ثُمَّ يَأْخُذُ زَكَاتَهُ ] :
- بأن ابن مسعود رضي الله عنه كان يأخذ الزكاة الواجبة على مستحقي العطاء في أموال عندهم حال عليها الحول<sup>(٤)</sup> .

وهذا التأويل هو المنهج الذي كان يسلكه الخلفاء الراشدون ، ولا يستبعد أنهم وجهوا ولايتهم وعمالهم إلى أن يلتزموه في ولاياتهم .

- ويمكن تأويل الأثر المروي عن معاوية رضي الله عنه : [ أَنَّهُ كَانَ يَأْخُذُ الزَّكَاةَ مِنَ الْأَمْطِيَةِ ] بأن معاوية رضي الله عنه كان يعتقد أن الزكاة فيها واجبة على من خرجت إليه ؛ لأنه كان يعتقد أنها قد دخلت في ملك المستحقين قبل دفعها إليهم ، وأنه قد حال عليها الحول قبل ذلك ؛ فجرت عنده مجرى الأموال المشتركة يجري فيها الحول حال اشتراكها<sup>(٥)</sup> .
- ويمكن تأويل الأثر المروي عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه : [ أَنَّهُ كَانَ يَأْخُذُ الزَّكَاةَ مِنَ الْعَطَاءَاتِ وَالْعَمَالَاتِ وَالْمَطَالِ وَالْجَوَانِزِ ] : بأن العطاءات يقال فيها ما قيل في أثر معاوية رضي الله عنه السابق .

وبأن العمالات فأمر تأويل عمر بن عبد العزيز فيها أقرب وأوضح ؛ لأن الفقهاء قد اختلفوا في وقت العمالة وهي الأجرة ؛ فلقد رأى بعضهم أن ملكها يقع عند تمام العقد لا عند حلول أجلها التي تؤدي فيه .

وبأن المظالم فإنه يحتمل أنه اعتبر ملك أصحابها باقياً عليها من وقت أخذها منهم ظلماً .

(١) المنتقى للباي ج ٢ ص ٩٥ .

(٢) الأموال لأبي عبيد ص ٥٦٥ .

(٣) نفس المرجع السابق ص ٥٦٦ .

(٤) نفس المرجع السابق ص ٥٦٤ .

(٥) المنتقى للباي ج ٢ ص ٩٥ .

ويؤيد ذلك : ما رواه مالك عن أيوب بن أبي تميمة السخيتاني أن عمر بن عبد العزيز كتب في مال قبضة بعض النواة ظلماً يأمر برده إلى أهله ويؤخذ زكاته لما مضى من السنين ، ثم عتب بعد ذلك بكتاب أن لا يؤخذ منه إلا زكاة واحدة فإنه كان ضميراً (١) ، وهو الأصل الذي اتخذها مالك في زكاة المال الضمار .

• قال الباجي : [ أن الزكاة تجب في العين بأن يتمكن من تميمته ، ولما تكون في يد غيره وهذا مال قد زال عن يده إلى يد غيره ومنع هذا عن تميمته ؛ فلم تجب عليه غير زكاة واحدة وهذا حكم المال المغضوب الذي كان مما يرجو رده إليه تطوعاً أو بحكم فإنه لا يركبه إلا لعام واحد ؛ ووجه ذلك أن المال قد نض (٢) في يده في طرفي الحول ولو كانت أحوالاً فإنه حصل منها حول واحد نض في طرفيه المال في يد صاحبه وكما اعتبار بما بين ذلك ؛ لأن الغاصب لو غصبه منه يوماً ، ثم رده إليه لم يعتبر ذلك في إسقاط الزكاة عنه في ذلك الحول لو غصبه منه ثم حال الحول لم تجب عليه فيه زكاة حتى يرده إليه فتجب عليه فيه زكاة فنبت أن للاعتبار بخصوص المال في يد صاحبه طرفي الحول ، والله أعلم ] (٣) .

٣- لا يوجد في السنة ما يدل لا من قريب ولا من بعيد على أن المال تجب فيه الزكاة حين يملكه ربه سوى ما تخرج من الأرض من ركاز وكنز وزرع .... الخ (٤) .

(١) الضمار الضمير والضمير مثل الضمير والعسر العسر والهزال ولحاق البطن ، واضمرت الشيء أخفته ، واضمرت الأرض غيبته إما بموت وإما بسفر .

• والضمار من المال الذي لا يرجى رجوعه .  
• الضمائر : ما لا يرجى من الدين والأخذ وكل ما لا تكون منه على ثقة .  
• ومنه قول عمر بن عبد العزيز رحمه الله في كتابه إلى ميمون بن مهران في أموال المظالم التي كانت في بيت المال أن يردها ولا يأخذ زكاتها فإنه كان مالا ضميراً لا يرجى .  
• الضمار : هو الغائب الذي لا يرجى فإذا رجع فليس ضميراً من اضمرت الشيء إذا غيبته . موطأ الإمام مالك ج ١ ص ٢٥٣ تحت رقم ٥٩٤ كتاب : الزكاة . باب : الزكاة في الدين .

(٢) النض : نضيض الماء كما يخرج من حجر ؛ نض الماء نضاً ونضياً سأل .  
• وقيل : سأل قليلاً قليلاً .

• وقيل : خرج رشحاً وبثر نضوض إذا كان ماؤها يخرج كذلك .  
• والنض : الدرهم الصانيت ، والناض من المتاع : ما تحول ورقاً أو عيناً  
• قال الأصمعي : اسم الدراهم والدنانير عند أهل الحجاز الناض والنض ؛ وإنما يسمونه ناضاً إذا تحول عيناً بعدما كان مئاه ؛ لأنه يقال ما نض بيدي منه شيء .

• قال ابن الأعرابي : النض الإظهار والنض الحاصل يقال خذ ما نض لك من غريمك ، وخذ ما نض لك من دين أي تيسر ؛ وهو يستنض حقه من فلان ؛ أي يستجزه ويأخذ منه الشيء بعد الشيء .

• ومنه الخبر : [ خذ صدقة ما نض من أموالهم ] ؛ أي ما ظهر وحصل من ثمن أموتهم وغيرها .  
• وفي حديث عمر رضي الله عنه : [ كان يأخذ الزكاة من ناض المال هو ما كان ذهباً أو فضة ]

• وفي الحديث عن عكرمة : [ إن الشريكين إذا أراد أن يتفرقا يتقسمان ما نض من أموالهما ولا يتقسمان الدين ]  
• قال شمر : ما نض ؛ أي ما صار في أيديهما وبينهما من العين ، وكره أن يتقسم الدين ؛ لأنه ربما استوفاه أحدهما ولم يستوفيه الآخر فيكون ربا ؛ ولكن يتقسمانه بعد القبض عيناً أو ورقاً ] ، ووصف رجل بكثرة المال ؛ فقيل : أكثر الناس ناضاً . أنظر باستفاضة : لسان العرب لابن منظور ج ٧ ص ٣٦ مادة : نضض .

(٣) نفس المرجع السابق ج ٢ ص ١١٣ .  
(٤) الأموال لأبي عبيد ص ٥٦٤ .

ثانياً : القياس :

١- قياس المال المستفاد مثل مكافأة نهاية الخدمة على الزروع والثمار بجامع أن كليهما رزق أدخله الله عز وجل على المسلم ؛ وعدالة الشارع الحكيم تقتضي عدم التمييز بينهما (١) .

أجيب عن هذا القياس :

• بأن هذا القياس باطل لأنه معارض للنصوص التي استدل بها الفريق الأول من الأحاديث والآثار التي سبق أن ذكرناها .

• وأيضاً هذا القياس غير صحيح لأنه يجب ترك فرصة للمسلم المالك للمال ليستغل فيها ماله ، وهذه المدة حددها الشارع الحكيم سنةً ، أما الزروع والثمار فإنها قد اكتمل نضجها ونماؤها فلن تنمو من جنسها لو تركت سنةً فجعل فيها الشارع الحكيم الزكاة بمجرد حصادها ؛ قال الله تعالى: ﴿ وَهُوَ الَّذِي أَنشَأَ جَنَّاتٍ مَعْرُوشَاتٍ وَغَيْرَ مَعْرُوشَاتٍ وَالنَّخْلَ وَالزَّرْعَ مُخْتَلِفًا أَكْلُهُ وَالزَّيْتُونَ وَالرِّمَانَ مُتَشَابِهًا وَغَيْرَ مُتَشَابِهٍ كُلًّا مِمَّنْ نَمَرَهُ إِذَا أَنزَلْنَا لَهُمُ الْغُيُومَ فَسَاءَ لَهُمْ حَصَادُهَا وَلَا يُسْرِفُونَ فِيهَا لِئَلَّا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ ﴾ (٢) .

ثالثاً : المعقول :

١- مصلحة الفقراء والمساكين تقتضي عدم اشتراط الحول فيما يستفاد من أموال كمكافأة نهاية الخدمة ، وبالتالي تجب فيها الزكاة من يوم قبضها .

٢- مقاصد الشريعة الإسلامية تقتضي وجوب زكاة ما يستفاد من الأموال وقت قبضها ؛ لأن في ذلك غرس لمعاني البر والبذل والمواساة والعطاء في نفس المسلم .

نوقش هذا :

بأن هذا يتعارض مع ما صح وقوي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وصحابته الكرام، والرسول صلى الله عليه وسلم لا ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى ، والذي قال به المصطفى صلى الله عليه وسلم من وجوب حولان الحول في المال المستفاد ؛ فيه مصلحة لصاحب المال من جهة أنه يُستغل هذا المال فيما أحل الله عز وجل لمدة عام كامل ، وهذا فيه من زيادة الربح والمال ، وكذلك فيه مصلحة للفقراء والمساكين أيضاً وفيه غرس لمعاني البر والبذل ؛ لأن صاحب المال حينما يربح في المال الذي استفاده فإنه سيخرج الصدقات الكثيرة ، ومنها زكاة ماله التي هي حق الفقراء للمساكين ..... الخ .

الراجع :

والذي نميل إلى ترجحه والعمل به هو القول الأول القائل : بأن مكافأة نهاية الخدمة لا

تجب فيها الزكاة إلا بعد حولان الحول ، وذلك لما يأتي :

(١) د. يوسف القرضاوي - فقه الزكاة - ج ١ ص ٥٠٥ طبعة مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان سنة ١٩٩٣ م .  
(٢) سورة الأنعام آية رقم ١٤١ .



- ١- قوة أدلتهم وسلامتها من المعارض الراجح .
  - ٢- أن جميع الأحاديث التي استدل الفريق الأول بها صحيحة وقوية ؛ فبعضها حسن بنفسه ، وبعضها حسن لغيره .
  - ٣- أن الأحاديث التي استدل بها الفريق الأول يقوي بعضها بعضاً .
  - ٤- أن الخلفاء الراشدين قد تمسكوا بهذه الأحاديث .
  - ٥- عمل الأمة الإسلامية بمقتضى هذه الأحاديث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا .
  - ٦- لو هدمت الأحاديث التي اشترطت الحول كما يدعي القول الثاني النافي لاشتراط الحول في زكاة الأموال المستفادة مثل مكافأة نهاية الخدمة ؛ لأدى ذلك إلى أن المال لا يزكى عليه في العمر إلا مرة واحدة .
  - ٧- آثار الصحابة رضوان الله عليهم الدالة على اشتراط الحول في المال المستفاد مثل مكافأة نهاية الخدمة أقوى دلالة من المراد من آثار الصحابة التي وردت بعدم اشتراط حولان الحول في المال المستفاد مثل مكافأة نهاية الخدمة وذلك لعدة أسباب نوجزها فيما يلي :
- أ - أن الآثار الدالة على اشتراط الحول في المال للمستفاد مبيّنة لمنهج الخلفاء الراشدين ؛ وذلك في وقت كانت لهم فيه قيادة الأمة الإسلامية .
  - ب - شهادة رسول صلى الله عليه وسلم للخلفاء الراشدين بالهداية ، وأمره للأمة بأسرها أن تلتزم بسنتهم مع سنته صلى الله عليه وسلم ؛ وذلك بقوله صلى الله عليه وسلم : [ أصحابي كالنجوم ، بأيها اقتديتُم اقتديتُم ] (١) .

(١) التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر ج ٤ ص ١٩٠ تحت رقم ٢٥٩٤ كتب القضاء . باب : أدب القضاء ، طبعة سنة ١٣٨٤ هـ - ١٠٦٤ م تحقيق/ السيد عبد الله هاشم اليماني المنفي ، وقال النووي : عَدَدُ بَنِي حُمَيْدٍ فِي مُتَدَوِّهِ مِنْ طَرِيقِ حَمْزَةِ الْأَسْبِيبِ ، عَنِ نَافِعٍ ، عَنِ ابْنِ حُمْرٍ ، وَحَمْزَةُ ضَعِيفٌ جَدًّا ، وَرَوَاهُ الدَّارِقُطِيُّ فِي غُرَائِبِ مَالِكٍ مِنْ طَرِيقِ جَمِيلِ بْنِ زَيْدٍ ، عَنِ مَالِكٍ ، عَنِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، عَنِ أَبِيهِ ، عَنِ حَابِرٍ ، وَجَمِيلِ بْنِ زَيْدٍ ، وَكَأَنَّ أَسْلَافَهُ فِي حَيْثُ مَالِكٍ وَكَأَنَّ مِنْ فَوْقِهِ ، وَتَكَرَّرَ الْفَرَّازُ مِنْ رِوَايَةِ عَبْدِ الرَّحِيمِ بْنِ زَيْدِ الْعَمِّيِّ عَنِ أَبِيهِ ، عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ الشَّيْبَانِيِّ ، عَنِ حُمْرٍ ، وَعَدَدُ الرَّحِيمِ كَذَّابٌ ، وَمَنْ حَيْثُ لَمْ يَأْتِ بِإِسْلَامِهِ وَأَبُوهُ ، وَرَوَاهُ الْأَصْبَاحِيُّ فِي مُسْتَدْرِكَ الشُّهَابِ لَهُ مِنْ حَيْثُ النَّعْمَانِ ، عَنِ أَبِي صَالِحٍ ، عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ ، وَفِي إِسْنَادِهِ جَعْفَرُ بْنُ عَبْدِ الْوَاحِدِ الْهَمْدِيُّ وَهُوَ كَذَّابٌ ، وَرَوَاهُ أَبُو زُرَّارٍ الْهَرَوِيُّ فِي كِتَابِ إِسْنَادِهِ مِنْ حَيْثُ بَنِيكَ ، عَنِ جَعْفَرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحِيمِ بْنِ مَرْزُوقٍ ، وَهُوَ فِي حَايَةِ الضَّعْفِ ، قَالَ أَبُو بَكْرِ الْفَرَّازُ : هَذَا الْكَلَامُ لَمْ يَصِحَّ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ ، وَمَشَاكِلَةُ الْمُصَالِحِ لِلتَّبْرِيذِيِّ ج ٣ ص ٣١٠ تحت رقم ٦٠٠٩ نشر/ المكتب الإسلامي - بيروت . الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م تحقيق/ محمد ناصر الألباني ، وقال عنه الألباني : باطل وموضوع . وميران الاعتدال في نقد الرجال للذهبي من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ج ٢ ص ١٦١ تحت رقم ١٥١٢ طبعة دار الكتب العلمية - بيروت . الطبعة الأولى سنة ١٩٩٥ م تحقيق/ الشيخ علي محمد معصوم ، وختم الخفاء للمعجمي تحت رقم ٣٨ ؛ وقال : رواه البيهقي وأسنده النجاشي عن ابن عباس بلفظ : [ أصحابي بمنزلة النجوم في السماء بأيهم اقتديتم اهتديتم ] ، وخلاصة البدر المنير لابن الملقن الأنصاري تحت رقم ٢٨٦٨ ج ٢ ص ٤٦ الطبعة الأولى سنة ١٤١٠ هـ تحقيق/ حمدي عبد الحميد السلفي .

ج - أن المنهج القائل باشتراط حولان الحول في المال المستفاد وهو الأكثر شيوعاً وإتباعاً من علماء وفقهاء الأمة الإسلامية .

د - التزام أهل الحل والعقد بالمنهج القائل باشتراط حولان الحول في المال المستفاد وسلامة أدلته من المعارضة لخير دليل على قوة انتسابه إلى الشرع الحكيم .

هـ - احتمال تأويل الآثار الدالة على اشتراط حولان الحول من الصعوبة بمكان ؛ وذلك بعكس إمكان تأويل الآثار النافية لاشتراط الحول في المال المستفاد ومنه مكافأة نهاية الخدمة .

٨- يمكن تأويل بعض الآثار التي استدل بها من قال بعدم اشتراط حولان الحول في وجوب زكاة الأموال المستفادة ومنها مكافأة نهاية للخدمة ؛ وذلك كما قال بتأويلها الباجي في كتاب المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ؛ حيث قال : [ قَوْلُهُ أَوَّلُ مَنْ أَخَذَ مِنَ الْأَعْطِيَةِ الزَّكَاةَ مُعَاوِيَةَ يُرِيدُ أَنَّهُ كَانَ يَأْخُذُ مِنْ نَفْسِ الْأَعْطِيَةِ لِلزَّكَاةِ وَيَعْتَقِدُ أَنَّ الزَّكَاةَ فِيهَا وَاجِبَةٌ عَلَى مَنْ خَرَجَتْ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا كَانَتْ لَهُمْ قَبْلَ نَفْعِهَا إِلَيْهِمْ فَجَرَتْ عِنْدَهُ مَجْرَى الْأَمْوَالِ الْمَشْرُوكَةِ يَجْرِي فِيهَا الْحَوْلُ فِي حَالِ اسْتِرَاكِهَا وَأَمَّا أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ وَعَثْمَانُ فَلَمْ يَكُونُوا يَأْخُذُونَ مِنْهَا الزَّكَاةَ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ يَتَحَقَّقْ مَلِكٌ مِنْ أُعْطِيَتِهَا لَهَا إِلَّا بَعْدَ الْإِعْطَاءِ وَالْقَبْضِ ؛ لِأَنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ يَصْرِفَهَا إِلَى غَيْرِهِمْ إِذَا أَذَاهُ اجْتِهَادُهُ إِلَى ذَلِكَ فَوَجِبَ أَنْ يُرَاعَى الْحَوْلُ فِيهَا مِنْ وَقْتِ قَبْضِهِمْ لَهَا وَصِحَّةُ مَلِكِهِمْ أَيَّامًا وَعَلَى هَذَا فَقَهَاءُ الْأَمْصَارِ وَنَحْوُ هَذَا نَكَرَ ابْنُ حَبِيبٍ فِي أَخْذِ أَبِي بَكْرٍ وَعَثْمَانَ الزَّكَاةَ مِنَ الْأَعْطِيَةِ وَفِي أَخْذِ مُعَاوِيَةَ زَكَاةَ الْأَعْطِيَةِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ ] (١) .

٩- ما أخرجه أبو عبيد عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال : [ مَنْ اسْتَفَادَ مَالًا مَكَارَةً فَزَكَاةُ فِيهِ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْعَوْلُ مِنْهُ رَبِّهِ ] (٢) .

١٠- ما أخرجه أبو عبيد عن إسماعيل بن إبراهيم عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه أنه أرسل بكتاب إلى واسط مكتوب فيه : [ أَنْ لَا تَأْخُطُوا مِنْ أَرْبَاجِ التِّجَارَةِ حَيْثَمَا حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهَا الْعَوْلُ ] (٣) .

ولقد عقب أبو عبيد على ذلك بقوله :

[ أَلْفَسْتُ تَرَى أَنْ عَمْرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ اسْتَأْنَفَ بِالرِّبْحِ جَوْلًا ، وَلَمْ يَضْمِهِ إِلَى أَسْلِ الْمَالِ ثُمَّ يَزْكِيهِ مَعًا فَإِذَا كَانَ لَا يَرَى أَنْ يُضْمَ نَمَاءُ الْمَالِ إِلَيْهِ وَهُوَ مِنْهُ فَالْفَائِدَةُ ( يَعْنِي الْمَالُ الْمُسْتَفَادُ مِثْلُ مَكَافَأَةِ نَهَايَةِ الْخِدْمَةِ ) مِنْ ذَلِكَ أَبْعَدُ ] (٤) .

١١- ولقد ذكر الخطابي ما يفيد أن أصل مذهب ابن عباس رضي الله عنه مثل مذهب أبي حنيفة النعمان فيما يستفاد من المال فقال :

(١) المنتقى للباجي ج ٢ ص ٩٥ .  
(٢) الأموال لأبي عبيد ص ٥٦٤ تحت رقم ٨٧١ .  
(٣) نفس المرجع السابق ص ٥٦٥ .  
(٤) نفس المرجع السابق بتصريف ص ٥٦٩ .

[ وقال أحمد : ما استفاده الإنسان من صلة وميراث استأنف به الحول ، وما كان من

نماء ماله فإنه يزكيه مع الأصل .

وقال أبو حنيفة : تضم الفوائد إلى الأصول ويزكيان معاً ؛ وإليه ذهب ابن عباس رضي

الله عنه ، وهو قول الحسن البصري والزهري [ (١) ] .

١٢- أيضاً ما تقدم من إجماع الأمة بأسرها في كل العصور والأمصار على اشتراط الحول في

زكاة النقد وعروض التجارة والمواشي والأموال المستفادة مثل مكافأة نهاية الخدمة .

١٣- وصف أبو عبيد للقول الثاني القائل بعدم اشتراط الحول في الأموال المستفادة بالشنوذ ؛

حيث قال : [ إنه خارج من قول الأمة ] (٢) ، ولقد ذكر هذا بعد أن أول قول ابن عباس

رضي الله عنه وشهد له بالفقه .

١٤- ولقد قال أيضاً ابن عبيد البر عن القول الثاني القائل بعدم اشتراط حولان الحول في الأموال

المستفادة ( ومنها مكافأة نهاية الخدمة ) ما نصه : [ وَجُمُهورُ الْعُلَمَاءِ عَلَى خِلافِ هَذَا الْقَوْلِ

مِنْهُمْ أَبُو بَكْرٍ وَعَمْرٌ وَعُثْمَانُ وَعَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، وَعَلَى هَذَا جُمُهورُ الْعُلَمَاءِ ، وَالْخِلافُ

فِي ذَلِكَ شُدُودٌ ، وَلَمْ يُعْرَجْ عَلَيْهِ أَحَدٌ مِنَ الْعُلَمَاءِ ، وَلَمَّا قَالَ بِهِ أَحَدٌ مِنْ أئمَّةِ الْفُقَهاءِ ] (٣) .

١٥- توصية مؤتمر الزكاة الأول والمنعقد في دولة الكويت حيث وصى بالآتي :

• زكاة الأجور والرواتب وأرباح المهن الحرة وسائر المكاسب ؛ هذا النوع من الأموال يحبر

ريفاً للفقوى البشرية للإنسان أن يوظفها في عمل نافع ؛ وذلك كأجور العمال ورواتب

الموظفين وحصيلة عمل الطبيب والمهندس ونحوهم ، ومثلها سائر المكاسب من مكافآت

وغيرها ؛ وهي ما لم تنشأ من مستغل معين .

• وهذا النوع من المكاسب ذهب أغلب الأعضاء إلى أنه ليس فيه زكاة حين قبضه ؛ ولكن

يضمه الذي كسبه إلى سائر ما عنده من الأموال الزكوية في النصاب والحول فيزكيه جميعاً

عند تمام الحول منذ تمام النصاب .

• وما جاء من هذه المكاسب أثناء الحول يزكى في آخر الحول ولو لم يتم حول كامل على جزء

منها ، وما جاء منها ولم يكن عند كاسبه قبل ذلك نصاب يبدأ حوله من حين تمام النصاب

عنده ؛ وتلزمه الزكاة عند تمام الحول من ذلك الوقت ، ونسبة الزكاة في ذلك هي ربع العشر

أي ٢,٥% لكل عام (٤) .

(١) معالم السنن لأبي سليمان حمد بن محمد الخطابي البستي ج ٢ ص ٣١ الطبعة الثانية - بيروت - لبنان سنة

١٩٠١م .

(٢) الأموال لأبي عبيد ص ٥٦٦ .

(٣) المغني ويليهِ الشرح الكبير لابن قدامة الحنبلي ج ٢ ص ٤٥٨ ، ٤٥٩ .

(٤) توصيلت مؤتمر الزكاة الأول المنعقد في دولة الكويت العربية سنة ١٩٨٤م ص ٥ .

## المبحث الثاني

### وقت احتساب الحول لمكافأة نهاية الخدمة

لا يخلو حال العامل الذي استحق مكافأة نهاية الخدمة عند قبضها مما يأتي :

١- إذا كان يملك مالاً قديماً أقل من النصاب .

٢- إذا كان يملك مالاً قديماً يبلغ النصاب .

وفيما يلي نلقي الضوء على كل حالة من هذه الحالات بما يتناسب ومقام البحث :

#### • الحالة الأولى : إذا كان يملك مالاً قديماً أقل من النصاب :

إذا كان العامل المستحق لمكافأة نهاية الخدمة يملك قبل قبض هذه المكافأة مالاً لكنه أقل

من النصاب ؛ ففي هذه الحالة لا يخلوا حاله من أمرين هما :

١- إذا كان المال القديم أقل من النصاب ولم يسبق له أن بلغ النصاب في فترة سابقة نقل عن

الحول ؛ فإن المال المستفاد [ مكافأة نهاية الخدمة ] يُضم إلى المال القديم الذي هو من

جنسه؛ فإن لم يبلغ مجموعهما النصاب لم ينعقد الحول ، وبالتالي لا تجب الزكاة فيه باتفاق

الفقهاء .

٢- إذا كان المال القديم أقل من النصاب ولم يسبق له أن بلغ النصاب في فترة سابقة نقل عن

الحول ؛ فإن المال المستفاد [ مكافأة نهاية الخدمة ] يُضم إلى المال القديم الذي هو من

جنسه؛ فإن بلغ مجموعهما النصاب للشرعي للزكاة انعقد الحول على هذا المجموع من وقت

هذا البلوغ ، وبالتالي تجب فيه الزكاة بعد حول قمري باتفاق الفقهاء <sup>(١)</sup> .

#### الحالة الثانية : إذا كان يملك مالاً قديماً يبلغ النصاب :

إذا كان عند العامل أو الموظف وقت قبض مكافأة نهاية الخدمة أموال من جنسها قد سبق

لها أن بلغت النصاب في فترة سابقة نقل عن الحول ، فقد اتفق الفقهاء على المكافأة المستحقة لهذا

العامل تضم إلى هذه الأموال القديمة في النصاب فقط .

مثال ذلك :

رجل يمتلك نصاب زكاة المال وقد عود نفسه على إخراج زكاته بعد انتهاء الحول

القمري وكان ذلك في أول شهر رمضان من كل عام ؛ فأصبح شهر رمضان من عام قمري هو

شهر إخراج الزكاة على أموال هذا الرجل ؛ إلا أنه بعد عدة أعوام قد انتهت خدمته الوظيفية

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء ج ٢ ص ١٤ طبعة دار الكتاب العربي -

بيروت سنة ١٩٨٢م ، الاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي ج ١ ص ١٠٢

طبعة دار المعرفة - بيروت سنة ١٩٧٥م ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج ١ ص ٢٨٠ ، ٢٨١ ،

المهذب للشريرازي ج ١ ص ١٤٣ طبعة عيسى الحلبي ، المعنى ويليهِ الشرح الكبير لابن قدامة الحنبلي ج ٢ ص

٤٩٨ ، ٤٩٩ ، الدين الخالص للسبكي ج ٨ ص ١٥٥ ، ١٥٦ .

فاستحق مكافأة نهاية هذه الخدمة وقام بقبضها في شهر ربيع الأول سنة ١٤٢٥هـ ؛ فإنه والحالة هذه يجب عليه أن يضم هذا المال إلى الأموال التي يمتلكها من جنسه وذلك في النصاب فقط باتفاق الفقهاء (١) .

لكن هل يستأنف لهذه الأموال حَوْلَهَا الجديد بمعنى أنه لا تجب عليه زكاة هذه الأموال إلا في ربيع الأول في العام التالي وهو ١٤٢٦هـ ، أم يبني على حول الأموال القديمة ؛ وبالتالي تجب عليه زكاة الأموال القديمة والمال المستفاد [ مكافأة نهاية الخدمة ] في رمضان ١٤٢٥هـ .  
اختلف الفقهاء حول هذه المسألة على مذهبين :

#### المذهب الأول :

يرى أنصاره أنه على العامل أن يضم المال المستفاد [ مكافأة نهاية الخدمة ] إلى ما عنده من أموال انعقد حولها ويستأنف لهذه الأموال المستفاد [ مكافأة نهاية الخدمة ] حولاً جديداً ؛ لأنه يجب أن ينعقد حول كل مال مستفاد عند بلوغه النصاب بنفسه أو بغيره ، وإلى هذا ذهب المالكية والشافعية والحنابلة (٢) .

#### المذهب الثاني :

يرى أنصاره أنه يجب على العامل أن يضم المال المستفاد [ مكافأة نهاية الخدمة ] إلى ما عنده من أموال انعقد حولها ويبني على هذا الحول ولا يستأنف حولاً جديداً مستقلاً عن حول الأموال القديمة الذي سبق انعقاده ، سواء أكانت تلك الأموال عند استفادة المكافآت قد احتفظت بالنصاب أم زادت أم نقصت ما دام بعضها باقياً ، ولم تَفَنْ بالكليّة ، وإلى هذا ذهب الحنفية (٣) .

### الأدلة

استدل المذهب الأول القائل باستئناف حول جديد للمال المستفاد [ مكافأة نهاية

الخدمة ] بالسنة والمعقول :

أولاً : السنة :

١- عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال النبي صلى الله عليه وسلم : [ لَا زَكَاةَ فِي مَالِ حَتَّى يَحُولَ مَلِكُهُ الْمَوْلَى ] (٤) .

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٢ ص ١٤ ، الاختيار لتعليل المختار ج ١ ص ١٠٢ ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ١ ص ٢٨١ ، المهذب للشيرازي ج ١ ص ١٤٣ ، المغني ويلييه الشرح الكبير ج ٢ ص ٤٩٩ .  
(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ١ ص ٢٨٠ ، المنتقى للباهي ج ٢ ص ٩٥ ، الشرح الصغير ج ١ ص ٥٩٣ ، حاشية الموسوي على الشرح الكبير ج ١ ص ٤٣٢ ، المهذب للشيرازي ج ١ ص ١٤٣ ، مغني المحتاج ج ١ ص ٣٧٩ ، المغني ويلييه الشرح الكبير لابن قدامة الحنبلي ج ٢ ص ٤٩٩ .

(٣) الاختيار لتعليل المختار ج ١ ص ١٠٢ ، البدائع ج ٢ ص ١٤ ، فتح القدير ج ١ ص ٥١٠ .  
(٤) رواه ابن ماجة ج ١ ص ٥٧١ تحت رقم ١٧٩٤ كتاب : الزكاة . باب : من استفاد مالا . وهو ضعيف ، وسنن الدارقطني ج ٢ ص ٩٠ تحت رقم ١ ، وسنن البيهقي الكبرى ج ٤ ص ٩٥ تحت رقم ٧٠٦٦ كتاب : الزكاة . باب : لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول ، نصب للراية للزليعي ج ٢ ص ٣٢٨ .

٢- وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : [ مَنْ امْتَقَاةَ مَالًا فَكَأَنَّ مَالَهُ حَتَّى يَمُوتَ تَمْلِكُهُ الْعَوَّلُ بِمَنْدَرَبِهِ ] (١) .

٣- وعن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : [ لَيْسَ فِي مَالٍ رَحَاةٌ حَتَّى يَمُوتَ تَمْلِكُهُ الْعَوَّلُ ] (٢) .

وجه الدلالة :

في هذه الأحاديث دلالة صريحة على أنه لا بد من حولان للحول على المال حتى تجب فيه الزكاة ؛ خاصة وأن المال المستفاد قد ملك بسبب مختلف عن سبب للملك القديم ، وبالتالي فإن مكافأة نهاية الخدمة تُضم على الأموال القديمة من جنسها في النصاب فقط ؛ ولكن لا تضم على حولها بل يستأنف لها حول جديد .

ثانياً : المعقول :

١- مقتضى العدل التشريعي يوجب لكل مال مستفاد حول خاص به ، وبالتالي فإن مكافأة نهاية الخدمة يحتسب لها حول جديد .

٢- سبب ملك العامل للمال المستفاد [ مكافأة نهاية الخدمة ] يختلف عن سبب ملك المال القديم ، وبالتالي لا يتبعه في الحول ، وإنما يتبعه في النصاب فقط ؛ لذا يجب أن يستأنف للحول لهذا المال .

٣- تجدد ملك المال المستفاد من نفس الجنس يقتضي قياسه على المال المستفاد من غير جنس المال الأصلي الذي بدئ به النصاب ؛ لذا فإن مكافأة نهاية الخدمة يبتدأ لها بحول جديد من تاريخ قبضها .

٤- المال المستفاد أثناء الحول - كمكافأة نهاية الخدمة - له حول مستقل ؛ فلا يجب فيه الزكاة إلا بمقتضى حول تام عليه ؛ لأنه يندر ولا يتكرر فلا يشق ضبط حول له .

فإن قيل : أن هناك مشقة في ضبط الحول بالنسبة للمال المستفاد بالقياس على الناتج والأرباح ؟ أجيب : بأن هذه المشقة غير موجودة وإن وجدت هذه المشقة فهي مشقة يسيرة فيمتنع القياس عليها .

واستدل المذهب الثاني القائل بأن المال المستفاد [ مكافأة نهاية الخدمة ] يُضم على الأموال القديمة في النصاب والحول، وبالتالي يجب أن يبنى على نفس الحول ، ولا يستأنف حولاً جديداً ، من السنة والمعقول :

(١) سبق تخريجه ص ٣١ من هذا البحث ، نصب الراية ج ٢ ص ٢٢٠ ، والترمذي مع شرح عارضة الأحوزي ج ٣ ص ١٢٥ .

(٢) سبق تخريجه ص ٣١ من هذا البحث .

أولاً: السنة :

أن النبي صلى الله عليه وسلم أوجب في خمس وعشرين إلى خمس وثلاثين من الإبل بنت مخاض ، فإذا ذابت واحدة ففيها بنت لبون .

وهذا الحديث لم يشترط الحول الجديد لهذه الزيادة ؛ لأنه لم يفرق بين ما إذا كانت هذه الزيادة في أول الحول أم في أثنائه .

ثانياً: المعقول :

أن المال المستفاد كمكافأة نهاية الخدمة إذا كان من جنس المال القديم كان تبعاً له ؛ لأنه زيادة عليه ؛ إذ الأصل يزداد به ويكثر ، والزيادة تبع للمزيد عليه ، والتبع لا يفرد بالشرط وهو هنا الحول ، كما لا يفرد بالسبب وهو بلوغ النصاب ، لئلا ينقلب التبع أصلاً .

الراجع :

والذي نميل إلى ترجيحه والعمل به هو المذهب الأول القائل بأن الأموال المستفادة [ كمكافأة نهاية الخدمة ] يجب فيها الزكاة بعد حولان الحول الجديد للذي حدد له من تاريخ قبضه ، وبالتالي يستأنف له صاحبه حول جديد ولا يبني على الحول القديم ؛ وذلك لما يأتي :

١- قوة أثلتهم وخلوها من المعارض الراجع .

٢- أن كل مال يدخل في نمة المالك ويوجد قبله مال آخر من جنسه ؛ فإنه يزيده ويكثره وذلك كالربح مثلاً ؛ ومع ذلك فإنه لم يقل أحد بضمه إلى المال القديم في الحول بل يجب له حول جديد في استقراره في حيازة وملكية صاحبه آخر العام .

فمثلاً :

لو دخل التاجر تجارته في يناير ٢٠٠٥م بمبلغ وقدره ١٠,٠٠٠ عشرة آلاف جنيه ، ثم في نهاية العام أي في يناير ٢٠٠٦م وجد رأس ماله لـ ١٠,٠٠٠ قد ربح مبلغ يقدر بـ ٣,٠٠٠ ثلاثة آلاف جنيه ؛ فإنه والحالة هذه لا يزكي إلا عن العشرة آلاف جنيه فقط [ رأس المال ] ؛ لأنها هي التي حال عليها الحول ، أما الربح في أول العام التالي فإنه يُضم إلى رأس المال القديم ليصبح كله رأس مال في يناير ٢٠٠٦م ، وبالتالي يزكي عنه في آخر الحول بعد مرور عام جديد أي في يناير ٢٠٠٧م ، .... وهكذا .

٣- أن الحنفية ينفون تبعية المال الجديد المستفاد للمال القديم إذا كان من غير جنسه ؛ فمن باب أولى يلزمهم أن ينفوه. عن كل مال مستفاد من جنسه ؛ وذلك لعدم الفرق للمؤثر .

فإن قيل : أن احتساب حول جديد للمال المستفاد يوقع في حرج شديد ، وبالتالي سيؤدي إلى اختلاف أوقات وجوب الزكاة<sup>(١)</sup> .

(١) الدين للخالص - ج ٨ ص ١٥٥ ، الاختيار لتعليل المختار ج ١ ص ١٠٢ .

أجيب : بأن احتساب الحول الجديد على المال المستفاد لا يكون فيه حرج ؛ لأنه متميز في وقت استفادته وقدره وعدم تكرره ؛ بحيث يسهل رسده وتكرره وحسابه .

### رأي الباحث

أرى التوفيق بين المذهبين ؛ وذلك بأن نعمل بمذهب الحنفية وهو البناء على الحول القديم والعمل بمذهب الجمهور القائل بوجود مرور حول جديد على المال المستفاد وذلك كما يلي :

يُضمَّ المال المستفاد [ مكافأة نهاية الخدمة ] إلى الأموال القديمة التي يمتلكها العامل أو الموظف بعد مرور الحول الأول على المال للمستفاد ، وبالتالي إخراج للزكاة عنه ؛ فيصبح بعدها المال القديم والمال الجديد مال واحد تجب للزكاة فيه بعد مرور حول جديد ، ويحتسب للمال القديم فارق الشهور بينه وبين المال الجديد بنسبة ١ : ١٢ حتى لا تختلف الأوقات التي يُخرج فيها الرجل زكاة ماله وذلك كما في المثال التالي :

رجل يمتلك من الأموال النقدية ١٠,٠٠٠ جنيهاً ويزكي عليها في شهر رمضان من كل عام بمبلغ وقدره ٢,٥% ؛ أي مبلغ ٢٥٠ جنيهاً ، وفي رمضان سنة ١٤٢٥ هـ أخرج زكاة أمواله الـ ١٠,٠٠٠ جنيهاً ، وفي شهر المحرم من عام ١٤٢٦ هـ انتهت خدمته وحصل على مبلغ مكافأة نهاية الخدمة وقدره ٨,٠٠٠ جنيهاً ؛ فإنه طبقاً لما قلناه يحتسب حول جديد لمكافأة نهاية الخدمة وبالتالي يجب عليه إخراج مبلغ ٢٠٠ جنيهاً في المحرم سنة ١٤٢٧ هـ بالإضافة لمبلغ ٢٥٠ جنيهاً عن المال القديم الـ ١٠,٠٠٠ جنيهاً ، ثم بعدها يضم المبلغين بعضهما إلى بعض ليصبح إجمالي المبلغ ١٨,٠٠٠ جنيهاً في المحرم ١٤٢٧ هـ ، ثم يخرج عن المال القديم زكاة ثلاثة أشهر وهي :

[ شوال ، وذى القعدة ، وذى الحجة ] ، وتكون كالتالي :

$$١٠,٠٠٠ \times ٢,٥\% \div ١٢ = ٢٠,٨٣ = ٣ \times ٦٢,٤٩ \text{ جنيهاً .}$$

فيصبح عليه مبلغ ٦٢,٤٩ جنيهاً ؛ زكاة المبلغ القديم عن فارق للمدة بين الحول المحتسب للمال القديم والحول المحتسب للمال الجديد ، وبالتالي يكون صاحب هذه الأموال بعيداً عن الحرج الذي سببته له اختلاف الحول ؛ لاسيما لاختلاف أوقات وجوب الزكاة ، والتي من الممكن أن تنتسي أو تضع في ظل التعقيدات المالية للمعاصرة ... والله أعلم .

وأخيراً أود أن أشير في نهاية حديثي عن زكاة مكافأة نهاية الخدمة إلى أن خلاصة ما سبق أن وجوب زكاة مكافأة نهاية الخدمة فيه أربعة آراء وهي :

١- يجب أن تُضمَّ مكافأة نهاية الخدمة إلى المال القديم في النصاب فقط ؛ ولكن يجب أن يمر عليها حول جديد بخلاف حول المال القديم ، ولا تجب فيها للزكاة إلا بعد مرور حولها ؛ وإليه ذهب الجمهور .



- ٢- يجب أن تُضمّن مكافأة نهاية الخدمة إلى المال القديم في النصاب وأيضًا في احتساب الحول فيبني المالك للمالين [ القديم والجديد ] على الحول الذي كان قد احتسبه للمال القديم .
- ٣- ضم المال الجديد [ مكافأة نهاية الخدمة ] إلى المال القديم بعد مرور حول على المال الجديد من يوم قبضه ، ثم يخرج زكاة المال الجديد بالإضافة إلى فارق الشهور بالنسبة للمال الجديد بنسبة ١ : ١٢ ، وبالتالي يتم تحديد الحولين معًا .
- ٤- تخيير العامل أو الموظف الحاصل على مكافأة نهاية الخدمة في كيفية احتساب الحول على ما استحقه من مكافأة بين الآراء الثلاثة السابقة ؛ وذلك بحسب أوضاعه المالية وتعهدياتها ؛ وذلك لأن كل طريقة من الطرق السابقة ليست يسيرة من كل وجه ؛ فإنها وإن كانت يسيرة وسهلة من وجه فهي صعبة من وجه آخر .

## والله اعلم وأحكم

## خاتمة

وبعد أن انتهينا من موضوع مكافأة نهاية الخدمة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي المصري نجد ما يأتي :

- أن مكافأة نهاية الخدمة هي التزام مصدره المباشر هو القانون ؛ وسببه ما أداه العامل من خدمات لرب العمل نتيجة للعقد الذي تم بينهما .
- ومن أهم خصائصها أن الأساس الذي تبنى عليه مكافأة نهاية الخدمة عند معظم شراح القانون هو اعتبارات العدالة التي تقتضي تخفيف أعباء الحياة عن العامل الذي أمضى مدة في خدمة رب العمل .
- أما عن تقسيم مكافأة نهاية الخدمة تقسيماً خاصاً بها من قبيل القانون دون الأخذ في الاعتبار قواعد تقسيم الميراث فهذا ليس فيه مخالفة شرعية ؛ لأن المكافأة لم تدخل بعد في ملك العمل، وذلك لأنه لم يستحقها إلا بعد الوفاة أو انتهاء مدة الخدمة أيهما أقرب .
- ولقد رجحنا القول القائل بأن : رأي الحاكم في الأمر المختلف فيه ملزم .
- أما عن طبيعة مكافأة نهاية الخدمة فلقد رجحنا الرأي القائل : بأن مكافأة نهاية الخدمة هي حق من نوع خاص ألزم المقتن صاحب العمل بأدائه لاعتبارات الصالح العام .
- ويلاحظ أن مقدار مكافأة نهاية الخدمة يحسب على أساس أجر نصف شهر من كل سنة من السنوات الخمس الأولى لخدمته ، وأجر شهر كامل عن كل سنة من السنوات التالية .
- أما عن شروط زكاة مكافأة نهاية الخدمة في الفقه الإسلامي فهي :
  - 1- ملك العامل التام لمكافأة نهاية الخدمة .
  - 2- حولان الحول على دخول مكافأة نهاية الخدمة في ملك للعامل أو ذويه ؛ وهذا هو الراجح في نظري ..... والله أعلم .

### المؤلف

د. محمد محمود حسين  
مدرس بقسم الفقه المقارن  
كلية الدراسات الإسلامية  
للبنات بالزقازيق

## ثبت باهم المراجع

أولاً: المراجع الشرعية :

• مراجع التفسير والحديث :

- ١- القرآن الكريم .
- ٢- أحكام القرآن للجصاص ، طبعة دار إحياء التراث العربي - بيروت سنة ١٤٠٥هـ - تحقيق/ محمد الصادق قمحاوي .
- ٣- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل للألباني - طبعة المكتب الإسلامي - بيروت - الطبعة الثانية سنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م .
- ٤- تنوير الحوالك شرح موطأ مالك للسيوطي - طبعة المكتبة التجارية الكبرى - مصر - ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م .
- ٥- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي - طبعة دار الكتب العلمية - بيروت - ١٩٨٥م .
- ٦- حلية الأولياء وطبقات الأصفياء لأبي نعيم الأصبهاني - الطبعة الرابعة سنة ١٤٠٥هـ - الناشر : دار الكتاب العربي - بيروت .
- ٧- خلاصة البدر المنير لابن الملقن الأنصاري ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٠هـ - تحقيق/ حمدي عبد المجيد السلفي .
- ٨- الدر المننقى بهامش مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر - طبعة دار إحياء التراث العربي سنة ١٣١٦هـ .
- ٩- الدر المنثور للسيوطي - طبعة دار الفكر - بيروت - سنة ١٩٩٣م .
- ١٠- الدين الخالص للسبكي ، طبعة مطبعة السعادة - القاهرة - الطبعة الثالثة سنة ١٩٦٤م .
- ١١- السلسلة الصحيحة للألباني - طبعة مكتبة المعارف الرياض .
- ١٢- سنن أبو داود - طبعة دار الفكر - بيروت - تحقيق/ محمد محي الدين عبد الحميد .
- ١٣- سنن البيهقي الكبرى - طبعة مكتبة دار الباز - مكة المكرمة - سنة ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م تحقيق/ محمد عبد القادر عطا .
- ١٤- سنن الترمذي - طبعة دار إحياء التراث العربي - بيروت - تحقيق/ أحمد محمد شاكر وآخرون .
- ١٥- سنن الدارمي - طبعة دار الكتاب العربي - بيروت - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٧هـ - تحقيق/ فواز أحمد زمرلي .
- ١٦- سنن النسائي - طبعة مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب - الطبعة الثانية سنة ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م - تحقيق/ عبد الفتاح أبو غدة .

- ١٧- شعب الإيمان للبيهقي - طبعة دار للكتب العلمية - بيروت سنة ١٤١٠هـ تحقيق/ محمد السعيد بسيوني زغلول .
- ١٨- صحيح ابن حبان - طبعة مؤسسة الرسالة - بيروت ، الطبعة الثانية سنة ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م تحقيق/ شعيب الأرنؤوط .
- ١٩- صحيح البخاري - طبعة دار بن كثير اليمامة - بيروت - للطبعة الثالثة سنة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م - تحقيق/ مصطفى ديب البغا .
- ٢٠- صحيح وضعيف الجامع الصغير وزيادته للشيخ/ محمد ناصر الدين الألباني - طبعة المكتب الإسلامي - دمشق - الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٨م .
- ٢١- صحيح مسلم - طبعة دار إحياء التراث العربي - بيروت - تحقيق/ محمد فؤاد عبد الباقي .
- ٢٢- صحيح مسلم بشرح النووي - طبعة دار إحياء التراث العربي - بيروت - الطبعة الثالثة سنة ١٣٩٢هـ .
- ٢٣- عارضة الأحوزي بشرح صحيح للترمذي لابن العربي المالكي، طبعة مكتبة المعارف - بيروت - لبنان .
- ٢٤- العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية - طبعة دار التراث العربي .
- ٢٥- فيض القدير شرح الجامع الصغير لعبد الرؤف المناوي - طبعة المكتبة التجارية الكبرى - مصر - الطبعة الأولى سنة ١٣٥٦هـ
- ٢٦- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيتمي - طبعة دار الفكر - بيروت سنة ١٤١٢هـ .
- ٢٧- المستدرک على الصحيحين للحاكم النيسابوري - طبعة دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى سنة ١٤١١هـ - ١٩٩٠م - تحقيق/ مصطفى عبد القادر عطا .
- ٢٨- مسند ابن راهويه - للحنظلي المروزي - طبعة مكتبة الإيمان - المدينة المنورة ، الطبعة الأولى سنة ١٩٩٥م ، تحقيق/ د عبد الغفور عبد الحق .
- ٢٩- مسند أبي داود - طبعة دار المأمون للتراث - دمشق - الطبعة الأولى سنة ١٤١٤هـ - ١٩٨٤م تحقيق/ حسين سليم أسد .
- ٣٠- مسند أحمد - طبعة مؤسسة قرطبة - للقاهرة .
- ٣١- مسند الحميدي - طبعة دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - تحقيق/ حبيب الرحمن الأعظمي .
- ٣٢- مشكاة المصابيح للتبريزي ، نشر/ للمكتب الإسلامي - بيروت - الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م تحقيق/ محمد ناصر الألباني .
- ٣٣- المصنف في الأحاديث والآثار لابن أبي شيبة - طبعة مكتبة الرشيد - الرياض - سنة ١٤٠٩هـ - تحقيق/ كمال يوسف الحوت .

- ٣٤- مصنف عبد الرزاق - طبعة المكتب الإسلامي - بيروت - تحقيق/ حبيب الرحمن الأعظمي  
- الطبعة الثانية سنة ١٤٠٣هـ .
- ٣٥- معالم السنن لأبي سليمان حمد بن محمد الخطابي البستي ، الطبعة الثانية - بيروت - لبنان  
سنة ١٩٨١م .
- ٣٦- المعجم الأوسط للطبراني - طبعة دار الحرمين - القاهرة سنة ١٤١٥هـ - تحقيق/ طارق  
بن عوض الله بن محمد وآخرون .
- ٣٧- المعجم الصغير ( للروض الداني ) للطبراني - طبعة المكتب الإسلامي - دار عمار -  
بيروت - لبنان - الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م - تحقيق/ محمد شكور محمود الحاج  
٣٨- المعجم الكبير للطبراني - طبعة مكتبة العلوم الحكم - الموصل - الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ -  
١٩٨٣م - تحقيق/ حمدي بن عبد المجيد السلفي .
- ٣٩- معرفة الصحابة لأبي نعيم الأصبهاني - شبكة الإنترنت ، موقع جامع الحديث .
- ٤٠- موطأ الإمام مالك - طبعة دار إحياء التراث العربي - القاهرة تحقيق/ محمد فؤاد عبد  
الباقي .
- ٤١- ميزان الاعتدال في نقد الرجال للذهبي ، طبعة دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة  
الأولى سنة ١٩٩٥م تحقيق/ الشيخ علي محمد معوض .
- ٤٢- نصب الراية في تخریج أحاديث الهداية للزيلعي - طبعة دار المأمون - مصر سنة  
١٣٥٧هـ تحقيق/ محمد يوسف البنوري .
- ٤٣- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للشوكاني ، طبعة دار الحديث - القاهرة .
- مراجع الفقه :
- الفقه الحنفي :
- ١- الأموال لأبي عبيد القاسم بن سلام ، نشر مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة .
- ٢- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي ، طبعة دار الكتب العربية الكبرى .
- ٣- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ، طبعة دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان سنة  
١٩٨٢م .
- ٤- حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين - طبعة الحلبي سنة ١٢٥٢هـ .
- ٥- الخراج للإمام أبو يوسف ، طبعة المطبعة السلفية - القاهرة سنة ١٣٥٢هـ .
- ٦- فتح القدير للكمال بن الهمام الحنفي ، طبعة الحلبي - القاهرة .
- ٧- المبسوط للمرخسي ، طبعة دار المعرفة بيروت - لبنان سنة ١٩٨٦م .
- ٨- الهداية للمرخياني ، طبعة الحلبي<sup>٢</sup> القاهرة .

• **الفقه المالكي :**

- ١- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ، طبعة مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة سنة ١٩٦٩ م .
- ٢- فتح العليّ المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك للشيخ محمد عيش ، طبعة دار الفكر - بيروت .
- ٣- المنتقى شرح موطأ مالك للقاضي أبو الوليد الباجي ، طبعة مطبعة السعادة - مصر ، سنة ١٣٢١ هـ .

• **الفقه الشافعي :**

- ١- الأشباه والنظائر للسيوطي الشافعي طبعة دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان سنة ١٩٨٣ م .
- ٢- حاشية الشرواني على تحفة المنهاج لعبد الحميد الشرواني مطبوع على هامش تحفة المحتاج، طبعة دار صادر - بيروت .
- ٣- روضة الطالبين للنووي ، طبعة بيروت ، للطبعة الثانية سنة ١٩٨٥ م .
- ٤- قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي ، طبعة عيسى الحلبي وشركاه .
- ٥- المجموع شرح المهذب ، طبعة دار الفكر - بيروت - لبنان .
- ٦- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للشيخ/ محمد الشربيني الخطيب ، طبعة الحلبي وأولاده بمصر سنة ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م .
- ٧- المهذب للشيرازي ، طبعة الحلبي - القاهرة .

• **الفقه الحنبلي :**

- ١- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي تحقيق/ عبد الفتاح أبو غدة ، طبعة مكتبة المطبوعات الإسلامية ، حلب ، سنة ١٣٨٧ هـ .
- ٢- إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ، طبعة دار الجيل - بيروت - لبنان .
- ٣- زاد المعاد في هدي خير العباد لابن قيم الجوزية - تحقيق شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط - طبع وتوزيع دار الريان للتراث .
- ٤- الفروق للقرافي ، طبعة عالم للكتاب - بيروت - لبنان .
- ٥- المغني للموفق ابن قدامة الحنبلي ، طبعة النور الإسلامية - القاهرة .
- ٦- المغني و يليه الشرح الكبير للموفق ابن قدامة الحنبلي وشمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن قدامة المقدسي ، طبعة دار الكتاب العربي - بيروت سنة ١٩٨٣ م .

• **مراجع اللغة والمعاجم :**

- ١- القاموس المحيط للفيروز آبادي - طبعة أولاد صبيح القاهرة .

٢- مختار للقاموس لمختار الزاوي ، طبعة للدار العربية للنشر والتوزيع .

٣- لسان العرب لابن منظور ، طبعة دار صادر - بيروت - لبنان .

▪ مراجع أخرى :

١- الأحكام السلطانية للموردي ص ١٧ طبعة للمكتبة التوفيقية ، القاهرة .

ثانياً: المراجع الحديثة :

١- أحكام المحاكم الجزئية والابتدائية والاستئناف العالي ومحكمة النقض المصرية .

٢- د. أحمد سعيد الزقرد - الوجيز في قانون العمل ، طبعة سنة ٢٠٠٤م .

٣- د. أحمد شوقي عبد الرحمن - قواعد استحقاق مكافأة مدة الخدمة في القانون المصري والفرنسي ، طبعة سنة ١٩٨٧م .

٤- د. أنور طلبية - قانون العمل والتأمينات ، طبعة مكتبة عين شمس - القاهرة .

٥- د. أنور العمروسي - قضاء العمال والتأمينات الاجتماعية ، طبعة منشأة المعارف - الإسكندرية سنة ١٩٦٤م .

٦- د. جمال الدين زكي - قانون العمل ، الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٣م .

٧- د. حسن كيرة - أصول قانون العمل ، طبعة منشأة المعارف بالإسكندرية .

٨- د. علي العريف - للتأمينات الاجتماعية ، طبعة سنة ١٩٨٥م .

٩- د. علي عيسى - الضمان الاجتماعي ، طبعة عمان سنة ١٩٨٩م .

١٠- فيض الإله المالك لعمر بركات للشامي البقاعي ، طبعة مطبعة الاستقامة - القاهرة سنة ١٩٥٥م .

١١- القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٥م .

١٢- د. محمد حسين منصور - التأمينات الاجتماعية ، طبعة منشأة المعارف بالإسكندرية .

١٣- د. محمد عبد الخالق عمر - قانون العمل الليبي ، طبعة المكتب المصري للحديث - الطبعة الأولى سنة ١٩٧٠م .

١٤- د. محمد عبد الله الظاهر - مكافأة نهاية الخدمة بين قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي - الطبعة الأولى سنة ١٩٩٣م .

١٥- د. محمد عبد المجيد مرعي - شرح نظام المعاشات والادخار ، دار الفكر العربي - القاهرة .

١٦- د. محمد فاروق باشا - قانون العمل ، طبعة المطبعة الجديدة - دمشق سنة ١٩٨١م .

١٧- د. محمد لبيب شنب - شرح قانون العمل ، طبعة دار النهضة العربية .

١٨- د. هشام رفعت هاشم - عقد العمل في الدول العربية طبعة الدار القومية - القاهرة .

١٩- د. يوسف القرضاوي - فقه الزكاة ، مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان سنة ١٩٩٣م .

## فهرست الموضوعات

رقم الصحيفة	الموضوع
٢	مقدمة
٣	الفصل الأول : حقيقة مكافأة نهاية الخدمة وموقف الفقه الإسلامي منها
٣	المبحث الأول : حقيقة مكافأة نهاية الخدمة
٣	المطلب الأول : تعريف مكافأة نهاية الخدمة
٤	المطلب الثاني : خصائص مكافأة نهاية الخدمة
٧	المطلب الثالث : الفرق بين مكافأة نهاية الخدمة وما يشبهها
٧	الفرع الأول : الفرق بين مكافأة نهاية الخدمة وبين مكافأة التقاعد
٩	الفرع الثاني : الفرق بين مكافأة نهاية الخدمة ومكافأة الانحار
١٢	المبحث الثاني : طبيعة مكافأة نهاية الخدمة
١٢	المطلب الأول : طبيعة مكافأة نهاية الخدمة في الفقه الإسلامي
٢٢	المطلب الثاني : طبيعة مكافأة نهاية الخدمة في القانون الوضعي
٢٨	الفصل الثاني : زكاة مكافأة نهاية الخدمة
٢٨	المبحث الأول : شروط زكاة مكافأة نهاية الخدمة
٤٣	المبحث الثاني : وقت احتساب الحول لمكافأة نهاية الخدمة
٤٩	خاتمة
٥٠	ثبت بأهم المراجع
٥٥	فهرست الموضوعات